

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

LA POLÍTICA Y EL DERECHO DEL EMPLEO EN LA NUEVA SOCIEDAD DEL TRABAJO

LIBRO HOMENAJE A LA PROFESORA
ROSA QUESADA SEGURA

56



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

**LA POLÍTICA Y EL DERECHO DEL EMPLEO
EN LA NUEVA SOCIEDAD DEL TRABAJO**

**LIBER AMICORUM
EN HONOR DE LA PROFESORA ROSA QUESADA SEGURA**

Directores:
José Luis Monereo Pérez
Antonio Márquez Prieto

56



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

Dirección

Ángel Javier Gallego Morales

Jesús Cruz Villalón

Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2016

© Los autores, 2016

ISBN: 978-84-608-5818-8

Imprime: TECNOGRAPHIC, S.L. Artes Gráficas

Depósito Legal: SE 256-2016

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES



LA POLÍTICA Y EL DERECHO DEL EMPLEO
EN LA NUEVA SOCIEDAD DEL TRABAJO

LIBER AMICORUM
EN HONOR DE LA PROFESORA ROSA QUESADA SEGURA

Editores y Directores:

Monereo Pérez, José Luis
Márquez Prieto, Antonio

Autores:

Alcázar Ortiz, Sara
Alfonso Lozano, Jacobo
Alfonso Mellado, Carlos
Almendros González, Miguel Ángel
Álvarez Cortés, Juan Carlos
Álvarez Montero, Antonio
Barceló Fernández, Jesús
Baylos Grau, Antonio
Boschi Aguiar de Oliveira, Olga Maria
Bozzao, Paola
Burgos Goye, María del Carmen
Cabeza Pereiro, Jaime
Cavas Martínez, Faustino
Cruz Villalón, Jesús
De la Casa Quesada, Susana
De la Villa Gil, Luis Enrique
De Val Tena, Ángel Luis
Desdentado Bonete, Aurelio
Díaz Aznarte, María Teresa
Fernández Avilés, José Antonio
Fernández Bernat, Juan Antonio
Fernández Ramírez, Marina
García Blasco, Juan
García Jiménez, Manuel
García Murcia, Joaquín
García Ninet, Ignacio
García Viña, Jordi
Girela Molina, Braulio
Gorelli Hernández, Juan
Granados Romera, Isabel
Gutiérrez Pérez, Miguel
Liso, Franco
Lopera Castillejo, María José
López Cumbre, Lourdes
López Gandía, Juan
López Insua, Belén del Mar
López-Quiñones García, Antonio

Lozano Lares, Francisco
Maldonado Molina, Juan Antonio
Marín Alonso, Inmaculada
Márquez Prieto, Antonio
Martín Rivera, Lucía
Martín Valverde, Antonio
Martínez Abascal, Vicente Antonio
Medina Castillo, José Enrique
Mercader Uguina, Jesús
Miñarro Yanini, Margarita
Molina Hermosilla, Olimpia
Molina Navarrete, Cristóbal
Monereo Pérez, José Luis
Moreno Vida, María Nieves
Moya Amador, Rosa
Ojeda Avilés, Antonio
Olarte Encabo, Sofía
Peralta de la Cámara, Juan Luis
Perán Quesada, Salvador
Pérez del Río, Teresa
Ramos Quintana, Margarita Isabel
Rivas Vallejo, Pilar
Rodríguez-Piñero Royo, Miguel
Romero Coronado, Juan
Romero Pardo, Paz
Ruiz Santamaría, José Luis
Salas Porras, María
Sánchez Pérez, José
Sánchez Trigueros, Carmen
Sánchez-Rodas Navarro, Cristina
Sempere Navarro, Antonio Vicente
Serrano Falcón, Carolina
Tiraboschi, Michele
Tomás Jiménez, Natalia
Tortuero Plaza, José Luis
Triguero Martínez, Luis Ángel
Valdés Dal Re, Fernando
Vallecillo Gámez, Rosa
Varva, Simone
Vida Fernández, Raquel
Vida Soria, José
Vila Tierno, Francisco
Villar Cañada, Isabel

ÍNDICE

Semblanza de Rosa Quesada Segura (José Luis Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto)	13

Parte I:

El empleo como objetivo de la Política y el Derecho

1. La Política de Empleo

1.1 Causas estructurales y coyunturales del desempleo en España (Jesús Cruz Villalón)	23
1.2. Regulación jurídica del mercado de trabajo: noción y manifestaciones (Antonio Martín Valverde)	32
1.3. Política de empleo como responsabilidad de los poderes públicos: el objetivo de pleno empleo (Faustino Cavas Martínez)	46
1.4. Diversos tipos de políticas de empleo (María José Lopera Castillejo) ..	54
1.5. Política económica y política de empleo (Miguel Rodríguez-Piñero Royo).....	63

2. Institucionalización y organización pública de la Política de Empleo

2.1. Organización pública de la Política de Empleo en la Constitución Española (José Luis Monereo Pérez)	73
2.2. Participación institucional en la Política de Empleo (Isabel Villar Cañada)	107
2.3. Institucionalización de la Política de Empleo a nivel estatal (Antonio Álvarez Montero)	117

2.4. Institucionalización de la Política de Empleo a nivel autonómico (Jordi García Viña)	132
2.5. Institucionalización de la Política de Empleo en el ámbito local (Inmaculada Marín Alonso)	141

3. Fuerza de trabajo, mercado de trabajo y relación de trabajo

3.1. La fuerza de trabajo y su segmentación, como condicionante socioeconómico de la regulación jurídica (Jaime Cabeza Pereiro)	153
3.2. Del mercado de trabajo a la sociedad del trabajo: la relación laboral como relación social (Antonio Márquez Prieto)	166
3.3. Naturaleza jurídica y social del trabajo asalariado (Antonio Márquez Prieto)	176
3.4. Una reflexión sobre el presente y futuro del régimen jurídico del trabajo autónomo (Lucía Martín Rivera)	186
3.5. El trabajo asociado y sus manifestaciones más señeras a la luz de la política de empleo (Vicente Antonio Martínez Abascal)	196
3.6. Sobre la regulación del trabajo de los socios trabajadores en las cooperativas de trabajo asociado (Juan Luis Peralta de la Cámara)	209
3.7. Becas, prácticas y otras formas de trabajo “pre-laborales” (Paz Romero Pardo)	218
3.8. El trabajo en el sector público (Manuel García Jiménez)	229

4. Derecho Social del Empleo (I)

4.1. El fomento del empleo como objetivo del ordenamiento jurídico (Luis Enrique de la Villa Gil)	240
4.2. Del Derecho del Trabajo al Derecho del Empleo: amplitud de consideración de los colectivos de empleo (Olimpia Molina Hermosilla).....	255
4.3. Encuadramiento del Derecho del Empleo en el ordenamiento jurídico: determinación de su ámbito material y relación con otros sectores normativos (Joaquín García Murcia)	261
4.4. El papel de la autonomía colectiva en el Derecho del Empleo (Francisco Vila Tierno)	279
4.5. Os Reflexos da Globalização e das Novas Tecnologias sobre as Relações de Trabalho (Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira)	288
4.6. Sobre el trabajo decente: la formación del concepto (Autonio Baylos Grau)	299

5. Derecho Social del Empleo (II): Ámbitos europeo e internacional

5.1. Apuntes sobre la libre circulación de trabajadores y cuestiones conexas (Antonio Vicente Sempere Navarro).....	311
5.2. Empleo y derechos fundamentales en la UE y en el Consejo de Europa (Braulio Girela Molina y María del Carmen Burgos Goye)	326
5.3. Estrategia Europea de Empleo (Carlos Alfonso Mellado)	330
5.4. Instrumentos financieros de la UE para la protección y el fomento del empleo (Salvador Perán Quesada)	340
5.5. Protección y fomento del empleo juvenil en la UE (Jacobo Alfonso Lozano)	346
5.6. Empleo e igualdad de género en la UE (Paola Bozzao)	355
5.7. Uno sguardo sulle recenti innovazioni del Diritto del lavoro italiano (Franco Liso).....	365
5.8. A guarantee that is not there (yet). Reasons for the Poor Functioning of the Youth Guarantee in Italy (Michele Tiraboschi)	378
5.9. La flexicurity in Europa e nelle recenti riforme del mercato del lavoro italiano (Simone Varva)	390
5.10. Política de empleo e inclusión social en Suecia (Antonio Ojeda Avilés y Miguel Gutiérrez Pérez).....	399

Parte II:

Instrumentos de política de empleo y su marco jurídico

6. La colocación como política esencial de empleo y su regulación jurídica

6.1. Colocación e intermediación: el modelo de la OIT (Carmen Sánchez Trigueros).....	415
6.2. Colocación e intermediación: el modelo legal vigente en España (Carolina Serrano Falcón)	427
6.3. El Servicio Público de Empleo Estatal (Juan Gorelli Hernández).....	436
6.4. El Servicio de Información de los Servicios Públicos de Empleo como instrumento de la coordinación del Sistema Nacional de Empleo (Fernando Valdés Dal Re)	451
6.5. Los Servicios Públicos de Empleo de las CC.AA (Marina Fernández Ramírez).....	462
6.6. El proceso de colocación laboral (María Salas Porras).....	478
6.7. Agencias de Colocación (Pilar Rivas Vallejo)	488
6.8. El papel de otras agencias y entidades en la colocación (Miguel Ángel Almendros González)	497

6.9. ¿Qué está ocurriendo en el empleo y las políticas sociales en España? (Jose Enrique Medina Castillo).....	510

7. Medidas para el fomento de la contratación laboral

7.1. Medidas para el fomento del empleo y crisis económica: configuración y clasificación (Juan García Blasco).....	523
7.2. Medidas económico-financieras de fomento del empleo (Juan Carlos Álvarez Cortés)	536
7.3. Medidas de flexibilización del mercado de trabajo: la “flexiseguridad” en el ordenamiento europeo e interno (María Nieves Moreno Vida).....	547
7.4. El fomento de la contratación indefinida (Ángel L. de Val Tena y Sara Alcázar Ortiz)	560
7.5. El trabajo a tiempo parcial. Flexibilización y reparto del tiempo de trabajo (Juan Antonio Maldonado Molina)	580
7.6. Las empresas de trabajo temporal como medida de fomento de la contratación (José Antonio Fernández Avilés)	589
7.7. Empleo público y despidos colectivos: un recorrido por la jurisprudencia reciente (Aurelio Desdentado Bonete)	610

8. Las medidas formativas de fomento del empleo

8.1. La formación profesional como derecho del trabajador subordinado al fomento de la empleabilidad (María Teresa Díaz Aznarte).....	623
8.2. El nuevo sistema español de formación para el empleo (Margarita Miñarro Yanini)	640
8.3. Formación profesional reglada (Rosa Moya Amador y Raquel Vida Fernández).....	649
8.4. Formación profesional para desempleados (Isabel Granados Romera).	660
8.5. Programas de Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo (Antonio López-Quñones García).....	669
8.6. Unidades de Promoción y Desarrollo (Susana de la Casa Quesada y Rosa Vallecillo Gámez)	683
8.7. “Vías de progreso” en una política de empleo agotada: balance y perspectivas para las empresas de inserción (Cristóbal Molina Navarrete).....	694

9. Protección por desempleo y su regulación jurídica

9.1. Condicionantes socioeconómicos de la protección por desempleo (Jesús Mercader Uguina)	705

9.2. Configuración jurídico-legal de la protección por desempleo y niveles de protección de los trabajadores desempleados: perspectiva de conjunto (José Luis Monereo Pérez).....	723
9.3. Regulación desde la presunción de fraude. Un desempleo contributivo cada vez más coactivo (Lourdes López Cumbre)	767
9.4. Renta activa de inserción y programas asistenciales extraordinarios (José Luis Tortuero Plaza).....	791
9.5. Protección por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios (Juan Romero Coronado y Natalia Tomás Jiménez).....	802
9.6. Territorialidad, residencia y exportación de las prestaciones por desempleo (Cristina Sánchez-Rodas Navarro)	810

10. Políticas de empleo de determinados colectivos

10.1. Orientaciones y recomendaciones en materia de empleo dirigidas a España por parte de la UE-2015 (Margarita Isabel Ramos Quintana)...	819
10.2. Regulación legal del empleo de los trabajadores extranjeros extra-comunitarios. (Luis Ángel Triguero Martínez y José Sánchez Pérez) ...	830
10.3. Fomento del empleo juvenil (Belén del Mar López Insua y Juan Antonio Fernández Bernat)	840
10.4. Las políticas de incentivación y mejora del empleo femenino: entre la inadecuación y la insuficiencia (Teresa Pérez del Río).....	855
10.5. Empleo y discapacidad: ¿ante un cambio cultural? (Sofía Olarte Encabo)	868
10.6. La adaptación del puesto de trabajo y la adopción de medidas preventivas y de protección necesarias del trabajador con discapacidad (José Luis Ruiz Santamaría)	879
10.7. Fomento del empleo de mayores, parados de larga duración y en situación de exclusión social (Ignacio García Ninet y Jesús Barceló Fernández).....	889
10.8. Fomento del autoempleo y de la cultura del emprendimiento (Juan López Gandía).....	907
10.9. El papel de las Mutuas en la gestión y protección del autoempleo (Francisco Lozano Lares).....	920

Epílogo

Los derechos de los pobres...¡pobres derechos! (José Vida Soria).....	930

SEMBLANZA DE ROSA QUESADA SEGURA

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ Y
ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO

*“Tú no puedes volver atrás
porque la vida ya te empuja
como un aullido interminable”
(...)
Tu destino está en los demás
tu futuro es tu propia vida
tu dignidad es la de todos.
(...)
Nunca te entregues ni te apartes
junto al camino nunca digas
no puedo más y aquí me quedo”.*

José Agustín Goytisolo¹

Intentando una semblanza de Rosa que, como referencia objetiva a sus logros profesionales, ayude a resaltar principalmente el aspecto humano y cercano, siempre en el contexto de su carrera profesional; intentando una semblanza, no propia ni exclusivamente curricular, para centrarnos en los rasgos principales que definen a Rosa en sus dos facetas indisociables y coincidentes –en la medida en que aquí interesan–, en su faceta de personalidad y en su faceta de profesora, es decir, en cuanto profesa una Vocación, podemos decir que Rosa es, ante todo, una uni-

¹ *Palabras para Julia*, Prólogo de Manuel Vázquez Montalbán, Barcelona, Lumen/Random House Mondadori, 2ª ed, 2011, págs. 15-16.

versitaria, que ha conseguido encarnar formidablemente esa noble misión en una triple concreción vital: en la investigación, en el compromiso activo y abierto y en el magisterio docente.

Pertenece a una familia de honda tradición académica, ligada especialmente a la Facultad de Derecho y a la Universidad de Granada. Su bisabuelo, don Jose Manuel Segura Fernández, Diputado a Cortes y Senador, fue Catedrático de Derecho Romano, primero en la Universidad de Salamanca, en donde fue compañero y amigo de don Miguel de Unamuno, y después en Granada; su abuelo, don Jose Manuel Segura Soriano, fue Catedrático de Historia del Derecho también en las Universidades de Salamanca y Granada y amigo personal de Don Manuel de Falla –a la vez que consejero y acompañante– y de Federico García Lorca. Desciende en línea directa, por parte de su abuela materna, de don Florencio García Gollena, famoso político y jurista, natural de Tafalla (Navarra), que hubo de exiliarse en 1823 por sus ideas liberales, regresando a la muerte de Fernando VII; entre otros puestos ocupó los siguientes cargos: Gobernador Civil en Granada y Zaragoza, Magistrado y Presidente de la Sala de Indias del Tribunal Supremo, Ministro de Gracia y Justicia, llegando a ser incluso presidente del Gobierno entre septiembre y octubre de 1847; fue además el principal redactor del Código Civil de 1851 e introductor del *habeas corpus* en la legislación española. El padre de Rosa fue profesor de lengua árabe en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Granada, aunque posteriormente fue Abogado del Estado; su madre fue una de las primeras mujeres universitarias, estudiando Filosofía y Letras. Y junto a ellos, otros miembros de la familia, tíos abuelos, tíos y primos que también han sido catedráticos y profesores de Derecho.

Se licenció en Derecho por la Universidad de Granada, obteniendo la máxima calificación –sobresaliente–, tanto en la licenciatura como en el examen de grado. Obtuvo además la Beca de formación del Ministerio de Educación y Ciencia el primer año de su convocatoria, estando entre los diez primeros expedientes de su curso. El trabajo de su primera tesis doctoral se desarrolló en las Facultades de Granada y de La Laguna, en el Departamento de Derecho procesal, bajo la dirección de Don Manuel Morón, sobre el proceso penal. Fue la primera mujer que dio clase en la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna. Posteriormente vivió un año en Inglaterra en las ciudades de Birmingham y Londres. A su vuelta a España inició, en Málaga, una nueva etapa, en la Facultad de Ciencias Económicas, y en la Cátedra de Derecho de Trabajo, cuyo titular era el profesor Cabrera Bazán. Volvió a obtener en el doctorado la máxima calificación –*apto cum laude* por unanimidad–, continuando su carrera académica en la Universidad de Málaga, pasando a ocupar años más tarde la Cátedra en la Facultad de Derecho, con desempeño, de forma continuada, de la responsabilidad de dirigir el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Como ella misma ha reconocido públicamente, forma parte de ese “modo de ser” universitario que caracteriza a la

“Escuela granadina” de Derecho del Social del Trabajo, en torno al Magisterio del Profesor Vida Soria y del núcleo de sus discípulos más directos.

Como se ha anticipado, Rosa ha sabido concretar de forma excelente su misión universitaria, viviéndola intensamente tanto en su vocación investigadora, como en su compromiso activo y su magisterio docente. Así, la primera razón por la que debe reconocérsele su grado de excelencia universitaria –aunque en el mismo nivel que las otras razones que luego se dirán– es su pluma infatigable de producción abundantísima, que le ha permitido ofrecer a la colectividad académica y profesional una gran obra doctrinal –que continúa–, pudiéndose decir que ha trabajado todos los ámbitos, facetas y géneros de la literatura científica jurídico-laboral, como puede indicarse, al menos de forma ejemplificativa, a través de las principales líneas de investigación que ha cultivado:

- a) Así, de forma general, Rosa se ha ocupado ampliamente de los aspectos esenciales del Derecho del Trabajo, Derecho de la Seguridad Social y Derecho Procesal Laboral, participando, y a veces coordinando, obras generales, o asumiendo el tratamiento de cuestiones puntuales de las relaciones laborales individuales, colectivas o procesales, o participando en estudios y comentarios doctrinales de referencia dedicados al Estatuto de los Trabajadores, la Ley General de Seguridad Social, o la Ley de Jurisdicción Social –en diversas ediciones–, aportando siempre un gran rigor técnico-jurídico y una lúcida orientación de justicia social.
- b) Una importante línea suya de investigación ha sido la dedicada a la política de empleo. Pueden mencionarse como ejemplo alguna de sus publicaciones, dedicadas al “Cadre institutionnel de la politique de l’emploi en Espagne” (1997), al fomento del empleo y el mercado de trabajo en Andalucía (diversas obras de 2003 a 2009), o, más concretamente, mercado de trabajo en Málaga (2003); o, a nivel sectorial, inmigración en la hostelería y restauración (2009), significado político-jurídico del control de la inmigración (2010), dimensión local de la política de empleo (2011), reforma laboral y personal académico (2013) o crisis y empleo en el sector agrario andaluz (2014). Ciertamente ésta ha sido para Rosa una línea de investigación general, o marco, dentro de la cual podrían incluirse su preocupación doctrinal por la ordenación de la relación laboral, entendida como empleo del tiempo de trabajo, las condiciones de empleo negociadas colectivamente, la aplicación al empleo de los principios constitucionales, el tratamiento del empleo como oportunidad de inclusión social (para inmigrantes, jóvenes, mujeres, etc.), el empleo de calidad en atención a algunos colectivos (como las empleadas de hogar) o, en definitiva, su atención especial al principio de igualdad en el empleo. Es este carácter de línea general de investigación de Rosa –capaz de dar idea de conjunto a la mayor parte de su obra– lo que se ha tenido en cuenta para valorar el tema y el título de este libro homenaje.

- c) En tercer lugar, debemos dar importancia al estudio sobre el tiempo de trabajo, dentro de la obra de Rosa, porque en esta línea de investigación ha mostrado de forma especial su preocupación por el trabajador como ser humano, considerando su tiempo de trabajo simplemente como su tiempo de vida. Pueden mencionarse, también como ejemplo, algún primer trabajo que relacionaba, ya de forma general, la ordenación jurídica del tiempo de trabajo y la negociación colectiva (1997), pasando a la coordinación del libro sobre el tiempo de trabajo en la industria turística andaluza (1999), que mereció el premio del Consejo Social de la Universidad de Málaga; debiéndose añadir otra obra ejemplificativa que, algunos años más tarde, analiza la razones empresariales y personales de la reordenación convencional del tiempo de trabajo desde el paradigma de la llamada “flexi-seguridad” (2006).
- d) También en el análisis de la negociación colectiva, tema siempre muy querido por Rosa, ha dejado, como cuarta línea suya de investigación, pistas esclarecedoras sobre su concepción de justicia social participativa. Así, tras dos monografías sobre la igualdad de trato y de oportunidades en la negociación colectiva (1991 y 1994), artículos sobre la autonomía colectiva y la prevención de riesgos laborales (1997), sobre el procedimiento de negociación de convenios (2002), pueden citarse, entre otros, trabajos igualmente orientados a mostrar una determinada línea, como los relativos a las comisiones establecidas negocialmente para solucionar conflictos de trabajo (1992) o comisiones paritarias e interpretativas (2008) o el tratamiento de la buena fe en la negociación colectiva (2014).
- e) Una quinta línea de investigación particularmente acentuada en la obra de Rosa es la búsqueda de la solidez del Derecho del Trabajo en los principios y derechos constitucionales. Entre estos trabajos se pueden mencionar, como monografías, La huelga en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2002), La Constitución Europea y las Relaciones Laborales (2004), Los principios constitucionales y el modelo legal de protección por desempleo (2004), además de otro trabajo muy señalado y reciente: Los derechos fundamentales inespecíficos en materia de Seguridad Social (2014).
- f) Un gran número de trabajos doctrinales de Rosa se han dedicado a la situación de la mujer en el ámbito laboral, pudiéndose distinguir al respecto dos grandes líneas que, no por mencionarse como últimas, han tenido menos importancia en su carrera. Antes al contrario, han ocupado un espacio fundamental en su trayectoria académica desde el principio, habiendo pesado de manera muy especial en su caracterización como investigadora comprometida. De estas dos grandes líneas, la primera se refiere al empleo en el hogar familiar (siendo la otra la relativa a la igualdad por razón de sexo en el trabajo). Desde su primera monografía sobre el contrato de servicio doméstico (1991, fruto de su tesis doctoral), Rosa ha mantenido de forma continuada esta línea de trabajo desde di-

versos ángulos y a través de muchas otras publicaciones. Entre otras podemos mencionar estudios dedicados al trabajo extra-doméstico (1997), trabajo *au pair* (1999), regímenes laborales y de Seguridad Social de los empleados de hogar (2002, 2008, 2010, 2015) o sobre la dignificación del trabajo doméstico (2011, 2015).

- g) Como última línea de investigación debemos mencionar una de las más importantes en la carrera investigadora de Rosa, puesto que ha dedicado desde el principio sus esfuerzos a publicar sobre la igualdad por razón de sexo, manteniendo a lo largo de los años un ritmo intenso de trabajo investigador en esta misma línea, que ha caracterizado de forma especial su trayectoria doctrinal. Los trabajos ejemplificativos que se citan dan idea de la continuidad e importancia de esta línea de investigación: “Igualdad formal e igualdad sustancial: un estudio sobre la discriminación laboral de la mujer” (1985); “El sindicalismo y la igualdad de trato y oportunidades de la mujer trabajadora” (1991); “Discriminación salarial por razón de sexo: Directivas comunitarias y Constitución” (1992); “Igualdad de trato conforme al Derecho Social Comunitario” (2004); “La protección extrajudicial frente al acoso sexual en el trabajo” (2007); “La no discriminación, la Igualdad de trato y de oportunidades en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (2007); “Panorama general sobre la igualdad de sexo en el marco de las relaciones laborales” (2009); “El acoso sexual y acoso por razón de género en la negociación colectiva” (2009); “La violencia de género como discriminación por razón de género” (2009); “La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género” (2009, monografía); “Planes de Igualdad” (2009); “La Inspección de Trabajo y la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (2010); “Los derechos laborales y económicos de la mujer” (2010); “Una modificación legal justa y socialmente responsable. La nueva regulación de la pensión de viudedad recogida en la Ley de Presupuestos Generales del estado para 2010” (2010); “Gender Equality in the European Union. Comparative Study of Spain and Italy” (2012, monografía); “Crisis económica, género y relaciones de trabajo. La construcción inacabable del modelo de igualdad efectiva” (2014).

Este nivel de brillantez en la investigación se ha reflejado también en la recepción de premios y en la continua formación y liderazgo de equipos de investigadores, con participación continua en proyectos de carácter internacional y europeo, así como de carácter nacional y autonómico, que Rosa en su mayoría ha coordinado como investigadora principal. Entre los premios puede citarse el del Consejo Social de la Universidad de Málaga (1999), el hecho de que, de las tesis dirigidas –algunas con mención europea o internacional–, tres hayan obtenido el premio

extraordinario de doctorado de la Facultad de Derecho y el dato de que una de ellas ha logrado el premio del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (2009).

Abordando la segunda razón de excelencia de la trayectoria académica de Rosa, esto es, su compromiso activo y abierto como jurista crítica, debemos recordar que su continua implicación, no sólo con el mundo universitario, sino con colectivos sociales en general, se ha materializado, por un lado –como no podría ser de otro modo–, en un número ingente de ponencias, contribuciones a congresos, jornadas, seminarios de los más dispares y plurales, y contratos, a través de los cuales ha desarrollado una labor de transferencia social de su conocimiento y su trabajo académico. Por otro lado, ha fomentado continuamente relaciones académicas de carácter internacional, que han redundado en beneficio de una red cada vez mayor de colaboraciones académicas en que el Departamento de Derecho del Trabajo de Málaga se ha visto envuelto; habiendo sido invitada a distintos centros de investigación de relevancia jurídico-laboral, como el Centro di Studi di Relazioni Industriali de la Universidad de Cagliari, el Instituto Universitario Europeo de Florencia o la Organización Internacional de Trabajo, en Ginebra. Pero, si en algo se ha ido traduciendo su gran capacidad de compromiso, es, sobre todo, en su constante impulso de proyectos y realizaciones concretas. Entre dichos logros, además de un número importante de proyectos y grupos de investigación, pueden citarse los siguientes: la fundación del Foro Aranzadi Social de Málaga, que cumple ya su décima edición anual, la fundación del Observatorio Jurídico Laboral de Violencia de Género, ser miembro de la Red European Foundation on Social Quality, Árbitro del Colegio Arbitral del SERCLA, desde septiembre 2013, miembro de la Comisión para la Acreditación de catedráticos de Universidad de la Agencia Nacional Evaluadora de la Calidad Universitaria desde 2013, miembro del Consejo General de Andaluces en el Mundo en representación de las Universidades Andaluzas, designada, también a partir de 2013, por el Consejo General de Universidades, Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, miembro del Consejo de Redacción de algunas revistas, como la “Revista Trabajo y Seguridad Social” (CEF), miembro del Consejo Asesor, desde su fundación, de la “Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum” (RDSS. Laborum), miembro del Consejo de Evaluadores Externos de la “Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social”, etcétera. Pero sin duda su realización más querida y significativa es la fundación del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga. Siendo Rosa Directora del Departamento de Derecho Privado Especial, al que pertenecía, entre otras, el Área de Derecho del Trabajo, consiguió el establecimiento de un Departamento independiente para el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, dándose la circunstancia de ser la única área de conocimiento jurídico que cuenta con un departamento propio en la Universidad de Málaga. En sus largos años de Directora del Departamento se ha esforzado por atender a las necesidades particulares de cada uno y a la promoción de todos sin excepción, en una labor orientada sobre todo a conseguir una verdadera integración

del conjunto de miembros del Departamento. Es de realzar aquí su labor *integradora* y de *promoción e impulso* de todo el profesorado del Departamento, desde el máximo respeto al pluralismo y desde el presupuesto de la calidad científica de las personas que forman parte del mismo.

Dejamos para el final la tercera razón de excelencia académica, es decir, la docencia universitaria que, en el caso de Rosa, se refiere a su labor más amada como Profesora. Es así como, de forma entrañable y sensible, ha ido desarrollando un magisterio cercano, logrando con enorme frecuencia arrancar aplausos entre los alumnos, que reconocían de forma espontánea su vivencial entrega y su continua implicación afectiva a la vez con las ideas y contenidos académicos y con las personas. Se ha preocupado por la innovación educativa y la calidad docente, liderando proyectos de investigación al respecto y también, desde el principio, se implicado en la elaboración de manuales. Aunque pueden mencionarse varios, podemos destacar el Manual de Seguridad Social (junto con los profesores Vida, Monereo y Molina), que se ha convertido en un clásico, pasadas ya las diez ediciones.

Si recordamos a Rosa antes de que fuese Catedrática de Derecho del Trabajo de Málaga, comprendemos que no le ha sido fácil, que no se le ha puesto fácil, y entendemos también un rasgo fundamental de su personalidad. Siempre ha sido, y lo sigue siendo, una gran luchadora. Esto, por una parte, le atribuye un mérito mayor a todos sus logros; y, por otra, explica que, tras la convicción que ha estado presente en sus objetivos, ha existido siempre (por necesidades de la vida) un denuedo especial contra todo viento y marea. Coherente con esta firmeza ha estado también el empeño, en lo personal, de ir siempre más allá de la educación, la corrección y la cortesía, brindando a todos una gran dosis de amabilidad y simpatía abierta, un verdadero esfuerzo de generosidad, atendiendo a los compañeros en los problemas profesionales y en los asuntos personales. Buscando en definitiva conciliar, evitar tensiones y prevenir sabiamente los posibles problemas. Para los estudiantes, Rosa siempre ha tenido palabras de especial cercanía, cariño y aliento, hablándoles, de forma insistente, de las bondades de la Universidad, de la igualdad y la solidaridad, tratándoles de comunicar, en cuanto a ello, su valentía, animándolos a afrontar la vida académica, la carrera profesional y personal, con especial arrojo y optimismo, en pos de la justicia social.

XXXXXXXXXXXX

Por último, y no menos principalmente, queremos dejar constancia de nuestra gratitud a todos los autores de esta obra colectiva, y también a las personas que sin tener la condición de autores, por diversas circunstancias, han mostrado su deseo de adherirse al sentido homenaje a la excelente trayectoria universitaria de Rosa Quesada que representa este libro (Gallego Morales, Ángel; Aparicio Tovar, Joaquín; Blasco Pellicer, Ángel; García Valverde, María; González de Patto, Rosa

María; González Ortega, Santiago; Martínez Jiménez, José Miguel; Moreno Brenes, Pedro; Prados de Reyes, Francisco Javier; Sáez Lara, Carmen; Scarpelli, Franco; Sciarra, Silvana, Veneziani, Bruno; Vicente Palacio María Arantzazu y Viñas Armada, José María)

Nuestro agradecimiento más sincero al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales por garantizar la publicación de este libro, y expresarlo en la persona de su Presidente, Ángel Javier Gallego Morales, que tanto está haciendo por la efectiva consolidación del sistema democrático de relaciones laborales en nuestra Comunidad Autónoma.

PARTE I:
EL EMPLEO COMO OBJETIVO DE LA
POLÍTICA Y EL DERECHO

1. LA POLÍTICA DE EMPLEO

1.1. CAUSAS ESTRUCTURALES Y COYUNTURALES DEL DESEMPLEO EN ESPAÑA

JESÚS CRUZ VILLALÓN

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

I. VOLATILIDAD E INTENSA ROTACIÓN LABORAL DEL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA

Resulta de común aceptación que uno de los rasgos caracterizadores del mercado de trabajo en España reside en su enorme volatilidad, lo que se materializa en el hecho de que el empleo en su evolución resulta intensamente sensible a los cambios del ciclo económico. Este fenómeno se produce en la doble dirección, de modo que en las fases de crecimiento económico se produce un incremento del empleo muy por encima de la media europea, al mismo tiempo que en las fases de crisis económica se verifica una rapidísima y profunda destrucción de empleo.

Precisamente tal efecto se ha confirmado en España a resultas de la última crisis económica, de modo que, partiendo antes del inicio de la misma de un desempleo que no alcanzaba el 8 % del total de la población activa, en el momento final de la crisis económica se ha llegado a superar el 26 % en su conjunto en las cifras de desempleo, lo que ha derivado en que se han destruido más de 3,5 millones de puestos de trabajo a lo largo de todo este período, pasando la población ocupada de los 20,5 millones a los 16,9 millones de trabajadores. Sucesivamente, en tiempo más inmediato, el repunte económico que se produce a partir de 2014 da lugar a que el empleo comience a recuperarse desde el inicio de la fase de crecimiento, lo haga con bastante intensidad, si bien es difícil que se retornen en el corto plazo a las cifras de reducido desempleo que se lograron en el pasado.

Junto a ello, el mercado de trabajo español se caracteriza igualmente por la presencia de una desmesurada tasa de rotación del mercado de trabajo, en el sentido de que el flujo de trabajadores que entran y salen del empleo es comparativamente más elevado al resto de los países de nuestro entorno, fenómeno que añade incertidumbre en un alto porcentaje de los demandantes de empleo y de los ocupados.

Habitualmente el fenómeno de la rotación laboral se identifica con el problema de la temporalidad entre nosotros. En efecto, otro de los rasgos que caracteriza a nuestro empleo se encuentra en la presencia de una tasa considerablemente elevada de contratación temporal, muy por encima de la media europea. Se trata de una singularidad que se remonta a los inicios de la década de los años ochenta del siglo pasado y que se ha enquistado en nuestra composición del empleo sin solución de continuidad desde entonces. En los momentos de crisis económica se utiliza por las empresas como bolsas de empleo de fácil reducción, apenas que se aprecia un excedente de empleo en las empresas, de modo que sólo cuando se han agotado tales bolsas de trabajadores temporales se acude a los procedimientos legales institucionalmente establecidos para abordar reestructuraciones de empleo por la vía de los despidos colectivos. Eso sí, apenas se produce una recuperación del empleo, las empresas vuelven a utilizar de forma intensa la contratación temporal. De este modo, mientras que esa tasa de temporalidad se situaba antes de la crisis en el 31,9 % a mediados del año 2014 se ha bajado hasta el 23,9 %, a pesar de lo cual sigue siendo de las cifras más elevadas del conjunto de la Unión Europea y, ya se intuye un punto de inflexión con tendencia al incremento apenas se aprecia una primera recuperación del empleo.

Más aún, de modo algo incompleto domina la idea de que el fenómeno de la altas dosis de rotación se ciñe en exclusiva a la dato de la contratación temporal, cuando realmente no es su única manifestación, incluso con el paso del tiempo puede que ni siquiera se convierta en la más decisiva. Junto a la temporalidad, ha de llamarse la atención sobre otros dos fenómenos acumulados al mismo. De un lado, se advierte una importante bolsa de contratación laboral de muy corta duración, de modo que la presencia de contratos que no se extiende más allá de la semana resulta de notabilísima importancia entre nosotros. De otro lado, se aprecia también la existencia de una perceptible tendencia a la reducción de la duración media de los contratos de trabajo por tiempo indefinido, formalmente de carácter estable pero materialmente con riesgos cada vez más intensos de su tendencia al acortamiento temporal, lo que provoca la presencia de un porcentaje más elevados de despidos en nuestro sistema, comparado con lo que sucede en otros países de nuestro entorno. A mayor abundamiento, estos dos últimos elementos se comprueba que se encuentran enquistados en nuestro mercado de trabajo de manera estructural, de modo que no responden a concretas coyunturas del ciclo económico.

II. CAUSAS EXÓGENAS E IMPACTO DEL MARCO NORMATIVO

Muy diversos factores han provocado el fuerte desequilibrio del mercado de trabajo español, especialmente por lo que se refiere al dato más significativo de ser aquél que ha destruido proporcionalmente un mayor número de puestos de trabajo y, en general, el relativo a la volatilidad del empleo.

En todo caso, por lo que refiere a la evolución más próxima conectada con la coyuntura de crisis económica, resulta de común aceptación que en ello han influido sobre todo la importante crisis financiera generalizada en toda Europa pero especialmente profunda entre las entidades financieras españolas, a lo que se añadió el desplome del sector de la construcción que ha venido constituyendo durante el último período uno de los sectores de mayor peso en la economía española y con mayor incidencia sobre la creación del empleo.

A mayor abundamiento, ese panorama del empleo no deriva exclusivamente de factores coyunturales, sino que su presencia prolongada en el tiempo se puede intuir que se debe en igual medida a transformaciones profundas verificadas en las últimas décadas en el sistema económico, tanto en lo productivo como en los tecnológico y organizativo. Sin necesidad de entrar en mayores detalles es constatable que fenómenos comunes —como son los relativos a la globalización y la introducción de las tecnologías de la información— han influido de manera singular en el mercado español, acentuando esos rasgos tradicionales de volatilidad y rotación del empleo. En particular, la especialización productiva de la economía española en actividades especialmente estacionales y sobre todo de bajos niveles de cualificación profesional han acentuado los precedentes rasgos, comparativamente con lo que está sucediendo en otros países próximos al nuestro.

En definitiva, puede afirmarse que las causas exógenas al sistema de relaciones laborales y, particularmente, ajenas al marco normativo han resultado determinantes y lo siguen siendo en este resultado de funcionamiento claramente negativo del mercado de trabajo, por lo que se refiere a su volatilidad y rotación.

Algunos análisis de diagnóstico de las causas estructurales y coyunturales se cierran exclusivamente en lo anterior, en clave de deducir de ello que el dato jurídico es ajeno tanto a la creación como a la destrucción de empleo, pues para tales posiciones, atribuyendo las causas de la volatilidad y rotación a factores estrictamente de evolución de la economía, consideran que la regulación jurídica se sitúa en otro plano que no afecta en modo alguno a lo anterior. A nuestro juicio tal conclusión no puede compartirse plenamente. Sin desconocer el muy fuerte impacto de los elementos exógenos, tampoco puede desconocerse la influencia del modelo de relaciones laborales y, particularmente dentro del mismo, del régimen jurídico laboral. El modelo legal se ha ido construyendo en clave de adaptación a esos

rasgos de volatilidad y rotación, con el resultado de que o bien no ha sido capaz de propiciar una superación de los mismos o incluso los ha consolidado y afianzado. Es cierto que su impacto es mucho más reducido de lo que se vaticina por parte del legislador cuando acomete determinadas reformas legales, atribuyéndosele un valor taumatúrgico que está muy lejos de responder a la realidad de los hechos. Resulta igualmente cierto que el dato jurídico tiende a influir más en elementos cualitativos que cuantitativos de nuestro mercado de trabajo, pero por ello mismo su diseño incide también en los precedentes rasgo de volatilidad y rotación que igualmente presentan una decisiva perspectiva de carácter cualitativo.

Convendría también llamar la atención sobre el hecho de que en muchas ocasiones el resultado no deriva directamente de la precisa regulación vigente en un momento dado, cuanto de la utilización práctica que se verifica de las instituciones laborales. En estos términos el fracaso de la ordenación legal no deriva de su diseño teórico cuanto de la distorsión práctica que se produce en la aplicación de las instituciones laborales. En efecto, la evolución del modelo laboral ha derivado hacia una pérdida de eficacia del marco jurídico para tener la capacidad de canalizar el mercado de trabajo, en términos tales que las instituciones laborales actúan en clave bien diversa a la funcionalidad propia con la que son concebidas en el terreno práctico.

Sólo por poner algunos ejemplos emblemáticos al efecto, cabe mencionar cómo las modalidades de contratación laboral son utilizadas como simple mecanismo de reserva para las épocas de crisis empresarial y no como fórmula para atender las necesidades coyunturales de empleo; cómo el despido disciplinario es utilizado de manera generalizada para atender a las necesidades empresariales de reestructuración ante situaciones de excedentes de empleo y en modo alguno como fórmula de respuesta del empleador ante incumplimientos contractuales del trabajador; cómo el período de prueba se orienta hacia fórmulas de reducción de las incertidumbres empresariales en el mantenimiento del puesto de trabajo ocupado sin tomar en consideración su finalidad de contraste de las aptitudes y actitudes del trabajador para atender su adaptación al puesto y a la organización empresarial; cómo la apertura hacia la contratación a tiempo parcial es empleada como mecanismo segmentación laboral, con concentración de los requerimientos de flexibilidad empresarial en ciertos grupos de trabajadores y no como atención a necesidades puntuales de jornada reducida en la empresa; cómo cierto tipo de procedimientos arbitrales son utilizados como mecanismo de flexibilidad no negociada en lugar de fórmula de resolución de conflictos consensuada entre las partes; cómo la institucionalización de cierto tipo de representaciones ‘ad hoc’ en microempresas son empleadas como fórmulas posibilitadoras de mecanismos de flexibilidad unilateral en lugar de mecanismos de extensión de la flexibilidad negociada; finalmente, resultando obligado mencionar la persistencia en el mantenimiento de bolsas relevantes de trabajo irregular, donde, al no aplicarse de facto el marco normativo establecido, se veri-

fica la distorsión por excelencia en el funcionamiento del modelo laboral diseñado legalmente.

Cuando todos estos fenómenos se van extendiendo y asentando en nuestro sistema de relaciones laborales, el ordenamiento laboral pierde su capacidad de gestión del mercado de trabajo, en el sentido de qué son reglas exógenas al marco jurídico las que marcan el devenir de la evolución del mercado de trabajo, de modo que la legislación laboral se pliega a esas reglas, no las canaliza e incluso llega a reforzar los procesos de distorsión del mercado, reforzando sus elementos más negativos.

Por lo demás, el impacto del marco normativo no queda circunscrito a este puro elemento de ineficacia, que a la postre sería de puro alcance inocuo por falta de influencia, sino que va más allá de ello. Va más allá de ello en ocasiones, por cuanto que actúa incidiendo en el devenir del mercado de trabajo, pues no cabe negar su capacidad de impacto sobre el empleo y, sobre todo, los elementos más cualitativos de su evolución. Indiscutiblemente, poniéndolo en una balanza, su papel en menor respecto de la influencia de los factores exógenos de carácter económico; incluso es importante destacar que es mucho menor del impacto que presentan otras políticas públicas y regulaciones que se encuentran más allá de la frontera de lo laboral: tanto la política macroeconómica general como el marco regulativo de otros mercados de bienes y servicios tienen un incidencia mucho más intensa y directa que las legislación laboral y las propias políticas de empleo. Pero, insistimos también, ello no quiere decir que legislación laboral y políticas de empleo tengan un impacto nulo sobre el devenir del mercado de trabajo. Y ello nos obliga a efectuar algunas consideraciones, por breves que sean, respecto de ambos.

III. FLEXIBILIDAD INTERNA VERSUS FLEXIBILIDAD EXTERNA

Resulta ya un clásico referirse a la conexión entre el intensivo uso de los mecanismos de flexibilidad externa, que deriva en altas dosis de volatilidad del empleo y rotación laboral, a resultas de la escasa utilización de la flexibilidad interna; flexibilidad interna entendida como instrumentos de adaptación de las condiciones de ejecución de la prestación de servicios a los cambios requeridos en la empresas a resultas de la evolución del mercado de bienes y servicios. Entre nosotros existe una larga tradición de establecimiento de reglas variadas de esta flexibilidad interna empresarial, de modo que ya con precedencia eran amplias las posibilidades ofrecidas a las empresas para gestionar de manera flexible la gestión de los recursos humanos. No obstante, se manifestaba por algunos una cierta insatisfacción de resultados en algunas materias, especialmente por la ya apuntada preferencia de las empresas a la adaptación por la vía de los despidos, lo que derivaba en exigencias más intensas de flexibilidad a estos efectos.

Las reformas legislativas acometidas en los últimos años han acentuado aún más todavía los instrumentos de flexibilidad interna en manos de las empresas, por diferentes vías, entre las que destacan especialmente dos. De un lado, la nueva regulación de la negociación colectiva a los efectos de que la misma asuma un rol de adaptación de los empleos y condiciones de trabajo a las necesidades cambiantes de las empresas: alteración de las reglas relativas a la ultraactividad del convenio colectivo, preferencia aplicativa del convenio de empresa frente al convenio sectorial, así como mecanismo efectivo de inaplicación de las condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos. De otra parte, una regulación más flexible del régimen relativo al tiempo de trabajo: reducción de jornada de carácter temporal vía sobre todo la suspensión del contrato de trabajo o de reducción de jornada por causas económicas; régimen de jornada irregular, que permita a las empresas cambiar a lo largo del año los periodos de trabajo y de descanso, incrementándolos o reduciéndolos por períodos en función de las preferencias organizativas o productivas empresariales; incorporación de un nuevo régimen en relación con el trabajo a tiempo parcial, que ha proporcionado una amplia libertad a las empresas para incrementar o reducir la jornada laboral de estos trabajadores a lo largo del año, de modo que se concibe a esta modalidad contractual como un instrumento reforzado de flexibilidad interna dentro de la empresa.

A pesar de todo ello, no dejan de apreciarse ciertos problemas o efectos negativos derivados de estos cambios, entre los cuales destacaríamos los siguientes: la mayoría de los trabajadores en España prestan servicios a tiempo parcial de forma involuntaria, por cuanto que aceptan estos trabajos ante la imposibilidad de encontrar empleos a tiempo completo; se trata de un modelo que cada vez pivota con mayor intensidad en torno a las necesidades de flexibilidad empresarial sin atemperarlos o hacerlos compatibles con las necesidades de los trabajadores de conciliarlos con responsabilidades familiares, actividades de formación de los jóvenes, o bien de compatibilidad con un segundo trabajo; los niveles salariales son tan reducidos que provocan la emergencia de una importante bolsa de trabajadores pobres entre nosotros.

En todo caso, por muy amplias que han sido las medidas de flexibilidad interna introducidas en el marco de la crisis económica, la impresión generalizada es que éstas no han provocado los objetivos perseguidos, especialmente de contención de la utilización masiva de los procedimientos de reducción de empleo ante situaciones de crisis económica y, por tanto, no han tenido el resultado deseable sobre la volatilidad y rotación del empleo.

Varias razones pueden explicar este resultado, entre las que destacaríamos las siguientes: las dimensiones muy reducidas de las empresas españolas, que en un altísimo porcentaje no llegan a superar los 10 trabajadores, de modo que en la microempresa resulta difícilmente gestionables las medidas más atractivas de

flexibilidad interna, especialmente como alternativa a los despidos; que el mensaje de las reformas laborales en España ha sido contradictorio, por cuanto que se ha tendido en paralelo a facilitar los procedimientos de despidos colectivos entre las empresas, resultando más fáciles y menos complejas las medidas de reducción de empleo frente a las medidas de flexibilidad interna y sin establecer jerarquización entre las unas y las otras desde la perspectiva de la preferencia en su adopción; las altas tasas de temporalidad en las empresas que proporcionan mecanismos de intensa rotación del empleo, que hacen innecesaria la flexibilidad interna, por cuanto que la propia flexibilidad externa propia de los contratos temporales facilita con mayor intensidad la propia adaptación interna de condiciones de trabajo en las empresas con altas bolsas de temporales por la vía de la sustitución de unos trabajadores por otros.

IV. POLÍTICAS DE EMPLEO E IMPACTO SOBRE EL EMPLEO

Para concluir resulta necesario desembocar en las medidas de políticas públicas más inmediatamente conectadas con la intermediación en el mercado de trabajo, la adaptación de la oferta de empleo a los requerimientos empresariales, así como las fórmulas de incentivo a la contratación laboral.

Respecto de cuadro legal de intermediación en el mercado de trabajo, una vez liberalizado plenamente la actividad de intervención sobre el proceso de colocación, con un régimen dual de agentes públicos y privados de variado tenor en la contratación (servicios públicos de empleo, agencias de colocación, empresas de selección, empresas de trabajo temporal, así como empresas de servicios, incluida la penetración de todos estos vía la extensiva utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones) resulta difícil imaginar la presencia de obstáculos o frenos al ágil y efectivo encuentro entre la oferta y la demanda de empleo. Puede que se aprecie un uso excesivo de los canales informales de encuentro entre oferta y demanda de empleo (familiares, vecinos, contacto directo por conocimiento previo, etc.), en detrimento de los canales más de carácter institucional públicos o privados, pero ello no deriva tanto del marco jurídico cuanto de la cultura empresarial así como de la estructura de dimensiones de las empresas en nuestro país. Desde luego, resulta difícil advertir una falta de desarrollo de los agentes privados, que si no tienen un peso mayor en el mercado español desde luego se deben a factores extraños de todo orden al elemento regulativo o de políticas públicas. Sí cabe apreciar ciertas insuficiencias en la financiación de los servicios públicos de empleo y excesivo encorsetamiento y carácter administrativo de su funcionamiento, que disminuye significativamente su efectividad. Eso sí, en todo caso lo más relevante es que esas carencias no provocan impacto significativo sobre los factores de principal atención en esta sede: volatilidad y rotación laboral. Desde luego, es difícil imputar fracasos en expectativas de contratación laboral por un mal funcio-

namiento de tales agentes, sean públicos o privados, por cuanto que cuando emergen una necesidad de empleo por parte de cualquier empresa siempre se los encuentra un canal adecuado de respuesta en los correspondientes demandantes de empleo. Si algo se puede afirmar en este orden es que la universalización de las tecnologías de la información y de las comunicaciones y su generalizada implantación en la gestión de sus servicios por parte de las Administraciones de empleo ha propiciado la posibilidad técnica de celebración de contratos de muy corta duración, por un solo día, que en el pasado era inimaginable simplemente por obstáculos de tramitación administrativa y formalización contractual exigidos en el pasado.

Por contra, la segunda de las vertientes aludidas antes que integran las denominadas políticas de empleo es con toda seguridad la que en estos momentos ofrece mayores posibilidades de extensión y desarrollo entre nosotros. Me refiero a la adaptación de la oferta de empleo a los requerimientos empresariales. En efecto, es perceptible como una de los grandes déficits de nuestra población activa reside en su baja cualificación profesional, derivada de dos factores esenciales: de un lado, la presencia de elevados porcentajes de fracaso escolar o de abandono temprano de la formación reglada por parte de la población juvenil y, de otro lado, un exceso formativo por parte de cierta población en actividades conectadas con el sector de la construcción que exigen un proceso importante de reciclaje profesional de cierta población.

Es cierto que en términos cualitativos este hecho no produce efectos negativos sobre las necesidades de nuestro mercado de trabajo, pero sí que lo produce en términos cualitativos e incluso no es descartable que también lo produzca en términos cuantitativos en el medio o largo plazo. El impacto de estos déficits formativos no se constata de manera inmediata a resultados de las elevadas tasas de desempleo presentes aún en nuestro mercado de trabajo y en la medida en que cualquier oferta de empleo por parte de las empresas encuentra un demandante dispuesto a responderla y de manera inmediata se cubre el correspondiente empleo. Eso sí, desde el punto de vista cualitativo la respuesta puede ser pobre, en cuanto que la persona contratada por su baja cualificación puede dar una respuesta limitada a las necesidades empresariales y, a la postre, aportando niveles reducidos de productividad respecto de los teóricamente posibles a tenor de la actividad desempeñada, con el resultado de ineficiencia laboral fácilmente imaginable. Más aún, de verificarse una evolución de crecimiento económico en clave de especialización productiva diversa a la dominante en el pasado, es decir orientada hacia puesto de superior exigencias en cuanto a la cualificación profesional de los trabajadores, puede comenzar a detectarse problemas para casar la oferta y la demanda de empleo en nuestro mercado de trabajo. Por todo ello, resulta decisiva la implementación de políticas públicas más eficientes en este terreno de la formación y el reciclaje profesional.

Para concluir unas muy breves anotaciones respecto de los amplios mecanismos públicos de ayudas económicas directas o indirectas a la contratación laboral. Muy breves líneas, por cuanto que la diversidad y amplitud de las medidas actuales dificultan enormemente efectuar una valoración ajustada de su alcance e impacto, dentro de las breves páginas de este estudio. Se trata de medidas que se concentran desde el poder central tanto en incentivos fiscales como en reducción de las cotizaciones a la Seguridad Social, con una intensidad en ocasiones bien elevada en la cuantía.

Una evaluación de los resultados de este tipo de medidas siempre resulta arriesgado hacerlo por muy diversas razones, entre las que cabe destacar las siguientes. Ante todo, por la enorme complejidad de las medidas establecidas al efecto, a la vista de la multiplicidad de supuestos contemplados legalmente; eso sí, ya de por sí puede presumirse que la multiplicidad de medidas introduce tal complejidad para su difusión general entre los agentes del proceso de colocación que ya de por sí puede producir un efecto debilitador de los específicos objetivos que se pretenden alcanzar con tales medidas, tanto desde la perspectiva cuantitativa de resultados sobre la contratación laboral como cualitativa del tipo de demandantes de empleo y de condiciones laborales sobre las que se orientan las mismas. De otro lado, desde el instante en que entre nosotros no acaban de asentarse con las suficientes rigurosidad y objetividad los procedimientos de evaluación de las políticas activas de empleo, de modo que en unos casos los datos proporcionados por las Administraciones Públicas tienden a ser incompletos y los documentos oficiales evaluativos no son realizados por instituciones con la suficiente autonomía como para tener la garantía de la neutralidad de las valoraciones efectuadas por las mismas. Más aún, por cuanto que, incluso aunque dispusiéramos de tales instituciones independientes de evaluación de las políticas activas, a estas alturas se carecen de los instrumentos técnicos suficientes como para poder calibrar el impacto tanto del peso muerto de este tipo de incentivos económicos (decisión previa empresarial de contratación no condicionada por los incentivos) así como del efecto desplazamiento de los mismos (contratación de los segmentos de población favorecidos por los incentivos en sustitución de otros grupos sociales o profesionales, sin propiciar por tanto creación neta de empleo). En todo caso, las intuiciones acerca del fuerte impacto tanto del peso muerto como del efecto desplazamiento de las medidas de incentivo son bien elevada, no siendo casual el fuerte consenso hacia la falta de efectividad de las mismas para actuar cuando menos sobre los elementos macros aquí considerados relativos a la volatilidad del empleo y la rotación laboral en el mercado de trabajo en España.

1.2. REGULACIÓN JURÍDICA DEL MERCADO DE TRABAJO: NOCIÓN Y MANIFESTACIONES

ANTONIO MARTÍN VALVERDE

Catedrático de Derecho del Trabajo
ExMagistrado del Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

Al igual que sucede con la generalidad de las instituciones de derecho privado, y a diferencia de lo que suele ocurrir en el ámbito del derecho público, el mercado de trabajo constituye una realidad socioeconómica preexistente a su regulación legal. No se debe perder de vista este dato elemental en cualquier análisis sobre las relaciones entre legislación y mercado². Es verdad que la ley se encarga hoy de proporcionar la estructura normativa que permite encauzar, sostener y orientar las actividades precontractuales o contractuales que se llevan a cabo en el mercado de trabajo. Y es verdad también que, sin el soporte jurídico, el funcionamiento de los mercados en general y del mercado de trabajo en particular suele ser deficiente y azaroso. Pero no es menos cierto que ni el derecho en general ni la ley en particular crean los elementos constitutivos de los mercados; a saber, en lo que concierne al mercado laboral: las ofertas de empleo de los empleadores o empresarios, las demandas de empleo de los trabajadores asalariados, y las operaciones o prácticas de aproximación y encuentro de unas y otras en vistas a facilitar la colocación o conclusión de contratos de trabajo³.

² Sobre el tema, R.H. COASE, *La empresa, el mercado y la ley*, Capítulo 1º, Alianza Editorial, Madrid, 1994. Véase también N. REICH, *Mercado y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1985, p. 29 ss.

³ Dos precisiones terminológicas conviene hacer aquí. La primera se refiere al término “colocación”, que puede ser entendida en dos acepciones muy próximas pero no iguales: a) la colocación es el estadio previo al contrato de trabajo en el que se desarrollan diversas actividades de facilitación de información a posibles contratantes; y b) “colocación” es el propio acto contractual, contemplado desde la perspectiva del mercado de trabajo. La segunda puntualización terminológica procura evitar posibles confusiones en la identificación de los sujetos que comparecen en el mercado laboral; cuando hablamos de empleo o de mercado de empleo la posición de los trabajadores es la de demandantes correspondiendo la oferta a los empleadores o empresarios; en cambio, si se habla de trabajo, quienes lo ofrecen son, obviamente, los trabajadores y quienes lo demandan los empresarios. Cfr. D. S. HAMMERSH, *La demanda de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1996, p. 19 ss.; y P. CAHUC-A. ZILBERBERG, *Le marché du travail*, De Boeck Université, Buxelles, 2001, Capítulo 1º: “L’offre du travail et la recherche d’emploi”, p. 20 ss.

De la afirmación anterior se deduce que, cuando hablamos de regulación jurídica del mercado de trabajo no nos estamos refiriendo a la creación *ex novo* de los elementos o piezas que lo integran, sino a las normas establecidas con propósito de afianzar y mejorar la articulación o conexión de dichas piezas. Regulación jurídica del mercado laboral quiere decir, por tanto, regulación del marco legal del mercado de trabajo, el cual, como todo mercado, es un sistema de interacción social en buena medida autorregulado⁴, que se localiza en un determinado lugar o “sitio” geográfico o virtual, y cuyas prácticas u operaciones se encaminan a facilitar en condiciones adecuadas el intercambio económico entre trabajo y remuneración del trabajo.

¿Cuáles son los campos o aspectos normativos de la regulación jurídica del mercado de trabajo? ¿Cuáles son las condiciones adecuadas de intercambio económico en el mercado de trabajo?

La respuesta a las anteriores preguntas es un poco más complicada de lo que parece. Es cierto que los campos normativos del mercado de trabajo se pueden exponer con arreglo al esquema clásico sujetos/objeto/actividades; pero, como comprobaremos enseguida, en cada uno de estos ámbitos están presentes más elementos de los que cabía imaginar en un principio. En cuanto a las “condiciones adecuadas” del funcionamiento del mercado de trabajo, la complejidad deriva de que la referencia valorativa del mismo no es sólo la eficacia o reducción al mínimo de los “costes de transacción”⁵ de la contratación laboral, sino también la equidad, es decir la consecución de condiciones mínimas de empleo y trabajo satisfactorias para los trabajadores.

II. CAMPOS NORMATIVOS DE LA REGULACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO: COMPARECIENTES E INTERMEDIARIOS

El primer aspecto de la regulación jurídica del mercado de trabajo se refiere a los sujetos que comparecen en el mismo bien del lado de la oferta, bien del lado de la demanda de empleo. Del lado de los empleadores o empresarios que ofrecen empleo, la regulación jurídica del mercado de trabajo viene determinada por las disposiciones administrativas generales o sectoriales que rigen la puesta en práctica de actividades económicas o empresariales. El espacio propio de la regulación laboral

⁴ Véase, para una inicial aproximación a una muy extensa literatura, F. HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, Unión Editorial, Madrid, 2014, Capítulo 10; y R.H. COASE, *La empresa, el mercado y la ley*, “Apéndice: La estructura institucional de la producción”, Alianza Editorial, Madrid, 1994.

⁵ En general, sobre la función institucional del mercado de reducción de costes de transacción, y sobre la evolución de los mercados desde plazas o lugares de contratación a sitios abstractos o virtuales de encuentro de contratantes, E. MACKAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, París, 2008, p. 86 ss.

se suele limitar aquí a las denominadas medidas de “fomento del empleo”, que presentan un carácter marcadamente coyuntural⁶.

De todas maneras, contemplado en el largo plazo, el fomento del empleo, en su modalidad más típica de estímulo a la iniciativa privada para la generación de puestos de trabajo, puede considerarse, desde los años ochenta del siglo pasado, como un ingrediente estable de la regulación jurídica del mercado de trabajo. Han variado los incentivos ofrecidos, que son las más de las veces de carácter económico-financiero pero también en bastantes ocasiones de carácter normativo. Han variado también los grupos o colectivos de trabajadores destinatarios de los mismos: discapacitados, jóvenes en paro, mujeres en sectores con escasa presencia laboral femenina, trabajadores que han superado cierta edad, trabajadores autónomos o autoempleados⁷, etcétera. Y ha variado la propia estrategia de empleo: disminución indiferenciada del paro en un primer momento; facilitación del autoempleo y del trabajo a tiempo parcial más adelante; fomento del empleo estable desde las reformas laborales de mediados los años noventa⁸. Pero no está de más insistir en ello: con diferentes modulaciones, la regulación del fomento del empleo aparece en el ordenamiento a comienzos de la etapa actual del Derecho del Trabajo inaugurada por la Constitución, y se ha mantenido desde entonces.

Del lado de los trabajadores, el espacio de la regulación jurídico-laboral de la demanda de empleo es notablemente más amplio. Varios institutos jurídicos deben aquí ser tenidos en cuenta, por su repercusión directa o indirecta en el volumen de la misma. Algunos tienen una ya larga tradición en el régimen del contrato de trabajo, como la edad mínima de admisión al trabajo, o las distintas edades y modalidades de la jubilación: voluntaria o forzosa, anticipada u ordinaria, parcial o total⁹.

⁶ Sobre el tema, A. MARTÍN VALVERDE, “La política de empleo: caracterización general y relaciones con el Derecho del Trabajo”, *Documentación Laboral*, num. 9 (1983).

⁷ El énfasis en el fomento del autoempleo es particularmente visible en la reforma de la Ley de Empleo (Ley 56/2003, de 16 de diciembre) llevada a cabo mediante el RDL 3/2011, que: a) menciona entre los objetivos de la política de empleo “*fomentar la cultura emprendedora y el espíritu empresarial, así como mejorar la atención y acompañamiento a las personas emprendedoras en la puesta en marcha de su iniciativa empresarial*” (art. 2.1); 2) incluye dentro de la orientación profesional el empleo por cuenta ajena y el “*autoempleo*” (art. 19 *quater* 1.3); 3) incluye en el “*catálogo de servicios*” de los servicios públicos de empleo, la “*información, asesoramiento y tutorización para la creación, gestión y funcionamiento de empresas, por parte de emprendedores, trabajadores autónomos y otras empresas de la economía social*” (art. 19 *quater* 3.4); y 4) integra el “*fomento del autoempleo y la iniciativa emprendedora*” dentro de los principios generales de las políticas activas de empleo [art. 24.1.c)].

⁸ Véase, A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO Y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, 23ª edición, Tecnos, Madrid, 2014, p. 446-448 y 454-466.

⁹ La repercusión en el mercado de trabajo de la edad mínima de admisión al trabajo es indirecta; la finalidad primordial del instituto es, claro está, la protección de la salud y de las oportunidades educativas de los menores. En cambio, tal como se encuentra regulado en la actualidad, la función del instituto de la jubilación sí tiene en cuenta, en varias de sus modalidades, ingredientes de regulación del mercado de trabajo.

Otros, también bastante asentados en nuestro ordenamiento, corresponden a los estadios previos al ingreso en el empleo, como la autorización de trabajo para los extranjeros extracomunitarios o la preferencia de acceso a nuestro mercado de trabajo de los nacionales de países iberoamericanos. Otros, en fin, pertenecen al ámbito del Derecho de la Unión Europea, como la libre circulación de trabajadores comunitarios o de los nacionales de países europeos asimilados.

Un segundo aspecto del régimen jurídico del mercado de trabajo, que se refiere por cierto a su núcleo semántico más característico, versa sobre las actividades de intermediación y colocación en el que podemos llamar mercado de trabajo “externo”. En él comparecen por un lado quienes ofrecen trabajo por cuenta ajena, bien porque no tienen empleo bien porque quieren cambiar de empresa o actividad; y por otro lado quienes demandan como empleadores tal colaboración ajena para el desarrollo de sus propios proyectos o actividades productivas. El encuentro de las ofertas y demandas de empleo en el mercado de trabajo externo es facilitado mediante diversas actividades de información, llevadas a cabo por los propios contratantes (envío de currículos, anuncios, entrevistas, pruebas de aptitud, etc.), o por terceros intermediarios (servicios públicos de empleo, agencias privadas de colocación, empresas de selección de personal, empresas de trabajo temporal, etc.)¹⁰.

En las últimas décadas, el rasgo más destacado de la regulación del mercado de trabajo en lo concerniente a las actividades de intermediación ha sido seguramente, tanto en España como fuera de España, la paulatina liberalización de las mismas. La liberalización, que es una de las señas de identidad de la corriente legislativa conocida como “reforma del mercado laboral” o “reforma laboral”, afectó inicialmente a las empresas de selección de personal; y más adelante a las agencias privadas de colocación y a las empresas de trabajo temporal. La lucha secular contra los abusos de los intermediarios en el mercado de trabajo se ha desplazado, en esta época de la globalización, hacia el campo en que estos abusos resultan ser más despiadados y dañinos: el tráfico internacional de mano de obra ilegal.

III. CAMPOS NORMATIVOS DE LA REGULACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO: ACTOS DE EMPLEO Y HECHOS O ACTOS DE CESE EN EL TRABAJO

El tercer aspecto del marco normativo del mercado de trabajo incluye la regu-

¹⁰ Estrechamente vinculadas a las actividades de información en el mercado de trabajo se encuentran las denominadas “políticas activas de empleo” entre las que figuran las actividades de orientación profesional, la formación profesional en sus distintas modalidades, el fomento de la movilidad geográfica y sectorial y el propio fomento del empleo al que ya nos hemos referido. El marco legal de las políticas activas de empleo se incluye en el Capítulo II del Título II de la Ley 56/2003, de Empleo.

lación de los distintos “actos de empleo”, entendiendo por tales los actos o acuerdos de un empleador y un trabajador que tienen por objeto el desempeño de trabajo por cuenta ajena. Si bien se mira, los actos de empleo pueden tener lugar bien en el mercado de trabajo externo, en el que se conciertan contratos de trabajo de distintas clases y modalidades temporales, bien en el llamado mercado de trabajo “interno”, en el que se acuerdan prórrogas de contratos, conversiones de contratos temporales en contratos indefinidos, conversiones de “tiempo parcial” a “tiempo completo” y viceversa, ascensos, promociones a cargos de alta dirección y otras posibles novaciones contractuales¹¹.

Los actos de empleo en el mercado de trabajo externo, que es ciertamente el mercado de trabajo por antonomasia, comportan lo que los economistas denominan “transiciones” entre las distintas situaciones de la población activa: transición del desempleo al empleo, si el colocado o contratado se encontraba antes en paro, o transición de un empleo a otro, si se trata del paso de una empresa a otra distinta. En cambio, los actos de empleo en el mercado de trabajo interno no traen consigo normalmente tales transiciones: quién ya está empleado en una empresa pasa a desempeñar en la misma organización de trabajo o bien otro empleo, o bien el mismo pero en condiciones sustancialmente distintas. Conviene observar, además, que en el singular espacio en que se desenvuelve el mercado de trabajo interno están ya presentes la dirección de la empresa u organización de trabajo y los empleados ya ocupados a la misma¹², por lo que, en su seno, el encuentro de las ofertas y demandas de empleo adicional o de empleo distinto suele ser bastante más sencillo.

Si bien se mira, el objeto de la regulación del mercado de trabajo en este aspecto de los actos de empleo no son los *essentialia negotii*, es decir los elementos y requisitos del contrato de trabajo en cuanto acto, sino sus elementos naturales o accidentales (*naturalia y accidentalia negotii*, siguiendo la misma terminología), ésto es la regulación legal de los pactos y condiciones laborales que integran el contenido de la relación de trabajo¹³. Varios ejemplos de nuestra historia legisla-

¹¹ Cfr. A. MARTÍN VALVERDE, “La naturaleza, los objetivos y el régimen jurídico de la política de empleo”, en AA.VV. (Dir. F. Valdés Dal-Ré y G. M^a Sobrino González), *Comentarios a la Ley de Empleo*, Las Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2012.

¹² Sobre los mercados de trabajo internos el estudio teórico seminal es, según parece, el de P. B. DOERINGER y M. J. PIRE, *Internal labor markets and manpower analysis*, Lexington Books, 1971. Hay traducción española, *Mercado interno de trabajo y análisis laboral*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985; un extracto de sus capítulos iniciales en AA.VV., *El mercado de trabajo: teorías y aplicaciones* (Compilación e introducción de L. Toharia), Alianza Editorial, Madrid, 1983. Véase también, AA.VV. (Comp. P. Osterman), *Los mercados internos de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988.

¹³ Véase, por ejemplo, M. KITTNER, “Arbeitsmarkt und Recht: Eine Einführung”, en AA.VV. (Hrsg. M. Kittner) *Arbeitsmarkt-ökonomische, soziale und rechtliche Grundlagen*, C.F. Müller, Heidelberg, 1982, p. 52 ss.

tiva reciente pueden ser ilustrativos de la trascendencia de la regulación jurídica de los actos de empleo.

El primero es la lista de los supuestos legales de contratos temporales, o los propios límites de duración de los mismos, que han sido objeto, como se recordará, de cambios notables desde la redacción inicial del Estatuto de los Trabajadores hasta ahora. Un segundo ejemplo de este campo normativo es el de los supuestos y requisitos específicos del contrato de trabajo a tiempo parcial, que también han variado en las sucesivas reformas laborales. Otros actos de empleo relevantes en la regulación del mercado de trabajo son los que consisten en la conversión o paso, con mayores o menores facilidades, de una modalidad contractual a otra distinta. Muy dignos de tener en cuenta en nuestra lista de ejemplos son, en fin, los actos que determinan, con un régimen jurídico más o menos flexible, la modificación de condiciones sustanciales de trabajo.

El lector habrá podido apreciar que no todos los renglones de la enumeración anterior se refieren a actos de empleo en el mercado de trabajo externo. Algunos de los actos señalados, de visibilidad más limitada, se lleven a cabo en el interior de las empresas. Pero se trata también de operaciones en el mercado de trabajo, teniendo en cuenta que, mediante ellas, el empleador o empresario o bien obtiene aportaciones laborales o bien acuerda condiciones de empleo que no figuraban en el contenido inicial del contrato de trabajo¹⁴. Las reformas del mercado laboral, en particular las más recientes, han dedicado una atención creciente a estos actos de empleo en el mercado de trabajo interno.

Según nuestra clasificación *ad hoc*, la cuarta faceta de la regulación del mercado de trabajo tiene en cuenta los diversos hechos o actos de cese o extinción de las relaciones individuales de trabajo. Entre estos hechos o actos que interrumpen o ponen fin a la ocupación del trabajador en una determinada empresa u organización conviene distinguir, desde la perspectiva del régimen jurídico del mercado laboral, entre ceses temporales o limitados, como las suspensiones de contratos o las reducciones transitorias de la jornada de trabajo, y extinciones o ceses definitivos, como la terminación de los contratos temporales, el mutuo acuerdo extintivo, las jubilaciones y los despidos de distintas clases, y en particular los despidos por motivos empresariales¹⁵.

¹⁴ Véase, Th. KOCHAN y P. CAPPELLI, "La transformación de la función de personal y de relaciones laborales", en AA.VV. (Comp. P. Osterman), *Los mercados internos de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988, p. 155-186.

¹⁵ La adopción del punto de vista del mercado de trabajo en la consideración de los actos de despido, y en particular de los despidos económicos, en E. NICKEL, "Der schutz der arbeitnehmer bei ordentlicher, insbesondere betriebsbedingter Kündigung und seine arbeitsmarktpolitischen Einschätzung", en AA.VV. (Hrsg. M. Kittner) *Arbeitsmarkt-ökonomische, soziale und rechtliche Grundlagen*, C.F. MÜLLER, HEIDELBERG, 1982, p. 231 ss.

Nótese que, para los trabajadores afectados, los actos de extinción del contrato de trabajo determinan unas veces el paso de la población ocupada a la población desempleada (transición del empleo al desempleo), y otras veces el paso de la población ocupada a la población inactiva (transición del empleo al retiro o jubilación). Estas transiciones dan lugar, si se cumplen los requisitos legales exigidos (períodos de empleo, períodos de cotización, etcétera), a prestaciones sociales sustitutivas, cuyo importe y cuya duración se deben considerar también como ingredientes o factores indirectos de la regulación del mercado de trabajo¹⁶.

Las reformas del mercado laboral que han jalonado la etapa histórica presente de los ordenamientos laborales suelen incidir de distintas maneras en estas transiciones en el mercado de trabajo. Varios aspectos o institutos jurídicos relativos a ellas han centrado sobre todo la atención del legislador español. Uno es la atribución o no, mediante la negociación colectiva, de facultades a los empresarios sobre la jubilación de los trabajadores. Otro versa sobre la cuantía de las indemnizaciones de despido y sobre la existencia y la cuantía de las indemnizaciones por terminación de los contratos temporales. Y un tercero ha atendido a la duración y a la modulación de la cuantía de las prestaciones de desempleo.

IV. CAMPOS NORMATIVOS DE LA REGULACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO: NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE CONDICIONES DE EMPLEO Y TRABAJO

El quinto y último aspecto de la regulación del mercado laboral se refiere a determinadas actividades, singulares y características del mercado de trabajo, consistentes en la negociación y regulación colectiva de las condiciones mínimas de empleo y trabajo. La influencia de la negociación colectiva laboral en el funcionamiento del mercado de trabajo es una consecuencia obligada del carácter de regulación mínima imperativa que tienen tradicionalmente las condiciones laborales fijadas en los convenios, carácter que, como se recordará, ha reafirmado el precepto legal vigente sobre fuentes de regulación de la relación laboral [art. 3.1 c) ET]¹⁷.

¹⁶ Véase, M. HEINZE, "Lohnersatzleistungen als indirekte Arbeitsmarktfaktoren", en AA.VV. (Hrsg. M. KITTNER) *Arbeitsmarkt-ökonomische, soziale und rechtliche Grundlagen*, C.F. MÜLLER, HEIDELBERG, 1982, p. 321 ss. Un balance de los estudios teóricos y empíricos en la materia en P. CAHUC-A. ZILBERBERG, *Le marché du travail*, De Boeck Université, Buxelles, 2001, sección 2 del Capítulo 1 ("La théorie de la prospection d'emploi"), p. 47 ss.

¹⁷ La afirmación vale también, desde luego, para el derecho comparado. Véase, por todos, A. SÖLLNER, "Rechtliche Determination des Arbeitnehmerinkommen", en AA.VV. (Hrsg. M. Kittner) *Arbeitsmarkt-ökonomische, soziale und rechtliche Grundlagen*, C.F. MÜLLER, HEIDELBERG, 1982, p. 313 ss.

El régimen jurídico de la negociación colectiva de condiciones laborales presenta muy diversas facetas, que podemos reducir a la clásica distinción entre los sujetos titulares de la misma, el objeto o materias de negociación y la actividad o procedimiento negociador. Los sujetos de la negociación colectiva son, como se recordará, o bien, en la negociación colectiva a nivel de empresa, directamente el empresario y los representantes de los trabajadores, o bien, en la negociación colectiva de ámbito superior a la empresa (sectorial, intersectorial o general) representantes de los empresarios (normalmente, asociaciones empresariales) y representantes de los trabajadores (normalmente, sindicatos). A su vez, entre nosotros, los sujetos o partes negociadoras en la negociación colectiva de empresa pueden ser o bien representantes unitarios electos de los trabajadores (comités de empresa y delegados de personal) o bien representantes sindicales acreditados en la propia unidad productiva.

En términos generales puede afirmarse que el objeto de lo que el artículo 37.1 CE llama “negociación colectiva laboral” son las condiciones de trabajo y las condiciones de empleo¹⁸. En una acepción estricta, las condiciones de trabajo comprenden los aspectos de la regulación de la relación laboral concernientes a la ejecución de la prestación de servicios – función laboral, tiempo de trabajo, lugar y medio de trabajo, etcétera – y a las contrapartidas de la misma – retribución, beneficios complementarios –. Por su parte, las condiciones de empleo *sensu stricto* comprenden los aspectos de la regulación de los contratos de trabajo atinentes a su duración, vicisitudes y extinción; señaladamente: ingreso, modalidad de contratación por tiempo indefinido o por tiempo determinado, “tiempo completo” o “tiempo parcial”, formación, ascensos, movilidad funcional y geográfica, ceses.

En el sistema español de relaciones laborales la actividad de la negociación colectiva puede desarrollarse o bien de acuerdo con las estrictas pautas establecidas en el Título III del Estatuto de los Trabajadores (convenios colectivos “estatutarios”) o bien al margen de ellas y de acuerdo con las pautas generales del derecho de contratos (convenios colectivos “extraestatutarios”). Los convenios colectivos estatutarios tienen para los sujetos negociadores indudables ventajas desde el punto de vista legal, señaladamente la atribución de eficacia general respecto de todos

¹⁸ La distinción entre condiciones de trabajo y condiciones de empleo presenta ventajas muy apreciables para el estudio de la negociación colectiva de trabajo, y en particular para el estudio de las reformas del mercado laboral. De entrada, el protagonismo del convenio colectivo es mucho más acusado en las condiciones de trabajo que en las condiciones de empleo; respecto de aquéllas la regulación legal es escueta, ocupando la autonomía colectiva el primer plano de la escena, mientras que respecto de las condiciones de empleo la regulación básica se encuentra en la ley, y los sujetos del convenio colectivo se limitan a un papel complementario. Conviene advertir, no obstante, que las expresiones “condiciones de trabajo” y “condiciones de empleo” se utilizan a menudo como sinónimas en el lenguaje de los laboralistas. Hemos propuesto esta distinción en A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho Del Trabajo*, 23ª edición, Tecnos, Madrid, 2014, p. 49.

los trabajadores y empresarios comprendidos en su ámbito funcional. La fuerza vinculante que se reconoce a los convenios colectivos extraestatutarios es en cambio más limitada, en cuanto que, en principio, rigen sólo las condiciones laborales de los trabajadores y en las empresas representados en la mesa de negociación.

Pues bien, la faceta de la negociación colectiva que, entre nosotros, ha interesado más a la regulación jurídica del mercado laboral es seguramente la estructura de la misma; o, para ser más precisos: la estructura de la negociación colectiva estatutaria o de eficacia general, que es la modalidad predominante entre nosotros. El concepto de estructura de la negociación colectiva se refiere al mismo tiempo a los sujetos y al objeto de estas peculiares actividades negociadoras; se designa con esta expresión a las diversas instancias o unidades de la negociación y a la distribución entre las mismas de las competencias o atribuciones de regulación de las condiciones de empleo y de las condiciones trabajo¹⁹.

Las más recientes reformas del mercado de trabajo, y en particular (pero no sólo) la reforma laboral de 2012, han introducido modificaciones muy significativas en el régimen de la estructura de la negociación colectiva que contiene el Título III del Estatuto de los Trabajadores, atribuyendo preferencia a la negociación colectiva de empresa respecto de las principales condiciones de trabajo. La idea que subyace en esta línea de reforma del mercado de trabajo es que el convenio colectivo de empresa puede conseguir unas condiciones de intercambio en el mercado laboral más ajustadas a las conveniencias particulares de empresarios y trabajadores, tanto en lo que concierne al “precio” de la fuerza de trabajo como en lo relativo a la calidad y cantidad del “trabajo” desempeñado²⁰. El desarrollo lógico de esta idea viene a ser el siguiente: una organización y un precio del trabajo ajustados a las circunstancias concretas de las empresas y a las competencias y productividad de los trabajadores pueden influir favorablemente tanto en las decisiones de contratar trabajadores como en las decisiones de mantener en vida las relaciones contractuales existentes. A ello se añade una consideración especialmente diseñada para la situación actual de crisis económica: en coyunturas difíciles la negociación colectiva en las empresas o unidades de producción puede propiciar la opción por el término menos desfavorable de una descarnada pero realista disyuntiva económica: en caso de que sea necesaria la elección, el ajuste en el mercado de trabajo vía “precio del trabajo” es preferible al ajuste vía “volumen de empleo”.

¹⁹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “Unidad de negociación del convenio colectivo de trabajo”, *Revista de Política Social*, núm. 64 (1964); y CEOE, *Estructura y contenido de los convenios colectivos en España.- Encuestas sobre negociación colectiva 2007*, CEOE, 2008.

²⁰ Véase C. KERR, *Mercados de trabajo y determinación de los salarios*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985; y R.B. FREEMAN, *Mercados de trabajo en acción.- Ensayos sobre economía empírica*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994; en particular Parte III (“Mercados con sindicatos”) y Parte IV (“Las instituciones del mercado de trabajo: un análisis compartido”).

V. EFICACIA Y EQUITAD EN LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL MERCADO DE TRABAJO

En una inicial aproximación cabe decir que la finalidad o propósito que persigue la regulación jurídica del mercado de trabajo, y por tanto las sucesivas reformas laborales que han procurado un mejor ajuste de sus distintas piezas, es el funcionamiento eficaz del mercado de trabajo. El planteamiento estándar del análisis económico del derecho afirmaría que las condiciones adecuadas del mercado de trabajo son las mismas que se imponen en cualquier mercado, sea de bienes o productos, sea de servicios diversos, sea de capitales. Serían adecuadas para esta línea de pensamiento aquellas condiciones o reglas que hacen posible la celebración de los contratos de trabajo con mínimos costes de transacción. Ello supone, concluiría el argumento, reducir al máximo los obstáculos de distintas clases que pueden impedir o inhibir las decisiones de contratar de los potenciales contratantes, sean barreras legales, sean carencias de información sobre ofertas y demandas de empleo, sean dificultades de conocimiento de las cualidades de los demandantes y oferentes, sea la falta de garantías de cumplimiento de las obligaciones respectivas²¹.

Siempre que no pretenda erigir a los costes de transacción en la referencia exclusiva del funcionamiento del mercado de trabajo, la posición anterior es acertada en lo esencial, proporcionando además una buena iluminación sobre aspectos del ordenamiento laboral que suelen pasar desapercibidos. En efecto, buena parte de los institutos jurídico-laborales (bastantes más, seguramente, de lo que acostumbran a reconocer los laboristas) atienden a facilitar el juego de “suma positiva” derivado de la conclusión del contrato de trabajo²², el cual, como todo intercambio contractual, beneficia por hipótesis a ambas partes contratantes. Pero, junto a este elemento valorativo de carácter general, una muy poderosa corriente de opinión, que sigue dominando ampliamente en nuestra cultura jurídica, pondera otras condiciones “adecuadas” del intercambio económico en el mercado de trabajo: las condiciones de equidad.

²¹ Una buena ilustración de este planteamiento estándar puede ser el excelente manual del análisis económico del Derecho de E. MACKAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, París, 2008. Llamo la atención sobre la valoración efectuada sobre el instituto del “salario mínimo garantizado” (p. 2 ss.), que los autores elevan a la categoría de “ejemplo” de regulación contraproducente desde el punto de vista del empleo.

²² Una lectura en clave de análisis económico del derecho de los institutos jurídico-laborales podría empezar por las diversas manifestaciones del poder de dirección del empresario, podría continuar con los acuerdos colectivos de empresa, y seguiría con los pactos típicos del contrato de trabajo. Por poner un solo ejemplo: el pacto de período de prueba cumple con toda evidencia una función de reducción de los costes de transacción del contrato de trabajo, que serían mucho más elevados si las pruebas de aptitud y adaptación para el empleo contratado hubieran de agotarse en la fase precontractual.

El discurso que permite justificar la consideración de las condiciones de equidad en la regulación del mercado de trabajo es bien conocido. Permítasenos resumirlo en dos puntos: 1º) la implicación de la persona del trabajador en el contrato de trabajo obliga al legislador a poner límites sustantivos o de contenido a los actos de intercambio que tienen por objeto este recurso o bien económico; y 2º) la desigualdad de fuerza contractual o poder de negociación entre las partes o sujetos individuales del contrato de trabajo puede ser compensada, entre otros mecanismos institucionales, mediante el reconocimiento de la negociación colectiva laboral, que permite restablecer la balanza de intereses entre los trabajadores y los empresarios en un punto de mayor equilibrio.

La compaginación de la lógica económica de las relaciones de mercado con las exigencias sociales de protección compensatoria de la persona y de los intereses del trabajador ha sido y sigue siendo la función institucional del contrato de trabajo; y es también, obviamente, el propósito principal de la regulación jurídica del mercado de trabajo. La eficacia y la equidad en el funcionamiento del mercado de trabajo se suelen medir a su vez por la consecución o por la aproximación a diversas metas u objetivos. Tanto en la literatura económica como en la jurídica estas referencias finales suelen darse por supuestas o sobreentendidas. Pero conviene detenerse en su explicación en un estudio como el presente. Una buena guía para esta labor pueden ser las disposiciones o declaraciones jurídicas nacionales e internacionales en las que tales metas han sido expresadas con carácter general; entre ellas figuran varias cláusulas de la Constitución y diversas normas de la Unión Europea, que vamos a analizar en los dos apartados que siguen²³.

VI. METAS U OBJETIVOS DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL MERCADO LABORAL: LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El primer objetivo de la regulación jurídica del mercado de trabajo, social y económico a la vez, es el pleno empleo productivo de la mano de obra. Una segunda meta, ésta estrictamente social, es la obtención por parte de los trabajadores de condiciones mínimas satisfactorias de empleo y trabajo. En contrapartida, suele asignarse al funcionamiento del mercado laboral un tercer objetivo puramente económico: la adquisición y disposición por parte de las empresas y organizaciones, en condiciones adecuadas de rendimiento, de la fuerza de trabajo que necesitan para la puesta en práctica de sus actividades.

²³ Conviene recordar que, junto a las metas u objetivos finales fijados en la Constitución y en la Carta y Tratados Europeos, las instituciones nacionales y supranacionales han fijado con valor indicativo objetivos intermedios a largo y medio plazo, que concretan aquellas metas finales, precisando a veces las magnitudes o cifras de demografía laboral que se consideran aceptables o deseables en el mercado de trabajo. Pero de ellos no nos vamos a ocupar en el presente estudio.

No parece difícil identificar la huella de las reseñadas metas u objetivos de la regulación del mercado de trabajo en diversos pasajes de los textos que ocupan las posiciones eminentes en el ordenamiento jurídico: la Constitución (CE), la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los propios Tratados de la Unión. Unas y otros se limitan a enunciados genéricos, algunos de carácter claramente programático.

El objetivo final de la plena ocupación de la fuerza de trabajo disponible se expresa en el artículo 40 CE, que encomienda a los “poderes públicos” la realización de “una política orientada al pleno empleo”²⁴. El propio reconocimiento del “derecho al trabajo” en el artículo 35 CE apunta en la misma dirección. Pero el pleno empleo como objetivo económico-social y el derecho al trabajo como posición jurídica se sitúan en planos distintos. Este último se refiere a la adquisición o conservación de una ocupación remunerada, mientras que el pleno empleo describe una situación económica general en la que la posibilidad de adquisición o conservación de un puesto de trabajo puede ser efectivamente ejercitada²⁵.

Por su parte, la adquisición y disposición de una fuerza de trabajo debidamente cualificada y de buen rendimiento, es también una meta constitucional de la regulación del mercado laboral. Tal objetivo de disposición del factor trabajo por parte del empresario en condiciones adecuadas constituye en verdad un ingrediente o requisito de la “defensa de la productividad” “en el marco de la economía de mercado”, que el artículo 38 CE encarga a los poderes públicos. Es más, el reconocimiento de la “libertad de empresa” en el propio precepto constitucional refuerza notablemente las correspondientes facultades de disponibilidad empresarial, al elevarlas a la condición de derecho del empresario, cuyo “ejercicio” “garantizan y protegen” asimismo los poderes del Estado.

Paralelamente a estas metas económicas o económico-sociales, la Constitución fija, como ya hemos apuntado, metas u objetivos exclusivamente sociales para la

²⁴ Se suele entender por pleno empleo la existencia en un determinado marco geográfico de una oferta global de puestos de trabajo suficiente para atender a todas las demandas de empleo que han comparecido en el mercado de trabajo. Dicho de otro modo, pleno empleo es la situación “aritmética” de equilibrio entre volumen de demanda y volumen de oferta de empleo en la que existen ocupaciones o puestos de trabajo disponibles para todos aquellos que quieren y pueden trabajar.

²⁵ Aquí se encuentra precisamente el principal flanco crítico del reconocimiento constitucional de tal derecho: que su contenido es una ventaja que en una sociedad abierta y en una economía de mercado nadie, ni el Estado ni los empresarios, están en condiciones de garantizar. Lo anterior no quiere decir que la declaración del derecho al trabajo tenga un valor meramente retórico. Aunque no alcance la garantía plena de la exigencia *in natura* tal reconocimiento tiene trascendencia práctica: inspira el régimen de la extinción causal de la relación individual de trabajo, subraya y refuerza en el ámbito del empleo el derecho a la no discriminación, y proporciona apoyo constitucional a las normas de fomento del empleo de trabajadores con particulares dificultades en el mercado de trabajo.

regulación del mercado de trabajo. Determinadas condiciones mínimas de trabajo y empleo (“remuneración suficiente”, “promoción a través del trabajo”, no “discriminación por razón de sexo”) se mencionan como derecho de “todos los españoles” en el artículo 35 CE. A este mismo objetivo de regulación equitativa de condiciones de empleo y trabajo se refiere además el ya citado artículo 40 CE, que encarga a los “poderes públicos” la misión de promover “condiciones favorables para el progreso social y económico”, con mención expresa de la “formación y readaptación profesionales”, el “descanso necesario”, la “limitación de la jornada laboral”, y las “vacaciones periódicas retribuidas”.

VII. METAS U OBJETIVOS DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL MERCADO LABORAL: LOS TRATADOS Y LA CARTA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Un poco más detallado, aunque muy similar en lo esencial, es el cuadro de metas y objetivos del buen funcionamiento del mercado de trabajo que contiene la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE, 30-3-2010). El “derecho a trabajar” se reconoce en su artículo 15; la “libertad de empresa” en el artículo 16; y el artículo 23 hace lo mismo respecto de la “igualdad entre hombres y mujeres” “en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución”, sin perjuicio, añade novedosamente la Carta, del “mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas a favor del sexo menos representado”.

En lo que concierne a las condiciones de empleo y trabajo, los preceptos de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE a tener en cuenta se incluyen en los artículos 29, 30 y 31. El artículo 29 consagra el derecho de toda persona “de acceder a un servicio gratuito de colocación”; el artículo 30 el “derecho a protección en caso de despido injustificado”; y el artículo 31 el derecho a trabajar “en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad” y, más concretamente, el “derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”.

Por su parte, el Tratado de la Unión Europea (TUE) menciona dentro de sus objetivos últimos la consecución de “una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social” (art. 3.3 TUE). En términos similares, pero con más énfasis en las metas económicas o socioeconómicas, se pronuncia el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), cuyo Título IX contiene normas programáticas y de fijación de objetivos en materia de ocupación. Estas metas de empleo del TFUE, que proceden del Tratado de Amsterdam de 1997, pueden ser enumeradas como sigue: 1) “potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable” (art. 145 TFUE); 2) potenciar “mercados la-

borales con capacidad de respuesta al cambio económico” (art. 145 TFUE); 3) reconocer “el fomento del empleo como un asunto de interés común” (art. 146 TFUE); y 4) favorecer la consecución de “un alto nivel de empleo” (art. 147. 1 y 2 TFUE).

Junto a la fijación de las metas a alcanzar en el funcionamiento de los mercados de trabajo, las normas comunitarias actualmente en vigor ordenan la elaboración anual de “orientaciones referentes al empleo”, encaminadas a supervisar la situación y la política de empleo de los Estados miembros (art. 148.2 TFUE). Teniendo en cuenta dichas “orientaciones” cada Estado miembro habrá de elaborar un informe o plan anual de política de empleo, que “facilitará al Consejo y a la Comisión” (art. 148.3 TFUE); y con base en estos informes el Consejo efectuará “un examen de la aplicación de las políticas de empleo”, pudiendo formular a la vista de él las “recomendaciones” que considere pertinentes.

Esta labor de intercambio de orientaciones y planes de empleo entre las instituciones europeas y los Estados miembros da lugar a la fijación, con valor indicativo, de determinados objetivos cifrados de empleo, a alcanzar mediante unas u otras medidas o programas, que integran el último elemento o componente de la regulación jurídica del mercado de trabajo: la “política de empleo”, entendida en sentido restringido como acción política sectorial a corto y medio plazo. En esta acepción restringida, la política de empleo no comprende aquellas actuaciones legislativas de los poderes públicos encaminadas a establecer un marco normativo estable del mercado de trabajo y de la actividad profesional, sino intervenciones más ocasionales – fomento de empleo y políticas activas de empleo – que procuran reducir desequilibrios entre oferta y demanda de empleo en determinadas coyunturas o situaciones, en determinados sectores, o en determinadas zonas geográficas, o en determinados grupos de población.

1.3. POLÍTICA DE EMPLEO COMO RESPONSABILIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS: EL OBJETIVO DE PLENO EMPLEO

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

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

“Todo aquel que tiene una ocupación tiene una oportunidad”

E. Hubbard, *Epigrams* (1923)

I. EL DERECHO AL TRABAJO COMO DERECHO DE CIUDADANÍA SOCIAL

Uno de los pilares sobre los que se asienta el desarrollo de la personalidad humana es el trabajo. Siendo el trabajo ingrediente esencial del hombre y de su desarrollo vital, es fácil entender que su falta se convierta en causa de deshumanización²⁶.

Los procesos de segmentación del mercado de trabajo, la extensión de la precariedad laboral, el implacable azote del desempleo masivo y forzoso, la aparición y extensión de nuevas formas de pobreza, alimentan la “nueva cuestión social”, tal y como ésta se presenta actualmente en las modernas sociedades postindustriales. Una “nueva cuestión social” que, según CASTEL, “tiene la misma amplitud y centralidad que el pauperismo de la primera mitad del siglo XIX, para sorpresa de los contemporáneos”²⁷.

Por otro lado, tras el período de estímulo fiscal y monetario que siguió al *crack* bursátil de 2007-2008, los gobiernos, con el respaldo de las agencias financieras internacionales, han optado por imponer políticas de austeridad a sus poblaciones para corregir los efectos del despilfarro que ellos mismos habían consentido, alegando que una elevada deuda pública ralentizaría la recuperación y el crecimiento. Consecuencia de estas políticas de austeridad ha sido la drástica reducción de las prestaciones sociales –precisamente cuando más necesarias resultaban-, la exacer-

²⁶ ALONSO OLEA, M.: “El paro forzoso y su aseguramiento social”, *Revista de Seguridad Social*, 1982, núm. 15, pág. 50.

²⁷ CASTEL, R.: *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, trad. de Jorge Piatigorsky, Barcelona, Ed. Paidós, 1997, pág. 413.

bación de las políticas neoliberales que se venían aplicando antes de la gran crisis sobre el mercado de trabajo y una preocupante crisis de derechos. El resultado de todo ello ha sido la expansión del “precariado” como clase masiva emergente que ve limitados sus derechos políticos, civiles, sociales y económicos, y caracterizada por una creciente desigualdad e inseguridad²⁸.

Frente a la crisis de la “sociedad salarial” y el retroceso de los derechos sociales²⁹, debe reaccionarse con propuestas que persigan la revalorización del trabajo, mercantil y extramercantil, para que éste vuelva a ocupar un lugar central como mecanismo de socialización y para la atribución de un estatuto pleno de ciudadanía, sin que ello suponga desconocer la heterogeneidad de trayectorias laborales y de conflictos de intereses a la hora de construir esa nueva ciudadanía³⁰. Con el advenimiento del neoliberalismo, el Mercado pugna por desplazar cada vez más al Estado en la regulación de las condiciones laborales, persiguiendo imponer la individualización con flexibilidad y la reducción del trabajo a la esfera de lo privado, destronándolo del lugar central que ocupaba en las relaciones industriales en el siglo XX. Como alternativa, cabe apostar por la construcción de una *nueva ciudadanía social*, en la que el trabajo y su regulación sigan siendo asuntos de interés público y donde la lógica económica deje ser la directriz fundamental de las políticas sociales³¹. En este sentido, luchar contra las desigualdades que traen consigo la marginación, el deterioro de los niveles de protección social, la degradación de estatutos profesionales y cualquier forma de ciudadanía de “segunda clase” es ya una forma de asegurar la pervivencia de nuestras sociedades³².

²⁸ Sobre el fenómeno social del “precariado”, categoría antigua pero que ha crecido extraordinariamente con la última crisis económica y financiera, cfr. STANDING, G., *El precariado. Una nueva clase social*, Barcelona, Pasado & Presente, 2013.

²⁹ Cfr. ALONSO L.E.: *Trabajo y ciudadanía social. Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial*, Madrid, Ed. Trotta, 1999.

³⁰ En este contexto se ubican las propuestas de GORZ y AZNAR de reducir el tiempo de trabajo para conseguir que todos trabajen, pues consideran al empleo como el principal factor de socialización que además permite al ciudadano cubrir sus necesidades básicas, así como la necesidad de “civilizar el ocio” que ineluctablemente resultará de esta liberación parcial de trabajo formal, propiciando el desarrollo de actividades sociales alternativas que actúen también como vehículos de socialización. Vid. GORZ A.: *Metamorfosis del trabajo. Búsqueda del sentido*, Madrid, Sistema, 1995 y AZNAR G.: *Trabajar menos para trabajar todos*, Madrid, HOAC, 1994.

³¹ El Grupo de Expertos que, dirigidos por A. SUPLOT, realizó el *Informe Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo*, por encargo de la Comisión Europea (la versión española apareció publicada en la editorial tirant lo blanch, Valencia, 1999), tras constatar la crisis del Estado nacional y keynesiano, propuso idear un nuevo modelo de intervención del Estado, especialmente en materia socioeconómica, que se aparte tanto del modelo de Estado “mínimo” como del simple Estado “providencia”. En el Informe de Madrid se propugna que esa refundición vaya unida a una “concepción global de los derechos sociolaborales”, que garantice la solidaridad individual y colectiva frente a unos imprevistos hoy omnipresentes, y que podrían llegar a ser una de las piedras angulares del derecho social en el plano europeo.

³² VILA LÓPEZ, L.: “Política social e inclusión social”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 35, 2002, pág. 13.

Esta reconstrucción de la sociedad del trabajo es obvio que no puede plantearse de forma nostálgica, proponiendo una vuelta atrás, “como si fuera posible una suerte de restauración del sistema de seguridades características del modelo fordista-tayloriano y keynesiano, recuperar su legado tal cual”, pues “si otros son los contextos (y) otras las situaciones no puede proponerse el inmovilismo, pero sí la continuidad selectiva, el mantenimiento de los avances civilizatorios conquistados por el pacto keynesiano, sin perjuicio de su redefinición, readaptación o reajuste en contextos bastante más dinámicos, plurales y complejos”³³.

En definitiva, se trata de ensanchar el campo de lo social-inclusivo y de no dejarse “seducir” por los cantos de sirena del racionalismo económico. El trabajo es, por encima de cualquier otra consideración economicista, un derecho y un deber social (así lo rubrica el art. 35.2 de la CE), no un artículo de comercio, que exige respeto para las libertades y la dignidad de quien lo presta y la posibilidad de ser realizado en condiciones que aseguren la subsistencia y el bienestar del trabajador y de las personas que de él dependen. La propia Unión Europea así lo puesto de manifiesto a comienzos del presente siglo, al considerar que la necesidad de dar respuesta a estas nuevas exigencias sociales conlleva necesariamente la movilización de todos los agentes interesados –autoridades públicas, interlocutores sociales, empresas, etc.-, en un marco de “buena gobernanza” basado en la participación universal³⁴. La “ciudadanía social” no puede ser entendida como la entrega (automática y desde arriba) de determinados beneficios sociales, sino que debe definirse en términos de “gobernabilidad social”, es decir, como la participación de los grupos sociales organizados en la toma de decisiones. Por lo tanto, la “ciudadanía social” debe definirse en términos de “sujeto político” (que hace referencia a la distribución social del poder), uno de cuyos frutos es la obtención de beneficios sociales.

En la actualidad, y como consecuencia de la combinación de múltiples factores (la sucesión de crisis económicas, la tecnificación creciente de los puestos de trabajo y la generalización de formas de organización laboral poco exigentes en capital humano), el desempleo se ha estructuralizado, convirtiéndose en uno de los riesgos más graves y costosos, social y económicamente, que desestabilizan las modernas sociedades de capitalismo avanzado. Pese a todo, cierto liberalismo radical viene defendiendo que un cierto nivel controlado de desempleo, sin alcanzar elevados índices que tengan un efecto social y político “perverso”, es necesario para garantizar el normal funcionamiento de las formas capitalistas de producción, que así contarían con una reserva de efectivos humanos disponibles para ser ocu-

³³ MONEREO PÉREZ, J.L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, en VV.AA.: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, pág. 354.

³⁴ COM (2001) 428 final, de 25 de julio de 2001.

pados en cualquier momento³⁵. En el fondo, más que buscar directamente el desempleo, lo que anida en este planteamiento es el interés por su efecto disciplinante sobre la fuerza de trabajo³⁶.

El mínimo de orden y estabilidad social que permite subsistir a una sociedad es incompatible con un paro generalizado y persistente. Por otro lado, la disminución de los niveles de consumo provocada por la pérdida de poder adquisitivo asociada al desempleo afecta negativamente al progreso económico. De ahí que siendo el trabajo uno de los vehículos más importantes de realización personal de los individuos, al tiempo que garantía de un orden social estable y de pervivencia del sistema económico capitalista, la protección del desempleo se haya erigido en una de las claves de bóveda del Estado del Bienestar construido a partir de la segunda postguerra mundial, en paralelo a la instrumentación de políticas laborales concebidas, no tanto para regular sustantivamente el trabajo cuanto para mejorar las tasas de ocupación (políticas de *adaptación* o de *flexibilización* del mercado de trabajo), en coordinación con políticas activas de empleo propiamente dichas cada vez más diversificadas que actúan tanto sobre la demanda como sobre la oferta de empleo. El *pleno empleo* se ha convertido así en uno de los objetivos preferentes de los poderes públicos y en uno de los elementos nucleares de la reproducción del capitalismo organizado en el Estado social postbélico³⁷.

II. EL OBJETIVO DEL PLENO EMPLEO COMO OBLIGACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

La contribución histórica del Derecho del trabajo al desarrollo de las sociedades contemporáneas ha sido la integración de los trabajadores por la vía del mejoramiento de su estatuto profesional, partiendo de una situación en la que depender del propio trabajo equivalía casi automáticamente a exclusión social. Por otra parte, no cabe desconocer que el bienestar y el equilibrio de una sociedad van a depender directamente de los niveles de empleo de los que disfrute, en términos cuantitativos (pleno empleo) y cualitativos (empleo productivo y de calidad). Pero la extraordinaria complejidad del mercado de trabajo hace imposible que éste funcione de manera natural, por su propia lógica interna. De ahí que sea responsabilidad de los poderes públicos asegurar la existencia de un mercado de trabajo que funcione adecuadamente. No basta con que el mercado funcione, sino que tienen que produ-

³⁵ KALECKI, S.: "Aspectos políticos del pleno empleo", en HUNT, E.K. Y SCHWARTZ, J.G., *Crítica de la teoría Económica*, FCE, México, 1977, pág. 405.

³⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: *El sistema de protección por desempleo en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, págs. 26 y 29.

³⁷ MIRAVET BERGÓN, P.: *Estado Social, Empleo y Derechos. Una revisión crítica*, Valencia, Tirant lo Blanch-PUV, 2014, pág. 55.

cirse unos resultados aceptables, teniendo en cuenta su impacto en el bienestar social y en el funcionamiento de la economía. La existencia de altos niveles de empleo, la disponibilidad de fuerza de trabajo suficiente y adecuada, son responsabilidades que el Estado asume y que pone en práctica mediante un conjunto normativo extenso y complejo que configura eso que se ha denominado *Derecho del Empleo*.

El Tribunal Constitucional ha precisado que el derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 CE “implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma”³⁸. En este sentido, la realización de una política orientada al pleno empleo aparece en el artículo 40.1 CE como un presupuesto económico inexcusable en orden a la efectividad del derecho constitucional al trabajo. Consecuentemente, por imperativo constitucional derivado de la necesidad de garantizar el derecho a obtener empleo (y la estabilidad y el buen funcionamiento del sistema económico), los poderes públicos no sólo han de realizar una política de empleo, sino que ha de estar, además, orientada al paradigma del “*pleno empleo*”.

Las consideraciones humanitarias acerca de la necesidad de un trabajo que permita obtener un nivel suficiente de rentas para existir dignamente, los argumentos esgrimidos desde el mundo de la psicología referentes a la estabilidad emocional y psíquica procurada al individuo con la realización de un trabajo productivo y las indicaciones sociológicas sobre los conflictos generados en las sociedades con altos niveles de desempleo, se ven refrendadas con argumentos jurídicos al alcanzar rango constitucional el derecho al trabajo y el derecho de los ciudadanos al desarrollo de una política especialmente dirigida a alcanzar y consolidar el pleno empleo. Resulta indudable que, en gran medida, los procesos y las situaciones de exclusión, la ruptura del vínculo existente entre el individuo y la sociedad, derivan de su no participación en el proceso productivo. Por otra parte, además del sufrimiento humano generado por el paro, el aumento del número de desempleados resulta muy costoso en términos económicos, debiendo añadirse a los costes directos ocasionados por la pérdida de producción, costes dinámicos como una menor inversión en capital físico y humano y un menor progreso técnico, sin olvidar el crecimiento del gasto en prestaciones sociales por la necesidad de proteger la contingencias de desempleo. El problema individual se transforma entonces en una verdadera “cuestión de Estado” merced a sus graves consecuencias sociales y económicas.

³⁸ STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8.

La política de empleo tiene por finalidad última la garantía de un trabajo de calidad para toda la población. Los instrumentos internacionales reconocen ese objetivo: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Carta Social Europea (1961) y diversos convenios de la OIT, entre los que destaca el Convenio 122 (1964), donde se dispone (art. 1) que todo Estado miembro deberá llevar a cabo “una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido”; y donde se fijan como objetivos de la política de empleo la garantía de: un trabajo para todas las personas disponibles que lo busquen; que dicho trabajo sea tan productivo como sea posible; que exista libertad para escoger el empleo y que cada trabajador tenga posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y utilizar en el mismo la formación y las facultades que posea; que se eliminen los impedimentos de acceso y permanencia en el empleo por razones de raza, sexo, religión, opinión pública, procedencia nacional y origen social.

En el derecho español, la ley que fijó las bases para la ordenación jurídica y el desarrollo institucional de las políticas públicas orientadas a la consecución del objetivo constitucional del pleno empleo fue la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo (LBE). Esta disposición planteó sistemáticamente sus objetivos políticos (art. 2) y los instrumentos para su realización: programas de fomento de empleo (ayudas económicas, fiscales, e incentivos selectivamente orientados actividades empresariales); promoción del empleo en sectores concretos de desempleados; protección por desempleo (que más tarde, con la Ley 31/1984, se desgajaría del sistema concebido por la LBE); política de colocación (reorganización de los mecanismos correspondientes y de los servicios de empleo). A todo ello se añaden después medidas que no afectan a la estructura jurídico-normativa del mercado de trabajo, sino que intentan directamente, por medios económicos, apoyar al empleo y proteger situaciones de desempleo (Fondos de solidaridad, de promoción del empleo, de apoyo a entes públicos para realizar trabajos, plan de empleo comunitario, etc.).

Posteriormente, el Derecho del Empleo conocerá una modificación de primer orden al aprobarse su nueva ley marco, la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (LE). Desde el punto de vista sustantivo, el eje de la LE lo constituye la política de empleo. Esta se define, de forma más completa y precisa que en la anterior LBE, y con la referencia constitucional que representan los arts. 40 y 41 CE, como “el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las comunidades autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción de las situaciones de desempleo y a la debida protección en las situaciones de desempleo” (art. 1).

La consecución de pleno empleo, la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y la demanda de empleo y la calidad del empleo, son también elementos clave en la definición de política de empleo que suministra el art. 1.1 de la LE. Por empleo de “calidad” quiere significarse un empleo estable, digno y con derechos; pero también se procura dar efectividad a un aspecto escasamente atendido del derecho a la libre elección de profesión u oficio, a través de la dimensión productiva y de calidad que pretende imprimirse al empleo. En cambio, silencia la LE –y antes que ella omitieron también la CE y la LBE– lo que deba entenderse por “pleno empleo”. Desde luego, no es ésta una noción que deba interpretarse *ad pedem litterae*, como consecución de un estado de completa ausencia de desempleados, sino en su acepción más común de paro friccional, el cual se configura como un breve intervalo de expectativa hasta el que trabajador vuelva a ser requerido en su antiguo puesto de trabajo o en uno distinto acorde a sus posibilidades³⁹. Pero, aún así, es este un objetivo de la política de empleo que no se plantea como un logro inmediato. Para comprobarlo conviene reparar inicialmente en que se introduce, de forma novedosa, en la definición de la política de empleo, la finalidad de “reducir” las situaciones de desempleo, con lo que parece que se ha renunciado al más ambicioso objetivo de su “supresión”, cuando menos tendencial.

Superada la época keynesiana y su paradigma de pleno empleo, la oleada de crisis económicas que se han sucedido a partir de los años setenta con altos niveles de paro forzoso ha determinado que el concepto de pleno empleo sufra una paulatina evolución, haciéndose más ambiguo y menos exigente, hasta el punto de haberse abandonado la estrategia de su consecución en las sociedades desarrolladas, por considerarlo utópico e inalcanzable⁴⁰. La reformulación del objetivo del pleno empleo, presente todavía en las declaraciones políticas y en los textos normativos, se produce en términos más realistas de aspirar a una situación de equilibrio entre oferta y demanda de trabajo, aceptable tanto social como económicamente.

Por otra parte, la política de empleo desarrollada en España no puede ser ajena a las directrices y recomendaciones de la Unión Europea. En efecto, si en los primeros tiempos la norma comunitaria se limitaba a favorecer la libre circulación de trabajadores y a crear un Fondo Social Europeo, orientado hacia las acciones de formación y promoción de la movilidad laboral, con el paso de los años la importancia del empleo en la política social de las Comunidades y de la Unión Europea se fue consolidando. Resultado de esta evolución es la inclusión de un título en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el IX, arts. 145-150) dedicado al empleo,

³⁹ BEVERIDGE, L.: *Pleno empleo en una sociedad libre. Informe II*. Madrid, MTSS, 1988, págs. 38-39 y 463.

⁴⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. el altri: *Manual de Política y Derecho del Empleo*, Madrid, tecnos, 2011, pág. 18.

donde se establece que los Estados miembros se comprometen, a través de sus políticas nacionales, a desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, que potencie la existencia de trabajadores cualificados, formados y adaptables a las circunstancias del mercado de trabajo. La “empleabilidad” se ha convertido así en la pieza clave de la política de empleo comunitaria a partir del Tratado de Amsterdam⁴¹. Y si bien el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea señala como objetivo de la UE obrar “en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al *pleno empleo* y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente”, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea rebaja esta exigencia al evitar referirse, en su artículo 147, al objetivo del pleno empleo, sustituyéndolo por la mención a que la UE contribuirá a un “*alto nivel de empleo*” mediante el fomento de la cooperación entre los Estados miembros, así como apoyando y, en caso necesario, complementando sus respectivas actuaciones; y que, al formular y aplicar las políticas y medidas de la Unión, deberá tenerse en cuenta el objetivo de un “*alto nivel de empleo*”⁴².

III. PLENO EMPLEO SÍ, PERO ¿CUALQUIER EMPLEO?

Con un nivel de desempleo que para el año 2016 no se prevé baje del 22 por ciento, el objetivo prioritario de los poderes públicos en España es incrementar sustancialmente los niveles de empleo, en un contexto de recuperación económica que todavía no se está traduciendo en mejoras significativas para la mayoría de la población y con uno ritmo de creación de empleo manifiestamente insuficiente para atender a las demandas del mercado nacional, siendo especialmente preocupante la tasa de desocupación de larga duración y el desempleo de los jóvenes.

Lo cierto es sin embargo que las políticas de empleo adoptadas hasta la fecha, en España y en el resto de Europa, mayoritariamente vertebradas en torno a los principios de flexibilidad laboral y de reducción de costes para las empresas a través de bonificaciones y reducciones en las cuotas a la Seguridad Social, no están sur-

⁴¹ LÓPEZ INSUA, B. Y MONEREO PÉREZ, J.L.: “Una política europea de empleo para el trabajo en el siglo XXI”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 173, febrero 2015, pág. 156.

⁴² La Estrategia Europea 2020 ha centrado sus prioridades en conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e innovador basado en una economía con un alto nivel de empleo que promueva la cohesión económica, social y territorial; y para lograrlo se propone como objetivo fundamental que en el año 2020 el 75% de la población europea entre 20 y 64 años esté empleada. Las políticas implementadas en la UE para conseguir ese objetivo están basadas en los principios de flexibilidad laboral y flexiseguridad y no parece que por el momento estén contribuyendo de forma eficaz a su consecución. Cfr. RECIO ANDREU, A.: *El fracaso del modelo de empleo de la Unión Europea. Comentario a las ponencias “Crisis y transformación del contrato de empleo”*, en *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*, vol. 2, 2014, págs. 91-94.

tiendo el efecto anunciado de crear empleo en términos significativos. No sólo es preocupante la incapacidad de estas políticas para generar empleo sino que, además, el empleo creado es de pésima calidad, pues suelen ser empleos atípicos, fundamentalmente temporales y a tiempo parcial, poco exigentes en cualificación y, por todo ello, escasamente remunerados y con un deterioro generalizado de las condiciones laborales, lo que conlleva una mayor inseguridad, menor protección social y el ensanchamiento de las franjas de desigualdad y de pobreza. Empleos que en muchos casos, aún realizándose en el contexto de economías avanzadas, no cumplen los estándares que organismos como la OIT han fijado para calificar a un trabajo como “decente”.

Las medidas de fomento del empleo deben ir dirigidas a generar las condiciones que permitan a todo aquel que lo requiera optar a un empleo estable y de calidad, objetivo multidimensional que exige de los poderes públicos actuaciones en diferentes ámbitos de la política social, educativa, económica y fiscal, situando al pleno empleo y con derechos como el objetivo central de la política económica general, pues continúa siendo la forma más adecuada de asegurar la equidad, de satisfacer las aspiraciones de los individuos, de participar en la vida económica y social, de preservar la cohesión social y de asegurar la plena utilización de los recursos humanos y de capital y la maximización de la tasa de crecimiento de la producción y de los niveles de vida. Y debe hacerse tomando conciencia de que las normas laborales carecen de capacidad para crear empleo por ellas mismas y de que, para absorber toda o la mayor parte de la demanda de empleo disponible, es preciso trabajar en los campos de la formación y la reconversión profesional y reformar nuestro sistema productivo, diversificándolo y abriéndolo a nuevas actividades con futuro.

1.4. DIVERSOS TIPOS DE POLÍTICAS DE EMPLEO

MARÍA JOSÉ LOPERA CASTILLEJO
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y
 de la Seguridad Social
 Universidad de Zaragoza*

I. LA NUEVA ARTICULACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO: POLÍTICAS ACTIVAS, DE INTERMEDIACIÓN LABORAL Y PASIVAS

Las opciones a seguir por los poderes públicos, en materia de política de empleo, se encuentran condicionadas, tanto por la coyuntura socioeconómica y el entorno político imperante, como por la necesidad de ajustarse a los ejes de actuación

fijados por la Estrategia Europea 2020. Entre ellos, el referido al “crecimiento integrador”, que sitúa como prioridades el fomento de una economía con un alto nivel de empleo y la lucha contra la pobreza, para garantizar la cohesión social y territorial. Con este fin, y ante el peligro de que puedan surgir tendencias recesivas, resultantes de la introducción simultánea y continuada de planes de austeridad en la UE, que oscurezcan las perspectivas de crecimiento económico, se hace necesario realizar inversiones específicas europeas y nacionales, de manera coordinada, al objeto de aumentar los efectos de la política de empleo, y trazar así el futuro del modelo social europeo con un alto nivel de empleo y de protección social.

En el contexto actual de la crisis española, donde los datos más recientes confirman la recuperación del empleo, por incremento de la afiliación a la Seguridad Social y reducción del paro registrado, resultan ahora mayormente decisivas las políticas de estímulo, y de activación para el empleo, así como de promoción del autoempleo, para lograr que la recuperación se consolide, alcanzando a todas las personas que buscan oportunidades de empleo. Mostrándose claro que conviene aprovechar el impulso de la recuperación actual para recobrar el empleo estable y de calidad que se ha ido perdiendo durante la crisis, a la vez que se hace preciso intensificar la cobertura de las prestaciones por desempleo que, asimismo, ha venido disminuyendo.

El marco legal de referencia de las políticas de empleo se contiene en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (en adelante, LE), con la redacción dada por la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, con la que se pretende afianzar un nuevo modelo de políticas activas, orientado hacia la modernización de los Servicios Públicos de Empleo y la interacción entre las políticas activas y pasivas, a fin de que la percepción de las prestaciones quede más efectivamente vinculada a las actuaciones de mejora de la empleabilidad que realicen los beneficiarios, como aspectos complementarios de la misma política de protección frente al desempleo.

Según estos principios de actuación, se aprueba, por el RD 751/2014, de 5 de septiembre, la Estrategia Española de Activación para el empleo 2014-2016, incluyendo las políticas activas de empleo y de intermediación laboral que se desarrollan en el conjunto del Estado, en la línea también de mejorar el encaje entre las dos vertientes activa y pasiva, avanzando hacia un modelo de flexiguridad, como nueva estrategia de lucha contra el desempleo, que combina flexibilidad en el mercado laboral con políticas complementarias de seguridad en el empleo, considerándose esta seguridad como activadora de la empleabilidad, en lugar de certeza de mantener un puesto de trabajo⁴³.

⁴³ MARTÍN MARTÍN, M.P.- SERRANO PASCUAL, A. Y TOVAR MARTÍNEZ, F.J.: “La noción de flexigui-

Así, entre los objetivos generales de la política de empleo que menciona el art. 2 b) LE, se encuentra mantener un sistema eficaz de protección ante las situaciones de desempleo, que comprende las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo, asegurando la coordinación entre las mismas y la colaboración de los distintos entes implicados en la ejecución de la política de empleo y su gestión, además de la interrelación entre las distintas acciones de intermediación laboral. De donde se desprende que constituyen las políticas activas el primer tipo de políticas de empleo, expresamente mencionadas en la ley, contemplándose también en ella la dimensión pasiva, al referirse a las prestaciones por desempleo, como integrantes necesarios de un sistema eficaz de protección frente al desempleo.

Se trata, ya de entrada, de una primera clasificación básica de las políticas de empleo, que distingue entre políticas activas y pasivas, según incidan en una u otra vertiente de la política de empleo. Si bien es cierto que el diseño, a estos efectos, de una tipología admite realizar otras muy diversas clasificaciones⁴⁴, en función de los distintos criterios que se adopten, como puede ser, entre otros, el de los objetivos hacia los que se orientan las actuaciones, los colectivos a los que se dirigen, o la dimensión territorial sobre la que se proyectan. Con posibilidad, incluso, de establecer diferentes combinaciones, por existir una clara interrelación entre ellos.

Las políticas activas de empleo se definen, en la propia norma (art. 23 LE), como el conjunto de servicios y programas de orientación, empleo y formación dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social. Tratándose de un amplio y moderno concepto de políticas activas de empleo que contempla verdaderas herramientas de activación frente al desempleo. De manera que hacen referencia a la intervención directa de los gobiernos en el mercado de trabajo, para prevenir o aliviar el desempleo, y para mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo, con el objeto de aumentar el nivel de empleo o mantenerlo.

De ahí, que las políticas activas puedan, a su vez, clasificarse en tres líneas de actuación: la intermediación, la formación para el empleo, y la promoción o fomento del empleo, donde se incluyen las bonificaciones a la contratación y el apoyo al autoempleo. Por más que, perteneciendo la formación para el empleo al ámbito de la formación profesional, presente realmente cierta independencia respecto de

ridad como la reconciliación de lo irreconciliable", VV.AA.: *El paradigma de la flexiguridad en las políticas de empleo españolas: un análisis cualitativo*, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.J. Y SERRANO PASCUAL, A. (Coords.), Madrid, CIS, 2014, pág. 65.

⁴⁴ Así, en VV.AA.: *Manual de política y Derecho del empleo*, Madrid, Tecnos, 2011, pág. 195 y ss.

la política de empleo, contando con un nuevo marco de regulación específica, contenido el RD-ley 4/2015 de 22 de marzo, para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, que orienta más eficazmente este nuevo modelo a las necesidades reales de la empresa, introduciendo la concurrencia competitiva abierta a todas las entidades de formación acreditadas. Con lo cual, esencialmente, los tipos de políticas activas se concretan en el fomento del empleo y la inserción laboral.

Y es que, como señala también la Ley de Empleo (art. 23.2), las políticas activas de empleo se complementarán y se relacionarán, en su caso, con la protección por desempleo regulada en el título III del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS). De manera que la acción protectora por desempleo, a que se refiere el art. 206 del citado texto, comprende las prestaciones por desempleo de nivel contributivo y asistencial, y las acciones que integran las políticas activas de empleo. Por lo que resulta decisivo, dada esta coexistencia de políticas activas y pasivas en las prestaciones por desempleo⁴⁵, mantener el compromiso de los beneficiarios con el mercado laboral a través de su búsqueda activa de empleo y su participación en las acciones de mejora de la ocupabilidad, según se extrae del art. 27.4 LE, que recoge la obligación, de los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo, de participar en las políticas activas de empleo que se determinen en el itinerario de inserción.

Por tanto, las políticas pasivas pueden definirse como aquellas que se dirigen a garantizar el mantenimiento de un determinado nivel de ingresos para las personas desempleadas, afectando así a la renta del individuo perceptor, con un marcado carácter compensador frente a los efectos del mercado de trabajo, a través de prestaciones por desempleo del Sistema de Seguridad Social.

Adviértase, no obstante, que desde que se puso en marcha, a partir de 2011, el proceso de transformación de las políticas activas de empleo, para posibilitar un diseño de políticas activas y pasivas del empleo más eficientes y capaces de lograr la empleabilidad de los trabajadores, el impulso actual al nuevo modelo de políticas activas pretende reforzar mayormente los Servicios Públicos de Empleo, mediante la coordinación y modernización de los mismos, basando sus actuaciones no ya en la mera ejecución de programas, sino en la transparencia, el control y la evaluación del grado de cumplimiento de los objetivos, y la distribución de los fondos por resultados. El principal instrumento, para este cambio estructural, lo proporciona ahora la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2026, cuyos ob-

⁴⁵ Al respecto, LÓPEZ GANDÍA, J.: “La dimensión de la activación en las prestaciones de desempleo”, VV.AA.: *Crisis económica y medidas ante el desempleo*, ROQUETA BUJ, R. (Dir.), RODRÍGUEZ PASTOR, G. E. (Coord.), Valencia, tirant lo blanch, 2015, págs. 213-216.

jetivos se concretan en los Planes Anuales de Política de Empleo, quedando aprobado el de 2014 por Resolución de 16 de septiembre de 2014, donde se establecen los indicadores para la evaluación anual de los servicios y programas de políticas de empleo, y de intermediación laboral.

Otro principal instrumento para proceder a la modernización de los Servicios Públicos de Empleo, con actuaciones de mejora del marco institucional, lo constituye la creación, en el art. 19 ter LE, de la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, que se aprueba por el RD 7/2015, de 16 de enero, para su aplicación a todos los servicios prestados en el ámbito de dicho Sistema Nacional, y al conjunto de usuarios de los Servicios Públicos de Empleo, contrastando con la heterogeneidad de los servicios hasta entonces existente. De manera que los incluidos en la Cartera Común, según prevé esta regulación (art. 7), son los de orientación profesional; de colocación y de asesoramiento a empresas; de formación y cualificación para el empleo; y de asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento. Teniendo derecho los usuarios de los Servicios Públicos de Empleo a recibir estos servicios de la Cartera Común, junto a los complementarios que se establezcan, mediante una atención personalizada, de forma integral y adaptada a sus necesidades específicas.

II. EL REFUERZO DE LAS OPORTUNIDADES DE EMPLEO PARA PERSONAS CON RESPONSABILIDADES FAMILIARES

Según establece ahora el art. 19 octies 1 LE, el Gobierno y las Comunidades Autónomas adoptarán programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, especialmente jóvenes, con particular atención a aquellos con déficit de formación, mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, personas con responsabilidades familiares, personas con discapacidad o en situación de exclusión social e inmigrantes, u otros que se puedan determinar en el marco del Sistema Nacional de Empleo. De manera que se introduce, novedosamente, la situación de las personas con responsabilidades familiares, en consonancia con uno de los ejes sobre los que se articula la Estrategia Española de Activación para el Empleo, como es el relativo a las oportunidades de empleo (art. 4 bis 4, Eje 3, LE), donde se incluyen las actuaciones dirigidas a incentivar la contratación, la creación de empleo o el mantenimiento de los puestos de trabajo, prestando especial consideración a determinadas situaciones de las personas, como son asumir responsabilidades familiares.

Destaca, además, del desarrollo reglamentario de la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, la decidida voluntad legislativa de aplicar el principio de igualdad en el acceso a dichos servicios, al establecer que se garantizará, en todo el Estado, el acceso en condiciones de igualdad a los Servicios Pú-

blicos de Empleo y a los servicios que prestan, y la igualdad efectiva de oportunidades y la no discriminación en el mercado de trabajo (art. 5. 3 RD 7/2015). De modo tal, que esta redacción viene a complementar y reforzar, mayormente ahora, el compromiso de los Servicios de Empleo con las personas y empresas usuarias de los mismos, al haber añadido el reglamento la palabra “efectiva” a esa necesaria garantía de la igualdad de oportunidades, aun cuando no aparezca la mención en el art. 19 ter 1 de la LE.

Y es que, resultando claro que existen diferencias de género en relación con el empleo, por tener que asumir normalmente la mujer las tareas de cuidado de familiares, solo cabe la mejora del empleo en términos de igualdad cuando se combinen políticas de mercado de trabajo con medidas de apoyo de apoyo a la familia, que eviten su retirada definitiva del mercado de trabajo. Para lo cual, de cara a futuras reformas, parecería conveniente, a mi juicio, plantearse la necesidad de volver a recuperar las bonificaciones empresariales de cuotas a la Seguridad Social por contratación de mujeres que se reincorporen al trabajo tras la maternidad, que fueron eliminadas por la Disposición derogatoria única 1, f) de la Ley 3/2012. Beneficios éstos cuya supresión, como ya entonces apunté⁴⁶, podía representar un obstáculo añadido para la conciliación de la vida familiar y laboral, alejándose del objetivo prioritario de las políticas activas de mejorar la permanencia de la mujeres en el empleo.

Precisamente, en esta línea de necesario avance en la igualdad efectiva a través de incentivos a la conciliación, por más que solo se refiera a los trabajadores por cuenta propia o autónomos, el art. 9 del RD-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, ha introducido una bonificación en la cuota de Seguridad Social, por conciliación de la vida familiar y profesional, siempre que se contrate un trabajador por cuenta ajena, para que el autónomo pueda mantener su empleo aun debiendo atender obligaciones familiares. Entre las que únicamente menciona dos situaciones, la de cuidado de menores de 7 años, y la de tener a cargo familiares en situación de dependencia, sorprendiendo así que no se contemple la tener a su cargo familiares discapacitados. De ahí que, aunque la medida deba valorarse positivamente por fomentar la igualdad de oportunidades en el ámbito del trabajo autónomo, todavía hubiera podido mejorarse con la ampliación de las situaciones familiares a las que se ha optado por aplicar tales incentivos, quedando entonces también mayormente equiparados estos derechos con los de los trabajadores por cuenta ajena.

⁴⁶ LOPERA CASTILLEJO, M.J.: “Las bonificaciones por la contratación de mujeres y la igualdad de oportunidades tras las últimas reformas legales”, *Revista Aequalitas*, nº 31, 2012, pág. 26.

III. LA AMPLIACIÓN DEL MARCO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA COMO IMPULSO A LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

Con el fin de potenciar los cauces de intermediación laboral, poniendo en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo, para su colocación, ya desde la Ley 3/2012 tuvo lugar la ampliación del margen de acción de las empresas de trabajo temporal (en adelante, ETT), como sujeto activo en la intermediación, representando un cambio estructural del modelo, hacia su conversión en agencias integrales de empleo.

Avanzando, aún más, en el nuevo modelo de políticas activas de empleo, la Ley 18/2014, ha modificado el art. 1 de la Ley 14/1994, por la que se regulan las ETT, suprimiendo toda limitación en cuanto al ámbito territorial de actuación o cualquier exigencia de ampliación de autorizaciones. De modo que, una vez concedida la autorización administrativa previa necesaria para operar como tal, mantiene su vigencia. Ampliándose también sus actividades, al añadir las de formación para la cualificación profesional, así como de asesoramiento y consultoría de recursos humanos.

Mientras que, respecto a las agencias de colocación, la misma Ley 18/2014 ha modificado el art. 21 bis 2 de la Ley 56/2003, de Empleo, al proceder a la supresión de la autorización administrativa previa para el ejercicio de la actividad como tal agencia de colocación, sustituyéndola por una declaración responsable que deberán presentar, con carácter previo, al Servicio Público de Empleo, incluidas también las ETT cuando actúen como agencias de colocación.

En este claro impulso a la intermediación, las agencias privadas pueden ser consideradas entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo, según prevé el art. 21 bis 5 LE. Sin que se mencione ahora, sin embargo, tras su redacción por RD-ley 16/2014, la necesidad de suscribir un convenio de colaboración entre ellos, por lo cual, cabe cualquier otro “instrumento jurídico” para articular esta colaboración (como puede ser conceder subvenciones públicas), con tal que regule los mecanismos de comunicación, por parte de las agencias, de los incumplimientos de las obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo previstas en el art. 231.1 TRLGSS. De modo que resulta también necesario, en la prestación de servicios de los Servicios Públicos de Empleo, que se procure la “cooperación entre agentes públicos y privados”, debiendo dichos Servicios promover, particularmente, la colaboración con las agencias de colocación, tal como se establece en el párrafo segundo del art. 6.1 del RD 7/2015, regulador de la Cartera Común de Servicios. Fruto de lo cual, puede considerarse el Acuerdo, adoptado en Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015, que autoriza la celebración de un contrato de servicios de colaboración de varias agencias de colocación con el Servicio Público de Empleo Estatal, sobre la base del Acuerdo Marco de Intermediación Laboral de 2013.

Por lo que destaca, así, la especial intensidad de las modificaciones producidas en el Derecho del empleo, que representa un auténtico cambio de modelo en la ordenación del mercado laboral, desde el momento en que ya no solo coexisten, sino que además cooperan de distintas formas, los agentes públicos y privados, al igual que también los agentes sociales y otras entidades colaboradoras.

IV. LA ACTIVACIÓN PARA EL EMPLEO DE LOS DESEMPLEADOS QUE HAN AGOTADO SU PROTECCIÓN

El art. 12 del RD 7/2015, por el que se aprueba la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, contempla las actuaciones de activación de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo, siguiendo la pauta de mejorar la coordinación e interacción de las políticas activas y pasivas, a fin de que la percepción de dichas prestaciones quede más vinculada a la realización de actuaciones de inserción laboral de los beneficiarios. De tal manera, que la atención que reciban de los servicios de dicha Cartera, mediante la asignación de un itinerario individual y personalizado, incluirá actuaciones de búsqueda activa de empleo para mejorar su empleabilidad, configurándose como un derecho para las personas desempleadas, a la vez que una obligación de los Servicios Públicos de Empleo, proveedores de medidas.

Precisamente por presentar mayor incidencia el desempleo de larga duración, las medidas de activación para el empleo se han centrado en diseñar un programa que, aunque específico y temporal, contribuya a facilitar la reinserción laboral particularmente de tales desempleados que, al haber agotado su protección por desempleo y tener cargas familiares, encuentran mayores dificultades aún de colocación. Regulándose este Programa de Activación para el Empleo por el RD-ley 16/2014, de 19 de diciembre, que comprende políticas activas de empleo, y actuaciones de intermediación laboral, para incrementar las oportunidades de retorno al mercado de trabajo. Además de incluir una ayuda económica de acompañamiento, desde una vertiente pasiva, pero vinculada a la participación en políticas de activación, por personas desempleadas que han de presentar, en plazo, la solicitud de incorporación al programa, y reunir requisitos, como el de no tener acceso a otras prestaciones o subsidios por desempleo, o a la renta activa de inserción.

Siendo que el Programa pretende evitar el riesgo de permanencia en situación de desempleo de sus beneficiarios, y contribuir a la activación e inserción eficaz en el mercado de trabajo, contrasta con ello la complejidad de su diseño y la excesiva exigencia de los requisitos exigidos a las personas desempleadas para reincorporarse al programa, al igual que el pormenorizado detalle de las obligaciones de activación. Como igualmente resulta sorprendente que, pretendiendo efectividad inmediata, hubiera que aguardar casi un mes tras su publicación, para la solicitud

e incorporación, cuando en otras situaciones, también previstas para colectivos necesitados de especial protección, su aplicación no ha requerido tiempo de espera. Según se ha podido apreciar con la implantación del Sistema de Nacional de Garantía Juvenil, dirigido a los jóvenes de entre 16 y 25 años o menores de 30 con discapacidad, no ocupados ni integrados en los sistemas de educación o formación, donde la aplicación informática quedó ya abierta desde la entrada en vigor del RD-ley 8/2014, de 4 de julio⁴⁷.

V. CONCLUSIONES VALORATIVAS

En el nuevo marco laboral vigente, de articulación de las políticas de empleo, son mayormente las políticas activas de empleo, incentivadoras, y no únicamente las políticas pasivas, reparadoras o asistencialistas, las que pueden combatir eficazmente el desempleo. Debiendo luchar, a la vez, contra la excesiva precariedad del empleo existente, a fin de lograr la inserción laboral del desempleado, junto a su adecuada protección ante las situaciones de desempleo, con prestaciones que permitan facilitar las transiciones laborales. Situándose, entre los colectivos destinatarios de estas actuaciones, el de los desempleados de larga duración con responsabilidades familiares, especialmente al haber quedado incorporada esta nueva situación familiar en la actual redacción de la Ley de Empleo. Lo que representa un claro avance en el objetivo prioritario de las políticas activas de empleo, de alcanzar la igualdad efectiva de oportunidades, entre mujeres y hombres, en el acceso y permanencia en el empleo, favoreciéndose la conciliación de la vida profesional y familiar.

Destaca, particularmente, que el eje nuclear de estas políticas lo constituye la orientación profesional, proyectándose ahora, más intensamente, en el ámbito de una nueva subjetividad en la búsqueda de empleo, requerida en las actuaciones de intervención pública individualizada, y tendentes a impulsar la participación responsable del interesado. Todo ello, dentro de la necesaria interconexión de las políticas activas y pasivas de empleo, de vinculación a resultados, donde ha de quedar descartada la mera implantación de programas, pretendidamente de activación, que en realidad solo supongan el establecimiento de subsidios encubiertos.

Por lo demás, en esta lucha contra el desempleo y la precariedad del empleo, parece claro que procurar un auténtico enfoque pro-activo del trabajador, junto a la

⁴⁷ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “El programa de activación para el empleo 2015-2016 y otras cuestiones contenidas en el Real Decreto-Ley 16/2014, de 19 de diciembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 383, 2015, págs. 152 y 159.

activación de las entidades proveedoras, requiere un funcionamiento eficiente de los Servicios Públicos de Empleo, capaces ya en este momento de proporcionar unos servicios integrales, por haberse creado una Cartera Común de Servicios. Para lo cual, habrá que sumar esfuerzos con entidades colaboradoras privadas, desde este nuevo modelo no de mera coexistencia público-privada, sino de cooperación reforzada, en el que se prevé también la colaboración de los agentes sociales. Lo que, en definitiva, resulta ser claramente revelador de la especial intensidad, y particular significación, de los cambios producidos en las políticas de empleo, en los modos de acción política, y en el propio Derecho del empleo actual.

1.5. POLÍTICA ECONÓMICA Y POLÍTICA DE EMPLEO

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

Senior Counsellor, PwC

I. PRESENTACIÓN

Los que nos dedicamos al Derecho del Empleo siempre hemos tenido que explicar que no se trata de una rama del Derecho del Trabajo nueva; lo que ocurre es que sólo recientemente nos hemos ocupado de identificarla, delimitarla y percibirla como tal⁴⁸. Intervenciones de los poderes públicos para incidir en el volumen de ocupación de una sociedad en un momento determinado, cuando este volumen era considerado problemático por sus dimensiones o características internas, se han producido desde hace mucho. Sólo que nosotros, seguramente por deformación profesional, sólo nos hemos fijado en una parte de ellas, las que tienen que ver con el fomento del trabajo asalariado. Aquellas que se presentan como complementarias del propio Derecho del Trabajo.

Y éstas se generalizan a partir de que éste adquiere una posición central en las sociedades desarrolladas, como consecuencia de la acción combinada de la Revo-

⁴⁸ Un trabajo que supuso un verdadero hito en esta tarea en España es el de O. MOLINA HERMOSILLA, “La dimensión jurídica de la política de empleo El derecho del empleo como nueva categoría sistémica”, Monografías de Temas Laborales, Sevilla, 2005.

lución Industrial y de la liberalización de la economía. En este sentido, puede decirse que el momento seminal es el reconocimiento de la libertad de trabajo y el derecho al trabajo⁴⁹. A partir de entonces, uno de los objetivos del Estado será asegurar que estos derechos se puedan ejercitar, y para esto se desarrolla una legislación laboral y una primitiva política de empleo. Esta última se explica no tanto en términos individuales, de garantía de derechos de los ciudadanos, sino colectivos, para asegurar que se consiguen los fines que justificaron el reconocimiento de éstos: el incremento de la riqueza nacional, la mejora de la suerte de las clases populares, la prevención de los movimientos revolucionarios, etc.

Pero antes de esto ya hubo políticas de empleo, en sentido amplio, y un reciente estudio del Profesor GALÁN GARCÍA nos ilustra sobre sus antecedentes históricos⁵⁰. Los instrumentos eran distintos, y también los objetivos, más centrados en establecer a personas sin recursos en nuevas tierras, en las que poder medrar como pequeños propietarios agrícolas. Si analizamos las políticas desarrolladas a lo largo de los siglos con esta finalidad, podemos encontrar numerosos y variados antecedentes a lo que hoy llamamos políticas de empleo. La colonización de tierras propias y ajenas; la reforma agraria; el imperialismo, e incluso algunas de las grandes invasiones de pueblos enteros se explicaban por la voluntad de encontrar nuevas tierras en las que establecerse y poder dar oportunidades a sus miembros.

Desde estos antecedentes la política ha ido cambiando, como consecuencia del desarrollo y mejora de sus instrumentos; pero también y sobre todo, de las transformaciones en los mercados de trabajo y en los sistemas sociales en que ésta ha venido operando, produciéndose una evolución verdaderamente radical⁵¹. Incluso si nos ceñimos al concepto más tradicional de estas políticas, que encuentra sus orígenes en el siglo XIX tardío, los cambios en el mercado de trabajo, y en las demandas que éstos han impuesto a los poderes públicos, han sido notables. Podemos identificar algunos de estos cambios: se ha pasado, en primer lugar, de mercados restringidos a libertad de trabajo, lo que obligó a poner énfasis en la corrección de las ineficiencias de este mercado, especialmente en los desequilibrios en la información disponible sobre oferta y demanda de trabajo. El paso de mercados relativamente operativos a otros con desequilibrios y desajustes fue lo que en verdad motivó el desarrollo de las políticas de empleo tal como hoy las conocemos, buscando corregirlos. La construcción del Estado social generó también nuevas demandas, no sólo por el reconocimiento del trabajo como un verdadero derecho (y la obligación pública de garantizarlo), sino también por la necesidad de garantizar

⁴⁹ En extenso SASTRE IBARRECHE, *“El derecho al trabajo”*, Trotta, Madrid, 1996, *passim*.

⁵⁰ GALÁN GARCÍA, “Precedentes históricos de las políticas de empleo”, en AA.VV., *“Transiciones Laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores”*, Bomaño, Albacete, 2014.

⁵¹ Un estudio de la situación actual de estas políticas, con participación de la profesora QUESADA es el *“Manual de Política y Derecho del Empleo”*, Tecnos, Madrid, 2011.

rentas sustitutivas para los que carecían de éste. En los mercados transicionales del cambio de siglo la intervención estatal se dirige a apoyar las transiciones profesionales de los ciudadanos⁵². En los mercados integrados de la Unión Europea y de la globalización el Estado debe garantizar derechos de movilidad laboral a sus ciudadanos, para poder aprovechar las oportunidades laborales fuera de sus fronteras, y asistencia en la emigración exterior. En el contexto de políticas laborales flexi-seguras, la política de empleo es el elemento que permite a las empresas disponer de la necesaria flexibilidad, al ofrecer a los trabajadores nuevas oportunidades profesionales de manera inmediata, asegurando la imprescindible seguridad en la ocupación.

En estas páginas se partirá de un concepto amplio de “políticas de empleo” para analizar su relación con la política económica, dentro de una obra que dedica gran parte de su atención al estudio de la materia de la ocupación, en homenaje a una persona que ha dedicado una parte importante de su actividad académica al estudio de estas cuestiones, a cuyo conocimiento ha hecho importantes contribuciones.

II. DOS POLÍTICAS DIFERENCIADAS

Planteado en estos términos este estudio, podría pensarse que la tarea consistiría en relacionar dos ámbitos de intervención pública sin duda conexos, pero también claramente diferenciados. Para esto resulta necesario disponer de conceptos claros y bien definidos de cada uno de ellos, como base sobre la que establecer estas conexiones. Sin embargo, cuando procedemos a esta tarea llegamos a conclusiones cuanto menos paradójicas, si estamos pensando en términos de distinción y conexión entre distintos. Veámoslo.

El “Diccionario de Economía Aplicada” de GALINDO MARTÍN define la política económica como la “*rama de la ciencia económica que se ocupa del estudio y análisis de las actuaciones del gobierno y otros órganos del Estado para lograr determinados objetivos macroeconómicos*”⁵³. Esto en cuanto a disciplina de las ciencias sociales. En cuanto a rama de las políticas públicas, se dice de ésta que es “*la intervención deliberada de los gobiernos en la actividad económica con el objetivo de lograr determinados fines de política económica (empleo, inflación y balanza de pagos) mediante el uso de determinados instrumentos de política económica (política monetaria, política fiscal y política de rentas)*”.

⁵² Un estudio actualizado de las últimas políticas de empleo, desde la perspectiva de las transiciones laborales, en MORALES ORTEGA (dir.), “*Jóvenes y políticas de empleo*”, Bomarzo, Albacete, 2014.

⁵³ GALINDO MARTÍN (coord.), “*Diccionario de economía aplicada: política económica, economía mundial y estructura económica*”, Ecobook, Madrid, 2008.

Tendría varias facetas o aspectos, conformando más que una política unitaria un conjunto o agrupación de diversas intervenciones públicas en la economía, cada una incidiendo en una parcela particular de la economía, cada una con sus objetivos e instrumentos propios, cada una recibiendo el nombre de “política”. Así, podríamos englobar en este macroconcepto la política monetaria, la fiscal, la comercial, la de rentas... Desde otra perspectiva, la política económica se divide según el sector de actividad en el que opere, como política industrial, turística, agraria...; o también según el sector horizontal o transversal al que se dedique, definiéndose entonces como política de transportes, de vivienda, energética, etc.... En todos estos casos se habla de políticas sectoriales. No existe unanimidad sobre cuáles son los contenidos concretos de este sector de la intervención pública en la economía, aunque sí lo existe en cuanto a sus elementos nucleares., que incluirían a las políticas monetarias, fiscal y comercial.

Tampoco existe una unanimidad completa en cuanto a sus objetivos, puesto que fijar éstos supone entrar en el nivel verdaderamente “político” de esta intervención pública, y cada partido y gobierno tendrá los suyos. También existe aquí un primer nivel de consenso, en el que se pueden fijar unos objetivos compartidos por todas las visiones económicas, y que están muchas de las veces fijados en las normas fundamentales de la comunidad política. Podemos aventurar entre éstos el crecimiento económico sostenible, entendiendo hoy esta sostenibilidad en todas sus vertientes, incluyendo la social y la medioambiental; la estabilidad de precios; el equilibrio de la balanza de pagos; y el pleno empleo.

En cuanto a la política de empleo, en España disponemos de una definición no ya canónica u oficial, sino legal de lo que ésta es, que encontramos en el artículo 1º de la Ley destinada a ordenarla, la de Empleo. Es bien conocida, pero la recordamos. *“teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 40 y 41 de la Constitución, la política de empleo es el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las comunidades autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción de las situaciones de desempleo y a la debida protección en las situaciones de desempleo”*.

Podemos acudir a otra definición legal, la que se contiene en el Convenio nº 122, relativo a la política de empleo, aprobado en la cuadragésima octava reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo celebrada el 17 de junio de 1964, en cuyo artículo 1º se dispone lo siguiente: *“con el objeto de estimular el crecimiento y el desarrollo económicos, de elevar el nivel de vida, de satisfacer las necesidades de mano de obra y de resolver el problema del desempleo y del subempleo, todo Miembro deberá formular y llevar a cabo, como un objetivo de mayor importancia, una política activa destinada a fomentar el*

pleno empleo, productivo y libremente elegido”. Este precepto, es curioso, no contiene una verdadera definición de esta política, que da por conocida; tampoco nos la proporciona la Recomendación n° 122, de la misma temática y fecha. La norma internacional se fija en sus objetivos, que quedan claramente identificados. Este mismo precepto alude a otros datos que sirven para delimitarla: la política indicada, se dice, deberá tender a garantizar:

- a) que habrá trabajo para todas las personas disponibles y que busquen trabajo;
- b) que dicho trabajo será tan productivo como sea posible;
- c) que habrá libertad para escoger empleo y que cada trabajador tendrá todas las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea, sin que se tengan en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social.

Las dos definiciones legales, a pesar de las grandes diferencias que presentan, lógicas teniendo en cuenta que diferentes son también quiénes las elaboran y el momento en que se realizan, tienen en común un aspecto esencial: la política de empleo, para el Derecho Internacional del Trabajo y para el Derecho del Empleo español, se define por sus objetivos, por lo que pretende conseguir: empleo; más empleo; mejor empleo. Sería una *política para el empleo*; incluso *toda política para el empleo*.

La política de empleo comprende así todas aquellas actuaciones desarrolladas por los poderes públicos que se destinan a generar empleo -ya sea de forma directa ya indirectamente-, a reducir las situaciones de desempleo y a la tutela de los desempleados. No es, o no lo parece, lo que se hace, sino para qué se hace. Esto tiene cierto sentido, desde el momento en que es una política que surge como respuesta a un problema concreto, el del desempleo; todo lo hecho específicamente para incidir en éste califica como tal.

Con esta técnica de definición nos vamos a encontrar una primera paradoja: si ésta incluye toda intervención pública que pretende impactar sobre los niveles de empleo, corrigiendo los que genera el mercado de trabajo, ¿no sería la política económica también una faceta de la política de empleo? Desde el momento en que sus objetivos incluyen, y en España prioritariamente, la mejora del empleo, ¿dónde empieza y termina la una y la otra? ¿Puede hablarse de una autonomía entre ambas?

Podríamos solucionar esto afirmando que nos encontramos ante dos políticas que coinciden en alguno de sus objetivos, lo que es por otra parte frecuente. No debemos olvidar, sin embargo, el verdadero problema que afrontamos, que es otro, la propia indefinición de las políticas de empleo, como consecuencia de la técnica

utilizada para identificarla. Al centrarse en su finalidad, la mejora del empleo; y al ser este efecto el resultado de una multitud de factores, es difícil pensar en alguna intervención pública que de manera directa o indirecta no entre dentro de esta amplísima definición. Especialmente porque en una mayoría de los casos el empleo se genera como un efecto derivado de otros fenómenos, principalmente del crecimiento económico. Por esto junto a la aproximación finalista a este concepto se hace necesaria una segunda delimitación, esta vez tipológica, que delimita esta política identificando los instrumentos típicos que ésta utiliza⁵⁴. Si se utilizan medidas de fomento de la ocupación; si se prestan servicios de orientación laboral, entonces estamos en este campo.

No es la única paradoja que vamos a encontrar cuando nos aproximamos a ambas políticas. En una mayoría de las descripciones de la política económica se incluye como una de sus componentes la política de empleo. No es sólo que el empleo sea uno de sus objetivos; es que las medidas adoptadas para lograrlo también son una manifestación suya. Un ejemplo nos puede servir: la Estrategia Española de Política Económica se marca tres líneas estratégicas: consolidación fiscal, reforma financiera y reformas estructurales. Y dentro de estas últimas, como primer ámbito de actuación, se señala la reforma laboral y de las políticas de empleo. Éstas, y la legislación laboral entera, se presentan como objeto para la política económica, como uno de sus ámbitos naturales de intervención.

¿Qué tenemos, pues? ¿Un macroconcepto de política de empleo, que englobaría a todas las demás que se orientan hacia su misma finalidad, o que producen este efecto (incluyendo la económica)? ¿O una política económica que incluye como una de sus facetas a la de ocupación?

Estas dificultades en la distinción entre una y otra no llevarnos a una conclusión obvia: la íntima conexión entre ambas, que comparten no sólo objetivos sino también la condición de ser las más relevantes de las políticas públicas.

III. DOS POLÍTICAS CONECTADAS

Tenemos pues, dos políticas más o menos definidas o delimitadas. Corresponde ahora analizar las posibles conexiones entre ambas. Y lo haremos buscando el tipo de relación que se produce, según se le dé prioridad a la una o a la otra; tomando como referencia la más próxima a este trabajo, por supuesto, que es la de ocupación.

⁵⁴ Un estudio completo en C. MOLINA NAVARRETE (coord.), *“Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos”*, Monografías de Temas Laborales, Sevilla, 2005.

El *momento de primacía* de la política de empleo se produce cuando ésta se convierte en la prioridad, anteponiéndose a cualquier otra, que queda subordinada al objetivo general de mejora del mercado de trabajo. La experiencia española, con un desempleo crónico que ha traumatizado a la sociedad española y está detrás de muchas de las características que presentamos como país, podría encuadrarse formalmente en este tipo de situaciones, ya que entre nosotros la visibilidad de los objetivos de empleo es llamativa en todos los ámbitos.

Encontramos esto en nuestra Constitución y en los tratados fundamentales de la Unión Europea; estaba en los primeros Estatutos de Autonomía, y no ha hecho sino fortalecerse en los de segunda generación⁵⁵. En los textos más modernos sobre derechos fundamentales, que incluyen tanto estos Estatutos como otros documentos internacionales (Carta Social Europea renovada) y unioneuropeos (Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales). No es un rasgo exclusivo de España, ni mucho menos; su dimensión seguramente sí lo es, lo que resulta comprensible.

La primacía del empleo como objetivo general para el conjunto de las instituciones públicas, tan clara (al menos formalmente) en España, puede parecer no sólo comprensible, sino también oportuna. Cabe no obstante encontrar algunos efectos colaterales no deseados; plantearnos si no se ha ido demasiado lejos. A mi juicio podemos identificar dos grandes inconvenientes de esta pretendida preponderancia. Por un lado, la *contaminación de otras políticas*, que se han sacrificado en el altar de este objetivo. El empleo ha servido de para justificar el impacto medioambiental de algunas actuaciones, contraponiendo de manera artificial dos objetivos que tendrían que ser compatibles. Ha hecho abandonar cualquier intento de asegurar la calidad en el empleo, cuya búsqueda sólo se planteó seriamente en la primera década de nuestro siglo. También se ha producido un claro sacrificio de las políticas de formación, de tal modo que éstas han claudicado cualquiera otro de sus objetivos al principal de incrementar la ocupación. Los objetivos se han fijado en términos globales, de niveles de ésta, y no individuales, de mejora formativa de cada trabajador. Lo sucedido con los contratos formativos es un buen ejemplo de este fenómeno, pues éstos han acabado por operar lejos de su diseño original, más como mecanismos de inserción laboral. Incluso se ha producido una distorsión de las políticas pasivas de empleo, que más que como mecanismo de apoyo a las transiciones laborales han ayudado a la expulsión temprana del mercado de trabajo, para mejorar de manera artificial la situación global de éste.

⁵⁵ Sobre la situación en la Comunidad Autónoma de Andalucía, me remito a mi trabajo RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "La política autonómica de empleo", en AA.VV., "*Políticas laborales y de protección social en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía*", Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2008.

Un segundo inconveniente de esta primacía se produce cuando el *empleo se convierte en una justificación de uso general*, legitimado cualquier tipo de intervención de los poderes públicos. En España lo sabemos bien. No ha habido reforma de la legislación laboral, fuera cual fuera su naturaleza, que no ha sido motivada y apoyada por motivaciones de este tipo, de tal modo que una parte importante del Derecho del Trabajo de las últimas décadas puede calificarse como parte de la política de empleo. No es sólo el contenido de estos cambios legislativos el que queda legitimado por su finalidad. Es que también lo es el instrumento que se ha convertido en el habitual para llevarlas a cabo, la legislación de urgencia, que ha hurtado del debate público medidas con efectos sustanciales en la sociedad. Como novedad, en los últimos cambios legislativos la primacía del empleo ha servido también para encontrar la constitucionalidad de las normas cuya adecuación a la Constitución se discutía, subordinando ésta a aquél. Lo que hago, y como lo hago, se salva con el porqué lo hago. Lo malo es que esta posición privilegiada del empleo acaba dañando a éste, en su calidad pero también en su cantidad.

Podemos encontrar también un *momento de coordinación* entre ambas políticas, en el que ambas se colocan a un mismo nivel, y el objetivo es hacerlas compatibles. Formalmente esto es lo que se pretende en nuestro Derecho, en el que paradójicamente el empleo está por encima de cualquier otro fin, pero cuya política está al mismo rango que otras. El mismo artículo 1º de la Ley de Empleo así lo expresa cuando afirma que “*la política de empleo se desarrollará, dentro de las orientaciones generales de la política económica, en el ámbito de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*”. En el ámbito del Derecho Internacional del Trabajo, el artículo 1.3 del Convenio nº 122, tras definir la política que nos ocupa, establece que “*la indicada política deberá tener en cuenta el nivel y la etapa de desarrollo económico, así como las relaciones existentes entre los objetivos del empleo y los demás objetivos económicos y sociales, y será aplicada por métodos apropiados a las condiciones y prácticas nacionales*”. La reforma de las políticas de empleo de la Unión Europea tras su primera revisión tuvo como uno de sus primeros objetivos fomentar esta coordinación y la integración de las Orientaciones Generales de Política Económica y de las Directrices de empleo⁵⁶. Este enfoque dio una gran visibilidad a este momento, llevando a los Estados a hacer lo propio con sus Planes Nacionales de Reformas. La Estrategia Europea 2020 sigue este mismo enfoque⁵⁷, y en teoría, ésta es la doctrina oficial de la Unión Europea, y por tanto de sus Estados miembros, aunque como veremos esto no va a ser así en realidad.

⁵⁶ En extenso J.M. MORALES ORTEGA, “*La comunitarización del empleo: su recepción por parte del Reino de España*”, Monografías de Temas Laborales, Sevilla, 2003,

⁵⁷ Presentada en la Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, denominada «Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» [COM(2010) 2020 final].

Una tercera situación que nos encontramos, y cada vez con más frecuencia, es el *momento de subordinación*, cuando la política de empleo queda abierta y expresamente subordinada a la económica, actuando ésta no ya como un marco para su desarrollo sino directamente como fuente de mandatos y limitaciones. Estas situaciones se producen de manera cada vez más abierta, y en ocasiones cada vez más numerosas.

Un supuesto extremo es de la llamada “Deudocracia”, que se produce cuando los Estados, teóricamente soberanos, quedan sometidos a las exigencias impuestas por sus acreedores⁵⁸. Esto se produce a veces abiertamente, cuando el Estado es objeto de rescate por parte de instituciones externas, que a cambio le imponen medidas en todos los ámbitos, especialmente los vinculados con las relaciones laborales y el empleo, que sólo se justifican desde un punto de vista económico, para reestablecer ciertas magnitudes consideradas esenciales y para retornar a la ortodoxia defendida por estas instituciones. Otras veces la dependencia de financiación exterior produce el mismo efecto, sin necesidad de que haya rescate e instrucciones expresas, bastando con “mensajes” cruzados entre el Gobierno y los mercados de deuda. En la crisis financiera mundial Grecia y Portugal se han encontrado en la primera situación; Italia y España, en la segunda.

Un supuesto menos llamativo es la aplicación externa de directrices a los Estados, por parte de una autoridad superior a éstos, que les obligan a introducir reformas en multitud de ámbitos, especialmente los relacionados con las relaciones laborales y la protección social. La Unión Europea es el espacio donde más se ha avanzado en este sistema, desarrollándose un método de gobierno de las políticas económicas que supone la elaboración de unas directrices de política económica a la que deben someterse los Estados miembros. Esta situación es criticada por varios motivos: su adhesión a una determinada concepción de las políticas económicas, que se plantea como única auténtica y excluyente de todas las demás; su profundo déficit democrático; su tremendo coste social; y la falta de resultados suficientes como para compensar éstos.

Entre nosotros encontramos una clara muestra de este sometimiento, y al más alto nivel: el artículo 135.2 de la Constitución Española de 1978, que como es sabido establece que “*el Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros*”, mientras que el apartado 3º in fine de este mismo precepto dispone que “*el volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no*

⁵⁸ Me disculpo por citar de nuevo uno de mis trabajos: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “La negociación colectiva en tiempos de deudocracia”, en AA.VV., “*El derecho a la negociación colectiva. Libro homenaje a Antonio Ojeda Avilés*”, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014.

podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. Estos límites afectan a la totalidad de las políticas públicas, en cuyo diseño deberán considerarse de manera prioritaria las consideraciones presupuestarias en detrimento de cualesquiera otras, incluido el empleo.

Más allá de la imposición de mandatos directos y expresos, con mayor o menor grado de vinculación jurídica, encontramos otro caso de sujeción cuando se impulsan desde agentes económicos internacionales cambios en las políticas internas, de nuevo principalmente laborales, por consideraciones que son una vez más exclusivamente económicas. Los documentos anuales del Fondo Monetario Internacional en desarrollo de las Consultas del Artículo IV; los informes periódicos de la OCDE sobre nuestro país; las conclusiones de los cumbres de los distintos grupos de Estados; las recomendaciones emanadas en los grandes procesos comunitarios...; todos estos mecanismos acaban imponiendo al Gobierno una presión para modificar sus políticas laborales y de empleo de acuerdo con su modelo de política económica, que por esta vía manifiesta una vez más su primacía.

En el caso español, la obsesión de estos agentes internacionales por reformar nuestra negociación colectiva, abaratar nuestro despido, imponernos el contrato único, reducir nuestras pensiones y demás medidas que se nos vienen recomendando desde hace años suponen una verdadera crítica global a nuestro modelo de regulación del mercado de trabajo, promoviendo un Derecho del Trabajo distinto, diseñado de acuerdo con las exigencias de la política económica que desde esta instituciones se promueve.

IV. CONCLUSIÓN

Vistas esta diversidad de situaciones que encontramos cuando buscamos las conexiones entre las dos políticas que se han tratado, la económica y la de empleo, podemos llegar a una conclusión general: el empleo ha dejado de ser la principal prioridad para las políticas públicas. Las exigencias de equilibrio presupuestario, la mejora de la competitividad internacional o la salvaguardia de la sostenibilidad del sistema público de seguridad social, se han impuesto a los objetivos de empleo, legitimando el impacto negativo en éste de determinadas actuaciones en estos campos. La instrumentalización de la seguridad social para reducir el impacto de los procesos de reestructuración empresarial, por ejemplo, se ha terminado; la introducción de la conocida como “cláusula Telefónica” ha certificado este final.

En este contexto, seguir manteniendo que el empleo la prioridad absoluta de toda la actuación del Estado no se sostiene. La cuestión es, pues, ¿en qué momento nos movemos en la relación entre política de empleo y política económica? Formalmente el momento de primacía sigue declarándose, sometiéndose todo al ob-

jetivo general del empleo. El momento de coordinación es el eje del desarrollo ordinario de las políticas públicas en el ámbito de la Unión Europea. Pero es el momento de la subordinación el que mejor expresa la realidad de esta conexión, el que refleja lo que de verdad está ocurriendo.

2. INSTITUCIONALIZACIÓN Y ORGANIZACIÓN PÚBLICA DE LA POLÍTICA DE EMPLEO

2.1. ORGANIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE EMPLEO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESS).

Director de la Revista Derecho de la Seguridad Social (RDSS)

I. POLÍTICA DE EMPLEO, DERECHO AL TRABAJO Y “CONSTITUCIÓN DEL TRABAJO”

La política de empleo, evidentemente, tiene que conectarse necesariamente con el bloque constitucional regulador de la “política” y del “Derecho del Empleo”; un bloque que tiene como centro neurálgico, los artículos 35, 40.1 y 41 de nuestra Carta Magna⁵⁹. Esa triada normativa permite reconocer ya, en una primera aproximación, la verdadera significación y alcance del “empleo” en el “programa” constitucional. En efecto, el art.35.1 CE garantiza el “derecho al trabajo”, como derecho

⁵⁹Conforme al art.1 (“Definición) *Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo* (en adelante, TRLE): “Teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 40 y 41 de la Constitución, la política de empleo es el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las Comunidades Autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad del empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción de las situaciones de desempleo y a la debida protección en las situaciones de desempleo. La política de empleo se desarrollará, dentro de las orientaciones generales de la política económica, en el ámbito de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”.

social (derecho social individual al trabajo), el cual encuentra su instrumentación en el ámbito de las políticas públicas y del Derecho Social, en la protección de la persona del trabajador en el “empleo” y en el “mercado de trabajo” (introduciendo un componente estatutario en el contrato de trabajo “normado” y un conjunto de intervenciones normativas e instituciones en el mercado de trabajo), pero también fuera o al margen del mercado de trabajo a través de las políticas de protección de Seguridad Social por desempleo (y protecciones sociales públicas afines y conexas). El derecho al trabajo contempla al individuo socialmente situado en la estructura social productiva; su garantía impone obligaciones positivas de intervención a los poderes públicos para hacerlo valer; es decir, necesita ser “organizado”. El Estado Social se convirtió en un Estado desmercantilizador, constituyendo espacios de lo social al margen del mercado. En estas coordenadas de política del Derecho constitucional, la política de “pleno empleo” constituye el instrumento más idóneo (no el único) que permite y hace posible la realización efectiva del “derecho al trabajo” (es la garantía más adecuada para la efectividad del derecho al trabajo), pues como expresa el mismo art. 40.1 CE (relativo a la política de empleo y al derecho social al empleo en su dimensión colectiva e institucional), corresponde a “los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”.

En la lógica de los artículos 35.1 y 40.1 de la Constitución se consagra la centralidad del trabajo en sus diversas formas; el trabajo como posible realización de la persona y como contribución social; y el trabajo productivo como relación contractual de intercambio patrimonial. Este entendimiento pone en conexión permanente el binomio trabajo-ciudadanía, la cual solamente se lleva a cabo a través del Derecho del constitucionalismo democrático-social y en particular desde la proyección de los principios constitucionales como estatuto mínimo conferido a las distintas formas de trabajo. En la “sociedad del trabajo” (“sociedad en que las oportunidades económicas, participativas y vitales están acopladas —directamente o a través de unidades económicas privadas y públicas— al trabajo lucrativo, los que no encuentran alojamiento duradero en el sistema ocupacional y los que con frecuencia más que suficiente ven desplazado su potencial del trabajo hacia una tierra de nadie, están amenazados por el estigma del fracaso”; Offe, Cl., 1992, 10), éste adquiere una especial centralidad, como hacer, productivo y necesario, conforme a un plan encaminado a la transformación del medio exterior realizando una actividad humana socialmente útil en condiciones de ajeneidad y dependencia o subordinación (relaciones sociales de tipo económico cuyo objeto es el trabajo entendido como actividad). Pero la dependencia no es una mera subordinación técnica del trabajador, pues encubre una verdadera relación jurídica de poder, que el ordenamiento laboral reconoce, pero que limita para proteger a la persona del trabajador. Se trata de un orden socio-económico en el cual las relaciones entre empresario y trabajador se

formalizan en un tipo contractual que permite en la práctica la utilización productiva de un hombre a cambio de una compensación económica. De este modo, el trabajo en la forma dominante y generalizada de la edad moderna (no la única, porque existen otras formas de trabajo profesional para otro en el mercado en régimen de autonomía y por cuenta propia; trabajo autónomo) se percibe como “empleo” u ocupación, esto es, como relación jurídico-patrimonial de intercambio mercantil, trabajo profesional prestado para otro en el marco de una organización productiva de titularidad ajena.

Con el constitucionalismo democrático-social y la transformación de la constitución liberal del trabajo (y su forma política de Estado liberal) en constitución democrático-social del trabajo (y su forma política específica de Estado Social en sus diversas manifestaciones, señaladamente, el Estado del Bienestar Social), el “empleo” mercantilizado es “externamente” heterorregulado dotándolo de un “estatuto protector” tanto en el ámbito estrictamente laboral como en la esfera de la protección social pública. Ello se tradujo en una desmercantilización relativa del trabajo abstracto impidiendo la utilización de la persona como una pura mercancía “sui generis” sujeta a condiciones de adquisición y uso determinadas por el prevalente poder contractual del empresario, en cuanto detentario de un poder directivo legitimado contractualmente. De este modo se conectó el binomio trabajo como “empleo” y “ciudadanía” (condición de pertenencia a la comunidad política que confiere la titularidad y uso efectivos en el ámbito del mercado y de la organización productiva no sólo de los derechos sociales, sino también de los llamados derechos generales e inespecíficos de la persona, civiles y políticos) precisamente para limitar la mercantilización total del trabajo y de la persona del trabajador en una organización productiva y disciplinaria dirigida, organizada y controlada unilateralmente por el empleador (Monereo, J.L., 1996, 2001 y 2009a, 2009b; Castel, R., 1997). De ahí que el trabajo en la empresa contemporánea se haya desarrollado como una mezcla del contrato y de estatuto. Esa “constitución democrático-social del trabajo” —en el “empleo” y en el “mercado”— ha sido una de las grandes contribuciones “civilizatorias” de la forma política del Estado Social y Democrático de Derecho (Monereo, J.L., 1999, pp.193 y ss.), que no solamente ha sido un Estado distribuidor de bienes, sino también un Estado intervencionista “organizador”, “limitador” y “distribuidor” de poderes sociales, individuales y colectivos; también en el ámbito de las organizaciones productivas y más ampliamente en el conjunto del sistema de relaciones laborales. He aquí el lugar propio y específico del Derecho Social del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social. La preocupación por la tutela del trabajo como “empleo” explica, que el derecho al trabajo se haya centrado especialmente en su manifestación más problemática y conflictiva, el trabajo como empleo asalariado; y en relación a ello se haya predispuesto la realización de una política de “empleo”, como ámbito de la política pública encaminada, en primer lugar, a “crear”, “fomentar” y “repartir” el “empleo”, principalmente el empleo asalariado, para pasar después a fomentar otras formas de trabajo-empleo, como el

autoempleo y el trabajo autónomo en expansión, de la primera y de la “segunda generación” (Bologna, S. y Fumagalli, A., 1997). Pero igualmente, en un segundo momento, a proteger a las personas “des-empleadas” –involuntariamente inactivas, como regla- a través de medidas “pasivas” (prestaciones reparadoras por desempleo) y “activas” (medidas encaminadas a la reinserción laboral o profesional de la persona desempleada).

En este contexto normativo, la política de “empleo” constituye un ámbito de la política social y económica cuyo objeto es acomodar, en sentido cualitativo y cuantitativo, las ofertas y las demandas de empleo mediante un conjunto articulado de medidas, actividades e instituciones, funcionalmente orientadas. Su función es instrumental en relación al derecho constitucional al trabajo, en sus diversas manifestaciones fundamentales, y muy especialmente (aunque no exclusivamente, se insiste), en su expresión más generalizada y conflictiva (“la cuestión social del empleo”), el “empleo asalariado”. El texto constitucional impone a los poderes público la realización de una política de programación de los mercados de trabajo y de protección de las personas en el marco de las políticas económicas y sociales del Estado Social y Democrático de Derecho (art.1 CE). La política de empleo añade el empleo como valor añadido al crecimiento económico, de manera que no sería posible disociar el crecimiento en términos económicos y en términos sociales: “progreso” económico y “progreso” social deben estar unidos en virtud de las políticas públicas integradas en los sistemas democrático-sociales. Una vez afirmada la interdependencia de la política de empleo con las políticas económicas y sociales, es necesario precisar que la política de pleno empleo tiene un ámbito de actuación específica, de manera que no puede ser reducida a una supuesta variable dependiente y subordinada respecto de las políticas económicas, pues, lejos de ello, debe interactuar con ellas *al servicio de su propia lógica de racionalización del empleo*.

En el plano jurídico, dicha estrategia de política constitucional cristaliza actualmente en un nuevo proceso de sectorialización del Derecho Social (utilizando esta expresión en un sentido general y sin adjetivos, como el tipo de Derecho propio y específico del Constitucionalismo o garantismo democrático-social), a saber: el llamado “Derecho del Empleo”, el cual está llamado a instrumentar jurídicamente el derecho al trabajo y el derecho a la reinserción laboral, junto con el principio constitucional de orientación de las políticas públicas hacia la consecución del pleno empleo (principio rector de la política económica y social). Se puede afirmar, pues, que partiendo del principio jurídico general recogido ex art.40.1 CE, se puede transitar desde la fase preeminentemente «política» a otra más «juridificada», que dejaría emerger un auténtico y genuino «Derecho del» empleo (dimensión objetiva o institucional) articulado sobre el «derecho al» empleo (dimensión subjetiva). Como el propio Derecho del Trabajo general, tronco del que se desgaja y al que sobrepasa (pero con el cual establece inevitablemente fuertes vínculos de unión no

sólo por varias de sus instituciones y técnicas, sino también porque el Derecho del Empleo todavía se ocupa en su mayor parte del “empleo asalariado”, dada –al menos por el momento– la estructura ocupacional de la población activa), también es en su constitucionalización donde primero podemos encontrar las bases de este conjunto sistemático y heterogéneo de principios y normas sobre el «empleo» que se caracteriza por su transversalidad u horizontalidad, es decir, su carácter de sector del ordenamiento laboral caracterizado, complejamente, tanto por razón de los sujetos, como de las relaciones sociales o de los «objetos» jurídicos (Monereo, J.L. y Molina, C., 2002). Para el TC «el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, supone también el derecho a un puesto de trabajo, y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los artículos 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente... En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica... un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma.» (STC 22/1981, 2 de julio, fj. 8).

En estas coordenadas de política del Derecho constitucional, la política de empleo ha afrontado permanente las “crisis del empleo” en sus dos manifestación fundamentales: las normalizadas en el mundo del capitalismo, como crisis “cointurales” (las cíclicas habituales en el capitalismo como sistema económico y modo de producción) y las “estructurales”, vinculadas éstas hoy en día a la más compleja y amplia crisis del empleo como crisis de la “sociedad salarial” con el emergente desplazamiento progresivo de la “sociedad del trabajo” industrial hacia la “sociedad del riesgo” y de la incertidumbre (“sociedad post-industrial” o “sociedad post-fordista” como se suele denominar). La sociedad del trabajo se había fabricado conforme a criterios de racionalidad y eficiencia. En la sociedad del riesgo, el trabajo como empleo deviene en un bien escaso, y paulatinamente en un “empleo débil” (ocupado por un trabajador “flexible”). Se produce, así, un cambio axial en la nueva modernidad. Se está operando un proceso de desconstrucción de la empresa tradicional, dispersándola por el espacio circundante, hasta reducir al máximo la diferencia entre los lugares de la actividad productiva organizada y los lugares de la vida social que había sido constitutiva de la primera modernidad económica (desde las dos revoluciones industriales precedentes). (La misma externalización a través del *outsourcing* lo posibilita al poder recurrir a proveedores externos para realizar las actividades necesarias para alcanzar la finalidad de la empresa). La dinámica de la productividad tiende crecientemente a depender de la producción inmaterial y de la utilización de facultades humanas cognitivas (en la lógica de desplazamiento del capitalismo industrial fordista al capitalismo cognitivo flexible, que realza la nueva naturaleza del trabajo, de la función del conocimiento como eje del proceso de creación de riqueza, de las fuentes de valorización y del a estructuras de dominio sobre las cuales se fundamenta el proceso de acumulación y las contradicciones que se operan).

Pero también aparecen en este contexto de advenimiento de hechos sociales emergentes otras formas de trabajar diversas a las clásicas y en continua expansión, como las “nuevas” formas de autoempleo, trabajo autónomo, semi-autónomo, e incluso “autónomo económicamente dependiente”, que han tendido a “huir” de la aplicación plena de los estatutos protectores pensados principalmente –en los orígenes- para el trabajo como “empleo asalariado”. Y es que en el capitalismo flexible del presente, el trabajo asalariado es la tipología más relevante de prestación profesional de las existentes, pero no la única. La tendencia va en la dirección de desplazar progresivamente el trabajo asalariado dependiente y con trato por tiempo indefinido por otras formas de trabajo profesional diversas y más precarias. Lo que está planteando la crisis del modelo de tutela social construido alrededor del trabajo asalariado, estable y a tiempo completo. El fenómeno se puede contemplar desde una doble perspectiva: como reducción numérica del trabajo asalariado dependiente (por tiempo indefinido y a tiempo completo) y como emergencia de nuevas formas de trabajo distintas al trabajo dependiente (donde el trabajo autónomo tiende a adquirir un papel cada vez más relevante). Ambas perspectivas reflejan una fragmentación del mercado de trabajo, que visiblemente se perciben ya con toda nitidez como conjugados en plural, donde coexisten una multiplicidad de subjetividades laborales y profesionales en general. Precisamente, las políticas de flexibilidad y de desmantelamiento -controlado selectivo- de un amplio conjunto de garantías sociales propician los procesos de precarización del trabajo en sus diversas formas de realización y modos de formalización jurídica.

La realidad es que en el capitalismo flexible y cognitivo, el trabajo es móvil, inestable y disperso en un espacio productivo que no tiene fronteras especiales y organizativas rígida y tan sólo difusamente definidas. Existe una multiplicidad de formas de contratación y todas ellas tienden hacia la individualización eludiendo toda posibilidad de estandarización. Esa individualización contractual –a través de distintos tipos contractuales- sitúa fácilmente en condiciones de precarización objetiva y subjetiva generalizada para amplias capas de la población activa. Es decir, que los tipos contractuales no sólo formalizan, sino que también propician la precariedad, la cual es al mismo tiempo material y jurídico-formal. Los trabajadores que se encuentran en la “trampa” de la precariedad, acaban padeciéndola como una condición existencial, dentro y fuera del trabajo, entre otras cosas porque con las nuevas formas de trabajo es cada vez más difícil establecer una separación neta entre el tiempo de trabajo y no trabajo, dentro de un tiempo de vida cada vez más mediatizado por la racionalización productiva. Pero aquellos individuos que no están en situación precaria también reciben el efecto psicológico disciplinante –en su forma externa como amenaza, y también en su forma interna como auto-disciplina- de una posible “caída” en la precariedad en cualquier momento.

Todo esto está suponiendo no sólo una redefinición de las políticas sociales, sino también una reconfiguración de las políticas de empleo, las cuales, sin dejar

de ocuparse del empleo asalariado, se encaminan también hacia otros ámbitos del trabajo profesional socialmente útil y conflictivo (y, como tal, de relevancia para su regulación por el Derecho conformador de la comunidad política). No es de extrañar que el pilar central de la ordenación legal de la política de empleo (constituido por Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo) se vincule –directa o indirectamente– ya a la “multiplicidad” de estatutos reguladores del trabajo privado y público (“Estatuto de los Trabajadores” asalariados; “Estatuto del Empleado Público”; “Estatuto del Trabajo Autónomo”), incorporando tutelas y, en lo más específico de ella, establecimiento un sistema institucional y normativo encaminado a la creación y fomento del trabajo profesional en sus diversas expresiones en las sociedades complejas del capitalismo avanzado. El mercado de trabajo –en sentido amplio, comprensivo del trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia y autónomo; y *no sólo reductivamente como lugar de intercambio neutral, sino lugar de encuentro de poderes económico/sociales*– se ha vuelto más complejo, incierto y diverso, y esto ha de tomarse en consideración para verificar el sentido y alcance de una política de empleo eficiente en sociedades complejas y flexibles como son las del capitalismo tardío. En este contexto los vínculos entre la política de empleo y las políticas sociales son más intensos, y en gran medida están siendo redefinidos porque la crisis del empleo estructural y las nuevas formas de empleo precario, requieren que el estatuto del empleo se complemente más intensa y dinámicamente con la articulación de protecciones sociales “estatutarias” no sólo basadas en la posición del trabajador en el empleo o, en su caso, como demandante de empleo, sino –adicional y complementariamente– en la atribución de derechos sociales de ciudadanía como persona, operándose un doble movimiento en este sentido, que va desde la universalización de ciertos derechos sociales, hasta la atribución singularizada de ciertas protecciones socio-profesionales (v.gr., el Derecho regulador propio del trabajo subordinado –el empleo en su acepción clásica–, y el Derecho regulador propio del trabajo autónomo y por cuenta propia).

En todo caso, y es significativa la dirección que están tomando las iniciativas que se vienen adoptando en las últimas décadas, lejos del modelo uniforme o unilateral, el Derecho Social del Trabajo entendido en sentido amplio, heterogéneo y polisistémico (como Derecho del Trabajo Profesional y de la Seguridad Social) ofrece una imagen de diversificación, que se ve intensificada por las medidas adoptadas en el marco del nuevo Derecho Social emergente, atendiendo a las distintas formas de dependencia del trabajador profesional y la multiplicidad de los riesgos y situaciones de necesidad que han de ser abordada por el Sistema de Seguridad Social (y, en general, por el sistema público de protección social). Es así que el paradigma del empleo se vería completado (más que sustituido) por un paradigma del estado profesional de las personas, que no se encontraría definido exclusivamente conforme al ejercicio concreto de una profesión o de un empleo determinado, sino que englobaría las diversas formas de trabajo que toda persona puede llevar a cabo

durante su existencia en la vida activa. Este estatuto profesional de las personas tendría un especial sentido ante la movilidad laboral de las personas (el trabajador móvil), esto es, el continuo cambio de su posición laboral, el empleo precario, el subempleo y, en general, toda esa multiplicidad de formas atípicas de trabajar para otro. En todo caso, conviene advertir que estamos ante formas emergentes de protección social de las personas; un proceso no clausurado, donde se aprecian líneas de continuidad y líneas de cambio, pero que supone una percepción más amplia del trabajo y del empleo profesional (Monereo, J.L., 2008, 126-130). En este orden de ideas, se puede afirmar que el trabajo se ha convertido en trabajo complejo y plural, pero consagrando también mecanismos de seguridad, de ciudadanía y de solidaridad públicamente organizada, ha de ser un elemento de reconstrucción de nuestro propio proceso de convivencia democrática. El trabajo asalariado no desaparecerá, pero será necesario relativizar la centralidad del empleo asalariado como elemento único de conformación de la identidad, del reconocimiento social y de la ciudadanía positiva, de manera que se apueste por un trabajo diverso y socialmente útil, como aportación a la colectividad, como derecho de ciudadanía y como obligación de la comunidad política. En tal sentido, el trabajo mercantil estricto (el que se intercambia por salario en el sector privado), es tan sólo una de las posibilidades sociales de trabajo y además ése es el tipo de trabajo con posibilidades de crecimiento más limitadas por la razón de que es el también el sector más dependiente de los procesos de modernización y de innovación tecnológica. Será posible reconstruir el trabajo a través de la puesta en práctica de una política paralela de redefinición del Estado del Bienestar como agente activo, como defensor del trabajo, como factor relacional, de generación de riqueza social y de remedio de necesidades por encima del propio empleo mercantil. Todo ello conduce al “trabajo más allá del empleo” (Alonso, E., 1999, 210-211 y 213 ss.).

Si se integra el bloque normativo constitucional y el legal, se puede concluir que es razonable afirmar el carácter jurídico, no sólo teórico sino práctico, del mandato formulado en el art. 40.1 *in fine*. En nuestra Constitución tampoco el derecho social fundamental al trabajo es un mero programa, es un mandato o requerimiento al mismo Estado para que procure puestos de trabajo en la dirección del pleno empleo, sin perjuicio de evidenciar que no estamos ante un derecho absoluto sino puramente relativo. El derecho al trabajo —y el derecho conexo pero no idéntico a la inserción por lo económico— supone para el Estado el deber de establecer las condiciones más adecuadas para evitar, en lo posible, o corregir, el problema del paro, de modo que el que se encuentre involuntariamente en esta situación tiene, por imperativo constitucional, *derecho a acceder, no a un puesto de trabajo concreto, sino a una organización* de servicios, procedimientos o medios establecidos por los poderes públicos para facilitarle tal ocupación. Lo que hoy se denominaría «derecho a un sistema de garantías de empleabilidad» positiva (Monereo, J.L. y Molina, C., 2002). La empleabilidad positiva del trabajador puede ser entendida como capacidad de mantener el empleo o de conseguir otro en caso de pérdida. Ese en-

tendimiento de la empleabilidad se relaciona con un modelo de competitividad basado en la calidad del trabajo y la innovación. Comporta una respuesta positiva e individualizada a las características de las nuevas dificultades del mercado de trabajo y la crisis del empleo. La idea de empleabilidad ha sido constantemente impulsada por la Estrategia Europea de Empleo (EEE).

No obstante, este bloque de legalidad en materia de política de empleo, parece contener una delimitación tanto cuantitativa como cualitativa respecto de los objetivos a perseguir. Efectivamente, el art.1 TRLE, no se refiere a cualquier tipo de “empleo”, sino a un empleo de “calidad” y “a la adecuación cuantitativa y *cualitativa* de la oferta y demanda de empleo”. Esto conduciría rectamente a que la política de empleo se basara en el fomento de empleo “estable” (porque garantiza la estabilidad de las protecciones, la efectividad del conjunto de los derechos laborales y la misma “implicación” de los trabajadores en la dinámica de la organización productiva) y con plenas garantías laborales, frente al fomento del empleo inestable y las deficientes condiciones de trabajo. La realidad muestra, sin embargo, que nuestro país desde el año 1984 viene fomentando, y después, “propiciando”, precisamente lo contrario, es decir, la contratación temporal y con malas condiciones de trabajo. Desde esa perspectiva, al menos en términos jurídico-formales, la lógica interna que preside a ese bloque de legalidad básico sería la de un modelo de política de empleo de calidad: en el sentido de que debería fomentarse no tanto por un modelo cuantitativo («pleno») como esencialmente cualitativo («calidad de empleo»), a pesar del hecho de que la normativa en su contexto (en su conexión con las políticas laborales, con las reformas del Estatuto de los Trabajadores, y de la misma Ley de Empleo) parece que acentúan el empleo precario. El problema no está tanto en el “nivel” como en el “contenido” de la ocupación; es decir, cómo y qué se produce, enlazándolo directamente con el modelo de desarrollo económico y su sostenibilidad a todos los niveles, no sólo ecológico, y, más allá, con el reparto del trabajo y la reducción de la jornada laboral. La experiencia de las dos últimas décadas ha permitido evidenciar que el legislador goza, a estos efectos, de un amplísimo margen, puesto que hemos asistido a políticas de fomento del empleo temporal de forma indiscriminada que, no obstante las fortísimas críticas y las notables disfunciones generadas, no han recibido ningún correctivo constitucional. Sólo el legislador, con mayor o menor presión sindical, ha podido corregir, parcialmente, este rumbo, promoviendo el empleo estable, sin perjuicio de mantener una política selectiva de fomento de empleo temporal (ej. minusválidos, contratos de inserción...). Por tanto, la preferencia atribuible desde una interpretación sistemática y teleológica al empleo «de calidad» es de muy difícil control constitucional.

Por otra parte, desde la misma definición legal deliberadamente amplia de la política de empleo ex art.1 TRLE, se opta por la búsqueda de un equilibrio entre las políticas activas (con función de fomento del empleo y la organización del mercado

de trabajo, y de búsqueda de la inserción laboral)⁶⁰ y las pasivas (con función de reparación en las situaciones de desempleo) (en relación con los artículos 40 y 41 CE). Ahora bien, una política de empleo en la lógica del Estado Social tiene que otorgar preferencia a las políticas activas (entre otras cosas porque el art. 40.1 CE impone a los poderes públicos orientar su política hacia el “pleno empleo”), porque sólo éstas, en verdad, son capaces de garantizar el empleo efectivo. En esa dirección se sitúan las recientes reformas en materia de política de empleo. La última de ellas trata precisamente de reformar las políticas activas de empleo: trata de anticipar las medidas que hagan posible un refuerzo de la eficacia institucional de las políticas activas de empleo, fundamentalmente a través de la figura de los “promotores de empleo” (personal técnico para la promoción del empleo disponible), cuya estabilidad y financiación se garantiza para los años 2011 y 2012. La idea-fuerza es la de mejorar la empleabilidad. Dada la creciente individualización del desempleo (con biografías individualizadas), se persigue la instauración de un modelo de atención individualizada a las personas en situación de desempleo basado en un itinerario personalizado de inserción, que permita dar cumplimiento a los objetivos diseñados en el TRLE.

Las políticas pasivas (reparadoras) actúan ante la imposibilidad o dificultad de acceso o mantenimiento del trabajador en un empleo dentro del mercado de trabajo. Todo ello, sin perjuicio de la importante contribución que viene haciendo –y se espera de– la protección legal contra el desempleo dentro de una lógica cada vez más *pro-activa*. En todo caso, ambas dimensiones de la política de empleo deben coor-

⁶⁰ En el sistema legal se definen las políticas activas de empleo como “el conjunto de programas y medidas de orientación, empleo y formación que tienen por objeto mejorar las posibilidades de acceso al empleo de los desempleados en el mercado de trabajo, *por cuenta propia o ajena* (nótese la amplitud), y la adaptación de la formación y recalificación para el empleo de los trabajadores, así como aquellas otras destinadas a fomentar el espíritu empresarial y la economía social” (art. 36, párrafo primero del TRLE). Tres precisiones adicionales: la primera, subrayar la amplitud de la noción de políticas activas de empleo, referidas a todo tipo de trabajo profesional y las encaminadas al fomento del espíritu empresarial y la economía social; la segunda, que, nuevamente, se insertan dichas políticas y se desarrollan teniendo en cuenta, de manera coordinada, la Estrategia Europea de Empleo, las necesidades de los demandantes de empleo y los requerimientos de los respectivos mercados de trabajo (art.36, párrafo segundo del TRLE); y, por último, que dichas políticas activas de empleo no se conciben aisladamente respecto de las políticas de protección por desempleo (tradicionalmente enfocadas desde un prisma predominantemente “pasivo” o reparador), toda vez que aquéllas se complementarán y se relacionarán, en su caso, con la protección por desempleo del Sistema de Seguridad Social (Título III del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre; TRLGSS), indicando, al efecto, que la acción protectora por desempleo -a que se refiere el art.263 TRLGSS- comprende las prestaciones por desempleo del nivel contributivo y asistencial (función de reparación) y las acciones que integran las políticas activas de empleo (función de “activación” y reinserción profesional). Por lo demás, en esa lógica de las políticas activas de empleo, se realiza su carácter “preventivo”, en coherencia con el enfoque y tratamiento preventivo de las situaciones de paro forzoso de larga duración conferido e impulsado por las directrices derivadas de la Estrategia Europea de Empleo, y a tenor de la normativa reguladora de los fondos estructurales de la Unión Europea (artículos 36 y 37 del TRLE).

dinarse y combinarse entre sí, sin que se pueda establecer una suerte de “dos mundos” supuestamente independientes en cuanto a su diseño y operatividad jurídico-práctica (basta reparar en la dirección de política del Derecho encaminada a la “activación” de la protección pública por desempleo –paradigma de una política que nunca fue exclusivamente “pasiva”- a través de distintas técnicas instrumentales). Precisamente, es harto significativo el dato de que el sistema normativo esté construido sobre la base de una coordinación eficiente entre las políticas activas y la protección económica frente al desempleo (cfr. Capítulo III, artículos 41 y 42 del TRLE). En el fondo, las políticas de fomento pretenden condicionar en cierta medida el supuesto funcionamiento “natural” del mercado, pues este en su desenvolvimiento ordinario parece resistirse a admitir el equilibrio paralelo entre el crecimiento económico y el crecimiento del empleo, por lo que éste último aparece como un valor añadido que requiere de eficaces medidas para reorientarlo en esta dirección, recuperando o evitando el efecto expulsivo que el nuevo modelo productivo tiene.

Es de señalar que, en una perspectiva integradora, el bloque de legalidad apuesta por una finalidad amplia y compleja de la política de empleo, puesto que siendo un objetivo preferente la creación de empleo (cfr. Artículos 40 CE y 1 TRLE), también se expresa en una política que garantice el mantenimiento del empleo y su posible redistribución o reparto a través de determinadas técnicas institucionales y jurídicas. Una política de empleo racionalizadora y garantista debe buscar tanto la creación del empleo como su mantenimiento. Lo que impone deducir del marco legal vigente es que el objetivo del pleno empleo presupone un modelo económico-social que desde el punto de vista jurídico-institucional exige la realización del objetivo del pleno empleo como presupuesto-condición inherente a la forma política de Estado Social y Democrático de Derecho (arts.1 y 9.2 del Texto Constitucional). Más allá de un concreto modelo económico (por lo pronto, es de realzar, que en el texto constitucional no se cuestiona la economía de mercado), lo que se exige es que la política económica se oriente preferentemente hacia la consecución del pleno empleo, por encima de otros criterios o principios de racionalidad económica. En este sentido, el pleno empleo aparece como principio político-constitucional de *legitimación* del orden democrático, lo cual supone introducir un gobierno de la economía y, por tanto, la predisposición de límites precisos al principio de eficiencia y rentabilidad económica. Es nítido que la política económica no agota su finalidad en sí misma, como se impone deducir del mismo tenor del art.1 del TRLE, cuando establece que el objetivo del empleo y el desarrollo de la política de empleo se debe enmarcar dentro de las orientaciones generales de la política económica, en el ámbito de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado constitutivo de la Unión Europea. Y es que a nadie se le oculta que el objetivo del empleo exige una cierta “domesticación” del desarrollo económico para hacerlo realmente efectivo en la práctica. Esa “domesticación” y “gobierno de la economía” requiere de la predisposición de todo un sistema jurídico-institucional

que, de modo interdisciplinar, aúne distintos campos de la política pública (Derecho Social del Trabajo, Derecho Social del Empleo, Derecho de la Economía, política económica, política fiscal, política educativa, etcétera).

Esta percepción estaba ya bien asentada desde los máximos teóricos de la política de empleo en el Estado Social contemporáneo: Keynes y Beveridge, para los cuales la política de empleo supone atribuir al poder público una responsabilidad directa en la garantía de un equilibrio satisfactorio en el mercado de trabajo y en la protección social de las personas que trabajan o se encuentran desempleadas. Las políticas de empleo y de protección por desempleo se insertan en el programa constitucional inherente a la forma política del Estado Social: los poderes públicos “de manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo” (art.40.1 CE); los poderes públicos garantizarán un régimen público de Seguridad Social, “especialmente en caso de desempleo” (art.41 CE). De ahí que fácilmente se pueda inferir del texto constitucional la *centralidad* del empleo –y de todo lo que le concierne– como valor social indispensable en nuestro sistema democrático. El empleo es un valor en sí, pues cristaliza la oportunidad de contribuir al producto social y permite instrumentar protecciones sociales a través del empleo (“estatuto jurídico-protector del empleo”) y un conjunto de acciones positivas de los poderes públicos a distinto ámbito y nivel de articulación. Como tal el “empleo” es un valor añadido a la política económica que no puede atribuirse a los mecanismos autorreguladores del mercado. Exige de los poderes públicos y comportamiento activo tanto en sentido vertical como horizontal (introducción o penetración de la “dimensión empleativativa” en todas las políticas públicas, y no sólo las políticas económicas). En otras palabras, los poderes públicos *deben* realizar un conjunto de acciones y decisiones públicas configuradoras de una política y un Derecho del empleo. Ciertamente, todos los principios rectores de la política social y económica exigen de suyo que sean organizados y articulados a través de acciones positivas de los poderes públicos. Ahí se incluye todo el elenco de objetivos y medidas correspondientes que principalmente –aunque no exclusivamente, porque no los agota– en el artículo 2 del TRLE.

En esa dirección sistemática y teleológica es claro que estamos ante un *ámbito «transversal» de lo jurídico* y de la política del Derecho que integra un conjunto muy variado de instituciones, técnicas y medidas que en un plano sistemático y jurídico-formal pertenecen a distintas ramas del ordenamiento jurídico general (instituciones y medidas económicas, educativas y formativas, de colocación, fiscales, de protección del desempleo, de lucha contra la exclusión social, etcétera). Ha de ser realizada aquí la tendencia hacia la creciente complejidad del sistema jurídico-laboral, configurado como un «poli-sistema» normativo donde el centro del universo normativo es la Constitución convertida en garante de la unidad del ordenamiento jurídico total, como respuesta normativa y política. Este complejo de normas constitucionales no se limita a consagrar el derecho al trabajo sino que tam-

bién imponen la articulación de una política de empleo y conforman un sistema de Derecho social del Empleo que la instrumente al servicio de los valores y derechos sociales de la ciudadanía en su conjunto. El derecho al empleo, siendo un típico derecho social de ciudadanía, es un elemento esencial para la realización de los valores del régimen democrático, ampliamente recogidos y desarrollados a lo largo y ancho del texto constitucional. En efecto, el empleo de la persona es un factor de integración y una condición o presupuesto para que el ciudadano pueda participar en la vida económica y política en el sentido previsto en los artículos 1.º y 9.2 del texto constitucional (luego concretado para ciertos colectivos en preceptos como el 42 —política de retorno de emigrantes—, 48 —política de juventud— o 49 —política de inserción de personas discapacitadas).

Lo que está en juego es el derecho a una existencia digna en una sociedad democrática, que para la inmensa mayoría de la población sólo se satisface con el ejercicio del derecho a una ocupación retribuida que permita la autosuficiencia económica y, también, a través ello, el pleno disfrute de los derechos sociales fundamentales. De ahí que la Constitución imponga la necesaria intervención de los poderes públicos, porque la satisfacción del derecho al trabajo en un sistema de economía de mercado exige crear las condiciones para que exista una situación de pleno empleo. Es así, que el mismo derecho al trabajo (y no sólo por razones funcionales al sistema económico...) requiere que se establezca un haz de medidas heterogéneas integradas dentro de la política de empleo, en sus dimensiones de política económica, educativa, fiscal, etcétera. Sucede que todas estas políticas públicas sin excepción se realizan a través de mecanismos jurídicos y de instituciones jurídicas de intervención «sobre» y «en» la economía de mercado del capitalismo organizado. Este sistema lejos de estar en calma está en continuo movimiento por lo que el diseño y puesta en práctica de aquellas varía en el tiempo, y ciertamente dependen en gran medida, queramos o no, del «ideario político-económico y social» del gobierno de turno, si bien no ya sólo del Estado, sino de la UE —por encima— y de las CC.AA por debajo—, así como de la propia actitud de los interlocutores sociales (empresarios y sindicatos).

Por lo que respecta al plano de la «titularidad pasiva» de este derecho al empleo, y por tanto del sujeto o sujetos obligados a definir y poner en práctica el sistema de políticas orientadas a conseguir su realización efectiva se plantea la cuestión relativa a la delimitación de este ámbito de sujetos obligados a poner en marcha una política de empleo eficaz y coherente. En este sentido, si es cierto que la literalidad de su redacción parece agotar el deber únicamente en los «poderes públicos», no menos cierto es que una lectura sistemática y teleológica del mismo evidencia con nitidez que también los particulares, esto es, la Sociedad Civil, están vinculados a su cumplimiento y a participar activamente en su definición y puesta en práctica, así como en la elaboración de propias políticas de empleo, especialmente en el marco de la empresa y a través de la negociación colectiva —eficacia

erga omnes o multidireccional del derecho al empleo— (MONEREO, J. L. y MOLINA, C., 2002).

II. LA TENDENCIA HACIA LA REDEFINICIÓN “CONSTITUCIONAL” DEL ESTATUTO JURÍDICO DEL EMPLEO

Sobre la base del objetivo de los objetivos de la mejora de la competitividad y de la creación de empleo se asiste en las últimas décadas a intensos cambios normativos, que tienen como hilo común la reestructuración del sistema de garantías legales y convencionales concedidas y/o conquistadas a lo largo de decenas de años. La nueva concepción de la «seguridad en el empleo», en la formulación difusa de «garantía de empleabilidad», parece vincularse básicamente a profundas reformas estructurales de los mercados de bienes y servicios, incluido principalmente el mercado de trabajo. Sin embargo, las políticas de flexibilidad o flexiseguridad «liberal» (y no de mera adaptación a los cambios como suelen ser «presentadas» oficialmente) están produciendo una cierta pérdida de significado del trabajo como realización de la propia persona, a favor de su consideración como «bien (escaso) de mercado». Es decir, la pretendida prioridad del empleo —en realidad el objetivo básico es la competitividad empresarial, cuyo incremento sigue siendo la principal apuesta en el ámbito del empleo— está produciendo un creciente deterioro de la concepción personalista del trabajo, entendido como la presencia necesaria de la persona en una actividad productiva legitimada por la necesidad social e individual en su realización, teniendo en cuenta la necesaria primacía de los valores personales sobre los de la eficacia social o colectiva.

Lo relevante para la contemporánea política de empleo no es sólo tener una ocupación, como durante mucho tiempo se vino entendiendo y practicando «oficialmente» en nuestro país —política de flexibilidad laboral desde 1984 hasta 1994-1997 culminando en las reformas laborales actuales—. Al mismo tiempo, existe el riesgo de que los empleados del futuro no alcancen sus aspiraciones personales, por ocupar un puesto de trabajo alejado de su vocación o por la misma precariedad del mismo que impide la liberación de la necesidad y el desarrollo de una carrera profesional (proliferación de contratos temporales, contratos atípicos, relaciones de trabajo informales, trabajo sumergido, endurecimiento del tiempo de trabajo, trabajo en régimen de subcontratación, trabajo en régimen de empresa de trabajo temporal, etcétera). En la actual fase de acomodación de las empresas a las condiciones de competitividad impuestas por las fuerzas dominantes que actúan en una economía globalizada, muchas empresas adoptan la estrategia defensiva de reducción de costes del factor trabajo. Quizás esta estrategia pueda incrementar su competitividad inmediata pero acaba degradando la competitividad a medio y largo plazo. Ésta sólo es posible en los países desarrollados a través de la calidad del empleo y la calidad de producto, por lo que se produce una relación perversa y dis-

funcional: los incrementos de la competitividad se hacen acompañar de una progresiva pérdida de calidad del empleo y de la misma calidad de producto (sobre la diferenciación entre políticas de flexibilidad ofensiva y defensiva y sus consecuencias en el sistema de relaciones laborales, véase MONEREO, J. L., 1996, y BENKO, G., y LIPIETZ, A., 1995, 331 ss.). Estas políticas de flexibilidad defensiva son en sí mismas un factor «artificial» («riesgo fabricado») de aumento de la sociedad del riesgo (Véase, en una perspectiva general, el excelente libro de BECK, U., 1998). En este contexto se puede apreciar un tránsito de una política de mercado de trabajo hacia una política de acompañamiento público a las reestructuraciones empresariales según la lógica imperante en el mercado (JOIN-LAMBERT, M. T., 1994, 178 ss.). Por el contrario, en una política ofensiva, se apuesta por la calidad del empleo y por conectarla con una ocupación que permita la integración social, libere de la necesidad (derecho a una existencia humana digna), reduzca la pobreza y la desigualdad social. Esto es, se contempla la calidad del empleo en la lógica no sólo de la economía de mercado, sino también de la realización del derecho social al trabajo, de relevancia constitucional (art. 35 CE). En definitiva, la política social y económica de empleo que sirve de impulso a la evolución del Derecho Social del empleo debe tratar de actuar directamente tanto sobre la cantidad cuanto sobre la calidad del trabajo y de asegurar la calidad del empleo para las personas empleadas. La *calidad del empleo* es un concepto ciertamente heterogéneo, pero la efectividad, la eficiencia y la eficacia de una política de empleo ha de medirse también por la calidad del empleo que propicia, porque el trabajo humano es tanto necesidad personal de ejercerlo como necesidad social de utilizarlo (Ojeda Avilés, A., 2010; Monereo, J.L. y Molina, C., 2002).

En realidad, la “sociedad del riesgo” está cuestionando al propio Estado Social intervencionista, pues el declive de la sociedad de seguridad refleja el retorno del mercado y la reprivatización de las relaciones sociales. En la sociedad del riesgo, el estado de emergencia e incertidumbre tiende a transformarse en estado normal (Beck, U., 1998), generando un “*derecho de excepción*” permanente, que supone el deterioro paulatino del estatuto del trabajo, especialmente del trabajo como empleo que se desestructura por la implantación del modelo de mercado. La crisis del trabajo, agudizada con la presente coyuntura económica, plantea el problema de las dificultades crecientes de concebir el empleo como instrumento fundamental para la integración social. En nuestra época se asiste a la extinción de un modo específico de pertenencia social y de un tipo específico de sociedad: la que Michel Aglietta denominó “sociedad salarial” y Hannah Arendt “sociedad del trabajo”. Por ello, es necesario que el “trabajo” pierda su centralidad en la conciencia, en el pensamiento, en la imaginación de todos. Pero, mientras tanto, la consecuencia es una desintegración muy rápida del tejido social; en una sociedad donde el trabajo a tiempo completo de todos los individuos parece que ya no es preciso ni económicamente útil, se hace mucho más difícil la promesa de una posible liberación (Gorz, A., 1977, 1982 y 1995). Hoy se puede hablar de sociedad de la total inse-

guridad del trabajo, en la que persiste una situación de incertidumbre endémica. En el mercado de trabajo se ha intensificado el proceso de dualización y precarización del empleo, de manera que en muchos casos (y la tendencia va en aumento), el empleo no permite garantizar la seguridad y la protección sociolaboral plena del trabajador que lo desempeña u ocupa. Las políticas de flexibilidad neoliberal (contrapuestas a la flexibilidad garantista) han contribuido, y lo están haciendo actualmente de manera más decidida y decisiva, a la incertidumbre y la precarización del empleo en el marco de un emergente modelo post-fordista. Se está produciendo una ruptura del modelo de política de empleo orientada efectivamente hacia el pleno empleo de calidad. Aparte de la generalización del “sub-empleo” (vinculado a la precarización laboral), el desempleo se ha convertido en un fenómeno de carácter estructural, frente al enfoque marginalista propio del Estado del Bienestar de la post-guerra. En este sentido se aprecia un fenómeno paradójico consistente en que la precarización del empleo y el incremento del desempleo son una manifestación de un déficit de lugares ocupables en la estructura social, entendiendo por “lugar” una posición con utilidad social y reconocimiento y respeto público (Castel, R., 1997, 416). La desestandarización del trabajo y las constantes transiciones profesionales están determinando la discontinuidad en el empleo, y están planteando graves dificultades reales de mantener una carrera profesional coherente y mínimamente estable.

En este sentido, se viene produciendo una “saturación” de la protección por desempleo que se ocupa de los trabajadores en los períodos transicionales y en las rotaciones laborales cada vez más frecuentes. La protección por desempleo ha venido incorporando las figuras de las rentas activas de inserción, pero cada vez es más pertinente afrontar el problema de la continuidad de las rentas en los períodos transicionales a través de la institucionalización y generalización del derecho a la *renta básica* o ingreso de ciudadanía (un ingreso de existencia que permite la continuidad de ingresos, prescindiendo de la actividad profesional formalizada por cualquier tipo de relación de trabajo o empleo). Esa renta básica es un derecho social universalista que será independiente del trabajo profesional, que posibilita la atribución de un determinado ingreso económico repartido regularmente y de forma indefinida, y que permite al individuo llevar una vida digna con independencia de su participación productiva en el mercado. Así pues, tiene una función distributiva solidaria que garantiza una estabilización de la renta a percibir (carácter estable), reduciendo la incertidumbre y confiriendo una tutela social más allá del mercado. Si la renta básica determina un elevado nivel de desmercantilización de los modos de satisfacción de las necesidades fundamentales del individuo, sin duda ello supondría una atribución también de mayor poder de negociación del trabajador y una más real capacidad para elegir el tipo de trabajo-empleo deseado. Ello podría suponer un rechazo a las formas de flexibilidad o flexiseguridad precaria o insegura, y una apuesta por formas de flexibilidad garantista o segura, basada en la calidad del empleo.

La inseguridad del trabajo remunerado determina que el sistema democrático-social tiene que propiciar las condiciones que garanticen un pleno empleo de calidad y, al mismo tiempo, que asegure –ante la crisis del empleo- mecanismos de sustitución de rentas de activo y un conjunto de protecciones sociales. Es preciso subrayar, al respecto, que no se debería sustituir las políticas de *welfare* por unilaterales políticas públicas de *workfare*, pues a fuerza de acentuar la posición de deber, se acaba por contractualizar los derechos sociales en una dirección –no deseable- de remercantilizadora de los mismos. El derecho al trabajo es un derecho a la inclusión y a la participación en la generación del producto social (la inclusión social y la participación en el producto social son los valores que subyacen en la garantía constitucional del derecho al trabajo, lo cual no significa que sea el único medio de realizar estos valores), de manera que aceptar su mercantilización y su precarización es atentar también contra los valores que se realizan a través del trabajo. La combinación de protecciones sociales en el empleo, en el mercado de trabajo y fuera de éste, sin embargo, se hace cada vez más imperiosa, porque en el campo del mercado de trabajo, con la flexibilidad y las nuevas formas de empleo flexible (la proliferación de empleos atípicos y empleos precarios), ha entrado en crisis la idea de una ciudadanía social basada “principalmente” en el trabajo profesional: el mercado de trabajo –ni tampoco el empleo concretamente ocupado, cada vez más inestable- no ofrece una base segura y estable para organizar un estatuto de ciudadanía de las personas, y lejos de ello su segmentación creciente favorece la creación de nuevas situaciones de desigualdad y de exclusión de muchos individuos que no pueden acceder a una ciudadanía construida sobre el trabajo.

La exclusión supone un déficit en el proceso de integración social dentro del sistema del bienestar. Supone una ciudadanía social “debilitada”, representada, ante todo, por la dificultad de acceso a los recursos básicos y una reducida protección respecto al mercado (Monereo, J.L., 2008,127). La lucha contra la exclusión se facilita a través de diversos instrumentos, entre los cuales el más importante, sin duda (y a pesar de la crisis de la sociedad del trabajo), sigue siendo el derecho al trabajo como derecho de realizar una actividad digna del hombre y que como tal le permita una plena participación e integración en la sociedad democrática. Frente a una visión malthusiana de las solidaridades sociales, es necesario reformular el contrato social. La inserción de un componente estatutario en el contrato de trabajo (haz de protecciones sociales) dignificó a la condición salarial, y ahora viene exigida adicionalmente una política de corrección de los mecanismos disfuncionales del mercado de trabajo para garantizar un empleo de calidad. Pero en la nueva coyuntura el dilema reside en reinventar formas *adicionales equivalentes* de protección social pública en una economía cada vez más fragmentada, desmaterializada y descentralizada; formas que deben girar sobre la persona del trabajador y la búsqueda de nuevos mecanismos de inserción social. Sin perjuicio de que el empleo deba continuar siendo una de las bases fundamentales de la inserción social. De este modo se trata de combinar dos instrumentos institucionales: las políticas de empleo y un

dispositivo de protección *general* de ámbito nacional de Rentas Mínimas de Inserción o integración, como derecho social de ciudadanía, entendida como derecho de “desmercantilización” de ciertos ámbitos de necesidades sociales reconocidos a los individuos que atiende preferentemente a la protección de las situaciones de necesidad de las personas fuera de los mecanismos del mercado.

Pero evidentemente, el derecho a la renta básica no puede –ni debe– sustituir al derecho al trabajo como derecho social específico a un empleo digno e inclusivo en la esfera social. En este sentido la praxis debe guiar a la teoría jurídico-social. La renta básica es al mismo tiempo garantía de ingresos fuera del trabajo (inserción social a través del derecho a una renta satisfecha al margen de los mecanismos del mercado) y garantía del derecho al trabajo mediante la facilitación de la inserción laboral en un empleo de calidad (su reconocimiento proporciona –en términos de posibilidades– la libertad y el poder relativo de elección de un empleo digno). No se puede desconocer el hecho de que el trabajo es un factor de integración social y una forma esencial del vínculo social en la sociedad mercantilizada del capitalismo tardío. El trabajo deviene en “empleo” en cuanto se resuelve en un conjunto de posiciones jurídicas configuradas a través de derechos sociales de desmercantilización relativa de la situación del trabajador. La relatividad de esa desmercantilización reside ante todo en el hecho de que el “estatuto del empleo” no logra impedir que el trabajo continúe sometándose a la lógica de la racionalidad instrumental del capitalismo; el “estatuto del empleo” tan sólo ha permitido neutralizar las formas más abiertas de mercantilización de la fuerza de trabajo al servicio exclusivo de los intereses empresariales, protegiendo a la persona del trabajador subordinado o dependiente, racionalizando e introduciendo límites a los poderes del empleador respecto de la utilización de la persona del trabajador. Las políticas del Estado Social han tratado de equilibrar la “racionalidad social” con la “racionalidad económica”, impidiendo –al menos hasta el momento– que ésta sea el principio regulador exclusivo de la sociedad. El Estado Social y su Derecho Social no han liberado al trabajador de su condición de subordinación o dependencia, pero mientras el modo de producción del capitalismo perdure –y parece que por mucho tiempo– ha tratado de “civilizar” en lo posible la condición del trabajador (el cual compromete su propia persona en la realización de la actividad laboral) substrayéndolo de las condiciones de máxima explotación como “mercancía” y factor de producción. El capitalismo no está regulado por las supuestas leyes del libre mercado, pues los mercados de trabajo son objeto de regulación jurídica e institucional por el Estado intervencionista. El Estado del Bienestar –como forma evolucionada del Estado Social– constituyó una fórmula de coexistencia de la eficiencia económica, la política de empleo (orientada al “pleno empleo”) y la realización de políticas sociales redistributivas. El “desmantelamiento” del estatuto del empleo –sin perjuicio de que sea preciso afirmar su *necesaria* complementación con un estatuto protector de la persona del trabajador– no puede sino suponer la máxima degradación del trabajador en su condición de “mercancía *sui generis*” (“mercancía ficticia”) en mano de los mercados y del poder directivo de los empresarios.

Si a esas políticas de “remercantilización” (vía flexibilidad y desregulación laboral) se añade la tendencia a la configuración de una forma de *Estado orientado al mercado* (Estado-mercado), el cual prioriza el principio axial de eficiencia económica y asume tan sólo una función residual en la garantía del bienestar (minimizando el nivel de desmercantilización), los efectos serán especialmente significativos, al tiempo, en la “destrucción” de la sociedad democrática. Por lo demás, esta forma de “Estado mercado”, tiende a perder su siempre relativa autonomía, en dos frentes: por un lado, ante el proceso de globalización que limita los espacios de poder de decisión autónoma estatal; y, por otro, ante los propios intereses económicos organizados, pues el Estado democrático es autónomo tan sólo cuando la dirección política estatal y sus administradores tienen la capacidad político-institucional efectiva de elegir sus propios objetivos y realizarlos en presencia de la multiplicidad de intereses en conflicto.

Con la emergencia de la “sociedad post-fordista o post-industrial”, de la información, de la flexibilidad y de la incertidumbre generalizada en todas las formas de la vida, emerge también la constitución flexible del trabajo (trabajo flexible, trabajo precario; políticas del flexiseguridad neoliberal). De manera que los instrumentos utilizados para atender a las necesarias protecciones sociales frente a los riesgos de la existencia humana se muestran inadecuados o sencillamente insuficientes. El trabajo ha sido –y debe seguir siéndolo–, al menos en parte, desmercantilizado (desmercantilización relativa del trabajo, en el sentido antes expresado). La renovación siempre ha sido un rasgo típico de las políticas del reformismo social, las cuales han pretendido domesticar en alguna medida el mercado y humanizar las consecuencias de la modernización económica y tecnológica (Monereo, J.L., 2008, 131). No debe olvidarse que en el origen del Estado Social y de su forma evoluciona, el Estado del Bienestar (incluida la política social y de empleo, que son pilares fundamentales de esa forma política), no influyen tan sólo factores económicos (como la modernización, las transformaciones del mercado de trabajo y el modo de producción), sino también factores directamente políticos, vinculados a los conflictos de clase y a la lucha por los derechos. Estos factores políticos determinantes de la creación, mantenimiento y ulterior expansión del Estado del Bienestar cristalizaron en un conjunto integrado de políticas públicas (económicas, sociales y de empleo) que representaban un compromiso inestable para la desmercantilización relativa del trabajo y de la satisfacción de un conjunto de necesidades básicas. La lucha por los derechos sociales como elemento de desmercantilización relativa del trabajo y de otras esferas de la sociedad democrática ha sido uno rasgos (a través de políticas redistributivas) que han presidido el desarrollo de los modelos europeos de Estado del Bienestar.

Es lo cierto que en la lógica del constitucionalismo o garantismo social, el Derecho Social del Trabajo –que reclamaban los reformadores sociales como parte institucional del “guardián de las promesas”– debería crear formas jurídicas inclu-

sivas de los trabajadores que contribuirían a materializar las promesas de liberación del proyecto de la modernidad. Con ello trató de reforzar la dimensión comunitaria de la sociedad del capitalismo industrial. Ese componente comunitario –componente estatutario/democrático introducido heterónomamente en los contratos de trabajo- pretendía hacer valer su condición de instrumento de desmercantilización relativa de la fuerza de trabajo, a través del reconocimiento de los derechos sociales de la ciudadanía –que formalizan el principio de protección legal del trabajo profesional, y con ello los grandes valores constitucionales-. Pero sin olvidar tampoco que ese modelo social intervencionista es al mismo tiempo una exigencia de la racionalización *funcional* del sistema económico. De ahí la naturaliza ambivalente, contradictoria y transaccional, de compromiso político-social, que siempre ha tenido el Derecho Social del Trabajo (pues la idea social –la razón social- tenía que conciliarse con la idea individual –razón económica- en el contexto del sistema del capitalismo organizado).

En la etapa actual de crisis del constitucionalismo social (anterior a la crisis económica del presente; de ahí también las dificultades para dar respuesta a los retos que ella plantea) se tiende a hacer prevalecer el principio axial de eficiencia económica y competitividad sobre el principio de protección del trabajo, de manera que el Derecho del Trabajo tiende a conformarse como una forma de Derecho *no-contradictorio*, sino más unilateralmente favorable a los intereses de la economía y de las empresas (Del mismo modo que la “Constitución económica” del Estado Social se hace también “no-contradictoria”, pues tiende a diluir la lógica de correctiva de la razón social). Ello se hace acompañar –y exige- una revisión profunda del constitucionalismo democrático-social. En este sentido el persistente compañero de viaje del Derecho del Trabajo de la modernidad, que es la crisis económica (Palomeque, M.C., 1984), no hace sino poner de manifiesto la subordinación permanente del trabajo al servicio de la lógica de racionalidad económica. Pero no puede pasar desapercibido que la crisis del Derecho Social del Trabajo constituye una de las dimensiones más significativas de la crisis de la modernidad y un aspecto de la crisis de la forma política del Estado Social contemporáneo.

Las reformas liberalizadoras –neoliberales- se orientan hacia el desplazamiento del garantismo flexible por la instauración de una constitución flexible del trabajo. Estas reformas vienen siendo reforzadas y legitimadas en la presente coyuntura de crisis estructural. Es la tentación de convertir el Derecho del Trabajo en un Derecho de la economía; un Derecho de regulación (de apoyo promocional a los procesos de autorregulación social y de establecimiento de reglas de juego), pero no de gobierno o intervención social en los procesos económicos. Es la adhesión a la ideología económica del progreso coincidente con la racionalidad del mercado tal como se muestra desde la falacia neoliberal. Es la pretensión utópica de subordinar la organización de la sociedad al mercado, sin que se haga un mínimo esfuerzo de replantear la lógica de sistema económico que se legitima en términos de principio,

pero que seguramente debería seriamente cuestionarse desde una perspectiva ética y desde una modernización reflexiva de racionalismo crítico. Es la idolatría del mercado regulador. Se hace acompañar de una “simplificación” de las causas que no serían estructurales al propio sistema (exceso de la tecnocracia; errores de ciertas políticas y responsables políticos...). En suma, se produce una “banalización” de la crisis. El orden económico se “naturaliza” y tan sólo se tiende a criticar desde una racionalidad instrumental que atiende a verificar sus disfuncionales coyunturales, necesitadas tan sólo de “ajustes”, de “adaptaciones” a los cambios tecnológicos y a la mundialización de la economía. Pero no se postula –y ni siquiera se imagina– una transformación de las estructuras económicas actuales que mantienen una lógica mercantilizadora de las necesidades humanas insuficiente en sí misma para instaurar una sociedad civilizada digna del hombre. En esa concepción *instrumentalista del Derecho (al servicio de la economía)*, y en particular del Derecho del Trabajo, éste aparece como una herramienta al servicio del funcionamiento de la economía del mercado. La función de mantenimiento del orden económico, con su efecto de normalización y naturalización consiguiente del mismo. Oculta la realidad jurídica de que con ello las empresas encuentran un marco institucional más favorable para la perpetuación de su dominación.

Esa funcionalización produce una nueva morfología de lo social que subordina la constitución social del trabajo a la constitución económica, con el paso paulatino del modelo de constitución democrático-social del trabajo basada en el garantismo flexible al modelo de constitución flexible del trabajo basada en la flexibilidad liberal que sólo es capaz de admitir un garantismo de mínimos como auxiliar de la liberalización de los mercados (es la concepción de las políticas de flexiseguridad liberal que postulan las instancias de gobierno “oficial” de la Unión Europea, en la línea trazada por el Libro Verde de la Comisión), pues los mercados tienden a despolizarse (despojados de intervenciones fuertes) a través de la re-mercantilización de los derechos sociales de la ciudadanía, y la funcionalización de ciertos derechos de ciudadanía neoliberal como elementos de compensación de la desprotección político-institucional de los mercados (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Bruselas, 22.11.2006. COM(2006) 708 final, 15).

Con ello, se desconoce la virtualidad de los derechos de ciudadanía sociolaboral como instrumentos de integración política y de participación en la vida económica de los trabajadores subordinados. El Derecho del Trabajo clásico es situado en “crisis institucional”, privándole de legitimidad, para ser progresivamente reformulado como Derecho del Trabajo Flexible, es decir, un instrumento de ordenación y regulación de los procesos de flexibilidad liberal de los mercados de trabajo. El Derecho del Trabajo Flexible asume en su propia dimensión finalista la racionalidad mercantil, la lógica del mercado, al servicio de la rentabilidad del capital, su reestructuración y su movilidad. Este modelo de Derecho del Trabajo parte

de una “neutralización” de lo político y de la *desconstitucionalización* del modelo clásico “garantista” de Derecho del Trabajo, produciéndose una inoperatividad e ineficiencia del modelo constitucional, al tiempo que una “*mutación fáctica*”, pues ese modelo de la constitución formal tiende a ser desplazado “legalmente” por un modelo distinto, el de la constitución real correspondiente a la nueva “realidad constitucional”, que obedece a una racionalidad jurídico-material de corte diverso a la racionalidad jurídico-material del garantismo jurídico: una ordenación jurídico-laboral puesta al servicio de los ajustes estructurales de los mercados laborales, bajo la lógica de una “normalización” jurídica de la “excepción” del gobierno de la economía. En el programa del nuevo Derecho del Trabajo Flexible se establecen nuevas formas de tutela y modos de vida del trabajador que estarían funcionalizadas consolidar un nuevo tipo de economía liberada de “cargas sociales” directas; despolitizada en la ordenación “contractual” de las relaciones sociales de tipo económico cuyo objeto es el trabajo (es decir, el trabajo por cuenta ajena y dependiente). Las solidaridades sociales se hacen “externas” al trabajo, dejando curso “libre” a la articulación del trabajo abstracto, por lo que la solidaridad social desaparece del corazón del proceso de producción, esto es, del interior de la empresa flexible y de las relaciones contingentes nacidas de la movilidad del trabajo en un grado de intensidad hasta el momento desconocidas, pues el trabajador puede “circular” de un modo fluido como una mercancía en el campo de las relaciones mercantiles cuyo objeto es el trabajo (aunque con la “compensación” de un sistema de protección social público proveedor de prestaciones mínimas, es decir, el modelo propio de un Estado Social “Residual” –que podría evolucionar hacia una forma de Estado “post-social”- de mínimos de cobertura de orientación típicamente asistencialista).

Todo ello en contraposición al Derecho del Trabajo Clásico del garantismo flexible que propiciaba las formas jurídicas inclusiva de los trabajadores en los distintos ámbitos de la sociedad moderna: una ciudadanía laboral, civil y política. El Derechos del trabajo flexible hace “opaco” el proceso de liberalización y explotación laboral del trabajo en la sociedad del mercado. Es una forma de Derecho “decisionista” de normalización o de emergencia, según los casos y “situaciones”, para la reestructuración permanente de la empresa (normalización de las prácticas) y para el ajuste o salvación del sistema económico y de las empresas (emergencia). Todo ello comulga con la “necesidad” de reducir la fuerza normativa de la Constitución al servicio de la fuerza de lo fáctico –la constitución económica realmente existente-. Esa es la operación de política del Derecho. La legitimidad la decisión de política del Derecho deja de fundarse en la Constitución jurídica para asumir las exigencias de gobierno de lo económico conforme a lógicas normativas adaptadas a los movimientos del capital y a las necesidades “objetivas” –naturalizadas- de su reestructuración bajo esquemas propios de la racionalidad instrumental. Su resultado es que sin reformar las estructuras formales de la Constitución democrático-social, se da nacimiento a nuevas formas de organización del sistema económico y de las

relaciones laborales en su sentido contrapuesto al constitucionalismo garantista formalizado en los textos constitucionales formalmente vigentes. Es así que se produce una suerte de “*vaciamiento*” de las categorías constitucionales de referencia del modelo clásico del Derecho del Trabajo.

En el *Estado de competencia económica o “Estado-mercado”* –en donde se convierte el viejo Estado Social en entredicho-, y su nuevo Derecho de la Economía –que comprende al propio Derecho del trabajo desprovisto de programas de liberación y redistribución social- se convierte en un aparato normativo-institucional al servicio de las exigencias cambiantes de la economía y de la adaptación flexible de las empresas. La desconstitucionalización del Derecho del Trabajo, es lo que le hace perder su contenido “social” (en el sentido garantista, donde “lo social” es exigencia de intervención y regulación desmercantilizadora a través de un sistema de derechos sociales de ciudadanía y de organización de solidaridades distributivas) y lo convierte en una parte más del Derecho de la Economía, sujeto al primado de la razón económica.

La grave crisis estructural actual es, en gran medida, la consecuencia de la subordinación de la Sociedad al Mercado (y, con ello, lógicamente a la racionalidad de los intereses de las fuerzas económicas que hacen prevalecer su dominio en los espacios económicos), esto es, a su lógica de racionalidad puramente instrumental. Por contraposición a este enfoque, deben utilizarse los instrumentos del constitucionalismo social, siendo necesario recuperar las políticas propias del constitucionalismo democrático-social tanto a nivel europeo como nacional, que evite que los costes de la crisis recaigan sobre los grupos más desfavorecidos y que permita proyectar sobre el futuro un gobierno democrático de la economía y, asimismo, otorgar una eficacia real a conjunto de los derechos fundamentales.

III. LA GARANTÍA DEL TRABAJO “DECENTE” O “DIGNO” COMO DERECHO A UN TRABAJO CON DERECHOS SOCIALES DE DESMERCANTILIZACIÓN

La OIT ha reiterado que uno de los objetivos principales a conseguir en el ámbito internacional es el establecimiento de “condiciones de trabajo saludables y seguras; y medidas en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esa clase de protección”. Por otra parte, se trata también de “fomentar la creación de consenso respecto de las políticas nacionales e internacionales que inciden en las estrategias y programas en materia de empleo y *trabajo decente*”. Y lo que no es menos significativo: los Estados debe “respetar, promover y aplicar los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que revisten particular importancia, *no sólo*

como derechos sino también como condiciones propicias, necesarias para la plena realización de todos los objetivos estratégicos, teniendo en cuenta", entre otras cosas, "que la violación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo no puede invocarse ni utilizarse de modo alguno como *ventaja comparativa* legítima y que las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas" (Declaración de la OIT, sobre la Justicia Social para una globalización equitativa, 2008, 10-11). De lo que se trata, pues, es de garantizar las condiciones de un trabajo decente, digno de la persona que trabaja, y de impedir la instrumentalización de la normativa laboral por el Derecho de la competencia, señaladamente con formas más o menos explícitas –larvadas– de *dumping social*. Para ello los Estados debería poner en práctica la estrategia global e integradora de la OIT respecto a la garantía efectiva del trabajo decente (Monereo Pérez, J.L.; López Insua, B.M, 2014).

La acción jurídica e institucional en favor del "trabajo decente" comporta la realización de políticas públicas de "desmercantilización relativa del trabajo" (MONEREO, J.L., 1995, 1996 y 2009), dotando de un "Estatuto" de libertades y derechos a los trabajadores, con independencia de su posición de poder en las relaciones jurídico-contractuales de trabajo. Implica, pues, la configuración del contrato laboral como un contrato típicamente "*normado*", es decir, heteroregulado por un orden pluralista de fuentes del Derecho externas a la autonomía individual (la Norma pública, internacional y estatal, y la Norma pactada colectivamente, internacional y nacional). Muy expresivamente el "Trabajo Decente" se contrapone radicalmente al denominado "Trabajo Precario", pues la precariedad laboral supone una contradicción con los rasgos identificadores propios de un trabajo de calidad, y respetuoso con los valores de dignidad, salud y seguridad del trabajador, tanto dentro como fuera del lugar de trabajo. Por lo demás, conviene precisar ya que la idea de "seguridad" en este contexto no se reduce o limita a la seguridad ambiental del trabajo, sino que atiende en sí a otras dimensiones como la estabilidad en el empleo a través de modalidades contractuales que atiendan al principio de correspondencia entre actividad permanente (contrato por tiempo indefinido) y actividad intrínsecamente temporal (contrato de duración determinada), condiciones salariales justas (respetando la ordenación legal de salarios mínimos, suficientes, y correspondientes a la entidad y valor del trabajo realizado para otros); con garantías de causalidad frente al despido (aunque de ello se ocupe el art. 30 en particular, y precisamente para realizarlo como derecho específico del trabajador frente a los poderes de ruptura unilateral de la relación de trabajo por parte del empleador, con limitaciones imperativas relativas al tiempo de trabajo o de prestación de servicios, como garantiza en concreto el propio apartado 2 del art. 31 de la Carta), de manera que se garantiza el derecho del trabajador subordinado a no ser despedido arbitrariamente o sin motivo justificado; y, en general, todas las condiciones que se refieren a los aspectos internos de la relación de trabajo y se configuran como derechos sociales internos a dicha relación jurídica. (Para la regulación comunitaria

mínima del tiempo de trabajo, véase la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo).

El derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo ha de vincularse necesariamente con el derecho al trabajo (que no se agota, evidentemente, en la vertiente de la libertad profesional, ni en la versión algo más restrictiva del derecho a trabajar, ya que constituyen derechos subjetivos diferenciados, aunque íntimamente vinculados) consagrado en art.23.1 de la DUDH, pues, en efecto, no sólo se ha garantizar un derecho al trabajo como simple libertad, sino que también, en una interpretación necesariamente sistemática y finalista del marco internacional regulador de los derechos humanos, lo que se garantiza es un derecho al trabajo (y sólo un derecho a trabajar) de un determinado modo y en determinadas condiciones: en un trabajo de calidad, donde deben quedar respetados los valores de salud, seguridad y dignidad de la persona que trabaja; es decir, el conjunto de los derechos sociales y fundamentales en general del trabajador subordinado. El derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias constituye un derecho social fundamental de carácter universal, que crea obligaciones positivas para los Estados (les impone un deber de intervención activa) respecto a garantizar la calidad del empleo y su desmercantilización relativa a través del reconocimiento de los derechos sociales del trabajador subordinado. Es así, que el derecho al trabajo en condiciones de dignidad es un derecho que anuda los valores de libertad e igualdad incorporando una dimensión prestacional.

Esa íntima vinculación se infiere significativamente del mismo art. 23.1 DUDH, que enlaza ambos derechos, a saber: “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo...”. Y supone incluir al máximo nivel el derecho a unas condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo entre los derechos fundamentales. El precepto quiere situarse en un nivel de concreción superando la mera abstracción, pues centra su atención en las condiciones en virtud de las cuales el trabajo se presta y realza, en este sentido, la dignidad del trabajo por contraposición a su mercantilización y a la precarización de las condiciones de empleo. Lo que nos transmite es que no es suficiente cualquier “empleo” sino un empleo digno que es hablar en propiedad del valor del trabajo y de la contribución de la persona que trabaja (vida activa) en la generación del producto social. Lo cual, al tiempo, es indispensable para su plena participación e integración activa en la sociedad de pertenencia. Un trabajo indigno del hombre (malas condiciones, inseguridad, precariedad en el trabajo, esto es, sin respecto sus derechos fundamentales específicos e inespecífico o generales) no permite alcanzar esta finalidad integradora en el orden social democrático de convivencia.

De manera ciertamente tardía, el Convenio OIT, núm. 122 (1964), obliga a los Estados a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido. Por su parte,

el compromiso para establecer políticas públicas activas de empleo se consagra igualmente en los Objetivos de Derecho del Milenio, aprobados en por la ONU en el año 2000. En su Meta IB se dispone nítidamente que es preciso “alcanzar el empleo pleno y productivo y un *trabajo decente* para todos”.

En esta orientación de compromiso con el pleno empleo de calidad (trabajo decente o digno) se orienta el “Pacto Mundial para el Empleo” (PME), aprobado por unanimidad en la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada el 19 de junio de 2009. Pacto que se inscribe en la estela de la Recomendación OIT, núm. 198 (2006), sobre la relación de trabajo y la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008), importante desde el punto de vista de la política del Derecho Social. Un giro relevante desde el punto de vista jurídico y de política del Derecho es el que se opera con la aprobación de la Recomendación OIT, núm. 202 (2012), relativa a los “Pisos” o niveles nacionales de protección social, que en su art. 9.2 reclama a los Estados miembros a que incluyan “*garantías de empleo*” proporcionadas por sistemas públicos en los “pisos” nacionales de protección social. Ello supone la garantía internacional de la política de empleo y del trabajo decente (Illueca Ballester, 2015).

Y es que el derecho al trabajo decente o digno comporta en sí la orientación de las políticas públicas hacia el pleno empleo (v.gr., art. 40 CE) y la lucha contra la precariedad laboral; esto es, trabajo decente (de intensa “desmercantilización”) para todas las personas que trabajan en la lógica de un Derecho del Trabajo garantista comprometido con los principios y valores supremos del Estado Social y Democrático de Derecho (Monereo Pérez, J.L., 2011).

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ACCORNERO, A.: *Era il secolo del lavoro*, Bologna, Il Mulino, 1997.
- ACCORNERO, A.: *Il mondo della produzione*, Bologna, Il Mulino, 1994.
- ALONSO OLEA, M.: “El trabajo como bien escaso”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33 (2001).
- ALARCÓN CASTELLANOS, M^a.M.: *La intermediación laboral como un Instrumento eficaz en tiempo de crisis: Servicios Públicos de empleo y entidades afines*, Cizur Menor (Navarra), Tromson-Aranzadi, 2009.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar», en *RPS*, núm. 121 (1979), monográfico sobre la Constitución.
- ALVARELLOS GALVE, C.: *Ley básica de empleo. Texto y Comentarios*. Madrid. 1981.
- ARAGÓN, J., ROCHA, F., TORRENTS, J.: *Pactos y medidas de fomento del empleo en las Comunidades Autónomas*. MTAS. Serie Empleo. 2001.
- ARENDT, H.: *La condición humana*, Barcelona, Paidós, 1993, espec., págs. 157 y sigs.

- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (AESSS): *La protección por desempleo en España*, XII Congreso de la AESSS, Murcia, Ed. Laborum, 2015.
- BAYLOS GRAU, A.: “El derecho al trabajo como derecho constitucional”, en VV.AA.: *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Salinas Molina, F. y Moliner Tamborero (Dirs.), Madrid, Cuadernos del Poder Judicial, XXI, 2003.
- BAYLOS GRAU, A.: “Modelo social y políticas frente a la crisis”, En *Revista de Derecho Social*, núm. 49 (2010).
- BECK, U.: *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998
- BECK, U.: *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo Veintiuno, 2002.
- BECK, U.: *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Barcelona, Ed. Paidós, 2000.
- BECK, U.: *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo veintiuno editoriales, 2002.
- BENKO, G. (y LIPIETZ, A.) (ed.): *Las regiones que ganan*, Valencia, Eds. Alfons El Magnànim, 1995.
- BEVERIDGE, L.: *Pleno empleo en una sociedad libre*, Madrid, MTSS, 1988.
- COMISIÓN EUROPEA: *Diez años de la Estrategia Europea de Empleo (EEE)*, Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades, 2007.
- BOLOGNA, S. y FUMAGALLI, A.: *Il lavoro autonomo di seconda generazione. Scenari del postfordismo in Italia*, Milán, Feltrinelli, 1997.
- CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “Doble principio de subsidiariedad y competencia comunitarias en el ámbito social”, en *RL*, núm. 8 (1993).
- CASTELLS, M.: *La era de la información. El nacimiento de la sociedad red*, Madrid, Alianza Editorial, 2000.
- CRUZ VILLALÓN, J. y GÓMEZ GORDILLO, R.: “Las políticas de empleo en sus diversos ámbitos: comunitario, nacional y autonómico”, en *TL*, núm.61 (2001).
- GARCÍA GIL, M^a.B.: *Los Instrumentos Jurídicos de la Política de Empleo*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2006.
- GRAU PINEDA, C.: *Bonificaciones en la cotización y fomento del empleo*, Valencia, tirant lo blanch, 2010.
- CHIAPELLO, E. y BOLTANSKI, L.: *Le nouvel esprit du capitalisme*, París, Gallimard, 1999.
- CARNOY, M.: *El trabajo flexible en la era de la información*, Madrid, Alianza, 2007.
- CAVAS, MARTÍNEZ, F.: “El nuevo Derecho del empleo. A propósito de la Ley 45/2003, de 16 de diciembre”, en *AS*, núm.19 (2003)
- CASTEL, R.: *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Barcelona, Ed. Paidós, 1997.
- DE LA CASA SEGURA, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, Granada, Ed. Comares, 2008.

- DONZELOT, J.: *L'invention du social*, París, Fayard, 1984.
- FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999
- FUJII, G. y RUESGA, S.M. (Coords.): *El trabajo en un mundo globalizado*, Madrid, Eds. Pirámide, 2004.
- GALLINO, L.: *Il lavoro non é una merce. Contro la flessibilità*, Bari, Editori Laterza, 2007.
- GAUDU, F.: *L'emploi dans l'entreprise privée. Essai de théorie juridique*, París, Université de Paris I, 1986.
- GAUDU, F.: "Les notions d'emploi en droits", en *Droit Social*, núm.6 (1996).
- GORZ, A.: *Metamorfosis del trabajo. Búsqueda del sentido. Crítica de la razón económica*, Madrid, Ed. Sistema, 1995.
- GORZ, A.: *Misères du présent, richesse du possible*, París, Galilée, 1977.
- GORZ, A.: *Adios al proletariado* (1980), Barcelona, Ediciones 2001, 1982.
- IGURVITCH, G.: *La idea del derecho social*, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, 2005.
- HOBHOUSE, L.T.: *Liberalismo*, edición y estudio preliminar Los fundamentos del liberalismo social y sus límites: Leonard Trelawney Hobhouse a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2007.
- ILLUECA, H.: "Reconocimiento internacional del trabajo garantizado", en *Público*, 28 de junio de 2015.
- IRTI, N.: *L'ordine giuridico del mercato*, 2ª ed., Roma-Bari, Editori Laterza, 2004.
- IRTI, N.: *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1992.
- JOIN-LAMBERT, M. T.: *Poliques sociales*, París, Dalloz, 1994
- QUESADA SEGURA, R.: "La política de empleo en Andalucía" integrada en el marco comunitario y nacional", en VV.AA.: *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Monereo Pérez, J.L. y SERRANO FALCÓN, C. (Dir. y Coord.), Granada, Ed. Comares, 2009.
- QUESADA SEGURA, R.: *Los principios constitucionales y el modelo legal de protección por desempleo*, Sevilla, CARL-Mergablum, 2004.
- LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, Sevilla, CARL, 2003.
- LÓPEZ GANDÍA, J.: «El régimen jurídico del empleo y los programas de fomento del empleo en España». *Revista de Trabajo*. núms. 59-60.1980.
- LYON-CAEN, G.: «Constitucionalización del derecho al trabajo». Aa. Vv. *Los trabajadores y la Constitución*. Madrid. 1980.pág. 35.
- MARAVALL CASESNOVES, H.: «La política de empleo, una rama del Derecho del Trabajo». *Revista de Trabajo*, núm. 35-36.
- MARSHALL, T. : *Ciudadanía y clase social (1950)*, Madrid, Alianza, 1998.
- MARTÍN VALVERDE, A.: «Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española de 1978», en AA. VV.: *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, CEC, 1980.

- MARTÍN VALVERDE, A.: “Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución”, en VV.AA.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, CEC, 1980.
- MARTÍN VALVERDE, A.: «La política de empleo: caracterización general y relaciones con el Derecho del Trabajo», en *DL*, núm. 9 (1983).
- MEDA, D.: *El trabajo: un valor en peligro de extinción*, Barcelona, Gedisa, 1998.
- MENGER, A.: *El Derecho civil y los pobres*, trad. A. Posada, y Est. Preliminar «Reformismo social y socialismo jurídico» a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 1998.
- MENGER, A.: *El derecho al producto íntegro del trabajo. El Estado democrático del trabajo*, edición y estudio preliminar, “Derechos sociales y Estado democrático social”, a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares, 2004.
- MICHON, F. y SEGRETIN, D.: *El empleo, la empresa y la sociedad*, Madrid, MTSS, 1993.
- MOLINA HERMOSILLA, O.: *La dimensión jurídica de la política de empleo. El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática*, Sevilla, Mergablum Edición-CARL, 2005.
- MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Más acá y más allá del trabajo: Comentario a la Ley 53/2003, de Empleo”, en MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.): *Las reformas sociolaborales del final de la legislatura*, Madrid, CEP, 2004.
- MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.): *La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía*, Sevilla, CARL, 2007
- MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.): *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos*, Sevilla, CARL, 2005.
- MONEREO ATIENZA, C.: *Desigualdades de género y capacidades humanas*, Granada, Ed. Comares, 2010.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MÁRQUEZ PRIETO, A.: “La idea del derecho social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch”, Estudio preliminar a GURVITCH, G.: *La idea del Derecho Social. Noción y Sistema del Derecho Social. Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX*, Granada, Ed. Comares, 2005.
- MONEREO PÉREZ, J.L.y MOLINA NAVARRETE, C.: “Política de empleo y Sistema de Relaciones Laborales”: La autonomía colectiva como fuente del Derecho del Empleo”, en *Trabajo*, núm.10 (2001).
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario a los artículos 35.1 y 40 de la Constitución”, en *Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^a.N. (dirs.), Granada, Editorial Comares, 2002
- MONEREO PERÉZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Granada, Ed. Comares, 1999.

- MONEREO PÉREZ, J.L., MONEREO PÉREZ, M. y OCHANDO CLARAMUNT, C.: “Keynesianismo y políticas económicas y sociales: una aproximación crítica a las políticas de empleo”, en *Revista Sistema*, núm. 155-156 (2000).
- MONEREO PÉREZ, J.L. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo*, Granada, Ed. Comares, 2009.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Derecho a unas condiciones en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirección y Coordinación), Granada, Ed. Comares, 2014.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.
- *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, El Viejo Topo, 2009.
 - *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Ed. Consejo Económico y Social, 1996.
 - *El sistema de protección por desempleo en España*, Valencia, tiran lo blanch, 1997.
 - “La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización”, en *Revista de trabajo y Seguridad Social*, núm. 19 (1995).
 - *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, tiran lo blanch, 1996.
 - “Los reglones torcidos de la política social moderna: los derechos sociales a fin de siglo”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 2 (1999).
 - *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Lex Nova, 1999
 - “El Derecho Social del Trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial”, VV.AA.: *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Capella Hernández, J.R. (Coord.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), 1999.
 - “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la “cuestión social”, en *Relaciones Laborales*, núm. 15/16 (2001).
 - “Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: El modelo de constitución flexible del trabajo”, en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.): *El modelo social en la Constitución Española*, Madrid, MTAS, 2003.
 - “Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George”, en *Documentación Laboral. Revista de relaciones laborales, economía y sociología del trabajo y trabajo autónomo*, núm. 83 (2008).
 - “Pluralismo jurídico y derecho social: la sociología del derecho de Gurvitch”, Estudio preliminar a GURVITCH, G.: *Elementos de sociología jurídica*, Granada, Ed. Comares, 2001.

- “Política de empleo y migraciones en la Unión Europea”, en AA.VV.: *Derecho social comunitario y Derecho del Trabajo*, García Murcia, J. (Coord.), Oviedo, Consejería de Industria y Empleo, 2004.
- “La distribución de competencias en el Estado Social Autonómico en materia de política de empleo e inmigración”, en *Tribuna Social*, núm. 198 (2007).
- “Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante”, en *Revista del Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales*, Núm. Extraordinario, 2008.
- Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Valencia, tirant lo blanch, 2003.
- “Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George”, en *Documentación Laboral. Revista de Relaciones Laborales y sociología del trabajo, y trabajo autónomo*, núm. 83 (2008/ Vol. II).
- “La política europea de “modernización” del Derecho del Trabajo. La reforma social desde el garantismo flexible frente a la opción liberalizadora”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 48 (2009).
- “Crisis económica y revisión de la constitución democrático-social del trabajo: crítica de la opción neoliberal”, en *Tribuna Social*, num. 227 (2009).
- La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2011.
- “Derecho al trabajo, derecho de trabajar y derecho a la libre elección del trabajo (Artículo 23.1 DUDH; Artículo 6.1 PIDSC, y normas concordantes)”, en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirección y Coordinación), Granada, Ed. Comares, 2014.
- “Libertad profesional y derecho a trabajar (Artículo 15)”, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Directores y Coordinadores), Granada, Ed. Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M^a.N.: *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005.
- MONTOYA MELGAR, A.: “La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio”, en *RMTAS*, núm.33 (2001).
- «Los incentivos públicos a la contratación laboral indefinida como medida de política de empleo». *RTSS*, núm. 9, 1993.
- MONTOYA MELGAR, A.y CRISTÓBAL, R.: *Comentarios a la Ley de Empleo*, Madrid, Civitas, 2004.
- MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Granada, Ed. Comares, 1999
- MORENO VIDA, M^a.N.: “Comentario al art. 35.2 de la Constitución Española”;

- en *Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^aN. (dirs.), Granada, Editorial Comares, 2002.
- MORENO VIDA, M.^aN.: “El debate sobre la flexiseguridad en Europea”, en VV.AA.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Monereo Pérez, J.L. y Sánchez Montoya, J.E. (Dir.), Granada, Ed. Comares, 2010.
- MOULIER BOUTANG, Y.: *Capitalisme cognitif. La Nouvelle Grande Transformation*, París, Editions Amsterdam, 2007.
- NAVARRO NIETO, F.: *El tratamiento de la política de empleo en la Unión Europea*, Madrid, CES, 2000.
- OCHANDO CLARAMUNT, C.: *El Estado del Bienestar*, Barcelona, Ed. Ariel, 2002.
- OIT.: *La calidad del empleo*, Ginebra, OIT, 1999.
- OIT.: *Trabajar por tiempos mejores. Repensar el trabajo en el siglo XXI*, Madrid, MTAS, 2007.
- OJEDA AVILÉS, A.: “El final de un principio (La estabilidad en el empleo)”, en VV.AA.: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, Tecnos, 1980.
- OLARTE ENCABO, S.: *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades: La subjetivación de las políticas activas de empleo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2008.
- OJEDA AVILÉS, A.: *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2010.
- OJEDA AVILÉS, A.: “Subsidiariedad y competencia concurrentes en el Derecho Social Comunitario”, en *RL*, núm.10 (1994).
- OFFE, CL.: *La sociedad del trabajo: problemas estructurales de futuro*, Madrid, Alianza, 1992.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La reforma del mercado de trabajo y las transformaciones del Derecho del Trabajo”, en *Relaciones Laborales*, 1993/II.
- “Un compañero histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica”, en *RPS*, núm. 143 (1984).
- PÉREZ REY, J.: *Estabilidad en el empleo*, Madrid, Trotta, 2004
- PIORE, M.J. y SABEL, CH.F.: *La segunda ruptura industrial (1984)*, Madrid, Alianza, 1990.
- POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económicos*, Madrid, Eds. La Piqueta, 1989.
- PRETOT, X.: «Le droit à l’insertion». *Rev. dr. sna. et soc.* núm. 4., 1989.
- PURCALLA BONILLA, M.A.: *El trabajo globalizado: realidad y propuestas*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2009.
- RECIO, A.: *Trabajo, personas y mercados. Manual de economía laboral*, Barcelona, Icaria, 1997.

- REICH, R.B.: *El trabajo de las naciones. Hacia el capitalismo del siglo XXI*, Madrid, Javier Vergara Editor, 1993.
- REY PÉREZ, J.L.: *El derecho al trabajo y el ingreso básico ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, Madrid, Ed. Dykinson, 2007.
- RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, edición y estudio preliminar, “La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la economía” (XIII-CL), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2001.
- RIVERO LAMAS, J.: “Técnicas modernas de garantía del empleo”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 3 (1988).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Derecho del Trabajo y empleo”, en *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1994.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: (Dir.): *Lecciones de Derecho del Empleo*, 2ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 2006.
- ROSANVALLON, P.: *La nueva cuestión social. Repensar el Estado Providencia*, Buenos Aires, Eds. Manantial, 1995.
- SANGUINETI RAYMOND, W. y GARCÍA LASO, A. (Eds.): *Globalización económica y relaciones laborales*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2003.
- SASTRE IBARRECHE, R.: *El Derecho al trabajo*, Madrid, Ed. Trotta, 1996.
- SCHMID, G.: “El concepto de mercados transicionales y algunas conclusiones para la política de empleo: el Estado de la cuestión”, en TOHARIA, L. (Ed.): *Los mercados de trabajo transicionales*, Madrid, 2006.
- SEN, A.K.: *Employment, technology and development*, Oxford, Clarendon Press, 1975.
- SEN, A.: *Sobre ética y economía*, Madrid, Alianza, 1989.
- SEGALÉS, J.: *Derecho al trabajo, relación obligatoria y deuda formativa empresarial*, Granada, Ed. Comares, 2001.
- SARAGOSSÀ I SARAGOSSÀ, J.V. (Coord.): *Derecho del Empleo*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2004.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.): *Políticas sociolaborales*, 2ª ed., Murcia, Eds. Laborum, 2004.
- SEN, A.: *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza Editorial, 1995.
- SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación*, Granada, Ed. Comares, 2009.
- SINZHEIMER, H.: *Crisis económica y derecho del trabajo :cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo*, estudio preliminar y traducción, Felipe Vázquez Mateo, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984.
- SOBRINO GONZÁLEZ, G.: *La política de colocación*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2006.
- SOLOW, R.M.: *El Mercado de trabajo como institución social*, Madrid, Alianza Económica, 1992.

- SUPIOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, Madrid, MTSS, 1996.
- SUPIOT, A. (Coord.): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europea*, Prólogo de Casas Baamonde, M..E., Valencia, Tirant lo blanch, 1999.
- TANGHE, F.: *Le droit au travail entre Histoire et Utopie. 1789-1848-1989: De la répression de la mendicité à l' allocation universallle*, Bruselas, Institut Universitaire Européen de Florence Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruselas, 1989.
- TEZANOS, J.F.: *El trabajo perdido. ¿Hacia una civilización postlaboral?*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2001.
- TOHARIA, L. (Ed.): *Los mercados de trabajo transicionales*, Madrid, 2006.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Servicios Públicos de Empleo y contratación laboral”, en VV.AA.: *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo IV, Madrid, Edersa, 1983.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Política de empleo y paro*, Valladolid, 1981.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La disciplina del mercado de trabajo: el caso español”, en *REDT*, núm. 93 (1999).
- VALDÉS DAL-RÉ, F. y ZUFIAUR NARVAIZA, J.M^a. (Dirs.): *Hacia un mercado europeo de empleo*, Madrid, MTAS, 2006.
- TOMÁS JIMENEZ, N.: *Tratamiento convencional de la política de empleo*, Valencia, Tirant lo blanch, 2007.
- TRAPIER, P.: *Del trabajo al empleo. Ensayo de sociología del trabajo*, Madrid, MTSS, 1995.
- VALLECILLO GÁMEZ, M^a.R.: *Política de empleo y nuevos territorios de la regulación: discursos y prácticas para un modelo de doble descentralización regional y local*, Tesis doctoral inédita, Jaén, Universidad de Granada, 2010.
- VALLECILLO GÁMEZ, M^a.R. y MOLINA NAVARRETE, C.: *Empresas de inserción y mecardos de trabajo inclusivos. Nuevo marco regulador y modelos de gestión*, Granada, Ed. Comares, 2008.
- VEBLEN, TH.: *Teoría de la empresa de negocios*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2009.
- VERCELLONE, C. (Ed.): *Il capitalismo cognitivo. Conoscenza e finanza nell' epoca postfordista*, Roma, Manifestolibri, 2006.
- VV.AA.: *El Estatuto Básico del Empleado público*, Monereo Pérez, J.L, Molina Navarrete, C., Olarte Encabo, S. y Rivas Vallejo, P. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2008.
- VV.AA.: *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Cizur Menor (Navarra), Thomson –Aranzadi, 2009.
- VV.AA.: *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Monereo Pérez, J.L.y Serrano Falcón, C. (Dir.y Coord.), Granada, Ed.Comares, 2009.
- VV.AA.: *Manual de Empleo Público*, Monereo Pérez, J., Moreno Vida, et altri, Granada, Ed. Comares, 2010.

- VV.AA.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Monereo Pérez, J.L y Sánchez Montoya, J.E (Dir.), Granada, Ed. Comares, 2010.
- VV.AA.: *El Estatuto del Trabajador Autónomo. Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo*, Monereo Pérez, J.L.y Fernández Avilés, J.A. (Directores y coordinadores), Granada, Ed.Comares, 2009.
- VV.AA.: *Crisis, Reforma y Futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Camps Ruiz, L.M., Ramirez Martínez, J.M. y Sala Franco, T. (Coords.), Valencia, 2010.
- VV.AA.: *Manual de Política y Derecho del Empleo*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. et altri, Madrid, Ed. Tecnos, 2011. VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Directores y Coordinadores), Granada, Ed. Comares, 2012.
- VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirección y Coordinación), Granada, Ed. Comares, 2014.

2.2. PARTICIPACIÓN INSTITUCIONAL EN LA POLÍTICA DE EMPLEO

ISABEL MARÍA VILLAR CAÑADA
Profesora Contratada Doctora
Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

I. INTRODUCCIÓN

Las múltiples dimensiones y variantes que presenta el problema del empleo dejan claro que es éste un ámbito, el de la política de empleo, que trasciende, con mucho, el ámbito competencial del Estado Central.

Resulta imprescindible, pues, la implicación y actuación coordinada de todos los agentes, tanto públicos como privados, en virtud de los principios de descentralización y de acción concertada⁶¹.

⁶¹ MOLINA HERMOSILLA, O.: “Artículo 5. Concepto”, en AA.VV.: *El Derecho del Empleo. El Estatuto Jurídico del Empleo. Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo, actualizado con la reforma laboral*, (MONEREO PEREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. dirs.), Granada, Comares, 2014. Pág. 161.

La propia ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, recoge de manera expresa en su Exposición de Motivos esta necesidad de “asegurar la cooperación y coordinación entre las Administraciones implicadas” a través del Sistema Nacional de Empleo y reconoce (art. 7.1) a la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales su condición de “instrumento general de colaboración, coordinación y cooperación entre las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de política de empleo

Las distintas Comunidades Autónomas han ido, así, asumiendo de manera progresiva competencias en materia de políticas activas de empleo, sin, en muchas ocasiones, una normativa que armonizase en todo el territorio nacional la ejecución de las competencias transferidas. No obstante, este proceso de descentralización competencial permite, a través de los Servicios Públicos Autonómicos de Empleo dotados de capacidad de autoorganización (arts. 17 y 18 LE), atender a las necesidades de los distintos territorios, a los objetivos propios de cada mercado de trabajo, específicos y distintos del resto de CCAA.

Y todo ello sin olvidar la incardinación del Sistema Nacional de Empleo en el marco de la Estrategia Europea por el Empleo. El legislador quiso dejar constancia expresa de esta incardinación en el artículo 1 de la Ley de Empleo al establecer que la política de empleo “se desarrollará, dentro de las orientaciones generales de la política económica, en el ámbito de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”⁶².

II. LA PARTICIPACIÓN INSTITUCIONAL EN LA POLÍTICA DE EMPLEO

Pero, junto a este proceso de descentralización territorial, característico de nuestro Sistema Nacional de Empleo, otro rasgo se configura, a nuestro juicio, como fundamental para la consecución de una actuación eficaz del mismo, con atención a las demandas de los distintos mercados de trabajo. Nos referimos a la participación en el mismo de los interlocutores sociales.

Los derechos sociales de ciudadanía, incluido el derecho al trabajo y, en consecuencia, la política pública de empleo en tanto que garante del mismo, son un pre-

⁶² Un precepto éste que constituye “expresión” de la consciencia del legislador nacional sobre la existencia de una relativa “comunitarización” de la política de empleo nacional. Vid. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Artículo 7. Órganos del Sistema Nacional de Empleo”, en AA.VV.: *El Derecho del Empleo. El Estatuto Jurídico del Empleo. Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo...*, op. cit. pág. 188.

supuesto indispensable para la participación en el Estado democrático y para el ejercicio efectivo de los derechos y libertades fundamentales⁶³.

La Recomendación n° 158 de la OIT establece que los organismos competentes dentro del sistema de administración del trabajo deberían ser responsables de establecer o de promover el establecimiento de métodos y procedimientos para asegurar que se consulte a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, o a representantes de los empleadores y de los trabajadores, sobre la política de empleo y para fomentar su colaboración en la puesta en práctica de dicha política” (art. 13). A tal efecto, establece que los organismos competentes promuevan una acción conjunta de los empleadores y trabajadores... en materia de políticas de empleo, tanto a corto como a medio plazo (Disp. 14.3).

También aparece contemplada la obligación de consulta a las organizaciones sindicales y empresariales en el Convenio n° 122 OIT sobre política y promoción del empleo, con el objetivo de tener en cuenta sus experiencias y opiniones y lograr su plena cooperación en la labor de formular dicha política y obtener el apoyo necesario para su ejecución (art. 3).

Esta participación institucional en la Política de Empleo aparece sustentada también en nuestro marco constitucional, según el cual “los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios” (art. 7CE). En esta misma línea, la ley ha de establecer las formas de participación en la Seguridad Social y en los organismos públicos cuya función afecte a la calidad de vida o al bienestar general (art. 129.1 CE); y las organizaciones sindicales u otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas han colaborar en la elaboración, por parte del Gobierno, de los proyectos de planificación (art. 131.2 CE).

En virtud de este fundamento constitucional, la Ley de Empleo, en una opción legal limitada⁶⁴, concreta esta intervención de los interlocutores sociales en la participación de las asociaciones sindicales y empresariales más representativas, tanto en el Servicio Público de Empleo Estatal como en los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas. Una participación ésta que aparece configu-

⁶³ MARSHALL, T.H.: *Ciudadanía y clase social*. Madrid. Alianza Editorial, 1998.

⁶⁴ Esta opción de limitar la participación institucional a los sindicatos y organizaciones empresariales más representativas se corresponde con la prevista en la LO 11/1985, de 2 de agosto de Libertad Sindical (art. 6.3 a) y en la Disposición Adicional sexta del ET y fue objeto de declaración expresa de constitucionalidad por STC 52/1982, de 22 julio (RTC 1982\52), relativa a la exclusión de un sindicato de la posibilidad de ejercer la representación institucional en la Comisión Ejecutiva Nacional del antiguo INEM; o en STC 57/1989, de 16 marzo, (RTC 1989\57), acerca de la constitucionalidad de la DA sexta ET.

rada como uno de los principios de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Empleo y que habrá de desarrollarse en la forma en que los distintos Servicios Públicos de Empleo determinen y de acuerdo con lo previsto en la ley (art. 8.1 LE).

Y ¿qué modelo de participación institucional ha sido el diseñado por la Ley en el Sistema Nacional de Empleo? La característica fundamental es que se trata de un modelo tradicional de representación tripartita (Administración, sindicatos y patronal), dejándose fuera a representaciones de colectivos (trabajadores autónomos, representantes de la economía social...) directamente implicados y afectados por las políticas públicas de empleo. Un asunto socialmente tan complejo que habría requerido –como ocurre también en otros ámbitos como el de la Seguridad Social- una visión social más amplia⁶⁵.

Y como segunda característica, un rasgo que también identifica la participación institucional en el Sistema de Seguridad Social, que no es sino el alcance limitado de la papel de los interlocutores sociales en el conjunto de los Servicios Públicos de Empleo. La Ley de Empleo se limita a su inclusión en el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo y en los órganos competentes tanto a nivel central como autonómico. La participación institucional queda, así, alejada de los ámbitos en los que se lleva a cabo la definición y elaboración de la política de empleo⁶⁶.

Sólo en supuestos concretos, la participación institucional real llega más lejos de lo previsto en la ley, como ocurre en el art. 23 d) del RD 1722/2007, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo en materia de órganos, instrumentos de coordinación y evaluación del Sistema Nacional de Empleo. Según el mencionado precepto “las Organizaciones Empresariales y Sindicales más representativas a nivel Estatal participarán en la elaboración, seguimiento y evaluación de los Planes de ejecución de la Estrategia Europea de Empleo⁶⁷”.

⁶⁵ AA.VV.: *Manual de Política y Derecho del Empleo*. Madrid. Tecnos, 2011. Pág. 92.

⁶⁶ En Derecho comparado sí son más frecuentes los casos de delegación en órganos de representación tripartita de funciones de concreción o finalización de medidas y programas de empleo en función de las características o necesidades de un territorio concreto. Un análisis de estas experiencias en BIAGI, M.: *Job Creation Policies at Local Level and the Role of the Social Partners in Europe*. ILO, Ginebra, 2002.

⁶⁷ Una mayor intensidad de la participación institucional respecto a lo previsto legalmente se consigue también a través de los procesos de diálogo y concertación social. La OIT, en su Recomendación n° 158 promueve también una política de empleo concertada con los interlocutores sociales.

III. ÓRGANOS DE PARTICIPACIÓN INSTITUCIONAL EN EL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO

1. El Consejo General del Sistema Nacional de Empleo

El modelo orgánico de participación de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en política de empleo aparece presidido por el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo. Su naturaleza, composición, funciones y régimen de funcionamiento aparecen previstos en el Título II del RD 1722/2007, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, en materia de órganos, instrumentos de coordinación y evaluación del Sistema Nacional de Empleo.

Adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, donde tiene su sede (art. 9 RD), se configura como el órgano consultivo de participación institucional de las Administraciones públicas y de los interlocutores Sociales en materia de política de empleo (art. 8 RD).

Según lo previsto en la Ley de Empleo, las funciones de este órgano se han de determinar reglamentariamente en consonancia con las atribuidas al Sistema Nacional de Empleo, siendo, pues, el propio Sistema el receptor de la función consultiva del Consejo General, que habrá de extenderse a todas las funciones que, según el art. 9 LE, se atribuyen al Sistema Nacional de Empleo⁶⁸.

1.1. Composición

Como ya hemos apuntado con anterioridad, la composición del Consejo General se caracteriza por su carácter tripartito, estando representados en el mismo, además de la Administración, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, dando así cumplimiento al principio participativo en la elaboración de los Planes de empleo⁶⁹. En concreto. La Ley de Empleo (art. 7) establece que formarán parte del Consejo General de Sistema Nacional de Empleo un representante de cada una de las Comunidades Autónomas e igual número de miembros de la Administración General del Estado, de las organizaciones empresariales y de las organizaciones sindicales más representativas.

EL art. 10 RD 1722/2007 desarrolla este mandato legal y establece que el Consejo está compuesto por:

⁶⁸ MONTOTO MELGAR, A. Y CRISTÓBAL RONCERO, R.: *Comentario a la Ley de Empleo. Ley 56/2003, de 16 de diciembre*. Civitas. Madrid, 2004. Pág 23.

⁶⁹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "Artículo 7. Órganos del Sistema Nacional de Empleo", op. cit. Pág. 194.

a) Un Presidente. Será el Ministro de Empleo y Seguridad Social⁷⁰, correspondiéndoles, como funciones principales, la representación formal del Consejo General; acordar la convocatoria de las sesiones y fijar el orden del día; presidir las sesiones y moderar el desarrollo de los debates; visar las actas y certificaciones de los acuerdos del Consejo General; velar por el cumplimiento de las disposiciones reguladoras de este órgano.... También tiene reconocido voto de calidad en caso de empate (art. 12 RD).

b) Tres Vicepresidentes, uno de ellos elegido por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, de entre los vocales de dicho grupo; uno por las organizaciones empresariales y uno por las organizaciones sindicales, elegidos igualmente de entre los vocales de su grupo (art. 13 RD).

Los Vicepresidentes ejercerán las funciones que les sean delegadas por el Presidente, y le sustituirán en caso de vacante, ausencia, enfermedad u otra causa legal de forma alternativa⁷¹.

c) Dieciocho vocales en representación de la Administración General del Estado, designados por el Ministro de Empleo y Seguridad Social. Uno de ellos será el/la director/a General de Empleo; otro el/la Directora/a del Servicio Público de Empleo Estatal; y el tercero el/la directora/ General de Instituto Social de la Marina.

d) Diecisiete vocales en representación, uno por cada una de las Comunidades Autónomas, así como un vocal por cada una de las ciudades de Ceuta y Melilla.

e) Diecinueve vocales en representación de las organizaciones empresariales más representativas, designados por los órganos competentes de la organización correspondiente.

f) Diecinueve vocales por parte de las organizaciones sindicales más representativas, designados por los órganos competentes del sindicato que corresponda.

En caso de ausencia o enfermedad se contempla la sustitución de los vocales por los suplentes que designe la Administración o la organización a la que representen, comunicándolo por escrito a la Secretaría del Consejo General (art. 14.2 RD). Su nombramiento y su cese se harán por el Ministro de Empleo y Seguridad Social, a propuesta de las organizaciones o Administraciones a cuya representación corres-

⁷⁰ En caso de vacante, enfermedad, ausencia u otras causas de imposibilidad será sustituido por el/la Secretario/a de Estado de Empleo, por el/la directora/a General del Servicio Público de Empleo o por uno de los Vicepresidentes.

⁷¹ Según el orden establecido en el art. 10 b) RD: representante de las CCAA y Ciudades Autónomas, representante de las organizaciones empresariales, y representante de las organizaciones sindicales.

ponda (art. 14.4 RD). La renovación de la composición del Consejo General se llevará a cabo cada cuatro años, teniendo en cuenta las modificaciones que se hayan producido en cuanto a la representatividad de las organizaciones sindicales y empresariales (art. 14.3 RD).

Entre las funciones más destacadas de los vocales pueden señalarse (art. 14.5 RD): exponer su opinión, efectuar propuestas y plantear mociones; participar en los debates; ejercer el derecho al voto (cuando voten en contra y hagan constar en acta su motivación, quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos del órgano colegiado); proponer al Presidente la inclusión de puntos del orden del día de las sesiones ordinarias⁷² y formular ruegos y preguntas; obtener la información necesaria para cumplir de manera adecuada las funciones asignadas al Consejo General...

Los vocales no podrán atribuirse la representación o facultades del Consejo General, salvo que de manera expresase les haya otorgado por acuerdo del órgano colegiado y para cada caso concreto (art. 14.6 RD).

El Consejo General del Sistema Nacional de Empleo estará asistido por un Secretario General (art 15 RD), con voz pero sin voto, designado por el Ministro de Empleo y Seguridad Social de entre los Subdirectores Generales del Servicio Público de Empleo Estatal. En los supuestos de ausencia justificada, le sustituirá un suplente, funcionario del Servicio Público de Empleo Estatal con el mismo rango.

La Secretaría General es el órgano de comunicación de los vocales con el Consejo General y con la Comisión Permanente. El Secretario General es el encargado de facilitar la información y asistencia técnica que resulte necesaria para el mejor desarrollo de las funciones asignadas a los vocales.

1.2. Funciones

El art. 7 LE encomienda al desarrollo reglamentario la determinación de las funciones del Consejo General del Sistema Nacional de Empleo, funciones que, como indicábamos con anterioridad, habrán de estar en consonancia con las atribuidas al Sistema Nacional de Empleo (art. 9 LE), entre las que se encuentra la de consulta e informe de la Estrategia Española de Empleo y del Plan Anual de Política de Empleo.

El citado desarrollo reglamentario es llevado a cabo por el art. 9 RD 1722/2007 que establece como funciones del Consejo:

⁷² Cuando la propuesta sea presentada por, al menos quince vocales o lo acuerde la Comisión Permanente, el tema habrá de incluirse preceptivamente en el orden del día.

a) Informar las propuestas normativas sobre ordenación de las políticas activas de empleo.

b) Formular propuestas de política de empleo nacional sobre objetivos y prioridades para el Programa Anual de Trabajo del Sistema Nacional de Empleo, informar sobre el mismo y conocer su grado de ejecución y resultados.

c) Informar los planes de ejecución de la Estrategia Europea de Empleo y conocer los informes de seguimiento de los mismos efectuados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

d) Proponer mecanismos que garanticen la coordinación y cooperación del Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas, en materia de empleo, trabajo, formación y política laboral de emigración, prestando especial atención a la coordinación entre las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo.

e) Proponer mecanismos de evaluación y evaluar las estructuras, medidas y acciones del Sistema Nacional de Empleo con el fin de adecuarlas a las necesidades reales del mercado laboral, conocer los resultados de las evaluaciones y realizar propuestas de mejora.

f) Conocer los programas anuales de trabajo del Servicio Público de Empleo Estatal y de los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas referentes a investigaciones, estudios y análisis sobre la situación del mercado de trabajo, emitir recomendaciones y proponer actuaciones.

g) Desarrollar las funciones que le correspondan en materia de Formación Profesional para el Empleo, e informar sobre cuestiones relacionadas con las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo, que les puedan ser sometidas por las Administraciones Públicas, así como emitir propuestas y recomendaciones al respecto.

h) Conocer, con carácter general, los Acuerdos alcanzados en la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales.

El art. 9 RD termina con una cláusula cierre en virtud de la cual se atribuyen al Consejo General las demás funciones que resulten propias de su condición de órgano consultivo de participación del Sistema Nacional de Empleo.

1.3. Funcionamiento (Pleno y Comisión Permanente)

El RD 1722/2007 contempla el funcionamiento del Consejo General en Pleno, en Comisión Permanente y en Comisiones Especiales, aunque también se podrán

crear comisiones de ámbito territorial y comisiones de trabajo, siempre que lo decidan el Pleno o las Comisiones (art. 16).

a) El Pleno (art. 17 RD). Está compuesto por el Presidente, los Vicepresidentes, los vocales y el Secretario General. Se reunirá dos veces al año, o cuando lo convoque el Presidente, bien por iniciativa propia o bien por solicitud de una cuarta parte de sus miembros. Sus funciones son las que, con carácter general, el art. 9 RD atribuye al consejo General.

b) La Comisión Permanente (art. 18 RD). La componen veinticuatro vocales: seis representantes de los sindicatos, seis de las organizaciones empresariales, seis de la Administración General del Estado (uno de ellos necesariamente el Director General del Servicio Público de Empleo Estatal, que será el Presidente) y seis de las Administraciones de las CCAA y las ciudades de Ceuta y Melilla. A sus reuniones pueden asistir expertos para asesorar en temas concretos, que tendrán voz pero no derecho a voto. Se reunirá con periodicidad trimestral, cuando lo convoque el Presidente, a iniciativa propia o cuando lo solicite la cuarta parte de los vocales. Como funciones principales se le atribuye: a) el control y seguimiento en la aplicación de las decisiones del Consejo General; b) elevar al Consejo las líneas generales de actuación de cada ejercicio; c) proponer las medidas que se consideren necesarias para el cumplimiento de los fines del Consejo General; y d) cualquier otra función que haya sido objeto de delegación expresa por parte del Consejo General.

c) Comisiones especiales (art. 19 RD). Se prevé su creación en el seno del Consejo General según el mismo criterio de composición establecido para el Pleno y la Comisión Permanente. Le corresponden las funciones que expresamente se le atribuyan, pudiendo intervenir en ellas como asesores expertos en las materias a tratar, y recabar los informes que consideren necesarios para el cumplimiento de sus fines. De manera expresa, la DA 2ª RD prevé la constitución de la Comisión Estatal de Formación para el Empleo como órgano de participación institucional de las Administraciones Públicas y los agentes sociales y de consulta en materia de formación para el empleo.

Para la válida constitución, tanto del Pleno como de las Comisiones, será necesaria la concurrencia de dos tercios de sus miembros en primera o la mitad más uno en segunda (art. 22 RD). Los acuerdos del Consejo General se adoptarán por mayoría. Para dicha adopción la Ley 56/2003 de Empleo establece que habrán de ponderarse los votos de las organizaciones empresariales y los de las organizaciones sindicales con el objetivo de que cada una de estas dos representaciones cuente con el mismo peso que el conjunto de los representantes de ambas Administraciones, manteniendo así el carácter tripartito del Consejo. A tal efecto se reconoce un voto a cada uno de los representantes de la Administración y dos a cada representante de las organizaciones sindicales y empresariales (art. 16.2 RD). De

cada sesión se levantará un acta, que habrá de contener los principales aspectos de la misma, que será redactada por el Secretario General, con el visto bueno del Presidente (art. 22 RD).

2. Otros órganos de participación institucional

Junto al Consejo General del Sistema Nacional de Empleo, la representación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas también está prevista en el Consejo General y las Comisiones Ejecutivas –Central y Territoriales– del Servicio Público de Empleo Estatal⁷³, además de en los órganos existentes de los distintos Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas⁷⁴.

IV. CONCLUSIONES

La participación de los interlocutores sociales constituye, a nuestro juicio, un elemento fundamental para la consecución de una eficaz actuación del Sistema Nacional de Empleo. La misma aparece configurada como uno de los principios de organización y funcionamiento de dicho Sistema y concretada en un modelo tradicional de representación tripartita en el que, junto a las Administraciones Públicas implicadas, se reconoce participación, a través de los correspondientes órganos previstos tanto en el Servicio Público de Empleo Estatal como en los Servicios de Empleo de las Comunidades Autónomas, a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, en lo que constituye uno de los principales puntos débiles de este modelo, al dejar fuera de la participación a colectivos directamente implicados y afectados por las políticas públicas de empleo como, por ejemplo, los trabajadores autónomos.

Además, el propio alcance de la participación institucional, alejada, como norma general, de los ámbitos en los que se lleva a cabo la definición y elaboración de la política de empleo (como ocurre también, por ejemplo, en el Sistema de Seguridad Social) hace necesario, a nuestro juicio, una revisión en profundidad del modelo de participación actual, con objeto de dar cumplimiento al papel que, según la Constitución, han de desempeñar los sindicatos y las organizaciones empresariales en la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios.

⁷³ RD 1383/2008, de 1 de agosto, por el que se aprueba la estructura orgánica y de participación institucional del Servicio Público de Empleo Estatal.

⁷⁴ Sobre la participación institucional a nivel autonómico resulta interesante el análisis realizado por el profesor CALVO GALLEGOS, J.: “Leyes de participación institucional y Consejos de Relaciones Laborales en el actual mapa autonómico”. *Relaciones Laborales*, nº 100/2009. Págs. 575-611.

2.3. INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE EMPLEO A NIVEL NACIONAL

ANTONIO ÁLVAREZ MONTERO

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

I. LA POLÍTICA DE EMPLEO

En la delimitación de nuestro objeto de estudio, la necesidad de definir un ámbito amplio donde ubicarlo, se suscita desde la lectura del propio título con el que hemos rotulado este apartado “*Institucionalización de la política de empleo a nivel nacional*”. Ese concepto es el de “política de Empleo”.

Muy brevemente debemos partir de la ubicación de la *política de empleo*⁷⁵ dentro de las políticas socio laborales que a su vez forman parte de las políticas públicas de carácter social. Sin que encontremos un claro consenso de lo que debemos incluir y de limitar como “social”, lo cierto es que deberíamos incluir y definir las *políticas socio laborales* como aquellas que se refieren al “trabajo” en sus diversas manifestaciones y regímenes y a la protección de las personas en situación de necesidad. Las políticas socio laborales se ubican así en la órbita de los derechos sociales que responden y tienen como derecho matriz la dignidad de la persona alcanzada a través del derecho que se sitúa en la órbita de los derechos de igualdad⁷⁶.

Las *políticas sociales*, entre ellas la política de empleo, tienen como finalidad última la preservación de la dignidad de la persona, con la consecución de una vida humana plena y posibilidad real y efectiva de ejercicio de derechos en todas las esferas de la vida. De forma que los s derechos sociales, incluido el derecho al empleo, son el instrumento de desarrollo de las exigencias de igualdad material y función del Estado la de remoción de los obstáculos para que los individuos ejerzan de forma efectiva los bienes y derechos y la plena participación en la vida económica, política, cultural y social y social (art. 9.2 CE).

Todas las definiciones de *política de empleo* parten de los postulados de la definición legal del art. 1 de la LE que hace hincapié e insiste en incluir en ella *todas*

⁷⁵ Definida en el art. 1 de la LE sintetiza la definición como “conjunto de decisiones”, los fines instrumentales programas y medidas para la adecuación de oferta y demanda y el objetivo último que es la consecución del pleno empleo.

⁷⁶ Vid. CABEZA PEREIRO, J. Y CARDONBA RUPERT, M.B.: “Aproximación a las políticas sociolaborales”, en Cardona Rubert y Cabeza Pereiro, (Coord) *Políticas Sociolaborales*, Ed. Cívitas, 2014, pág. 36.

las acciones y decisiones -idea de totalidad y transversalidad- que tienden a la satisfacción de objetivos *cuantitativos y cualitativos* con la finalidad de conseguir el *pleno empleo y de calidad*.

Desde otra perspectiva, la política de empleo no se puede entender sin tener en cuenta su acentuada *descentralización y territorialización* del Estado necesaria para atender a las peculiaridades de cada zona y para adaptarse a la estructura descentralizada del Estado y de sus niveles competenciales. Instancias que van desde la Unión Europea hasta los entes locales. Todo ello inmerso en una estructura institucional compleja que lo hace posible.

En este contexto, la necesidad de evitar la descoordinación hace imprescindible que toda la compleja estructura institucional quede integrada en el Sistema Nacional de Empleo.

En el seno de la UE, las políticas de empleo ha sido tradicionalmente competencia exclusiva de los Estados. Los objetivos prioritarios de los tratados fundacionales en el origen de la construcción europea dieron escasa o nula relevancia a la política de empleo porque aún no se visualizaba como la *nueva cuestión social*, porque los objetivos de las Comunidades europea eran otros y porque se consideraba una cuestión exclusiva de los estados miembros. Desde entonces y hasta hoy, agudizado el problema, el Tratamiento en la Unión Europea ha sufrido un proceso de intensa institucionalización.

El Consejo, con la participación de las demás instituciones de la Unión, examina la situación de empleo y adopta las conclusiones (art. 148 TFUE DOUE-C83/113). Las directrices son propuestas dirigidas a los estados miembros sobre los aspectos que conviene incidir para la creación de empleo. Esas directrices van a servir a los Estados para elaborar los Planes de acción nacionales. Directrices que fueron anuales y que ahora son trianuales y los Planes nacionales también pasan a tener una duración plurianual. De conformidad con el art. 150 el Comité de Empleo es el órgano consultivo que gestor que tiene la tarea de gestionar y coordinar toda la acción de la UE.

Si originariamente el empleo es competencia exclusiva de los Estados, en estos momentos situándose como la “auténtica cuestión social del s.XXI” en el empleo o más bien en su falta, los Estados ubican entre sus prioridades *la acción política de empleo*. Precisamente por esa centralidad, el protagonismo de la UE desde el Tratado de Ámsterdam de 1997 ha sido creciente y se ha acentuado a partir de la situación de crisis desde 2007. Hasta llegar al TUE que en su art. 151 apuesta por la consecución de “un nivel de empleo elevado”.

En la actualidad la acción comunitaria culmina en la *Estrategia 2020* que la Comisión presentó como “una estrategia para un crecimiento inteligente, soste-

nible e integrado” con un alto nivel de empleo que se concreta en las Directrices integradas de política económica y de empleo.

En este sentido, la UE considera una de las tres prioridades de la estrategia 2020 es que “convierta a la UE en una economía inteligente, sostenible e integradora que disfrute de altos niveles de empleo”.

II. EL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO

El signo de superación del Estado liberal” por el Estado Social consintió la visualización de un Estado intervencionista “organizador”, “limitador” y “distribuidor” de poderes sociales, promotor de políticas sociales tendencialmente orientadas a conseguir derechos sociales que se ubican en la esfera de los derechos de igualdad. No cabe duda que esas *políticas sociales* abarcan un ámbito más extenso que el de las políticas sociolaborales. Muchas políticas sociales están excluidas de la esfera sociolaboral, aunque de “límites difusos” como las políticas sociales de vivienda, educación, salud, medio ambiente o protección a la familia pero aquellas ocupan un lugar central. Entre esas, y como respuesta a esa “nueva cuestión social” que es el desempleo, la política de empleo encaminada a *crear, fomentar y repartir* un empleo de calidad en su vertiente “activa” y a proteger en su vertiente pasiva, se sitúa en una posición de centralidad en las políticas públicas que tiene por objeto la articulación de medidas, actividades e instituciones orientadas al objetivo del pleno empleo.

¿Cómo se institucionaliza y sistematiza ese conjunto la política de empleo?. Es a través del Sistema Nacional de Empleo como conjunto de medidas, acciones e instituciones ordenadas a desarrollar la política de empleo. Sistema que parte de una realidad institucional descentralizada y es resultado del necesario y complejo proceso de desmonopolización estatal que tiene como resultado un importante protagonismo de las comunidades autónomas y la consiguiente necesidad de cooperación y coordinación ente todas ellas. Sistema que, a su vez está integrado a nivel supranacional.

El Sistema queda abierto a la participación de los sujetos privados a través de la actuación de las agencias privadas de colocación, las ETT y a los Agentes Sociales.

Encontramos, por tanto, una pluralidad de actores públicos y privados⁷⁷, entre ellos a los sindicatos que se configuran como *sujeto político* en la negociación colectiva, en la participación en la planificación económica (arts. 37.1 y 131.2 CE) y

⁷⁷ Vid. CABEZA PEREIRO, J y CARDONA RUPERT: “Aproximación a las políticas sociolaborales”, en AA.VV. *Políticas sociolaborales*, Ed. Cívitas, 2014, pág. 57ss.

en una variedad de ámbitos (más allá de los originales e históricos) pero con protagonismo en la negociación colectiva y *acuerdos en la cumbre* con contenidos orientadores para la negociación colectiva, entre ellos el empleo.

Como manifestación de ese proceso de descentralización institucional de los servicios de empleo en su expresión en la que se da entrada a los sujetos privados tenemos el reciente *III Acuerdo para el Empleo y la negociación colectiva* celebrado el 8 de junio de 2015 por los interlocutores sociales más representativos en sede del CES para los próximos tres años. Pues bien también aquí, se imponen como uno de los objetivos de este acuerdo “Impulsar el empleo de calidad y con derechos”.

Para promover y desarrollar las políticas de empleo por las administraciones competentes se hace necesario construir un entramado de estructuras especializadas que necesariamente deben estar coordinadas como condición para su funcionamiento eficaz. Para llevar a cabo esa coordinación entre las Administración Nacional y Autonómica se crea el Sistema Nacional de Empleo como “conjunto de estructuras” que integra los servicios Estatal y autonómicos.

La LE dedica sus primeros artículos a relacionar los objetivos, los fines, los principios y las funciones. Aunque la redacción empleada no ayuda a exponer claramente el alcance y la dimensión funcional del Sistema.

De un lado, si se tiene en cuenta la definición de SNE como “conjunto de estructuras, medidas y acciones” (art. 5 LE) para promover y desarrollar la política de empleo, integrado por el subsistema estatal y los autonómicos, no se pueden atribuir funciones a ese conjunto sólo se pueden atribuir a las particulares instituciones o a los concretos órganos del Sistema. En todo caso no a las “medidas y acciones” que según la definición del artículo 1 también forman parte del Sistema.

Las estructura institucional estatal parte de la definición y composición en el art. 5 del SNE como el eje central institucional que aportó la Ley de Empleo respecto de la LBE que está integrado por una dualidad de servicios que atienden a los principios de descentralización y necesaria coordinación.

En cuanto a *los principios*, la Ley de Empleo en su art. 8⁷⁸ deja bien definidos los principios de organización y funcionamiento. Los principios a los que nos referidos no se refieren a los principios y derechos de los usuario en la prestación del servicio como en la Exposición de motivos “principios de igualdad de oportuni-

⁷⁸ Vid un extenso comentario a este art. 8 en RAMOS QUINTANA, M.: “Principios de organización y funcionamiento”, en AA. VV.: *El Derecho del Empleo. El Estatuto jurídico del empleo*, Ed. Comares, 2011.

dades, no-discriminación, transparencia, gratuidad, efectividad y calidad en la prestación de servicios” y art. 2 “Garantizar la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación”. Son principios que se predicen del sistema organizacional y de funcionamiento institucional. Tampoco se refiere a los principios generales de diseño y ejecución de las políticas de empleo del art 22 y 24 de la LE, aunque se conectan con los principios que informarán la actuación de las entidades privadas de intermediación y le impone un deber de cooperación.

Los principios o criterios organizativos y de actividad de los servicios se pueden concretar y distribuir según los cuatro números de este artículo en “participación”, “transparencia”, que se garantizara a través de una serie de elementos de integración y compatibilidad de la información accesible en condiciones de igualdad, responsabilidad y ejecución compartida y constante mejora y calidad del servicio.

La *participación*, principio al que se refiere el art. 8 es de las organizaciones sindicales y empresariales y no solo se refiere a su importante actividad de interlocución sino de integración en la composición institucional de los órganos del SNE como el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo, que es el órgano consultivo de participación institucional en materia de política de empleo (art. 7.b)

La *transparencia*, principio inspirador de todas las actuaciones como condición para funcionamiento del mercado de empleo y la intermediación en todos los niveles y premisa de la igualdad de oportunidades de todos los demandantes de empleo. La *información* es esencial para hacer realidad el principio de transparencia y asegurar la unidad de mercado y la integración en el mercado único europeo [art. 6.1.f) de la LE]. Teniendo en cuenta para garantizar este principio los elementos esenciales: *Integración*, compatibilidad y coordinación de los sistemas de información. Para ello se ordena la creación de una estructura informática integrada y compatible de información como instrumento técnico de coordinación.

Otro elemento esencial consiste en la existencia de una *base de datos común* en el que se visualicen las ofertas y demandas y la formación en todos los países de la unión y a todos los ciudadanos, empresa y administraciones públicas. En este sentido el sistema de información de los servicios públicos de empleo único es indispensable en la construcción de un espacio único para la efectividad de la libre circulación de trabajadores.

Los SPE tienen la responsabilidad de dinamizar la gestión de las políticas activas de empleo atribuidas a los servicios públicos de empleo con la participación de *entidades colaboradoras* principalmente con las (Empresas de Trabajo Temporal y agencias privadas de colocación o con otras entidades colaboradoras de aquéllos mediante la firma de un convenio de colaboración con los límites de respecto a los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación.

Y por último el principio denominado *calidad* del servicio que se concreta a través de acciones e instrumentos como la imposición de una pauta de constante mejora y adaptación puntual a las progresivas necesidades aprovechando las ventajas que nos ofrecen las nuevas tecnologías para lo que la gestión de las políticas activas.

En cuanto a las funciones básicas del SNE, véase nuestro amplio estudio del art. 9 de la LE⁷⁹ en el que pongo de manifiesto que, a mi entender, la descripción de la funciones del Sistema Nacional de Empleo revela una técnica legislativa reiterativa que establece “objetivos”, “fines”, “principios” y “funciones” para en artículos posteriores asignar *competencias* a las dos estructuras organizativas que integran el SNE: El Servicio Público de Empleo Estatal y los diferentes Servicios Públicos de Empleo de cada una de las comunidades autónomas.

De ahí que la importancia no reside tanto en enumerar las *funciones* del Sistema sino en destacar que un Sistema formado por diversos servicios de distintas administraciones necesita para su funcionamiento ser coordinado. Esta es su principal función. A partir de aquí lo importante es que el sistema se dote de órganos de integración [art.7.a) y b)]; de medios materiales, humanos y financieros; de medios organizativos instrumentales fundamentalmente el Plan Nacional y el Programa anual [art. 7bis.a).b)] y un sistema de información común que se organizará con una estructura informática integrada” art.8.2.a)]. Ese entramado orgánico, de medios y medidas es lo que viene a desarrollar el RD 1722/2007 de 21 de diciembre.

Pese a esas reformas operadas en la LE en 2011 y 2014, el SNE sigue manteniendo un alto grado de *disfuncionalidad* para alcanzar los objetivos propuestos y constituirse en agentes efectivos del empleo de personas dotadas de elementos y cualificaciones reales de empleabilidad. Los retos a los que se enfrenta están identificados y tiene que ver con la *coordinación* “servicios públicos” con agencias privadas, *engarzar* las políticas pasivas y activas, centrarse en los colectivos con mayores dificultades de empleo y hacer de los servicios de empleo agentes clave de las políticas activas: La rebaja en la asignación económica con el consiguiente deterioro institucional y de personal; la renuencia a fortalecer las instituciones públicas y a asumir los postulados liberales emanados de la Comisión⁸⁰.

⁷⁹ Vid. ÁLVAREZ MONTERO, A.: “Funciones del Sistema Nacional de Empleo”, En AA. VV: *Derecho del Empleo. El Estatuto jurídico del empleo*, Ed. Comares, 2011, págs. 221 ss.

⁸⁰ Vid. CABEZA PEREIRO, J.: “Disfunciones y Retos del Sistema Nacional de Empleo”, en AA. VV: *Políticas de Empleo*, Ed. Aranzadi, 2013, pág. 27 ss.

De conformidad con el art. 5 de la LE, la *política de empleo*⁸¹ se impulsa y se concreta y se estructura en el denominado Sistema Nacional de Empleo a (SNE) *Integrado* por el Servicio Público de Empleo Estatal⁸² y los Servicios Públicos de Empleo de las comunidades autónomas. Constituido por los órganos previstos en el art. 7 de la LE⁸³: a) La Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales; b) El Consejo General del Sistema Nacional de Empleo. Y Coordinado a través de los instrumentos (medidas y acciones) previstos en el art. 7 bis⁸⁴ de la LE:

- a) La Estrategia Española de Activación para el Empleo.
- b) Los Planes Anuales de Política de Empleo.
- c) El Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo.

Entre los fines del SNE fijados en el art. 6 de la LE está el de ofrecer un servicio de empleo público y gratuito a trabajadores y empresarios, con la capacidad de conectar la oferta y la demanda de empleo de forma eficaz, facilitar la información necesaria para atender la demanda y oferta de trabajo de forma adecuada garantizando un acceso igualitario de empresarios y trabajadores, así como asegurando que las políticas públicas se aplican conforme a los principios de igualdad y no discriminación.

El SPEE tiene la naturaleza de es un organismo autónomo de la AGE adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social que tiene por objetivo "...la ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de la política de empleo", en el marco de lo establecido en esta ley cuyas competencias se enumeran y describen en el art. 13 de la LE. A través del SPEE ejerce las competencias en materia de fondos de empleo de ámbito nacional.

IV. LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO

Estructura organizacional e instrumentación del Sistema se contiene en el Real Decreto 1722/2007, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 56/2003,

⁸¹ Como "el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las comunidades autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo".

⁸² Vid. RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: "El Servicio Público de Empleo Estatal", En AA. VV.: *El Derecho del Empleo. El estatuto Jurídico del Empleo*, Ed. Comares, 2011, pág. 235 ss.

⁸³ Artículo que ha sufrido un desdoble entre sus dos partes originales que se referían a instituciones y modos de antevenir con naturaleza diferenciada por el Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero. Considero que en la actualidad queda mejor ubicados, de una parte los órganos centrales del Sistema y de otro los instrumentos.

⁸⁴ Después de la incorporación como instrumento de coordinación e la Estrategia Española de Activación para el Empleo por art. 114.5 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre.

de 16 de diciembre, de Empleo, en materia de órganos, instrumentos de coordinación y evaluación del Sistema Nacional de Empleo.

En su art. 2 se establece que “Los órganos del Sistema Nacional de Empleo son la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales y el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo”.

IV.1. La *Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales*⁸⁵. Órgano angular que tiene por objeto concretar y garantizar la necesaria coordinación y colaboración entre todos los sujetos que integran el sistema. La Conferencia es un órgano de los previstos en la Ley 30/1992 de RJAPAC como *Conferencias sectoriales* con el fin de institucionalizar la coordinación y la necesaria cooperación entre administraciones con competencias compartidas en determinada materia definida en su art. 5.3 como “órganos de cooperación y de composición multilateral y de ámbitos sectorial”. Concepto que se adapta al sector de que nos ocupa desarrollando el contenido del art. 7.a) de la Ley de Empleo en arts. 5 y siguientes del RD 1722/2007. En cuanto a las funciones se relaciona un amplio catálogo de competencial. Analizadas con un mínimo detenimiento se aprecian que se desarrollan en su seno una importante participación en tres niveles: recibir *información* intercambiando información, poniendo a disposición documentos o dando a conocer resultados de las evaluaciones; tienen también funciones de *consulta* cuando se atribuye la competencia para informar diversas actuaciones y documentos presupuestarios; por último también competencias de *participación stricto sensu* en la adopción de acuerdos que procedan para hacer efectiva su función de coordinación y la cooperación (Vid. Art. 6 RD).

IV.2. El *Consejo General del Sistema Nacional de Empleo* que es un órgano de naturaleza consultiva de participación institucional y de composición cuatripartita: AGE, CC. AA., sindicatos más representativos y organizaciones empresariales (. Cuando se analiza la regulación de este Consejo se aprecia la numerosa composición del mismo por lo que se hace necesario una estructura ágil que se consigue con una composición homologable a cualquier órgano de de nutrida composición y atribuyendo competencias relativamente concretas y delimitadas a los órganos unipersonales y a los colegiados. Así se puede apreciar, aunque dispersa en el articulado: La *Presidencia*, como instrumento director formada por el presidente y *vicepresidentes* (en representación de las otras tres “partes” del órgano) con funciones perfectamente delimitadas. Un órgano gerencia o técnico que son las *comi-*

⁸⁵ Vid un estudio de este órgano con la denominación anterior de “asuntos laborales” en FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Órganos del Sistema Nacional de Empleo”, en AA. VV.: *El Derecho del Empleo. El Estatuto jurídico del empleo*, Ed. Comares, 2011, págs. 189 ss.

siones (Permanente, especiales o simplemente de trabajo) previstas en art. 16 del RD 1722/2007. Y un órgano asambleario denominado “*Pleno del Consejo del Sistema Nacional de Empleo*” en el que estarán presentes todos los miembros.

De acuerdo con el art. 7.b) de la LE la función consultiva recae en el Consejo mencionando expresamente y dando relevancia a “... la de consulta e informe de la Estrategia Española de Empleo y del Plan Anual de Política de Empleo que después, el art. 9.1 de la LE atribuye como la primera de las funciones del SNE: “Aplicar y concretar la Estrategia Española de Activación para el Empleo, a través de los Planes Anuales de Política de Empleo”.

La naturaleza consultiva del órgano queda dibujada con acierto en la definición de sus funciones que realiza el art. 9 del RD 1722/2007. En primer lugar la función de información sin la cual es imposible realizar alguna otra actividad de consulta o propuesta. Aunque no ubicadas en primer lugar se recoge con nitidez el derecho a “conocer”. Como respuesta a la consulta tiene la función de emitir informes sobre propuestas normativas y planes de ejecución de la Estrategia Europea. Por último, la función de propuesta que va más o se puede entender como respuesta positiva a la consulta emitiendo sugerencias de mejora de la coordinación y cooperación y evaluación de estructuras, medidas y acciones del SNE.

V. LOS INSTRUMENTOS DEL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO

La instrumentalización del sistema para conseguir un funcionamiento coordinado se lleva a cabo a través de las herramientas previstas en el art 7 bis de la LE que se regula en los arts. 4bis y 4ter. El RD 1722/2007 citado con anterioridad se mantiene como norma de desarrollo y regulación de los instrumentos de coordinación y evaluación previstos antes de la reforma de la LE en 2011 incluso con idéntica denominación: *Plan nacional* y *Programa anual*.

El actual art. 7 bis de la LE recoge, reformado, el contenido del anterior art. 7.2 de la LE en una operación de separación no solo formal sino sistemática de los órganos y de los instrumentos del SNE. Mantiene los mismos apartados pero además de reformular y dar un contenido distinto a la instituciones de planificación y organización del sistema remite a la nueva regulación de la mismas en los arts. 4 *bis* y 4 *ter* de la LE y amplía en el mismo artículo la referencia al Sistema de Información que antes de la reforma de 2011 sólo mencionaba el instrumento de “Información de los Servicios Públicos de Empleo” para hacer ahora una breve regulación del mismo. La primera consecuencia es que el desarrollo de los mismos en el RD 1722/2007 permanece vigente pero compartiendo la regulación de la Planificación anual y del Sistema de información con la nuevas normas introducidas en la LE en las reformas de 2011 y 2014.

1. La Estrategia Española de Activación para el Empleo, regulada en el artículo 4 bis. Especial referencia a la Estrategia Española de Activación para el empleo 2014-2016.

En la redacción anterior del art. 7 y su correspondiente desarrollo en el RD 1722/2007 se regulaba la planificación estatal de la Estrategia Comunitaria en lo que se llamó “Plan nacional de acción para el empleo” es el instrumento central de planificación para el empleo que se contemplaba en el antiguo art. 3.3 de la Ley y en el 23 del RD que se referían a los “Planes de ejecución de la Estrategia Europea de Empleo”. En esta planificación se definían un conjunto de políticas, de medidas, acciones y financiación para aplicar la Estrategia Europea en España. Es de destacar de esta regulación que la estrategia de coordinación de la política de empleo europea, desplegaba su eficacia en España a través de este instrumento de elaboración de los Planes. Importa subrayar también que esa planificación contemplaba la obligación de establecer “...medidas coordinadas e integradas con el resto de políticas de origen estatal y de la Unión Europea” con ello se consolida la transversalidad de la política del empleo⁸⁶.

El art. 4 bis de la LE fue añadido por el Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero (BOE del 19), de medidas urgentes para la mejor de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas, para regular por primera vez la Estrategia con la siguiente redacción: «Artículo 4 bis. Estrategia Española de Empleo.

En la primer versión del art. 7 LE, el Plan Nacional de Acción para el Empleo, se configura en el art. 3.3 de la Ley y art 23 del RD 1722/3007 como un “instrumento esencial de la planificación política del empleo” no solo de coordinación sino de recentralización de las de las políticas de empleo que se debe definir de acuerdo con la Estrategia Europea de Empleo.

Para su elaboración se fijaban una serie de reglas: será elaborada por el Gobierno con la colaboración de las CC AA participación de los agentes Sociales. Intervención de CC AA y otros agentes que parece ser doble. De un lado, intervienen en la elaboración –confección- de la Estrategia (art. 4 bis LE) y posteriormente, a través de los órganos descritos en el art. 7, en la elaboración de un informe sobre la misma y en la evacuación de *consulta e informe* en el seno del Consejo General. Todo ello coordinado e integrado en las políticas de otros departamentos ministeriales. Es decir, se consagra la transversalidad de la política de empleo. Las CC AA, deberán incluir el contenido de los planes autonómicos y siempre con la participación de las organizaciones más representativas y finalmente serán acordados por el Gobierno.

⁸⁶ Vid. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Órganos del Sistema...”, 2011, Op. Cit., pág. 200.

Para el control de planificación nacional de la Estrategia Europea de Empleo se fija el seguimiento cuatrimestral en el que el ministerio elaborará un informe de valoración del cumplimiento progresivo de los planes. El problema que plantean de estos instrumentos de políticas activas de empleo es la necesidad de adecuarse constantemente las necesidades cambiantes del mercado por lo que requieren de una renovación permanente porque arrastran ciertos efectos indeseados en la eficacia de las medidas y en el análisis, seguimiento y evaluación de las mismas.

Tanto la estrategia como los Planes tiene la Función de ejecución y aplicación de la de la de la Estrategia Europea de Empleo, De ahí que la reforma de la Ley de empleo operada a partir de 2011 trata bianualidad la Estrategia Nacional de Empleo combinándola con un Programa anual de trabajo en la convicción de que la inmediatez de la respuesta a los cambios no puede ocultar un cambio y una recualificación de los trabajadores que mejore la empleabilidad de los mismos.

Así, la reforma de la Ley de Empleo en esta materia y la regulación nueva del art. 4 bis por el que se crea y se regula la Estrategia Española tiene su origen en que se incluye en el Acuerdo de 2 de febrero de 2011 por el que el Gobierno y los Interlocutores Sociales suscribieron el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, que aborda la mejora así como el diseño y ejecución de nuevas políticas activas de empleo. La eficacia y la eficiencia en la intermediación pasa por la mejora de formación, huir del corto plazo y preparar al desempleado para otro escenario productivo. Esto puede lograrse mejor a través de la llamada una Estrategia Española de Empleo que marque los objetivos a conseguir entre otras medidas. Dicha reforma de las políticas activas de empleo se concreta entre otras cuestiones en que “se incorpora la elaboración de la Estrategia Española de Empleo, que garantizará la igualdad de acceso, la cohesión social y la complementariedad entre la unidad de mercado y la diversidad territorial, y del Plan Anual de Política de Empleo, en que se concretará anualmente” (Exp. Mot.. II del RD-L de 3/2011).

Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014. En su Exposición de Motivos se señala que el impulso reformador del RD-L 3/2011 y el posterior RD-L d 14/2011 de medidas complementarias en materia de política de empleo, se insiste en la necesidad de eficiencia de las políticas de empleo que tiene como objetivo compatibilizar las competencias del Estado y de las Comunidades autónomas. Para ello resulta esencial la “unidad en la atención de las personas” que se pretende con la inaplazable aprobación de la primera Estrategia Española de Empleo 2012-2014, que la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, regula, en su artículo 4 bis, y que, en su artículo 7 bis. a), establece como un “instrumento de coordinación del Sistema Nacional de Empleo” configurándose como un “marco normativo para la coordinación y ejecución de las políticas activas de empleo”.

Como características de esta Estrategia se destacan la elaboración con la *colaboración* de las Comunidades autónomas, la participación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, con objeto de dar *un nuevo enfoque* a las políticas activas en el marco de la Estrategia Europea 2020, con objeto de *mantener* el empleo, la *promoción* y mejorar la *empleabilidad* mediante el conjunto de medias y acciones de empleo y de formación, el fortalecimiento y la modernización de los servicios administrativos, reforzar la coordinación entre actores públicos y privados. En definitiva, debe ser un referente común de iniciativas y de cooperación con “carácter plurianual y de ámbito estatal”.

La nueva estrategia se contiene en el RD 751/2014 por el que se aprueba la EEAE 2014-2016. En su propia exposición de motivos reconoce que el marco de la anterior estrategia “el marco de la Estrategia no ha resultado acorde con el contexto actual ni con las exigencias europeas”. De forma concreta y destacada señala que “... no incluía la evaluación como un aspecto reforzado del diseño, planificación, programación, ejecución y control de los resultados de las políticas de activación para el empleo”.

La nueva Estrategia española de activación para el empleo prende “acelerar la aplicación de la colaboración público-privada en los servicios de colocación” y ha provocado cambios legislativos en la Ley de Empleo que se modifica por el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, entre otros el art. 4bis.

La estrategia se articula en torno a seis ejes: orientación, formación, oportunidades de empleo, igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, emprendimiento y mejora del marco institucional, previamente consensuados con las Comunidades Autónomas. Para garantizar su cumplimiento y medir la efectividad de las medias se ha diseñado un sistema de indicadores de forma que se pueda realizar una adecuada evaluación.

Objetivo global, referido a *modernización de los Servicios Públicos de Empleo y del propio marco institucional del Sistema Nacional de Empleo*. Para atender a este objetivo global, la Estrategia cuenta con objetivos específicos que se recogerán en los Planes Anuales de Políticas de Empleo que serán *estratégicos o prioritarios*, unos. Y otros *objetivos estructurales* que son aquellos de naturaleza estable, por lo que tienen que ser atendidos mediante actividades desarrolladas sostenidamente a lo largo del tiempo.

En el punto 3 se recoge que todas las actuaciones de los SPE se ajustarán a 10 principios rectores. Y en el Punto 4 se recogen los instrumentos de la Estrategia: Los *Planes anuales* que son la concreción de la estrategia confeccionados cada año conjuntamente con los SEE y los Servicios de Empleo autonómicos en el seno de la Conferencia Sectorial de Empleo en base a la previsión de servicios y programas

para la activación de empleo de las CC AA y el SPEE, en el ejercicio de sus propias competencias. Una vez informados por el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo, se someten a la aprobación del Consejo de Ministros. Podrán ser modificados durante su vigencia por resolución de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, a petición justificada de la correspondiente Comunidad Autónoma, cuando necesidades de carácter extraordinario lo hagan necesario para la buena gestión y ejecución del Plan.

Se fijan como elementos vertebradores que refuerzan la capacidad de los agentes del Sistema Nacional de Empleo para alcanzar sus objetivos. Entre otros cabe destacar: El Programa de buenas prácticas inspirado en el proceso de aprendizaje mutuo que existe a nivel europeo; El Acuerdo Marco con agencias de colocación para la colaboración con Servicios Públicos de Empleo; El Portal Único de Empleo, como elemento de transparencia del Sistema Nacional de Empleo y con potencial para dinamizar la intermediación así como la movilidad de los trabajadores a nivel nacional y europeo y el sistema de información necesario para la implantación de la Garantía Juvenil.

2. Los Planes Anuales de Política de Empleo, regulados en el artículo 4 ter.

El Plan Anual de la Política de empleo no es otra cosa que la aplicación o concreción de una función, la primera, del SNE que consiste en “Aplicar y concretar la Estrategia Española de Activación para el Empleo” (art. 9.1 LE).

Es el segundo instrumento mencionado en el art. 7.bis que reenvía al art. 4 ter para concretar algunos de los elementos de su régimen jurídico. Con la creación del instrumento de la Estrategia Española, el Plan anual estará referido a aquella destacando que su contenido se centrará en destacar el carácter anual, concretar los objetivos la Estrategia Española a lograr en cada territorio y en conjunto, así como fijar los indicadores que permitirán la evaluación anual de su cumplimiento.

En el RD se deberá fijar en la programación anual las tareas y actividades y el plazo para su ejecución. En la nueva regulación y como técnica para lograr los objetivos se preverán los servicios y programas para concretar las políticas activas y formación profesional.

En cuanto a la dinámica de la elaboración/información/aprobación del Plan Anual, tanto el art. 25.2 del RD como el 4 ter. 2 de Ley regulan una técnica y una terminología muy semejantes. En la regulación legal se aprecia un componente centralizador en cuanto que será el Ministerio quien elaborará el Plan Anual dejando sólo a las CC AA la posibilidad de hacer previsiones que se tendrán en cuenta en el seno de la Conferencia Sectorial de Empleo. Mientras en el RD se aprueba por

la Conferencia Sectorial. Ahora, en la Ley, se informa por el Consejo General y se aprueba por el Consejo de Ministros

3. El Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo

En un *Sistema* de empleo que agrupa y se integra por una estructura institucional diversa y territorializada con competencias compartidas y ejecución en cada uno de los Servicios de Empleo autonómicos, con competencias de registro de demandas de empleo y funciones de *intermediación, integración, compatibilidad y coordinación de los sistemas de información*. Sistematización de la información que se hace imprescindible para el funcionamiento del sistema puesto que toda la demás actuación, toma de decisiones, propuestas y recomendaciones a las Administraciones Públicas sería desatinada sin un conocimiento de la realidad del mercado y del estado y condiciones de la oferta y la demanda.

De ahí que en la legislación se preste especial atención a los contenidos, la forma de recoger y tratar los flujos de información que interesan al funcionamiento y a la eficacia del Sistema de Empleo que se recojan como competencias del SPEE la coordinación de las actuaciones de los “Servicios Públicos de Empleo en el desarrollo del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo”, que se le encomiende “mantener las bases de datos generadas por los sistemas integrados de información del Sistema Nacional de Empleo y elaborar las estadísticas en materia de empleo, formación y protección por desempleo a nivel estatal” [art 13. E) y g) de la LE]. Antes le ha dado un tratamiento y calificado como un principio central orientador del “régimen organizativo” del Sistema. No se trata de un principio que informa la interpretación de los diferentes derechos y facultades sino de un instrumento esencial en el régimen organizativo del Sistema.

Así en el art. 8 .2.a) y b) de la LE establece:

a) Integración, compatibilidad y coordinación de los sistemas de información. El Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las comunidades autónomas colaborarán en la creación, explotación y mantenimiento de un sistema de información común que se organizará con una estructura informática integrada y compatible. Ello permitirá llevar a cabo de forma adecuada las funciones de intermediación laboral sin barreras territoriales, el registro de paro, las estadísticas comunes, la comunicación del contenido de los contratos y el seguimiento y control de la utilización de fondos procedentes de la Administración General del Estado o europea para su justificación.

b) Existencia de una base de datos común, Portal Único de Empleo, que

posibilite la difusión de las ofertas, demandas de empleo y oportunidades de formación existentes en todo el territorio del Estado, así como en el resto de los países del Espacio Económico Europeo, respetando lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

La relevancia de la Información se comprueba en que tanto el art. 7 bis. c) de la LE como el art. 26 del RD 1722/2007 lo califican como un verdadero “Sistema” de los SPE. Cuando regulan su concepto, los objetivos y las funciones de este *instrumento técnico* al servicio *común* de los órganos que componen todo el sistema insisten en la integración de la información relativa a la intermediación y a la gestión de las políticas activas y pasivas de los Servicios de empleo, organizado y aprovechando las ventajas del tratamiento de las técnicas de la información en una “estructura informática integrada y compatible”.

Como se puede observar el legislador insiste y reitera a veces párrafos enteros en uno y otro artículo [fundamentalmente en arts. 8.2 y 7 bis.c) de la Ley]. Los elementos básicos del sistema de información quedan bien dibujados en la Ley sin necesidad actual de fijar los objetivos por un lado y las funciones por otro como hacen los arts. 27 y 28 del RD. Por otra parte la definición que hace el RD no añade nada nuevo a la más reciente y completa – a mi entender- que se realiza en el primer párrafo del art. 7 bis.c) de la Ley que hace hincapié en la integración y compatibilidad de la información.

De otro lado el RD con la división entre objetivos y funciones, resulta más pro-fuso e innecesariamente extenso. En realidad, fundamentalmente ambos artículos sólo contienen la garantía de las funciones y esa se resuelve técnicamente con el párrafo del art. 7bis.c) “Este sistema *garantizará* que se lleven a cabo de forma adecuada las *funciones*”.

Como digo, esta nueva redacción de la Ley se reitera en parte el contenido formulado como *principio* de organización y funcionamiento en el art. 8.2.a) del mismo texto legal y en el 7 bis estableciendo aquí que el sistema garantizará las funciones “...*intermediación* laboral sin barreras territoriales, el *registro* de paro, las *estadísticas comunes*, la comunicación del *contenido* de los contratos y el *seguimiento* y *control* de la utilización de fondos procedentes de la Administración General del Estado o europea para su justificación”.

Ahora bien, la nueva redacción del art. 7 bis introduce la garantía de otra actividad de recopilación de información en materia de *formación* y *orientación* profesional, las *bonificaciones* y la actuación de las agencias así como que el control de los fondos se llevará a cabo a través de la técnica de evaluación en términos de eficacia y eficiencia de los resultados.

La Ley no dice nada en relación a los órganos del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo. Solo refiere dos principios organizativos encomendando al Sistema de Información el registro de todas las ofertas y demandas. Función ampliamente superada por la regulación legal que deberá garantizar la “trazabilidad de las actuaciones”. Más adelante, en el art. 13.e) exige la coordinación de actuaciones en el desarrollo del Sistema de Información. La regulación de los órganos del Sistema de Información se mantiene en un escueto art. 29 del RD 1722/2007:

a) *El Comité de Dirección*, presidido por el Director General del Servicio Público de Empleo Estatal e integrado por éste y por los Directores Generales de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos.

b) *La Comisión de Coordinación y Seguimiento*, órgano ejecutor de las líneas de acción del Comité de Dirección, integrada por los responsables de gestión del Servicio Público de Empleo Estatal y de cada uno de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos. Tendrá el mismo número de miembros que el Comité de Dirección y estará presidido por el responsable del Servicio Público de Empleo Estatal.

2.4. INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE EMPLEO A NIVEL AUTONÓMICO

JORDI GARCÍA VIÑA

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

I. INTRODUCCIÓN

Las políticas de empleo en España están reguladas, además de las referencias contenidas en los artículos 40 y 41 de la Constitución, esencialmente, en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (LE), que muestra el carácter esencialmente de aplicación por parte de las Comunidades Autónomas de las mismas. La relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas durante los últimos treinta años no ha sido pacífica, como se muestra en las diversas sentencias del Tribunal Constitucional que han ido resolviendo aspectos relativos a la distribución competencial⁸⁷.

⁸⁷ Entre ellas, cabe citar, STC 72/1983, de 29 de julio; STC 44/1984, de 27 de marzo; STC 48/1985, de 28 de marzo; STC 195/1996, de 28 de noviembre; STC 95/2002, de 25 de abril; STC 190/2002, de 17 de octubre y STC 158/2004, de 23 de septiembre.

Precisamente, esta constante “relación compleja” ha sido la causa de modificaciones legales de máxima importancia durante el año 2014, por medio del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio y la posterior Ley 18/2014, de 15 de octubre.

De hecho, el objetivo permanente en temas de política de empleo ha sido la armonización de la actuación de las diferentes administraciones, para lo cual se pretende asegurar la cooperación y coordinación entre las mismas de modo que se logre la máxima efectividad⁸⁸. El instrumento para conseguir este objetivo es el Sistema Nacional de Empleo.

II. POLÍTICAS DE EMPLEO

Se entiende por política de empleo, según el art. 1 LE, el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las comunidades autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción de las situaciones de desempleo y a la debida protección en las situaciones de desempleo⁸⁹.

Esta política ha de tener una orientación en el ámbito de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea⁹⁰, a los efectos de articulación entre las diferentes administraciones, entre sus objetivos se fundamenta en el mantenimiento de la unidad del mercado de trabajo en todo el territorio estatal, teniendo en cuenta las características específicas y diversas de los diferentes territorios y promoviendo la corrección de los desequilibrios territoriales y sociales⁹¹.

Por este motivo, la distribución de funciones tiene en cuenta los diferentes niveles, pero estableciendo un sistema de colaboración, de manera que suele existir la iniciativa del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, con la participación tanto de las Comunidades Autónomas, como los interlocutores sociales más representativos, sometiéndose a consideración, y en su caso, a aprobación, ya sea en el seno de la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales o en el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo⁹².

⁸⁸ Sobre esta cuestión véase ALUJAS RUIZ, “Políticas activas de mercado de trabajo en España: alcance y limitaciones”, Revista Andaluza de Relaciones Laborales, número 14, 2005, págs. 223 ss.

⁸⁹ RUEDA SEGASETA, “Las políticas de empleo de las Comunidades Autónomas”, Anuario de Relaciones Laborales en España, Volumen I, 2010, págs. 347 ss.

⁹⁰ TABIN, “Las políticas activas del mercado de trabajo”, Políticas sociales en Europa, número 11, 2002, págs. 29 ss.

⁹¹ Vid, GARCÍA PIÑEIRO, “La reforma de las políticas de empleo”, Nueva Revista de Cultura, Política y Arte, número 149, 2014.

⁹² ROSSETTI, “Las políticas de empleo de las Comunidades Autónomas”, Estado de bienestar y Co-

Concretamente, corresponde al Ministerio de Empleo y Seguridad Social principalmente, la coordinación de la política de empleo, junto con la aprobación de los proyectos de normas con rango de ley y la elaboración y aprobación de las disposiciones reglamentarias en relación con la intermediación y colocación en el mercado de trabajo, fomento de empleo, protección por desempleo, formación profesional ocupacional y continua en el ámbito estatal, así como el desarrollo de dicha ordenación⁹³. Todo ello, además, de la gestión y control de las prestaciones por desempleo.

A su vez, corresponde a las Comunidades Autónomas en su ámbito territorial el desarrollo de la política de empleo, el fomento del empleo y la ejecución de la legislación laboral y de los programas y medidas que les hayan sido transferidas. Todo ello, teniendo en cuenta que los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas son los responsables de trasladar al marco del Sistema Nacional de Empleo la dimensión territorial de las políticas activas de empleo y de determinar, en su caso, la representación de las entidades locales en los órganos de participación institucional de ámbito autonómico⁹⁴.

Finalmente, las tres dos principales herramientas de diseño y ejecución de las políticas de empleo son las siguientes:

- ✓ La Estrategia Española de Activación para el Empleo⁹⁵, que reflejará las políticas activas de empleo y de intermediación laboral que se desarrollan en el conjunto del Estado, e incluirá tanto los servicios y programas que realizan los Servicios Públicos de Empleo con fondos estatales como los que las Comunidades Autónomas realizan con recursos económicos propios.
- ✓ Los Planes Anuales de Política de Empleo que concretarán, con carácter anual⁹⁶, los objetivos de la Estrategia Española de Activación para el Empleo a alcanzar en el conjunto del Estado y en cada una de las distintas Co-

munidades Autónomas: la descentralización de las políticas sociales en España, Barcelona, 2003, págs. 123 ss.

⁹³ SÁNCHEZ TRIGUEROS Y CAVAS MARTÍNEZ, “La distribución de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de trabajo, empleo y protección social: una sinopsis, *Anales de Derecho*, número 25, 2005, págs. 103 ss.

⁹⁴ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Los servicios públicos de empleo y la Administración local: aproximación a cuestiones puntuales en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza”, *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos*, Mergablum, 2005, págs. 251 ss.

⁹⁵ El Real Decreto 751/2014, de 5 de septiembre, aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016.

⁹⁶ Resolución de 16 de septiembre de 2014, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de septiembre de 2014, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2014, según lo establecido en el artículo 4 ter de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

munidades Autónomas, así como los indicadores que se utilizarán para conocer y evaluar anualmente el grado de cumplimiento de los mismos. Para conseguir estos objetivos, contendrán la previsión de los servicios y programas de políticas activas de empleo y de intermediación laboral que se proponen llevar a cabo, tanto las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias de ejecución en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación profesional para el empleo, como el Servicio Público de Empleo Estatal en su ámbito competencial.

- ✓ El Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo (SISPE), que se configura como un sistema de información común que se organiza con una estructura informática integrada y compatible, y es el instrumento técnico que integra la información relativa a la intermediación laboral, a la gestión de las políticas activas de empleo, y de la protección por desempleo, que realicen los Servicios Públicos de Empleo en todo el territorio del Estado⁹⁷.

III. EL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO

El Sistema Nacional de Empleo es el conjunto de estructuras, medidas y acciones necesarias para promover y desarrollar la política de empleo y está integrado por el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas⁹⁸.

Los órganos del Sistema Nacional de Empleo son los siguientes:

- ✓ La Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales, que es el instrumento general de colaboración, coordinación y cooperación entre la Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas en materia de política de empleo y especialmente en lo relacionado con la Estrategia Española de Empleo y el Plan Anual de Política de Empleo⁹⁹.
- ✓ El Consejo General del Sistema Nacional de Empleo, que es el órgano consultivo de participación institucional en materia de política de empleo. Está integrado por un representante de cada una de las Comunidades Autónomas y por igual número de miembros de la Administración General del Estado, de las organizaciones empresariales y de las organizaciones sindicales más representativas.

⁹⁷ https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/empleo/pdf/NOTA_INFORMATIVA_SISPE_310305.pdf.

⁹⁸ Real Decreto 1722/2007, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, en materia de órganos, instrumentos de coordinación y evaluación del Sistema Nacional de Empleo.

⁹⁹ <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/detalle/2490>.

Hay que tener en cuenta que la organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Empleo se basa en una serie de principios que, a los efectos de relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas¹⁰⁰, pueden destacarse los siguientes:

Transparencia en el funcionamiento del mercado de trabajo y establecimiento de las políticas necesarias para asegurar la libre circulación de trabajadores por razones de empleo o formación, teniendo en cuenta, como elementos esenciales para garantizar este principio los siguientes:

- ✓ Integración, compatibilidad y coordinación de los sistemas de información. El Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas han de colaborar en la creación, explotación y mantenimiento de un sistema de información común que se organizará con una estructura informática integrada y compatible.
- ✓ Existencia de una base de datos común, denominado Portal Único de Empleo¹⁰¹, que posibilite la difusión de las ofertas, demandas de empleo y oportunidades de formación existentes en todo el territorio del Estado, así como en el resto de los países del Espacio Económico Europeo, respetando lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Para ello, los servicios públicos de empleo deben registrar todas las ofertas y demandas de empleo en las bases de datos del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo. El Servicio Público de Empleo Estatal garantizará la difusión de esta información a todos los ciudadanos, empresas y administraciones públicas como garantía de transparencia y unidad de mercado.

- ✓ Coordinación y cooperación del Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas, prestando especial atención a la coordinación entre las políticas activas de empleo y de intermediación para el empleo y las prestaciones por desempleo.

En todo caso, las Administraciones y los organismos públicos que tengan atribuidas la competencia de la gestión del empleo y el Servicio Público de Empleo Estatal deben cooperar y colaborar en el ejercicio de sus competencias garantizando la coordinación de las distintas actuaciones de intermediación e inserción laboral y las de solicitud, reconocimiento y percepción de las prestaciones por desempleo,

¹⁰⁰ En relación a estas materias, NAVARRO NIETO, "Empleo y marco autonómico de relaciones laborales", Revista Andaluza de Relaciones Laborales, número 20, 2007, págs. 17 ss.

¹⁰¹ <http://www.empleo.gob.es/es/estrategia-empleo-joven/medidas/intermediacion/portal-unico-empleo.htm>.

a través de los acuerdos que se adopten en Conferencia Sectorial y de los convenios de colaboración que se alcancen.

IV. LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO

En esta categoría hay que diferenciar dos niveles, ya se trate de ámbito estatal o autonómico.

En primer lugar, el Servicio Público de Empleo Estatal es el organismo autónomo de la Administración General del Estado al que se le encomienda la ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de la política de empleo¹⁰².

Entre sus competencias, cabe citar las siguientes:

- ✓ Elaborar el proyecto de la Estrategia Española de Activación para el Empleo y de los Planes Anuales de Política de Empleo en colaboración con las Comunidades Autónomas.
- ✓ Gestionar el Observatorio de las Ocupaciones del Servicio Público de Empleo Estatal, con una red en todo el territorio del Estado, que analice la situación y tendencias del mercado de trabajo y la situación de la formación para el empleo, en colaboración con las Comunidades Autónomas.
- ✓ Gestionar los siguientes servicios y programas financiados con cargo a la reserva de crédito establecida en su presupuesto de gastos:
 - Servicios y programas cuya ejecución afecte a un ámbito geográfico superior al de una Comunidad Autónoma, cuando estos exijan la movilidad geográfica de las personas desempleadas o trabajadoras participantes en las mismas a otra Comunidad Autónoma distinta a la suya, o a otro país y precisen de una coordinación unificada.
 - Servicios y programas dirigidos tanto a las personas demandantes de empleo como a las personas ocupadas, para la mejora de su ocupación mediante la colaboración del Servicio Público de Empleo Estatal con órganos de la Administración General del Estado o sus organismos autónomos, para la realización de acciones formativas, entre otras, aquellas que tengan como objetivo la generación de empleo de calidad y la mejora de oportunidades de las personas trabajadoras, en particular cuando se desarrollen en el marco

¹⁰² <https://www.sepe.es/>.

de planes, estrategias o programas de ámbito estatal, y ejecución de obras y servicios de interés general y social relativas a competencias exclusivas del Estado.

- Servicios y programas cuya ejecución afecte a un ámbito geográfico superior al de una comunidad autónoma sin que implique la movilidad geográfica de los desempleados a trabajadores participantes en los mismos, siempre y cuando precisen una coordinación unificada y previo acuerdo entre el Servicio Público de Empleo Estatal y las comunidades autónomas en las que vayan a ejecutarse los citados programas.

En todo caso, y como norma de cierre, el Servicio Público de Empleo Estatal gestionará las políticas activas de empleo relativas a la intermediación y colocación en el mercado de trabajo, fomento de empleo en el ámbito estatal, formación profesional y continua, mientras la gestión de la misma no haya sido objeto de transferencia a las Comunidades Autónomas¹⁰³.

En segundo lugar, se entiende por Servicio Público de Empleo de las comunidades autónomas los órganos o entidades de las mismas a los que dichas Administraciones encomienden, en sus respectivos ámbitos territoriales, el ejercicio de las funciones necesarias para la gestión de la intermediación laboral y de las políticas activas de empleo¹⁰⁴.

Entre sus funciones, cabe citar:

- ✓ El diseño y establecimiento, en el ejercicio de sus competencias, de las medidas necesarias para determinar las actuaciones de las entidades que colaboren con ellos en la ejecución y desarrollo de las políticas activas de empleo y la gestión de la intermediación laboral.
- ✓ La participación en la elaboración de la Estrategia Española de Activación para el Empleo y de los Planes Anuales de Política de Empleo.

Además, en ejercicio de sus competencias de ejecución de las políticas de activación para el empleo, pueden elaborar sus propios Planes de Política de Empleo, de acuerdo con los objetivos de los Planes Anuales de Política de Empleo y en coherencia con las orientaciones y objetivos de la Estrategia Española de Activación para el Empleo.

¹⁰³ APARICIO TOVAR, “Políticas de empleo y Comunidades Autónomas”, Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías, XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2011, págs. 130 ss.

¹⁰⁴ <https://www.sistemanacionalempleo.es/servicios.html>.

Estos servicios, en función de su capacidad de autoorganización, se pueden dotar de los órganos de dirección y estructura para prestación del servicio al ciudadano. Además, han de contar con la participación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en los órganos de representación de carácter consultivo, en la forma en que se prevea por las Comunidades Autónomas, teniendo dicha participación carácter tripartito y paritario.

V. LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO

La Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo tiene por objeto garantizar, en todo el Estado, el acceso en condiciones de igualdad a los Servicios Públicos de Empleo y a los servicios prestados por los mismos, y la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, constituyendo un compromiso de los Servicios Públicos de Empleo con las personas y empresas usuarias de los mismos. En todo caso se garantizará a los trabajadores desempleados el acceso gratuito a los servicios prestados por los Servicios Públicos de Empleo¹⁰⁵.

Debe recoger los servicios comunes a prestar por los Servicios Públicos de Empleo a las personas, tanto desempleadas como ocupadas, y a las empresas. Cada Servicio Público de Empleo puede establecer su propia Cartera de servicios, que incluirá, además de la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, aquellos otros servicios complementarios que el Servicio Público determine en el ámbito de sus competencias, atendiendo a la evolución de su mercado de trabajo, a las necesidades de las personas y empresas, a las prioridades establecidas en el marco del Sistema Nacional de Empleo y a los recursos disponibles.

VI. INSTRUMENTOS DE POLÍTICA DE EMPLEO

Los instrumentos de la política de empleo, aunque se incluyen fundamentalmente en el concepto de políticas activas, también han de incluirse las políticas pasivas; en ambos casos, el papel de los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas es relevante.

Son políticas activas de empleo el conjunto de servicios y programas de orientación, empleo y formación dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del

¹⁰⁵ Real Decreto 7/2015, de 16 de enero, por el que se aprueba la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo.

empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social.

Estas políticas deben desarrollarse en todo el Estado, teniendo en cuenta la Estrategia Española de Activación para el Empleo, los contenidos comunes establecidos en la normativa estatal de aplicación, las necesidades de los demandantes de empleo y los requerimientos de los respectivos mercados de trabajo, de manera coordinada entre los agentes de formación profesional para el empleo e intermediación laboral que realizan tales acciones, con objeto de favorecer la colocación de los demandantes de empleo.

Los servicios y programas de políticas activas de empleo deben dar cobertura a los Ejes establecidos en la Estrategia Española de Activación para el Empleo¹⁰⁶ y se diseñarán y desarrollarán por las Comunidades Autónomas y por el Servicio Público de Empleo Estatal en el ámbito de sus competencias teniendo en cuenta los contenidos comunes establecidos en la normativa estatal de aplicación.

Dentro de la categoría de políticas activas de empleo y con una importante participación de las Comunidades Autónomas puede citarse el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral que está constituido por el conjunto de iniciativas, programas e instrumentos que tienen como finalidad impulsar y extender entre las empresas y los trabajadores ocupados y desempleados una formación que responda a las necesidades del mercado laboral y esté orientada a la mejora de la empleabilidad de los trabajadores y la competitividad empresarial, conforme a sus fines y principios¹⁰⁷.

Sin perjuicio de las competencias de ejecución de las Comunidades Autónomas, la Administración General del Estado, en el ejercicio de su competencia normativa plena, ejercerá la coordinación en el diseño estratégico del sistema¹⁰⁸. Por su parte, las organizaciones empresariales y sindicales participarán en la planificación, programación y difusión de la formación profesional para el empleo, especialmente en la dirigida a los trabajadores ocupados a través de estructuras paritarias profesionalizadas.

¹⁰⁶ Los ejes son los siguientes: Eje 1. Orientación; Eje 2. Formación; Eje 3. Oportunidades de empleo; Eje 4. Igualdad de oportunidades en el acceso al empleo; Eje 5. Emprendimiento y Eje 6. Mejora del marco institucional.

¹⁰⁷ Véase Real Decreto-Ley 4/2015, de 22 de marzo, para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral.

¹⁰⁸ La relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas ha sido analizada en diversas ocasiones por el Tribunal Constitucional, entre las últimas decisiones, cabe citar STC 88/2014, de 9 de junio; STC 112/2014, de 7 de julio y STC 198/2014, de 15 de diciembre.

En el marco de la planificación estratégica del conjunto del sistema, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, con la colaboración de las comunidades autónomas, de las organizaciones empresariales y sindicales y de las organizaciones representativas de autónomos y de la Economía Social, elaborará un escenario plurianual de la formación profesional para el empleo y desarrollará un sistema eficiente de observación y prospección del mercado de trabajo para detectar y anticipar los cambios en las demandas de cualificación y competencias del tejido productivo.

Finalmente, en relación a las políticas pasivas, los efectos de garantizar la coordinación entre políticas activas de empleo y prestaciones por desempleo, la gestión de esta prestación se desarrollará mediante sistemas de cooperación con los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas. El Servicio Público de Empleo Estatal debe colaborar con las Comunidades Autónomas que hayan asumido el traspaso de las competencias.

2.5. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA POLÍTICA LOCAL DE EMPLEO

INMACULADA MARÍN ALONSO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

I. INTRODUCCIÓN

En España, los poderes públicos intervienen en el mercado de trabajo, bien a través de normas referidas al empleo, o bien, a través de la adopción de medidas de políticas de empleo orientadas a influir en la oferta y demanda de empleo. El apoyo constitucional de dicha intervención se encuentra en una serie de derechos y principios rectores (art. 35.1, 40 CE) que no imponen un determinado modelo de política de empleo sino que sugieren unas reglas o principios para la intervención en el mercado de trabajo¹⁰⁹. En el mercado de trabajo español pueden actuar, en calidad de instancias públicas, el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales aunque la intensidad y alcance de la intervención de cada una de ellas es claramente diferente en términos jurídicos. Todas las instancias mencionadas están obligadas a poner en marcha un complejo y confuso mecanismo de co-

¹⁰⁹ En el mismo sentido, NAVARRO NIETO, F. Y COSTA REYES, A.: “Introducción crítica al marco jurídico de las políticas de empleo en España”, *Aranzadi Social* nº 9, 2013, pág. 3.

laboración entre todas ellas debido al necesario respeto al principio de unidad de mercado que, en desarrollo de la Constitución española de 1978, establece el art. 2 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (LE en adelante).

En Europa, las políticas de intervención pública en materia de empleo también encuentran apoyo en las bases constitucionales de la política social europea pues la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los Tratados incorporan el fomento del empleo entre los objetivos a alcanzar por la UE, considerándolo una misión de las instituciones comunitarias (Art. 3.3 TUE, arts. 5 y 9 TFUE, y arts. 145 y ss. TFUE).

Las relaciones entre los Estados Miembros y la UE en materia de empleo se basan en el método del *softlaw*, es decir, en un sistema de coordinación de las políticas de empleo y el establecimiento de normas de orientación, con diferencias entre Estados y que pueden ser más efectivas, incluso, que las normas vinculantes. Conforme al art. 146.2 “los Estados miembros considerarán el fomento del empleo como un asunto de interés común y coordinarán sus actuaciones al respecto en el seno del Consejo” a través del denominado método abierto de coordinación (*open method of coordination*)¹¹⁰. Adicionalmente a las funciones de coordinación, la Estrategia Europea de Empleo desarrolla competencias complementarias de las políticas estatales con el objetivo de impulsar y apoyar las iniciativas nacionales a través de Directrices y Recomendaciones (art. 148 TFUE), si bien en los últimos años la UE ha desbordado su papel de mero complemento de los Estados y llega, incluso, a condicionar y orientar las políticas y reformas laborales, principalmente, a través de sus facultades de gobernanza económica¹¹¹.

Es Europa, precisamente, la que introduce un elemento nuevo a valorar en el marco de la política local de empleo pues la UE propugna la cohesión territorial entre los Estados miembros como elemento esencial para alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020¹¹². En el impulso de la cohesión territorial se fomenta como nunca antes la participación local en las políticas de empleo. En tal dirección, las peculiaridades territoriales entre los miembros de la UE van a determinar la Política de Cohesión de la UE en el período 2014-2020, estableciéndose mecanismos

¹¹⁰ Sobre este principio puede verse, entre otros, MONEREO PÉREZ, JL y otros: *Manual de Política y Derecho del Empleo*, Tecnos, 2011, págs. 55 y ss.

¹¹¹ BORELLI, S.: “Le politiche del lavoro nazionali nell’ambito della strategia Europa 2020 e della governance economica europea”, *Lavoro e Diritto*, 3-4, 2012, págs. 465 y ss.; NAVARRO NIETO, F, y COSTA REYES, A.: “Introducción crítica al marco jurídico de las políticas de empleo en España”, *Aranzadi Social* nº 9, 2013, pág. 3; RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO FERRER, M.: “Gobernanza y política de empleo”, *RRLL* nº 5, 2005; MONEREO PÉREZ, JL.: *Manual de Política y Derecho del Empleo*, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, págs. 82 y ss.

¹¹² La conexión entre la cohesión y los objetivos de empleo de la Estrategia Europa 2020 se ha recogido normativamente en los art. 174 TFUE y el Reglamento UE 1303/2013.

de desarrollo local a cargo de Comunidades Locales que cuentan con una herramienta nueva para la creación de empleo: las Estrategias de Desarrollo Local Participativo. Su financiación corre a cargo del Fondo Social Europeo cuyo Reglamento UE nº 1304/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013, establece la posibilidad de financiar estrategias de desarrollo local a cargo de las comunidades locales, abriendo la puerta a la participación de los agentes locales en la creación de empleo.

II. EL PAPEL SECUNDARIO O RESIDUAL DE LAS ENTIDADES LOCALES EN MATERIA DE EMPLEO

La interacción de la Unión Europea, el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales en la política de empleo diseña un complejo mapa de actuaciones en el empleo donde, como veremos, el papel de las Entidades Locales resulta desdibujado en virtud de la ausencia de un reconocimiento expreso de competencias en materia de empleo en nuestra Constitución y del etéreo concepto del “ámbito regional” que recientemente tolera la descentralización de las políticas de empleo. Además, las competencias de los entes locales son, en todo caso, determinadas por la Ley, ya sea estatal o autonómica, y en ninguna de ellas se les atribuye actualmente competencias directas en materia de empleo (art. 2.1 y 25.3 LBRL). Ante ello, hay quién se ha preguntado si en un futuro las CCAA podrían ceder sus competencias en empleo a las Entidades Locales¹¹³, o bien si la ley estatal podría modificar el *status quo* actual confiriendo competencias en materia de empleo a las entidades locales¹¹⁴.

En todo caso, hasta ahora, el papel de las Entidades Locales se ha centrado principalmente en la colaboración con el Estado y las Comunidades Autónomas en la aplicación de las medidas por ellos acordadas, desempeñando un rol bastante modesto en el marco institucional. Del entramado de competencias reguladoras y ejecutivas establecido en la Constitución española en materia de empleo, se deduce que la primacía en la gestión de las políticas activas y servicios de empleo corresponde a las Comunidades Autónomas (art. 149.1 7ª y 17ª), tal como queda actualmente reflejado en el art. 3 LE, a lo que se suma que, en virtud del art. 148.1.13ª CE, las CCAA pueden asumir competencias en “el fenómeno del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la polí-

¹¹³ Vid. GARCÍA JIMÉNEZ, M. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “«Modernización» del Sistema Público de Empleo Estatal, «Mejora» de la intermediación y «Evaluación» de las políticas activas de empleo: una reforma otoñal”, *Temas Laborales* nº 85, 2006, pág. 169.

¹¹⁴ SANCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2006, pág. 374; GARCÍA ARCE, Mª C.: *La dimensión territorial de la Política de Empleo*, Aranzadi, 2010, pág. 214 y ss.

tica económica nacional”¹¹⁵, precepto considerado bisagra para la articulación «indirecta» de políticas de empleo.

En definitiva, son los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas los que, en ejecución de las políticas activas de empleo, pueden establecer facultativamente los mecanismos de colaboración que consideren oportunos con las Entidades Locales¹¹⁶; en tal dirección, las CCAA han desarrollado programas de desarrollo local de empleo promoviendo acciones dirigidas a la creación o mejora de estructuras de apoyo al empleo y desarrollo local, centrados principalmente en apoyo financiero para que las Entidades Locales ejecuten acciones que contribuyan a la creación de infraestructuras y servicios para el desarrollo de los municipios. En todo caso, la subordinación de las entidades locales a las Comunidades Autónomas en materia de empleo se aprecia claramente en el hecho de que se deja en manos de los servicios públicos de empleo autonómicos trasladar la dimensión territorial de las políticas activas al Sistema Nacional de Empleo.

Recientemente, además, se ha abierto la posibilidad de que las CCAA faciliten la participación de las Entidades Locales en los órganos de participación institucional de ámbito autonómico (art. 4 LE), facilitando con ello una mayor «socialización» de las políticas de empleo a través de la concertación territorial. Esta participación facilita medidas de empleo valoradas por instancias directamente implicadas y adaptadas a las necesidades de cada mercado laboral, posibilitando una concreción adaptada a la realidad y a las necesidades de cada mercado local a través del establecimiento de planes sectoriales o territoriales. La adaptación de los planes nacionales de empleo a un concreto ámbito local facilitará, sin duda, la reducción del desempleo, siendo visto por ello como todo un acierto estratégico en la lucha contra el desempleo¹¹⁷.

III. LA INTERVENCIÓN *DE FACTO* DE LAS ENTIDADES LOCALES EN MATERIA DE EMPLEO.

Pero si a la intervención de la Administración Local en las Políticas de Empleo se le ha dado hasta hace poco una relevancia menor en la medida que no tenían re-

¹¹⁵ Basándose en este precepto, la intervención de las CCAA en los programas de empleo se ha centrado en la adopción de medidas de carácter económico -vía subvenciones genéricas o determinadas- y a actuaciones formativas. La STC 64/2009, de 5 de abril, ha confirmado la constitucionalidad de las ayudas autonómicas a la creación de empleo.

¹¹⁶ Los Servicios Públicos de Empleo de las CCAA diseñarán y establecerán, en el ejercicio de sus competencias, las medidas necesarias para determinar las actuaciones de las entidades que colaboren con ellos en la ejecución y desarrollo de las políticas activas de empleo y la gestión de intermediación laboral (art. 17.2 LE)

¹¹⁷ De acierto estratégico pero no jurídico habla GARCÍA GIL, B.: “Novedades y modificaciones a la Ley de Empleo”, Aranzadi Social nº 1, 2011, pág. 7.

conocida una competencia clara en la materia, en la realidad práctica, los entes locales se han destapado como instancias de primer orden en la política de empleo ya que su mayor descentralización ha permitido una mejor eficacia en la puesta en marcha de medidas generadoras de puestos de trabajo (v. gr. los nuevos yacimientos de empleo¹¹⁸) y su cercanía con las singularidades de los territorios han favorecido una mejor adaptación del empleo a las distintas regiones. Para ello se contó, sin duda, con el beneplácito político, el cual antepuso la creación de empleo a las cuestiones competenciales. Es más, queda constancia de iniciativas locales en materia de empleo, no amparadas en la ley, desde finales de los años setenta que sin estructura específica en la materia, orientaban y asesoraban en el marco del empleo¹¹⁹, concertando convenios de colaboración con el antiguo INEM (Casas de Oficios y Escuelas Taller), Programas de Garantía Social con el Ministerio de Educación y Cultura y Desarrollo de proyectos europeos a través del Fondo Social Europeo. Son significativas las Órdenes de 26 de octubre de 1998 que establecieron las bases para la concesión de subvenciones por el INEM en el ámbito de la colaboración entre éste y las Corporaciones Locales para la contratación de trabajadores desempleados en la realización de obras y servicios de interés general y social como la rehabilitación de viviendas, el mantenimiento de actividades deportivas, la creación de guarderías, etc...; también las subvenciones del antiguo INEM a favor de las Corporaciones Locales para la generación de empleo en el ámbito local y el impulso de los proyectos calificados como I+E en las Órdenes de 1 de septiembre de 1995, de 15 de julio o 27 de diciembre de 1999, o la contratación de Agentes de Empleo y Desarrollo Local con el objeto de promover la actividad empresarial y el empleo local.

Especial referencia debe hacerse a la mencionada Orden de 15 de julio de 1999 por la que se establecen las bases de concesión de subvenciones públicas para el fomento del desarrollo local e impulso de los proyectos y empresas calificados como I+E. Dicha Orden fue derogada por el RDL 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo aunque, según su disposición transitoria tercera, continuaría en vigor hasta la aprobación de la Estrategia Española de Empleo y el Plan anual de empleo para el ejercicio 2012. No obstante, dicha Orden se mantiene actualmente vigente por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mer-

¹¹⁸ La noción de los nuevos yacimientos de empleo se encuentra por primera vez en el Libro Blanco sobre las Estrategias para el Crecimiento, la Competitividad y el empleo presentado por la Comisión Europea en 1993 (Libro Blanco Delors) y su objetivo era involucrar de manera conjunta a agentes privados, públicos y sociales para atender a necesidades de empleo no cubiertas y generar empleo de calidad y estable. La identificación de estas nuevas ocupaciones puede verse, desde 1995, en el Informe sobre Iniciativas Locales y de Desarrollo y Empleo.

¹¹⁹ Véase CELADA CRESPO, F., HIDALGO MARÍN, J. e HIDALGO MARTÍN, I.: *Sistemas de intermediación en el mercado de trabajo en el ámbito local*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios, Serie Empleo nº 13, Madrid, 2001, págs. 19 y ss.

cado Laboral, ya que su disposición derogatoria 1. h) derogó a la anterior. Se mantiene por tanto la figura de los Agentes de Empleo y el Desarrollo Local (arts. 7 y ss. OM) y los proyectos y empresas calificados como I+E (arts. 16 y ss. OM), pudiendo resurgir aquéllos como instrumentos eficaces y cercanos en las estrategias de desarrollo local participativa que se analizará más adelante¹²⁰.

La legislación europea, por su parte, también impulsó a los Entes Locales en materia de empleo a través de los principios de subsidiaridad y gobernanza, ya que en virtud de su mayor proximidad y cercanía a los ciudadanos podían adaptar mejor las decisiones políticas de dicho nivel. En este sentido, la cercanía de la Administración Local a las necesidades de los ciudadanos fue ya valorada a través de la Comunicación de la Comisión Europea de 7 de abril de 2000 al señalar que dicha característica los convierte en “socios esenciales para el éxito de la Estrategia Europea de Empleo”, mecanismo sobre el que ha girado la Política de Empleo en la UE. La propia Estrategia Europea de Empleo condicionó la redacción de la Ley de Empleo en 2003 incorporando la dimensión local a la Política de Empleo.

IV. BASE JURÍDICA DE LAS POLÍTICAS LOCALES DE EMPLEO

El art. 4 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, se dedica específicamente a “la dimensión local de la política de empleo”. En concreto, señala que “las políticas de empleo, en su diseño y modelo de gestión, deberán tener en cuenta su dimensión local para ajustarlas a las necesidades del territorio, de manera que favorezcan y apoyen las iniciativas de generación de empleo en el ámbito local. De conformidad con la Constitución, con los Estatutos de Autonomía y con la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas, en ejecución de las acciones y medidas de políticas activas, podrán establecer los mecanismos de colaboración oportunos con las entidades locales”. Añade que “las Entidades Locales podrán participar en el proceso de concertación territorial de las políticas activas de empleo, mediante su representación y participación en los órganos de participación institucional de ámbito autonómico”. El art. 4 LE finaliza señalando que “los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas serán los responsables de trasladar al marco del Sistema Nacional de Empleo la dimensión territorial de las políticas activas de empleo y de determinar, en su caso, la representación institucional de ámbito autonómico”

¹²⁰ Sobre los Agentes de Empleo y Desarrollo Local pueden verse, entre otros, CALVO GALLEG0, J.: “Políticas activas de empleo, subvenciones y contratación temporal: el caso de los agentes de empleo y desarrollo local”, *Temas Laborales* nº 83, 2006; CALVO PALOMARES, R.: “La situación laboral-contractual del agente de desarrollo local como factor delimitador de los efectos de su actividad: una propuesta de clasificación”, *Temas Laborales* nº 93, 2008.

El art. 4 LE fue afectado principalmente por la reforma del Real Decreto-Ley 3/2011, de 18 de febrero, de Medidas urgentes para la reforma de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, el cual introdujo expresamente la dimensión local de las políticas de empleo en nuestro país aunque sin pronunciarse expresamente sobre qué poderes públicos debían asumir esa iniciativa en cuanto a la configuración jurídica de dichas políticas. Quedaba claro, en todo caso, que la orientación local de la política de empleo era responsabilidad estatal o autonómica en virtud de los arts. 3, 13 y 17 de la LE pues la “colaboración” de la Administración Local no se traducían en competencias concretas en materia de empleo ya que ni los arts. 137 y 140 de la CE que consagran la autonomía local, ni las normas estatales o autonómicas que regulan las competencias locales, permiten dicha actuación.

La redacción actual del precepto, dada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la reforma del mercado laboral, no ha variado en lo sustancial de la anterior, pero ha despejado alguna incógnita terminológica planteada ya que la referencia expresa a las “entidades locales” acepta un concepto más amplio de destinatario que la que hacía la regulación precedente al referirse exclusivamente a las “Corporaciones Locales”. Queda claro, por tanto, que la norma incluye ahora a la totalidad de los entes locales descritos en el art. 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL, en adelante), dirigiéndose, entre otros, al Municipio, a la Provincia, a las Islas, a las entidades de ámbito territorial inferior al municipio, a las Comarcas, las áreas metropolitanas y mancomunidades de municipios¹²¹. Ello va en consonancia con lo señalado en su momento por la Comisión Europea en su Comunicación de 7 de abril de 2000 sobre “Actuación a favor del empleo. Una dimensión local para la Estrategia Europea de Empleo”, pues “el ámbito local no está limitado por las fronteras administrativas” sino que el mismo “viene definido por las afinidades culturales con que se identifiquen los ciudadanos de un lugar, por los sistemas productivos y los flujos comerciales locales, así como por las cuencas de empleo”.

Otra novedad destacable en la redacción del art. 4 LE es que, aunque en su propia gestación asumió lo señalado en la Estrategia Europea de Empleo¹²² -con-

¹²¹ Tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, el apartado 2 del art. 3 de la Ley Básica de Régimen Local queda redactado así: « 2. Gozan, asimismo, de la condición de Entidades Locales : a) Las Comarcas u otras entidades que agrupan varios Municipios, instituidas por las Comunidades Autónomas de conformidad con esta Ley y los correspondientes Estatutos de Autonomía; b) Las Áreas Metropolitanas; c) Las Mancomunidades de Municipios». Antes de la redacción actual, ya se pronunciaba a favor del sentido amplio SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “La dimensión local de la estrategia europea de empleo. Una aproximación desde la perspectiva de la legislación andaluza”, *Aranzadi Social doctrinal* nº 19, 2004, pág. 2.

¹²² El Consejo Europeo de Luxemburgo aprobó la Estrategia Europea de Empleo en 1997, antes de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam.

cebada en 1997 para coordinar las políticas nacionales de empleo de los Estados miembros de la UE¹²³-, sin embargo, ahora se elimina de su redacción la alusión expresa a la misma en tanto en nuestros días resulta pacíficamente asumida la intervención local en la política de empleo. No puede olvidarse, sin embargo, que gracias a la Estrategia Europea de Empleo se comprende la evolución de los servicios públicos de empleo local¹²⁴, a la vez que a otros instrumentos europeos que impulsan dicho ámbito.

En definitiva, debe tenerse en cuenta que las posibilidades de actuación de las Entidades Locales en el marco del empleo depende de lo señalado en la Constitución (arts.137 y 140), en los Estatutos de Autonomía y en las normas estatales, especialmente, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local y el RDLegislativo 781/1986, de 18 de abril por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. El art. 2 de la LBRL, tras la reforma producida con la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL, en adelante), señaló que “para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades Locales, la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”. Debe quedar claro, no obstante, que la materia de empleo no se contiene ni en los arts. 25-26 sobre competencias propias de las Entidades Locales ni en el art. 27 sobre competencias delegadas, suprimiéndose, además, la posibilidad de que los Municipios realicen actividades complementarias de las propias de otras Administraciones Públicas al dejarse sin contenido al art. 28 de la LBRL por la LRSAL. Se observa así una situación ambigua en la materia que nos ocupa pues resulta claro que el empleo es un asunto que afecta directamente al círculo de intereses de las Entidades Locales, pero, pese a ello, no se incluye entre las competencias que contemplan los arts. 25 y ss. de la LBRL. Resulta claramente voluntarista la posición de la administración estatal y autonómica en esta materia ya que son ellas las que, en atención a ciertos criterios, podrán o no atribuir competencias nuevas a las Entidades Locales, vol-

¹²³ Europa, en realidad, ya articulaba antes de 1997 medidas de política local a través de los Pactos Territoriales a favor del Empleo y las Iniciativas Locales de Empleo.

¹²⁴ En el mismo sentido, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “La dimensión local de la estrategia europea de empleo. Una aproximación desde la perspectiva de la legislación andaluza”, *Aranzadi Social doctrinal* nº 19, 2004, pág. 2.

viendo a plantearse con más fuerza la cuestión, ya mencionada, de si las CCAA pueden ceder sus competencias en empleo a las Entidades Locales, o si, en su caso, la ley estatal puede modificar el *status quo* actual y conferir competencias en materia de empleo a las entidades locales. En todo caso, el art. 7 LBRL señala claramente que las competencias de las Entidades Locales sólo pueden determinarse por ley –estatal o autonómica– y se ejercerán en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas¹²⁵. Importante es subrayar que al art. 25.3 LBRL se le dio una nueva redacción en 2013 por la LRSAL, estableciendo que deberá evaluarse por la ley “la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los mencionados principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera”, añadiendo que dicha evaluación deberá ir acompañada de una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios mencionados anteriormente¹²⁶; la Ley deberá prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades Locales y sin que ello pueda suponer, en ningún caso, un mayor gasto de las Administraciones Públicas. El apartado 5 del art. 25 LBRL introduce una puntualización importante pues señala que, en el marco de las competencias propias determinadas por ley en los arts. 25 y 26 LBRL debe garantizarse que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública. Con ello, puede plantearse abiertamente la posibilidad de que los entes locales dispongan de sus propios Servicios Locales de Empleo ya que el límite que señala el mencionado precepto se predica únicamente de las competencias propias de las Entidades Locales y no de las delegadas por otras Administraciones

¹²⁵ «1. Las competencias de las Entidades Locales son propias o atribuidas por delegación. 2. Las competencias propias de los Municipios, las Provincias, las Islas y demás Entidades Locales territoriales solo podrán ser determinadas por Ley y se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas. 3. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, podrán delegar en las Entidades Locales el ejercicio de sus competencias. Las competencias delegadas se ejercen en los términos establecidos en la disposición o en el acuerdo de delegación, según corresponda, con sujeción a las reglas establecidas en el artículo 27, y preverán técnicas de dirección y control de oportunidad y eficiencia. 4. Las Entidades Locales solo podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias. En todo caso, el ejercicio de estas competencias deberá realizarse en los términos previstos en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas».

¹²⁶ Conforme al art. 25.4 LBRL “Los proyectos de leyes estatales se acompañarán de un informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en el que se acrediten los criterios antes señalados”.

Públicas. Son, en definitiva, las leyes estatales o autonómicas las que tienen en su mano la mayor intervención de las Entidades Locales en materia de empleo.

V. EL NUEVO IMPULSO DEL ÁMBITO LOCAL DESDE LA COHESIÓN TERRITORIAL DE LA UE

La Unión Europea ha ido desempeñando un papel cada vez más activo en el impulso de la economía social de mercado, advirtiéndose que los modelos sociales de los distintos países miembros de la UE giran en torno a valores comunes pero cambiantes, como la solidaridad y la cohesión¹²⁷. Es, precisamente, este último concepto el que evidencia una evolución más significativa desde la perspectiva de nuestro estudio pues la cohesión territorial se alza, tras el Tratado de Lisboa, como una nueva dimensión de la política económica y social de la Unión Europea¹²⁸ pudiendo incidir en el papel que las Entidades Locales desempeñan en sus territorios en materia de empleo (art. 3.3 TUE).

En este sentido, puede señalarse que en el núcleo de las políticas de la Unión Europea se encuentra la Política de Cohesión económica, social y territorial, la cual no se limita a fijar compensaciones económicas entre los Estados miembros de la Unión para paliar las diferencias entre ellos, sino que pretende contribuir al progreso y prosperidad de la Unión Europea protegiendo su crecimiento en base a la creación de empleo, el desarrollo económico, la competitividad, la mejora de la calidad de vida y el desarrollo sostenible. Para alcanzar tales objetivos, la Estrategia Europa 2020 ha otorgado un lugar relevante a las Entidades Locales, convirtiéndolas en un instrumento fundamental para la consecución de tales objetivos. La cohesión territorial es, en definitiva, un objetivo explícito para la Política de Cohesión de la Unión Europea¹²⁹, advirtiéndose que desde comienzos de la crisis económica que asola a Europa, dicho objetivo ha adquirido un mayor interés e impulso en la medida que pretende eliminar o reducir las diferentes repercusiones que la crisis provoca en los distintos territorios que conforman Eu-

¹²⁷ Véase el Comunicación de la Comisión Europea de 20 de octubre de 2005 sobre “Los valores europeos en un mundo globalizado”.

¹²⁸ El Tratado de Lisboa y la Estrategia Europa 2020 han introducido la cohesión territorial como una dimensión fundamental de las políticas activas de empleo. El debate sobre dicho aspecto se abrió a principios de los años noventa y se retoma cada vez que se produce la incorporación de un nuevo Estado miembro a la UE. El concepto de cohesión social ha sufrido, además, una palpable evolución a lo largo de los años pues actualmente engloba no sólo el desarrollo económico de regiones más atrasadas o el apoyo de grupos sociales desfavorecidos, sino que abarca aspectos como la sostenibilidad ambiental y el respeto a las características territoriales y culturales de las diferentes partes de Europa. Véase el Informe de la Comisión Europea sobre la Política de cohesión económica, social y territorial de la UE (2010), en

http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/reports/cohesion5/index_es.cfm

¹²⁹ Vid. art. 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, el adelante).

ropa¹³⁰. Como indica el art. 4 del TFUE, la Unión Europea dispone de competencia compartida con los Estados miembros en materia de cohesión económica, social y territorial, desembocando ello en una necesaria colaboración para lograr los objetivos perseguidos por los Estados y la UE en esta materia. La cohesión social y territorial tiene, sin duda, un efecto directo en la política económica de los Estados miembros de la UE, encargándose el Título XVIII del Tratado de Funcionamiento de la UE de sentar los pilares de la futura política europea de desarrollo regional.

En todo caso, la territorialización de las políticas de empleo permite la descentralización de las mismas y atender mejor a las particularidades de cada territorio facilitando el reparto de las oportunidades de empleo. En la idiosincrasia de cada territorio se puede apreciar mejor la transversalidad de las políticas de empleo y el incremento de su eficacia al atender a las particularidades de cada territorio. Debe insistirse en que, tras el Tratado de Ámsterdam, la promoción del empleo se integró definitivamente en los objetivos comunitarios, estableciendo que las Políticas de Empleo de todos los Estados Miembros debían articularse a través de Orientaciones Anuales, Recomendaciones y Directrices¹³¹, a la vez que el Tratado de Lisboa añadió la cohesión territorial a los objetivos de cohesión económica y social. Es esta última perspectiva la que tal vez nos permita ver si el ámbito local ha sido reforzado por el legislador europeo, tolerando una mayor intervención de los entes locales en materia de empleo. La nueva regulación de los fondos del Marco Estratégico Común (2014-2020) se centra en la diversidad de las regiones europeas en materia de empleo y las características del mercado de trabajo, instando a los Estados miembros a tener en cuenta determinados elementos a la hora de diseñar sus Contratos o acuerdos de Asociación y sus programas, destacando el papel que las características regionales y locales juegan a la hora de concretar sus líneas de actuación. Se exige, además, un enfoque integrado que enlace Europa 2020 con los agentes regionales y locales para “mejorar la coordinación entre los diferentes niveles territoriales y las fuentes de financiación”¹³², circunstancia que puede acarrear el resurgimiento de los Agentes de Desarrollo Local.

Se ponen en marcha, así, las denominadas Estrategias de Desarrollo Local Participativo cuyo objetivo principal es la creación de Empleo. La herramienta utili-

¹³⁰ RODRÍGUEZ CRESPO, MJ Y VALLECILLO ORELLANA, A.: “La creación de empleo a través de la política de cohesión económica, social y territorial. El papel central del ámbito local”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* nº 39, 2014, pág. 7.

¹³¹ Desde 1997 se elaboran Directrices para las políticas de empleo de los Estados Miembros, elaborándose sobre los siguientes aspectos: Mejorar la capacidad de inserción profesional, Desarrollar el espíritu de empresa y la creación de empleo, Fomentar la capacidad de adaptación de las empresas y de sus trabajadores y Reforzar las políticas de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

¹³² Véase el documento de trabajo de los Servicios de la Comisión “Elementos relativos al Marco Estratégico Común 2014 a 2020 para el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, el Fondo Social Europeo, el Fondo de Cohesión, El Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y el Fondo Europeo Marítimo y de Pesca”, de marzo de 2012.

zada es el Desarrollo Local Participativo (DLP), regulada en los arts. 32 a 35 del Reglamento UE 1303/2013 y se apoya financieramente por el FEADER (Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural), pudiendo ser ampliado por los Fondos Estructurales FEDER (Fondo Europeo de Desarrollo Regional), el FSE (Fondo Social Europeo), el FEMP (Fondo europeo Marítimo y de la Pesca) y el Fondo de Cohesión, en adelante, denominados Fondos Estructurales y de Inversión Europeos (Fondos EIE).

El Dictamen del Comité de las Regiones de la Unión Europea de 20 y 30 de noviembre de 2012 sobre “El desarrollo Local Participativo”¹³³ ha señalado que el desarrollo local es un concepto global basado en el potencial existente en todos los tipos de regiones, fomentando el compromiso de las comunidades locales en la creación de grupos de acción local para la elaboración de estrategias integradas de desarrollo local. En estas estrategias, el contrato o Acuerdo de Asociación, participadas por las autoridades locales y otras autoridades públicas competentes, conforme al art. 5.1 del Reglamento UE n° 1303/2013, se configura como un elemento clave para determinar el papel de las Entidades Locales en materia de empleo. Si en ello puede verse un claro impulso de las entidades locales en el marco de la creación de empleo, sin embargo, se deja en manos de los Estados miembros la definición de los papeles respectivos del grupo de acción local y la determinación de las autoridades responsables de la ejecución de los programas pertinentes. Señala así el considerando 11 del Reglamento UE n° 1303/2013 que para el acuerdo de asociación “cada Estado miembro debe organizar una asociación con los representantes de las autoridades regionales, locales y urbanas y otras autoridades públicas y competentes [...]. El propósito de esa asociación consiste en respetar los principios de gobernanza en varios niveles y también tener en cuenta la subsidiariedad, la proporcionalidad y las características específicas de los diferentes marcos institucionales y jurídicos de los Estados miembros, así como garantizar que las partes interesadas hagan suyas las intervenciones planeadas [...]. Los Estados miembros deben identificar a los socios pertinentes más representativos. Entre dichos socios han de contarse las instituciones, organizaciones y agrupaciones que puedan influir en la preparación de los programas o que podrían verse afectadas por su preparación y aplicación. En este contexto, los Estados miembros también han de poder designar como socios pertinentes, cuando corresponda, a las organizaciones centrales, es decir, a las asociaciones, federaciones o confederaciones de autoridades regionales, locales y urbanas u otros organismos pertinentes, de acuerdo con la normativa y las prácticas nacionales aplicables”. La actuación del Estado debe obedecer, pues, a principios de competencia y coordinación y dar cabida a todas las comunidades locales que tengan un papel relevante en el marco económico y social.

¹³³ Dictamen “El desarrollo local participativo”, 98º, Pleno de los días 29 y 30 de noviembre de 2012, COTER-V-031, CDR 1684-2012.

Europa deja así la puerta abierta a una mayor intervención de las Entidades Locales en materia de empleo pero es, en definitiva, del Estado de quién depende nuevamente que las Entidades Locales adquieran un mayor protagonismo en materia de empleo.

3. FUERZA DE TRABAJO, MERCADO DE TRABAJO Y RELACIÓN DE TRABAJO

3.1. LA FUERZA DE TRABAJO Y SU SEGMENTACIÓN, COMO CONDICIONANTE SOCIOECONÓMICO DE LA REGULACIÓN JURÍDICA

JAIME CABEZA PEREIRO

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

I. LA SEGMENTACIÓN PRODUCIDA POR LA NORMA LEGAL

No estoy demasiado convencido de que la segmentación del mercado de trabajo condicione la regulación jurídica. Incluso me da la impresión de que sucede al revés: que el sistema jurídico produce segmentación. Por supuesto, no todas las causas de precariedad ni todas las circunstancias que generan identidades vulnerables ante el mercado de trabajo tienen un origen legal. Pero incluso en estos casos habrá que reconocer que nuestro ordenamiento jurídico no ha coadyuvado, al menos en la medida de lo necesario, para evitarla o disminuirla.

En estas páginas utilizaré el modelo español como ejemplo, aunque no deja de ser uno más en una economía globalizada en la que las tendencias generales son comunes. Las relaciones laborales estandarizadas, a jornada completa, por tiempo indefinido y con unos salarios razonablemente satisfactorios han dejado de constituir la tendencia dominante, a la vez que han proliferado muchas formas heterogéneas entre sí de trabajo atípico. Además, por diferentes motivos emergen colectivos que sufren particulares desventajas en los diferentes mercados laborales. Y, simultáneamente, los trabajadores típicos que podrían considerarse “*insiders*” se encuentran en una posición más precaria que hace años, por múltiples motivos que sería prolijo exponer, pero que se relacionan en su mayor parte con las nuevas formas de pro-

ducción y con los modelos organizativos predominantes en las empresas. En términos generales, basta con decir que la mayor exposición a la competencia global produce estrategias defensivas de todas las entidades productivas, que vierten su mayor inseguridad también sobre sus trabajadores¹³⁴.

Aunque también ha habido una causa eficiente de tipo jurídico en esta “precarización” de los trabajadores típicos, producida por una ola de reformas legislativas expresamente fundamentadas en la lucha contra la “dualización” o contra la “segmentación”. Con base en un pensamiento que, con mayor o menor sinceridad, pretendía disminuir la distancia entre típicos y atípicos, se ha producido una erosión intensa y extensa de los derechos de aquéllos, que tampoco ha conseguido a la postre aproximar los derechos de unos y otros porque las normas han perseverado también en el vaciamiento de los derechos de éstos, bajo el pretexto de configurar una normativa más *employment-friendly*¹³⁵. Con todo, puede decirse que falla el tercero de comparación, en el sentido de que ahora el contraste se produce entre unos trabajadores muy endeble frente a otros algo menos endeble, pero también asomados a la inseguridad.

Qué ha hecho la legislación a nivel interno puede explicarse mediante un continuo redescubrimiento de las “bondades” de los empleos atípicos para mejorar las estadísticas de los servicios de empleo. Cómo eso ha sido así a partir de los años ochenta ha ido sobradamente documentado¹³⁶. Y también puede comprobarse en la más moderna legislación laboral, empeñada en recetas de siempre, en relación con el fomento de contratos con libre desistimiento empresarial –contrato de apoyo a emprendedores- o con la hiper-flexibilidad en el contrato a tiempo parcial como único mecanismo de estímulo¹³⁷. Todos los datos, incluso los más parciales del Ministerio de “Empleo” revelan un nuevo desbordamiento de los contratos atípicos, a la espera de que una nueva situación desfavorable arrastre todo este semillero de nuevas contrataciones.

Tampoco en este aspecto somos originales. Es evidente que la normativa de la Unión Europea sobre los trabajadores temporales, a tiempo parcial o de empresas de trabajo temporal –entre otros instrumentos- lanza un mensaje de normalización

¹³⁴ Una reflexión de gran interés en DAVIES, P. Y FREEDLAND, M., “Changing perspectives upon the employment relationship in British Labour Law”, en VV.AA. (ed. BARNARD, C., DEAKIN, S. Y MORRIS, G.) *The future of labour law. Liber amicorum Bob Hepple QC*, Hart Publishing (Oxford, 2004) pp. 131 ss.

¹³⁵ Sobre este tema, PÉREZ REY, J., *El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo*, RDS, n° 57, pp. 51 ss.

¹³⁶ Contextualizando este tema en la última reforma, MORENO VIDA, M. N., *La reforma de la contratación laboral: de nuevo el fomento del empleo a través de la precariedad*, RGDTS, n° 34, 2013.

¹³⁷ CABEZA PEREIRO, J., *Trabajo a tiempo parcial: reformas en materia laboral y de Seguridad Social*, AL, n° 9, 2014, pp. 952 ss.

de los trabajos atípicos, también reproducido a través del *soft-law* y del método abierto de coordinación, con el estímulo de las mismas modalidades de relación laboral o con el fomento del empleo autónomo. En la Estrategia Europea de Empleo, lo cuantitativo ha desplazado totalmente a lo cualitativo, abandonado a un discurso muy efectista acerca de la flexiseguridad y las transiciones laborales. Como era esperable, ambos tópicos, poco a poco se van apagando como las modas pasajeras, sin que sean sustituidos por una reflexión auténtica sobre el empleo de calidad¹³⁸.

No es casualidad, por otra parte, que otras reformas de sistemas próximos al nuestro hayan perseguido orientaciones similares, y a la cabeza de todas las patrocinada por el gobierno socialdemócrata alemán de comienzos de la década pasada¹³⁹. Las consecuencias que se han producido, centradas sobre todo en una progresiva desigualdad e injusticia retributiva, en salarios situados en la órbita de las necesidades básicas de subsistencia o aún por debajo de las mismas y en una menor participación de las rentas salariales en la economía global de los diferentes Estados europeos, también están a la vista del gran público.

Hay que hacer referencia, así pues, a una precariedad legal, como causa de dualización del mercado de trabajo. Su salida natural debería ser, razonablemente, una regulación que intentara aproximar la situación de los atípicos a los de los típicos, y no a la inversa. Así se ensayó, con relativo acierto, en la reforma de 2006¹⁴⁰, pero su empuje inicial no fue complementado con otros pasos adicionales, sobre todo a partir de la legislación de crisis de 2010. Bien al contrario, las reformas legales de 2012 y de 2013 han generado una nueva y diferente casuística de flexibilidad, centrada en pseudo-contratos indefinidos –los contratos de apoyo a emprendedores– y contratos a tiempo parcial ya definitivamente apartados de las líneas maestras de los acuerdos entre el Gobierno y los sindicatos de 1998 y de los objetivos de la Directiva europea de 1997. Por desgracia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha demostrado una total falta de compromiso en el reconocimiento de las verdaderas categorías jurídicas que subyacen a las etiquetas de las modalidades contractuales, como se ha puesto de manifiesto en el asunto *Poclava*¹⁴¹. Es verdad que aquellos pequeños avances de 2006 no han sido derogados, aunque sí suspendidos en su vigencia real hasta el año 2014, mediante una normativa de crisis que ha in-

¹³⁸ Una reflexión de gran interés sobre estas tendencias en BARNARD, C., *EU Employment Law and the European Social Model: The past, the present and the future*, Current Legal Problems, vol. 67, 2014, pp. 210 ss.

¹³⁹ Sobre las reformas en Alemania, GIESECKE, J., *Socio-economic risks of atypical employment relationships: Evidence from the German Labour Market*, European Sociological Review, vol. 25, n° 6, 2009, pp. 629 ss.

¹⁴⁰ VALDÉS DAL-RÉ, F, *25 años de precariedad en la contratación laboral*, RL, n° 2, 2010, pp. 615 ss.

¹⁴¹ Asunto C-117/14, sentencia de 5 febrero 2015.

currido en los errores de siempre. Pero habrá que ver si se mantiene una vez que los contingentes amplios de nuevos trabajadores precarios alcancen períodos de prestación de servicios próximos a los veinticuatro meses.

Cuando se habla de precariedad legal raramente se añade a este discurso, más o menos generalizado, que el legislador genera además espacios concretos de vaciamiento de derechos en cuyo seno las diferencias con los trabajadores típicos resultan abismales. El caso del empleo doméstico –especialmente considerado por la profesora QUESADA SEGURA¹⁴²– puede ser el mejor ejemplo. De nuevo compartimos orientaciones con casi todos los sistemas legales de los países desarrollados cuando separamos a este colectivo feminizado en un régimen legal exiguo en derechos y en garantías. Por más que la normativa legal y reglamentaria aprobada en 2011 mejoró su situación laboral en relación con el régimen de 1985¹⁴³, las reformas más recientes en materia de Seguridad Social, después de haber integrado el servicio doméstico en el régimen general a través de un sistema especial, de nuevo incurren en diferencias tópicas y formales entre empleo autónomo y empleo por cuenta ajena. Sin que dejen de reconocerse los avances, es necesario añadir que la experiencia tozuda ha puesto de manifiesto que una regulación más “flexible” y cicatera en derechos no ha tenido apenas eficacia en la lucha contra el empleo informal.

Otro importante caso de segregación promovida por la normativa legal se refiere al trabajo autónomo. También a este respecto hay un trasfondo social condicionante, puesto que la independencia jurídica es una consecuencia más de las nuevas formas de organización y de contratación externa de cualquier parte de la actividad, y de las respuestas que produce la economía de mercado. Pero la autonomía real no es una derivada necesaria de la falta de dependencia jurídica, sino que ésta y la material no siempre se hacen coincidir. No cabe duda de que existe un segmento profesional cualificado dispuesto a asumir riesgos y que no requiere ni demanda la protección de la normativa laboral. Pero, en otros casos, realmente la independencia jurídica es una construcción del Derecho que, de acuerdo con unas convenciones jurisprudenciales más o menos arraigadas, excluye de la condición de trabajadores a colectivos que quedan muy desprotegidos. Es evidente que hay modelos de relaciones laborales donde esta tendencia resulta mucho más acusada, como es el ejemplo más claro del Reino Unido¹⁴⁴, pero también en el caso español la misma orientación se aprecia con claridad. En realidad, el Estatuto del Trabajador Autónomo ha mitigado algo la situación, con la creación del concepto del trabajador

¹⁴² *El contrato de servicio doméstico*, La Ley (Madrid, 1991).

¹⁴³ CORDERO GORDILLO, V., *La relación laboral especial del servicio del hogar familiar RD 1620/2011, de 14 de Noviembre*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2014).

¹⁴⁴ Véase el muy importante estudio de FREEDLAND, M., *From the contract of employment to the personal work nexus*, *Industrial Law Journal*, vol. 35, n° 1, 2006, pp. 1 ss.

autónomo económicamente dependiente y con la atribución de competencias limitadas a la Jurisdicción Social. Pero con todas las limitaciones intrínsecas a la propia norma, que condiciona la elaboración judicial de las categorías de trabajador y autónomo¹⁴⁵. Con la clara consecuencia de que se ha configurado un concepto jurídico de trabajador de espaldas y ciego a la realidad económica y social circundante. Esto es, un claro ejemplo de precarización jurídica.

Es asimismo digna de mención otra tendencia clara, que consiste en otorgar supremacía al ordenamiento mercantil sobre el laboral, la cual resulta muy eficaz a la hora de desmontar la red de protección del Derecho del Trabajo. Un caso muy claro viene de la mano de las libertades de prestación de servicios y de establecimiento del Derecho originario de la Unión Europea. De ello constituye un inmejorable ejemplo la relación laboral de estiba portuaria, recientemente dinamitada por la sentencia resolutoria del asunto *Comisión c. Reino de España*¹⁴⁶. Asimismo, el Derecho de la competencia cuestiona otras tantas normativas protectoras, como ahora puede comprobarse con la amenaza que ha formulado el propio Tribunal de Justicia contra los acuerdos de interés profesional de los autónomos económicamente dependientes¹⁴⁷. Como ya hace años había advertido LORD WEDDERBURN¹⁴⁸, estas tendencias asomaban para quedarse, por más que el Derecho de la Competencia nada debería de tener que ver con la protección de los trabajadores.

El Derecho ha generado, pues, numerosos espacios de precariedad. El caso más claro, sin perjuicio de todo lo dicho, viene dado por el estatuto del trabajador inmigrante, afectado por las normas de extranjería, que lo ubican en una posición diversa en atención al estatus que haya obtenido. En algunos casos, su situación jurídica, derechos políticos al margen, será bastante próxima a la de los nacionales del país de acogida. A partir de ahí, los diferentes permisos de residencia y trabajo —más o menos duraderos y limitados funcional y geográficamente— ubican a la persona extranjera en una posición progresivamente precaria y vulnerable a los abusos, ante la perspectiva de una no renovación de sus autorizaciones administrativas, de una falta de acceso a las prestaciones del sistema de Seguridad Social o de una expulsión del Estado receptor. En estas condiciones, los tentáculos de las prácticas informales son muy alargados. No cabe duda de que hay muchos condicionantes sociales para que estas personas merezcan la consideración de vulnerables, pero también lo es que unas normas de extranjería rígidas y defectuosamente planteadas

¹⁴⁵ Sobre este tema, por ejemplo, GARCÍA JIMÉNEZ, M. Y MOLINA NAVARRETE, C., *El estatuto profesional del trabajador autónomo: diferenciando lo verdadero de lo falso*, Tecnos (Madrid, 2008).

¹⁴⁶ Asunto C-576/13, sentencia de 11 diciembre 2014.

¹⁴⁷ Asunto C-413/2013, *FNV Kunsten Informatie en Media*, sentencia de 4 diciembre 2014. Sobre ella, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *Contratación colectiva, derecho de la competencia y trabajo autónomo*, La Ley, n° 8462, 2015.

¹⁴⁸ LORD WEDDERBURN, "Freedom and frontiers of labor law", en su obra recopilatoria *Labour Law and Freedom: Further Essays in Labour Law*, Lawrence & Wishart (Londres, 1995) pp. 375 ss.

multiplican la precariedad a la que se ven sometidas. Puede decirse, en síntesis, que la situación de los inmigrantes es el paradigma más evidente de precariedad legal¹⁴⁹.

II. LOS PERFILES VULNERABLES

Hay, desde luego, segmentaciones cuyo origen no debe buscarse en la norma legal. En realidad, el Derecho actúa como catalizador de las convicciones de la sociedad, de tal forma que las situaciones que se han calificado como de precariedad legal encuentran su origen en unas perspectivas de la norma laboral que consideran el Derecho del Trabajo como un sistema al servicio de la empresa y de sus necesidades. Sin dejar de ser eso cierto, es también verdad que la norma legal traduce conscientemente al mundo jurídico tales perspectivas y genera trabajadores más o menos precarios.

Pero hay otras circunstancias que ni siquiera son producto de una voluntad consciente del cuerpo legislativo, sino que se producen a causa de dinámicas sociales de supremacía y subordinación, a partir de la pertenencia a unos grupos favorecidos o victimizados. Estas dinámicas generan perfiles de personas vulnerables por su pertenencia al segundo tipo de grupos. Y la vulnerabilidad se extiende también, como no podía ser de otro modo, al ámbito de las relaciones laborales. En tales situaciones, ni siquiera hay una pretendida racionalidad económica que sostenga el tratamiento peyorativo o los perjuicios que sufren las personas victimizadas, sino que uno y otros solo obedecen a discriminaciones sistémicas que sufren los grupos a los que pertenecen¹⁵⁰.

La norma legal –también la laboral– responden a tales situaciones de diversas maneras, aunque en términos generales puede decirse que no ha contribuido demasiado a que desaparezcan las circunstancias desventajosas. Si tradicionalmente se han admitido discriminaciones directas y abiertas contra colectivos definidos con base al sexo de pertenencia, a la raza, a la religión, a la edad, o a la discapacidad, por formular solo algunos ejemplos, no cabe duda de que se ha producido un importante avance con la ayuda de la igualdad formal como concepto impeditivo del tratamiento deliberadamente desventajoso hacia personas definidas a partir de unas características. Las causas de diferenciación que cabe calificar como

¹⁴⁹ Una reflexión de calado en FUDGE, J., *Precarious migrant status and precarious employment: The paradox of international rights for migrant workers*, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, n° 34, 2012, sobre todo *ad. p.* 96.

¹⁵⁰ Es de cita necesaria el libro de SHEPPARD, C., *Inclusive equality: The relational dimensions of systemic discrimination in Canada*, McGill-Queen's University Press (Montreal, 2010).

“odiosas” solo en situaciones muy determinadas, cuando constituyen requisitos profesionales ineludibles, deben admitirse por lo que respecta al empleo y las condiciones de trabajo¹⁵¹. Aunque a este respecto habría que diferenciar entre unas causas de discriminación y otras, porque en algunas –vg., la edad o la discapacidad- las justificaciones de los tratamientos peyorativos se admiten con mayor naturalidad.

Ahora bien, la igualdad formal se ha mostrado ineficaz a la hora de luchar contra las diferencias estructurales que sufren estos mismos grupos. Es más, ha profundizado la brecha entre colectivos favorecidos y colectivos desfavorecidos. Y no solo por su ceguera en la apreciación de las discriminaciones sistémicas que sufren los segundos, sino también y sobre todo por la tendencia a reafirmar el *status quo* de los primeros, al tratarlos igualmente que a los demás pese a su situación favorable. De tal forma que la igualdad formal contribuye al agrandamiento de la brecha entre los colectivos favorecidos y los victimizados. En este escenario, no sorprenden las dificultades que encuentra en su consolidación y aceptación general el concepto de discriminación indirecta, desde luego sustentado, por lo que respecta a nuestro Derecho interno, en el deber de los poderes públicos de promover la igualdad real y efectiva, recogido en el art. 9.2 de la Constitución. El poder judicial, educado en el respeto absoluto por el derecho a la igualdad –formal- del art. 14 de la Constitución, no ha absorbido con naturalidad la jurisprudencia internacional y europea en torno a la discriminación indirecta, por más que haya notables sentencias del Tribunal Constitucional y de la justicia ordinaria que lo asumen y proclaman. Pero, en términos generales, y pese a que el bloque de constitucionalidad –por lo menos en cuanto al sexo- y la legislación ordinaria han hecho propia la prohibición de la discriminación indirecta, la práctica judicial en casi nada ha contribuido a la hora de afrontar las desventajas sistémicas que sufre gran parte de la población y que la segmentan en todas las relaciones sociales, entre ellas las laborales. Por su parte, la negociación colectiva sigue siendo un avispero de discriminaciones indirectas, en particular en todo lo que afecta a los sistemas clasificatorios y retributivos¹⁵².

Es más, la incidencia de las convenciones sociales en la configuración y en la aplicación de las normas produce que aquélla y ésta se desarrollen de forma tendenciosa, en perjuicio de los grupos desfavorecidos. No hace falta formular muchos ejemplos, porque es evidente que ello es así, pero, para enfatizar el problema de la segmentación laboral, pueden proponerse algunos: es evidente que un tratamiento muy desfavorable del trabajo a tiempo parcial –como el que resulta del RD-Ley

¹⁵¹ LOUSADA AROCHENA, F., *Fundamentos del derecho a la igualdad de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch (México DF, 2015) pp. 86 ss.

¹⁵² SALDAÑA VALDERAS, E., *Discriminación retributiva en función del género: un análisis técnico y jurídico*, Mergablum (Sevilla, 2004).

16/2013, de 20 diciembre- implica un tratamiento peyorativo hacia las mujeres trabajadoras, que en número desproporcionadamente alto en relación con los varones se vinculan por este tipo de contratos. O también lo es que unas reglas que valoren desproporcionadamente las capacidades físicas de una ocupación favorecen a los trabajadores jóvenes frente a los mayores. O que la exigencia más allá de lo razonable de ciertas reglas sociales o culturales constituye un hándicap para las minorías étnicas o raciales, del mismo modo que el seguimiento de un calendario laboral de connotaciones cristianas puede desfavorecer el empleo de miembros de otras confesiones religiosas.

Además, al Derecho le falta, también sea dicho en términos generales, vocación compensadora. Las medidas de acción positiva o de discriminación positiva, o, más globalmente, todo lo que ha sido definido como *affirmative action*, también se contempla con suma desconfianza¹⁵³. Siempre se someten a un rígido escrutinio de necesidad y proporcionalidad en unas condiciones que, dicho sea también con las debidas excepciones, producen casi siempre que la igualdad formal se imponga. De hecho, en nuestro modelo de relaciones laboral, este tipo de medidas positivas y compensadoras, por más que expresamente contempladas desde hace años en el art. 17 del Estatuto de los Trabajadores, apenas han tenido incidencia.

Por otra parte, existe una tendencia muy acentuada de contemplar las diferentes causas de discriminación como compartimentos estancos. Quizá en eso tenga gran culpa el Derecho de la Unión Europea, que no ha fomentado una visión integradora de las diferentes causas que contempla en las Directivas que se han dictado en desarrollo de los arts. 19 y 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por más que la mayoría de ellas se integran en la Directiva Marco 2000/78/CE. Todos los sistemas de los Estados Miembros, y por supuesto el español, no han tenido en consideración con la suficiente importancia el fenómeno de la discriminación múltiple e intersectorial, desde luego más presente en algunos de los modelos jurídicos de corte anglosajón y en la normativa de Derechos Humanos de Naciones Unidas. No ha habido suficiente sensibilidad hacia la situación específica que padece, por ejemplo, una mujer discapacitada, o una persona mayor perteneciente a una minoría racial¹⁵⁴. Es más, en el caso español hemos asistido a un proceso de reconocimiento casi en exclusiva de la discriminación por razón de sexo, con oscurecimiento absoluto de las demás. Que, por otra parte, y con el honoroso caso de la discriminación racial, han sido reguladas en términos de lucha contra las mismas en una legislación anodina y clandestina. Hasta tal punto ello ha

¹⁵³ ELÓSEGUI ITXASO, M., *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres: un estudio de la legislación alemana y la Directiva 76/207/CEE desde la teoría de la argumentación de Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, 2003).

¹⁵⁴ Una acerada crítica a esta consideración aislada en MURPHY, C., *The enduring vulnerability of migrant domestic workers in Europe*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, 2013, p. 600.

sido así que, con razón, la reciente advocación del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades a las demás causas de discriminación ha producido un notable enfado entre los colectivos feministas. Los cuales han sido bien conscientes del gran paso atrás que ello supone, ante el estadio pre-democrático en el que se encuentran las mismas.

Tampoco debe olvidarse la dificultad intrínseca que plantea la técnica del tercero de comparación a la hora de definir al trabajador estándar frente al que deba contrarrestarse la situación o el tratamiento adversos o desventajosos. Por una parte, la postura tradicional de exigirse uno real y concreto no termina de superarse. Por otra, aunque en una configuración hipotética, ese tercero no se define fácilmente a partir de las situaciones particulares de las personas que pertenecen a uno o varios de los colectivos victimizados, pues esta pertenencia las singulariza de tal forma que no resulta fácil elaborar comparaciones. De hecho, el análisis de la doctrina judicial de cualquier órgano internacional o interno –vg. el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁵⁵, el Comité para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer o el propio Tribunal Supremo Federal de EEUU- siempre pone de manifiesto que esta identificación supone una de las tareas más difíciles para admitir concretas discriminaciones.

Otra cuestión nunca completamente cerrada es el propio enunciado de las propias causas de discriminación, en particular las que no pertenecen al núcleo de las expresamente citadas en las normas sobre derechos humanos o en los preceptos constitucionales correspondientes. En el caso español, algunas se han ido reconociendo al compás del Derecho de la Unión Europea –en particular, la edad, la discapacidad y la orientación y la identidad sexual-. Pero otras pugnan por incorporarse, incluso algunas que tienen un origen claro en decisiones legales, como es el caso más evidente de la discriminación por nacionalidad, que constituye actualmente uno de los grandes temas de debate en la doctrina sobre derechos humanos¹⁵⁶.

Ya formulando un breve comentario sobre algunas de las formas de segregación laboral más enquistadas en nuestro sistema de relaciones laborales, sin duda alguna el sexo tiene un lugar muy protagonista. Las mujeres padecen la mayoría de las situaciones precarias a las que se ha hecho referencia anteriormente por adscribirse en proporción más elevada a las formas de prestación de servicios atípicas – en particular, a tiempo parcial y temporales, aunque también autónomas-. Asimismo, sufren todas las consecuencias adversas derivadas de unas normas sociales que las responsabilizan como madres y las descalifican como trabajadoras,

¹⁵⁵ Por proponer un caso paradigmático, el asunto C-313/02, *Wippel*, sentencia de 12 octubre 2004.

¹⁵⁶ Sobre este debate, vg., BLOOMEKATZ, R., *Rethinking immigration status discrimination and exploitation in the low-wage workplace*, UCLA Law Review, nº 54, 2007, pp. 1983 ss.

con gran perjuicio en sus carreras profesionales, en sus trayectorias de empleo y en sus posibilidades de promoción. Esas mismas normas sociales las arrastran a las escalas más bajas de los sistemas clasificatorios y las hacen víctimas de las distintas formas de acoso sexual y sexista. Y, muy en particular, las ubican en trabajos feminizados, generándose una intensa segregación entre trabajos “de hombres” y trabajo “de mujeres”, aquéllos de mayor calidad, cualquiera que sea el patrón de medida que se utilice. Por lo demás, la discriminación indirecta actúa ampliamente en el mundo de las relaciones laborales proyectando unas reglas que perjudican a las trabajadoras, como población desfavorecida en el mundo de la economía formal. Pese a una apariencia neutra, las normas legales y convencionales, en no pocas ocasiones, producen efectos desfavorables entre las mujeres, de tal forma que, aunque de forma no intencionada, también desde este punto de vista puede hablarse de una precarización normativa.

En cuanto a la edad, constituye una de las causas más difíciles de abordar. Entre otras razones, porque la diferencia de tratamiento por este motivo está ampliamente admitida socialmente. Es más, la existencia de múltiples estereotipos relacionados con la juventud excesiva o con la mayor edad de las personas explican decisiones que no necesariamente obedecen a una racionalidad económica. Argumentos tales como que los trabajadores jóvenes carecen de la experiencia necesaria, o de las capacidades organizativas o de liderazgo exigibles para desempeñar determinadas tareas de responsabilidad coinciden con otros como que los trabajadores mayores son poco adaptables, no manejan con habilidad suficiente las nuevas tecnologías o no están dispuestos a reciclarse profesionalmente. Además, muchas decisiones se revisten de una racionalidad económica, real o aparente, que también segrega a los trabajadores en función de su edad. A título de ejemplo, la opción por los trabajadores de mayor edad a la hora de amortizar puestos de trabajo se basa, al menos al expresar su motivación, en que resultan los más caros o en que son los que mejor pueden amortiguar los efectos del despido a través de los sistemas de tránsito a la jubilación. Por motivos casi paralelos, se presupone que los jóvenes sufren menos con las decisiones extintivas o con los traslados por argumentos tales como que carecen de cargas familiares, de cargas financieras o que están menos arraigados a una determinada zona geográfica. Por otra parte, es indudable que el mercado de trabajo, como parte de las relaciones sociales, está atravesado por un culto a la juventud que tiende a considerar a los mayores como pasados de moda y a pretender hacerlos invisibles¹⁵⁷.

Desde un punto de vista estrictamente legal, la discriminación por edad admite diversas derogaciones, tal y como ha sido concebida en otros sistemas normativos,

¹⁵⁷ Algunas reflexiones de interés en O’CINNEIDE, C., *The growing importance of age equality*, The Equal Rights Review, vol. 11, 2013, pp. 99 ss.

pero también en la Unión Europea. El art. 6 de la Directiva Marco 2000/78/CE es un ejemplo de relativización amplia de una causa de discriminación a través de un catálogo de alternativas generales de distinto tratamiento que excede sobradamente el concepto estricto de excepción de buena fe ocupacional. Por consiguiente, también a este respecto las posibilidades de introducir medidas que segmenten a los trabajadores en perjuicio de grupos que se definan en función de la edad es muy amplia.

Algunas ideas parcialmente coincidentes habría que formular en relación con la discapacidad. En torno a ella también hay un considerable abanico de estigmas y de estereotipos que actúan contra las personas que ostentan ciertas discapacidades, no necesariamente las más visibles. La participación en el mercado de trabajo de estas personas es muy reducida, tanto se aprecie en términos comparativos como absolutos. Se plantean, además, grandes dificultades para poner en marcha medidas efectivas, dados los oscuros e imprecisos límites con que actúa en cada caso el deber de adaptación. Estas circunstancias y otras más dificultan su inserción y desarrollo profesional, de tal modo que solo en el ámbito de los empleos acompañados con medidas de fomento y de apoyo, y en particular en el desarrollo de tareas poco cualificadas, se aprecia una presencia significativa de trabajadores discapacitados. Puede argüirse –también podría hacerse en relación con la edad– que el reconocimiento de esta causa de discriminación es relativamente reciente, y aún lo es más su asunción por parte de la normativa internacional de derechos humanos. Pero no cabe duda de que se trata de un colectivo de personas especialmente vulnerables ante el mercado de trabajo. Más que un grupo, habría que hablar de una multiplicidad de grupos, pues el abanico de situaciones que producen discapacidad, máxime desde la perspectiva hoy generalmente aceptada de un modelo social, está marcado por la heterogeneidad. De tal modo que solo en términos muy figurados cabe referirse a un colectivo homogéneo¹⁵⁸.

Evidentemente, había que reproducir el discurso con afirmaciones y matices en torno a otras causas de discriminación con especial presencia en el ámbito de las relaciones laborales. En particular, habría que hacer referencia a la que se produce por religión o raza –consideradas separadamente en el acervo normativo de la Unión Europea y dotadas de un relieve algo mayor que las demás, a excepción de la que se produce por razón de sexo–. Habría que aludir también a la que se basa en la orientación o la identidad sexual de las personas, particularmente afectada por muchos convencionalismos sociales. Convendría enunciar alguna que está emergiendo –al menos en su enunciado jurídico– al margen de la normativa deri-

¹⁵⁸ Así lo pone de manifiesto HENDRIKS, A., “The UN Disability Convention and (multiple) discrimination: should EU non-discrimination law be modeled accordingly?”, en VV.AA. (ed. WADDINGTON, L. Y QUINN, G.), *European Yearbook of Disability Law*, vol. 2, Intersentia (Oxford, 2010) p. 21.

vada europea, como es la que se produce por la clase social de origen o de pertenencia. Con todo, los ejemplos propuestos son suficientes para poner de manifiesto cómo la pertenencia a grupos o a colectivos socialmente victimizados se entremezcla en el mundo de las relaciones laborales con unas normas legales y convencionales y con unos usos y costumbres arraigados que producen segmentación. De tal modo que, como resultado, las situaciones precarias y vulnerables se alimentan recíprocamente.

III. PRECARIEDAD, VULNERABILIDAD Y SEGMENTACIÓN

Las causas de la segmentación deben buscarse, así pues, no solo en las normas sociales que producen que ciertos grupos de personas sean más vulnerables a padecer situaciones de exclusión y abusos en el mercado de trabajo, así como a situarse en las órbitas más periféricas del mismo, bien alejados de los trabajadores típicos que disfrutaban de las condiciones de trabajo más regulares. También las normas legales producen una precariedad que, por haber sido generada por la propia legislación laboral, puede definirse como precariedad normativa. Es evidente que el Derecho del Trabajo, más orientado ahora a las necesidades de la empresa, configura formas de contratación especialmente atípicas en las que los derechos tradicionales se ven casi siempre cuestionados. Es más, los modelos teóricos que se apuntan entre la doctrina económica, tales como el de contrato único¹⁵⁹, redundan en este vaciado de la posición jurídica que tradicionalmente ha garantizado la normativa laboral. Como se ha expresado, el modelo de trabajador típico dotado de derechos se va difuminando a golpe de reformas que lo cuestionan con el argumento de que sus prerrogativas excesivas son causa de la propia debilidad de los *outsiders*. Se pretende reducir el problema de los trabajadores atípicos a través de medidas que, en realidad, eliminan el propio concepto de trabajador típico.

Sin duda alguna, las exigencias del mercado y de la economía globalizada empujan e imponen mercados de trabajo más flexibles. Y la segmentación laboral es una consecuencia inevitable. En este escenario, la realidad se vuelve sobre todo contra los trabajadores más débiles de la población y contra los que ocupan una posición más precaria en el mercado de trabajo. En este sentido sí que puede decirse que la segmentación laboral es condicionante de la regulación jurídica, porque parte de unas estructuras sociales que prejuzgan quiénes van a ser los *outsiders*. Además, porque también está empujando hacia una regulación a la baja de los *insiders*, con el argumento aparente de que así se reducirán las disparidades. Dicho en otras palabras, la diferencia de la estabilidad y de las condiciones de trabajo entre trabaja-

¹⁵⁹ Sobre él, vg., GOERLICH PESET, J.Mª., *¿Contrato único o reforma del despido por causas empresariales?*, RL, nº 1, 2010, pp. 1205 ss.

dores típicos y atípicos está sirviendo de coartada para restringir los derechos de aquéllos. No es, en realidad, tanto un condicionante material como formal, una argucia en la que justificar decisiones que solo obedecen a un mayor beneficio de la parte empleadora.

Cuando se utilizan los términos “trabajador precario” y “trabajador vulnerable” se emplean casi como sinónimos, aunque con el primero de ellos se quiere hacer hincapié más bien en circunstancias más regulatorias que sociales. Es decir, poner de manifiesto que la prestación de servicios se desarrolla a través de una modalidad de relación jurídica que se aparta considerablemente del paradigma de contrato laboral indefinido, a jornada completa, y dotado de derechos. La precariedad no está, así pues, tanto en las condiciones personales y sociales de la persona que presta los servicios, sino en el marco normativo. O, si acaso, en ciertas circunstancias socio-laborales que afectan al entorno –una crisis sectorial, comarcal o general, una reestructuración de empresa o circunstancias similares. En contraste, el adjetivo “vulnerable” atiende más bien a los perfiles personales y de pertenencia a un grupo que producen que determinados trabajadores tengan una posición más débil en su presencia en el mercado de trabajo, estén más expuestos a abusos por parte de sus empleadores y sufran mayor riesgo de exclusión del mercado de trabajo y, en general, de exclusión social. En este sentido, se ha pretendido en estas páginas diferenciar ambos conceptos.

Ahora bien, en realidad los dos adjetivos –vulnerable y precario- confluyen en un mercado de trabajo que encuentra cada vez más pretextos y más técnicas normativas para generar una gran flexibilidad en las relaciones situadas más en la periferia. La segmentación se alimenta mediante una carrera constantemente a la baja en derechos laborales, en la que los más precarios –que tienden a coincidir con los más vulnerables- sirven de avanzadilla, a la que siguen los trabajadores típicos, que también comparten, en grado creciente, la inestabilidad, las amenazas y la exposición al abuso que ha caracterizado a los atípicos.

Que el mercado de trabajo esté segmentado refleja, sin ningún género de dudas, una patología de funcionamiento. Y que esta patología debe plantear una agenda reformadora es evidente. Ahora bien, los planteamientos teóricos que se han formulado últimamente, al menos en su traducción práctica, no han mejorado en absoluto la situación en los márgenes del mercado de trabajo. No parece que los trabajadores que cabe calificar como atípicos hayan visto progresar su situación laboral ni, mucho menos, cuenten con algo más de seguridad. Más bien, todo lo contrario.

3.2. DEL MERCADO DE TRABAJO A LA SOCIEDAD DEL TRABAJO: LA RELACIÓN LABORAL COMO RELACIÓN SOCIAL

ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO

Profesor Titular (Acreditado a Catedrático)

Universidad de Málaga

«No debemos orar para ser protegidos de los peligros,
sino para no temer cuando los enfrentemos»

(Rabindranath Tagore)

A Rosa, ante todo valiente y luchadora, con tanta admiración como afecto

Si el trabajo pasa a ser considerado objeto del mercado, es innegable que convierte a éste en un mercado peculiar, cuyas particularidades han querido ser explicadas aduciendo que el llamado mercado de trabajo constituye propiamente una institución social. Es ésa la idea lanzada por Robert Merton Solow, premio nobel de Economía en 1987, en su obra “El mercado de trabajo como institución social” (publicada en inglés en 1990 y, en español, en 1992), donde defiende el argumento de que, sin olvidar el efecto de la oferta y de la demanda, la justicia juega un papel significativo en el funcionamiento del mercado de trabajo¹⁶⁰. En realidad a Solow no le interesa centrarse en la noción de institución social –respecto de la cual no es muy específico–, sino en la dinámica del mercado de trabajo. A diferencia de la tradición dominante dentro de la Economía, para la cual el mercado de trabajo es exactamente igual que los otros mercados, él afirma que “el mercado de trabajo es realmente diferente. En particular sostengo que el mercado de trabajo no puede entenderse sin tener en cuenta que los participantes, en ambos lados, tienen ideas muy claras de lo que es justo e injusto”¹⁶¹. Así, la teoría económica tradicional, en la medida en que aplica al mercado de trabajo categorías teóricas ya establecidas, encuentra problemas para explicar dos concretos fenómenos, relacionados entre sí: la inflexibilidad en la fijación de las cuantías salariales y la persistencia de tasas elevadas de desempleo; ante lo cual Solow considera necesario tener en cuenta la existencia de normas sociales –muy especialmente las relacionadas con la justicia–, que constituyen restricciones al libre funcionamiento de la oferta y la demanda.

Ciertamente las normas estatales o pactadas constituyen, por sí mismas, restricciones importantes al funcionamiento del mercado laboral conforme a la oferta

¹⁶⁰ SOLOW, R.M., *El mercado de trabajo como institución social*, Alianza Editorial, Madrid, 1992, p. 36.

¹⁶¹ *Ib.* 23.

y la demanda. Pero, con independencia de que dichas normas existan, la referencia de Solow al mercado de trabajo, en cuanto “institución social”, supone ofrecer un modelo de mercado laboral que sirve como alternativa a los modelos tradicionales, basado en la interacción de los sujetos en función, no sólo de la oferta y la demanda, sino atribuyendo un papel significativo a las pautas sociales de conducta que se apoyan, a su vez, en el sentido de justicia de los agentes. Así lo expresa en primera persona: “Yo creo que las normas sociales surgen de la experiencia y la razón. No competimos por los puestos de trabajo de los demás tratando de recortar los salarios que se pagan porque nos han enseñado que eso es injusto, o degradante, o inaceptable, o –quizá– autodestructivo. Supongo que una persona reflexiva podrá racionalizar esta especie de norma percibiendo que la vida en el mercado de trabajo sería muy desagradable –mala, brutal y breve, podríamos decir– sin ella. Yo no sé cómo se establecen este tipo de normas, hablando históricamente, pero una vez que se establecen su fuerza emana de los valores compartidos y de la aprobación y desaprobación social, no del cálculo. Finalmente se internalizan”¹⁶².

De alguna forma podría, pues, decirse, que la visión del mercado de trabajo como institución social se conecta sobre todo con el sentido de justicia (social). Lo que en realidad significa desmentir el sentido que, de forma directa y simple, se deduce de la expresión “mercado de trabajo”; enfocar dicha realidad más propiamente como interacción –más allá del estricto mercado–, en la que no sólo cuentan los aspectos mercantiles sino también, significativamente, los aspectos sociales y humanos del trabajo. La segunda parte de la expresión –el *trabajo*, más que el mercado– ha constituido, de hecho, el ámbito de desarrollo natural y tradicional de un conjunto de reglas y contenidos de justicia, en base a las cuales se han venido vertebrando las relaciones laborales, mientras el trabajo ha jugado de hecho un papel central en la vida social. El problema surge en la sociedad post-industrial, que ya no es “sociedad del trabajo”, como ha apuntado Claus Offe, porque el trabajo ha dejado de ser central. En este sentido se hace difícil referir al trabajo y a la organización de las relaciones laborales el conjunto de consideraciones subjetivas y morales de carácter colectivo que –a modo de “institución social”– traducibles en contenidos de justicia y pautas sociales. Por lo que dicho autor plantea “la pregunta por la ‘crisis de la sociedad del trabajo’ justamente en orden a la relevancia subjetiva y al valor de la esfera del trabajo. Una sociedad capitalista y altamente desarrollada tiende manifiestamente a relegar moral, cualificacional y económicamente a partes crecientes del potencial social de trabajo de la participación en la esfera de la actividad lucrativa; y además no dispone de los recursos culturales o de los medios coercitivos económicos que serían necesarios para estabilizar en cualquier caso la centralidad subjetiva de la orientación por el trabajo, la eficacia y las rentas de la actividad lucrativas por la vía de normas de carácter cultural o por la muda fuerza

¹⁶² *Ib.* 64.

de los procesos de mercado. No es sólo objetivamente como el trabajo se ha visto relegado de su condición como hecho vital central y autoevidente; también subjetivamente –en consonancia con ese desarrollo objetivo, pero discrepando de los valores y de las pautas de legitimación oficiales de la sociedad- ha perdido esa posición en el interior del fondo motivacional de los trabajadores”¹⁶³.

Pero, si de los dos términos de la expresión “mercado de trabajo” es el segundo el que viene a menos, ello no significa necesariamente que quede el mercado como único valor, siempre que siga resultando posible mantener de alguna forma la orientación a la justicia. El propio Offe sugiere al respecto, entre otros posibles enfoques, la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas, a lo que convendría añadir también la referencia sugestiva que ofrece Pierpaolo Donati. Ambos autores, en la línea de otros muchos, permiten profundizar en el enfoque relacional para la búsqueda de la justicia en el ámbito social. Ello en realidad significa avanzar en la línea –anticipada por Solow- de enfocar el mercado de trabajo como interacción. En el caso de Habermas, el paso consiste en distinguir entre la acción sistémica y la acción comunicativa, considerando a esta última de carácter social y humano. El paso sucesivo de Donati consiste en separar lo social de lo verdaderamente humano.

En cuando a Habermas, su enfoque relacional consiste, muy sintéticamente –debiéndonos excusar por la distorsión que produce toda síntesis excesiva-, en el carácter dialógico interpersonal de la relación social. Partiendo de su distinción o división de la realidad en dos ámbitos, que son el sistema (donde se residen el Estado, la economía y otras entidades estructuradas) y el mundo de la vida (cultura, sociedad, personalidad), él considera que el tipo de obrar en el sistema es una acción estratégica (incompatible con una verdadera relación social), en tanto que en el mundo de la vida es posible una acción comunicativa, que se corresponde con una integración social y humana. Dicha acción comunicativa ha de ser igualitaria, democrática, carente de constricciones, transparente y no instrumental¹⁶⁴.

La aportación de Donati constituye un paso más en la argumentación acerca de la justicia social, porque centrar más sólidamente el criterio de justicia y el enfoque relacional en la “sociedad de lo humano”, distinta de la “sociedad humana”, tratando de no confundir lo social con lo humano. Así, el enfoque relacional propuesto por Donati se basa en el paradigma de red, que supera –incluyéndolo- el paradigma sistema-ambiente, defendido por Parsons¹⁶⁵ y seguido en cierta forma por Ha-

¹⁶³ OFFE, C., *La sociedad del trabajo. Problemas estructurales y perspectivas de futuro*, Alianza Editorial, Madrid, 1992, pp. 47 y 48.

¹⁶⁴ HABERMAS, J., *Teoría de la Acción Comunicativa*, Taurus, Madrid, 1987, p. 22.

¹⁶⁵ PARSONS, T., *El sistema social*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, *passim*.

bermas. El paradigma sistema-ambiente permite desarrollar un enfoque relacional sociológico, en la medida en que se basa en la relación entre los roles institucionalizados y todo lo que no está institucionalizado. En este sentido, dentro de la noción de sistema social sólo tienen cabida los aspectos funcionales de la sociedad. Algunos autores, como Habermas, tratan de ampliar la noción de sistema para incluir también los aspectos no funcionales, informales, de interdependencia comunicativa, como el llamado “mundo de la vida” (flexibilizando y ampliando dicho paradigma). Por su parte, Donati, considera que la lógica de red es a la vez estratégica, comunicativa y generalizadora de valores¹⁶⁶, debido a que no se atiene a una sola función (estratégica, comunicativa..., sino que la red es suprafuncional). Constituye un marco de referencia más complejo, que incluye lo funcional, lo no funcional y la relación entre ambos. En efecto, desde el sistema, desde lo funcional, resulta natural entender la sociedad como mercado, sin posibilidad de explicar suficientemente los aspectos sociales; pero desde el paradigma de red es posible incluir los aspectos funcionales, los aspectos de mercado, de sociedad, y la relación entre ellos, reintroduciendo –y esto es lo más importante- la diferencia entre sentido humano y no humano de lo social¹⁶⁷.

Conviene, siguiendo a Pierpaolo Donati¹⁶⁸, contextualizar en el ámbito sociológico algunas de las principales aproximaciones teóricas (que han intentado explicar el conflicto, el consenso y el cambio social), a fin de identificar sus logros y limitaciones desde el punto de vista de la relación social. Así, Marx considera que la sociedad está formada, no por individuos, sino por un conjunto de vínculos y relaciones donde se encuentran los individuos¹⁶⁹. De esta forma comparte el postulado principal del estructuralismo sociológico, acentuando de forma característica la reducción individual del ser humano, al que considera un ser puramente social, condicionado y determinado por relaciones sociales de carácter estrictamente material, en las que se encuentra históricamente integrado. En este sentido, aunque distingue entre los niveles *micro* y *macro* de relaciones, considera que las relaciones sociales del primer nivel constituyen propiamente un condicionamiento, en tanto que el segundo nivel está compuesto de conexiones entre las clases sociales, determinadas por la propiedad de los factores de producción. Puede citarse el

¹⁶⁶ DONATI, P., *Repensar la sociedad*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2006, pp. 135-137.

¹⁶⁷ Para Donati, lo social, la sociedad, ya no es necesariamente humana (tras la modernidad), siendo esencial reivindicar la importancia de la subjetividad, el carácter reflexivo, aunque aclara que esta necesidad de apostar por la “sociedad de lo humano” es ya muy antigua: “La perspectiva de la sociología relacional acepta este desafío, pero no lo lee sólo dentro de la modernidad. Que el ser humano no es reducible a la sociedad es algo que se sabe desde los albores de la civilización. El nuevo problema es si debemos aceptar que sea la sociedad la que ordene al ser humano (entendido como creciente indeterminación) o, por el contrario, que sea el ser humano el que ponga orden en la sociedad” (*Ib.*, 161-162).

¹⁶⁸ *Ib.*, 76 ss.

¹⁶⁹ Vid. MARX, K., *Líneas fundamentales de la crítica de la economía política*, Crítica, Barcelona, 1978.

ejemplo de su definición de capital, en términos de relación social: una relación de expropiación de los medios productivos, ejercida como instrumento en la lucha de la clase capitalista con la clase obrera¹⁷⁰. Se hace evidente, en esta noción, una combinación entre lo material y lo relacional, pero dejando la subjetividad bastante lejos de la noción de relación. Para Donati¹⁷¹ “la adopción de una epistemología como la del materialismo histórico le impide elaborar un aparato analítico que tenga en cuenta suficientemente los aspectos culturales y subjetivos de las relaciones sociales”. Justo la misma dificultad apreciable en el funcionalismo¹⁷²: la exclusión del sujeto y de su contexto cultural. El funcionalismo, de la mano de Durkheim -quien ha sido también el introductor de la relacionalidad en las ciencias sociales-, parte de la definición de los entes sociales, no según su significado sustancial ni su finalidad, sino según las funciones que desarrollen para la sociedad. La relación social es, pues, considerada función, dentro de la propuesta general de construir una teoría general sistémica de la relación social. Para ello se razona de forma paralela a la dinámica biológica observable en la naturaleza, donde cada una de las partes actúa en función del sistema. Ese modo de argumentar produce una percepción mecánica de la sociedad, reduciéndose la relación social a una estructura y considerándose la cultura como un organismo natural en evolución, compuesto de un conjunto de elecciones obligatorias. Tampoco Talcott Parsons aporta una solución válida al problema. A pesar de definir la relación social como interdependencia entre sus componentes, como efecto emergente de su interacción; a pesar de considerar al sujeto humano como sujeto de la acción y referirse a la libertad y latencia de valores en la cultura, acaba atribuyendo al sistema el papel de actuar como corazón de la relación. Por encima de la idea de integración social, en base a la dimensión intersubjetiva, prevalece la integración sistémica. De esta forma el sistema asume el papel del sujeto, pasando la cultura a ser considerada un subsistema. Por su parte, Niklas Luhman -principal representante del neofuncionalismo-, ha llevado a sus últimas consecuencias la noción de sistema, a pesar de entender la relación social como comunicación, puesto que ésta no adquiere importancia como comunicación entre sujetos, sino que es una operación específica de los sistemas sociales, tomada sólo como conexión con otra comunicación. La relación social, por tanto, no transmite significados culturales predefinidos, ni siquiera información, perdiendo cualquier orden prefijado, consistencia y estabilidad. Interesan sólo conceptos formales a nivel de relaciones entre relaciones, pasando las relaciones concretas a considerarse desde un punto de vista simplemente lógico y prescindiendo, por tanto, de los sujetos humanos. Además, la necesidad de construir de manera compleja el propio concepto de complejidad lleva a pensar -de forma cibernética-, en un número infinito de relaciones y elementos, elevando a cotas máximas el grado de contingencia.

¹⁷⁰ Vid. MARX, K., *El capital*, Grijalbo, Barcelona, 1976.

¹⁷¹ DONATI, P., *cit.*, p. 77.

¹⁷² *Ib.* 138 ss.

Llegados a este punto se entiende mejor por qué se establece la distinción entre lo social y lo humano, considerando que en la actualidad ya no coinciden ambas realidades, siendo necesario, desde el punto de vista de la justicia, la continua reivindicación de lo humano. Como crítica importante Donati afirma que “el funcionalismo lleva al no funcionalismo, como la matemática lleva a comprender la existencia de aquello que, en la acción o en el sistema económico, no es matematizable. Es obvio que el análisis sistémico-funcional no puede tratar lo que no es funcional¹⁷³. Considerando, por otro lado, que el funcionalismo ha sabido continuamente hasta ahora reinventarse, incorporar enfoques en un principio diversos (piénsese en el compromiso con el marxismo, en el llamado funcionalismo conflictualista; piénsese también en que Habermas ha incorporado buena parte de la teoría de Parsons), y salir aparentemente victorioso, a pesar de sus limitaciones, Donati afirma que ello se debe, en primer lugar, a que se desvincula de los juicios de valor, lo que lo hace compatible con las más diversas concepciones; y, en segundo lugar, si puede identificarse una ideología en el funcionalismo, ésta es la ideología parsoniana del logro (*achievement*), es una ideología vencedora, en la medida en que legitima a quien vence.

Para Donati, “lo que realmente introduce novedad en la vida social es la creatividad de los seres humanos, que, actuando de forma reflexiva, pueden atribuir un significado nuevo a lo ya existente o a lo que está por venir. Y así explica la relación social en base a tres semánticas:

a) la semántica *referencial* (o también simbólica, intencional, significativa), que se corresponde con el eje o dimensión referencial de la relación (L-G): desde este enfoque la relación se entiende como un *refero*, un referir una realidad a otra, una atribución de sentido, en términos de significado e intenciones.

b) la semántica *estructural* (de generación de vínculos y dependencias mutuas), que se corresponde con el eje o dimensión estructural (A-I): desde este punto de vista la relación es *religo*, es decir, “sujeción, conexión, atadura, condicionamiento recíproco, estructura, que es al mismo tiempo vínculo y recurso, de carácter personal e impersonal”¹⁷⁴.

c) la semántica *generativa*: esta tercera semántica explica cómo, de los sujetos y agentes que entran en relación, emerge, se genera, algo distinto que, en realidad,

¹⁷³ “¿Cómo puede Luhmann explicar el don de la vida, el acto gratuito, o el rechazo de la comunicación, la implosión del sentido, la necesidad de justicia, o la utopía de tantos movimientos ideales y su dinámica?” (*ib.* 147).

¹⁷⁴ *Ib.*, 93.

es lo que propiamente se puede llamar relación. En este sentido, puede afirmarse que “la emergencia de lo social”, aun siendo “consecuencia de la interdependencia de sus componentes (...) contiene siempre una novedad no previsible porque su contenido específico no está presente en sus componentes considerados por separado sino que sólo comparece cuando se establece, se actualiza o se recupera la relación entre ellos”¹⁷⁵.

En este sentido, el intento de traducir la triple semántica relacional de Donati - *referencial*, *estructural* y *generativa*, al ámbito interdisciplinar de la justicia (que incluye de forma señalada el aspecto jurídico-laboral, y que incorpora, de forma interdisciplinar, otras visiones de carácter económico, filosófico, etc.) ha dado lugar a la propuesta teórica denominada “justicia relacional”¹⁷⁶, en alusión a un criterio u orientación de análisis: la búsqueda de la justicia en la relación, o el examen de la relación, según su grado de justicia. Igualmente supone un intento de contribuir a la superación de la debilidad de la idea de justicia a partir de la noción de relación, que es *vínculo recíproco*, es decir, *vinculación* y *reciprocidad*. Se anticipan de esta forma dos de los tres elementos de la propuesta teórica: en primer lugar, la *institucionalidad* o *vinculación* (que se corresponde con la semántica estructural de Donati) y en segundo lugar, la *reciprocidad* (que se conecta con la semántica referencial). En torno a esos dos ámbitos, ejes o aspectos, tiene lugar la morfogénesis de la justicia. Existe además un tercer elemento que integra esta explicación teórica: el ámbito de *sociabilidad*, que, de forma paralela a la semántica generativa de Donati, se relaciona con la justicia o injusticia, como efecto emergente.

Así pues, la morfogénesis de la justicia tiene lugar a través de una dinámica bilateral en torno a dos ejes o ámbitos:

- el de *institucionalidad*, o vinculación (generación de vínculos y dependencias mutuas), correspondiendo a este ámbito los aspectos estructurales y organizativos, como son las normas, instituciones, contratos, resoluciones y decisiones, derechos y obligaciones, etc.

- y el de *reciprocidad* (de relación entre valores y motivaciones u objetivos), correspondiendo a este ámbito el comportamiento, la conducta, las estrategias y dinámicas de interacción jurídica.

Resulta imprescindible anotar que esta relación de bilateralidad ha de ser simétrica para poder funcionar adecuadamente. Sin embargo, en muchas de las situaciones sociales las partes intervinientes se relacionan de forma asimétrica y

¹⁷⁵ *Ib.*, 23.

¹⁷⁶ *Vid.* MÁRQUEZ PRIETO, A., *Repensar la justicia social*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008.

desigualitaria. Por lo que un elemento de primera relevancia de esta visión de la justicia social es su carácter necesariamente emancipador, o liberador, de la persona, respecto de las estructuras sociales deshumanizantes, de subordinación o de dominación. En este sentido, la institucionalidad exige la inserción, la inclusión en una relación propiamente interpersonal, un ajuste (autónomo o heterónomo) de lo asimétrico con lo horizontal, de la dependencia con la interdependencia por medio del “expediente de inclusión” (ver siguiente apartado).

La socialidad, como tercer elemento, constituye el ámbito en el que se produce el efecto emergente de justicia o injusticia, a partir de la dinámica bilateral en torno a los dos primeros elementos: el ámbito de institucionalidad y el de reciprocidad (nivel intencional). La falta de adaptación entre ellos producirá un desequilibrio o vacío de justicia, constatable en el ámbito de socialidad (nivel emergente). De hecho, de los tres ámbitos o elementos del enfoque de justicia relacional, la socialidad -en la medida en que representa más cercana y concretamente a la relación en sí misma- es el que resulta más humanamente perceptible, pudiendo presentar una mejor o peor calidad ambiental. Es decir, una percepción en positivo de la relación que, en la medida en que ayude y beneficie a las personas, podremos considerarla más humana (situación de injusticia); o al contrario, si la relación produce un ambiente negativo (vacío de justicia). Por eso este tercer elemento se convierte también en pregunta, cuestionamiento, crítica, criterio, conciencia, sobre la justicia y la injusticia en la relación, y también por ello tiene sentido centrar aquí la comprensión de los conflictos industriales, ya que el planteamiento de la justicia social adquiere, desde este enfoque, un cariz especial cuando se pone sobre la palestra el carácter social de la relación laboral. La socialidad (entendida como relación y red de relaciones vivas), puede presentar, debido a la inserción en el proceso productivo, un empobrecimiento o incluso una separación del trabajador respecto de las verdaderas relaciones humanas (pudiéndose decir algo al respecto, desde el enfoque de justicia relacional)¹⁷⁷.

Ciertamente, la inserción del trabajador en el mecanismo productivo capitalista originario produjo una seria alienación respecto a sus estructuras sociales genuinas, suponiendo, en palabras de Polanyi¹⁷⁸, la destrucción de esas estructuras sociales preexistentes para extraer de ellas el elemento trabajo, sustituyendo -a veces de forma brutal- el contexto relacional del trabajador por la estructura artificial de la organización empresarial: «Separar el trabajo de las otras actividades de la vida y sujetarlo a las leyes del mercado significaba anular todas las formas orgánicas de

¹⁷⁷ Vid. nuestro artículo *La relación laboral como relación social (justicia relacional y socialidad común)*, publicado en la Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros, núm.. 382 (enero 2015), pp. 13-42.

¹⁷⁸ POLANYI, K., *La grande trasformazione*, Turín, 1994, pp. 211 y 212.

existencia y sustituirlas por un tipo diverso de organización, atomístico e individualista. Este esquema destructivo era óptimamente sostenido por la aplicación del principio de la libertad de contrato. En la práctica esto significaba que las organizaciones no contractuales de la parentela, de la vecindad, de la profesión y del credo debían ser liquidadas, por reclamar la obediencia del individuo y limitar su libertad»¹⁷⁹.

Con mayor o menor radicalidad, el sistema de producción capitalista ha ido definiendo distintos escenarios, de mayor o menor grado de sometimiento –en el tiempo y en el espacio– de la lógica social por parte de la lógica económica, de las relaciones humanas por parte del mercado. De ahí que la principal función del Derecho del Trabajo haya estado, y siga estando, para muchos, en el intento de desmercantilización [aunque, más que “desmercantilización”, que alude a la economía de mercado en general –y por tanto también la economía civil–, deberíamos decir “descapitalización”, para referirnos sólo a la economía capitalista, es decir, extraer a las personas –para protegerlas– de la lógica económica excluyente, en la medida en que esa lógica había excluido previamente a la social]; en la reivindicación, en definitiva, de una lógica social y de las relaciones humanas, más allá de la lógica del mercado y de la relación mercantil. En este contexto adquieren un relieve especial las siguientes palabras de los profesores Vida Soria, Monereo Pérez, Molina Navarrete y Moreno Vida:

«(...) *la relación laboral* no es únicamente una relación mercantil, sino también, y *sobre todo*, una *relación social* entre el empleador y sus trabajadores, así como de los trabajadores entre sí. La existencia de esta red organizada de relaciones sociales es lo que singulariza el intercambio laboral de la “compraventa” de cualquier otro servicio o factor de producción, de ahí que no sólo se defiendan valores patrimoniales, sino también extrapatrimoniales, ni tenga sólo una dimensión individual sino también colectiva y social (...)»¹⁸⁰.

En este sentido, la justicia social no se ha de contentar con un tipo de lógica social en términos meramente compensadores de la lógica económica mercantil. No se puede pretender sólo una justicia del trabajo, sino que se ha de apuntar también a la justicia en la relación de trabajo. La justicia social, además de querer compensar y reequilibrar la desigualdad sustancial, debe ampliar su horizonte a la reintegración del trabajo y del trabajador al ámbito de la relación social y de la red de relaciones humanas que el sistema productivo ha pretendido anular. Éste es el en-

¹⁷⁹ *Ib.*, 210.

¹⁸⁰ VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 2004, p. 7. En la edición de 2014 de dicho manual (en la que también es autora MORENO VIDA, M. N.) la cita sigue correspondiendo a la misma página.

foque de justicia relacional, que significa, ante todo, que ésta se debe buscar en la relación, porque el origen de la injusticia social es de carácter relacional. Afecta a la relación social. Significa, en segundo lugar, abordar la relación jurídico-social completa: no sólo sus aspectos institucionales o estructurales, es decir, lo normativo, material, organizativo; no sólo pensando en un reequilibrio patrimonial, ni en una compensación organizativa de la desigualdad negocial, estableciendo límites legales a la autonomía de la voluntad o reforzando la negociación colectiva (aunque esto sea también imprescindible); sino atendiendo además a la parte viva de la relación, a la participación, a la dinámica libre de interacción recíproca continua¹⁸¹. Y, en tercer lugar, potenciando un contexto de socialidad –relaciones sociales– de carácter civil, común, donde sean importantes el “todos” y el “cada uno”, de manera que el valor, la dignidad, las capacidades y la motivación intrínseca de los sujetos no queden sofocados, sustituidos o preteridos, en nombre de la absolutización de un “bien total” (ya sea bajo el nombre de “máximo beneficio”, “interés colectivo”, “interés público”, “interés general”, “productividad”, “competitividad” o “eficiencia”)¹⁸².

¹⁸¹ El Derecho del Trabajo puede caer en el peligro de abordar la relación laboral sólo en términos institucionales (es decir, considerando sólo el contrato de trabajo y sus elementos estructurales o normativos concordantes –legales o colectivos–). No atender a la parte viva, dinámica, participativa, humana, de la relación jurídico-laboral; lo que significa mantener y consolidar el elemento estructural “trabajo” desarraigado de su consideración social, humana, personal, familiar.

¹⁸² A la justicia relacional –o vacío de la misma– en el contexto de socialidad nos hemos referido en MÁRQUEZ PRIETO, A., *La calidad ambiental de las relaciones laborales*, Comares, Granada, 2011.

3.3. NATURALEZA JURÍDICA Y SOCIAL DEL TRABAJO ASALARIADO (DEPENDENCIA E INTERDEPENDENCIA)

ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO

Profesor Titular (Acreditado a Catedrático)

Universidad de Málaga

En el apartado anterior hemos partido del hecho de la regulación jurídica del mercado de trabajo, lo que ha llevado necesariamente al planteamiento de si la relación laboral es sólo una relación de mercado. Tras la clara respuesta negativa por parte de la doctrina iuslaboralista, insistiendo en que no se trata de una relación únicamente mercantil, sino (sobre todo) una relación social, se aborda en este apartado la naturaleza jurídica y social del trabajo asalariado. Es decir, qué importancia debe atribuirse a lo social y lo relacional dentro de su naturaleza jurídica. Quedando muy unida a ello la cuestión de si la subordinación laboral pertenece a la realidad social o a la realidad jurídica.

Es preciso, al hilo de lo anterior, introducir dos argumentos: en primer lugar, la necesidad de conjurar el peligro de que la sociedad post-industrial, aun manifestando una mayor consideración del aspecto humano, suponga en igual medida una tendencia deshumanizadora (es decir, la profundización en la dependencia laboral y en su actualidad, desde un punto de vista realista); y en segundo lugar, la conveniencia de simultanear la superación de la nota de subordinación con la conservación de los efectos protectores que han estado tradicionalmente anejos a la misma (es decir, de equilibrar adecuadamente las notas de dependencia e interdependencia).

I. ESCASA RELACIONALIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO

Así, *en primer lugar*, ya desde el surgimiento del Derecho del Trabajo como disciplina a primeros del siglo XX, quedó evidenciado que el trabajo por cuenta ajena se prestaba en condiciones de gran asimetría social. En expresión de Ludovico Barassi, la complejidad estructural de la organización de la empresa constituía la “afirmación señorial de la voluntad de uno solo”¹⁸³. Frente a esta innegable realidad,

¹⁸³ Barassi, L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milán, 2003, reedición preparada por Mario Napoli, pág. 629. *Vid.* también el comentario al respecto de Veneziani, B., “Contratto di lavoro, potere di controllo e subordinazione nell’opera di L. Barassi, en Napoli, M., *La nascita del diritto del lavoro, ‘Il contratto di lavoro’ di Lodovico Barassi cent’anni dopo*, Milán, 2003, págs.438 y 439.

Barassi propone tres tipos de remedios jurídicos: el primero de ellos, la obligación ética civilista de exigir el cumplimiento del contrato conforme a la buena fe¹⁸⁴; el segundo, la posibilidad última de sustraerse a dicha situación de subordinación mediante la revocación del contrato¹⁸⁵; y el tercero, la limitación y relativización de la nota de subordinación, siendo aquí donde se produce una coincidencia doctrinal –aunque no temporal–, con la propuesta de Alonso Olea¹⁸⁶, consistente en sugerir que, más que en la nota de dependencia, se insista en las limitaciones a la misma¹⁸⁷. En este sentido Barassi afirma que la subordinación no es un señorío sobre el deudor –es decir, no hay legitimación jurídica para ello–, “sino un derecho a que el deudor canalice su actividad en provecho del acreedor dentro de los propios límites que la obligación contiene, en definitiva, el derecho al trabajo y no sobre el trabajo”¹⁸⁸.

Volviendo a Alonso Olea, que, en un tiempo posterior, considera desafortunada la expresión “dependencia” –por sugerir “una serie de ideas con las que en realidad no se corresponde, en buena medida por su anacronismo”¹⁸⁹–, aún es posible encontrar otro paralelismo entre su doctrina sobre el contrato individual de trabajo y la concepción barassiana –aparte de la común aversión a la nota de subordinación–. Afirma el profesor Alonso Olea que “la dependencia es en el contrato de trabajo una consecuencia o un efecto de la ajenidad. Porque los frutos, en el trabajo por cuenta ajena, pertenecen originariamente a persona distinta a la que trabaja, ésta se reserva una potestad de dirección o de control sobre qué frutos deben ser producidos, cuándo y dónde deben producirse los mismos”¹⁹⁰. Resultando en tal

¹⁸⁴ “La reconstrucción que él ofrece y los antidotos que individualiza lo lleva a considerar, como remedio a la asimetría social, presente en una relación contractual que debería ser paritaria, la equidad del artículo 1124, en virtud del cual el contrato debe ser exigido según la buena fe” (*Ib.*, pp. 436 y 437).

¹⁸⁵ “Barassi ha representado la subordinación como objeto de un contrato, como vínculo que supone una autoridad ejercitada incluso crudamente de un hombre sobre otro hombre, pero que viene asumida por el individuo en la libertad de emanciparse de ella, si fuera posible y cuando fuera posible (...) Y en tal contexto el aspecto de la revocabilidad de los vínculos asume un significado extraordinario para configurar la libertad, no de los burgueses, sino de los modernos, y eliminar las últimas sombras del feudalismo” (Pedrazzoli, M., “La parabola della subordinazione: dal contratto allo status. L. Barassi e il suo dopo”, en Napoli, M., *La nascita del diritto del lavoro*, *op. cit.*, págs. 377 y 378).

¹⁸⁶ Existe entre Barassi y Alonso Olea, y sus respectivas obras, una importante distancia temporal. Así, por ejemplo, y pensando en trabajos que aquí se mencionan, si las ediciones del libro de Barassi “*Il contratto di lavoro*” son de 1905 y 1915, la primera edición de “*Introducción al Derecho del Trabajo*” de Alonso Olea, es de 1962, siendo la última de 2002.

¹⁸⁷ Alonso Olea, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid, 2002, pág. 91.

¹⁸⁸ Barassi, L., *Il contratto di lavoro*, *op. cit.*, pág. 472.

¹⁸⁹ Alonso Olea, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, pág. 89.

¹⁹⁰ Es importante anotar cómo sigue expresándose al respecto: “(...) y en el caso usual hoy de frutos complejos resultado de un trabajo cooperativo, la potestad de coordinar la producción de cada trabajador con la de los restantes. Es así claro que la dependencia es aquí inconcebible sin la amenidad –en último extremo sin el *a priori* de que los frutos del trabajo van a pertenecer a otro– y, por consiguiente, que la primacía en la realidad social, en su estructuración jurídica y en el enfoque doctrinal de ambas está en la amenidad y no en la dependencia” (*Ib.*, pág. 89).

sentido clarificadora la afirmación de Barassi sobre el dominio del empresario sobre el “resultado pretendido”, es decir, los mencionados “frutos” de la prestación laboral. Debe considerarse en este orden de cosas al empresario como “el centro, el señor de la empresa, es decir, de la conexión de aquella prestación con el resultado al cual debe servir”¹⁹¹. Siendo así, por tanto que, en la misma medida en que el trabajador enajena –mediante contrato– los frutos de su trabajo, él permanece ajeno a la conexión entre la prestación laboral y el resultado de la misma, conexión que, dominada por el empresario, puede decirse que es extraña a la relación laboral. Es la propia empresa, cuyas exigencias organizativas son el fundamento de la heterodirección, la que permanece extraña a la relación laboral entre trabajador y patrón. Por lo que reside aquí la explicación de la escasa relacionalidad de la *locatio operarum* y del contrato de trabajo como adaptación histórica de la misma.

En efecto, después de un siglo de insignes esfuerzos doctrinales por encontrar una solución jurídica relacional, es decir, adaptada a la necesidad de un equilibrio digno entre las exigencias organizativas de la empresa y la consideración que merece la persona que trabaja; después de tan logrados intentos de aplicar el Derecho a la realidad socio-económica –y a la normatividad autónoma manifestada por ésta–, individualizando la figura contractual considerada más adecuada para, una vez distinguida de otros institutos afines, proceder a su adaptación mediante el redimensionamiento de la nota de subordinación –y todo ello en base al respeto debido a la persona–, la experiencia histórica ha venido a demostrar el carácter limitado del círculo contractual para obtener una solución jurídica satisfactoria desde el punto de vista de la justicia relacional. Pero incluso cuando, avanzado el tiempo, la relación laboral se ha visto enriquecida por un conjunto de disposiciones jurídicas de origen colectivo y estatal, orientadas a la compensación del poder empresarial de dirección y control¹⁹², los recientes cambios en la organización productiva de la empresa vienen a evidenciar que el enfoque adecuado de justicia en la relación laboral ha de poner en la base precisamente la propia relación, cayendo en la cuenta de que una solución relacional adecuada exigiría una vinculación digna entre la relación laboral y la conexión entre la prestación laboral y sus frutos –en la que no está presente el trabajador–. En la medida en que la empresa, como tal, esté ausente en la relación laboral y, por tanto, permanezca ésta siendo un mero instrumento de aquélla, no podrá soñarse una verdadera relación humana en el centro de la empresa –sino, en su lugar, una relación instrumentalizadora–.

¹⁹¹ Barassi, L., *Il contratto di lavoro*, *op. cit.*, pág. 599.

¹⁹² “Sería perfectamente posible contemplar el doble desarrollo, estatal y paccionado, del Derecho del Trabajo, como una progresiva limitación de los poderes del empresario sobre la relación de trabajo y, consiguientemente, sobre el trabajador mismo, parte en esta relación” (Alonso Olea, M., Introducción al Derecho del Trabajo, *op. cit.*, pág. 523).

Ese sueño parece en la actualidad más realizable, debido a la constatación de algunos fenómenos positivos de cambio en el conjunto del sistema de relaciones laborales, consistentes en la valorización del elemento humano dentro de la dinámica laboral, aunque no dejan de existir indicios de una tendencia, simultánea y contraria, de deshumanización¹⁹³. En este sentido, y retomando la coincidencia doctrinal entre Barassi y Alonso Olea, al reconocer que la relación jurídica laboral –entre empresario y trabajador- es *ajena* a la conexión entre la prestación laboral y los frutos de la misma –que constituye una exclusiva decisión empresarial-, y habiéndose cifrado –sólo unas líneas más arriba- en esta constatación la escasa racionalidad del contrato de trabajo en sí mismo considerado, conviene ahora contextualizar dicha realidad en la situación actual. Como afirma Romagnoli, una vez cruzado el umbral de otra época, la subordinación se antoja un “disvalor”¹⁹⁴ –sin que se aprecie adecuadamente la virtualidad protectora que, en base a la nota de dependencia, se ha ido construyendo por parte de ilustres juristas del trabajo, precisamente por detestar la subordinación social-. Quizá sea explicable sentir de una forma más intensa, y a nivel general, aversión a todo tipo de dependencia, por parte de los herederos de la modernidad, sabedores de haber “perdido la autonomía y el control sobre aquello que los rodea, incluso sobre el ‘sentido’ de sus propias vidas”¹⁹⁵. Y a pesar de ello, asistimos en la actualidad a una revalorización de la persona y su implicación subjetiva en el proceso productivo. Por lo que resulta imprescindible calibrar las potencialidades de esta tendencia –es decir, en qué medida el ser humano se convierte en fin o en instrumento-, habida cuenta de que,

¹⁹³ Vid. García Ruiz, P., “Nuevas Profesiones, nuevas formas organizativas y participación”, en Sanagustín, M. V. y otros, *La participación en las organizaciones: un desafío para el nuevo milenio*, Zaragoza, 2001, págs. 57-62; del mismo autor, “Algunas ideas sobre cooperación en las empresas”, en Rodríguez, A. y García Ruiz, P., *Necesidades de la empresa ante el año 2000*, Santander, 1996, págs. 81-95.

¹⁹⁴ (...) la subordinación será también considerada un ‘disvalor’, como dice Marcello Pedrazzoli, reprochando a Barassi la decisión de haberla canonizado. A pesar de ello, el sistema normativo, construido en torno al mundo del trabajo, que bajo aquélla se escondía concedía lo que la libertad por sí misma no puede dar, sino que presupone. Sobre todo cuando es sin poder, la libertad comporta más que nada cargas y riesgos” (Romagnoli, U., “Il contratto di lavoro di L. Barassi cent’anni dopo”, en Napoli, M., (ed.), *La nascita del diritto del lavoro...*, *op. cit.*, pág. 68).

¹⁹⁵ Bergalli, R. y Silveira Gorski, H.C., (autores de “Pietro Barcellona y sus compromisos: de la política del derecho a la democracia como forma de vida”, en García Amado J.A. –coord.-, *El Derecho en la Teoría Social. Diálogo con catorce propuestas actuales*, Madrid, 2001, pág. 453) escriben la siguiente impresión acerca del trabajo científico de Pietro Barcellona en el período que discurre entre sus obras *Lo spazio della politica* (1993) e *Il declino dello stato* (1998): “Barcellona continúa su análisis crítico sobre la Modernidad, pero ahora con la pretensión de desvelar qué es lo que ha sucedido para que los individuos hayan perdido la autonomía y el control sobre aquello que los rodea, incluso sobre el ‘sentido’ de sus propias vidas. Con ello busca despejar el sendero, aunque desde un punto de vista teórico, para que los individuos vuelvan a sumergirse en la praxis cotidiana de la democracia y puedan volver a retomar en sus manos el control sobre aquellas cuestiones que afectan de forma determinante a sus vidas, para que sean ellos -y no el sistema- los que den un ‘sentido’ a lo que hacen”.

como ha sido advertido, “la sociedad contemporánea tiende a construir un sistema social que puede hacer desaparecer lo humano”¹⁹⁶.

Volviendo, pues, a las dos relaciones –ajenas entre sí- vinculadas a la prestación laboral, es decir, la relación jurídica entre empresario y trabajador (contrato de trabajo) y la relación de dominación empresarial sobre la conexión entre la prestación laboral y sus frutos, sería preciso integrar en un solo marco, según la propuesta relacional, el aspecto funcional, el no funcional y la relación entre ambos, para conseguir que esta realidad social sea también una realidad humana. De hecho, si sólo se tiene en cuenta el aspecto funcional empresarial como vínculo único entre ambas relaciones, se produce una superposición entre las mismas, es decir, una superposición de la relación de dominio empresarial de los frutos del trabajo sobre la relación jurídica laboral. Si se tiene en cuenta también el aspecto no funcional se abre la entrada a la compensación de posiciones y a la protección del trabajador a través de las normas estatales o pactadas. Y si, por último, se toma en consideración la vinculación, de forma relacional, entre los aspectos funcional y no funcional presentes en ambas relaciones, se promueve entonces que las mismas puedan ser mediatisadas de modo humano por la reflexividad y la latencia de sentido ético propio de los sujetos contratantes y participantes en el proceso productivo. Se abriría así la posibilidad de que la empresa, como realidad productiva, entrase en el contenido de la relación laboral, única forma de que el trabajador dejase de ser un extraño ajeno –alienado- respecto de la producción de frutos por parte de sus energías laborales.

II. SUBORDINACIÓN E INTERDEPENDENCIA

Y en segundo lugar, resulta necesario conciliar el rechazo a la subordinación con su pervivencia, es decir, la matización de muchos casos de fuerte subordinación (como consecuencia de la limitación de la dependencia y de la tendencia del modelo productivo¹⁹⁷) con la necesidad de reconocer y aflorar las relaciones heterodirigidas a fin de aplicar protección a sus titulares¹⁹⁸. Parece en tal sentido imponerse la necesidad de acomodar la dependencia, que no deja de existir, a la

¹⁹⁶ Donati, P., Repensar..., *op. cit.*, pág. 158.

¹⁹⁷ Como afirma Alonso Olea, acerca de las limitaciones de la subordinación “el imperio progresivo de éstas, y la reducción consiguiente de la dependencia, es justamente la tendencia histórica del trabajo libre” (Alonso Olea, M., Introducción al Derecho del Trabajo, *op. cit.*, pág. 90).

¹⁹⁸ Tradicionalmente es cierto que, en el Derecho del Trabajo, la idea de subordinación ha ido unida de forma inexorable a la de protección, pudiéndose afirmar también que en los casos en que el vínculo de subordinación aparece debilitado o escondido la protección también es más endeble. Ya en los años 90 en Italia se constata una diferencia notable entre un llamado Derecho del Trabajo “mayor” (para trabajadores indefinidos y a tiempo completo, sindicatos, de empresas medianas y grandes) y un Derecho

interdependencia, que se convierte en el modelo simbólico. En efecto, la tendencia social hace que los pares autonomía-dependencia, igualdad-desigualdad, libertad-control, que corresponden a una dialéctica o dicotomía funcional –propia de la semántica moderna- sean completados por un tercer elemento, correspondiente a la relación entre cada uno de los elementos de dichos binomios¹⁹⁹. Se pasa así a un código más amplio –ternario, en lugar de binario- donde la identidad incluye a lo diferente en la relación, la cual funciona como relación interdependiente –o “inclusión relacional”²⁰⁰-. Pero, ¿afecta esto de forma concreta a la dependencia laboral, a la capacidad contractual del trabajador, entendida en términos de potencialidad real –o debilidad- para mantener relaciones de interdependencia? Ayuda a comprender la influencia de esta tendencia general el hecho de que la dependencia laboral –e igualmente la capacidad contractual- es sólo una especie del género dependencia –y otro tanto cabe decir del género capacidad-. Desde un punto de vista funcional tiene sentido afirmar la distinción, la cual, sin embargo, pierde fuerza desde un punto de vista suprafuncional, o relacional. Esto nos lleva a la idea de que la protección que el Derecho del Trabajo dispensa al trabajador, en función de su situación de dependencia, de su débil potencialidad contractual –que exige tantas veces medidas normativas para compensar su situación de inferioridad-, es en realidad una protección a la persona, que merece también protección en otras situaciones de dependencia.

Por ello es aquí de interés la concepción de persona que propone, desde la filosofía feminista, Martha Nussbaum²⁰¹, y la idea de necesidad que conlleva. Dicha profesora, en lugar de una concepción kantiana de persona utilizada por algunos insignes teóricos como Rawls –que excluye de su propuesta de reciprocidad las formas más extremas de necesidad y de dependencia²⁰²-, prefiere acudir a una con-

del Trabajo “menor” (el resto), dicotomía que también se expresaba en la existencia de trabajadores “fuertes”, en términos de ocupación, presencia sindical y contratación colectiva y “débiles” (Carinci, F. et altri, *Diritto del Lavoro*. 2, *op. cit.*, págs. 8 y 9).

¹⁹⁹ “La distinción contiene (es) una relación” (Donati, P., *Repensar...*, *op. cit.*, pág. 245). Recuerdese (*vid. supra*) cómo según Donati (*Ib.*, pág. 69), en la semántica *dopo*-moderna la identidad se configura como “relación entre sí mismo y lo otro”, a diferencia de la semántica moderna, en que la identidad es “negación de lo otro”.

²⁰⁰ “La sociedad global puede proceder mediante la inclusión relacional, y no mediante la dialéctica (funcional) entre libertad y control (*Ib.*, pág. 246).

²⁰¹ En sus análisis sobre la teoría de la justicia otorga gran importancia a dos distintas tradiciones filosóficas: la liberal y la feminista. Pero, adscribiéndose decididamente en la segunda, se muestra un tanto crítica con la primera. *Vid.* Nussbaum, M., *Giustizia sociale e dignità umana*, Bolonia, 2002, págs. 106-108.

²⁰² Según Nussbaum afirma, “para Kant la dignidad humana y nuestra capacidad moral, fuente de nuestra dignidad, están radicalmente separadas del mundo natural. La moralidad tiene la misión de proveer a las necesidades humanas; pero la idea de que somos seres fundamentalmente divididos en dos mitades, ya se trate de la de personas racionales ya sea la de animales que habitan en el mundo de la naturaleza, no deja nunca de condicionar el modo en que Kant considera que la deliberación moral

sideración de la persona que implique que ésta está dotada no sólo de capacidad, sino también de necesidades²⁰³, proponiendo en tal sentido lo que denomina²⁰⁴ “la concepción aristotélico/marxiana del ser humano como hombre rico en necesidades”²⁰⁵. Y en base a esta idea de necesidad –en la que, según Pizzolato, se fundamenta la interdependencia²⁰⁶– afirma que “el género de reciprocidad en que los individuos están implicados [en referencia a la relación de reciprocidad propuesta por Rawls] tiene sus períodos de simetría, pero también, y necesariamente, sus períodos de asimetría más o menos aguda²⁰⁷, y ésta es una dimensión de nuestra vida que debe entrar a formar parte en la situación en que asumimos el papel de las

puede funcionar cuando están implicadas nuestras necesidades”. Dicha concepción de persona está presente –como continúa explicando Nussbaum– en la tradición del contrato social de matriz kantiana a la que pertenece Rawls. Ciertamente Rawls incorpora el dato de que las partes contratantes son conscientes de su *necesidad* de bienes, materiales o no (integrando, en base a esta necesidad el aspecto de la personalidad y el de la animalidad, a diferencia de Kant, para quien la necesidad afecta sólo al segundo aspecto). “Pero lo hace sólo hasta cierto nivel: los individuos son considerados siempre y en todo caso como adultos contractualmente capacitados, con necesidades aproximadamente similares, y capaces de un nivel de contratación social adecuado como para estar en grado de suscribir contratos con los otros. Se trata de una idea que parece exigirse como necesaria precisamente en base a la idea de un contrato de ventajas mutuas (...). Su concepción concreta de la cooperación social está basada en la idea de la reciprocidad entre individuos aproximadamente iguales, y no deja explícitamente ningún espacio para las relaciones de dependencia extrema” (*ib.*, págs. 110 y 111).

²⁰³ “Creo, por tanto, que es necesario adoptar una concepción política de la persona que sea más aristotélica que kantiana, una concepción que vea desde el inicio la persona como un ser dotado tanto de capacidad como de necesidades –como ‘el hombre cuya propia realización existe como carencia interna, como necesidad’, por citar a Marx–, y cuya disponibilidad debería ser el criterio conforme al que evaluar el bienestar” (*ib.*, pág. 120).

²⁰⁴ Es en realidad, por su profundidad, una concepción compartible por un amplísimo sector axiológico, que va desde el marxismo hasta el tomismo. Repárese, a título de ejemplo en que “cada hombre, recuerda santo Tomás, es intrínsecamente débil, porque nace y permanece estructuralmente necesitado de los otros, ya sea por las propias exigencias materiales, ya sea por las de carácter espiritual-afectivo” (Pizzolato, F., “Appunti sul principio di fraternità nell’ordinamento giuridico italiano”, en *Revista Internazionale dei Diritti dell’Uomo*, núm. 3, 2001, pág. 753).

²⁰⁵ Nussbaum, M., *Giustizia sociale e dignità umana*, *op. cit.*, págs. 120 y 121.

²⁰⁶ Para Pizzolato existe una “interdependencia estructural, por la cual el individuo se reconoce radical y establemente dependiente de los otros y no solo cuando, recién nacido, viejo o enfermo, su necesidad se manifiesta de forma más acusada”. El reconocimiento de dicha interdependencia, junto con el mecanismo de la reciprocidad, contribuye de forma decisiva a la solidaridad y a la fraternidad (Pizzolato, F., “Appunti sul principio di fraternità nell’ordinamento giuridico italiano”, *op. cit.*, pág. 755).

²⁰⁷ “Las personas de carne y hueso realizan su ingreso en la vida como neonatos indefensos [cabría decir incluso como vida prenatal indefensa], y permanecen en un estado de dependencia extrema y unilateral, ya sea desde el punto de vista físico o mental, durante un período de diez a veinte años. Al otro extremo de la vida, aquéllos que son lo suficientemente afortunados de vivir hasta llegar a ser ancianos se encontrarán probablemente con otros períodos de dependencia extrema, tanto física como mental, que podrá prolongarse de cualquier forma similar a como hubiese acaecido en los primeros veinte años. También en los años intermedios de la vida muchos de nosotros nos encontramos en situaciones análogas (...) [existiendo también] quien se encuentra en situación de necesidad de atenciones de los demás no sólo esporádicamente, sino de forma continua” (Nussbaum, M., *Giustizia sociale e dignità umana*, *op. cit.*, pág. 109).

partes contrayentes encargadas de proyectar instituciones justas”²⁰⁸. El ordenamiento jurídico laboral, en concreto, se ha inspirado desde sus orígenes en la necesidad de protección de aquél que asume una posición de debilidad, de ausencia de capacidad real de mantenerse en un plano de igualdad: no sólo el trabajador sino, en las mismas condiciones, el beneficiario de la Seguridad Social o, de forma más amplia, toda persona necesitada de protección social.

La indicada concepción de persona es, por lo demás, fácilmente integrable en el enfoque relacional, según el cual persona y relación componen un *continuum* (siendo la persona –como se ha dicho– centro y periferia de la relación). Y desde esa línea, la dependencia, entendida como necesidad, se inscribe en la relación interpersonal, explicándose así la existencia de relaciones de simetría y de asimetría, con una diversa gradación de niveles de dependencia en la que cuenta de forma decisiva la estructuración social –también en la subordinación laboral²⁰⁹-. Ahora bien, si sólo desde la simetría social es posible el funcionamiento de relaciones sociales interdependientes, recíprocas, cualquier solución jurídica inspirada por la idea de justicia relacional ha de pretender, ante todo, “horizontalizar” y nivelar las posiciones de asimetría social producidas por tantas situaciones de necesidad, de dependencia, de capacidades cercenadas o no desarrolladas. También en cuanto a la dependencia laboral es imprescindible que se den unos mínimos de dignidad y respeto por la persona del trabajador. Recuérdese que en el mundo del trabajo pueden distinguirse las situaciones coyunturales de subordinación y explotación laboral de las que pueden denominarse “estructuras sociales de dominación”, como la esclavitud, la subordinación femenina y las prácticas culturalmente asentadas de explotación infantil. Tanto en unos casos como en otros se trata de personas fuera de juego (fuera del juego de la interdependencia) en la medida en que no satisfagan sus necesidades, no compensen su inferioridad o no desarrollen su capacidad. Téngase además en cuenta que la idea de cooperación social de Rawls “está basada en la idea de la reciprocidad entre individuos aproximadamente iguales, y no deja explícitamente espacio alguno para las relaciones de dependencia extrema”²¹⁰, en palabras de Martha Nussbaum, aunque también la misma recuerda que el propio Rawls complementa su concepción de la justicia –contractual y racionalmente pretendida– con el recurso a determinados expedientes que, como en el caso del “velo de la ignorancia”²¹¹, representan un modo de promover la solidaridad. Y en tal sentido la profesora Nussbaum manifiesta la necesidad de “encontrar expedientes”,

²⁰⁸ *Ib.*, pág. 118.

²⁰⁹ Siendo también importante en la graduación de la dependencia laboral la naturaleza de la prestación a realizar, según la concepción barassiana, como ya se ha expuesto (*vid. supra*).

²¹⁰ Nussbaum, M., *Giustizia sociale e dignità umana*, *op. cit.*, pág. 111.

²¹¹ *Vid.* Habermas, J. y Rawls, J., *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, 1998, págs. 75 y ss.

pensando en necesidades concretas, socialmente estructuradas (su análisis se centra en la discriminación de la mujer y en la explotación infantil, tantas veces coincidentes).

Así pues, es necesario promover la inclusión social de los sujetos no incluidos en la relación de interdependencia en condiciones de simetría social –sino, en muchos casos, atrapados en estructuras sociales patológicas- para que lleguen a ser “capaces de reciprocidad”²¹². En este sentido, podríamos proponer denominar *expediente de inclusión* al mecanismo relacional –es decir, que ha de ser suscitado de forma necesaria por la dimensión institucional del sistema jurídico- que exige integrar en la dinámica jurídica las situaciones de asimetría; es decir, emancipar (autónoma o heterónomamente) lo sometido, lo subordinado, sobre todo en sus grados más acusados, pero también en otros niveles de menor gravedad, tratando así de conciliar la dependencia con la interdependencia. Dicho en otros términos, ante la necesidad, planteada desde el ámbito de reciprocidad, de actuar según el código simbólico de interdependencia, el ámbito de institucionalidad ha de asumir el desafío de ofrecer un plano jurídico de paridad, de simetría, corrigiendo, ante todo, los desequilibrios existentes. Lo que significa que el expediente de inclusión debe actuar como un programa previo imprescindible –para asegurar o restablecer la simetría social-, sin cuyo efecto la interdependencia recíproca no puede comenzar a funcionar.

Debemos, por tanto, preguntarnos, en el caso de la dependencia laboral, cuál es la base de dicha relación social de asimetría, pudiendo rápidamente responder, en virtud de todo lo anteriormente expuesto, que la fuente de subordinación laboral, en general –es decir, exceptuadas las situaciones específicamente patológicas o las estructuras sociales de dominación²¹³- no está en la construcción jurídica –precisamente orientada a su limitación-, sino en la estructura organizativa empresarial. Y, abundando en la mencionada “sociedad de lo humano”, siempre en referencia al ámbito de relaciones en la empresa, el expediente de inclusión consiste en el mínimo mecanismo previo necesario para promover una simetría social de partida, que facilite, conforme a la propuesta de justicia relacional, el libre juego de la interdependencia recíproca, desde una pluralidad de actitudes personales. Sólo que, teniendo en cuenta que la relación laboral es de tracto sucesivo, con efectos deseablemente estables y duraderos, y considerando que la organización empresarial

²¹² Martha Nussbaum (*ib.*, pág. 111) se refiere con ello a la diferenciación que Rawls establece entre los niveles de racionalidad y de animalidad, puesto que los animales no son capaces de reciprocidad, en los términos de la contratación social que él propone, citando, en este sentido a Rawls, J., *Una teoría della giustizia*, Milán, 1982, págs. 32 y 412-413.

²¹³ En relación a éstas se sobreentiende que el expediente de inclusión exige acabar con dichas estructuras sociales, liberando a las personas respecto de las mismas.

de la gestión del trabajo es fuente constante de dependencia, en la medida en que ambas partes no se conduzcan voluntariamente con arreglo a una exquisita intención de justicia, queda el Derecho del Trabajo, con sus normas estatales o colectivamente pactadas, constituido en permanente expediente de inclusión.

Dos consideraciones pueden añadirse a lo dicho. En primer lugar, que el expediente de inclusión no sólo viene exigido por la idea de justicia relacional, sino que puede decirse que cuando la nivelación de posiciones asimétricas tiene lugar de forma autónoma –individual o colectivamente–, el expediente de inclusión coincide con esa misma idea de justicia²¹⁴. Y en segundo lugar, que el expediente de inclusión que actúa principalmente a través de reglas estatales heterónomas asume el riesgo de mantener relaciones laborales en una situación indefinida de minoría de edad, distanciándose a largo plazo de la idea de justicia relacional (efectivamente, la norma laboral puede tener un efecto, no sólo de progreso, sino también de regresión social).

3.4. UNA REFLEXIÓN SOBRE EL PRESENTE Y EL FUTURO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRABAJO AUTÓNOMO

“Si se siente gratitud y no se la expresa es como envolver un regalo y no darlo”.

William Arthur Ward.

A mi maestra Rosa a la que estaré eternamente agradecida.

LUCÍA MARTÍN RIVERA

*Profesora Titular de EU de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga*

I. INTRODUCCIÓN

La crisis económica y las altas tasas de desempleo de los últimos años coinciden con profundas transformaciones del sistema productivo; como consecuencia, estamos asistiendo al cambio del modelo tradicional de las relaciones laborales. El

²¹⁴ Como afirma Veneziani, refiriéndose a la doctrina de Barassi, éste consideraba la equidad y la buena fe propiamente como remedio a la asimetría social presente en una relación contractual (Veneziani, B., “Contratto di lavoro...”, *op. cit.*, pág. 437).

sistema industrial taylorista y fordista, caracterizado por el establecimiento de un proceso de producción en masa de bienes estándar para un mercado homogéneo y localizado, es un modelo en franca decadencia, que nos hace cuestionarnos la pervivencia de un proceso de producción, que se realiza en grandes concentraciones productivas, con un trabajo jerárquicamente organizado, de escasa cualificación, y fragmentado en múltiples categorías.

En la transformación del sistema de producción han incidido de manera principal dos fenómenos estrechamente relacionados entre sí, que son la globalización de la economía y el desarrollo de nuevas tecnologías de información y comunicación²¹⁵. Las empresas se encuentran hoy inmersas en una economía globalizada²¹⁶, que demanda mayor competitividad y donde se impone un sistema de producción flexible de bienes y servicios que ha de adaptarse rápidamente a las cambiantes exigencias del mercado y de los consumidores y usuarios con el riesgo, si no, de no ser competitivas²¹⁷. Por otra parte, los avances tecnológicos, y concretamente las nuevas tecnologías de información y comunicación, han tenido y tienen un efecto directo sobre el empleo, ya que producen reestructuraciones mucho más frecuentes del sistema productivo y una pérdida de puestos de trabajo en los sectores tradicionales de la economía.²¹⁸

²¹⁵ CASTELLS, M., “*La era de la información: economía, sociedad, y cultura*”. Vol. I, La sociedad en red, Alianza Editorial, Madrid, 2ª ed., 2000, pág. 137, define la economía global como: “economía cuyos componentes nucleares tienen la capacidad institucional, organizativa y tecnológica como una unidad en tiempo real, o en un tiempo establecido, a escala planetaria”. Según este autor la economía es global gracias a la nueva infraestructura proporcionada por las tecnologías de información y comunicación, y con la ayuda decisiva de las políticas de desregulación y liberalización aplicadas por los gobiernos y las instituciones internacionales.

²¹⁶ MONEREO PÉREZ, J.L., *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo: una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 11, “Los tres motores de la globalización son la liberalización, la privatización y la desregulación controlada, las cuales actúan sobre la base de un incesante proceso de innovación tecnológica”.

²¹⁷ DURÁN LÓPEZ, F., “*Un siglo de Derecho del Trabajo: El Derecho de un siglo.*” El Derecho Español del Siglo XX, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 158, señala que: “el momento económico presente está marcado sin duda por la globalización de la economía. Esa globalización (que es apertura, internacionalización) de las economías, acompañada por otros factores, fundamentalmente la mayor movilidad (y, por tanto, mayor autonomía) de capital, las transformaciones del proceso productivo (derivadas sobre todo, de la utilización de nuevas tecnologías de la información y de los avances técnicos introducidos por las mismas) y la terciarización creciente de la economía, están provocando efectos importantes en las relaciones de trabajo.

²¹⁸ En este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L., *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo...* op.cit. pág. 172, señala que: “el cambio tecnológico incide en la necesidad de reestructuraciones constantes del sistema productivo y en la pérdida estructural de puestos de trabajo que las innovaciones técnicas ocasionan al suponer un mayor grado de automatización del sistema productivo”. Por su parte, CASTELLS, M., en “*La era de la información: economía, sociedad, y cultura*”, op. cit., págs. 307 a 321, concluye que si bien los cambios tecnológicos reducen la demanda de trabajo en los sectores más tradicionales, las innovaciones tecnológicas no tienen porqué ir asociadas a unas tasa de paro superior.

Finalmente, los procesos de descentralización productiva y exteriorización del empleo (contratas, subcontratas, empresas de trabajo temporal) han aumentado la complejidad del mercado de trabajo. Las pequeñas empresas han adquirido en este mercado un mayor relieve, al tiempo que las grandes empresas tienden a concentrarse en el núcleo central de sus actividades productivas.

Podemos decir que el modelo de organización tradicional descansaba sobre tres pilares fundamentales: el control entero del ciclo de producción de bienes y servicios, la autonomía de cada empresa en sus relaciones con otras y una gestión funcional jerárquica. En cambio, el nuevo paradigma, se caracteriza por la fragmentación del ciclo productivo, la dependencia, coordinación y articulación en las relaciones inter-empresas, y una gestión en la que prima la autonomía funcional.

En este contexto la contratación de trabajadores autónomos, ordinarios, o dependientes (TRADE) y el fomento del autoempleo, se presenta en muchos casos como una alternativa al trabajo asalariado.

II. FACTORES QUE ESTÁN EN EL ORIGEN DEL CRECIMIENTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO

La combinación de distintos factores entre los que se encuentra la transformación del sistema productivo, y la crisis económica está teniendo efectos devastadores sobre el empleo, pero también sobre la propia estructura del mercado de la actividad profesional. El número de asalariados ha decrecido en los últimos tiempos,²¹⁹ y paralelamente al descenso de la población asalariada se produce un incremento del trabajo autónomo,²²⁰ que aunque en este momento puede considerarse un incremento discreto parece que es una tendencia que tiende a consolidarse e incrementar de manera cuantitativa, y cualitativa.

Como vamos a ver en los apartados siguientes, las razones o motivos que pueden estar en el origen del incremento del trabajo autónomo son fundamentalmente tres. Cada una de estas razones las vamos a analizar con detenimiento en los apartados siguientes.

²¹⁹ La Encuesta de Población Activa (EPA) del primer trimestre del 2015 nos muestra la existencia de apenas 11,009 millones de asalariados privados. Es decir, algo más de tres millones menos de los que había en el cuarto trimestre de 2007, periodo que marca un récord histórico.

²²⁰ Los últimos datos oficiales muestran que los trabajadores *autónomos* (autónomos, empleadores o empresarios sin asalariados) continúan ganando peso en las relaciones laborales. Hasta el extremo de que ya casi uno de cada cinco ocupados (el 18,7%) se rige por sus propias condiciones de trabajo.

1. El autoempleo como remedio al desempleo

La primera causa o factor del crecimiento del trabajo autónomo tiene que ver con la crisis y su incidencia en el empleo, ya que la destrucción de empleo que ha sufrido España en los últimos años, ha hecho que muchos trabajadores que han sido expulsados del mercado de trabajo tengan enormes dificultades para encontrar un nuevo trabajo asalariado, y eso les está llevando al autoempleo, como un modo de salir de esa situación. El autoempleo, o el trabajo autónomo se convierte, de esta forma, en una vía de escape para salir del desempleo, o de una situación demarginación social²²¹.

El desempleo no es un problema exclusivo de España, sino que afecta en mayor o menor medida a la totalidad de los Estados que forman la Unión Europea. Ello ha obligado, durante los últimos años, a buscar vías de solución tanto en el terreno de la economía, como en las propias políticas de empleo. Entre estas vías de solución se encuentra el fomento del autoempleo, así como el fomento del espíritu empresarial, o emprendimiento que se viene llevando a cabo tanto a nivel europeo²²² y nacional²²³, e incluso a nivel autonómico y local.

De hecho, las iniciativas dirigidas a que el autoempleo, se convierta en una alternativa de acceso a una actividad profesional o empresarial mediante la creación por el trabajador de su propio puesto de trabajo, son numerosas y variadas. El apoyo

²²¹ FERREIRO REGUEIRO, C. *Relectura sobre el contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente*, Relaciones Laborales. Tomo I. 2011. Pág 431 y ss, habla que la crisis ha provocado el fomento del trabajo autónomo independiente y dependiente, como reacción frente a la pérdida de trabajo tradicional, cuyo antídoto pudiera ser el auto-empleo o la auto-ocupación.

²²² El Tratado de Amsterdam firmado el 2 de octubre de 1997 incorpora un nuevo Título de Empleo (título VIII) que refleja en el plano normativo las recomendaciones del Libro Blanco. *Crecimiento, competitividad, empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI*. Bruselas, 1993. En este título el autoempleo se incluye entre las distintas medidas propuestas para la creación de empleo. A partir de este tratado el fomento del autoempleo y del espíritu empresarial, ha sido una tónica presente en la Unión Europea. En este sentido, ver entre otros, ORTIZ LALLANA, M. C.: «Autoempleo y fomento del espíritu empresarial en la Unión Europea». *RL*, tomo I, 2000; GARCÍA VALVERDE, M^a D, *Promoción y fomento del autoempleo*. Temas Laborales, n^o 81, 2005, pág 108-110.

²²³ La reforma de la Ley de Empleo (Ley 56/2003, de 16 de diciembre) llevada a cabo mediante el RDL 3/2011, incide de manera evidente en el fomento del autoempleo, mencionando entre los objetivos de la política de empleo “fomentar la cultura emprendedora y el espíritu empresarial, así como mejorar la atención y acompañamiento a las personas emprendedoras en la puesta en marcha de su iniciativa empresarial”. Por otro lado, incluye dentro de la orientación profesional el empleo por cuenta ajena y el “autoempleo”, estableciendo como parte de los servicios públicos de empleo, la “información, asesoramiento y tutorización para la creación, gestión y funcionamiento de empresas, por parte de emprendedores, trabajadores autónomos y otras empresas de la economía social”. Por último, integra el “fomento del autoempleo y la iniciativa emprendedora” dentro de los principios generales de las políticas activas de empleo.

al trabajo autónomo, el establecimiento de incentivos a la economía social, o los estímulos a la constitución de pequeñas empresas, son algunos de los ejemplos que se pueden citar. En muchos de estos casos lo que se pretende es que el trabajador salga del desempleo generando su propio puesto de trabajo²²⁴.

2. Transformaciones del sistema productivo y nuevas formas de organización empresarial como causas del incremento del trabajo autónomo

Una segunda causa que ha originado el paulatino crecimiento del trabajo autónomo se encuentra en las transformaciones ya apuntadas que está sufriendo en los últimos tiempos el sistema productivo. En efecto, el paso de la sociedad del trabajo, o sociedad industrial, a la sociedad del conocimiento, o sociedad informacional o red también está favoreciendo el incremento del trabajo autónomo. La nueva sociedad del conocimiento o sociedad red es el resultado de una serie de cambios económicos, sociales y culturales que empezaron con la revolución tecnológica. Es una forma concreta de organización social en la que la generación, procesamiento y transmisión de la información se convierten en fuentes fundamentales de productividad.²²⁵

El modelo de producción empresarial actual, afectado también por la globalización económica, y por el desarrollo de las tecnologías de información y comunicación está generando nuevas formas de gestión empresarial, que tienden hacia la flexibilidad y a la competitividad. Este es el caso de la empresa red, la descentralización productiva, o la externalización de funciones. Estas formas de organización empresarial tienen que ver con la necesidad de las empresas de ser más competitivas –lo que implica capacidad para satisfacer las demandas de los mercados- y más eficientes –hacerlo con más eficacia que otras empresas-. Lo que las ha llevado a reducir su tamaño, o a externalizar parte de su producción, o a subcontratar servicios, aligerando su tamaño y por tanto sus plantilla. Este nuevo modelo de gestión empresarial parece favorecer el trabajo autónomo, ya que estamos ante un nuevo paradigma productivo en el que se prima la flexibilidad, la temporalidad, y la capacidad de reacción ante las cambiantes condiciones del mercado, objetivos que en muchos casos encajan más con el trabajo autónomo, que con el trabajo asalariado²²⁶.

²²⁴ GARCÍA VALVERDE, M^a D, *Promoción y fomento del autoempleo*. Temas Laborales, n^o 81, 2005.

²²⁵ CASTELLS, M., *La era de la información: economía, sociedad, y cultura*. Vol.I, La sociedad en red, Alianza Editorial, Madrid, 2^a ed., 2000.

²²⁶ CASTELLS, M., http://elpais.com/diario/1997/05/20/opinion/864079204_850215.htm hace una reflexión de cómo la sociedad red y más concretamente la empresa red tiene importantísimas consecuencias para la organización del trabajo y, por tanto, para los trabajadores. Así establece que en el caso de la empresa red “*al ser el proyecto la unidad, la contrata de trabajadores más conveniente es por servicios, para una actividad dada y sólo por el tiempo de esa actividad. Las empresas prefieren pagar más*”.

De hecho, el perfil de trabajador autónomo ha cambiado, pues junto a la industria artesana, el pequeño comerciante, el transporte de reducidas dimensiones, los oficios tradicionales y las denominadas profesiones liberales proliferan otras manifestaciones de trabajo autónomo que tienen que ver con el desarrollo de las nuevas tecnologías de información y comunicación. Estamos hablando de los denominados “trabajadores de cuello de silicio”²²⁷ que poseen una alta especialización en temas relacionados con las nuevas tecnologías de la información, que aunque pueden realizar su trabajo en régimen de dependencia, en muchas ocasiones lo realizan en régimen de autonomía, debido precisamente a su alta cualificación.

3. La delimitación de las fronteras entre el trabajo dependiente y el trabajo autónomo. Los falsos autónomos

Detrás del aumento del trabajo autónomo se encuentra, también nuevas prácticas empresariales que pasan por convertir a trabajadores por cuenta ajena en autónomo, en muchos casos pero no siempre con el objetivo de reducir costes sociales. Entramos aquí en el terreno de la difícil frontera que en muchos casos separa el trabajo asalariado y el trabajo autónomo, y también en el de los denominados “falsos autónomos” que son aquellos trabajadores que teniendo formalmente un contrato civil o mercantil, realizan su prestación de servicio cumpliendo con los elementos que caracteriza el trabajo asalariado regulados en el art. 1.1 ET.

La dependencia ha constituido y constituye una de los elementos fundamentales que ha caracterizado el trabajo asalariado. El concepto de dependencia ha evolucionado pasando de una noción precisa pero rígida en la que la dependencia se entendía como un sometimiento a las órdenes e instrucciones del empresario (así era concebida la dependencia en las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944), a un concepto más flexible, en el que lo importante para apreciar la dependencia o la subordinación es que el trabajador este inserto en un ámbito organizativo ajeno, y propio de un tercero.²²⁸

por consultorías (a nivel alto) o por contratos por tarea o temporales (a nivel bajo) a cambio de no tener que asumir al trabajador de forma estable, eliminando así las cargas sociales y adaptando su plantilla a las necesidades de cada momento. Aunque esta forma de organización productiva es en realidad muy antigua, casi de los primeros tiempos de la industrialización, ha cobrado un nuevo sentido con las tecnologías de información. Es efecto, las nuevas tecnologías permiten un funcionamiento flexible en red, con fuerza de trabajo dispersa en distintas empresas y localidades, al tiempo que se coordinan las tareas mediante intercambios telecomunicados.”

²²⁷ RIFKIN, J *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra el puesto de trabajo: el nacimiento de una nueva era*. México. Paidós, 1996. Pág 28 y 29.

²²⁸ MONTOTO MELGAR, A *Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo*, en VV.AA., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras de derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, CRUZ VILLALÓN, J. (Ed.), Tecnos, Madrid, 1999, pág. 62.

La evolución del elemento de la dependencia es fruto, por una parte, del carácter expansivo del Derecho del Trabajo que ha ido incluyendo en su ámbito regulador a realidades que en principio quedaban fuera del Derecho del Trabajo, precisamente por estar muy desdibujada la nota de dependencia. Este es el caso de muchas relaciones de carácter especial, y del contrato a domicilio. Y por otra parte, la flexibilización de la nota de dependencia también ha permitido que tengan cabida en el Derecho del Trabajo nuevas realidades laborales fruto de los cambios sociales, económicos, y tecnológicos, este sería el caso del teletrabajo.

La línea divisoria entre el trabajo dependiente y el trabajo autónomo no siempre ha sido precisa y clara, existiendo zonas grises donde no es sencillo determinar si se está ante un trabajo dependiente o autónomo²²⁹. La jurisprudencia suele utilizar un modelo indiciario que le permiten presumir cuando estamos ante una relación laboral asalariada. Pero, sobre todo la jurisprudencia tiene claro que lo determinante, no debe ser el “nomen iuris” del contrato, esto es, la denominación que le hayan dado las partes contratantes, sino la auténtica naturaleza del vínculo que las une, de esta forma se reacciona frente posibles fraudes por utilización indebida de contratos civiles o mercantiles, con la intención de evitar la aplicación de la normativa laboral, a prestaciones de servicios, que reúnen las notas características del trabajo asalariado.

En esa prevención de posibles fraudes juega un relevante papel la presunción de laboralidad recogida en el Estatuto de los Trabajadores (art. 8.1 ET). La presunción de laboralidad del contrato facilita a los Tribunales la apreciación de su auténtica naturaleza jurídica, con independencia de la denominación que le hayan dado las partes contratantes: la existencia del contrato de trabajo no va a depender de la voluntad expresada por las partes, ni de la denominación formal dada al vínculo que las une, sino de las circunstancias reales en que se desarrolla la actividad. Ahora bien, los Tribunales, al aplicar esta presunción, no siempre le han dado el mismo valor, ni coinciden en la interpretación de los requisitos exigibles para su aplicación.

En esta tarea de delimitación de campos la aprobación del Estatuto del Trabajador Autónomo, en adelante LETA, ha ayudado a clarificar la línea divisoria entre el trabajo dependiente y el trabajo autónomo. Por otro lado, la regulación del trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE), así como la protección que la LETA les dispensa también ha ayudado a que determinados colectivos, que

²²⁹ Para un estudio exhaustivo de las zonas grises que separan el trabajo asalariado y el trabajo autónomo ver, MARTÍN VALVERDE, A. *Fronteras y zonas grises. del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual* (1980-2001). Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales núm. 38, (2002). Y del mismo autor, *Fronteras y «zonas grises» del contrato de trabajo: reseña y estudio de la jurisprudencia social (2002-2008)*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales núm. 83, (2009).

en ocasiones eran incluidos en el Derecho del Trabajo para que no quedasen desprotegidos, ahora tengan un régimen específico inspirado en muchos aspectos en el que se dispensa a los trabajadores asalariados. Pero como ya apuntaba la doctrina científica al poco tiempo de la publicación del Estatuto del Trabajador Autónomo, esta ley ha podido tener como efecto no deseado que de manera fraudulenta se hayan convertido trabajadores asalariados en trabajadores autónomos, y sobre todo en autónomos económicamente dependientes.²³⁰

III. LA REGULACIÓN DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO: LA LEY 20/2007 REGULADORA DEL ESTATUTO DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO

La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, desarrollada en algunos aspectos por el RD 197/2009, de 23 de febrero, ha venido a dar cobertura legal al trabajador autónomo, así como a la figura del denominado “trabajador autónomo económicamente dependiente”, al que se le otorga un nivel de protección social, parecido, en algunas aspectos, al que tiene el trabajador por cuenta ajena²³¹.

La regulación Estatuto del Trabajo Autónomo (en adelante LETA), empieza donde termina el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores y va dirigido a personas físicas, y no a organizaciones empresariales. La principal característica de la LETA es la diferenciación de dos tipos de trabajadores autónomos. Por un lado, se regula el trabajador autónomo de régimen común y, por otro lado, el trabajador autónomo que realiza su actividad en condiciones de dependencia económica (TRADE), que se configura como un supuesto intermedio entre el trabajador autónomo y el trabajador asalariado, caracterizado por mantenerse al margen del ordenamiento laboral, pero con una protección inspirada en éste en régimen²³².

²³⁰ DE LA VILLA DE LA SERNA, L E, *Algunas consideraciones críticas sobre la Ley 20/2007, de Estatuto del Trabajo Autónomo* Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 15, 2007, pág 12.

²³¹ Como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley se trata de una “*regulación garantista, en virtud de esa situación de dependencia económica, sin perjuicio de que opere como norma general en las relaciones entre éste y el cliente el principio de autonomía de la voluntad*”, esta regulación, por otra parte, viene avalada por la DF 1ª del ET, al declarar con carácter general que “*el trabajo realizado por cuenta propia, no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente*”.

²³² Como pone de manifiesto, DE LA VILLA DE LA SERNA, L E, *Algunas consideraciones críticas sobre la Ley 20/2007, de Estatuto del Trabajo Autónomo* Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 15, 2007, pág 5. La distinción entre trabajador autónomo y autónomo económicamente dependiente es estrictamente contractual, puesto que en materia de seguridad social ambos supuestos quedan conjuntamente incluidos en el régimen especial de seguridad social de los trabajadores autónomos o por cuenta propia (RETA).

La LETAsigue el mismo esquema que el ET para determinar su ámbito de aplicación. De esta forma, el trabajo autónomo al que hemos denominado común se caracteriza por la concurrencia de cinco elementos. El primero de ellos es su carácter personal y directo, que implica que sólo puede ser trabajador autónomo una persona física. El segundo elemento es que el trabajo autónomo tiene que tener carácter habitual, lo que significa que las actividades ocasionales o esporádicas no son merecedoras de tener esta consideración. Es necesario también que el trabajo se haga a título lucrativo, lo que da idea de sus fines profesionales y económicos, excluyéndose las actividades o prestaciones a título benévolo o gratuito. La cuarta característica es la realización del trabajo “por cuenta propia”, lo que supone la apropiación de los frutos o productos del trabajo, directa y automáticamente, por el propio trabajador (o, en su caso, por el núcleo familiar o societario en el que participa), así como la asunción de los riesgos económicos o de resultado propios de la actividad que realice. El último elemento sería la autonomía, lo que supone que el trabajador no está sujeto a las órdenes de un tercero, ni se encuentra inserto en el ámbito de organización o dirección de un tercero.

Pero sin duda, lo más novedoso de la LETA es que crea la figura, sin precedentes en la legislación comparada, de los “*trabajadores autónomos económicamente dependientes*” (TRADE). Lo más característico de esta figura es que van a tener esta consideración, los trabajadores autónomos que dependan económicamente de un cliente por percibir de él al menos el 75% de sus ingresos. La dependencia económica constituye el requisito más característico del TRADE, pero no es el único, ya que la LETA enumera una serie de condiciones, además de la dependencia económica, necesarias para que el trabajador sea considerado TRADE²³³.

²³³ Además de la dependencia económica del al menos el 75% de sus ingresos el art. 11 de la LETA requiere para que el trabajador sea considerado TRADE que 1) No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena, esto es, no ser al mismo tiempo “empresario” laboral; 2) no contratar ni subcontratar con terceros, en todo o en parte, la actividad contratada con sus clientes, la obligación que ha de cumplirse de modo personal y directo, sin posibilidad de sustitución por decisión del propio trabajador; 3) no ejecutar su actividad de manera “indiferenciada” con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente; 4) disponer de infraestructura productiva y material propios, que se distingan de los medios del cliente (de la empresa) y que sean suficientes para el desarrollo de su actividad; 5) desarrollar su actividad bajo criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas de carácter general que pueda recibir de su cliente; 6) no está sometido a la organización, dirección y disciplina de la empresa, pero, lógicamente, habrá de adaptarse a los compromisos derivados del correspondiente encargo o contrato; 7) recibir del cliente una contraprestación económica en función del resultado de su actividad (según lo pactado con el cliente), y asumir el riesgo y ventura de la misma; 8) no ser titular de un establecimiento o local comercial o industrial, ni de oficinas o despachos abiertos al público, puesto que en tal caso se presupone que o bien se ofrecen productos, y no servicios, o bien se ofrecen servicios al mercado, no a un cliente determinado; y 9) no

En el caso de los TRADES desaparece formalmente de su definición legal la referencia al trabajo “por cuenta propia” que, sin embargo, se contiene expresamente en la definición general de trabajador autónomo (art. 1.1 LETA). El motivo es que el TRADE, trabaja para otro (para un “cliente”). Ello no significa que el autónomo económicamente dependiente sea un trabajador por cuenta ajena en sentido estricto, pues ya hemos visto que depende económicamente del resultado de su actividad y que corre con el riesgo y ventura de su actividad profesional o económica (como el art. 11.2.e) LETA pone de relieve). Pero en determinadas ocasiones se puede entender que hay cierta de la ajenidad en los frutos.

La dependencia económica, aunque no jurídica, y la cierta presencia del elemento de ajenidad en las relaciones que mantienen los TRADES con sus clientes justifican ese mayor régimen de protección que se le dispensa.

IV. CONCLUSIÓN

El trabajo autónomo es cada vez más significativo en el mercado de trabajo tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo²³⁴. El perfil del trabajador autónomo también se ha modificado, ya que las actividades profesionales a las que se dedican los trabajadores autónomos han dejado de ser meramente residuales y de escaso peso en la economía y han pasado a tener un alto valor añadido en el mercado de bienes y servicios. En efecto, si tradicionalmente las actividades del trabajador autónomo estaban relacionadas con artesanía, agricultura y pequeño comercio, el trabajo autónomo ahora es un campo abonado para actividades relacionadas con la informática y telecomunicaciones, y el sector servicios.

El incremento del número de trabajadores autónomos y la ampliación de sus tradicionales ámbitos de ejercicio profesional encuentra su explicación en varias razones. Entre ellas se encuentran las políticas públicas de fomento y promoción del autoempleo y del espíritu emprendedor que se han desarrollado en España en cumplimiento de las directrices sobre empleo dictadas por las instituciones comunitarias en el marco de la Estrategia Europea para el Empleo. Estas políticas en muchos casos lo que buscan es que el trabajador salga del desempleo generando su propio puesto de trabajo, y por lo tanto se convierten en una fórmula para combatir las altas tasas de desempleo. Por otra parte, la propia evolución y desarrollo

ejercer su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en Derecho, pues en tal caso el contrato se concierne con la sociedad o el grupo, no directamente con la persona que trabaja.

²³⁴ http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/Autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/index.htm. A 31 de marzo de 2015 había 1947.339 trabajadores autónomos personas físicas, inscritas en diferentes regímenes por cuenta propia, siendo la RETA el más numeroso.

de los procesos productivos y, las nuevas formas de organización empresarial, constituye una razón importante sino la más en la que debemos buscar el incremento de la importancia que está adquiriendo el trabajo autónomo en el mercado de trabajo. Este segundo motivo, está relacionado directamente con la transición de la sociedad industrial a la sociedad del conocimiento o sociedad red donde en muchos casos la propia configuración del trabajo autónomo se acomoda mejor que la del trabajo asalariado. Por último, las razones o los motivos los podemos encontrar en la intención del empresario en muchos casos de eludir la aplicación del régimen de tutela estrictamente laboral, más costoso para el empresario.

Todas estas razones o motivos nos hacen pensar que el incremento, y la importancia del trabajo autónomo en el mercado de la actividad profesional, y en la configuración actual de la sociedad no es un hecho coyuntural, sino que la presencia del trabajo autónomo va a ser cada vez más significativa y trascendental. De ahí la importancia de que se dispense un buen sistema de protección social a los trabajadores autónomos. Sin duda la aprobación de la LETA, y el reglamento que desarrolla algunos aspectos de la misma han significado un punto de inflexión en el establecimiento de un sistema de protección de trabajo autónomo.

Por otro lado, el Derecho del Trabajo no puede dejar pasar la oportunidad de asumir la función reguladora de toda prestación del trabajo humano en sus múltiples y variadas manifestaciones, superando los límites que históricamente han delimitado el Derecho del Trabajo. La historia nos ha demostrado que esta disciplina tiene un carácter expansivo, ya en sus orígenes, se pasó de un derecho exclusivamente obrero a un derecho que regulaba toda prestación que se realizara de forma personal, voluntaria, retribuida, por cuenta ajena, y dependiente.

3.5. EL TRABAJO ASOCIADO Y SUS MANIFESTACIONES MÁS SEÑERAS A LA LUZ DE LA POLÍTICA DE EMPLEO

VICENTE-ANTONIO MARTÍNEZ ABASCAL

*Catedrático y Profesor Emérito de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social
Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)*

I. INTRODUCCIÓN

El tratamiento legislativo y doctrinal de las políticas laborales de empleo viene centrándose, sobre todo, en el terreno del trabajador dependiente, con especial atención en el de carácter asalariado. En la regulación de esta clase de trabajo, las sucesivas, interminables y, en general, asistemáticas reformas del mercado de trabajo buscan de forma prioritaria incentivar la contratación laboral, recurriendo para ello a distintas técnicas legislativas (configuración “atractiva” de las modalidades de contrato de trabajo con general preferencia por el de índole temporal y a tiempo parcial, reducción de costes laborales directos e indirectos de la fuerza de trabajo, reparto del trabajo...), que, por una u otra vía, inciden en esa figura. Desde ese foco regulador, para la norma laboral la solución prevalente a las elevadas o desbocadas tasas de desempleo que nuestro mercado de trabajo registra, según el momento del ciclo económico considerado, se encuentra en una constante tarea de reformulación y paulatino abatimiento del régimen jurídico de aquel trabajo, cometido que, bajo el nominal objetivo de crear y mantener el empleo, conduce en realidad a un paulatino y clamoroso deterioro de las condiciones de empleo y de su necesaria calidad, no generando tampoco una reducción significativa de la tasa de desempleo.

Esa fragilización normativa se manifiesta en unas condiciones de empleo progresivamente degradadas, entre las que sobresalen la reducción salarial pactada en los convenios colectivos, la apertura a la inaplicación de condiciones de trabajo esenciales acordadas en convenio estatutario y, en el orden práctico y paradigmático, la utilización abusiva o fraudulenta de las modalidades contractuales (sobremanera de los contratos temporales de carácter estructural y a tiempo parcial). Paradójicamente, esta quebradiza situación deriva de una política laboral de empleo que pretende poner coto a una tasa de desempleo desenfrenada en las fases depresivas del ciclo económico, pero que en los períodos alcistas de éste tampoco alcanza el porcentaje de paro estructural considerado admisible en las economías capitalistas, superándose con creces en nuestro mercado de trabajo la media comunitaria de dicha tasa.

A pesar de su probada ineficacia en materia de empleo, este enfoque regulador unidireccional, fiel a los intereses de las fuerzas económicas dominantes, elude sistemáticamente, salvo excepciones, el necesario análisis de adecuación de la finalidad y estructura organizativa de la empresa capitalista para poner en práctica una política orientada al pleno empleo, que los poderes públicos, legislativo y ejecutivo, tienen encomendada por mandato constitucional (art. 40.1 CE). Sin embargo, ese análisis resulta a mi juicio imprescindible ante los deplorables y lesivos resultados que la regulación de dicha política arroja en el marco del sistema de empresa mercantil predominante, desentendido verdaderamente de la imperiosa necesidad de lograr un empleo productivo, esto es, un empleo que, en cantidad y calidad, satisfaga las exigencias del trabajo decente, cuya sintética formulación viene a coincidir con “el trabajo libre, igualitario, seguro y humanamente digno”²³⁵.

II. POLÍTICA DE EMPLEO Y ECONOMÍA SOCIAL

La estructura del artículo 40.1 CE permite sin duda al legislador el diseño distintas políticas públicas de empleo, ya que el mandato de realizar “una política orientada al pleno empleo” muestra una relativa indeterminación respecto de la clase de política que se regule al respecto, con el límite expreso de que su contenido se dirija hacia el pleno empleo cualquiera que sea el modelo escogido entre los constitucionalmente posibles. No obstante, la relatividad de esa formulación encuentra intensos e ineludibles condicionamientos impuestos a dicha política por los principios constitucionales de igualdad material (arts.9.2 y 40.1 CE) y de solidaridad (arts. 38, 128.1, 130.1 y 131 CE). Del fundamento constitucional que tales principios brindan, surgen los que, en otro lugar, he denominado *presupuestos básicos* garantes de una política de pleno empleo coherente con el Estado social y democrático de Derecho²³⁶.

En primer lugar, la titularidad estatal mayoritaria de los medios normativos e institucionales a fin de llevar a cabo con eficacia las políticas laborales de empleo, lo que afecta directamente a los Servicios Públicos de Empleo y a los sectores considerados como servicios públicos esenciales (en especial, sanidad, educación, protección social, justicia, seguridad, medio ambiente y medios de comunicación y transporte). En segundo término, el establecimiento de una planificación democrática de la economía que permita elaborar, en los distintos niveles territoriales, planes económicos y de empleo, en desarrollo de las bases del plan general estatal

²³⁵ DE LA VILLA GIL, L.E.: “Voluntarismo y ambigüedad de las Declaraciones internacionales. El caso del trabajo decente”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* núm. 107/2013, pág. 126.

²³⁶ MARTÍNEZ ABASCAL, V. A Y HERRERO MARTÍN, J. B.: *Sistema de Derecho del Trabajo*. Tarragona, Publicacions de la Universitat Rovira i Virgili, www.publicacionsurv.cat, 2014 (acceso gratuito), pág. 174.

y en los que el empleo tenga un lugar prioritario, sin desconocer por ello las exigencias derivadas de la productividad, de la eficacia y de la rentabilidad que han de presidir la actividad empresarial. En tercer lugar, el reconocimiento real y efectivo de la libertad de empresa y del derecho al trabajo mediante el estímulo y el apoyo institucional, normativo y económico intensivos a la economía social, en particular a las sociedades cooperativas de trabajo asociado (CTA), constituidas sobre la base de la propiedad colectiva de la empresa, de la autogestión de la misma por los propios trabajadores y de la creación y mantenimiento del empleo en cuanto objeto social prevalente al que queda sometido el beneficio, limitado y equitativamente distribuido. En cuarto lugar, la efectiva garantía de los derechos constitucionales y de las libertades públicas en la empresa y fuera de ella, de modo que su ejercicio resulte plenamente tutelado por el conjunto de los poderes públicos y se preserve así el necesario pluralismo político y social inherente a una democracia no sólo política sino económica.

Centrando la atención en el tercero de los presupuestos de que se ha hecho mención, debe subrayarse que el trabajo asociado no es, desde luego, una realidad institucional y normativa unitaria que pueda reconducirse a un análisis homogéneo en su tipología y en su régimen jurídico. Sin embargo, esta clase de trabajo cuenta con el denominador común de enmarcarse en la economía social junto a otros tipos de trabajo cuya finalidad prioritaria no es el afán de lucro.

La economía social, conocida también como tercer sector, representa el 10% de las empresas europeas y el 6% del empleo total en este ámbito²³⁷. Estructurada originariamente en torno a determinadas formas asociativas de respuesta y protección a las condiciones de vida y trabajo generadas por el modo de producción capitalista (básicamente cooperativas, sociedades de socorros mutuos y sociedades de resistencia), engloba en la actualidad una amplia tipología de formas organizativas empresariales con pluralidad de fines sociales y de régimen jurídico, tanto en el ámbito estatal y autonómico, como internacional. En nuestro ordenamiento, la ley “reconoce como tarea de interés general, la promoción, estímulo y desarrollo de las entidades de la economía social y de sus organizaciones representativas”²³⁸, configurándolas como el conjunto de las actividades económicas y empresariales, realizadas en el ámbito privado por las entidades incluidas en dicho sector, de conformidad con los principios legalmente establecidos para el mismo, persiguiendo bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico o social, o ambos²³⁹. Del concepto legal se desprende que el elemento clave definitorio de la economía social presenta perfil finalista, caracterizando las distintas entidades

²³⁷ Confederación Empresarial Española de la Economía Social. www.cepes.es.

²³⁸ Preámbulo, III y artículo 8.1 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social.

²³⁹ Artículo 2 Ley 5/2011.

que la integran como “*organizaciones de personas que llevan a cabo una actividad con el objetivo principal de satisfacer las necesidades de las personas y no de retribuir a inversores capitalistas*”²⁴⁰. De este modo, el denominador común de las entidades integrantes de la economía social viene dado por su abierta separación de los fines primordialmente lucrativos inherentes a la empresa mercantil mayoritaria (sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada), lo que no significa, claro está, que dichas entidades se despreocupen de la rentabilidad y del beneficio racional y equitativo consecuente con su actividad.

Articuladas en torno a fórmulas teleológica y organizativamente diversas pero homogeneizadas por ese elemento finalista, en nuestro ordenamiento se incluyen en el ámbito de la economía social las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores, las sociedades agrarias de transformación y las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los principios legalmente establecidos al respecto, así como aquellas que sean incluidas por el ministerio competente en el catálogo de entidades de dicha economía²⁴¹. La amplitud del elenco de entidades integradas y susceptibles de serlo en el tercer sector está limitada por su sujeción a los principios orientadores de su organización y funcionamiento²⁴². De tales principios, y en cuanto aquí importa, conviene subrayar los que afirman “la primacía de las personas y del fin social sobre el capital” en relación con la “promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca”, entre otros fines, “la generación de empleo estable y de calidad”. La singularidad de estos principios respecto de los que rigen en la empresa mercantil mayoritaria, encuentra su razón de ser en los valores propios del cooperativismo, identificados por la Alianza Cooperativa Internacional con la autoayuda, la autoresponsabilidad, la democracia, la igualdad, la equidad y la solidaridad²⁴³.

²⁴⁰ MONZÓN CAMPOS, J. L. Y CHAVES ÁVILA, R.: *Informe sobre la Economía Social en la Unión Europea*. Unión Europea, 2012, págs. 23-24 (www.eesc.europa.eu).

²⁴¹ Artículo 5.1 y 2 Ley 5/2011.

²⁴² a) Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación a sus aportaciones al capital social; b) Aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las socias y socios o por sus miembros y, en su caso, al fin social objeto de la entidad; c) Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad; d) Independencia respecto a los poderes públicos. (Artículo 4 Ley 5(2011)).

²⁴³ www.ica.coop/es/node/10584.

III. LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO COMO EJE VERTEBRADOR DE UNA POLÍTICA LABORAL DE EMPLEO DEMOCRÁTICA Y AUTOGESTIONADA

Contemplado desde la óptica de la política laboral de empleo, las sociedades cooperativas despuntan en el variopinto catálogo de las entidades adscritas a la economía social, constituyendo “*el primer gran agente empresarial de la economía social*”²⁴⁴. No obstante, en materia de empleo las distintas clases de cooperativas no ofrecen resultados equivalentes si éstos se miden en términos de creación y mantenimiento del mismo, así como de acceso a un trabajo decente. En el mosaico de cooperativas según su objeto social las de trabajo asociado ocupan el primer puesto relativo en el palmarés del empleo, de forma coherente con su objeto social; relatividad derivada de su escaso número en relación con las sociedades mercantiles. Así, en el período más agudo de la actual crisis económica, el número de cooperativas distintas a las de trabajo asociado, aunque aumentó levemente, redujo significativamente el de socios, pasando de 1032 sociedades y 11.891 trabajadores en 2008 a 1.166 sociedades y 7.751 trabajadores en 2013, lo que muestra que estas cooperativas no fueron inmunes a una muy elevada pérdida de empleo (un 34,82%), puesto que, aunque fomenten los valores y principios del cooperativismo, la pluralidad del objeto social que persiguen no se ciñe, cuando menos de forma prioritaria, a la creación y/o mantenimiento del empleo. En claro contraste, y en igual período, las CTA casi duplicaron su número, pasando de 572 sociedades en 2008 a 950 en 2013, e incrementaron en un 47,5 % el número de socios trabajadores, que de 2463 en 2008 ascendió a 3632 en 2013. Cifras que no incluyen, por no haber datos fiables, las superiores derivadas de contabilizar los trabajadores asalariados que prestaran servicios para las cooperativas en dicho período.

Si la comparación relativa en materia de empleo generado por las cooperativas en nuestro mercado de trabajo se realiza con la empresas mercantiles predominantes (sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada) durante el referido período, los anteriores resultados siguen favoreciendo sin paliativos a las CTA. Conforme atestiguan los datos disponibles, el registro de aquellas empresas mercantiles inscritas en la Seguridad Social arrojaba un total de 692.312 en 2008 y de 985.613 en 2013, con un incremento cercano al 42,37 %, en tanto que, por el contrario, el número total de trabajadores asalariados pasaba de 9.370.200 en 2008 a 7.830.300 en 2013, con un descenso del 25,87 %. Ello evidencia que la creación de empresas en el citado período fue acompañada de una importante pérdida de empleo en este ámbito empresarial, situación muy alejada de los incrementos de empleo que experimentaron las CTA.

²⁴⁴ MONZÓN CAMPOS, J. L. Y CHAVES ÁVILA, R.: *Informe...ob.cit*, pag. 27.

Estos resultados positivos en materia de empleo se alcanzan a partir de una base constitucional y una regulación legal que, en línea de principio, favorecen la actividad cooperativa en general y la de trabajo asociado en particular. Con la brevedad propia de esta contribución, conviene abordar ambos planos de la acción normativa de estas singulares sociedades.

1. Fundamento constitucional

La participación plena en la empresa agrupa los distintos dispositivos de autogestión laboral, de modo que el poder decisorio lo asumen en dicho ámbito los trabajadores y, en su caso, sus representantes. La textura abierta del artículo 129.2 CE, al señalar que “Los poderes públicos promoverán eficazmente las distintas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada las sociedades cooperativas”, no establece ningún límite específico en cuanto a la forma y la intensidad que puede alcanzar dicha participación, salvo la expresa y significativa mención a las sociedades cooperativas, que, precisamente, configuran el paradigma de autogestión laboral. Consecuente con ese fundamento normativo constitucional, el ordenamiento laboral regula distintos tipos de sociedades cooperativas en cuanto formas de encauzar la autogestión de la empresa como expresión máxima de la aplicación de los principios democráticos que rigen esta figura participativa. La autogestión mediante las sociedades cooperativas implica, pues, la mayor intensidad participativa posible de los trabajadores en la empresa, ya que éstos ostentan la titularidad de la misma y la gestionan de forma democrática, llevando al cénit de su intensidad la exigencia legal de que la estructura y funcionamiento de aquéllas sean democráticos, conforme preceptúa el artículo 1.1 LC²⁴⁵.

En las CTA su estructura, constitucional y constitutiva, de autogestión percute directamente en el empleo en la medida en que, como seguidamente se verá, su objeto social, y por ende su actividad, están encaminados a proporcionar puestos de trabajo a los socios, cualquiera que sea la índole de esa actividad, siempre, claro está, que la misma se desenvuelva conforme a pautas de licitud.

2. Regulación legal

Desde la perspectiva del empleo decente en que se sitúa esta contribución, que, por tanto, no sólo comprende el acceso al trabajo y la estabilidad máxima de la relación laboral, sino también unas condiciones de trabajo dignas, en la regulación

²⁴⁵ MARTÍNEZ ABASCAL, V. A Y HERRERO MARTÍN, J. B.: *Sistema de Derecho del Trabajo*. Tarragona, Publicacions de la Universitat Rovira i Virgili, www.publicacionsurv.cat, 2014 (acceso gratuito), pág. 645.

legal de las CTA se plantean una cuestión prioritaria y otras derivadas que, siquiera de forma sintética, deben ser consideradas. La primera se refiere a la naturaleza del vínculo jurídico que une al socio trabajador con la cooperativa. Las segundas aluden a los efectos que de ese vínculo derivan para la remuneración, la gestión democrática de la empresa y las condiciones de trabajo.

2.1. La naturaleza del vínculo jurídico existente entre la CTA y el socio trabajador

Cuestión no pacífica doctrinalmente, pero de indispensable y prioritaria clarificación, es la que atañe al vínculo jurídico que une al socio trabajador con la CTA. Sobre esta cuestión, y en un entendimiento integrado de la LC, no cabe sostener, a mi juicio, que tal vínculo sea tan sólo societario²⁴⁶ o únicamente laboral inserto en un contrato de trabajo²⁴⁷, porque aunque la norma lo configure formalmente tan sólo como societario, en realidad su naturaleza es dual, societaria y laboral²⁴⁸ si bien esta laboralidad es de carácter autónomo. En efecto, la Ley 27/1999, de 16 de julio (LC), superando anteriores indeterminaciones normativas, califica la relación de los socios trabajadores con la CTA como societaria (art. 80.1). Esta calificación es consecuente con el carácter societario que poseen todas las cooperativas conforme al artículo 1.1 LC, extrayéndose de ella decisivos efectos en orden a la remuneración de los socios trabajadores y a la gestión democrática de la CTA. Pero ese vínculo societario no agota todas las consecuencias jurídicas que emanan de la regulación legal, puesto que la ley no llega a desentenderse de la expresa consideración de esas personas como socios trabajadores. Y no lo hace en dos vertientes. De un lado, aplicando formalmente a tales socios normas estrictamente laborales sobre salud laboral y prevención de riesgos laborales (art. 80.5 LC), así como sometiendo a la jurisdicción social las cuestiones contenciosas que se susciten entre la cooperativa y sus socios trabajadores (art. 87.1 LC). De otro, regulando materialmente condiciones de trabajo y de estabilidad en el empleo que, a pesar de figurar en la LC, esto es, en una norma mercantil, rezuman un inconfundible aroma laboral (arts. 80. 6 y 83 a 86 LC). Debe subrayarse la naturaleza materialmente laboral de estas condiciones, puesto que la relación societaria formalmente estable-

²⁴⁶ LÓPEZ GANDÍA, J.: *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo*. Valencia. Tirant lo Blanch, págs. 48-49.

²⁴⁷ SANTIAGO REDONDO, K. M.: *Socio de cooperativa y relación laboral*. Madrid. Ibidem, 1998, pág. 265. Debe tenerse en cuenta que este autor sostiene el carácter asalariado de la citada relación sobre la base de la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas (LGC), cuya indefinición al respecto facilitaba esta tesis.

²⁴⁸ Esta dualidad real pero no formal diferencia la naturaleza de la relación de trabajo en la LC de la doble relación, societaria y laboral, acogida expresamente por el ordenamiento italiano mediante la Ley 142/2001, de 3 de abril, en su artículo 1.3. Sobre el alcance de esta regulación NOGLER, L.: "El trabajo asociado: delimitación y características". En MORGADO PANADERO, P. (Coord.): *Empleo, trabajo autónomo y economía social*. Granada. Comares, 2009, págs. 21-24.

cida como única por la LC impide de plano considerar siquiera la existencia de la dependencia y ajenidad propias de la relación de trabajo asalariada. Pero tal impedimento no alcanza a abatir, antes al contrario, la presencia real en dicha norma de una forma específica de trabajo autónomo colectivo y autogestionado²⁴⁹, derivada funcionalmente de la relación societaria y vinculada indefectiblemente a las condiciones de trabajo del socio trabajador. La relación de trabajo es, por tanto, instrumental al vínculo asociativo, pero lo es materialmente sin que la ley reconozca formalmente un doble vínculo, asociativo y laboral²⁵⁰, por lo que, en ese plano material, puede admitirse la naturaleza mixta, societaria y laboral del vínculo, aunque no asalariada como pudo sugerirse con la precedente regulación²⁵¹, o, en términos de la jurisprudencia y referido al socio-trabajador, "el carácter mixto de su 'status' jurídico, en cuanto se asienta sobre una relación societaria y al mismo tiempo se manifiesta en la prestación de una actividad de trabajo, con tratamiento jurídico-laboral en no pocos aspectos"²⁵².

2.2. Relación societaria, remuneración y gestión democrática de la CTA

Como se acaba de señalar, la relación societaria trabada entre el socio trabajador y la CTA se expresa con peculiar significado en materia de remuneración y de gestión democrática de esta clase de empresa.

2.2.1. Remuneración

Debiendo regularse las entidades que integran la economía social por sus normas sustantivas específicas²⁵³, la LC configura las CTA como aquellas "que tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros" (art. 80.1). De este modo, el ánimo de lucro queda así limitado y supeditado a la creación y mantenimiento del empleo, a cuyo servicio se emplazan los citados principios de igualdad, equidad y responsabilidad, propios del cooperativismo, así como aquel objeto social.

²⁴⁹ Señala la existencia de trabajo autónomo del socio trabajador, sin especificación adicional, ORTIZ LALLANA, M.C.: *La prestación laboral de los socios en las cooperativas de trabajo asociado*. Barcelona. Bosch, 1989, págs. 48.

²⁵⁰ El carácter instrumental de la relación de trabajo respecto del vínculo asociativo se postula asimismo para el ordenamiento italiano, con preeminencia de este último a partir de la modificación de la Ley 142/2001 por el artículo 9 de la Ley 30/2003, aunque sobre la base del reconocimiento legal de esa doble relación en esta clase de cooperativas. Cfr. GALANTINO, L.: *Diritto del Lavoro*. Torino. G. Giapichelli Ed., 2009, pág. 50.

²⁵¹ MONTÓYA MELGAR, A.: "Sobre el socio-trabajador de la cooperativa de trabajo asociado". En VV.AA.: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*. Madrid. Tecnos, 1980, págs. 144-145.

²⁵² STS 29-5-1990, RJ 4516 y, en semejante sentido, STS de 19-5-1987, RJ 3734.

²⁵³ Artículo 5.3 Ley 5/2011.

La remuneración del socio trabajador constituye reflejo principal de la relación societaria así configurada y expresa la calidad con la que se concibe el empleo en el trabajo societario. Posee tal remuneración una manifestación doble: el anticipo societario y el retorno cooperativo. El carácter constitutivo y principal de la relación societaria impide admitir la ajenidad propia del contrato de trabajo y sitúa estas retribuciones como forma de participación del socio trabajador en los resultados de la sociedad, que no se cuantifican según la cuota de capital del socio como es inherente a la sociedades mercantiles mayoritarias, sino por su aportación de trabajo a la cooperativa de forma personal y directa, lo que refuerza la calidad de éste²⁵⁴, separándolo con nitidez del carácter precario y degradado que suele acompañar al trabajo asalariado.

Ambas formas de retribución son compatibles entre sí, teniendo la finalidad común de remunerar la actividad laboral del socio trabajador en la CTA en consideración al esfuerzo personal y directo que realice en la misma. La distinción entre ambas reside en las finalidades específicas que cada una se asigna. La finalidad del anticipo societario es la de servir de medio de subsistencia del socio trabajador, lo que se evidencia por su reconocimiento como derecho de éste a percibirlo periódicamente en plazo que no supere el mes (art. 80.4 LC). El objetivo del retorno cooperativo —que no se define como derecho por la LC, aunque sí en la LGC y en algunas normas autonómicas—, estriba en permitir a los socios trabajadores participar en el excedente disponible y repartible en proporción a las actividades cooperativizadas que cada uno haya realizado y en la forma que determinen los Estatutos o, en su defecto, la Asamblea General (art. 58.4 LC).

Pero la asunción del riesgo de empresa por parte del socio trabajador implica necesariamente la incertidumbre en la percepción de estas remuneraciones. Respecto de los anticipos societarios porque, como su propia denominación indica, se caracterizan “como percepciones a cuenta de los excedentes de la cooperativa” (art. 80.4 LC), lo que supone la efectiva existencia de los excedentes previstos en la gestión cotidiana u ordinaria de la cooperativa. Y en relación a los retornos cooperativos porque el presupuesto para su reparto entre los socios trabajadores descansa en la existencia de excedentes o beneficios una vez deducidas en su momento las posibles pérdidas de ejercicios anteriores, el pago de impuestos, las aportaciones a los fondos de reserva establecidos y, en su caso, la retribución a los trabajadores asalariados que pueda contratar la CTA (art. 58.1, 2 y 3 LC). Sólo en cierta medida la garantía de la percepción de los anticipos reintegrables que suelen establecer las normas autonómicas estableciendo al respecto un tope mínimo garantizado puede cumplir su función cuando la situación económica de la cooperativa lo permita.

²⁵⁴ SCHWEIKART, D.: “Sí que hay una alternativa”. En COMÍN OLIVERES, A. Y GERVASONI VILA, L.: *Democracia económica. Hacia una alternativa al capitalismo*. Barcelona. Icaria, 2009, pág. 206.

Pero será insuficiente en caso de pérdidas no enjugadas por el fondo de reserva obligatorio, habida cuenta de la inviabilidad de aplicar a las cooperativas la protección remuneratoria que brinda el FOGASA²⁵⁵, no sólo porque el anticipo no es salario, sino, sobre todo, por considerarse que los socios trabajadores objeto de protección serían responsables de la deficiente gestión de la cooperativa; objeción criticada al entenderse, con razón, que nada impediría que la CTA, en cuanto persona jurídica, contribuyera a la financiación del FOGASA del mismo modo que ya lo hace en cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social²⁵⁶.

En todo caso, y con alcance transversal, uno de los mejores antídotos practicables frente a este riesgo lo proporciona la calidad del trabajo realizado por los socios trabajadores que, a su vez, exige, como requisito indispensable el efectivo cumplimiento por la cooperativa del derecho de éstos —que también incluye a los socios de trabajo— “a la formación profesional adecuada” (art. 16.2, h) LC), que debe diseñarse con carácter permanente²⁵⁷. Derecho específicamente reforzado para las cooperativas —y no sólo para las de trabajo asociado— por la obligada existencia de un fondo de educación y promoción al que deben destinarse unos porcentajes mínimos de los excedentes cooperativos y que se configura como inembargable e irrepartible entre los socios, incluso en el caso de liquidación de la cooperativa (arts. 56 y 58 LC).

2.2.2. Gestión democrática

La gestión democrática empresarial máxima que alcanza la CTA es el correlato del carácter autónomo colectivo y autogestionado con el que se configura la relación societaria. La inexistencia de una dependencia asalariada junto a la necesaria presencia de una dependencia técnica permite alcanzar este máximo dintel participativo²⁵⁸.

La esencia del principio de gestión democrática se manifiesta en dos facetas. De un lado, en la participación activa de los socios para establecer las políticas de la cooperativa y adoptar las oportunas decisiones en los órganos de la sociedad. De

²⁵⁵ SSTs de 22-4-1993, RJ 3350, y 7-7-1993, RJ 5552).

²⁵⁶ ORTIZ LALLANA, M.C.: *La prestación laboral...*, ob. Cit. Pág. 46.

²⁵⁷ Subraya la necesaria continuidad que debe imprimirse a dicha formación ROJO TORRECILLA, E.: “Empresas de trabajo asociado y fomento de la política de empleo. (Análisis normativo y resultados)”. En VIDAL MARTÍNEZ, I. Y ROJO TORRECILLA, E. (Coords.): *Asociacionismo económico y mercado*. Barcelona. Publicacions de la Universitat de Barcelona, 1988, pág. 232.

²⁵⁸ Apuntan a esa dependencia técnica las SSTs de 19 de mayo de 1987, RJ 3734, y 12 de junio de 1987, RJ 4347; señalando la primera que, sin desconocer el carácter societario de este tipo de cooperativas, “incorpora esa asociación para trabajar un esquema organizado, dotado para su buen funcionamiento de una cierta jerarquización, teniendo como uno de sus fines que el trabajo sea adecuadamente compensado”.

otro, en la participación igualitaria, de forma que en las cooperativas de primer grado los socios tienen iguales derechos de voto (un socio, un voto), y en las cooperativas de segundo grado también debe garantizarse en este aspecto una estructura y funcionamiento democráticos. Sin embargo, la regulación general sobre cooperativas ha experimentado en nuestro ordenamiento una clara restricción de las dos facetas mencionadas en ciertos aspectos relativos a la organización y funcionamiento de los principales órganos cooperativos, la Asamblea General y el Consejo Rector.

Así, el principio de gestión democrática experimenta en la vigente LC —al igual que ya sucedía en la precedente LGC— una importante restricción. Aunque se acepta para la Asamblea General la igualdad en el derecho de voto, de manera que cada socio pueda disponer de uno, se exceptúa este criterio respetuoso con aquel principio para admitir el voto plural ponderado en proporción al volumen de la actividad cooperativizada (art. 26 LC).

Así también, la LGC respetaba la gestión democrática de la sociedad cooperativa —cuando menos en la de primer grado, ya que en las de segundo grado puede optarse por la vía de la representación—, al considerar a la Asamblea General compuesta por «la reunión de los socios... para deliberar y tomar acuerdos como órgano supremo de expresión de la voluntad social» (art. 42.1 LGC) y atribuirle competencia genérica sobre “Todos los asuntos propios de la Cooperativa”, los cuales, “aunque sean de la competencia de los otros órganos sociales podrán ser objeto de debate y acuerdo de la Asamblea General” (art. 43.1 LGC). En la LC ese órgano deja de tener la posición preeminente que la específica gestión democrática de la cooperativa exige. Ahora tal órgano, si bien sigue configurándose también como reunión de los socios, modifica su naturaleza y competencias. Respecto de la primera desaparece la calificación de órgano supremo de expresión de la voluntad social y, como consecuencia, aquel órgano deja de tener la anterior competencia genérica propia de su naturaleza, siendo actualmente su objeto “deliberar y adoptar acuerdos sobre aquellos asuntos que, legal o estatutariamente, sean de su competencia...” (art. 20.1 LC). De esta restricción se deriva, también de forma coherente, que la competencia de la Asamblea alcance ahora en principio a fijar la “política general de la cooperativa” y a “debatir sobre cualquier asunto de interés para la misma...”, pero con el decisivo límite de que “únicamente podrá tomar acuerdos obligatorios en materias que esta Ley no considere competencia exclusiva de otro órgano social”. (art. 21.1 LC).

2.3. Relación laboral y condiciones de trabajo

La relación materialmente laboral del socio trabajador como autónomo presenta en la LC una conexión teleológica necesaria con el objeto social de la CTA, en el sentido de que la prestación de trabajo de aquél está dirigida a la especifica-

ción y cumplimiento de dicho objeto²⁵⁹, constituyendo, por ende, requisito necesario para adquirir la condición de socio y dotando de contenido a su obligación social de realizar dicha prestación.

El cumplimiento de esta obligación determina, en no pequeña medida, las condiciones de trabajo del socio trabajador. Se trata de condiciones reguladas al margen de la legislación laboral, pero que podrían haberlo sido en este marco normativo sin óbice conceptual ni legal alguno en el plano formal mediante la aplicación al trabajo autónomo que presta el citado socio de aquella legislación, haciendo uso de la habilitación que establece al respecto la disposición final primera del ET. La proyección constitucional de los derechos profesionales del trabajador mediante su concreción y desarrollo, permite sin duda esa aplicación, puesto que en el artículo 35.1 CE no existe ninguna exclusión de tales derechos para el trabajo autónomo²⁶⁰, lo que evidencia la proximidad que tienen entre sí las distintas clases de trabajo dependiente y la necesidad de abordar su tratamiento homegeneizador por el Derecho del Trabajo en orden su debida protección y seguridad jurídicas²⁶¹.

La regulación de las condiciones de trabajo del socio trabajador se realiza por la LC de dos formas: directa o remisiva a otras reglas (Estatutos y Reglamento de régimen interno) u órganos cooperativos (Asamblea General o Consejo Rector). Sobre ambas formas reguladoras se proyectan las restricciones antes mencionadas respecto de las competencias asignadas a dichos órganos en la LC, afectando por tanto a determinados aspectos de la calidad del empleo y a su estabilidad.

La regulación directa adopta en la LC el carácter de derecho necesario absoluto, que, a su vez, reviste una doble forma en función de que el precepto legal intangible se configure con habilitación orgánica o sin ella para dar cumplimiento a sus prescripciones. Bajo la primera forma, la presencia de dicha habilitación afecta a una materia tan relevante como es la extinción de la relación societaria. Conforme al mandato legal sobre este extremo, la Asamblea General o, en su caso, el Consejo Rector si lo establecen los Estatutos, debe designar los socios trabajadores concretos que han causar baja en la cooperativa, con la consideración de baja obliga-

²⁵⁹ Conexión ya advertida en su momento para las cooperativas de producción por VALDÉS DAL-RE, F.: *Las cooperativas de producción. (Un estudio sobre el trabajo asociado)*. Madrid. Montecorvo, 1975, pág. 268.

²⁶⁰ MARTÍNEZ ABASCAL, V. A Y HERRERO MARTÍN, J. B.: *Sistema de Derecho del Trabajo*. Tarragona, Publicacions de la Universitat Rovira i Virgili, www.publicacionsurv.cat, 2014 (acceso gratuito), pág. 159. LÓPEZ GANDÍA, J.: *Las cooperativas de trabajo asociado...* ob.cit., pág. 589, considera que “el derecho a retribución justa y suficiente es aplicable sólo a trabajos por cuenta ajena, no a todas las formas de trabajo, de acuerdo con el art. 35 de la Constitución”, aunque no justifica esta rotunda afirmación.

²⁶¹ MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: “El Estatuto del Trabajo Autónomo: alcance protector y linderos del Derecho del Trabajo (II)”. *Aranzadi Social* nº 3/2008, págs. 97-98.

toria justificada, cuando en virtud de causas económicas, técnicas, organizativas o de fuerza mayor, sea preciso, según el criterio de la Asamblea General, reducir con carácter definitivo el número de puestos de trabajo de la cooperativa o modificar la proporción de las cualificaciones profesionales del colectivo que integra la misma (art. 85.1 LC).

Ejemplos de la segunda forma lo suministran la determinación de causas de suspensión de la obligación y el derecho de los socios trabajadores a prestar trabajo, o la fijación de las causas que determinan la baja obligatoria de éstos en la cooperativa (arts. 84.1 y 85.1 LC). Desde esta forma regulatoria, la ausencia de habilitación orgánica en la formulación del derecho necesario absoluto no plantea, por definición, insuficiencias democráticas de desarrollo respecto de las competencias de los órganos cooperativos.

La regulación remisiva es, al tiempo, parcialmente directa dado que contiene reglas básicas o mínimas, asumiendo por ello el carácter de derecho necesario relativo a fin de que las mismas puedan ser objeto de desarrollo o mejora por los órganos cooperativos. El régimen disciplinario facilita un ejemplo de remisión para el desarrollo de esta materia, sin fijación estricta de mínimos, por los Estatutos o por el Reglamento de régimen interno (art. 82.1 LC). El tiempo de trabajo suministra otro ejemplo tanto de reglas mínimas como de desarrollo objeto de mejora, facultándose aquí a los Estatutos, al Reglamento de régimen interno o, en su defecto, a la Asamblea para regular su duración respetando los mínimos que la LC establece al respecto (art. 83.1 LC).

V. CONCLUSIÓN GENERAL

La adulteración que la LC introduce en la organización y funcionamientos de las CTA acompaña a una práctica empresarial por una parte de éstas en la que la cooperativa entra en la zona de competencia mercantil con las sociedades capitalistas, situándose “en la contradicción de aplicar sus principios humanistas en una sociedad insolidaria en la que fin lucrativo es la causa de los negocios”²⁶². Pero la desvirtuación de las singularidades de estructura y organización propias de las CTA invocando falaces argumentos de eficacia, “comportarán sin lugar a dudas el fin de la institución”²⁶³, ya sea mediante su voluntaria disolución por falta de apoyo normativo e institucional, ya sea manteniendo para la misma un modelo cercano a las sociedades mercantiles predominantes. Quebraría así la columna vertebral de un

²⁶² DIVAR GARTEIZ-AURRECOA, J.: *Las cooperativas: una alternativa económica*. Madrid. Dykinson, 2011, pág. 138.

²⁶³ VALDÉS DAL-RE, F: *Las cooperativas de producción...*ob.cit, pág. 209.

tipo de empresa realmente solidaria y comprometida con la creación y el mantenimiento de un empleo decente, situada en las antípodas de la competitividad irracional, de la idolatría del lucro y del crecimiento ilimitados, rasgos que, a mi modo de ver, chocan de plano con los valores constitucionales sobre los que se erige el Estado social.

3.6. SOBRE LA REGULACION DEL TRABAJO DE LOS SOCIOS TRABAJADORES EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

JUAN LUIS PERALTA DE LA CÁMARA
*Profesor Titular de E.U. de Derecho del Trabajo y de
la Seguridad Social
Universidad de Málaga*

I. INTRODUCCION

Hoy por hoy, la regulación de la prestación de trabajo del socio trabajador en las cooperativas de trabajo asociado está formalmente fuera del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, aunque la clara inspiración en la normativa laboral y las frecuentes referencias, e incluso remisiones, a la misma, así como la confusa evolución legislativa, doctrinal y jurisprudencial, permiten catalogarla entre las “zonas grises” donde de una u otra forma alcanza la legislación laboral y cabe discutir la naturaleza y/o la intensidad de ese alcance.

Por otro lado, la atribución exclusiva de la competencia en materia de cooperativas a las Comunidades Autónomas, operada en la mayoría de sus Estatutos por la vía del art. 149,3. de la CE aprovechando el silencio del art. 149,1. sobre dicha materia, ha tenido como resultado inevitable una gran diversidad de regulaciones que complican sobremanera una consideración conjunta y en clave laboral de la cuestión.

En este trabajo se va a intentar abordar, por un lado, la discusión sobre la naturaleza, laboral o no, de la prestación de trabajo del socio desde una perspectiva fundamentalmente doctrinal, y, por otro, la diversidad de regulaciones actualmente existentes y la mayor o menor incidencia en ellas de la normativa laboral propiamente dicha, para interrogarse acerca de las consecuencias sobre el empleo y sobre la protección de esta colectividad. Dado el espacio disponible, se ha de renunciar

de antemano a un análisis pormenorizado de todas las cuestiones que pudieran plantearse,²⁶⁴ y limitarse a intentar esbozar una perspectiva de conjunto y sugerir posibles líneas de evolución.

II. SOBRE LA NATURALEZA DE LA PRESTACION DE TRABAJO DEL SOCIO TRABAJADOR

Ya en los años setenta quedan fijadas las dos posiciones doctrinales básicas sobre la caracterización de la prestación de trabajo del socio en las cooperativas de trabajo asociado. Por una parte, la caracterización laboral que sostienen PEDRAJAS PEREZ y PRADOS DE REYES (pag. 205), y, considerándola una relación laboral especial, ALVAREZ ALCOLEA (pag. 112)²⁶⁵. Mientras que por otra parte se sostiene que la obligación de prestar trabajo personal es una prestación accesorio – sin perjuicio de su esencialidad y funcionalidad – e inescindible de la relación societaria entre el socio y la cooperativa (VALDES DAL-RE, 1975, pag. 277,y 1980,pag. 51).

A partir de ahí, puede decirse que la mayoría de la doctrina evita la calificación laboral de la relación, si bien matiza destacando su proximidad (ALONSO OLEA y CASAS BAHAMONDE, 1999, pag. 160), la “fuerte impregnación laboral” de la condición jurídica del socio trabajador (MONTOLYA MELGAR, 1999, pag. 57-8), recurriendo a calificaciones de “carácter híbrido”, “realidad bifronte”, “estatuto mixto” (GRACIA PELIGERO y LAGUARDIA GRACIA, pag. 14), o considerándolo trabajo autónomo al que le alcanza un fenómeno de “irradiación” de la legislación laboral (MARTIN VALVERDE, RODRIGUEZ SAÑUDO Y GARCIA MURCIA,1999, pag. 209). Sin embargo, algún autor (SANTIAGO REDONDO, 1998) ha mantenido una enérgica defensa de la laboralidad sobre la base de darse en el socio trabajador todos los caracteres del art. 1.1. del ET y de la capacidad del contrato de sociedad de dar vida a una verdadera relación laboral, y ha planteado los problemas de constitucionalidad que pueden derivarse de la invasión de una parcela de la legislación laboral – de competencia estatal exclusiva, según el art. 149,1. 7ª CE – por las Comunidades Autónomas.

En mi opinión, y coincidiendo sustancialmente con los argumentos de la doctrina minoritaria, la personalidad jurídica independiente de la cooperativa permite

²⁶⁴ Señaladamente, se dejan fuera de este trabajo temas con entidad propia como el encuadramiento en la Seguridad Social y los derechos colectivos.

²⁶⁵ El Proyecto de Ley de Relaciones Laborales incluía en la lista de relaciones laborales especiales “el trabajo de los socios trabajadores en las cooperativas de producción”, aunque en la redacción definitiva quedó eliminado.

construir los caracteres de ajenidad y dependencia de esta relación sin demasiadas dificultades, aunque serán sin duda mucho más visibles en las grandes cooperativas, como suele reconocerse desde ambas posiciones doctrinales.

La jurisprudencia no ha escapado tampoco a la ambigüedad ni a los cambios de criterio sobre el asunto. LOPEZ i MORA (pag. 70 y ss) y, siguiéndole, NIEVES NIETO (pag. 102 y ss.) distinguen tres fases en su evolución: una primera desde los años cuarenta en que se califica la relación como societaria negándole las notas de ajenidad y subordinación; una segunda desde la criticada²⁶⁶ sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Junio de 1974 (R. J. ARANZADI. 1974, N° 3005) en la que se argumenta y declara el carácter laboral de la relación y que marca la pauta hasta finales de los setenta; y, a partir de ahí, una tercera en la que se vuelve a la teoría de la relación societaria no sin matices y vacilaciones. Pero hay que añadir que en todas estas fases pueden encontrarse algunas sentencias contracorrente.

En cualquier caso las leyes cooperativas de segunda generación han optado mayoritariamente por declarar expresamente la naturaleza societaria del vínculo del socio trabajador con la cooperativa²⁶⁷ dando así por zanjado el debate, legislativamente al menos, a pesar de no desdeñables argumentaciones en contra (SANTTIAGO REDONDO, 1999, pag. 41 y ss.).²⁶⁸

La doctrina posterior suele coincidir en negar la laboralidad (LOPEZ i MORA, pags. 73-74; NIEVES NIETO, pags. 95 y ss; VARGAS VASSEROT, pags. 184 y ss.), aunque no deja de ser llamativo que, después de un pormenorizado análisis de la concurrencia o no de las notas de laboralidad del art. 1.1. del ET, al final se acaba constatando la presencia de varias de ellas y negando la laboralidad un tanto “por los pelos”, sobre todo en base a la ausencia de la ajenidad, cuya exclusión, teniendo en cuenta que la cooperativa constituye una personalidad distinta de la del socio que puede hacer suyos los frutos o utilidades patrimoniales del trabajo de éste, asumir los riesgos, por lo menos “prima facie”, e interponerse entre el socio y el mercado, resulta cuando menos discutible. Quizás en una pequeña cooperativa, la figura del socio trabajador se acerque a la del trabajador autónomo, pero en las grandes cooperativas se parece mucho más al trabajador por cuenta ajena. De hecho, en una figura próxima, como es la sociedad anónima laboral, el socio tiene reconocido su status laboral separadamente del societario, como no ha dejado de alegar la doctrina partidaria de la laborización.

²⁶⁶ Por RAMIREZ MARTINEZ, pag. 169-71, y VALDES DAL-RE, 1980, nota 48

²⁶⁷ Así lo hace la propia Ley estatal de 1999, art. 80.1

²⁶⁸ Dados los antecedentes, es difícil no considerar esta expresión como una voluntad de excluir la relación laboral.

No obstante parece que la jurisprudencia más reciente también opta por negar la naturaleza laboral de la relación con bastante contundencia: “De cuya normativa resulta, con toda evidencia y sin necesidad de acudir a ningún medio hermenéutico que no sea el puramente literal (art. 3,1. del Código Civil), que la relación obligacional que nos ocupa tiene carácter societario, debiendo descartarse todo atisbo acerca de que estemos en presencia de una relación laboral, ni siquiera concurrente con la societaria o de naturaleza híbrida... (STS 13-Julio- 2009- Sala 4ª, recurso nº 3554/2008).

III. SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRESTACIÓN DE TRABAJO DEL SOCIO

Debates doctrinales aparte, el reconocimiento legal de la relación del socio trabajador con la cooperativa como exclusivamente societaria que lleva a cabo la Ley de Cooperativas estatal parece despejar el camino para su regulación por las leyes de las Comunidades Autónomas sin sospechas de inconstitucionalidad. La regulación de las condiciones de trabajo del socio, vendría a decir el legislador estatal, no sería “legislación laboral” sino “legislación cooperativa” y por tanto no afectada por la reserva del art. 149, 1. 7ª CE. El esquema de fuentes aplicable sería entonces: ley autonómica para las cooperativas que no sobrepasen en su implantación (con ciertos matices) una Comunidad Autónoma, y ley estatal para las implantadas en más de una, siendo, en todo caso, la Ley estatal supletoria (149, 3. CE).

Sin embargo, el asunto resulta bastante mas complejo y desemboca, a causa de la actividad tanto del legislador estatal como de los autonómicos en un importante reconocimiento de la autorregulación por parte de las cooperativas, y, en cierto modo constituyéndose como límite a lo anterior, en una aplicación no desdeñable de normas laborales que se produce fundamentalmente por las dos vías que se han mencionado: las intervenciones del legislador estatal desde sus competencias laborales y las remisiones de las diversas leyes cooperativas (LOPEZ GANDIA, pag. 63-67). Un examen exhaustivo de todos lo supuestos excedería con mucho de las posibilidades de este trabajo, pero se han de anotar al menos algunos ejemplos significativos:

1.- Por la primera vía, se pueden encontrar una serie de leyes laborales (y por tanto de competencia exclusiva del Estado) que incluyen en su ámbito de aplicación a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado. Generalmente las leyes cooperativas autonómicas repiten estas afectaciones, algo probablemente innecesario (LOPEZ GANDIA, pag 281).

1.1.- La ley 31/1995 de 8 de Noviembre de Prevención de Riesgos Laborales extiende en el art. 3,1. su aplicación a los socios de cooperativas “cuya actividad

consista en la prestación de un trabajo personal”, pero con “las peculiaridades propias de su normativa específica”, las cuales hay que entender que se especificarán por normas también estatales, en su caso²⁶⁹.

Probablemente hay que incluir en este apartado las prohibiciones de trabajos nocturnos y determinados trabajos tóxicos, peligrosos...etc. para menores de 18 años que recogen separadamente todas las leyes autonómicas con referencia o remisión a la “legislación laboral”²⁷⁰, o a “las que declare el Gobierno”²⁷¹

1.2.- También la Ley 39/1999, de 5 de Noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, en su Disposición Adicional 1ª establece que “podrán acogerse a los beneficios establecidos en esta Ley los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas... durante los períodos de descanso por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción y acogimiento... con las peculiaridades propias de la relación societaria”, lo que convierte en aplicables los artículos del ET modificados por esta Ley, con la consiguiente incidencia de las regulaciones cooperativas de suspensiones, permisos...etc., sin olvidar la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para promover la igualdad efectiva de mujeres y hombres que modifica a su vez alguna de estas materias.

1.3.- El art. 2,c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (como antes la Ley de Procedimiento Laboral) establece la competencia de “los órganos jurisdiccionales del orden social” para conocer de las “cuestiones litigiosas que se promuevan”:...”entre las sociedades laborales o las cooperativas de trabajo asociado, y sus socios trabajadores, exclusivamente por la prestación de sus servicios”. Esta extensión se fundamentaría tanto en el art. 149,1. 7ª, como del 149,1,6ª CE (legislación procesal) y no precisaría acogimiento alguno por parte de las leyes cooperativas (ni estatal ni autonómicas), que, sin embargo, se produce en todos los casos, si bien es cierto que este artículo de las leyes cooperativas se aprovecha generalmente para establecer la prioridad aplicativa de las leyes autonómicas, los estatutos e incluso los acuerdos de la asamblea y los principios cooperativos, con un alcance respecto a la posible aplicación de la legislación laboral que varía de unas leyes a otras y que no siempre resulta fácil discernir.

2.- Por la segunda vía, las leyes cooperativas – muy inspiradas unas en otras, pero con notables diferencias – se refieren en numerosas ocasiones a la legislación

²⁶⁹ La propia LPRL establece especialidades en la designación de los Delegados de Prevención (Disp. Ad. 10ª). Además, según la Disp. Ad. 3ª esta ley y su desarrollo reglamentario “constituyen legislación laboral dictada al amparo del art. 149,1. 7ª CE).

²⁷⁰ P. ej., Ley de Euskadi, art. 99,7.

²⁷¹ P.ej., Ley de Extremadura, art. 113,8.

laboral unas veces para considerarla aplicable y otras para excluirla. Aquí, un análisis exhaustivo – probablemente revelador – resulta aún más imposible en este contexto, pero algún ejemplo puede ser suficiente para vislumbrar la potencial heterogeneidad de **soluciones**.

2.1.- En todas las leyes se aborda la regulación del tiempo de trabajo: jornada, horarios, descansos, permisos, vacaciones... etc. que se remite a los estatutos, el reglamento de régimen interno, o, en su defecto, a los acuerdos de la asamblea, pero a partir de ahí se toman caminos muy diversos, desde la ausencia de limitaciones y de referencia a la normativa laboral que se observa en la Ley de Euskadi (art. 101), a, en el polo opuesto, la total recepción de las “normas legales y reglamentarias del Estado reguladoras de la relación laboral nacida del contrato de trabajo” que hace la Ley de Extremadura (art. 115), con soluciones intermedias que a veces llaman al respeto a determinados mínimos laborales (p.ej., Ley de Galicia, art. 107,1) y otras veces a los mínimos de la Ley de Cooperativas Estatal (Ley de Aragón, art. 73; Ley de la Comunidad Valenciana, art. 89,3.).

2.2.- El régimen disciplinario – faltas, sanciones y procedimiento – es generalmente remitido por todas las leyes a los Estatutos, Reglamento de Régimen Interno o incluso acuerdos de la Asamblea de cada cooperativa, pero a veces aparecen referencias a, o reminiscencias de, la legislación laboral. Así en la Ley de Andalucía (art. 86,1.) se produce una recepción de los “ incumplimientos graves y culpables que con arreglo a la legislación laboral autoricen el despido” (o sea, art. 54 ET) como causas que motivan la expulsión del socio. O en la Ley de la Comunidad Valenciana se establece una lista de faltas muy graves (art. 89, 6.) que hay que leer detenidamente para distinguir coincidencias y diferencias con el citado art. 54 ET.

2.3.- Prácticamente todas las leyes cooperativas recogen que en determinadas condiciones en caso de sucesión de empresas, contratas y concesiones, los socios trabajadores “tendrán los mismos derechos que les hubieran correspondido de acuerdo con la normativa vigente como si hubiesen prestado su trabajo en la cooperativa en la condición de trabajadores por cuenta ajena” (Ley Estatal, art. 86)²⁷². Resulta curioso – y volvemos por un momento a la cuestión de la calificación de la relación - que después de tanta insistencia en su carácter societario, se pretenda en este punto una total equiparación del socio con el trabajador por cuenta ajena.

En definitiva, a la vista de estos ejemplos y de bastantes otros que podrían aducirse, la inseguridad jurídica de la que ya hablaba SANTIAGO REDONDO (1999,

²⁷² En términos idénticos o análogos, Ley de Extremadura, art. 113,13.; Ley de Madrid, art. 105,4.i.; Ley de Andalucía, art. 90,4.; Ley de Baleares, art.109,2..... En algunas leyes se establece una reciprocidad, pero en otras no.

pag. 36-37) a raíz de la publicación de la ley estatal de 1999, probablemente no ha hecho sino incrementarse, y el riesgo de competitividad basada en degradación de las condiciones de trabajo, también.

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1.- La regulación del trabajo cooperativo asociado es hoy día, como mínimo, compleja y heterogénea, producto de la concurrencia de leyes estatales (cooperativa y laborales extendidas) y de leyes autonómicas, que a su vez contienen remisiones a la normativa laboral de muy diverso nivel e intensidad (LOPEZ GANDIA, pag. 19;).

Precisamente por ello, la protección de las condiciones de trabajo de estos trabajadores es, como mínimo, desigual, con territorios donde les alcanza una protección análoga o casi idéntica a la del trabajador por cuenta ajena común sujeto al ET, y otros en donde quedan a merced de un alto grado de autorregulación por parte de la cooperativa, con límites no siempre claros y desde luego también heterogéneos según los casos.

2.- Si se quiere intervenir en esta heterogeneidad, una vía podría ser la declaración por el legislador estatal del carácter laboral de la relación, probablemente a través de su consideración como relación laboral especial (como ya se ha propuesto en varias ocasiones. Últimamente, LOPEZ GANDIA, pag. 550 y ss. y MAIRAL JIMENEZ, pag. 181)). Esta vía tendría la ventaja de que permite controlar el grado de aplicación de la normas laborales comunes, reservar cierto espacio a las leyes cooperativas autonómicas y a la autorregulación, y, quizás, abordar problemas hoy inéditos como los derechos colectivos o la aplicación de los convenios. Tiene el inconveniente de que al convertir la relación en laboral la sustrae por completo de la competencia normativa propia de las Comunidades Autónomas, lo que no será bien recibido por muchas, ni por el sector - por sus dirigentes, según SANTIAGO REDONDO (1999, pag. 39)²⁷³- a pesar de que el impacto real, teniendo en cuenta la indiscutible tendencia flexibilizadora de las últimas reformas laborales y que generalmente las normas de fomento de empleo alcanzan a las cooperativas, no sería hoy tan intenso.

²⁷³ Vid. la acendrada defensa de la extralaboralidad por SAENZ SANTAOLALLA, F.J.: “La relación societaria de los socios trabajadores de las cooperativas: enunciación de sus peculiaridades para su reflexión” *Actas del Primer Congreso sobre Cooperativismo Español. Osuna 1999*, Fundación Garrido Tortosa, Osuna, 2000 y “Cooperativas de trabajo asociado de Euskadi y contratación laboral” en VVAA: *Estudios jurídicos sobre economía social*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

3.- Otra posible intervención sería la extensión de la normativa laboral – vía Disp. Ad. 1ª del ET, o incluso sin necesidad de apoyarse en este fundamento (LOPEZ GANDÍA, pag. 63) – de manera que se llegasen a regir por la misma todos los aspectos básicos de la relación de trabajo cooperativizado. Esta vía tiene la ventaja de que estando ya institucionalizada en determinados áreas (Como Seguridad y Salud Laboral, Jurisdicción..ect.) y al no convertir la relación en laboral, podría quizás suscitar menos reticencias, aunque para no resultar asistemática y poco significativa probablemente tendría que ser tan masiva que acabaría teniendo los mismos inconvenientes que la primera vía sugerida.

4.- Quedaría la vía de la coordinación. Bien la drástica de una Ley de Armonización (art. 150,3. CE), ya preconizada por alguna doctrina (PRIETO JUAREZ, pag. 10), cuya justificación puede ser difícil y cuyo rechazo también puede preverse garantizado, bien por vías más ligeras y consensuadas, y por supuesto más limitadas, tipo conferencia sectorial (art. 5 Ley 30/1992) o mecanismos similares que probablemente habrá que ir desarrollando como uno de los caminos políticamente asumibles para afrontar la problemática de la concurrencia de competencias territoriales, ya que, guste o no, la irreductibilidad de las competencias de las Comunidades Autónomas parece ser un fenómeno irreversible en nuestro país.

5.- En otro lugar he defendido (PERALTA DE LA CAMARA, pag. 376) que la protección del “contratante débil” no es necesariamente monopolio del Derecho del Trabajo sino que puede hacerse desde otras ramas del ordenamiento, sin perjuicio de importar o asimilar técnicas originalmente laborales. Para el caso que nos ocupa, ya apuntó ORTIZ LALLANA (pag. 45) que lo importante es articular un régimen adecuado de protección del socio trabajador, pasando a segundo plano la calificación jurídica de su relación. En definitiva, la declaración de la naturaleza laboral de la relación de trabajo (independientemente de la societaria) del trabajador asociado con la cooperativa puede ser doctrinalmente defendible, pero no parece la políticamente adecuada en las circunstancias actuales, por lo que una política de coordinación y acercamiento entre todas las leyes cooperativas hacia una regulación del trabajo del socio más protectora y homogénea es quizás la única opción a corto plazo.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAHAMONDE, Mª E.: *Derecho del Trabajo*, 17ª Ed. Civitas, Madrid, 1999.
- ALVAREZ ALCOLEA, M.: “La condición jurídico-laboral de los socios de las cooperativas de producción”, *Revista de Política Social*, nº 107, 1975.
- GRACIA PELIGERO, C.J. Y LAGUARDIA GRACIA, A.: *La dual posición del socio trabajador en las cooperativas De trabajo asociado*, Colección de jurisprudencia práctica, Tecnos, Madrid, 1996.

- LOPEZ GANDIA, J.: *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- LOPEZ I MORA, F.: “La prestación de servicios en las cooperativas y en las sociedades laborales”, en VVAA: *Estudios jurídicos sobre economía social*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- MAIRAL JIMENEZ, M.: “La doble relación jurídica del socio trabajador de la cooperativa de trabajo asociado: societaria y laboral” en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 37, 2014.
- MARTIN VALVERDE, A., RODRIGUEZ SAÑUDO, F. Y GARCIA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 8ª Ed., Tecnos, Madrid, 1999.
- MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 20ª Ed., Tecnos, Madrid, 1999.
- NIEVES NIETO, N.: *Cooperativas de Trabajo Asociado: Aspectos Jurídico-Laborales*, CES, Madrid, 2005.
- PEDRAJAS PEREZ, J. Y PRADOS DE REYES, F.: “Notas sobre la caracterización jurídico-laboral de los servicios prestados por el socio-empleado” *Revista de Trabajo*, nº 52, 1975.
- PERALTA DE LA CAMARA, J.L.: “Sobre la difícil aplicación de la legislación laboral a las aparcerías en la Ley de Arrendamientos Rústicos” en VVAA: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Cruz VILLALON, J.(Coord.) CARL, Tecnos, Madrid, 1999.
- PRIETO JUAREZ, J.A.: “Presentación”, en VVAA.: *Sociedades cooperativas: régimen jurídico y gestión económica*, PRIETO JUAREZ, J.A.(Coord.), Ibidem, Madrid, 1999.
- SANTIAGO REDONDO, K.M.: *Socio de Cooperativa y Relación Laboral*, Ibidem, Madrid, 1998.
- SANTIAGO REDONDO, K.M.: “Algunos viejos debates sobre el trabajo asociado tras una primera lectura laboral de la nueva ley de cooperativas” en VVAA.: *Sociedades cooperativas: régimen jurídico y gestión económica*, PRIETO JUAREZ, J.A.(Coord.), Ibidem, Madrid, 1999).
- VALDES DAL-RE, F. : *Las Cooperativas de producción*, Montecorvo, Madrid, 1975
- VALDES DAL-RE, F.: “Notas sobre el nuevo régimen jurídico de las cooperativas de trabajo asociado”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 1, 1980.
- VARGAS VASSEROT, C.: *La Actividad Cooperativizada y las Relaciones de la Cooperativa con sus Socios y con Terceros*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

VI. LEYES COOPERATIVAS CITADAS

- Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi
- Ley 2/1998 de 26 de Marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura
- Ley 5/1998, de 18 de Diciembre de Cooperativas de Galicia
- Ley 4/1999, de 30 de Marzo de Cooperativas de la Comunidad de Madrid
- Ley 27/1999, de 16 de Julio, de Cooperativas (estatal)

Ley 4/2002 de 11 de Abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León
 Ley 1/2003 de 20 de Marzo, de Cooperativas de las Islas Baleares
 Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra
 Ley 11/ 2010 de 4 de Noviembre de Cooperativas de Castilla La Mancha
 Ley 4/2011 de 23 de Diciembre de Sociedades Cooperativas Andaluzas
 Decreto Legislativo 2/2014 de 29 de Agosto, del Gobierno de Aragón, por el que
 se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón.

3.7. BECAS, PRÁCTICAS Y OTRAS FORMAS DE TRABAJO “PRE-LABORALES”

PAZ ROMERO PARDO

*Profesora TEU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
 Universidad de Málaga*

Con mi más profundo agradecimiento a Rosa Quesada por confiar en mí, por ser mi profesora, mi maestra y sobre todo mi amiga.

“Un profesor trabaja para la eternidad: nadie puede decir dónde acaba su influencia”

Henry Adams (1838-1918)

I. LA COMPLEJIDAD DE ESTOS INSTITUTOS FORMATIVOS

Aunque ciertamente sabemos que becas, prácticas y otras formas de trabajo “pre-laborales, no son una misma cosa, razones de espacio, la variedad en el panorama actual de estas figuras -unas con regulación jurídica expresa, otras en la más absoluta anomia-, y las diferencias de matiz que a veces separan unas y otras, han hecho que desista en la intención de hacer grandes distinciones, centrándome en el rasgo principal de todas ellas, la cualidad de ser instrumentos formativos-experimentales²⁷⁴.

²⁷⁴ Un estudio amplio sobre este tema puede leerse en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “*Formas no laborales de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo*”, en VV.AA.: *Retos del Derecho del Trabajo Frente al Desempleo Juvenil*, XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, MONEREO PÉREZ, J. L., (Coord.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014, págs. 175 a 217 y en la misma obra, PRADOS DE REYES, F. J.: “*Modalidades contractuales y políticas de empleo juvenil*”, págs. 254 a 258. También en LUIJÁN ALCARAZ, J.: “*Las becas con prestación de servicios*”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 14, 2006, BIB 2006\1418 y VELASCO PORTERO, M^a. T.: “*La delimitación de las figuras de trabajo formativo como garantía de calidad en el empleo*”, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo, núm. 6, 2005, págs. 437 a 452, entre otros.

Tal y como acabamos de señalar, la finalidad que persiguen las prácticas, las becas y otras formas afines, es su función formativa -aunque en algunos casos este componente destaque sobre manera de los demás²⁷⁵- sirviendo como una experimentación práctica de los conocimientos adquiridos en los correspondientes estudios, como requisito para la habilitación para el ejercicio de una profesión, como primer acercamiento al mundo del trabajo, o hacia la preparación para el trabajo, o finalmente para la obtención de experiencia profesional, entendiendo la beca como el estipendio, como una cierta retribución económica si la hubiera, que no siempre es así.

Instrumentos dirigidos de forma preferente a los jóvenes en que se entremezclan, la función formativa con un primer acercamiento al mundo del trabajo, tienen como objetivo último la inserción de este colectivo en el mercado de trabajo, y sobre los que parece que existe consenso entre las instituciones europeas, nacionales y los interlocutores sociales en los aspectos positivos que tienen las becas, las prácticas y otras formas de trabajo pre-laborales. En este sentido, cierto es y por todos sabido, el difícil momento que atraviesa nuestro país en materia de empleo, agravado de manera especial cuando se refiere a los jóvenes²⁷⁶, y que las políticas de empleo gubernamentales dirigidas a este colectivo²⁷⁷ se ven impulsadas por iniciativas europeas²⁷⁸.

²⁷⁵ Tal y como sucede con el personal investigador en formación. Al respecto vid. MORENO GENÉ, J.: “Las becas y los contratos formativos: ¿dos caras de una misma moneda?”, en VV.AA.: *Política de Empleo y Protección Social*, MARTÍNEZ ABASCAL, V. (Coord.), Signo, Tarragona, 1995, págs. 273 y ss.

²⁷⁶ Los siempre abrumadores datos de la EPA proporcionados por el INEE, indican que en el primer trimestre de 2015, en nuestro país la tasa de desempleo de los jóvenes españoles menores de veinticinco años se situó en el 51,8%, cuando el mismo índice del tercer trimestre de 2007 era del 17,9%. Por Comunidades Autónomas, las peores tasas de paro juvenil corresponden actualmente a Castilla La Mancha, Canarias y Andalucía, con niveles entorno al 60%, mientras que el mejor registro es el de Navarra, con un índice del 39,1%.

²⁷⁷ De manera especial enmarcada en la Estrategia de Emprendimiento y Empleo 2013-2016 elaborada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y aprobada el 12 de marzo de 2013, destaca el novedoso sistema de garantía juvenil, -instaurado a iniciativa de la Unión Europea- que pretende facilitar el acceso de los jóvenes menores de 25 años al mercado de trabajo, posibilitando que puedan recibir una oferta de empleo, de educación o formación tras haber finalizado sus estudios o quedar desempleados, cuya regulación se ha desarrollado en la ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE núm. 252, de 17 de octubre de 2014).

²⁷⁸ Entre otras, el programa marco “Juventud en movimiento: Una iniciativa destinada a impulsar el potencial de los jóvenes para lograr un crecimiento inteligente, sostenible e integrador en la Unión Europea” (COM [2010] 477 final, 15.9.2010), que incide en la necesidad de que estos programas sean accesibles para todos, que tengan objetivos de aprendizaje claros y que no sustituyan puestos de trabajo. Esta necesidad de no sustituir empleos regulares ha sido subrayada por el “Informe sobre el fomento del acceso de los jóvenes al mercado de trabajo y refuerzo del estatuto del becario, del período de prácticas y del aprendiz” de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo (A7-0197/2010), 14.6.2010. También “La iniciativa sobre Empleo Juvenil”, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 12.3.2013 COM (2013); “Relanzar el espíritu emprendedor en Europa”, o la Comunica-

Pero lo que no resulta tan cierto o tan indiscutible, es que la inserción de los jóvenes en el mercado laboral se tenga que hacer a través de mecanismos de precariedad laboral y digo de precariedad laboral, otorgándoles un rango que no les corresponde porque tanto las becas, como las prácticas u otras figuras de experimentación y de obtención de la tan cotizada experiencia laboral, se sitúan, en general, al margen de la normativa laboral. Más difícil, si cabe, conjugar la política de empleo de los jóvenes con el sistema de prácticas y de becas o de otras formas de trabajo “pre-laborales”, puesto que ni siquiera son empleo.

Nos encontramos por consiguiente, salvo contadas excepciones, ante una fuerza de trabajo situada a extramuros del Derecho laboral²⁷⁹, y por tanto no computable en el mercado de trabajo, al no constituir relación laboral asalariada, aún cuando se realicen tareas con un contenido similar o cercano al del contrato de trabajo. Porque a pesar de que estas figuras formativas-experimentales, no cuenten con una exclusión explícita en el art. 1.3 del ET, su sustracción de la normativa laboral ha venido ensamblándose, bien en el art. 1.3 d) ET, referido al trabajo benévolo que se explica por la ausencia de la nota de “retribución salarial” -sin embargo, como sabemos, esto no sucede en todos los supuestos de becas y prácticas no laborales, aunque el estipendio no reciba el nombre de salario-, o bien por su oportunidad de actuar como cajón de sastre, en el art. 1.3 g) ET, según el cual queda fuera de la legislación laboral *“todo trabajo que se efectúe en desarrollo de una relación distinta de la que define el apartado 1 de este artículo”*, en estos casos, por no concurrir las notas características del trabajo asalariado. Lo que si bien casa en algunos casos en los que no concurre la voluntariedad, -lo que sucede cuando las prácticas se hacen de forma obligada por contemplarse así en los planes de estudios-, resulta más complejo si lo que falta es la remuneración, puesto que la mayoría de las veces se produce por las previsiones que exige la norma al respecto. Porque la dependencia está clara y la ajénidad también.

El problema aumenta si tratamos de deslindar las becas y las prácticas no laborales de aquellos contratos que también cumplen una función formativa y especialmente del contrato en prácticas puesto que aquí no hay duda de que su objeto es el mismo.

ción de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Plan de acción sobre emprendimiento 2020” de 9.1.2013 COM (2012).

²⁷⁹ Entre otros SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Becas y contrato de trabajo”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, tomo I, párraf. 22, 1996, BIB 1996\1403; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?”, en VV.AA.: Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras de derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán, CRUZ VILLALÓN, J. (Ed.), Tecnos, Madrid, 1999, pág. 133 y MARTÍN VALVERDE, A.: “Fronteras y «zonas grises» del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 38, 2002, págs. 30 a 35.

Tan difícil distinción entre estos instrumentos formativos y el contrato de trabajo -que no resulta en absoluto novedosa- conduce a la constatación de la posible utilización fraudulenta en el uso de las prácticas y de las becas, en demasiadas ocasiones, encubridoras una innegable relación laboral²⁸⁰. Estas posibles actuaciones defraudadoras tienen que ver con la delgada línea que separa estas actividades -en que ciertamente existe una prestación de servicios- de la relación laboral. Prueba de ello es la abundante jurisprudencia vertida al respecto²⁸¹ que verifica que la defraudación se produce en empresas privadas, pero sobre todo en las Administraciones Públicas, lo que merece mayor censura.

²⁸⁰ Desde hace más de cuarenta años la doctrina se ha centrado en la delimitación y sistematización de los criterios que deben tenerse en cuenta para llevar a cabo dicha distinción, entre otros: RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.: *“Contrato de trabajo: período de prácticas como becario de una empresa (Comentario jurisprudencial)”*, Revista de Política Social, núm. 96, 1972, págs. 299 y ss.; MARTÍN VALVERDE, A.: *“Beca de estudios técnico-prácticos con opción al ingreso en una entidad bancaria”*, Revista de Política Social, núm. 99, 1973, págs. 263 y ss.; LÓPEZ GANDÍA, J.: *“Jurisprudencia sobre becas y prácticas ante el Estatuto de los Trabajadores”*, Revista de Derecho Privado, 1981, págs. 505 y ss., y del mismo autor *Contrato de trabajo y figuras afines*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; GOÑI SEIN, J.L.: *“Las Becas y el Encubrimiento de Contratos Laborales”*, Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 14, 1983, págs. 293 a 204; MORENO GENÉ, J.: *“Los becarios de investigación: docencia versus formación”*, Autonomías. Revista Catalana de Derecho Público, núm. 23, 1998, págs. 173 y ss.; VILLALBA SALVADOR, B.: *“Aspectos jurídicos de los programas o becas para la realización de prácticas profesionales”*, Actualidad Laboral, núm. 11, 1998, págs. 195 y ss.; AHUMADA VILLALBA, B.: *“La beca de formación práctica con prestación de servicios”*, Relaciones Laborales, 1999, Tomo I, págs. 246 y ss.; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *“Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?”*, en VV.AA.: *Trabajo subordinado...* op. cit., págs. 123 a 135; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *“Formas no laborales de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo”*, en VV.AA.: *Retos...* op. cit., pág. 209.

²⁸¹ Tal y como refiere MARTÍN VALVERDE, A.: *“Fronteras y zonas grises del contrato de trabajo: reseña y estudio de la jurisprudencia social (2002-2008)”*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 83, 2009 pág. 37, el Tribunal Supremo sienta la doctrina general en la materia la sentencia de 13 de junio de 1988 (RJ 1988, 5270), señalando que: 1) *“tanto en la beca como en el contrato de trabajo se da una actividad que es objeto de remuneración, de ahí la zona fronteriza entre ambas instituciones”*; 2) en principio, las becas son asignaciones dinerarias o en especie *“orientadas a posibilitar el estudio y la formación del becario”*, pero en ocasiones pueden *“fructificar en la realización de una obra”*; 3) en todo caso, estas obras o producciones *“nunca se incorporan a la ordenación productiva de la institución que otorga la beca”*, ni por tanto a *“su patrimonio”*; y 4) a veces el becario *“ha de cumplir ciertas tareas”*, pero *“no las realiza en línea de contraprestación, sino de aportación de un mérito para hacerse acreedor de la beca y disminuir así la carga de onerosidad que la beca representa”*. Desde entonces otras muchas han versado sobre la utilización fraudulenta de las becas, por ello y sin el ánimo de ser exhaustivos, ciñéndonos a la doctrina del Tribunal Supremo nos referiremos a algunas de ellas como, la STS de 12 de abril de 1989 (RJ 1989, 2967) que indica que la verdadera beca es, un *“acto de liberalidad conectado a un objetivo básico de carácter formativo”*; y, por tanto, *“la contratación laboral debe prevalecer cuando no cabe en principio apreciar en la actividad becada un interés educativo con relevancia para definir la naturaleza del vínculo, siendo, por el contrario, clara la utilidad que del trabajo obtiene la (empresa) y, consiguientemente, la finalidad retributiva de ese trabajo que cumplen las cantidades abonadas como beca”*. También la STS de 26 de junio de 1995 (RJ 1995, 5365), califica como relación laboral la del becario cuyos trabajos de investigación y servicios de di-

Estamos ante una serie de supuestos de prestación de servicios que no son tratados como relación laboral y que, lejos de ser atraídos hacia la tutela de la normativa laboral, se alejan cada vez más, no sólo porque las posibilidades de acceder a becas y a distintos tipos de prácticas ha proliferado en los últimos tiempos, sino también porque se diversifica su tipología, y porque únicamente a algunas de estas relaciones se les ha dotado de un entramado normativo -en ocasiones complejo-, que si bien ciertamente hace disminuir la inseguridad jurídica, a la vez las institucionaliza, pero dentro de la precariedad en todo caso.

Acercarse al marco normativo de estos mecanismos formativos-experimentales, es una experiencia poco gratificante pues estamos ante un auténtico despropósito normativo, un laberinto de normas reguladoras que conviven con la anomia de alguna figura que pervive desde tiempos inmemoriales -piénsese en el pasante-; ante prácticas y becas con una finalidad eminentemente formativa, académica o educativa que se encuentran regladas bien, para la formación profesional²⁸², en el ámbito universitario²⁸³ -prácticas curriculares y extracurriculares²⁸⁴-, o que perviven con

rección de estudios y de control de calidad de productos se realiza por cuenta y en provecho de la entidad empleadora. O de fechas más recientes la STS de 22 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 10049), y de 4 de abril de 2006 (RJ 2006, 2325), sobre becarios de la Universidad Pablo Olavide de Sevilla incidiendo en que “*la finalidad fundamental del vínculo no es la de contribuir a la formación del becario, sino la de “obtener un trabajo necesario”, “con una dedicación de 35 horas semanales”, “para el funcionamiento o la actividad de gestión del concedente”*”, o la STS de 29 marzo de 2007 (RJ/2007/3191) donde se declara la existencia de relación laboral, ante la realización de tareas administrativas con escasa proyección formativa, en un supuesto de becas de colaboración en la Universidad del País Vasco, o también la STS de 29 mayo de 2008 (RJ/2008/5130) sobre labores con escasa proyección formativa, como son el mantenimiento y supervisión de la informática en un centro asociado de la UNED. Aunque no puede tampoco considerarse que todas las becas con prestación de servicios encubran verdaderos contratos de trabajo.

²⁸² Real Decreto 1147/2011, de 29 de julio por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo (BOE núm. 182 de 30 de julio de 2011) y Real Decreto 127/2014, de 28 de febrero, por el que se regulan aspectos específicos de la Formación Profesional Básica de las enseñanzas de formación profesional del sistema educativo, se aprueban catorce títulos profesionales básicos, se fijan sus currículos básicos y se modifica el Real Decreto 1850/2009, de 4 de diciembre, sobre expedición de títulos académicos y profesionales correspondientes a las enseñanzas establecidas en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2014).

²⁸³ Real Decreto 1044/2003, por el que se establece el procedimiento para la expedición por las Universidades del Suplemento Europeo al Título (BOE núm. 218, de 11 de septiembre de 2003); Real Decreto 1393/2007 por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias (BOE núm. 260, de 30 de octubre de 2007); Real Decreto 1791/2010 por el que se establece el Estatuto del Estudiante Universitario (BOE núm. 318, de 31 de diciembre de 2010).

²⁸⁴ Su principal diferencia es que mientras las curriculares están integradas en el plan de estudios y son obligatorias, las extracurriculares, no forman parte del plan de estudios y son voluntarias. Sobre las prácticas universitarias, ver: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J. R.: “*Las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios: un camino de incertidumbres que exige de nuevos rumbos*”, Revista de Información Laboral, núm.5, 2014, BIB 2014\2265. Una crítica incisiva sobre el tema puede leerse en BARBA RAMOS, F. J.: “*La delgada línea entre la inserción y la explota-*

una reglamentación claramente insuficiente -como sucede en el ámbito universitario respecto a los becarios de colaboración²⁸⁵-. Algunas, actualmente, cuentan con una caracterización laboral, -como las del personal investigador en formación²⁸⁶-, otro tipo de prácticas son habilitantes para el ejercicio de una profesión -como para la abogacía y la procuraduría²⁸⁷- y el sumun de todas ellas, las prácticas no laborales para jóvenes cualificados en empresas, sin componente formativo y

ción laboral. La esquizofrénica regulación de las prácticas universitarias", en MONEREO PÉREZ, J. L., (Coord.), Retos del Derecho... op. cit. págs. 307 a 317 y BAVIERA PUIG, I.: "*Las prácticas formativas para universitarios en el EEES*", Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 2, 2011, BIB 2011\611, entre otros.

²⁸⁵ En este caso al no existir una regulación de carácter general sobre este tipo de becas, son las Universidades las que establecen los términos de la convocatoria, por lo que habrá que ver en cada convocatoria de cada Universidad los criterios para su concesión, el número de becas que se ofertan y los servicios, departamentos o unidades, donde los estudiantes van a colaborar, el tipo de actividad a desarrollar, el tiempo de dedicación exigido y la cuantía de la beca. Ver al respecto el estudio sobre el comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Lleida, autos 441/99, de 8 de noviembre, de 1999, que se pronuncia sobre la naturaleza de la relación entre una estudiante becaria y la Universidad convocante de la beca, dando lugar a una sentencia en la que se declara la relación laboral y por ello se califica la no renovación de la beca como despido improcedente, en MORENO GENÉ J., PARDELL VEÀ, A., y ROMERO BURILLO A. M^a.: "*Las becas de colaboración de los estudiantes universitarios: un conflicto laboral anunciado*", Revista de Derecho Social, núm. 9, 2000, págs. 185-202, en que los autores se cuestionan, entre otras cosas, si ¿no se estará utilizando a los estudiantes como personal de administración y servicios?, y si ¿no se estará encubriendo una relación de carácter laboral?

²⁸⁶ Cuya regulación se establece en el Real Decreto 63/2006, de 27 enero del Estatuto del personal investigador en formación (BOE núm. 29 de 3 de febrero de 2006), en vigor hasta que se apruebe un nuevo Estatuto tal y como se señala en la Disposición Adicional segunda de la Ley 14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE núm. 131 de 2 de junio de 2011) que establecía el plazo de dos años desde su entrada en vigor, pero que aún no se ha aprobado. Y por el Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado (BOE núm. 35 de 10 de febrero de 2011). Becarios privilegiados respecto al resto al contar con una vinculación de carácter laboral, cifrada en el llamado contrato predoctoral, contrato temporal con una duración de hasta cuatro años, o hasta seis si se trata de personas con discapacidad. Encontrándonos, "*ante un contrato formativo específico para el ámbito de la investigación que convive con los contratos formativos ya previstos en el Estatuto de los Trabajadores -contrato en prácticas y contrato en formación-... el proyecto específico y novedoso que constituye el objeto de este contrato equivale a la realización de la tesis doctoral*", como señala MORENO GENÉ, J.: "*El contrato predoctoral: una modalidad específica de contrato formativo para los investigadores*", Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 3, 2012, BIB 2012\988. Tema este que ha sido abordado por otros muchos autores, entre otros: LUJÁN ALCARAZ, J.: "*A propósito del «estatuto del becario de investigación»*", Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 1, 2004, BIB 2004\254; MORENO GENÉ, J.: "*La inclusión debilitada de los becarios de investigación en el Régimen General de la Seguridad Social*", Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 17, 2005, BIB 2005\2556; GARCÍA VALVERDE, M^a D.: "*Naturaleza de la relación que une al «supuesto becario» con la Universidad*", Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 12, 2005, BIB 2005\2014; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: "*Las relaciones jurídicas de formación a través de beca o estipendio*", Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 83, 2009, págs. 251 a 262, o CRISTÓBAL RONCERO, R.: "*El personal investigador en formación: un contrato común con peculiaridades*", Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 83, 2009, págs. 323 a 353.

²⁸⁷ A través del Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, BOE núm. 143 de 16 de junio de 2011.

únicamente encaminadas a la adquisición de experiencia laboral -objeto de una feroz crítica por parte de la doctrina científica²⁸⁸. Como se ve un auténtico disparate en el que, además, es preciso hacer otra distinción adicional, que sean o no retribuidas, lo que no es cuestión baladí, pues de ella va a depender que se dote o no, de cierta cobertura social²⁸⁹.

Porque la cosa adquiere mayor complejidad y perplejidad, si cabe, al comprobar que en algunos de los múltiples supuestos, aunque no en todos, si se recibe algún estipendio, a los que realizan dichas prácticas, se les considera asimilados a trabajadores por cuenta ajena y por tanto tienen derecho al alta en la Seguridad Social. Situación un tanto paradójica en sí misma, porque si no se trata de una relación laboral, no tiene sentido dotar al becario, o al alumno en prácticas, de la cobertura de la Seguridad Social, pues si bien es de reconocer que este dato constituye un avance para el colectivo beneficiado, en sí mismo no deja de ser una situación extraña, asimilados al alta, algunos, aunque no se les considera trabajadores asalariados y que tampoco gozan de todos los derechos, como sucede con el desempleo. ¿Estamos ante una acción de benevolencia del legislador?, pues si es así, bien, pero para todos y con todos los derechos²⁹⁰.

²⁸⁸ Real Decreto 1543/2011, de 31 octubre BOE núm. 278 de 18 de noviembre de 2011. Norma muy criticada por la doctrina científica, cargada de razón para ello, de difícil legalidad no sólo por carecer del preceptivo dictamen del Consejo de Estado, sino y sobre todo, por colisionar con la regulación que el Estatuto de los Trabajadores efectúa del contrato en prácticas, ver al respecto, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “*Formas no laborales de inserción de los jóvenes...*” op. cit., págs. 194 a 202 y de la misma autora, “*El Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, de prácticas no laborales en empresas ha de ser derogado*”, en VV.AA.: *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social*, CHOCRÓN GIRÁLDEZ A. M^a (Coord.), Laborum, Murcia, 2013, págs. 87 a 102; MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “*Prácticas no laborales en empresas: análisis crítico del RD 1543/2011, de 31 de octubre*”, Actualidad laboral, núm. 6, 2012, pág. 2; MORENO GENÉ, J.: “*La regulación de las prácticas no laborales en empresas en el Real Decreto 1543/2011: ¿Un sucedáneo de contrato en prácticas?*”, Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 347, 2012 págs. 77 a 118 y del mismo autor “*Las prácticas no laborales en empresas como mecanismo de inserción laboral de los jóvenes: a propósito del Real Decreto 1543/2011*”, en *Las reformas del Derecho del Trabajo en el conflicto de la crisis económica: la reforma laboral de 2012*: XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 1585-1608, o finalmente y entre otros, ver SÁNCHEZ PÉREZ, J. D.: “*Cuatro razones para declarar la inconstitucionalidad e ilegalidad de la regulación reglamentaria de las prácticas no laborales*”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 38, 2014, págs. 294 a 309.

²⁸⁹ Sobre la dificultad de conceptualizar la beca ante tal variedad de figuras afines, ver: FABREGAT MONFORT, G.: “*Algunas cuestiones en torno a las becas...*” op. cit.

²⁹⁰ Siempre que haya algún tipo de contraprestación por la realización de la práctica (beca, transporte, dietas, etc.), se tiene derecho a la cotización como asimilados a trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social por contingencias comunes y profesionales, correspondiendo la obligación de cotizar a la empresa, entidad u organismo que financie el programa de formación, según lo previsto en el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema

II. ¿ENCAMINADOS HACIA EL CAMBIO?

Como vemos el panorama apenas apuntado, no puede ser menos gratificante pero no es exclusivo de nuestro país, tanto es así, que la Unión Europea preocupada por mejorar la capacidad de inserción laboral de los jóvenes y facilitar la transición del sistema educativo al mundo laboral, pero también porque *“resulta inaceptable que se utilice a algunos becarios como mano de obra barata o gratuita”*²⁹¹, aprueba la Recomendación del Consejo 2014/C 88/01, de 10 de marzo de 2014²⁹², *“Sobre un marco de calidad para los períodos de prácticas”*, refiriéndose a *“los*

de la Seguridad Social (BOE núm. 259, de 27 de octubre de 2011); Real Decreto 592/2014 de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios (BOE núm. 184, de 30 de julio de 2014). También en el Real Decreto 8/2014, de 4 de julio de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE núm. 163, de 5 de julio de 2014), que en la DA 25ª, establece una bonificación del cien por cien por las prácticas curriculares externas de los estudiantes universitarios y de formación profesional en la cotización a la Seguridad Social a partir del día 1 de agosto de 2014. Al respecto ver: MORENO GENÉ, J.: *“La inclusión debilitada de los becarios de investigación... op.cit.”*; SEMPERE NAVARRO, A. V.: *“Actualización del sistema de Seguridad Social (II): una visión sinóptica y global de la Ley 27/2011”*, Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 7, 2011, BIB 2011\1588; HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, M.: *“Inclusión en la Seguridad Social de los becarios”*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 837, 2012, BIB 2012\402; CARRIZOSA PRIETO, E.: *“La protección social del personal docente e investigador en formación: el Convenio especial de la Seguridad Social”*, Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 5, 2012, BIB 2012\3028; LUQUE PARRA, M. Y CALZADA I OLIVERAS, E.: *“Seguridad Social de universitarios en prácticas: estado de la cuestión”*, Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 10, 2012, BIB 2012\144 o SEMPERE NAVARRO, A. V.: *“La Seguridad Social de los becarios tras la anulación del RD 1707/2011”*, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 5, 2013, BIB 2013\1663, entre otros.

²⁹¹ En palabras de László Andor, Comisario de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión.

²⁹² Desde hace relativamente poco tiempo las instituciones de la Unión Europea, se vienen ocupando de establecer un marco de calidad para las prácticas, así, el Consejo afirmó, en su Resolución de mayo de 2011 relativa al empleo de los jóvenes, que *“es conveniente establecer un marco de calidad para el trabajo en prácticas a fin de garantizar el valor formativo de dicha experiencia”* y en sus conclusiones de junio de 2011 *“Fomentar el empleo de los jóvenes para lograr los objetivos de Europa 2020”*, se invitó a la Comisión a proporcionar *“orientación respecto a las condiciones para lograr unos períodos de prácticas de elevada calidad mediante el establecimiento de un marco de calidad para los períodos de prácticas”*. El Parlamento Europeo, en su Resolución sobre la Comunicación titulada *“Hacia una recuperación generadora de empleo”* de junio de 2012, invitó a la Comisión a que presentara lo antes posible *“una propuesta de Recomendación del Consejo sobre un marco de calidad para los períodos de prácticas”*, que definiera unas *“normas mínimas para apoyar la oferta y la aceptación de períodos de prácticas de alta calidad”*. En diciembre de 2012, el Consejo Europeo, invitó a la Comisión *“a que concluya rápidamente la elaboración del marco de calidad para los períodos de prácticas”*. En diciembre de 2012, la Comisión lanzó un paquete de medidas para el empleo juvenil, que incluía tres propuestas clave: la Garantía Juvenil, el Marco de calidad para los períodos de prácticas y la Alianza Europea para la Formación de Aprendices, así como la ampliación de la red EURES. Finalmente el Consejo Europeo de junio de 2013 volvió a confirmar que *“el marco de calidad para los períodos de prácticas debe establecerse a comienzos de 2014”*. La actuaciones más recientes son el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la *“Propuesta de Recomendación del Consejo relativa al desarrollo de un marco de calidad para los períodos de prácticas”*, COM (2013) 857 final, 27 de febrero de 2014 y finalmente el Dictamen del Comité de las Regiones Marco de calidad para los períodos de prácticas 2014/C 174/07 de 7 de junio de 2014.

períodos limitados de práctica profesional, remunerados o no, que cuentan con un componente educativo o formativo, emprendidos con objeto de adquirir experiencia práctica y profesional con vistas a mejorar su capacidad de inserción laboral y facilitar la transición hacia un empleo normal”.

Dicho instrumento comunitario propone a los Estados Miembros establecer una regulación mínima -mejorable por los ordenamientos internos- sobre la base de un acuerdo escrito entre el trabajador y la organización que las ofrece -contrato que no es laboral-, que incluya los objetivos educativos, la supervisión y la duración limitada del periodo de prácticas²⁹³. Y en cuanto a las condiciones de trabajo, su propuesta es garantizar el respeto a los derechos y condiciones laborales de los trabajadores en prácticas recogidos en las legislaciones nacionales y europea, incluidos los límites aplicables al tiempo máximo de trabajo semanal, al tiempo mínimo de descanso diario y semanal y, cuando proceda, a la duración mínima de las vacaciones. Anima a las organizaciones que ofrecen prácticas a especificar si ofrecen la cobertura del seguro de enfermedad y accidentes y de la baja por enfermedad y si se percibirá una remuneración o compensación económica y, en caso afirmativo, su cuantía. El proceso debe culminar con la emisión de un certificado que convalide las cualificaciones y las competencias adquiridas a la finalización de las prácticas.

Como se observa, se trata de un marco normativo mucho más completo que, aún sin gozar de la garantía que proporciona la relación laboral asalariada, al menos garantiza unas condiciones mínimas en el desarrollo de las prácticas. Aunque, la solución no resulta del todo satisfactoria por su tibieza, ni completa, al excluirse de ella las prácticas que tengan un contenido formativo formando parte de planes de estudios de programas educativos, o de formación profesional, que constituyan un requisito para obtener una titulación universitaria o acceder a una profesión determinada, con lo que continuarían fuera de este marco un gran número de prácticas y de becas. Además la norma, a pesar de exponer que trata de garantizar las condiciones laborales similares a los trabajadores en prácticas, no sólo no menciona el salario, sino que entiende que las prácticas pueden ser remuneradas o no, lo que ciertamente merece una severa crítica porque eso sí perpetúa la precariedad y la desigualdad, aunque sólo sea porque no todos los jóvenes pueden permitirse el lujo de trabajar gratis, y lo que es igualmente grave, no se les garantiza la cobertura sanitaria ni social, sino únicamente exige a quien las otorga que en la convocatoria de

²⁹³ Duración que en principio, no debe superar los seis meses, excepto en casos en que esté justificada una duración más larga en función de las prácticas nacionales de los distintos Estados, si hubiera prórrogas especificar las circunstancias y condiciones de la prórroga tras la expiración del primer período y fomentar que el convenio de prácticas especifique que tanto el trabajador en prácticas como la organización que las ofrece “*pueden rescindir dicho convenio por escrito, presentando un preaviso dentro de un plazo apropiado en función de la duración del período de prácticas y en consonancia con la práctica nacional*”.

las prácticas, las empresas informen previamente de su cobertura, si es que se presta.

Desde luego, se echa de menos una apuesta más fuerte por parte de la Unión Europea, por no haber utilizado un instrumento normativo con carácter vinculante para los Estados en lugar de una Recomendación -mera invitación a actuar de determinada manera-, una norma con capacidad para solventar esta cuestión definitivamente, si lo que se persigue es el tan cacareado “*marco de calidad de las prácticas*”, o becas o llámense como se quiera, que garantice que las prácticas sean auténticos trampolines para que los jóvenes se incorporen al mercado de trabajo.

No se entiende el por qué de la timidez y la tardanza de la Unión Europea en acometer esta cuestión, cuando a otras relaciones -que entendió como no laborales- se les dotó *in illo tempore*, de un marco jurídico mínimo, -aunque ciertamente mejorable-, como sucedió con el llamado “*trabajo au pair*”, a través del Acuerdo Europeo sobre Colocación au pair, elaborado por el Consejo de Europa y aprobado en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1969²⁹⁴. O cuando en fechas mucho más cercanas, se aprobó la Recomendación de la Comisión de 11 de marzo de 2005 relativa a la Carta Europea del Investigador y el Código de conducta para la contratación de investigadores, instrumento que aportó un marco normativo mínimo que serviría como fuente de inspiración a la norma española en la materia, la Ley 14/2011 de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación²⁹⁵ que, de forma clara, ha provocado que los investigadores en formación hayan dejado de ser tan precarios como lo eran, pero con la espada de Damocles sobre sus cabezas pues tras largos años de formación no se garantiza su posterior incorporación a la carrera docente o investigadora.

Aunque tampoco es necesario ir siempre a remolque de la normativa comunitaria, a veces basta con retrotraerse a normas de nuestro ordenamiento jurídico y recuperar una norma olvidada, o quizás no tanto²⁹⁶, para dotar a los jóvenes que realizan distintos tipos de prácticas, becas, u otras cosas, que en ocasiones no se sabe cómo calificar. Me refiero al antecedente que posteriormente serviría de base a la regla-

²⁹⁴ DO L 289 de 3.11.2005, pág. 23. Ratificado por España en junio de 1998 (BOE núm. 214 de 6 de septiembre) y que entró en vigor el 12 de septiembre de 1988. Regulación, eso sí con sus luces y sus sombras todas ellas relativas a la desprotección que provoca su exclusión del ordenamiento laboral que se cierne sobre manera ante la dificultad o imposibilidad de control y denuncia -al resultar incompetente el orden jurisdiccional social y la intervención de los órganos de la administración laboral- por el incumplimiento de las condiciones de trabajo, por el tiempo dedicado a la formación o el derivado de la calidad de las prestaciones en especie obligadas, situaciones que pueden llevar a la desprotección, el abuso y la marginación, tal y como señala la profesora QUESADA SEGURA, R.: “*El trabajo au pair entre la laboralidad y la tutela extralaboral*”, en VV.AA.: *Trabajo subordinado...* op. cit. págs. 315 y ss.

²⁹⁵ BOE núm. 131 de 2 de junio de 2011.

²⁹⁶ Referida en 1999 por GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “*Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?*” en VV.AA., *Trabajo subordinado...* op. cit., pág. 132. Este aspecto de

mentación de los contratos formativos, ese precepto que nunca se aplicó de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales²⁹⁷, en concreto al artículo 8.3 de la norma que establecía que *“cuando las empresas, mediante ayudas económicas gratificables, retribuciones pactadas, o incluso sin compensación económica alguna, a efectos de proporcionar práctica en el trabajo, empleen a titulados académicos, cualquiera que sea su grado, en sus centros de trabajo o en sus dependencias, con sujeción a su organización laboral interna, se presumirá celebrado el contrato de trabajo”*.

Solución mejor a la aportada por la Resolución de la Comisión a la que venimos refiriéndonos, primero porque incardina las prácticas bajo el prisma de la relación laboral y por tanto, bajo la cobertura de la Seguridad Social, aunque nuevamente quedarían fuera de dicha cobertura las prácticas formativas de los estudiantes -de formación profesional o universitarios- que aún no tienen dicha titulación, y segundo por el reparo ya señalado de que dichas prácticas puedan no ser retribuidas, lo que por otra parte no encontraría encaje posible en la noción de relación laboral asalariada del artículo uno de la norma estatutaria.

III. CONCLUSIONES

La semejanza entre las figuras de las que hemos hablado y el contrato en prácticas, porque hablamos de jóvenes cualificados, es tal, que en ocasiones la diferencia es de un matiz tan tibio que no podemos apreciarlo, eso sí dejando a salvo la precariedad que es lo que realmente nos deslumbra. Porque el objeto de este contrato gira sobre el mismo presupuesto que se supone se persigue con estas otras prácticas no laborales, el hacer compatible la formación-experiencia laboral y el fomento del empleo juvenil, aunque las condiciones salariales se limiten y las cotizaciones sociales se bonifiquen al cien por cien, lo que parece ser el principal problema, como siempre, el dinero.

Aunque en cualquier caso me pregunto, con tantas prácticas, muchas de ellas obligatorias por los planes de estudios, o aunque voluntarias forzadas por ser el único medio de acceso al mercado laboral ¿dónde estará en el futuro el mérito de incluir en el currículum del trabajador que ha sido alumno en prácticas, o ha reali-

la norma de 1976 también ha sido analizado por GONÍ SEIN, J. L.: *“La inserción profesional de los jóvenes en la empresa a través de las becas”*, Relaciones Laborales, Tomo 2, 1986, pág. 301; LUJÁN ALCARAZ, J.: *“La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo”*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, pág. 246, y más recientemente por FABREGAT MONFORT, G.: *“Algunas cuestiones en torno a las becas...”* op. cit.

²⁹⁷ BOE núm. 96, de 21 de abril de 1976, derogada, por Ley 8/1980, de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 64, de 14 de marzo de 1980).

zados prácticas estando desempleado, o del becario, si todos tienen el mismo mérito? ¿Cómo puede ser que sólo permitamos a los que están formados acercarse al mercado laboral por la puerta de atrás? Luego nos extrañamos de la desilusión y la desesperanza de los jóvenes.

No cabe duda que aunque no se consiga, hay que insistir en la necesidad de acabar con tantos instrumentos de precariedad y en casos de esclavitud incluso, por qué no decirlo, y dotarlos de una regulación satisfactoria, que desde luego las incluyere en el Derecho del Trabajo, evitando también el maremágnum normativo actual. A ello nos inclina sobremanera el posible uso fraudulento que puede hacerse y se hace, tanto de prácticas, como de becas. Con ello, no sólo proteger a los jóvenes y aumentar su carrera profesional, sino también impedir su utilización como alternativa a los puestos de trabajo regulares, evitando situaciones de explotación por su utilización como mano de obra barata o gratuita, porque si es así, ¿dónde queda la parte tutiva del Derecho del Trabajo?, si no se protege a la parte más débil del mercado de trabajo, si no se tutela a los más débiles que sin duda son los jóvenes que realizan prácticas, los becarios, los pasantes... Claro que mal puede ampararlos el Derecho del Trabajo, si continuamos en las llamadas zonas grises, si seguimos encontrándonos cada vez más extramuros del Derecho del Trabajo. Aunque desde luego más parece que sea ahí donde, por el momento, vamos a quedarnos.

Y un apunte final, desde luego hemos avanzado en muchos aspectos aunque en ocasiones sea para atrás como los cangrejos.

3.8. EL TRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO: LA CRISIS ECONÓMICA Y SUS EFECTOS SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén*

I. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO A LA LUZ DEL EBEP

Con la aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por el que se establece el Estatuto Básico del Empleado Público, se dio –treinta años después– cumplida cuenta del mandato constitucional previsto en este sentido en el art. 103.3 CE, pu-

diéndose afirmar que la misma supuso alcanzar el objetivo de establecer un marco regulador único y común para todas las relaciones de empleo que se entablaban en las Administraciones Públicas. En ella se optó, desde un punto de política jurídica, por un modelo legal dual de empleados públicos, funcionarios y laborales, que ya se había consolidado en la práctica en orden a la primacía de un principio de actuación regido por el primado de la flexibilidad frente a la racionalidad organizativa y gestora. Esta situación no sólo se fue “normalizando” con el paso del tiempo, sino que, por el contrario, se ha ido desarrollando de forma exponencial tanto por vías directas, como, y especialmente, por las vías indirectas derivadas de la externalización y privatización de los servicios públicos.

En tales términos, el legislador construyó el modelo normativo sobre un proceso de aproximación y convergencia de las regulaciones de ambos colectivos, lo cual, y entre otros ámbitos, encuentra un especial reflejo en el papel fundamental que viene desarrollando la negociación colectiva en la ordenación de las condiciones de trabajo y en la gestión de los empleados públicos por parte de las Administraciones Públicas, el cual está lejos de toda duda, conformándose así ésta en el mecanismo central de gestión de la prestación de servicios en las mismas.

El proceso de consolidación y crecimiento de los procesos de negociación colectiva en el seno de la Administración Pública se ha visto posibilitado por la concurrencia de una diversidad de factores de toda índole, tales como la extensión de la afiliación sindical en este ámbito, el notable incremento de personal en régimen laboral que integra las plantillas de tales Administraciones, una destacable tendencia a la “laboralización”, de un lado, y “funcionarización”, de otro, de las condiciones de trabajo de los funcionarios y laborales, lo que ha llevado, además, a una tendencia hacia la uniformidad en los términos que definen tales condiciones, o, en fin, la ruptura de las tradicionales concepciones jerarquizadas en las relaciones entre Administración Pública –considerada ésta desde la dimensión de empleadora– y el conjunto de los empleados públicos, primando en ello un concepto de unilateralidad en la determinación de las condiciones de trabajo y ejecución de la prestación de servicios, lo cual se ha visto posibilitado por la consolidación de una evidente tendencia democratizadora en las relaciones jurídico-laborales y jurídico-funcionariales entabladas en el seno de tales organizaciones.

No obstante, en este punto, y como sobradamente se conoce, hablar de manera genérica de negociación colectiva en las Administraciones Públicas hace preciso resaltar la previa advertencia de que en nuestro sistema jurídico conviven dos marcos normativos diferenciados que conllevan de suyo unas muy destacables implicaciones jurídicas a nivel del marco institucional de la negociación colectiva. Y, de este modo, se cuenta con un colectivo de personal –el de más peso cuantitativa y cualitativamente hablando– regido por un sistema estatutario de función pública, y, de otro, con el sujeto a la legislación laboral que presenta una evidente tendencia

a su consolidación. Diferenciación de marcos reguladores del trabajo asalariado por cuenta ajena que han llevado de suyo a que no se compartan principios de desarrollo legislativo sobre las diferentes instituciones implicadas en el mismo²⁹⁸, teniendo ello un patente reflejo sobre la negociación colectiva que se desarrolla para cada uno de tales colectivos y que motiva una dualidad de regímenes jurídicos: el Título III del Estatuto de los Trabajadores -arts. 82 a 92- para el personal laboral, y el Estatuto Básico del Empleado Público -Ley 7/2007, de 12 de abril- arts. 32 a 38, para los funcionarios públicos.

A pesar de ello, no obstante, el hecho de que en la parte empleadora se encuentre la Administración Pública u otros entes o empresas públicas lleva a plantearse diferencias de relieve que han de incidir en esta y otras materias, dado que su condición de poder público conlleva el deber de sometimiento al principio de legalidad, y, en consecuencia, a un estar obligado a atenerse a normas y principios establecidos en el ordenamiento jurídico administrativo. Es por ello que se pueda afirmar que la negociación colectiva del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se encuentre ahogado por el marco propio establecido, con carácter general, para la gestión y dirección de los recursos públicos, lo cual le lleva a que, en esta materia, se asimile en buena medida a los límites que presenta la negociación colectiva de los funcionarios públicos²⁹⁹.

Partiendo del referido marco regulador de ambas dimensiones de la negociación colectiva dentro de las Administraciones Públicas cuando actúan como sujeto empleador, y sin perjuicio de las aproximaciones y diferencias que de facto se producen entre aquellas, hay que poner de manifiesto que tal planteamiento de política legislativa ha supuesto, como es obvio, que las modificaciones normativas que se produzcan en uno u otro de tales regímenes incidan de una manera u otra, y planteen una serie de interrogantes acerca de cuál sería el calado de cualquiera de las reformas legislativas que se produjeran en cada momento, así como el encaje de las mismas dentro del marco general representado por las relaciones jurídicas de empleo público tomado en su conjunto.

II. CRISIS ECONÓMICA Y REFORMAS LEGISLATIVAS: EL SECTOR PÚBLICO COMO “ACTOR PRINCIPAL”

En tal sentido, el proceso de reformas legislativas que se ha producido tras la gran crisis económica y financiera mundial iniciada en 2008, y que ha golpeado

²⁹⁸ Vid. CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Temas Laborales*, n° 117/2012, pág. 16.

²⁹⁹ Vid. LÓPEZ CUMBRE, L.: “Los efectos de la reforma laboral en el empleo público”, en *RGDTSS*, n° 34, 2013, pág. 145.

con tremenda virulencia a países tales como España, ha llevado a que, dentro del marco general de medidas de política legislativa adoptadas, sea el marco regulador de las relaciones del empleo público las que, de una forma directa y/o indirecta, se haya visto especialmente afectado por las mismas, hasta el punto de poderse afirmar que podamos estar ante los albores de un cambio de paradigma regulador en este ámbito.

Las motivaciones que han puesto a la Administración Pública dentro de los ejes básicos del proceso de reformas legislativas han venido a centrarse en torno al argumentario sobre el excesivo crecimiento de las plantillas y de las estructuras públicas, proceso que no ha sido, a la par, equilibrado con el necesario ajuste en la organización interna y la productividad, lo cual –a juicio de este planteamiento ideológico- ha provocado un desajuste económico derivado en gran medida de una inadecuada estructura del sector público. A tal fin, se optó por establecer un plan de ajuste y un plan económico-financiero en todas las Administraciones Públicas ligados al cumplimiento de unos objetivos de déficit de extrema rigurosidad y con unos plazos temporales de cumplimiento perentorios. Ello ha motivado que en el último quinquenio se haya destruido un número relevante de puestos de trabajo en el sector público, destacando en tales términos cómo, en una comparativa con lo acaecido en 2011 (32.400 puestos de trabajo amortizados), en el año 2013 se multiplicó por siete el número de puestos que se eliminaron en aquel año alcanzando un total de 220.472.

Desde el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo hasta la actualidad se han adoptado una multiplicidad de medidas que han afectado de manera directa o indirecta a las condiciones de empleo y trabajo de los empleados públicos, tales como la congelación de la oferta de empleo público; la reducción de las tasas de reposición en las Administraciones Públicas; el establecimiento de incompatibilidades de pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias, y percepciones similares con cualquier retribución, percepción, pensión con cargo a los Presupuestos de las Administraciones Pública, de los entes, organismos o empresas a ellos dependientes; la supresión de la paga extraordinaria al personal del servicio público; modificación del régimen jurídico de los permisos y vacaciones de los funcionarios; reducción de los permisos y créditos de horas sindicales; establecimiento del tope mínimo de la jornada general de trabajo en treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual; aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción al personal laboral del sector público; o, en fin, las especialidades en materia de retribución e indemnización por extinción para los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público estatal.

A todo ello, se han de añadir las reformas que se han producido sobre el ámbito de la autonomía y negociación colectiva, que han de ser interpretadas, de

igual modo, a la luz de los parámetros ideológicos que han conformado las medidas legislativas con las que se han pretendido afrontar esta crisis económico-financiera: la devaluación interna de los costes de producción, y, especialmente, de los ligados al factor trabajo, así como la reducción del gasto público.

En tales términos, como parte fundamental del eje de las reformas laborales de 2012 que vienen orientadas a fomentar la flexibilidad interna de las empresas, y así con ello posibilitar mecanismos de adecuación y adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas en las que han de desenvolverse las empresas, el legislador articuló todo un grupo de modificaciones que se dirigieron a revisar en profundidad el sistema de negociación colectiva, en tanto que se le imputa buena parte de responsabilidad de los problemas que las empresas presentan en materia de competitividad, así como de su incidencia respecto de nuestro mercado de trabajo.

Y, en tal sentido, se articulan toda una serie de medidas que se dirigen a la revisión de elementos estructurales básicos del marco regulador y conformador de la negociación colectiva en España, incidiendo, de un lado, en la ampliación de los márgenes para modificar con carácter unilateral y de forma sustancial las condiciones de trabajo reconocidas a título individual o colectivo en instrumentos colectivos que no tengan la condición de convenio colectivo previsto en el Título III del ET (art. 41.1.d ET); de otro, “reordenando” la estructura de la negociación colectiva, de modo que se prioriza el nivel de empresa a través de una en exceso compleja regulación de la concurrencia entre convenios colectivos (art. 84 ET); en tercer lugar, se facilita, tanto en el procedimiento como en las posibilidades, el recurso a la inaplicación del convenio colectivo vigente (art. 82.3 ET); y, en fin, se incide sobre la aplicación en el tiempo del convenio colectivo, esto es, sobre su revisión *ante tempus* (art. 86.1 ET), así como la limitación del alcance de la ultraactividad del convenio colectivo vencido, todo lo cual se viene a justificar en orden a una presunta dinamización de los procesos negociadores y sus adaptación a las cambiantes circunstancias de tipo organizativo y de mercado que determina el devenir de la empresa.

Conjunto de reformas todas ellas que ha supuesto un paso decidido hacia la consolidación de una línea de política jurídica muy concreta y definida, que se atisbaba ya en algunos rasgos en el diseño de la reforma laboral de 1994, y que apunta sin lugar a equívocos hacia un cambio en la conformación de modelo de negociación colectiva que ha presidido nuestro modelo democrático-constitucional de relaciones laborales.

Y, en estos términos, de especial relieve es, de una parte, la incidencia que ha tenido la reforma laboral de 2012 en materia de la aplicación en el tiempo del convenio colectivo. Ella se ha articulado en torno a dos grandes ejes con los que, de

un lado, se ha pretendido incentivar –en línea con un modelo legalmente promovido– la renegociación del convenio, adelantándose al fin de su vigencia, y sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio (art. 86.1 ET); y, de otro, con la finalidad declarada de evitar la petrificación de las condiciones de trabajo pactadas en convenio, y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador, se establece la limitación temporal a un año de la ultraactividad del convenio, aunque condicionada a la decisión que se adopte a este respecto por la autonomía colectiva (art. 86.3 ET).

Como se puede comprobar, los cambios en esta materia no son en ningún caso superficiales, y ello en cuanto que viene a incidir sobre algunas de las técnicas que venían a consolidar y asegurar la eficacia de las previsiones alcanzadas en los procesos negociadores, estabilizando así los marcos reguladores de las relaciones laborales en las diferentes unidades de negociación hasta que se vieran aquéllos sustituidos por otros nuevos. No cabe duda que ello supone un cambio radical en la conformación del modelo clásico de vigencia del convenio colectivo, y que su alcance no se iba a dilatar en dejarse sentir dentro de nuestro sistema de relaciones laborales, tanto respecto de los convenios colectivos vigentes, prorrogados y en período de ultraactividad que se tenían a la fecha de la entrada en vigor de tales reformas, como respecto de las previsiones convencionales que vienen a recogerse en los convenios colectivos pactados tras dicha entrada en vigor. Sobre los unos y los otros estamos obligados a reflexionar, en tanto que encierran una diversidad de variables, alcances y efectos que tal situación está suponiendo en el sistema español de relaciones laborales, y, en específico, en el marco negocial colectivo entablado en las Administraciones Públicas con el personal que presta servicios en las mismas, las problemáticas que vienen ligadas a ellos, y las líneas de acción convencional y de actuación de los tribunales de justicia que han tenido que tratar en esta materia dadas las enormes carencias de técnica legislativa que presenta la reforma en esta materia.

Y, de otro lado, las reformas laborales han incidido –en una clara dimensión flexibilizadora– sobre el régimen jurídico de la inaplicación de los convenios colectivos (art. 82.3 ET) posibilitándolo también respecto de los de nivel de empresa, y extendiendo su ámbito de afectación sobre condiciones de trabajo con indudable contenido sustancial sobre el marco jurídico de la prestación del mismo. Lo cual, y conectándose con la reforma del propio art. 32.2 y 3 EBEP, habrá de ser valorado acerca de su real incidencia en la negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Públicas, así como de la previsión “homóloga” en el EBEP para con los acuerdos y pactos colectivos de los funcionarios públicos (art. 38.10).

III. DE LA REDUCCIÓN DE ESPACIOS A LA SUSPENSIÓN DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

El panorama que deja –hasta el momento– el intervencionismo legislativo en este tiempo de crisis sobre la autonomía colectiva y la negociación colectiva en el ámbito del sector público se puede resumir en su encorsetamiento material y la suspensión –expresa y como mecanismo *ad futurum*– de los efectos de la misma³⁰⁰.

En cuanto al primero de ellos, esto es, la reducción del espacio de desarrollo material sobre los que se pueden incidir en los procesos negociadores destaca, en primer lugar, el establecimiento legal de una serie de topes máximos y mínimos sobre una multiplicidad de cuestiones relacionadas con la ordenación de las condiciones de trabajo en el sector público, de forma que, en gran medida, se diluye el campo de acción que los sujetos negociadores tienen en cuanto a la mejora o disponibilidad de las previsiones legales establecidas con carácter mínimo. En tal sentido, se puede afirmar que se coloca a la negociación colectiva del sector público, sin diferenciación alguna en función del colectivo afectado –funcionario o laboral–, en un “régimen de excepcionalidad” que vacía de contenido este derecho, lo que lleva a plantear evidentes reservas sobre la viabilidad jurídica de tales previsiones. El principio de legalidad al que se sujeta la negociación colectiva en el sector público, entendemos que ha sido utilizado de expediente habilitador para desconocer el alcance que este derecho tiene reconocido en nuestra Constitución así como en los Convenios y Tratados internacionales en los que España es parte, por más que se conozca el alcance que se le otorga a este derecho por parte de nuestro Tribunal Constitucional.

El acotamiento reductor de las materias afectadas por los procesos de reforma legal en período de crisis se ha centrado sobre una diversidad de materias, siendo en este sentido el más paradigmático el referido a las retribuciones de los empleados públicos, tanto respecto de la llamada “congelación” de las mismas a través del establecimiento una prohibición de incremento de la masa salarial, como sobre la suspensión del abono de una de las gratificaciones extraordinarias, destacando en su formulación la deficiente técnica legislativa utilizada, además del desconocimiento de principios jurídicos tales como el de retroactividad de las normas.

Igualmente, en esta situación también participa materias como el tiempo de trabajo, en el que se ha fijado una jornada anual mínima para el conjunto de los em-

³⁰⁰ Vid. DE SOTO RIOJA, S.: “Legislación presupuestaria y autonomía colectiva en el sector público”, *Temas Laborales*, nº 120, 2013, pág. 516.

pleados públicos, y, de otro lado, respecto de los permisos, vacaciones y licencias que se han visto reducidos tanto en su alcance, como en el carácter de norma mínima.

Del mismo modo se incide en materia de oferta de empleo público, la cual se ha conformado como uno de los pilares fundamentales de las acometidas legales en pos de la contención, sino reducción del gasto público, viniéndose repitiendo tales limitaciones en las diferentes leyes anuales de presupuestos, aunque con una tendencia en este último período hacia una cierta relajación del alcance de las tasas de reposición.

Por último, dos bloques más de materias se han visto afectadas en este proceso de reducción del margen de autonomía colectiva de los empleados públicos: de un lado, respecto de la protección social complementaria, prohibiendo y/o suspendiendo las aportaciones a los planes de pensiones de empleo, e incidiendo sobre la mejora de las prestaciones de Seguridad Social vinculadas a las situaciones de baja por incapacidad temporal, otras contingencias asimilables a ésta, o sobre el tratamiento retributivo de las ausencias al trabajo; y, de otro, sobre el régimen jurídico aplicable a los permisos y crédito horario de los representantes legales y sindicales de los empleados públicos³⁰¹.

En cuanto al otro de los efectos destacados en tales reformas, nos encontramos con la novedosa introducción de una serie de reglas que ordenan la suspensión, o bien, posibilita la modificación de los acuerdos, pactos y convenios colectivos en el sector público. En este sentido, y respecto de la primera de las posibles situaciones, de un lado, el legislador ha establecido previsiones puntuales y expresas en las que se determina un efecto suspensivo de una institución o materia específica regulada colectivamente –por tanto, pendiente de que se pueda levantar tal suspensión, o que se pueda volver a negociar sobre ello-, y, de otro, de forma indirecta, y en orden a la nueva redacción que se le viene a dar a un precepto legal, provocando la pérdida de validez de las previsiones convencionales por contravenir lo preceptuado legalmente –por ejemplo, en materia de vacaciones o permisos-.

En cuanto a la modificación o la suspensión de los pactos, acuerdos y convenios colectivos alcanzados en el sector público, hay que destacar las previsiones establecidas en tal sentido en los arts. 38.10 EBEP respecto de la negociación de

³⁰¹ Siendo a estos efectos más que discutible, desde el punto de vista constitucional, la acomodación del instrumento normativo utilizado –un RD-Ley- a la necesaria intervención a través de Ley Orgánica sobre materias que corresponden al desarrollo de un derecho fundamental como es el de libertad sindical.

los funcionarios, y el art. 32 EBEP para la negociación del personal laboral, complementadas ambas previsiones con lo dispuesto en la Disposición adicional 2ª del RD-Ley 20/2012 en la que se viene a concretar y definir qué se entiende por causa grave de interés público para justificar la suspensión o modificación de lo pactado colectivamente. Este marco normativo plantea un importante número de interrogantes, tanto en su dimensión aplicativa –como, por ejemplo, el procedimiento administrativo que haya de tramitarse con carácter previo, los órganos de gobiernos competentes para adoptar estas medidas, el alcance de las causas que se puedan alegar como justificativas, su control judicial, etc.-, como, y ello es más preocupante, su acomodación a la necesaria preservación de la eficacia normativa que le es reconocida constitucionalmente a estos pactos y convenios colectivos.

Por último, de especial relieve también en materia de negociación colectiva en el sector público tenemos la cuestión de la reforma de la institución de la ultraactividad de los convenios colectivos, sobre la cual, hasta la entrada en vigor de la nueva reforma laboral en esta materia, articulada a través del RDL 7/2011, de 10 de junio, las partes vinieron ejerciendo el poder de disposición sobre el régimen de ultraactividad de los convenios colectivos suscritos, en orden a la regla incentivadora para ello recogida en el art. 86.3 ET, lo cual dio como resultado una importante casuística reguladora sobre el régimen de eficacia temporal de los convenios.

El nuevo régimen de la institución de la ultraactividad se articula en torno a la prevalencia de la autonomía colectiva en esta materia, esto es, a que su configuración técnico-jurídica sigue siendo de naturaleza dispositiva, lo cual conlleva a que la nueva regla de pérdida de vigencia transcurrido un año desde su denuncia sólo podrá aplicarse siempre que las partes no hayan precisado otro régimen diferente a éste. Ello nos sitúa pues ante la incuestionable afirmación que mantiene que tal precepto presenta una naturaleza dispositiva, no habiendo cambiado ello desde la reforma laboral de 1994.

En segundo lugar, y partiendo siempre de la prevalencia de lo acordado por las partes, se diferencian dos situaciones diferentes sobre la ultraactividad:

1. Una que comprende desde la denuncia hasta el momento en el que se agota el plazo de un año para alcanzar el nuevo convenio (art. 86.3.2º ET), resaltándose a estos efectos dos previsiones: a) el mantenimiento durante este período de la vigencia de las previsiones convencionales, a salvo de las que prevén la renuncia de la huelga; b) la posibilidad de alcanzar acuerdos parciales que modifiquen los contenidos prorrogados, debiendo estarse a los términos que las partes hayan establecido en cuanto a su vigencia temporal.

2. Y otra segunda situación que se produciría desde el momento en que expira el plazo máximo de un año que se establece para alcanzar el nuevo convenio colectivo.

Es sobre esta segunda situación en la que, siempre que no venga establecido un pacto específico en el convenio denunciado o se haya alcanzado por las partes uno en tal sentido, se determina que transcurrido ese año de vigencia convencional en régimen de ultraactividad el convenio dejará de estar vigente, concretándose, de seguido, otra doble previsión:

- a) De un lado, prevé una regla con la que evitar el vacío convencional que se produce en tales situaciones, estableciendo que será aplicable el convenio colectivo de ámbito superior, siempre que lo hubiere (art. 86.3.4º, *in fine*, ET) –lo cual, en el caso de las Administraciones Públicas es de nulo alcance-.
- b) De otro lado, el art. 86.3.3º ET introduce un medio autónomo de solución de conflictos a los que acudir una vez que se ha superado y agotado el plazo máximo para alcanzar un acuerdo, creando un complejo mecanismo en el que destaca la voluntad del legislador de que el arbitraje se conforme con un carácter obligatorio.

De este modo, la articulación legal de la institución de la ultraactividad y la eventual pérdida de vigencia del convenio vencido y no sustituido por otro, conlleva una serie de efectos jurídicos de un calado de tal magnitud que provoca una más que reseñable inseguridad jurídica sobre las relaciones laborales y las condiciones de trabajo. Y ello cuando se está en presencia de una Administración Pública con la condición de empleadora, tales riesgos se incrementan, por cuanto para éstas la viabilidad jurídica de los eventuales objetivos de política-jurídica que se pretenden alcanzar con la nueva previsión legal no son ni tan obvios, ni tan realizables como lo podrían ser para las empresas.

Así, si una de las tachas de nula practicidad, desde un punto de vista de gestión y organización empresarial de las relaciones laborales, que se le achacaba a tal previsión legal era la de que por más que el convenio colectivo vencido provocase un vacío jurídico que motivara un notable incremento de los poderes organizativos unilaterales del empleador, sin embargo, con tal situación se verían afectadas materias tales como la clasificación profesional, o el régimen disciplinario que no pueden entenderse sino como elementos centrales para una eficaz y eficiente gestión de las relaciones laborales en las organizaciones productivas. Y si ello se traslada al ámbito de la Administración Pública, la problemática jurídica que esta situación plantea es aún mayor, dado el carácter reglado que se exige en su actuación, lo cual determina la necesidad de que en todo caso se cuente con

normas determinadas y precisas conforme a las que se debe actuar. Y en ello juega un papel central la negociación colectiva, proveyendo de un marco regulador preciso y concreto para la gestión del personal empleado al servicio de tales Administraciones Públicas³⁰².

Y, en tal sentido, de imposible aplicación se puede afirmar que es el diseño legal que se establece para con la institución de la ultraactividad si estamos en presencia de una Administración Pública en condición de empleadora, y ello por cuanto que, entre otras situaciones, al no existir como regla general convenios colectivos sectoriales en el ámbito de la Administración Pública, los vacíos que provocarían la pérdida de vigencia de un convenio vencido y no renovado no pueden cubrirse con la regla alternativa de cobertura prevista legalmente en el art. 86.3.4º, in fine, del ET; o bien, qué solución se podría aportar al régimen de vigencia y ultraactividad de los acuerdos mixtos en los que están agrupados el personal laboral y funcionarial de una misma Administración, sabiendo que para los primeros el régimen legal aplicable es el del art. 86.3 ET, y para los segundos es el del art. 38 EBEP, existiendo notables diferencias entre ambas; además, la hipótesis de que en los supuestos de pérdida de vigencia del convenio colectivo se pudiera aplicar el principio de condición más beneficiosa adquirida de carácter colectivo para la pervivencia de los mismos, tiene un difícil engarce en el ámbito de la Administración Pública puesto que tal mecanismo de consolidación de las condiciones más beneficiosas se sustenta sobre la vía de decisiones unilaterales discrecionales del empleador que presenta una elevada dificultad de articulación cuando el empleador tiene la condición de Administración Pública.³⁰³

³⁰² Vid. CRUZ VILLALÓN, J.: “*El descuelgue...*”, op. cit., pág. 43.

³⁰³ Un estudio detallado de la incidencia de las reglas sobre ultraactividad en la negociación colectiva del sector público en GARCÍA JIMÉNEZ, M.: “*A vueltas con la incidencia de la ultraactividad sobre la negociación colectiva de las Administraciones Públicas: normas y prácticas*”, comunicación a las XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Sevilla, 2014, texto multicitado.

4. DERECHO SOCIAL DEL EMPLEO (I)

4.1. EL FOMENTO DEL EMPLEO COMO OBJETIVO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO*

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

*Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid
Abogado. Socio de Roca Junyent*

... ¿qué fue lo que nunca fue?

y ¿qué será lo que sea? ...

Del poemario *Mínima muerte* (Fondo de Cultura Económica, Colección Tezontle, 1944)

Emilio Prados Such (Málaga, 1899-Ciudad de México, 1962)

... para poesía, la imaginación

volando sobre el sentimiento y el conocimiento ...

Del *Libro de los espejos y las sombras* (Diputación de Huelva. Colección, Juan Ramón Jiménez, 1988).

Rafael Pérez Estrada (Málaga, 1934-2000).

I. EL EMPLEO, BIEN ESCASO, OBJETIVO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

a) El problema del empleo es básicamente un problema de egoísmo humano, como casi todas las situaciones que no obedecen a las leyes físicas. Los empleadores ofrecen únicamente el trabajo que les interesa, en las condiciones que entienden convenientes para conseguir los mejores resultados en su aventura empresarial. Los trabajadores, por su parte, solo quieren realizar el trabajo que les gusta, en el lugar de su agrado personal o familiar. Hasta ahí todo es normal y no hay ninguna posibilidad de alterar sus predilecciones desde la intervención de los poderes públicos.

Pero si de las preferencias se salta a los comportamientos, las cosas son ya bien distintas. El mercado de trabajo no es, en ningún país desarrollado, el balance de las fuerzas económicas y sociales actuando en libertad, bajo el designio preferencial de los factores productivos, sino un conjunto orquestal dirigido por el interés público, por el interés que toma naturalmente en cuenta todos los intereses parti-

* Es antecedente de este trabajo, mi estudio "Do ut facias. En torno a los estímulos a la contratación laboral", en *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea* (Universidad Complutense de Madrid), 1999, t. I, pp. 567-583.

culares originarios para desbordarlos de inmediato con las exigencias requeridas por el bien común. Y entonces se comprueba que ni los empleadores pueden ofrecer, ni los trabajadores pueden realizar, el trabajo que desearían, puesto que unos y otros están urgidos por los mandatos imperativos de la ley, escasamente complacientes, por cierto, con los caprichos de los particulares.

b) Las limitaciones a la autonomía de la voluntad del empleador son muchas, conocidas por todos y escasamente cuestionadas en las sociedades contemporáneas, salvo desde los focos empresariales de opinión institucional. La regla de la contratación indefinida o de la excepcionalidad de la contratación temporal, la fijación heterónoma de los suelos de las condiciones de trabajo y los impedimentos para la extinción no causal de los contratos de trabajo forman parte de la cultura de esos pueblos y constituyen una herencia traspasada al siglo XXI.

Las limitaciones a la autonomía de la voluntad del trabajador se desplazan del plano legal al plano socioeconómico, pero aun así no puede olvidarse hasta qué punto crecen día a día las obligaciones de comportamiento de los trabajadores, tanto de los que tienen empleo y han de acatar las órdenes de movilidad funcional y geográfica y, en su caso, del cambio de condiciones de trabajo impuesto por sus empleadores, cuanto de los que carecen de trabajo, si el mantenimiento de las rentas sociales de sustitución salarial se condiciona a no rechazar aquellas ofertas de empleo que los poderes públicos consideran razonables.

La diferencia fundamental entre el incumplimiento de las reglas legales de juego de parte de los empleadores y de parte de los trabajadores radica en que los primeros sufren en su caso sanciones económicas que no les privan de su medio natural de vida, en tanto que ese efecto se transforma en otro mucho más gravoso para los trabajadores cuando la inobservancia de las obligaciones a su cargo conduce a la pérdida del salario o a la pérdida de la renta social sustitutiva del mismo. Se ha investigado poco, por desgracia, si es ahí donde está la causa del mal funcionamiento del mercado de trabajo, una vez que un alto porcentaje de empleadores prefiere desconocer las reglas impuestas por el marco legal aun arrojando las consecuencias de ser calificados como «infractores» de las mismas y sancionados consiguientemente por los poderes públicos.

c) El diagnóstico del mercado de trabajo español es muy pesimista en el seno de la Unión Europea. España ostenta lamentablemente las mayores tasas de paro y de precariedad y, a la vez, tasas muy bajas de población activa femenina y de natalidad. Ocurre, además, que una gran parte de los trabajos «poco prestigiosos» y/o «esforzados» los realiza progresivamente la mano de obra extranjera, emigrantes legales e ilegales a los que no suele brindarse igualdad de trato en el empleo sino la alternativa de realizar lo que no quiere llevar a cabo la población autóctona, ni siquiera en situación de desempleo.

La combinación de un paro excesivo (en torno al 23% de la población activa) y de una precariedad excesiva (en torno al 25% de la población asalariada), producen un resultado pavoroso, desconocido en las tasas medias de la Europa de los veintiocho, incluyendo en el cómputo las más pobres economías de la región. El efecto de la escasa cantidad y de la baja calidad del empleo, apremia desde luego a adoptar medidas de política de empleo fracasadas hasta la hora presente. Esas medidas, vistas desde la perspectiva del estímulo o del fomento al empleo, obliga a poner en práctica tres acciones públicas que bien podrían catalogarse de fomento primario, de fomento secundario y de fomento subsidiario de los otros dos. Tres niveles escalonados entre sí, que deben regularse con firmeza, sin ambigüedades, sin cambios permanentes en su ordenación, procurando desterrar las dudas sobre la eficacia mayor o menor de cada una de las posibles, exigiendo a los expertos el cese de sus ambigüedades,

...juzgando por los síntomas/que tiene el animal,/bien puede estar hidrófobo,/bien puede no lo estar,/y afirma el gran Hipócrates/que el perro en caso tal/suele ladrar muchísimo/o suele no ladrar./Con la lengua fuera,/torva la mirada,/húmedo el hocico,/débiles las patas,/muy caído el rabo,/las orejas gachas.../Todos estos signos/prueba son de rabia/pero al mismo tiempo/bien pueden probar/que el perro está cansado/de tanto andar./Doctores sapientísimos que yo he estudiado bien/son en sus obras clínicas/de nuestro parecer:/fermentus virum rabicum/que in corpus canis est./mortalis sont per accidens,/mortalis sont per se./Para hacer la prueba/que es más necesaria,/agua le pusimos/en una jofaina/y él se fue gruñendo/sin probar el agua./Todos estos signos/prueba son de rabia,/pero al mismo tiempo/signos son, tal vez/de que el animalito/no tiene sed./Y de esta opinión/nadie nos sacará:/el perro está rabioso/o no lo está!³⁰⁴ ...

Miguel Ramos Carrión³⁰⁵ y Vital Aza Álvarez-Buylla³⁰⁶

³⁰⁴ Coro de Doctores de la zarzuela *El Rey que rabió* (1891), con una de las partituras más logradas de Ruperto Chapí Lorente (Villena, 1851-Madrid, 1909), autor asimismo de las celebradas partituras de las zarzuelas *El Tambor de Granaderos* (1896) y *La Revoltosa* (1897), mucho menos conocido como compositor de cámara.

³⁰⁵ Nace en Zamora en 1851 y muere en Madrid, en 1915; dramaturgo, libretista de zarzuelas, periodista y cofundador de la Sociedad de Autores Españoles (1899), conocido asimismo por los seudónimos Boabdil el Chico y Daniel.

³⁰⁶ Nace en la Pola de Lena en 1851 y muere en Madrid, en 1912; dramaturgo, libretista de zarzuelas, periodista y cofundador de la Sociedad de Autores Españoles (1899).

II. EL FOMENTO PRIMARIO DEL EMPLEO : LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

a) El mejor fomento del empleo es, sin posible duda, la estabilidad, entendida en sus cuatro dimensiones de estabilidad en el empleo, de estabilidad en la empresa, de estabilidad en las condiciones de trabajo y, finalmente, de estabilidad en el puesto de trabajo. Aclarando previamente un equívoco muy extendido, el concepto de *estabilidad* no se contrapone al de flexibilidad sino al concepto de *precariedad*. A su vez, el antónimo del concepto de *flexibilidad* es el concepto de *rigidez*, de manera que, en esta materia, deben enunciarse dos categorías conceptuales y no una solamente, a saber, la categoría finalista que contrapone la estabilidad a la precariedad, y la categoría instrumental que contrapone la flexibilidad a la rigidez. A partir de ahí caben cuatro imágenes de mercado de trabajo, clasificadas de mejor a peor :

Mercado de trabajo estable y flexible, o mercado de trabajo ideal, en el que se consigue una tasa elevada de estabilidad mediante mecanismos concertados entre los interlocutores sociales, a través o no de dispositivos institucionales de participación de los trabajadores en las decisiones empresariales. Un ejemplo sería el que ofrece la República Federal de Alemania.

Mercado de trabajo estable y rígido, o mercado de trabajo intervenido heterónomo, con buenos resultados en cuanto a estabilidad pero con escaso o nulo espacio para la autonomía de la voluntad. Un ejemplo sería el español durante el franquismo.

Mercado de trabajo precario y flexible, o mercado con amplio terreno para la autonomía de la voluntad -legalmente regulada o conseguida de facto por los comportamientos sociales- pero sin resultados estimables en cuanto a estabilidad. Un ejemplo sería el que conoció la II República española hasta el comienzo de la guerra civil.

Mercado de empleo precario y rígido, o mercado de trabajo pésimo, en el que se combinan las dos opciones indeseables extremas. Un buen ejemplo de este mercado es el español tras las reformas laborales iniciadas en 2010, que ni han resuelto los hoyos profundos de la precariedad, ni han establecido un marco legal efectivamente flexible, ante el razonable rechazo que encuentra su aplicación por parte de los Juzgados y Tribunales. Y no es solo una consecuencia de un momento de crisis económica extrema, pues su progresiva debilitación apenas si ha corregido los dos males combinados, a falta de introducir medidas realistas innovadoras,

... y concluyó/despacio, como el alba, la noche oscura,/y aún seguías allí,/en sombras/pero allí estabas³⁰⁷ ...

Thomas MacGreevy³⁰⁸

b) La estabilidad en el empleo, sea en un marco flexible o rígido, requiere ante todo la creación de puestos de trabajo en proporciones tales que ofrezca a la mano de obra potencial expectativas ciertas de colocación en condiciones dignas. Es sabido que la macroeconomía condiciona ese planteamiento teórico, de manera que en una situación económica de crisis profunda, la continuidad de esas expectativas ciertas de colocación decae. Pero esa conclusión ha de compadecerse con otra conclusión frecuentemente postergada, la que afirma que si el desempleo alcanza tasas escandalosas, por encima del 20% de la población activa -más altas todavía respecto de los colectivos más indefensos de jóvenes, mayores, discapacitados y emigrantes-, el Gobierno no podrá esperar a que la recuperación macroeconómica sea visible para adoptar entonces medidas excepcionales que alivien la situación de las clases desfavorecidas, pues esas medidas constituyen una prioridad de gasto público por encima de cualquier otra³⁰⁹,

... porque no hay dignidad/ni en la pobreza ni en el hambre³¹⁰ ...

Isabel Pérez Montalbán³¹¹

La estabilidad en la empresa requiere la existencia de causas razonables y de procedimientos adecuados para que la expulsión de un trabajador de la empresa a la que pertenece sea a la vez posible y exigente. Posible, facilitando al empleador la desvinculación del trabajador o de los trabajadores que por las causas predeterminadas no deban continuar en la empresa. Exigente, garantizando al trabajador que, en ningún caso, su desvinculación será caprichosa y menos aún arbitraria.

³⁰⁷ ... and it ended./slowly as at daybreak, dark night,/and you were still there./in shadow,/but were there ... versos del poema *Breton oracles*, del recopilatorio *Collected poems of Thomas MacGreevy* (Dublin, New Writers' Press), 1971, traducción castellana de Luis Ingelmo (1970), *Poesía completa de Thomas MacGreevy* (Bartleby ed.), 2013.

³⁰⁸ Nace en Tarbert, Kerry, en 12893 y muere en Dublín, en 1967; ensayista, articulista, crítico literario y crítico de arte. Funcionario público, profesor, director de museo y traductor, pertenece al denominado modernismo irlandés.

³⁰⁹ Una propuesta ejemplificativa de tales medidas en mi reciente libro, *El Derecho del Trabajo a mis ochenta años* (editorial Universitaria Ramón Areces), 2015, pp. 124-132.

³¹⁰ Versos del poema *Vivienda Fundación Benéfico-Social*, del poemario *De la nieve embrionaria* (Ayuntamiento de Montilla. Aula Poética Casa del Inca), 2002.

³¹¹ Nace en Córdoba en 1964; perteneciente a la llamada "poesía de la conciencia" o social, ha firmado poemarios, entre muchos otros, con los expresivos títulos de *Cartas de amor de un comunista* (Germanía), 1999 y *El frío proletario* (Litoral. El Aula en la Boca), 2002.

La estabilidad en las condiciones de trabajo requiere que todos los derechos y las obligaciones del trabajador respecto del empleador, y viceversa -en lo mucho que son correlativos- permanezcan a lo largo del tiempo, salvo para mejorar los derechos de los trabajadores o para suavizar las obligaciones empresariales. En el primer caso bien por acuerdo individual o colectivo, bien por decisión del empleador; en el segundo caso, solo por acuerdo y, en su defecto, por las causas y los procedimientos legalmente establecidos.

La estabilidad en el puesto de trabajo, finalmente, cuando no afecta a las condiciones básicas de trabajo -salario, jornada, prevención, etc.- es la manifestación más débil de la estabilidad en el empleo, pues respecto de ella debe el empleador disponer de un amplio poder para organizar del modo más conveniente el funcionamiento del proceso productivo. La alteración de las funciones del trabajador (movilidad funcional) es razonable dentro de un área de funciones polivalentes, más todavía si a cargo de la empresa se ha impartido la formación adecuada. La alteración del lugar de trabajo que no obligue al cambio de residencia, sacrifica sin alarma las preferencias locacionales del trabajador, por comodidad o por costumbre. Bien otra es la decisión empresarial que imponga el cambio de residencia (movilidad geográfica), improcedente sin concurrencia de causa justificada y trámite de un procedimiento predeterminado.

En una valoración de conjunto, referida a la realidad española, el marco legal y la práctica judicial relativa a la estabilidad en la empresa, en las condiciones de trabajo y en el puesto de trabajo, no desentonan del modelo predominante en el espacio europeo. En cambio, la estabilidad en el empleo merece un rechazo sin paliativos, no sólo por los efectos deleznable que se contemplan allí donde se lleve la mirada, sino también porque sin intensas medidas correctoras del insuficiente fomento primario del empleo, el fomento secundario es papel mojado y el fomento subsidiario carece de dotación para resolver por sí mismo las necesidades vitales de cuantos se hallan desprovistos de empleo y de recursos,

*... trabajáis para seguir el ritmo de la tierra y el alma de la tierra ... cuando trabajáis, sois una flauta a través de cuyo corazón el murmullo de las horas se convierte en música*³¹² ...

Gibran Jalil (o Khalil) Gibran³¹³

³¹² ... you work that you may keep pace with the earth and the soul of the earth ... when you work you are a flute through whose heart he whispering of the hours turns to music ... versos del poema *Work*, del poemario *The Prophet* (Alfred A. Knopf), 1923; se dice que esa edición original en inglés conoció un precedente escrito en árabe entre los años 1896 y 1903, no localizado. Hay edición castellana de *El Profeta*, junto con el posterior poemario *The Garden of the Prophet* (Alfred A. Knopf), 1933, postumo, traducción y presentación de Alberto Laurent (Barcelona, Abraxas), 2005.

³¹³ Nace en Bsharri, Bechari, Líbano, en 1883 y muere en Nueva York, en 1931; filósofo, místico, ensayista, novelista y pintor.

III. EL FOMENTO SECUNDARIO DEL EMPLEO: BONIFICACIONES, SUBVENCIONES Y DESGRAVACIONES AL EMPLEADOR

a) Lo que se conoce habitualmente como “medidas de fomento del empleo” corresponde a la agrupación de ayudas económicas a la contratación laboral, dispensadas bajo las formas de bonificaciones de las cuotas del sistema de seguridad social, mediante la compensación de las ayudas con los ingresos a cargo de los obligados al pago de las cuotas, hasta la cantidad coincidente; subvenciones o entregas de cantidades en metálico a fondo perdido; desgravaciones de alguna carga generalmente tributaria; y ayudas para la financiación de programas de formación profesional, o facilitación directa de estos programas, destinados a las personas sin calificación o a aquellas otras a las que convenga reciclar. El conjunto de estas ayudas no viene presidido por criterios uniformes, sino por una dispersión extrema en cuanto a los supuestos de hecho estimulados, cuantías de los estímulos establecidos, requisitos de acceso a los mismos, causas de pérdida de los derechos devengados e, incluso, efectos que las conductas de los beneficiarios pueden tener sobre las contrataciones futuras. Ni que decir tiene que en un estudio de dimensiones reducidas no procede descender al detalle de la profusa y nada sencilla legislación vigente, sustituyendo por tanto los detalles por consideraciones de carácter general.

b) Una primera distinción ordena los estímulos atendiendo a la naturaleza de los contratos, presentados simplificadamente en sus dos tipos característicos: los contratos a tiempo indefinido y los contratos temporales. Con validez para unos y otros, debería convenirse en que su celebración ha de depender de las necesidades del mercado, huyendo siempre del peligro de convertir el intercambio de trabajo por salario -durante un periodo temporal más o menos duradero-, en una operación patológica necesitada de estímulos externos permanentes. Quiere ello decir que, a salvo de supuestos especiales, o de momentos excepcionales, los contratos de trabajo solo deben tener como estímulo su propia causa, o sea, el interés económico social que para cada uno de los contratantes represente la concertación del vínculo y la ejecución de sus prestaciones.

Dicho lo cual no hay razón para silenciar la profunda anomalía que, desde la perspectiva de la contratación indefinida o temporal, contempla el mercado de trabajo español, teóricamente rígido al delimitar una de otra forma contractuales, pero en extremo complaciente en la práctica con las suplencias indebidas de unos contratos por otros. Porque mientras que la ley consagra la regla general de la contratación indefinida y acausal, y cualquier contrato temporal como excepción necesariamente causal, la realidad social invierte la regla solemnemente proclamada, haciendo de la contratación indefinida la excepción y de la contratación temporal la regla. De nada vale la colección de presunciones legales -*iuris et de iure* y *iuris tantum*- a favor de la contratación indefinida, una vez que la praxis de cada

día muestra sin tapujos el resultado del intercambio de trabajo por salario : de cada cien (100) contratos de trabajo, no más de diez (10) se celebran como contratos indefinidos, en tanto que los noventa (90) restantes se conciertan como contratos temporales, con porcentajes de fraude elevadísimos, pues que esos contratos no corresponden a los tipos y funciones diseñados por el legislador sino a la conveniencia ocasional de los empleadores. Como sea que en cualquiera de los últimos años -incluidos los más duros de crisis económica- el número total de los contratos de trabajo contabilizados en cada ejercicio anual no ha descendido de doce o trece millones de contratos, la posibilidades reales de luchar contra el fraude son testimoniales con los medios disponibles, lo que ha consagrado una situación inadmisiblemente y, por lo que aquí importa, imposible de corregir a golpe de medidas de estímulo o fomento de la contratación indefinida.

Debe, pues, el legislador deslindar con realismo la función de cada una de esas dos categorías de contrato, lo que, probablemente, obligará a aceptar un contrato temporal acausal, como fue el históricamente denominado “contrato temporal para fomento del empleo”. Su supresión no solo no ha corregido la precariedad dinámica del día a día, sino que ha incrementado hasta cotas insoportables el fraude contractual, por la vía de utilizar habitualmente como contratos acausales los que la ley define como causales, en particular los contratos de obra y servicio determinado y los contratos de eventualidad. Por consiguiente, una vez que el realismo trace una nueva frontera en la delimitación del contrato indefinido y de los contratos temporales, el único fomento plausible de la contratación indefinida pasará a ser el estricto cumplimiento de la legalidad constituida, sin que tampoco merezcan estímulo económico alguno esos contratos temporales que, a no dudarlo, y aun disminuyendo en número, continuarán celebrándose por millones año tras año. Parece claro que cuanto mayor sea el esfuerzo económico para conseguir “normalizar” lo “normal”, más quedará en entredicho la incapacidad para hacer cumplir la ley en sus propios términos.

Todo cuanto antecede solo puede conducir a una conclusión de síntesis : las medidas de fomento a la contratación, consistentes en ayudas económicas en cualquiera de sus formas, ha de reservarse, sea una u otra la fase del ciclo económico -resurgimiento/prosperidad/crisis/resurgimiento, etc.- para los colectivos olvidados, cuando no rechazados, por el mercado de trabajo. Necesariamente con la finalidad -que los poderes públicos no pueden abandonar en momento alguno-, de conseguir su contratación efectiva y la reducción, hasta donde sea posible, de las vergonzosas tasas de desempleo soportadas por los jóvenes, los mayores, los discapacitados y los emigrantes. Caso distinto es el referido al empleo de las mujeres, de preferible adscripción en el capítulo de la discriminación positiva que en el capítulo del fomento del empleo. Porque el objetivo ahí perseguido no es solo, ni prioritariamente, el de aumentar el número de contratos, sino el de conseguir progresivamente que la igualdad entre mujeres y hombres no se quede en pro-

puestas o en voluntarismos, sino que se instale definitivamente en la sociedad como un hecho definitivo. Y para ello la única solución eficaz pasa por igualar el coste de un trabajador y el coste de una trabajadora, en análoga situación profesional y de condiciones de trabajo, pues parece imposible evitar que siendo los costes distintos en cuantías nada triviales, el empleador que se guía por la pauta del mayor beneficio en el proceso de producción que organiza y dirige, acabe contratando en número mayor, cuando no único, a las personas que, aportando prestaciones similares, generen una carga inferior para la empresa. No será, pues, cuestión de atribución de estímulos destinados a la contratación singular, sino de la creación de fondos *ad hoc* para compensar los mayores costes del trabajo femenino, unos fondos de nueva creación basados en la solidaridad interempresarial y en las contribuciones procedentes de los poderes públicos.

Con carácter excepcional, las medidas de fomento del empleo son imprescindibles en periodos históricos de desorganización social grave, sea cual sea la causa originaria, como es desde luego la crisis que altera los pilares de la vida económica, sumiendo a un sector amplio de la población en situaciones de necesidad y de pobreza en sus diversos grados. Dicho lo cual hay que relativizar de inmediato la utilidad de esos estímulos porque la experiencia acredita que cuando los empleadores no necesitan trabajadores por el empequeñecimiento de la actividad empresarial o, incluso, por el deterioro irreversible de la misma, los estímulos económicos tienen una leve incidencia en la contratación laboral, pues, excepción hecha de los casos de fraude en la obtención y/o utilización de las ayudas, el coste residual del trabajador contratado no se cubre con el estímulo arbitrado por la ley.

c) Las opciones más convenientes para el acceso a los estímulos que, finalmente, se acojan en las leyes y reglamentos, miran a la preferencia por los estímulos en régimen de atribución por acto administrativo o por los estímulos en régimen de autoliquidación; a la preferencia de los controles públicos *ex ante* o *ex post* sobre el destino finalista de las ayudas; y, también, a la primacía de los estímulos predeterminados obedientes a modelos estandarizados, o por los estímulos nacidos caso a caso y vez a vez bajo el impulso de los propios empleadores creadores de empleo.

Con carácter general son recomendables los estímulos a favor de los empleadores por acto expreso de la Administración Pública que los tenga establecidos, limitando por consiguiente los estímulos en régimen de autoliquidación por los mismos beneficiarios. Ello significa el engrandecimiento de las subvenciones y de las ayudas a la formación profesional y al reciclaje, y la paralela limitación de las bonificaciones de cuotas de la seguridad social y de las desgravaciones tributarias o asimiladas a ellas. La razón fundamental de esa preferencia se relaciona con la mayor facilidad de comprobar que los estímulos se aplican efectivamente al objetivo para el que fueron ordenados, reduciéndose los numerosos supuestos de fraude

que se producen en los estímulos autoliquidados. En todo caso, ni las subvenciones ni las ayudas para la formación de los trabajadores deben concederse en una sola vez, sino fraccionando su cuantía total en abonos periódicos a determinar, mensuales, trimestrales, semestrales o anuales según convenga a las peculiaridades de las ayudas. La reciente experiencia del desvergonzado fraude en las ayudas a la formación profesional alerta suficientemente sobre los riesgos de conceder las ayudas económicas en una sola entrega. De ese modo, la percepción de una ayuda inicial de menor cuantía puede ir creciendo paulatinamente a medida que se conozca que tal ayuda viene siendo rectamente destinada a los fines que justificaron su reconocimiento.

Complementaria de la anterior es la preferencia de practicar los controles administrativos *ex post*, suprimiendo la continuidad de las ayudas cuando no se pueda acreditar que las anteriores han sido aplicadas sin desviación alguna del motivo de su otorgamiento. Carece por tanto de justificación que se conceda, por ejemplo, una subvención de cuantía estimable por la celebración de un contrato indefinido y a tiempo completo, con un trabajador que reúna determinadas condiciones de edad, capacidad, etc, sin realizar posteriormente otro control que el de comprobar, si acaso, que la empresa continua cotizando por él, prescindiendo no obstante de otras verificaciones complementarias sobre el trabajo efectivo del trabajador y sobre las condiciones en las que ese trabajo se desarrolla. Contrariamente, cualquier ayuda económica atribuida por la celebración y continuidad de un contrato de trabajo, ha de supeditarse a la constatación periódica de que la ayuda está sirviendo para la finalidad legal o reglamentariamente fijada. Esta primacía de los controles *ex post* no significa la eliminación de los controles *ex ante*, bien que estos se diluyen en la comprobación de que el solicitante de la ayuda cumple todos los requisitos exigidos para acceder a la misma, reforzando las frecuentemente leves formalidades documentales. En el caso de las ayudas económicas para la formación profesional, por ejemplo, el control *ex post* debe incluir la verificación de los resultados formativos al finalizar la duración de los programas y, de ser estos de larga duración, por tramos periódicos también, pues de nada vale en otro caso la ayuda concedida y el esfuerzo realizado.

En cuanto a la predeterminación o estandarización de los estímulos, difícil sería la sustitución de tal criterio ordenador por un sistema abierto de estímulos a propuesta de los beneficiarios, caso a caso o vez a vez. Una conclusión de sentido común que, sin embargo, no debe prescindir de la posibilidad de alternar ambas modalidades de fomento del empleo, dando cabida a propuestas empresariales de creación de puestos de trabajo a cambio de ayudas o ventajas ajenas a los estándares legales y reglamentarios, cualesquiera que esas fuesen. Por ejemplo, la propuesta de ampliar la plantilla en un número determinado de puestos de trabajo permanentes a favor de colectivos de características especiales, a cambio de obtener una determinada habilitación, una licencia, la expansión territorial de la actividad, la

apertura de un mercado sujeto a autorización previa, etc. Sin entrar aquí en detalles instrumentales, surgiría entonces la conveniencia de constituir, a nivel estatal y/o a nivel autonómico, unidades interadministrativas en las que participaron los órganos administrativos concernidos por las actividades empresariales a acometer, y por las ayudas o ventajas a conseguir.

d) Los estímulos preferibles para el fomento del empleo de los jóvenes –hasta 30 años por ejemplo– son indudablemente los de propósito formativo, los ambiciosos programas que la imaginación de los administradores públicos, de los empresarios y de los sindicatos sean capaces de organizar, abriendo el abanico más amplio posible. El porcentaje de los jóvenes sin formación es cada vez más inquietante, debiendo por tanto servir esas modalidades de fomento del empleo para reducir el ya crecido número de los miembros del “ejército” de quienes ni estudian ni trabajan, una reserva humana para la desesperanza y, quizás, para la delincuencia.

En cambio, los estímulos mejores para el acceso al empleo de las personas mayores –desde 45 o 50 años, otrora denominados trabajadores “maduros, y hasta los 70 años, por ejemplo–, son aquellos que propicien el bajo coste de su cotización al sistema de la seguridad social, para completar de ese modo los periodos de carencia exigidos para acceder en su momento a una pensión contributiva de jubilación –generando asimismo las secuenciales de ella derivadas– o de incapacidad permanente.

Tocante a los estímulos para los discapacitados –personas con minusvalía a partir del 33%–, la preferencia por unos u otros exige diferenciar el grado de limitación de incapacidad y los residuos para trabajar bien en empresas ordinarias, mediante una relación laboral común, bien en centros especiales de empleo, mediante una relación especial de trabajo. O cuando la capacidad disponible es muy baja, en centros protegidos únicamente, en los que más que trabajos productivos se realizan actividades de entretenimiento que buscan mejorar el equilibrio psicofísico de los discapacitados severos. En el primer caso, el estímulo óptimo consiste en los cupos de reserva en las empresas con plantillas de ciertas dimensiones, recuperando de ese modo la tradicional legislación española, transformada torpemente en el pago de cantidades sustitutorias por la negativa al empleo de los discapacitados. En el segundo caso, el funcionamiento de los centros especiales de empleo en número mucho superior al actual y con sujeción a controles rigurosos sobre la observancia de los objetivos teóricos, no siempre respetados en la práctica. Y en el caso tercero, el abuso a cortar estriba en suprimir radicalmente la explotación de los discapacitados, que tiene lugar cuando los centros comercializan con ventaja para sí mismos los productos elaborados por aquéllos, a cambio de compensaciones simbólicas desprovistas de utilidad económica.

Respecto, finalmente, de los emigrantes, los estímulos más recomendables para el empleo de los mismos son los destinados a regularizar su situación per-

sonal, en cuanto a las autorizaciones para residir y para trabajar en el país, evitando la realización de trabajo por cuenta propia o ajena en situación irregular. Se evita de ese modo la falsa normalidad de combinar los trabajos conformes y contrarios a la legalidad vigente, lo que amén de suponer un fracaso político significa la permisividad oficial implícita de una manifestación relevante de economía sumergida.

IV. EL FOMENTO SUBSIDIARIO DEL EMPLEO: LAS RENTAS MÍNIMAS DE SUBSISTENCIA

a) En un Estado que se defina como “social y democrático de Derecho” (artículo 1.1 de la Constitución Española de 1978 o CE), ningún residente en su territorio puede quedar desprovisto de una renta mínima de subsistencia, sin vulnerar los valores superiores de libertad, justicia e igualdad. Ni cabe omitir el mandato dirigido a los poderes públicos de i) promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, ii) remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y iii) facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (artículo 9.2 CE). Fácilmente se entiende que sin una renta mínima de subsistencia (o RMS) que permita atender a las necesidades elementales de la persona, todos esos solemnes mandatos imperativos se quedan en agua de borrajas.

El ideal es que la persona con edad, capacidad y disponibilidad para trabajar realice efectivamente un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, de los que obtenga una renta o unos ingresos determinados, con el condicionante constitucional de suficiencia (artículo 35.1 CE), y bajo las formas legales de “salarios mínimos interprofesionales” (art. 27 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1995, o ET), para los trabajadores por cuenta ajena; de “contraprestaciones económicas convenidas” (artículo 4.3, f) de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo de 2007 o ETA), para los trabajadores por cuenta propia; o de “retribuciones básicas” (artículo 23 del Estatuto del Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 o EBEP), para los funcionarios públicos o asimilados.

La realización efectiva de alguno de esos trabajos, en cualquier sector de la actividad económica, se favorece por los poderes públicos utilizando medidas de fomento del empleo, históricamente nacidas y mantenidas en el campo de las relaciones laborales por cuenta ajena (artículo 17.2 y 3 ET y disposiciones legales y reglamentarias de desarrollo), y en la actualidad extendidas al campo de las actividades laborales por cuenta propia (artículos 26.4, 27 a 29 y disposiciones adicionales segunda y novena, básicamente, ETA). El equivalente de las medidas de fomento del empleo en la función pública -habida cuenta del derecho a la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera, *ex* artículo 14, a) EBEP- se tra-

duce en la oferta de empleo público o en los instrumentos similares de gestión de la provisión de las necesidades de personal (artículo 70 EBEP).

b) La pérdida del empleo que se estuviera desempeñando abre el derecho a medidas de fomento subsidiarias del empleo, integradas por las acciones destinadas a la consecución de otro empleo en el tiempo más breve posible a cargo de las políticas y de los servicios nacionales de empleo (Ley 56/2003, de Empleo y art. 206.2 de la Ley General de Seguridad Social de 1994 o LGSS) y, sobre todo, mediante la percepción de prestaciones o de subsidios de desempleo, a las que el constituyente ha dedicado atención especial ... “los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, *especialmente en caso de desempleo*” (artículo 41, párrafo primero, CE).

Se trata, desde luego, de prestaciones y subsidios previstos para supuestos concretos y exigentes de la concurrencia de numerosos requisitos, unos beneficios garantizados históricamente solo a los trabajadores por cuenta ajena (artículos 203 a 234 LGSS), y extendidos también, al día de hoy (a partir de la Ley 32/2010), a los trabajadores por cuenta propia, bien que en condiciones económicamente más gravosas, lo que entra dentro de la normal diferencia de financiación de los regímenes respectivos del sistema de seguridad social, el régimen general, por un lado, y el régimen especial de los trabajadores autónomos o por cuenta propia, por otro.

Las dos limitaciones tradicionales de la cobertura del desempleo, en los sistemas de seguridad social son la exigencia de la pérdida originaria de un empleo para merecer la calificación jurídica de desempleado y la limitación temporal de las prestaciones y subsidios fijados para esa contingencia. Ambas limitaciones crean un vacío necesitado de cumplimentación a través de un tercer dispositivo social proveedor de RMS, cualquiera que sea la denominación que reciban y el régimen legal que las respalde. Porque la Ley 45/2002, por ejemplo, amplió la cobertura del desempleo pero con restricción al propio dispositivo cerrado de esas prestaciones, incluso respecto del bautizado como programa de renta activa de inserción, legalmente encuadrada ... *dentro de la acción protectora por desempleo*, de modo que la ayuda específica prevista se dirige únicamente a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo.

c) La atribución de la competencia sobre asistencia social a las Comunidades Autónomas (artículo 148.1, 20ª CE) dificulta desde luego la ordenación unitaria de las RMS, subsidiarias de las retribuciones por el trabajo perdido y subsidiarias asimismo de las prestaciones y subsidios de desempleo ya agotados. Estas rentas - objeto creciente de promesas electorales ilusionantes, desprovistas para mejor ilusionar de referencia alguna a su régimen legal- son, como se dijo, insoslayables en un Estado social y democrático de Derecho, porque su ausencia vulnera principios

y derechos constitucionales, amén de desfigurar cualquier sistema integrado de fomento del empleo. Limitando ahora la exposición a los criterios inspiradores de tales RMS, valdría proponer algunos como los cinco siguientes.

1º) Las RMS tendrían como únicos destinatarios a las personas desprovistas de cualquier renta o ingreso, abstracción hecha de su origen, que no superara el 25% del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples o IPREM, en cómputo anual. El requisito de acceso no puede ser otro que la demostración de la inexistencia de cualquier renta en el límite indicado, aunque esa demostración deba sujetarse desde luego a rigurosos elementos de convicción, único modo de reducir los abusos y los fraudes previsibles.

2º) Las cuantías de las RMS no podrían superar el 75% del IPREM, bien fuese como renta única o como renta adicional a aquella de la que ya pudiera disponer el solicitante dentro del límite cuantitativo permitido.

3º) Las RMS correrían a cargo de los Presupuestos Generales del Estado, y serían incompatibles con cualesquiera otras de ámbito autonómico o local y con las pensiones del sistema de seguridad social.

4º) La percepción indebida de las RMS extinguiría el derecho a las mismas durante el plazo de un año, pudiendo renacer posteriormente a través de nueva solicitud, acreditando el estado de necesidad y la inexistencia de la causa que supuso la terminación de su disfrute.

5º) Los perceptores de las RMS, menores de 60 años, suscribirían dos compromisos en el momento del reconocimiento de aquéllas : el compromiso de someterse a los programas que se les propusieran para su formación o reciclaje profesional, posibilitadores del desempeño de un empleo posterior; y el compromiso de aceptar cualquier trabajo retribuido que se adaptara a sus capacidades.

V. CONCLUSIONES

Una valoración de la eficacia de las medidas de fomento del empleo, en la vigente legislación española, obliga a considerar conjuntamente los tres niveles establecidos, el primario, el secundario y el subsidiario.

El nivel primario cuenta con dispositivos variados, suficientes y no pocas veces superpuestos para el fomento de la contratación laboral indefinida y temporal. La crítica ha de dirigirse, por tanto, no a la ausencia de esas medidas sino a su escasa eficacia práctica, lo que obliga a su reordenación atendiendo no solo al marco legal sino a las preferencias de los empleadores al concertar los contratos de trabajo, lo

que por cierto obliga a la revisión del propio marco legal para introducir en él las dosis de realismo que actualmente brillan por su ausencia. Y para minorar las ayudas destinadas a la contratación de los adultos nacionales capaces, aumentándolas en la misma medida para la contratación de colectivos con grandes dificultades de conseguir un empleo, así los jóvenes, los mayores, los discapacitados y los emigrantes.

El nivel secundario agrupa las medidas habituales de fomento del empleo, sin que la crítica a las mismas se refiera a la presencia de cada una de ellas o a la ausencia de alguna otra. Sin embargo sería positivo anteponer las ayudas de fomento del empleo concedidas a sus beneficiarios por acto administrativo, a las ayudas autoliquidadas. Y, de igual manera, resultaría conveniente implantar controles *ex post*, con preferencia a los controles *ex ante*, para verificar mejor el buen o el mal uso de las ayudas conseguidas. También, complementariamente, sería muy innovador alternar las ayudas de fomento del empleo estandarizadas con otras medidas de fomento dispuestas caso a caso y vez a vez, a propuesta de los propios empleadores.

El nivel subsidiario es el más insatisfactoriamente resuelto y el que requiere con urgencia su establecimiento de nueva planta para conseguir, simultáneamente, un doble objetivo : Evitar que cualquier residente carezca de los recursos económicos imprescindibles para cubrir con un mínimo de dignidad las necesidades vitales. Y establecer medidas de formación y de reciclaje profesional para los beneficiarios de las RMS, imprescindibles para el acceso a algún trabajo adecuado a sus capacidades.

Si cualquier sistema de fomento a la contratación laboral se mide por sus resultados, difícilmente podrá defenderse otra postura que no sea la de someter el español a una revisión inmediata, teniendo en cuenta si acaso alguna de las recomendaciones expuestas. El agudo observador John Berger³¹⁴, concluyó que las comparaciones entre las cosas y las situaciones son necesariamente jerárquicas³¹⁵. Será, pues, esa jerarquía la que fije el orden de las primeras medidas a implantar en el área del fomento del empleo, cayendo mi opinión del lado de anteponer a cualesquiera otras las que dotarían de contenido al nivel subsidiario del empleo.

³¹⁴ Nace en Londres en 1926; novelista, ensayista, pintor y profesor de dibujo.

³¹⁵ En su obra *And our Faces, my Heart, brief as Photos* (New York, Pantheon Books), 1984.

4.2. DEL DERECHO DEL TRABAJO AL DERECHO DEL EMPLEO: AMPLITUD DE CONSIDERACIÓN DE LOS COLECTIVOS DE EMPLEO

OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA

*Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén*

I. INTRODUCCIÓN

El estudio que en las siguientes páginas pretendemos abordar se inscribe de lleno en aquella corriente doctrinal, que desde hace tiempo, viene apostando decididamente por la consideración del Derecho del Empleo como una nueva Disciplina de nuestro Ordenamiento Jurídico, de carácter social y dotada de autonomía y sustantividad propia respecto del Derecho del Trabajo, con la que no obstante, viene manteniendo importantes puntos de conexión, dada la naturaleza social que comparten ambos sectores del Ordenamiento. Esta corriente doctrinal ha sido plenamente compartida e incluso de ella ha sido en gran parte precursora la Dra Quesada Segura.

Frente a la tesis que aquí mantenemos destinada a poner de manifiesto la sustantividad que presenta el Derecho del Empleo, no faltan insignes autoridades de nuestra doctrina iuslaboralista que vienen manteniendo una visión más limitada del mismo, consistente en entenderlo como un elemento integrador del Derecho del Trabajo, como una rama más por tanto, que vendría a vertebrar este sector del ordenamiento, por cierto bastante difuso en sus contornos y en sus principios inspiradores en los últimos años. Por el contrario, creemos que el Derecho del Empleo presenta categorías propias, que definen su ámbito de estudio y que vienen a desbordar con creces y progresivamente al Derecho del Trabajo.

En este sentido, muchas de las situaciones que estamos conociendo recientemente y que salpican el panorama de actualidad socio laboral tanto en España, como en otros muchos países de nuestro entorno europeo, encuentran explicación precisamente en la pugna que mantienen la Disciplina Jurídica del Empleo y el Derecho del Trabajo. Y es quizás cuando afloran con más evidencias las consecuencias de la destrucción de empleo y de falta de oportunidades de empleabilidad, cuando es posible apreciar con mayor nitidez, los distintos colectivos que se erigen como destinatarios de cada una de estas disciplinas jurídicas y también los distintos principios que a cada una de estos le sirven de inspiración, más allá de los que comparten con el resto de sectores que conforman el ordenamiento jurídico. Resulta

así evidente la confrontación que mantienen ambas disciplinas, que sin embargo, están llamadas a entenderse y a complementarse por el bien de nuestro mercado de trabajo y de nuestro futuro modelo de crecimiento.

La sustantividad propia del Derecho del Empleo que aquí defendemos resulta especialmente evidente en lo referente a su ámbito subjetivo, el cual, rebasa con creces el propio del Derecho del Trabajo, centrado en los sujetos tanto individuales como colectivos que desarrollan su actuación en el ámbito de la relación laboral, para dar cabida en el mismo a un número creciente de colectivos que se encuentran fuera de los márgenes de ésta.

Precisamente en conexión con este ámbito subjetivo del Derecho del Empleo podemos afirmar que se trata de un Derecho eminentemente desigual, que trata de romper con el paradigma de igualdad formal que proclama nuestra Constitución en su artículo 14°, sabedor que con su realización, únicamente podríamos aspirar a perpetuar la situación de desigualdad que afecta a los sujetos que acuden al mercado de trabajo, en busca de una oportunidad para participar en el mismo. De esta forma, se inscribiría en la mandato constitucional contenido en el art. 9.2 donde se interpela a nuestros Poderes Públicos a remover todos aquellos obstáculos que hacen que esta igualdad entre colectivos e individuos a la hora de participar y desenvolverse en nuestra sociedad, siga aún en nuestros días sin ser una realidad.

II. DIMENSIÓN SUBJETIVA DEL DERECHO DEL EMPLEO

En este sentido, desde el punto de vista de los colectivos de sujetos hacia los cuales ha de orientarse el Derecho del Empleo, pese a quedar sus destinatarios integrados en colectivos muy heterogéneos de la población, podemos observar como presentan en común una importante nota distintiva y es que todos ellos están precisados, por uno u otro motivo y en mayor o menor medida, de garantías suplementarias para participar en igualdad de condiciones que el resto de la ciudadanía, en un espacio tan esencial para cualquier sociedad como es su mercado de trabajo, ya sea esta participación bajo fórmulas tradicionales de empleo por cuenta ajena o bajo las más novedosas fórmulas de emprendimiento.

Esta nota de heterogeneidad que presentan los distintos colectivos destinatarios de medidas de Derecho del Empleo, hace imposible por otro lado, la prescripción de soluciones standard para resolver la problemática a la que se enfrentan estos sujetos a la hora de participar y desarrollarse en el citado mercado de trabajo, pues la solución que resulte más adecuada en cada caso concreto, estará en función de las circunstancias concurrentes. Así, frente a la tradicional burocratización o a la gestión en masa de los desempleados, el Derecho del Empleo estaría llamado a brindar una atención preventiva y personalizada a sus destinatarios, de modo que

la atención no sólo a los colectivos, sino a las trayectorias y situaciones personales y profesionales de las distintas personas que los integran, debería coherentemente encontrarse en la base de la elección de uno u otro proceso personalizado de inserción o reinserción en el empleo.

No obstante, no podemos desconocer que en el concreto ámbito de los colectivos destinatarios del Derecho del Empleo, motivado en gran parte por las mismas consecuencias sociales que ha conllevado la masiva destrucción de empleo, sufrida en nuestro país a consecuencia de las años de crisis económica y social, se ha venido produciendo la sucesiva ampliación del ámbito subjetivo de este sector del Ordenamiento jurídico, dando entrada a nuevos colectivos de sujetos que reclaman para sí su propia parcela de atención por parte de este sector. Esta sucesiva ampliación de su ámbito subjetivo ha llegado incluso a provocar como efecto indeseado, la neutralización en algunos casos de los mecanismos de promoción y de búsqueda de la igualdad real, que han de encontrarse en la base misma de las normas que tienden a dotarlo de contenido. Es así como Derecho del Empleo ha ido experimentando una progresiva subjetivización en sus contenidos e instrumentos de intervención³¹⁶, con el fin de adaptarse a las circunstancias que en cada momento presentan sus sujetos destinatarios y que llegan a limitar sus oportunidades de participación en el mercado de trabajo.

Pese a lo desolador que resulta el panorama en términos de empleo en el que nos encontramos desde hace años inmersos en nuestro país, el mismo no está sin embargo exento de nuevas posibilidades de actuación que las circunstancias actuales invitan a explorar. Es una época en la que resulta necesario apostar por nuevos modelos de crecimiento y de empleo, como alternativa a la destrucción de empleo que aparece como consecuencia inevitable de los dictados de la Economía sobre el mercado de trabajo. En este contexto, el Derecho del Empleo adquiere toda su razón de ser, como sector del ordenamiento llamado a arbitrar los mecanismos que resulten necesarios para hacer posible la creación de oportunidades de empleabilidad para aquellos que nunca antes las han tenido o aquellos que han quedado expulsados del mercado de trabajo.

III. APARICIÓN DE NUEVOS COLECTIVOS DE SUJETOS DESTINATARIOS DEL DERECHO DEL EMPLEO

La aparición de nuevos problemas en términos de destrucción y escasez de oportunidades de empleo a los que se ha enfrentado en poco tiempo nuestro país y

³¹⁶ Olarte Encabo, S. Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades. La subjetivación de las políticas de empleo. Aranzadi. Navarra. 2008.

que ha llegado a afectar en ocasiones a colectivos que venían gozando de un estatus jurídico laboral considerado más privilegiado, derivado de una relación laboral indefinida, y que por ello parecían en principio inmunes a sufrir situaciones de pérdida de sus empleos, ha hecho necesario la puesta en práctica de nuevas medidas de política de empleo, dirigidas a tener una especial incidencia sobre nuevos colectivos de sujetos que antes no eran considerados destinatarios de este sector del ordenamiento jurídico.

Igualmente en la actualidad nos encontramos inmersos en una nueva política pública de apoyo a la creación de fórmulas de participación en el mercado de trabajo distintas a las tradicionales de participación por cuenta ajena, lo que igualmente trae como consecuencia la aparición de nuevos y emergentes colectivos destinatarios de estas nuevas medidas surgidas en el ámbito del Derecho del Empleo

1. Sujetos afectados por despidos colectivos como destinatarios de específicas políticas de empleo

Uno de los más recientes procesos de ampliación que ha experimentando el Derecho del Empleo en nuestro país, lo encontramos en el proceso de construcción de una nueva política de recolocación que ha sido diseñada en nuestro país, y que encuentra en los planes de recolocación externa uno de sus instrumentos básicos de intervención, con los cuales se pretende aumentar las oportunidades de empleabilidad de las personas afectadas por despidos colectivos.

En este sentido, la reforma laboral llevada a cabo en el ámbito de los despidos colectivos por Ley 3/2012, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, situó al fenómeno de las reestructuraciones empresariales en el centro de las preocupaciones de nuestra política de empleo. Esta ley incorporó como novedad en nuestro ordenamiento jurídico, la obligación para las empresas que lleven a cabo despidos colectivos que afecten a más de cincuenta trabajadores, de presentar un plan de recolocación externa, que haya sido elaborado por una empresa debidamente autorizada para la prestación de estos servicios. Esta previsión legal tuvo como efecto inmediato el considerable aumento de la demanda de estos servicios que se ha experimentado en poco tiempo en nuestro país y con ello, el diseño de nuevos servicios privados de recolocación puestos en este caso a disposición de los afectados por estas decisiones extintivas, cuando las mismas afecten a un mínimo de cincuenta trabajadores.

Por el momento nos encontramos en un estadio inicial del desarrollo de estos servicios de recolocación en España, tal y como han quedado configurados en la Ley 3/2012 y su posterior desarrollo reglamentario, llevado a cabo por RD 1483/2012. Sin embargo, a pesar del escaso tiempo transcurrido desde que se ha

producido este hito normativo en nuestro país, es posible apreciar la existencia de importantes lagunas normativas que están provocando disfuncionalidades en el mercado de la prestación de estos servicios de recolocación, que llegan a afectar a la calidad de los mismos y con ello, a menoscabar la propia eficacia de la garantía adicional con que se ha pretendido dotar a estos nuevos colectivos de sujetos destinatarios de la nueva política de recolocación en nuestro país.

2. La irrupción de los emprendedores como destinatarios preferentes del Derecho del Empleo

Quizás el elemento más evidente de la progresiva amplitud de colectivos destinatarios que ha venido experimentando del Derecho del Empleo, lo encontramos en la actualidad en el fomento de la cultura emprendedora a la que estamos asistiendo desde hace tiempo en nuestro país.

En este sentido y tomando como pretexto con frecuencia un pretendido agotamiento de la capacidad de nuestro mercado de trabajo para absorber a los sujetos que pretenden participar en el mismo mediante fórmulas de empleo por cuenta ajena, ha hecho que desde hace años nuestros poderes públicos hayan venido empujando sus esfuerzos y de paso, los fondos que llegan a España provenientes de la Unión Europea, en desarrollar fórmulas de emprendimiento, hacia las que son dirigidos especialmente nuestros jóvenes desempleados, a los que se hace destinatario de un sinnúmero de medidas dirigidas a desarrollar su propias ideas de negocio.

Sin embargo, el desarrollo de esta política de emprendimiento podemos entender que supone situar a sus destinatarios en una especie de “salto al vacío”, puesto que no ha existido conexión entre las capacidades y habilidades que han ido adquiriendo durante el transcurso de los ciclos educativos y formativos y las que resultan necesarias para culminar con éxito y unas mínimas garantías de viabilidad estos proyectos de emprendimiento. De esta forma, la conexión que debe existir entre política educativa y política de empleo resulta en este ámbito más que evidente.

Esta nueva política de emprendimiento que trata de vertebrarse en nuestro país, intenta atraer hasta su ámbito de actuación, no solo a los jóvenes nacionales, sino que al mismo tiempo, facilita los mecanismos de entrada y permanencia a nuestro país de determinados colectivos de nacionales de terceros países, que estén interesados en desarrollar iniciativas de estas características entre nosotros.

En este sentido y como nueva expresión de la subjetivación que experimenta el Derecho del Empleo, con la consiguiente amplitud hacia nuevos colectivos de sujetos, a los que convierte en destinatarios de sus medidas e instrumentos de intervención, encontramos entre otras a la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores

y su internalización, la cual aparece revestida de un fuerte carácter selectivo, en cuanto a las medidas que contiene, en función precisamente de las características subjetivas que concurren entre sus potenciales destinatarios.

De esta forma, esta ley llega a representar la separación de la tradicional concepción laboral que ha venido acompañando a la política de inmigración diseñada en nuestro país, para asumir una visión de la misma, como elemento estratégico de competitividad, mediante el establecimiento de un marco jurídico favorable a la atracción por nuestro país de determinados flujos inmigratorios, orientados por motivos económicos.

Es así como, inspirado en una clara contribución de los objetivos perseguidos por el Derecho del Empleo, se ha generado en nuestro país una regulación especial, más privilegiada y favorable de los procedimientos de acceso y permanencia de las personas nacionales de terceros países, pero de la que únicamente podrán beneficiarse determinados colectivos extranjeros, quedando el resto de estas personas relegadas al régimen general contenido en la legislación común de extranjería, que se caracteriza por ser más estricta y por perseguir una inmigración controlada y sujeta a la situación nacional de empleo. En consecuencia se ha llegado a generar una diferencia de trato en la cuestión migratoria.

En cuanto a los colectivos considerados de interés económico a efectos de merecer esta regulación privilegiada en materia de inmigración, hacen referencia básicamente a un perfil de inversores, emprendedores, profesionales altamente cualificados, investigadores y profesores y, en general, trabajadores en sectores estratégicos y trabajadores que efectúen movimientos intraempresariales dentro de la misma empresa o grupo de empresas. Serán estos colectivos los que se convierten ahora en destinatarios privilegiados de una política de inmigración selectiva, inspirada claramente en objetivos estratégicos de competitividad y creación de empleo.

IV. CONCLUSIONES

A través de estas escasas líneas hemos tratado de recordar la vocación eminentemente extensiva con la que nació y en la que sigue inspirándose el Derecho del Empleo, como Disciplina Jurídica que goza de autonomía y sustantividad dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico.

Esta pretensión extensiva hace al mismo tiempo del Derecho del Empleo un sector eminentemente vivo y en constante transformación y expansión con la finalidad de adaptarse a las cambiantes circunstancias que resultan imperantes en cada momento sobre el mercado de trabajo. Estas características se observan con especial nitidez en lo referente al ámbito subjetivo que pretenda este sector del orde-

namiento jurídico y la fuerte atracción que realiza hacia el mismo, de nuevos colectivos que en principio podríamos entender que quedaban fuera de sus márgenes de actuación, pero que en base a estas cambiantes circunstancias, se convierten en sujetos destinatarios de medidas surgidas en el ámbito de política de empleo.

Así ha sucedido recientemente con determinados colectivos de sujetos a los cuales, sin ánimo exhaustivo y únicamente a título de ejemplo, hemos hecho mención, como son los sujetos afectados por procesos de reestructuración empresarial, a los cuales se les ha hecho destinatarios en nuestro país de una nueva política de recolocación. También es este el caso de los nuevos colectivos de sujetos que resultan destinatarios privilegiados de la política de emprendimiento en nuestro país, dirigida principalmente a jóvenes desempleados, pero orientada también al mismo tiempo a atraer hacia nuestro mercado de trabajo a nuevos colectivos de profesionales extranjeros, marcada por tanto por un claro carácter competitivo y estratégico para nuestro país.

Esta fuerza expansiva que presenta el Derecho del Empleo y la capacidad de atraer hacia su ámbito subjetivo a nuevos colectivos de sujetos, seguirá marcando el desarrollo de este sector, puesto que la adaptación a las cambiantes circunstancias imperantes en el mercado de trabajo, se encuentra en su propia razón de ser.

4.3. ENCUADRAMIENTO DEL DERECHO DEL EMPLEO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO: DETERMINACIÓN DE SU ÁMBITO MATERIAL Y RELACIÓN CON OTROS SECTORES NORMATIVOS

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

I. PRESENTACIÓN

Desde luego, si hubiera que adscribir el denominado “Derecho del empleo” a alguno de los sectores más convencionales del ordenamiento jurídico habría que hacerlo al Derecho del Trabajo. Hoy en día el Derecho del empleo goza de algún protagonismo propio en la enseñanza del Derecho (especialmente en titulaciones

híbridas como Relaciones Laborales o Ciencias del Trabajo), y también ha cobrado cierto auge en el plano doctrinal mediante la emergencia de algunos tratados o manuales específicos, y, en general, mediante un incremento sustancial de los estudios dogmáticos y las investigaciones doctrinales en ese terreno. Pero aún no puede decirse que constituya propiamente un sector del ordenamiento jurídico, con suficiente autonomía y con plena sustantividad. Por ello, sigue siendo inevitable incorporarlo a otros sectores más maduros del Derecho, donde de nuevo emerge, como lugar más apropiado, el Derecho del Trabajo. Desde hace algún tiempo puede apreciarse, en efecto, que tanto los manuales de Derecho del Trabajo como los programas de la asignatura contienen algún apartado, más o menos amplio, dedicado específicamente al Derecho del empleo, con este mismo nombre o con denominaciones similares.

En realidad, buena parte de lo que constituye el objeto del Derecho del empleo ha sido un componente muy habitual y bastante tradicional del Derecho del Trabajo. La regulación de las agencias de colocación figura en muchos países, e incluso en la normativa internacional, como uno de los núcleos de mayor veteranía dentro de la legislación laboral, y forma parte indudablemente de lo que en tiempos más recientes podemos diseñar como Derecho del empleo. Algo similar podría decirse de las reglas legales sobre emigración o trabajo de extranjeros, que al menos en nuestro país han conformado sendos bloques normativos pertenecientes al Derecho del Trabajo, sin perjuicio de que hoy en día, indudablemente, pudieran entrar a formar parte del Derecho del empleo, puesto que regulan aspectos muy ligados a la ordenación del mercado de trabajo. Así ha ocurrido también con las normas sobre incentivación o fomento del empleo, que tanto en sus manifestaciones históricas como en sus formatos más modernos han sido tratadas generalmente como parte del ordenamiento laboral, pero que, de nuevo, constituyen al mismo tiempo un núcleo importante en lo que podemos considerar como “regulación del empleo”. Incluso determinadas acciones de formación profesional (las de formación “ocupacional” o “para el empleo”, concretamente), que también deberíamos adscribir en la actualidad al Derecho del empleo, han sido vistas normalmente como un ingrediente natural del Derecho del Trabajo, entre otras razones porque han sido diseñadas y organizadas desde instituciones laborales o desde las Administraciones gestoras de asuntos laborales.

La pertenencia al Derecho del Trabajo de todos esos focos de regulación relativos al empleo puede seguir manteniéndose en la actualidad sin ninguna dificultad, pese al auge cobrado por ese nuevo sector —o quizá subsector aún— al que se viene llamando “Derecho del empleo”. Verdaderamente, son todas ellas reglas que siguen teniendo su acomodo más estable y seguro en el terreno de la legislación laboral, sin perjuicio de que también puedan conectar, en mayor o menor grado, con otras zonas del ordenamiento jurídico. Los avales para sostener esa afirmación sobre su pertenencia al Derecho del Trabajo pueden ser muchos y muy variados,

desde la tradición normativa hasta la ubicación institucional de las correspondientes iniciativas reguladoras, pasando, por ejemplo, por la naturaleza de los mecanismos de control y exigencia dispuestos a tales fines (la Inspección de Trabajo y la jurisdicción social, por citar los más consistentes). Téngase en cuenta que incluso la transgresión de las normas de empleo es equiparada estructuralmente a la infracción de normas puramente laborales, como nos pone de relieve, no sólo la regulación de las sanciones administrativas en el campo social, sino también la tipificación legal de las sanciones penales (según permite advertir la composición del título dedicado en el Código penal a los “delitos laborales”). También es importante en este sentido la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que opta sistemáticamente por la lectura de las normas de empleo y formación profesional desde la cláusula del art.149.1.7ª CE (“legislación laboral”), con independencia de que, de manera complementaria o incidental, también pudiera entrar en juego algún otro título competencial (como el relativo a las bases de la planificación económica, según viene a decir la sentencia TC 22/2014). Puede decirse, por lo tanto, que la regulación del empleo es, en esencia, regulación laboral.

La conclusión se confirma con una mirada al plano supranacional, ya que las intervenciones de carácter internacional en el ámbito del empleo, o bien proceden de organizaciones dedicadas al establecimiento de unos estándares mínimos de condiciones de trabajo (y, por consiguiente, de instancias preocupadas en esencia por el impulso o la modernización de lo que entendemos como Derecho del Trabajo), o bien se inscriben en el terreno de la “política social”, sector de la actividad pública que desde una perspectiva más estrictamente jurídica entronca sobre todo con el ordenamiento laboral. Es fácil comprobar, en efecto, que tanto las normas de la Organización Internacional del Trabajo referidas al empleo o a la política de empleo, como las previsiones sobre “Empleo” del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tienen su mejor base dogmática y su mejor asiento institucional en lo que de una forma más general conocemos como Derecho del Trabajo.

Con todo, es indudable también que el Derecho del empleo no se agota en el Derecho del Trabajo, ni limita a este sector del ordenamiento jurídico sus puntos de conexión material y formal. Son muchas y muy variadas las parcelas que pueden identificarse dentro del Derecho del empleo, y son muchos, por ello mismo, los materiales que podrían albergarse dentro de sus contornos. De ahí que sea posible advertir otro tipo de conexiones del Derecho del empleo dentro de la estructura general del ordenamiento jurídico. Por múltiples motivos, las normas de empleo suelen estar cerca de la normativa encargada de la protección de los riesgos sociales y las situaciones de necesidad, y, en consecuencia, han de relacionarse con el Derecho de la seguridad social, otro sector normativo que otrora formó parte del Derecho del Trabajo y que desde hace algunas décadas ha logrado alcanzar un apreciable grado de consistencia y autonomía (mayor, de momento al menos, de la que

podiera atribuirse al Derecho del empleo). También guardan conexión las normas de empleo, según los casos, con sectores tan importantes y clásicos del sistema legal como el Derecho Administrativo o el Derecho financiero o tributario.

Mención especial en este contexto merece la Constitución y, en consecuencia, el Derecho Constitucional. Seguramente no debería hablarse exactamente de conexión entre el Derecho del empleo y el Derecho Constitucional, sino más bien de proyección de este último sobre aquel otro sector del Derecho, pero lo que importa destacar ahora es el papel de soporte estructural que juega el texto constitucional en relación con muchas de las actuaciones de los poderes públicos en materia de empleo. Si bien se mira, gran parte de la política de empleo y, por lo tanto, de la regulación jurídica del mercado de trabajo, se ha de dirigir en buena lógica a la consecución del mandato que impone el art.40.1 CE, esto es, la “política orientada al pleno empleo”. Es evidente asimismo que todas esas acciones van encaminadas también a la satisfacción del derecho al trabajo reconocido en el art.35.1 CE. Puede decirse, pues, que la Constitución aporta el primer sustento para la adopción de medidas en materia de empleo y, por consiguiente, para el desarrollo legal e institucional de esta novedosa parte del ordenamiento jurídico.

II. EL ÁMBITO CONVENCIONALMENTE ACEPTADO DEL DERECHO DEL EMPLEO

Podría decirse que el Derecho del empleo es la traducción jurídica de la política de empleo, entendida como conjunto de acciones y de medidas dirigidas a la ordenación del mercado de trabajo y, en último extremo, a la consecución del objetivo de pleno empleo, tanto en sentido cuantitativo (ajuste en el número) como cualitativo (ajuste en términos de preparación o cualificación profesional). Como es sabido, la política de empleo comprende en síntesis tres tipos de medidas: las que se dirigen al lado de la oferta de empleo, para incrementarla u orientarla hacia determinadas franjas de la población; las que se dirigen al lado de la demanda de empleo, para determinar su grosor o su estructura, y las que se dirigen a la fase de encuentro entre demandas y ofertas de empleo, para eliminar posibles obstáculos y ampliar las vías de contacto. Pues bien, si aceptamos la conexión entre Derecho del empleo y política de empleo, parece lógico proyectar esa estructura institucional sobre ese nuevo cuerpo normativo, que en su esencia constaría, por lo tanto, de tres bloques de normas o actuaciones jurídicas: el referido a la oferta de empleo, el referido a la demanda de empleo y el referido a la fase de encuentro entre ofertas y demandas de empleo.

Naturalmente, en cada una de esas sedes pueden situarse muy distintas medidas o actuaciones de los poderes públicos, algunas de ellas claramente pertenecientes al Derecho del empleo (como los programas de fomento del empleo), y algunas

otras, ciertamente, de ubicación más dudosa o discutible (como sucede con la regulación de las empresas de trabajo temporal, que puede adscribirse seguramente al Derecho del empleo pero que también puede verse, sencillamente, como un segmento del Derecho del Trabajo). También es verdad que algunas medidas muy ligadas a la política de empleo no encajan a la perfección —o no encajan en exclusiva— en ninguna de esas facetas. Piénsese, por ejemplo, en las acciones de formación profesional para el empleo, o en las medidas de apoyo económico a los desempleados. Hay que tener en cuenta, por lo tanto, que junto a las medidas que de forma estricta responden a esa clasificación básica (y que indudablemente pertenecen al Derecho del empleo), existen otras medidas híbridas o complementarias, que presentan matices propios y que por ese mismo motivo se resisten a una adscripción definitiva dentro de ese emergente sector del Derecho.

Cabría plantearse, además, si forman parte de la política de empleo y, en consecuencia, del Derecho del empleo, no sólo las medidas que intervienen sobre el mercado de trabajo ya organizado, sino también las reglas, o los principios, que dan vida a dicho mercado. Normalmente el mercado de trabajo se delimita por simples factores económicos o sociales, pero en alguna medida la conformación y la caracterización de ese mercado dependen también de intervenciones legales o de variables jurídicas. El caso más claro tal vez sea el reconocimiento de derechos de libre circulación a escala supranacional, que implica por naturaleza la ampliación del espacio territorial y funcional de las ofertas y demandas de empleo y, por lo tanto, la ampliación de ese espacio de juego al que llamamos mercado de trabajo. ¿Es el derecho de libre circulación un ingrediente del Derecho del empleo? Probablemente lo sea, aunque quizá no deba figurar exactamente entre sus segmentos normativos sino más bien entre sus pilares o basamentos. La experiencia de la Unión Europea puede ser muy ilustrativa en este sentido.

Muy ligada a la anterior se encuentra la cuestión relativa a la regulación del trabajo de los extranjeros y a las normas sobre emigración. ¿Son componentes del Derecho del empleo? Bien mirado, son intervenciones normativas que tienen mucho que ver con la ordenación del mercado de trabajo, y en ese sentido deberían adscribirse al Derecho del empleo. De la mayor o menor amplitud de los flujos de entrada de personas desde el exterior depende en gran parte, como es fácil de entender, el estado de la demanda de empleo interna, y de ello también dependen, a la postre, las posibilidades reales del sistema de hacer realidad el objetivo de pleno empleo. Por su parte, la salida al exterior de potenciales demandantes de empleo actúa en sentido inverso, como atenuante del nivel de presión que en un momento dado pudiera alcanzar la demanda de empleo interna. Ambas actuaciones normativas están muy cerca, por otra parte, de la fase de encuentro entre ofertas y demandas de empleo, pues tanto las normas sobre trabajo de extranjeros como las normas sobre emigración suponen a la postre la apertura de nuevas vías o nuevas fórmulas de contacto entre empleadores y trabajadores, aunque traspasen, por de-

finición, las fronteras iniciales del mercado nacional. No parece que exista mayor inconveniente, por lo tanto, para incorporarlas al Derecho del empleo.

También vale la pena indagar sobre la propia noción de empleo. Si estamos de acuerdo en que la política de empleo tiene por objeto último procurar un empleo a quienes acceden al mercado de trabajo, ¿hasta dónde debe llegar en relación con ese objetivo? Ha de ocuparse por supuesto de todos los preparativos necesarios para que el demandante de empleo tenga a la vista una oferta adecuada de colocación, pero ¿en qué momento se entiende que cesa o se retira esa clase de intervención pública? Dicho de otro modo: ¿hasta dónde podemos hablar de “empleo” y desde qué momento debemos trasladarnos a la fase subsiguiente, esto es, a la fase del contrato de trabajo? ¿Cuál es la línea de separación entre empleo y contrato? ¿Cuándo estamos, en definitiva, ante “actos de empleo” o ante actos de naturaleza distinta? Es obvio que las decisiones sobre clasificación profesional y asignación de funciones al trabajador ya contratado, lo mismo que las reglas sobre tiempo de trabajo y salario, por poner algunos ejemplos, no forman parte de la noción de empleo tal y como quiere utilizarse en ese nuevo segmento normativo al que venimos llamando Derecho del empleo. Son aspectos pertenecientes, lisa y llanamente, al Derecho del Trabajo. Pero pensemos en la celebración del contrato de trabajo, o incluso en los negocios preliminares al contrato de trabajo (tratos previos, precontrato, promesa de contrato), ¿son actos de empleo en el sentido que ahora damos a esta palabra? Puede discutirse mucho sobre ello, pero pensamos que no. Las reglas o prácticas sobre contratación y, en especial, las condiciones legales de válida celebración del contrato, responden ya a otros objetivos y a otros puntos de conexión. No pertenecen a la dinámica del mercado de trabajo, sino al mundo de las obligaciones y contratos. Encajan, en consecuencia, en el Derecho de la contratación, que en el ámbito del trabajo asalariado es en primer término el Derecho del Trabajo sin más aditamentos, aunque también lo sea el Derecho Civil, por la función común y supletoria que le es característica en la totalidad del ordenamiento jurídico. Otra cosa es —de nuevo vienen las dudas y las cautelas— que algunas vías o modalidades de contratación laboral pretendan servir también de palanca para favorecer el empleo (como los contratos formativos), o que se pongan en marcha precisamente para impulsar el empleo (como, hoy en día, el contrato de apoyo a los emprendedores).

Podemos preguntarnos, por otra parte, si la idea de mercado de trabajo condiciona de forma taxativa el ámbito material o funcional del Derecho del empleo. ¿Hay o no hay Derecho del empleo fuera del mercado de trabajo? Por definición, el mercado de trabajo es el ámbito de contacto e intercambio entre empleadores y trabajadores o, más bien, entre quienes pueden ofrecer un empleo y aquellos que aspiran a encontrarlo. En su definición más estricta, el mercado de trabajo es pues el espacio de juego del trabajo por cuenta ajena y, por consiguiente, el ámbito en el que tienen lugar los actos de contratación del trabajo por cuenta ajena; es el lugar,

real o virtual, en el que se llevan a cabo las operaciones destinadas a la concertación del contrato de trabajo. Entendido de esa manera, no hay lugar en el mercado de trabajo para el empleo autónomo o por cuenta propia. El trabajador autónomo o, más bien, el emprendedor de un negocio propio, no ofrece sus servicios realmente al mercado de trabajo, sino al mercado económico o al “mercado social”, de forma directa y sin la interferencia de otros agentes. Por ello, las normas sobre trabajo autónomo, al igual que las normas que tratan de favorecer o fomentar el emprendimiento, no parece que sean, en sentido estricto al menos, normas de Derecho del empleo, sino más bien normas de ordenación (básicamente administrativa) de la correspondiente actividad económica o profesional.

Dicho esto, tampoco deben existir mayores obstáculos para reconocer que muchas veces las normas reguladoras del empleo por cuenta propia actúan como complemento, e incluso como alternativa, a las actuaciones típicas de fomento del empleo, y que desde ese punto de vista podrían considerarse también como normas de política de empleo. Como es bien sabido, así ha venido ocurriendo, desde hace bastante tiempo, con las normas que han impulsado o favorecido la constitución de empresas de la “economía social” (principalmente, cooperativas de trabajo asociado), que en muchas ocasiones han servido para dar respuesta a problemas de empleo o de inserción laboral de quienes pasan a ser dueños de su propio negocio. Algo similar ocurre, desde hace algunos años, con las normas sobre “emprendedores”, que a fin de cuentas pretenden facilitar la puesta en marcha de actividades económicas o profesionales por parte de personas que sin ese apoyo institucional comparecerían con toda seguridad como demandantes de empleo en el mercado de trabajo ordinario. También es cierto, por lo demás, que en muchas ocasiones las normas reguladoras del empleo por cuenta propia albergan en su interior ingredientes clásicos de la política de empleo, como ocurre cuando prevén la concesión de incentivos a los emprendedores que opten por contratar a trabajadores por cuenta ajena para auxiliarles en su negocio.

Una última reflexión sobre el alcance del “Derecho del empleo” podría hacerse a propósito de otro importante ámbito de trabajo en las sociedades modernas, cual es el empleo público. ¿Puede decirse que el empleo público forma parte del mercado de trabajo? ¿Puede considerarse como ingrediente del Derecho del empleo la regulación del empleo público? Es evidente que la selección y contratación de empleados públicos opera por cauces externos a lo que típicamente se conoce como mercado de trabajo (con independencia de que esos actos de reclutamiento de personal para las Administraciones públicas conformen, a su vez, un cierto mercado de trabajo, que en todo caso tendría rasgos propios y muy singulares). También debe tenerse en cuenta que buena parte del empleo público, como es el caso de los funcionarios públicos, se rige por normas estrictas de Derecho administrativo, muy alejadas formalmente de las normas de política de empleo. Por ello, puede decirse en principio que la regulación del empleo público se sitúa en un espacio bastante

alejado del que habitualmente se toma como referencia para delimitar o caracterizar el Derecho del empleo. Es una regulación que no persigue en realidad la ordenación del mercado de trabajo, sino más bien la dotación a las Administraciones públicas de personal suficiente y adecuado para la prestación de los correspondientes servicios públicos. No es, dicho de otro modo, un instrumento que tenga por objeto atender los problemas de empleo o de funcionamiento del mercado de trabajo que puedan detectarse en el seno de una determinada sociedad y en un determinado momento. Nada de eso es obstáculo, por cierto, para que en el terreno del empleo público se pongan en práctica algunas de las medidas típicas de la política de empleo, como la formación profesional continua (que, de todas formas, en este otro ámbito conecta de manera muy clara con la política de gestión de recursos humanos).

III. EL ÁMBITO “LEGAL” DEL DERECHO DEL EMPLEO

Desde el punto de vista dogmático o doctrinal pueden discutirse desde luego los contornos del Derecho del empleo. En los párrafos anteriores se han vertido sobre todo opiniones acerca del contenido material del Derecho del empleo, pero dejando siempre a salvo la posibilidad de que desde otros puntos de vista se adopten posiciones distintas a ese respecto. En cualquier caso, cabría plantearse también si existe algún instrumento legal útil para delimitar de manera más objetiva el ámbito material del Derecho del empleo. Ciertamente, no es fácil que el legislador proceda a esa tarea, pese a la tendencia de los últimos años a incorporar a los textos normativos definiciones jurídicamente vinculantes acerca de los aspectos de la realidad social que en cada caso son objeto de regulación. Tampoco es una labor que en buena lógica deba corresponder al autor de las normas, puesto que al fin y al cabo se trata de un empeño más propio de la actividad científica o doctrinal. No obstante, un recorrido por nuestro sistema legal nos puede proporcionar algún dato interesante en ese sentido, puesto que desde hace tiempo contamos con disposiciones legales específicamente dedicadas a la regulación del empleo y a la ordenación del mercado de trabajo. Como es sabido, en otros momentos ese papel correspondió a la Ley Básica de Empleo de 1980, y desde hace algunos lustros corresponde a la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo. ¿Qué es para esta Ley el Derecho del empleo? ¿Es posible trazar los contornos de este particular sector del ordenamiento jurídico a partir de ese texto legal? ¿Está dotada la Ley de Empleo de madurez suficiente como para poder orientarnos en ese sentido?

De entrada hay que reconocer que, en términos generales, el contenido de la Ley 56/2003 se aproxima mucho a la delimitación doctrinal del Derecho del empleo expuesta con anterioridad. Como era de esperar, la Ley 56/2003 trata de definir en primer término la política de empleo, como una especie de base de operaciones para las acciones y medidas que con esos fines podrían adoptar los po-

deres públicos, acciones y medidas que el propio legislador enuncia a continuación. Para el art.1 de la Ley, la política de empleo es “el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las Comunidades Autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción de las situaciones de desempleo y a la debida protección en las situaciones de desempleo”, siendo así que todas estas decisiones, según ese mismo precepto, habrán de desarrollarse “dentro de las orientaciones generales de la política económica, en el ámbito de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”. Son, por lo demás, decisiones que deben ser fruto de una planificación en la que el diseño de una “estrategia” y la preparación de un “plan anual” actúan como principales instrumentos de apoyo (arts.2 y sig. Ley 56/2003).

La Ley 56/2003 permite entender, en definitiva, que el Derecho del empleo es el sector del ordenamiento jurídico en el que se manifiestan o cobran vida las actuaciones de la política de empleo. Pero, ¿cuáles son para el legislador esas actuaciones? ¿Cuáles son, en definitiva, los componentes reales de la política de empleo desde el punto de vista legal? La Ley 56/2003 no es absolutamente clara en ese sentido, pero nos ofrece dos tipos de indicadores a tales efectos. El primero, el más tangible, se puede extraer simplemente de su propia estructura normativa. En ella podemos apreciar, en primer término, un amplio conjunto de reglas dedicadas a los servicios públicos de empleo (estatal y autonómicos), en las que no sólo se hace referencia a su organización interna, su financiación y sus funciones, sino también a las prestaciones que deben proporcionar a los usuarios o destinatarios, principalmente a ciudadanos y empresas (arts.10 a 19). También podemos encontrar, a continuación, reglas dedicadas a la “intermediación laboral”, que en este caso se ocupan sobre todo de las agencias de colocación distintas de los anteriores servicios públicos, que pueden actuar en régimen de autonomía o de colaboración respecto de dichos servicios públicos (arts.20 a 22 bis). Y podemos encontrar, finalmente, una serie de previsiones sobre lo que el legislador denomina “políticas activas de empleo”, que comprenden una serie muy variada de acciones (arts.23 a 25) y en las que se sitúa, con un tratamiento jurídico particular, la formación profesional para el empleo (art.26). También se hace una especial mención a la necesaria coordinación entre dichas acciones y la actividad pública de abono de prestaciones o subsidios a los desempleados (arts.27 y 28).

Dejando a salvo lo que de manera inmediata vamos a comentar, podría decirse, a la vista de esta estructura legal, que el Derecho del empleo es aquel sector del ordenamiento jurídico que regula los servicios públicos de empleo, la actividad de las restantes agencias de colocación y las medidas y acciones pertenecientes a la “política activa de empleo”. Como puede apreciarse, es una acotación material bastante limitada en comparación con el diseño más conceptual que antes

realizábamos. Ciertamente, en esa acotación aparecen segmentos clave del Derecho del empleo, como el dedicado a la fase de encuentro entre ofertas y demandas de empleo. También se incluyen expresamente algunas actuaciones más singulares, como la formación profesional para el empleo. Es verdad, asimismo, que la propia Ley apunta hacia un escenario más amplio y más completo mediante la alusión a las “políticas activas de empleo”. Pero, al menos aparentemente, quedan fuera de este primer radio de acción muchas medidas típicas del Derecho del empleo, como las que tratan de atender el lado de la demanda de empleo, e incluso —en apariencia al menos— las que se proyectan sobre la oferta de empleo. Tampoco se hace alusión aquí ni a las normas sobre trabajadores extranjeros ni a las normas sobre emigración. La estructura formal de la Ley 56/2003 resulta, en definitiva, bastante pobre en relación con el contenido potencial del Derecho del empleo, al menos en una primera aproximación.

Sin embargo, un análisis más profundo puede llevarnos a la convicción de que las cosas son un poco distintas. Aun sin una separación o identificación formal estricta, dentro de la Ley 56/2003 podemos encontrar referencias a esas otras parcelas del Derecho del empleo aparentemente olvidadas por el legislador. Desde luego, fuera de sus contornos quedan definitivamente las reglas relativas a trabajo de extranjeros y emigración, con independencia de que se contengan también en la Ley algunas menciones incidentales o aisladas a ese espacio exterior, como vamos a ver a continuación. Van a quedar fuera de su ámbito, asimismo, las reglas relativas a las empresas de trabajo temporal, sin perjuicio, de nuevo, de que la disposición adicional segunda de la Ley 56/2003 haga una breve alusión a las mismas, más que nada con fines de remisión a la correspondiente normativa específica. Pero importa destacar ahora que a través de varios preceptos de la Ley 56/2003 se abren espacios suficientes para dar cobijo a muchas de las medidas típicas del Derecho del empleo, que no alcanzan especial protagonismo en la ordenación estructural de materias que proporciona dicho texto legal, pero que indudablemente constituyen soporte suficiente para el desarrollo de los correspondientes segmentos normativos. Esas referencias se encuentran sobre todo en los arts. 2 y 23 de la Ley 56/2003, el primero al fijar los “objetivos generales de la política de empleo” y el segundo al identificar el concepto y el ámbito de actuación de “las políticas activas de empleo”.

Entre los objetivos generales de la política de empleo mencionados por el art. 2 Ley 56/2003 podemos encontrar algunas referencias interesantes para trazar los contornos legales del Derecho del empleo, pese a formularse sobre todo a modo de principios. Repárese, por ejemplo, en los objetivos de garantizar “la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación”, de mantener “la unidad del mercado de trabajo en todo el territorio estatal”, de “asegurar la libre circulación de los trabajadores y facilitar la movilidad geográfica, tanto en el ámbito estatal como en el europeo, de quienes desean trasladarse por razones de empleo”, o de coordinar la política de empleo “con la dimensión del fenómeno migratorio interno

y externo”. Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que el art.2 Ley 56/2003 asigna a la política de empleo algunos otros objetivos que, en buena lógica, sólo pueden alcanzarse mediante la articulación de determinadas medidas de política de empleo, para atender el lado de la oferta de empleo o para atender el lado de la demanda. Entre esos objetivos figura por lo pronto el de “proporcionar servicios individualizados a la población activa dirigidos a facilitar su incorporación, permanencia y progreso en el mercado laboral, así como a las empresas para contribuir a la mejora de su competitividad”. También aparece como objetivo básico el de “asegurar políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a aquellos colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral, especialmente jóvenes, mujeres, discapacitados y parados de larga duración mayores de 45 años”. Un tercer objetivo digno de mención en este sentido es el de “mantener un sistema eficaz de protección ante las situaciones de desempleo, que comprende las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo, asegurando la coordinación entre las mismas y la colaboración entre los distintos entes implicados en la ejecución de la política de empleo y su gestión y la interrelación entre las distintas acciones de intermediación laboral”. Y un cuarto objetivo interesante a nuestros efectos es, en fin, el de “adoptar un enfoque preventivo frente al desempleo, especialmente de larga duración, facilitando una atención individualizada a los desempleados, mediante acciones integradas de políticas activas que mejoren su ocupabilidad”.

Del art.2 de la Ley 56/2003 puede deducirse, así pues, un contenido material mucho más amplio del que inicialmente esperábamos, tanto para la política de empleo como para el Derecho del empleo. Téngase en cuenta, por cierto, que el art.2 Ley 56/2003 añade a todo lo anterior una referencia expresa tanto al fomento de “la cultura emprendedora y el espíritu empresarial” como a la mejora de “la atención y acompañamiento a las personas emprendedoras en la puesta en marcha de su iniciativa empresarial”, dando a entender, seguramente, que a juicio del legislador esas actuaciones también forman parte, o también deben formar parte, de la intervención legal en el terreno del empleo. Y recuérdese asimismo que con la mención del art.2 Ley 56/2003 a la libre circulación y al fenómeno migratorio muy probablemente el legislador ha querido poner de relieve la ineludible conexión entra la política de empleo interna y la esfera exterior del mercado de trabajo, dando argumentos así para incorporar al Derecho del empleo, aunque sea extramuros de la Ley 56/2003, todas aquellas reglas que se ocupan de la entrada y estancia de trabajadores de otros países y, en su caso, de la salida al exterior de ciudadanos de nuestro país con fines de trabajo.

También del art.23 de la Ley 56/2003 pueden extraerse importantes conclusiones sobre la definición legal de la política de empleo y, en definitiva, sobre los contornos del Derecho del empleo. Dice ese precepto, en efecto, que la política de empleo comprende “servicios y programas de orientación, empleo y formación di-

rigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social”, que dicha política se desarrollará atendiendo a “las necesidades de los demandantes de empleo y los requerimientos de los respectivos mercados de trabajo, de manera coordinada entre los agentes de formación profesional para el empleo e intermediación laboral que realizan tales acciones, con objeto de favorecer la colocación de los demandantes de empleo”, y que tales actuaciones se complementarán “con la protección por desempleo regulada en el título III del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social”, en sus niveles contributivo y asistencial. Por su parte, el art.24 Ley 56/2003 insiste en este mismo diseño legal al enunciar unos “principios generales de las políticas activas de empleo”, entre los que se citan “el tratamiento individualizado y especializado a las personas en situación de desempleo para mejorar su empleabilidad, así como a las personas ocupadas para contribuir a la calidad y mantenimiento de su empleo”, “la respuesta a las necesidades de las empresas en materia de capital humano, empleo y formación”, y el “fomento del autoempleo y la iniciativa emprendedora, especialmente en el marco de la economía sostenible y de los nuevos yacimientos de empleo, incluyendo la atención y el acompañamiento a las personas emprendedoras en la puesta en marcha de su iniciativa empresarial”.

Es claro, a la vista de todas estas previsiones legales, que la noción “oficial” de Derecho del empleo alberga un contenido muy amplio. Probablemente pueda decirse que, frente a lo que parece desprenderse en una primera aproximación, la configuración legal de la política de empleo alcanza a todos los frentes que la doctrina ha ido identificando dentro de este sector de la política social. Ciertamente, no es función de la Ley de empleo regular todas y cada una de las posibles facetas de la política de empleo, y menos aún las que, por una u otra razón, han contado tradicionalmente en nuestro sistema con una regulación específica (empresas de trabajo temporal, trabajo de extranjeros, emigración), las que, por su conexión directa con la relación de trabajo, encajan de manera más natural en la típica legislación laboral (edad de acceso al trabajo, tiempo de trabajo), o las que ineludiblemente han de formar parte de la legislación de seguridad social (protección por desempleo, jubilación). Pero dejando a salvo esas justificadas ausencias, lo cierto es que la actual Ley de empleo puede dar cobijo a la generalidad de las medidas que en hipótesis conforman el Derecho del empleo y, en especial, a las que actúan en el lado de la oferta de empleo y en la fase de encuentro entre ofertas y demandas de empleo.

IV. ACTUACIONES EN EL LADO DE LA OFERTA DE EMPLEO

Ya sabemos que las medidas que tratan de actuar en el lado de la oferta de empleo, para incrementar el número de puestos de trabajo disponibles para la población

activa, constituyen un componente esencial de la política de empleo. Situados en el terreno jurídico, es evidente también que las normas que ponen en marcha ese tipo de medidas conforman una de las partes más importantes del Derecho del empleo. En principio, las actuaciones de los poderes públicos dirigidas a incrementar la oferta de empleo pueden tener dos manifestaciones: o bien pueden dirigirse a la creación directa de puestos de trabajo, por mediación o impulso de las instancias públicas competentes, o bien pueden tener por objeto la concesión de incentivos a las empresas y agentes privados, para que incrementen la contratación de trabajadores asalariados. Como es fácil de comprender, la primera de esas opciones tiene un espacio muy limitado en un sistema de economía de mercado, pues a la postre entraña una intervención que no depende del juego de la oferta y la demanda, sino de una pura decisión de los poderes públicos. En cualquier caso, no han sido extrañas las intervenciones de este tipo en nuestro país, donde gozan incluso de cierta tradición. Normalmente se trata de medidas que delegan en determinadas Administraciones públicas (preferentemente, las Administraciones locales o autonómicas) la puesta en marcha de programas de obras y servicios para hacer frente a especiales problemas de desempleo, para los que se conceden subvenciones extraordinarias. Suelen ser, por ello mismo, actuaciones coyunturales, y suelen centrarse en aquellas actividades que, por razones de coste o de explotación, no son atendidas por el circuito ordinario de la economía. No son desconocidos, de todos modos, los planes de obras y servicios impulsados o financiados por las Administraciones públicas de carácter estable o sostenido, como viene ocurriendo aún, en el medio agrícola, en determinados territorios de nuestro país. Coyunturales o permanentes, todas estas actuaciones suelen conocerse con el nombre de empleo comunitario, no sólo porque de alguna forma implican al conjunto de la comunidad (en su financiación o en sus beneficios), sino también por sus fines sociales de sustento básico de la población correspondiente.

En todo caso, las actuaciones más habituales en el lado de la oferta de empleo son las que conceden incentivos a las empresas para que incrementen sus niveles de contratación, partiendo de que son esos sujetos, precisamente, los motores naturales de la actividad productiva en el sistema de economía de mercado, y de que constituyen, por lo tanto, la base principal para la generación de oportunidades de empleo. Los incentivos pueden ser de muy distintos tipos. Cabe distinguir, por lo pronto, entre incentivos “institucionales”, que suponen ventajas comparativas para la empresa en el régimen jurídico de la correspondiente contratación (duración del contrato, periodo de prueba, vías o costes de extinción, etc.), e incentivos económicos, que aportan a las empresas contratantes algún beneficio económicamente evaluable. Estos incentivos económicos pueden tener a su vez muy distintas manifestaciones: bonificación, reducción o incluso exoneración de cuotas de seguridad social, desgravaciones o reducciones fiscales, asunción o compensación de los costes salariales, o subvenciones a tanto alzado por acto de contratación. Ejemplos de todo ello ofrece nuestro sistema, en el que desde hace mucho tiempo se vienen aprobando con mucha frecuencia normas con estos fines.

Estas medidas incentivadoras son las que de manera más técnica pueden calificarse como fomento del empleo, y pueden tener a su vez muy diversas características, más allá de la diferencia entre incentivo institucional e incentivo económico a la que ya nos hemos referido. Pueden ser actuaciones generales, que no distinguen en función de los destinatarios, o actuaciones selectivas, dirigidas especialmente a los grupos de desempleados con mayores dificultades de inserción laboral o, en su caso, más necesitados de protección social. Por otro lado, pueden favorecer la contratación en cualquiera de sus modalidades (incluida la de carácter temporal) o, por el contrario, pueden concentrarse en la contratación de “mayor calidad” (carácter indefinido), aunque los incentivos, en este caso, suelen limitarse temporalmente a los dos o tres primeros años del contrato. En fin, en pura hipótesis podría tratarse de medidas estables o duraderas en el tiempo (y ejemplos de ello existen en nuestro sistema, como las medidas de fomento del empleo para discapacitados o para personas en situación de exclusión social) o, como es más habitual, de medidas transitorias o coyunturales, lo cual responde a la lógica de que este tipo de impulsos sólo puede alcanzar plena efectividad si se concentran en los periodos temporales de mayor recesión o dificultad económica, que suelen ser los de mayor aumento de las tasas de desempleo.

Vista la parte más sustancial de esta clase de actuaciones en el lado de la oferta de empleo cabría añadir aún algunas reflexiones, con el fin de precisar en su caso el alcance de este sector del Derecho del empleo. Convendría preguntarse en primer lugar si la denominada “oferta pública de empleo”, que tiene por objeto la cobertura inicial o la reposición de efectivos en la relación de puestos de trabajo de las Administraciones públicas, puede encajar o no en este tipo de medidas. La respuesta más sólida es la negativa, puesto que tal medida responde a una organización y planificación estructural de los recursos humanos en los correspondientes servicios públicos (como deja ver hoy en día el art.70 del Estatuto Básico de los Empleados Públicos). No puede negarse, de todas formas, que en ocasiones los poderes públicos intentan aprovechar esta vía para incrementar las oportunidades de colocación (especialmente de los jóvenes, a veces también de discapacitados), a la vista de las dificultades de inserción laboral de los circuitos ordinarios de empleo. Tal uso, sin embargo, puede tener muchas contraindicaciones, al imputar un coste al erario público que, según esa lógica de fomentar el empleo, no responde a necesidades del servicio sino a consideraciones de tipo social. Tampoco son muchas sus posibilidades, porque tropieza con las limitaciones financieras del presupuesto público, más aún en tiempos de recesión económica.

Cabe preguntarse también si pertenecen a este apartado de la política de empleo, y a este sector del Derecho del empleo, las normas que regulan procesos de índole económica pero que tienen repercusión en el empleo. Es el caso, por poner los ejemplos más señalados, de los programas de reestructuración de empresas o de sectores de actividad, de los planes de reconversión industrial o, en fin, de los pro-

gramas de incentivos para la implantación de empresas. Estas normas, desde luego, pueden contribuir a la reactivación del empleo, e incluso pueden incluir medidas específicamente dirigidas a ese fin. A veces se justifican, precisamente, por su capacidad para generar oportunidades de empleo en el correspondiente ámbito territorial o funcional. Pero no son estrictamente normas de empleo y no parece que deban incluirse en el Derecho del empleo. Pertenecen más bien al ámbito del Derecho económico, que es sobre todo Derecho Administrativo.

Podríamos preguntarnos finalmente si las normas que pretenden impulsar o favorecer el “emprendimiento” pueden o no adscribirse al Derecho del empleo y, más concretamente, a este apartado del fomento del empleo. Ya expresamos con anterioridad nuestras dudas acerca de su pertenencia dogmática a la política de empleo, aunque quizá debamos inclinarnos ahora por su inclusión matizada, por la sencilla razón de que aparecen de forma explícita entre los objetivos de política de empleo enunciados por el legislador (arts.2 y 23 Ley 56/2003). El fomento de “la cultura emprendedora y el espíritu empresarial”, así como el incremento de las posibilidades de empleo de las personas desempleadas, incluido el empleo por cuenta propia, se han convertido en efecto en ingredientes modernos de la política de empleo. Cosa distinta es, en todo caso, que las normas que se dirigen de forma pura y exclusiva a fomentar el “emprendimiento” deban adscribirse sin más al Derecho del empleo. De nuevo estamos ante medidas legales que parecen estar más cerca de otros sectores del ordenamiento jurídico, como el Derecho de la economía, el Derecho tributario o incluso el Derecho de la seguridad social.

V. ACTUACIONES EN EL LADO DE LA DEMANDA DE EMPLEO

En un sistema de libertades económicas y profesionales como el diseñado en nuestra Constitución, la demanda de empleo se conforma esencialmente mediante decisiones de los propios individuos: son demandantes de empleo, no quienes reciben tal catalogación desde los poderes públicos, sino quienes, por unas u otras razones (normalmente por necesidades vitales), acceden o pretenden acceder al mercado de trabajo. Eso quiere decir que las posibilidades de intervención pública en este terreno son bastante limitadas, pues el poder público ni puede obligar a los ciudadanos a comparecer en el mercado (sin perjuicio de los efectos que, sobre todo en el plano de la protección social, quepa atribuir al “deber de trabajar” consignado en el art.35.1 CE), ni puede imponerles, mucho menos aún, una u otra profesión u oficio. Con todo, tampoco puede decirse que los poderes públicos carezcan por completo de capacidad de influencia en la demanda de empleo, tanto en sus aspectos cuantitativos como en los cualitativos. Nunca podrán exigir a una persona que acceda al mercado o a un determinado empleo, ni podrán obligarle a que ponga fin a su vida activa. Tampoco pueden imponer cambios de profesión o de ámbito de actividad. Pero sí pueden adoptar medidas que condicionen de algún modo ese tipo de decisiones personales.

¿Qué tipo de medidas? Desde luego, la legislación sobre empleo no hace mención apenas a este particular apartado del mercado de trabajo, muy probablemente por todas esas dificultades. Pero también es cierto que de manera más o menos incidental alude a ciertas actuaciones de los poderes públicos que pueden afectar a la demanda de empleo. El art.2 de la Ley 56/2003, por ejemplo, incluye entre los fines de la política de empleo el de “facilitar la movilidad geográfica, tanto en el ámbito estatal como en el europeo”, al mismo tiempo que pide la mejor articulación posible de las medidas de política de empleo “con la dimensión del fenómeno migratorio interno y externo”. Por su parte, el art.23 de esa misma Ley, al definir el alcance de la política activa de empleo, habla de la prestación de servicios de orientación, empleo y formación (con el fin de mejorar las posibilidades de los ciudadanos de acceso al empleo y de atender los requerimientos del mercado de trabajo), y de la conveniencia de complementar esas medidas con la protección por desempleo. El art.26 Ley 56/2003, en fin, se refiere de manera específica al “sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral”, como “conjunto de iniciativas, programas e instrumentos que tienen como finalidad impulsar y extender entre las empresas y los trabajadores ocupados y desempleados una formación que responda a las necesidades del mercado laboral y esté orientada a la mejora de la empleabilidad de los trabajadores y la competitividad empresarial, conforme a sus fines y principios”.

Todas esas previsiones legales conectan con medidas de los poderes públicos que pueden tener incidencia en la demanda de empleo. De la mayor o menor generosidad de la protección por desempleo depende en parte que las personas activen o intensifiquen su demanda de empleo. Por su parte, la política de orientación y formación profesional puede condicionar en alguna medida las preferencias de las personas hacia unos sectores u otros del mercado de trabajo. De modo similar, la existencia o no de facilidades para la movilidad geográfica puede influir en algún sentido en la composición o distribución de la demanda de empleo, al menos en determinados compartimentos del mercado de trabajo. La política de migraciones, en fin, puede servir para ajustar la demanda de empleo en el mercado interno de trabajo. Son, en todo caso, medidas que sólo de forma indirecta pueden contribuir a la formación de la demanda de empleo. Al fin y al cabo, que haya más o menos demandantes de empleo y que esas demandas se orienten hacia unas profesiones u otras, son variables que seguirán dependiendo básicamente de las decisiones de cada persona (sin perjuicio, dicho sea de paso, de que este tipo de decisiones esté condicionado a su vez por la situación de la economía y las posibilidades efectivas de encontrar un empleo).

En realidad, el impacto de la ley sólo puede garantizarse en aquellos aspectos de la demanda de empleo que están ligados al orden público o al interés general de la sociedad. Uno de ellos es, por supuesto, la determinación de la edad de acceso al mercado de trabajo, que suele ser competencia de los poderes públicos. Otro es

el establecimiento de condiciones más o menos estrictas para la entrada de extranjeros en el mercado interno. Otro podría ser, en fin, la exigencia de una determinada titulación para el desarrollo de una cierta actividad profesional. Es verdad que los poderes públicos pueden adoptar otras medidas que en hipótesis también pueden afectar a la composición o fluctuación de la demanda de empleo, pero sus efectos son en todo caso bastante más inciertos. Pueden fijar edades de retiro, pero normalmente no podrán hacerlo con carácter obligatorio. Pueden fomentar el trabajo a tiempo parcial pero no podrán imponerlo. Pueden reducir los topes máximos de tiempo de trabajo o ampliar los tiempos mínimos de descanso, pero raramente podrán controlar la repercusión de esas medidas en la demanda de empleo. Es claro, por lo demás, que ya no estamos hablando de medidas de política de empleo en sentido puro, sino más bien de medidas laborales o de seguridad social, aunque afecten al empleo.

VI. ACTUACIONES EN LA FASE DE ENCUENTRO DE OFERTAS Y DEMANDAS DE EMPLEO

La fase de encuentro de ofertas y demandas de empleo siempre ha sido terreno abonado para la intervención del legislador, por razones de sobra conocidas. Esa intervención, como también es sabido, sigue estando prevista en nuestra legislación sobre empleo, en la que se habla con bastante profusión de los servicios públicos de empleo (arts.5 y sig. Ley 56/2003) y de la intermediación laboral (arts.20 y sig.), con especificación de las prestaciones a las que tienen derecho los actores del mercado de trabajo con cargo a esos servicios públicos e identificación de los posibles “agentes de intermediación” y de sus respectivas competencias. Estamos, pues, ante un apartado de la política de empleo relativamente regulado y, en consecuencia, ante un componente muy claro del Derecho del empleo. Quizá pueda decirse, incluso, que es esta parcela del mercado de trabajo la más propicia para la intervención estrictamente jurídica, en cuanto que requiere unas mínimas precisiones acerca de los sujetos habilitados para actuar y de los derechos y obligaciones de los interesados.

No puede decirse, de todas formas, que estemos ante un bloque normativo que en puridad pertenezca al Derecho del empleo, o, por decirlo mejor, que pertenezca en exclusiva al Derecho del empleo. Si bien se mira, se trata de reglas muy típicas del Derecho del Trabajo, incluso del Derecho del Trabajo de las primeras hornadas. No hay mayores obstáculos para trasladarlas al Derecho del empleo, pero a sabiendas siempre de que nunca podrán perder su conexión con uno de los principales núcleos del Derecho del Trabajo, cual es el contrato de trabajo. Nótese que estamos hablando de las fases previas o preliminares a la concertación de ese negocio jurídico, a las que siempre se han referido, con mayor o menor extensión, nuestras leyes laborales básicas. Téngase en cuenta, por otra parte, que en los actos de reclutamiento o aprovisionamiento de personal para las empresas desde hace algún

tiempo también actúan otros sujetos que no se limitan a una labor de intermediación, y que esos otros sujetos (las empresas de trabajo temporal) están regulados por normas que, hoy por hoy, pertenecen sin ningún género de dudas al Derecho del Trabajo. No es descartable que esas normas se inscriban también en el Derecho del empleo, y que de ese modo pasen a engrosar o completar el objeto de este novedoso sector del Derecho. Pero de nuevo nos encontramos ante el gran dilema del Derecho del empleo: ¿tiene entidad suficiente como para romper con el Derecho del Trabajo?

VII. RECAPITULACIÓN

El Derecho del empleo engloba una serie de segmentos normativos que tienen en común la ordenación jurídica del mercado de trabajo y, desde una perspectiva más general, la creación de medios de vida para los ciudadanos a través del empleo. En su sentido más estricto comprende medidas destinadas a favorecer el buen funcionamiento del mercado de trabajo (oferta suficiente, demanda cualificada, facilidades de encuentro entre ofertas y demandas), aunque en un sentido más amplio puede albergar también todas aquellas medidas de los poderes públicos que en última instancia procuren satisfacer necesidades de empleo de la población, con independencia de que se favorezca el empleo por cuenta ajena o, como sucede en los últimos tiempos, el empleo por cuenta propia. Sus principales núcleos seguramente coinciden con el fomento del empleo, la ordenación de los servicios públicos de empleo y la política “activa” de empleo, pero alrededor de los mismos, o en su zona periférica, también pueden identificarse otras parcelas de interés, como la movilidad geográfica, la política migratoria o incluso la regulación del trabajo de extranjeros. Algunas otras piezas normativas podrían admitir una adscripción, relativa y cautelosa, al Derecho del empleo, como es el caso de la legislación sobre empresas de trabajo temporal.

Podría decirse que estamos ante un sector normativo que desde hace algún tiempo busca su espacio propio dentro del ordenamiento jurídico, pero que aún no ha conseguido desligarse por completo de sus tradicionales fuentes de aprovisionamiento. La principal de ellas sigue siendo desde luego el Derecho del Trabajo, respecto del que el Derecho del empleo no ha perdido todavía su condición de “subsector” o “parte estructural”, aun cuando se trate de una parte especialmente cualificada con inequívoca vocación de crecimiento. Otras importantes fuentes de aprovisionamiento se encuentran en el Derecho de la seguridad social (cotización, jubilación, desempleo), en el Derecho tributario (exenciones o desgravaciones al empleo) y en el Derecho Administrativo (en las leyes sobre educación, en la regulación de las titulaciones profesionales y, en general, en las normas sobre organización y procedimiento administrativos).

4.4. EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA EN EL DERECHO DEL EMPLEO

FRANCISCO VILA TIERNO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Magistrado supl. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía
Universidad de Málaga*

A Rosa Quesada Segura en agradecimiento por haber ejercido su magisterio, con quien suscribe, su siempre discípulo, durante veinte años. Período en el que he aprendido a ver en ella a una persona que trasciende del ámbito estrictamente académico. Período en el que ha llegado a ser un referente para nuestras vidas.

I. DERECHO DEL EMPLEO Y AUTONOMÍA COLECTIVA

1. Derecho del Empleo, Política de Empleo y contenidos

Con carácter general, resulta muy común identificar el concepto de Política de Empleo como elemento central o sinónimo de contenido del Derecho del Empleo. No es menos cierto, sin embargo, que dicho instrumento no agota el contenido de una disciplina que gira en torno a la ordenación del mercado de trabajo y la regulación jurídica del empleo. Y que deba distinguirse la actuación en el marco de la actuación y ejecución de las políticas, en este caso, de Empleo y, la ordenación normativa de toda la materia relacionada con este elemento prioritario en el ámbito social, económico y normativo. De ahí, que debamos hacer referencia a un campo de actuación mucho más extenso, en el que demos entrada a la autonomía colectiva.

En primer lugar -y sin abandonar el mismo concepto de política de empleo-, debe hacerse la ya clásica distinción entre políticas de empleo activas y pasivas. Las primeras, relacionadas con la inserción laboral y el mantenimiento del empleo y, las segundas, como sustitutivas de las rentas de las personas en situación de desempleo (siendo éstas últimas la que se reconocen y regulan de un modo diferenciado)³¹⁷.

³¹⁷ Así, las políticas activas de empleo, están referidas a la intervención de los poderes públicos con el doble objetivo de mejorar los niveles de empleo y mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo. Fundamentalmente, en virtud de lo previsto por la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, pueden consistir en medidas dirigidas a las personas desempleadas: inserción, formación y políticas de fomento de la colocación con la finalidad de mejorar sus posibilidades de acceso al empleo; a las personas ocupadas, mediante medidas formativas o de recualificación profesional, sin obviar otras como las destinadas a fomentar el espíritu empresarial y la economía social. Las políticas pasivas de empleo, sin

Ello, necesariamente, hay que ponerlo en concordancia con dos aspectos distintos: la política de colocación, por un lado y, los mecanismos de fomento de empleo, por otro, entre los que deben diferenciarse entre los estímulos económicos y jurídicos (vid. infra). Por último, es preciso señalar que también forma parte esencial del concepto que venimos desgranando un elemento tan importante como la formación profesional. En este sentido, estas Políticas (activas) de empleo, cuyo desarrollo corresponde con los poderes públicos, no tiene por qué responder a un perfil exclusivamente heterónomo (aunque sí esencialmente), puesto que la función complementaria o de desarrollo -a aquella función de los poderes públicos- que en esta materia puede hacer la negociación colectiva es muy relevante, en tanto que se ven afectadas parcelas que encajan a la perfección en el ámbito de la misma.

No obstante, debiéramos insistir en qué Política de Empleo no es sinónimo de Derecho del Empleo, sino que éste segundo se refiere a una disciplina mucho más extensa que se vale de la primera como un instrumento para los fines que le son propios. No se debe buscar, en consecuencia, un paralelismo absoluto entre Política de Empleo y Derecho del Empleo, y menos aún para determinar el contenido de la autonomía colectiva en este campo, puesto que ésta, va a contribuir a la función propia de la disciplina en tanto que participa o puede participar en la ordenación y regulación del mercado de trabajo. De cualquier modo, no puede entenderse un plano sin el otro, de manera que son reconocibles perfectamente herramientas que se manifiestan en el ámbito de la citada Política de empleo, pero también desde la perspectiva más amplia e integradora del Derecho del Empleo³¹⁸.

Son así, perfectamente identificables en el marco del Derecho del Empleo, diferentes contenidos como los relativos al acceso, al mantenimiento o a la formación para el empleo. La cuestión es: ¿cabe la intervención de la autonomía colectiva en estas materias? Y la respuesta viene tanto desde el plano teórico como práctico. En principio –y con las salvedades que más adelante se observarán-, el art. 85 ET abarca esas materias, y hasta tal punto es así, que basta hacer un repaso por los di-

embargo, buscan como objetivo principal dotar de recursos mínimos a las personas desempleadas. En este caso, no se actúa sobre el mercado de trabajo, sino que se compensan las consecuencias del mismo sobre los desempleados. Para ello se fijan medidas que tratan de compensar, como se ha dicho, la carencia de rentas en personas que acreditan una situación de necesidad o haber completado una carrera de seguro en los términos fijados en las normas vigentes. Dicho de otro modo, hay una diferencia clara entre unas y otras, basada, tanto en el ámbito subjetivo, como en su finalidad. En este sentido, y es muy importante, las políticas activas están dirigidas a la inserción o el mantenimiento del empleo, mientras que las pasivas, responden a una función protectora del sistema, mediante la garantía de unas rentas mínimas. Por ese mismo motivo, mientras que las últimas se concentran en la población desempleada, las primeras –activas- alcanzan tanto a la población ocupada como desocupada. Las herramientas con las que cuentan éstas pueden ser de intermediación, formación para el empleo y fomento de la ocupación –por cuenta propia o ajena-.

³¹⁸ Para una visión completa vid. VV.AA.: *Manual de Política y Derecho del Empleo*, Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y otros, Madrid, Ed. Tecnos, 2011.

ferentes convenios colectivos publicados en los diarios oficiales, para comprobar que, en la práctica, es objeto de regulación convencional.

2. Empleo y autonomía colectiva: punto de partida

En este rápido repaso -en lo que constituye una somera enumeración- por estos diversos elementos que conforman el Derecho del Empleo (desarrollados en otros epígrafes de esta misma obra), pueden situarse las bases para delimitar qué estaría en el marco de acción de la negociación colectiva, puesto que, por la propia configuración de los elementos que conforman aquel concepto pudiera parecer, a priori, que tiene escaso margen de acción la negociación colectiva. De hecho, el protagonismo de las normas estatales adquiere un especial relieve desde el mismo momento en el que la Constitución otorga una competencia exclusiva al Estado en materia de empleo.

La primera cuestión, se centra, por tanto, en delimitar el contenido que le puede corresponder a la negociación colectiva respecto a esta cuestión³¹⁹ -tema que será objeto de desarrollo en los siguientes epígrafes- y, en este sentido, basta reiterar que las medidas de acceso, mantenimiento y formación forman parte de la disciplina ordenadora del mercado de trabajo, para entender que la negociación colectiva tiene un importante papel en este orden.

Ciertamente, muchos son los preceptos normativos que remiten a la negociación colectiva para concretar determinados aspectos, por ejemplo, en aquellos que se refieren a la contratación laboral. Del mismo modo que se sitúa en el plano de la negociación los supuestos de garantía en el empleo frente a los fenómenos extintivos o previsiones más actuales como los del descuelgue convencional que pueden ir ligados a una garantía de empleo.

Todo ello nos sitúa, necesariamente, ante un panorama de crisis en el que conceptos como el de Flexiseguridad adquieren dimensiones extraordinarias³²⁰. Así, cuando la regulación laboral se pliega a las necesidades empresariales, invadiendo de Flexibilidad todos los extremos del ordenamiento social, aquella Seguridad que formaba también parte del vocablo debe girar en torno a la estabilidad en el empleo del trabajador³²¹. Podemos, de este modo, referirnos a Flexibilidad de acceso, Fle-

³¹⁹ Vid. de manera más extensa un referente en esta materia: MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C. "Política de empleo y Sistema de Relaciones Laborales: La autonomía colectiva como fuente del Derecho del Empleo", en *Revista de Trabajo*, núm. 10, 2001.

³²⁰ Vid. VALDÉS DAL-RE, F., "Flexiseguridad y mercado de trabajo", en *Relaciones Laborales*, La Ley, nº 9, 2010.

³²¹ MORENO VIDA, M.N. "El debate sobre la flexiseguridad en Europea", en VV.AA. *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, MONEREO PÉREZ, J. L. Y SÁNCHEZ

xibilidad interna o a Flexibilidad de salida, pero en todas se hacen presentes dos elementos: negociación colectiva y empleo³²².

Si repasamos, por tanto, la historia más reciente del Derecho Social, desde la reforma laboral de 2012, nos situamos también frente a los vínculos más actuales entre Derecho del Empleo y negociación colectiva.

¿Es por tanto residual, como se planteaba, el papel de la autonomía colectiva en esta disciplina del Derecho del Empleo? Nada más lejos de la realidad y a eso dedicaremos las siguientes líneas. Pero no para reproducir el contenido completo de esta materia, sino para plantear una aproximación a los supuestos más recientes en los que el Derecho del Empleo aparece en el horizonte de la negociación colectiva.

II. EN GENERAL SOBRE EL CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN MATERIA DE EMPLEO

Si limitáramos este epígrafe a la referencia del art. 85 ET como elemento esencial para delimitar el contenido de la autonomía colectiva en materia de empleo, podríamos estar incurriendo en un excesivo encorsetamiento. Piénsese que este precepto legal se refiere al convenio colectivo estatutario, esto es, aquel que está regulado al amparo de los artículos 82 y ss. ET. La negociación colectiva, sin embargo, es mucho más rica en nuestro sistema de relaciones laborales y nos ofrece un ramillete de posibilidades como posibles frutos de los procesos de negociación.

En este sentido, más aun desde la reforma legal de 2012, los acuerdos de empresa y los acuerdos de reorganización productiva asumen un destacado protagonismo³²³. Y las fórmulas para concreción escapan del Título III ET. Es más, establecen criterios distintos de legitimación negocial, así como procedimientos que se apartan de lo regulado en el art. 89 ET.

Al respecto, cabe manifestar que los segundos –acuerdos de reorganización colectiva– guardan, si cabe, una relación más estrecha con el empleo. Pero para ex-

MONTOYA, J.E. (Dir.), Granada, Ed. Comares, 2010; PERULLI, A., “Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza” en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2012, T. I.

³²² Sobre la relación entre Política de Empleo y Flexiseguridad, además de la instrumentación jurídica de la Política de Empleo, vid. de manera completa: NAVARRO NIETO, F. Y COSTA REYES, A. “Introducción crítica al marco jurídico de las políticas de empleo en España”. BIB 2013\15. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num.9/2013 parte Doctrina, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013.

³²³ Vid. VILA TIerno, F. “La flexibilidad interna a través de la reformulación de la estructura de la negociación colectiva tras las sucesivas reformas laborales: del RDL. 7/2011 a la Ley 3/2012”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ISSN-e 1696-9626, N°. 33, 186-220, 2013.

plicar esta relación parece preciso hacer una sistematización, ya adelantada en el epígrafe anterior sobre el contenido negocial en esta materia.

De una manera simple, más allá de diversas clasificaciones que se han formulado al efecto³²⁴, y trazando una línea recta desde la entrada hasta la salida del trabajador en una empresa (sea en el plano individual o colectivo), podríamos decir que en la negociación colectiva (no únicamente en los convenios colectivos), podemos encontrar, expresado de un modo amplio, cláusulas convencionales sobre empleo –que repercuten por tanto en la relación del trabajador con la línea recta que acabamos de trazar- relativas a:

- acceso³²⁵;
- mantenimiento;
- procedimentales, garantistas y compensatorias en supuestos de pérdida de empleo

Estas, a su vez, pueden tener un alcance individual o colectivo y tanto de carácter cuantitativo como cualitativo.

Por otra parte (y al margen de la diferenciación entre condiciones de trabajo y empleo), también es posible encontrar cláusulas que aun no respondiendo a lo que estrictamente podemos considerar empleo, repercuten de manera directa en el mismo. En este sentido, no se observan aquí, de un modo inmediato, todos los preceptos convencionales relacionados con la dinámica de la relación laboral, sino únicamente los que se relacionan con la vinculación del trabajador a la empresa. No obstante, no puede ignorarse que aquellos tienen un efecto sobre el empleo, en tanto que su regulación en uno o en otro sentido puede afectar al mismo. Sirva, a estos efectos, el ejemplo de la ordenación del tiempo de trabajo, pues como ya se ha afirmado de manera reiterativa, este elemento tiene una incidencia muy relevante sobre el Empleo³²⁶.

³²⁴ Vid. v.gr. SEMPERE NAVARRO, A. V. y NICOLÁS FRANCO, A. “Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva”. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración num.33/2001 parte Estudios, Madrid, 2001.

³²⁵ En este sentido, un claro ejemplo de ello en VILA TIerno, F. *Criterios de actuación de la negociación colectiva respecto a una medida específica de inserción laboral: el contrato para la formación* en “Inserción Laboral” (Galán García, A. y Rodríguez-Piñero Royo, M. (Eds) Universidad de Huelva, ISBN: 84-95089-34-3, 2000.

³²⁶ Sobre esta cuestión: QUESADA SEGURA, R. (Direcc). *Tiempo de Trabajo: empleo y calidad en la industria turística*, SPICUM, Consejo Social de la UMA, ISBN: 84-600-9556-8, Málaga, 2000. Vid. tb. QUESADA SEGURA, R. y otros. “La ordenación jurídica del tiempo de trabajo (1980-2005)” en Veinticinco años de Estatuto de los Trabajadores: balance y perspectivas para un nuevo Estatuto / coord. por Miguel Rodríguez-Piñero Royo, María Luisa Pérez Guerrero, 2006, ISBN 84-96378-33-0, págs. 133-162.

En este orden, una limitación de la jornada convencional o una prohibición de realización de horas extraordinarias, supondría un posible aumento en los niveles cuantitativos de contratación.

Esto último nos sirve para retomar aquella distinción entre planos cuantitativos y cualitativos. Y es que las cláusulas convencionales pueden hacer relación a número de empleos o calidad del mismo. Esto es, la referencia negociada al empleo guarda relación, bien sea, v.gr. con el aumento del volumen de la plantilla, bien sea con un compromiso de incrementar la estabilidad laboral.

Por último, los planteamientos en sede colectiva, no siempre tienen que tener este alcance, en tanto que además de una referencia abstracta al volumen de la plantilla que deba mantenerse o incrementarse —como se ha señalado anteriormente—, es posible, del mismo modo, establecer mecanismos individualizados de garantía en el empleo, como procedimientos especiales en materia de extinción de contratos referidos a cada trabajador afectado.

III. DE LOS LÍMITES INDEROGABLES PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL MARCO LEGAL

En primer término, debe recordarse que la regulación de la Política de Empleo es competencia estatal³²⁷. Pero no es menos cierto, como hemos adelantado, que con ello no acaba el Derecho del Empleo. Es en este marco en el que encuentra su acomodo la norma convencional. Así, como es evidente, cuando se trata de incentivar la creación de empleo comprometiendo fondos públicos, dicha ordenación se reserva a los poderes públicos³²⁸ y, no teniendo cabida una actuación por parte de la negociación colectiva. Sin embargo, no se debe circunscribir a una relación de exclusión, a un derecho imperativo absoluto, las reglas configuradoras del Derecho del Empleo³²⁹, puesto que si tiene razón de ser que las cláusulas convencionales incidan en aquellas materias a las que tiene acceso a través del extenso reconocimiento constitucional del art. 37.2 ET.

³²⁷ QUESADA SEGURA, R.: “La política de empleo en Andalucía integrada en el marco comunitario y nacional”, en VV.AA.: *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Monereo Pérez, J. L. y Serrano Falcón, C. (Dir. y Coord.), Granada, Ed. Comares, 2009; CRUZ VILLALÓN, J., y GÓMEZ GORDILLO, R.: “Las políticas de empleo en sus diversos ámbitos: comunitario, nacional y autonómico”, en *Temas Laborales*, núm. 61, 2001.

³²⁸ Una visión de ésta en PÉREZ DEL PRADO, D. “Las políticas de empleo en España: una visión cuantitativa”. BIB 2014/3791. *Revista de Información Laboral* num.9/2014 parte Art. Doctrinal, LEX NOVA, Valladolid. 2014.

³²⁹ Vid. de manera más completa: MOLINA HERMOSILLA, O.: *La dimensión jurídica de la política de empleo. El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática*, Sevilla, Mergablum Edición-CARL, 2005; GARCÍA GIL, M^a. B.: *Los Instrumentos Jurídicos de la Política de Empleo*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2006. (BIB 2006, 2058).

No obstante, el marco normativo viene delimitado por la regulación legal sobre empleo, sea en la Ley de Empleo, sea en el Estatuto de los Trabajadores, de manera que se pueden encontrar dos grandes grupos de cláusulas convencionales relacionadas con este tema: aquéllas que responden a una remisión legal (v.gr. las que se derivan de la previsión legal de articular mecanismos de conversión de trabajadores temporales en indefinidos), y aquéllas otras que nacen sin una previa cobertura legal (compromisos limitadores de la libertad de empresa respecto a la posibilidad de externalizar servicios concretos). O incluso, aquellas que se presentan como una ampliación de una previsión legal limitada (como por ejemplo, aquéllas que establecen mecanismos de subrogación convencional cuando no operan los requisitos del art. 44 ET o la subrogación legal y que vienen a suponer una garantía en la estabilidad en el empleo).

Existe, por otra parte, un condicionante constitucional que afecta a la regulación convencional en materia de empleo. Y es el respeto al Principio de Igualdad (que a su vez, se configura como contenido con entidad propia). Recuértese a estos efectos que, por vía convencional, se articularán instrumentos que garanticen la Igualdad en las empresas³³⁰, siendo el factor principal de este género el Plan de Igualdad (arts. 43 y 45 LO 3/2007). Pero muy especialmente, en lo que se refiere de manera expresa al objeto de este análisis, son posibles (y deseables) la incorporación de medidas de acción positiva que favorezcan el acceso al empleo o como expresamente dispone el art. 17.4 ET: “en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate”. Extendiéndose esta coberturas, entre otros, a la formación, en la medida en la que contribuye a la empleabilidad de la trabajadora.

IV. CONCLUSIONES. FINALMENTE, EL CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN MATERIA DE EMPLEO

En primer término, habría que decir que hay una serie de preceptos que, como en algún epígrafe precedente se señaló, remiten a la necesidad de unos pactos que van a repercutir en el empleo de la empresa. De manera precisa, podemos señalar, en este punto, a los arts. 40, 41, 47 y 51 ET (de manera indirecta también el 82,3 ET). En dichas disposiciones legales, se establece la apertura de períodos de consultas que pueden derivar en acuerdos que contengan compromisos de empleo y cuyo incumplimiento puede afectar incluso a medidas que se adoptan tras acogerse

³³⁰ V.gr. Quesada Segura, R. *La protección y las medidas preventivas frente al acoso sexual en el trabajo, en desarrollo de la Ley 3/2007 en “Gestión práctica de planes de igualdad”* / Olimpia Molina Hermosilla (ed. lit.), 2009, ISBN 978-84-96721-90-6, págs. 129-144.

con anterioridad a otra de ellas (v.gr. despido colectivo nulo por no respetar pacto de garantía de empleo vigente)³³¹.

Todos ellos enlazan con el reiterado tema de la flexibilidad, ya que, al amparo de una garantía de viabilidad de la empresa y, en consecuencia, del Empleo, se introducen mecanismos que favorezcan los ajustes y adaptabilidad de aquella a las necesidades del mercado, si bien, sometiendo el proceso al intento de acuerdo con los representantes sociales. Y aunque el principio de buena fe debe impregnar estas actuaciones, no es menos cierto que la ausencia de pacto no deslegitima al empresario a adoptar la decisión que estime adecuada a sus intereses aun no existiendo pacto que lo respalde. En cualquier caso, los períodos de consulta que se abren en estos procesos, especialmente en los casos previstos en el art. 47 y 51 ET (suspensión/reducción de jornada y extinción del contrato por causas empresariales a título colectivo), están vinculados, en gran cantidad de ocasiones a previsiones en materia de empleo, de manera directa, en tanto que disponen medidas que tratan de garantizar la viabilidad de la empresa y, en consecuencia, el empleo en la misma. No obstante, medidas de flexibilidad interna como la movilidad geográfica (art. 40), modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41) o descuelgue convencional (art. 82.3), se pueden adoptar como acciones intermedias y menos drásticas (así también la suspensión o reducción de jornada del art. 47) que las vinculadas a la flexibilidad externa, estableciendo, en dichas circunstancias pactos que incluyen estos actuaciones a cambio de cierta estabilidad laboral. Es, en síntesis, dejar la regulación más cercana en materia de empleo a una autonomía colectiva derivada de situaciones de flexibilidad.

Ello, por otra parte, puede llevarse a cabo mediante dos vías: bien directamente a través del acuerdo de reorganización productiva fruto del período de consultas preceptivo, bien porque con carácter previo se había establecido en el convenio colectivo estatutario la ordenación de estos escenarios y los presupuestos para las consecuencias en materia de empleo.

No obstante, lo más significativo en el marco de los convenios colectivos propiamente dichos, son las cláusulas que se refieren a la contratación laboral. En cuyo ámbito se incluyen, entre otras, y atendiendo al doble carácter cuantitativo y cualitativo: compromisos de incremento de plantilla³³² -o de mantenimiento del empleo tal y como se ha indicado-, o bien, el establecimiento de la obligación de

³³¹ VILA TIERNO, F. “Despido colectivo y pactos previos vinculantes. Las consecuencias sobre su calificación jurídica. STSJ Cantabria 30 julio 2013 (AS 2014, 118)”. Nueva revista española de derecho del trabajo, ISSN 0212-6095, N.º. 164, 2014.

³³² En términos numéricos, podemos hacernos eco del análisis realizado por GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P. –“La negociación colectiva en la crisis. Cuánto y sobre qué se negocia” (BIB 2015\584), Revista de Información Laboral, num.2/2015, parte Art. Doctrinal, LEX NOVA, Valladolid, 2015-:

conversión de trabajadores temporales en indefinidos o de trabajadores a tiempo parcial (o fijos discontinuos) en trabajadores a tiempo completo³³³. En este sentido, respecto a la contratación temporal, pueden establecerse reglas concretas que modulen determinados elementos de algunos contratos de duración determinada (v.gr. su duración), e incluso limitar su uso estableciendo el porcentaje máximo de la plantilla para este tipo de contratos. En muchos casos, se debe a la respuesta a la previsión legal en este sentido (arts. 11, 12 y 15 ET), pues debe tenerse presente que no es posible la configuración de tipos contractuales fuera del marco legal.

Por último, dos cuestiones se incluyen entre las señaladas por los convenios colectivos: las relativas al uso de fórmulas de externalización como subcontratación o ETT, a veces estableciendo límites a su utilización o mecanismos de subrogación convencional. En cualquier caso, lo sustancial en estas situaciones es la de apartarse de la norma estableciendo mecanismos de mejora en la garantía del empleo. Mención especial merece, para finalizar, la determinación de la jubilación forzosa por el cumplimiento de la edad para acceder a la pensión correspondiente. Únicamente para expresar que su habitual uso –unido necesariamente a compromisos de creación de empleo– ha quedado cercenado al vetarse expresamente su inclusión desde la reforma laboral de 2012³³⁴.

“aunque no son habituales, tampoco son residuales las cláusulas relativas al nivel de empleo, si bien abundan más en el nivel empresarial que en el superior, lo que por otra parte es lógico. En este sentido, el crecimiento en 2010, mantenido hasta 2012 (aunque los datos de avance para 2013 no refrendan una consolidación en esa línea) de las cláusulas que establecen compromisos de crecimiento del empleo resulta esperanzador. Frente a la cada vez menor atención a esta cuestión de los convenios de ámbito superior, en los que casi ha desaparecido, el aumento de plantilla se recoge en el 16% de los convenios de empresa. Igualmente significativo, y señal de confianza en una recuperación económica (o al menos en que la crisis no se agravará) es el notable aumento que en los convenios supraempresariales ha tenido el compromiso de mantenimiento del empleo, que ya aparece en prácticamente uno de cada cinco convenios (una vez más, teniendo en cuenta los trabajadores cubiertos)”.

³³³ *Ibídem*: “Igualmente positiva es la lectura que puede hacerse del Gráfico 15, que se refiere a los compromisos relativos a las modalidades de contratación. Puede observarse que en el nivel sectorial, el más importante desde una perspectiva cuantitativa, crecen los pactos de estabilización de trabajadores temporales, al tiempo que aumentan las cláusulas relativas a las distintas modalidades temporales, lo que puede entenderse como una muestra de confianza en que será más habitual la contratación (y de ahí que se necesite regulación específica)”.

³³⁴ La azarosa vida de esta posibilidad se concreta en la previsión en la redacción original del ET de 1980, para posteriormente ser suprimida en 2001, rescatada en 2005, expresamente por motivos de empleo, reformada en 2011 y eliminada definitivamente en 2012 (Disp. Adic. 10ª ET, en relación con la Disp. Trans. 15 y Disp. Final 5ª.2 Ley 3/2012).

4.5. OS REFLEXOS DA GLOBALIZAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS SOBRE AS RELAÇÕES DE TRABALHO

OLGA MARIA BOSCHI AGUIAR DE OLIVEIRA
*Professora Titular do Departamento de Direito do Centro de
Ciências Jurídicas
Universidade Federal de Santa Catarina - Brasil*

I. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

Preliminarmente convém destacar que, as mudanças econômicas, políticas e sociais que começaram a surgir em alguns países europeus no final do século XVIII e início do século XIX, marcaram profundamente as relações sociais que foram afetadas pela transformação do sistema de produção, anteriormente baseado na agricultura e, que passou a apresentar um novo formato por meio da “[...] introdução da máquina, da divisão do trabalho e da produção em massa que origina a concentração industrial em grandes plantas de produção industrial, cujo processo passou a ser conhecido como Revolução Industrial”³³⁵.

O primeiro país europeu a conhecer a Revolução Industrial foi à Inglaterra que se converteu no “[...] empório do mundo, monopolizadora virtual da indústria, da exportação de produtos manufaturados e da exploração colonial. Ao ser a pioneira do capitalismo industrial a Grã-Bretanha se transformou no país do exemplo clássico”³³⁶.

Os impactos causados pelo processo da Revolução Industrial no modo capitalista de produção comprometeram indefinidamente a grande massa de trabalhadores que se viram obrigados a deixar suas antigas atividades na agricultura, no artesanato e no pequeno comércio, para incorporar-se nas fábricas cuja estrutura e divisão social do trabalho eram totalmente desconhecidas.

Assim, os meios de produção e a produção foram convertidos essencialmente em fatores sociais e o novo modo de produção com seu caráter capitalista, acabaram originando os conflitos de classes ainda presentes nos dias atuais. E quanto mais o

³³⁵ JAUREGUI ATONDO, RAMÓN; MOLTÓ GARCÍA, JUAN IGNACIO; GONZÁLEZ DE LENA, FRANCISCO: *Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 40.

³³⁶ HOBBSBAWM, ERIC J.: *En torno a los orígenes de la Revolución Industrial*, Traducción de Ofelia Castillo y Enrique Tandeter, España, Silgo XXI, 2009, pág. 104.

modo capitalista de produção foi avançando em todos os países economicamente importantes ficou visível à incompatibilidade entre a produção social e a apropriação capitalista³³⁷.

A concentração dos meios de produção nas mãos do capitalista fez com que o pequeno produtor tivesse que buscar emprego nas fábricas, pois seus produtos não conseguiam mais competir no mercado com os produtos oriundo das fábricas e assim, para continuar a viver teve que se transformar em um assalariado.

Neste período as relações de trabalho não apresentavam um modelo específico e não havia uma intervenção direta dos poderes públicos sobre o regime de trabalho. Além disso, os direitos coletivos estavam proibidos bem como a intromissão nas regras do mercado sobre as quais se atribuía um caráter automático de liberdade, de redistribuição e de ajuste, sendo que a estas primeiras relações laborais eram aplicadas as regras correspondentes a uma relação contratual individual³³⁸.

Desta maneira, a proteção dos direitos individuais, assim como, a liberdade de associação sindical só começou a ser reconhecida a partir da metade do século XIX em quase toda a Europa, em um processo que marcará a transição do Direito Obreiro ou da Legislação do Trabalho para o Direito como construção jurídica geral, em sua dimensão contratual individual e coletiva, destacando-se depois da I Guerra Mundial a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT)³³⁹.

II. OS IMPACTOS DA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL SOBRE AS RELAÇÕES DE TRABALHO

Neste contexto onde o processo de industrialização avançou rapidamente, os conflitos de interesse entre trabalhadores e empresários ficaram cada vez mais difíceis, pois, de um lado, os trabalhadores reivindicavam a proteção de seus direitos e condições mais dignas de trabalho, e por outro, a burguesia industrial se preocupava com o aumento de seus lucros, ou seja, “a contradição entre a produção social e a apropriação capitalista manifesta-se agora com o antagonismo entre a organização da produção dentro de cada fábrica e a anarquia da produção no seio de toda a sociedade”³⁴⁰.

³³⁷ ENGELS, FRIEDERICH: *Do socialismo utópico ao socialismo científico* – 1880. Primeira edição: como folheto *Revue Socialiste* de março, abril e maio de 1880, em alemão (Zurique – 1882), em Berlim (1891), em inglês (Londres – 1892), pág. 14.

³³⁸ Cf. JÁUREGUI ATONDO, R.; MOLTÓ GARCÍA, J.I.; GONZÁLEZ DE LENA, F., 2004, pág.41.

³³⁹ *Idem, ibídem*, pág.48.

³⁴⁰ ENGELS, F., 1880, pág. 16.

Conseqüentemente, a regulamentação da legislação trabalhista neste período, no que diz respeito aos aspectos individuais e coletivos, vai depender do formato adotado pelos países europeus no que se refere à modernização dos Estados e, pelo papel exercido por meio dos partidos políticos na composição de cada um dos governos, principalmente a partir dos anos trinta quando se começou a conhecer o Estado de Bem Estar que teve início com o modelo utilizado por Otto Von Bismarck (1815-1898).

Por outro lado, o modelo de relações trabalhista presente no sistema de produção capitalista, a partir da Revolução Industrial, está relacionado com os acordos políticos que produziram os efeitos necessários que permitiram a reconstrução da Europa Ocidental, possibilitando a concretização da Comunidade Europeia, principalmente, no que se refere à consolidação da União Econômica e Monetária e “[...] a introdução generalizada do euro, como moeda comum europeia”³⁴¹.

Entretanto, as políticas desenvolvidas para alcançar tais objetivos não foram capazes de evitar os novos problemas enfrentados pelos trabalhadores, que historicamente desde o processo da Revolução Industrial já reivindicavam melhores condições de vida e trabalho, pois agora estavam sendo terrivelmente prejudicados pelas mudanças tecnológicas que “[...] ocasionaram a diminuição dos insumos de trabalho necessários aos processos produtivos”³⁴².

Nesta conjuntura tiveram início as discussões sobre as causas da recessão econômica e do desemprego que levaram a questionar o papel desempenhado pelo Estado de Bem Estar Social, destacando-se “[...] a corrente de pensamento monetarista (neoliberal) que dizia que as forças do mercado deveriam regular a economia, incluindo o próprio de trabalho”³⁴³, o que acabou ocorrendo através da utilização de diferentes formas de flexibilidade que desde então vem interferindo na economia, na organização das empresas, no mercado de trabalho e nas relações trabalhistas.

III. A INFLUÊNCIA DA GLOBALIZAÇÃO, DAS NOVAS TECNOLOGIAS E DA MUNDIALIZAÇÃO ECONÔMICA NO MUNDO DO TRABALHO

As transformações anteriormente apontadas, estão diretamente relacionadas com o processo de globalização da economia, destacando VIVAS, que “a

³⁴¹ Cf. JÁUREGUI ATONDO, R.; MOLTÓ GARCÍA, J. I.; GONZÁLEZ DE LENA, F., 2004, pág. 57.

³⁴² BRONSTEIN, ARTURO: S. *La flexibilidad del trabajo: Panorama General*, 1990, pág. 3.

³⁴³ *Idem, ibidem*, pág. 3.

globalização é o resultado da divisão internacional do trabalho e o aproveitamento das vantagens competitivas das nações, com base na intensificação do comércio internacional”³⁴⁴.

Assim, o processo de globalização econômica hoje mundialmente presente na grande maioria das nações localizadas nos mais diversos pontos do planeta acabou promovendo distintos desdobramentos que afetaram e seguem afetando ainda na atualidade os trabalhadores que exercem atividades nos mais variados setores da economia, já que “[...] as dimensões dessas transformações promovidas pela globalização não compreendem apenas aspectos econômicos, mas também culturais, sociais e ideológicos”³⁴⁵.

Conseqüentemente, segundo MATTOS a concepção de globalização econômica que se intensificou nas últimas décadas não é o resultado de uma obra do acaso ou um desdobramento inevitável das transformações econômicas capitalistas (ou seja, das chamadas forças do mercado), mas das “[...] mudanças institucionais e legais promovidas pelos principais Estados Nacionais (notadamente EUA), não apenas nos respectivos âmbitos nacionais, mas também na atuação dos organismos financeiros internacionais como a OMC, o FMI, o Banco Mundial, a ONU, etc”³⁴⁶.

Desta maneira, o modelo de relações trabalhistas que surgiu a partir da Revolução Industrial³⁴⁷, onde se destacava a importância da indústria como setor de referência do modelo de trabalho, passa agora por outras transformações advindas da denominada Revolução Tecnológica ou Informacional, que acaba afetando de forma substancial a organização das empresas e o mercado de trabalho³⁴⁸.

Cabe destacar, que “o mercado de trabalho e as suas instituições não são

³⁴⁴ VIVAS AGUERO, PEDRO: *Globalización de la economía y/o mundialización del capital*, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, UNMSM, Perú, 1999, pág. 61.

³⁴⁵ MATTOS, FERNANDO: *Sociedade pós-industrial e sociedade informacional: apontamentos de uma revisão bibliográfica*, Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación, EPTIC, vol.VII, n.1º, enero-abril de 2005, pág. 1.

³⁴⁶ MATTOS, F., 2005, pág. 1.

³⁴⁷ Esclarece LOJKINE que a Revolução Industrial “nasce no e com o capitalismo e foi marcada, inicialmente, pela divisão de atividades, de funções e de homens: divisão é claro, não só entre o trabalho produtivo e o trabalho improdutivo de valor (e de mais-valia), mas, também, entre a indústria e os serviços, entre o tempo de trabalho ‘necessário’ e o tempo de trabalho livre, entre a atividade profissional e a atividade doméstica, entre o espaço público e o espaço privado”. LOJKINE, Jean: *A Revolução Informacional*, Tradução José Paulo Netto, 2. ed. São Paulo, Cortez, 1999, pág. 14.

³⁴⁸ Entende-se por mercado de trabalho o contexto em que a mão de obra se constitui. O mercado de trabalho é a arena onde empregos e trabalhadoras se cruzam ou onde o trabalho é trocado por um salário ou um pagamento em espécie, visto que a mão de obra abrange a oferta de trabalhadores para esse mercado. *ABC dos direitos das mulheres trabalhadoras e igualdade de gênero*, 2ª.ed. Genebra,OIT, 2007, pág. 121.

neutros, refletindo as relações de poder na economia e na sociedade em geral”³⁴⁹ que passaram a ser afetadas também pelo avanço das novas “[...] tecnologias de informação e sua difusão em todas as esferas de atividades sociais, incluindo sua contribuição no fornecimento da infra-estrutura para a formação de uma economia global”³⁵⁰.

Conforme LOJKINE, a Revolução Informacional “[...] nasce da oposição entre a revolução da máquina-ferramenta, fundada na objetivação das funções manuais, e a revolução da automação, baseada na objetivação de certas funções cerebrais desenvolvidas pelo maquinismo industrial”³⁵¹, identificando-se mudanças sociais profundas nas sociedades capitalistas. Afirma o autor que a divisão social do trabalho continuará como antes, pois segundo ele os dirigentes empresariais quando buscam novos usos para a automação ou para as novas tecnologias da informação “[...] sempre procuram preservar o essencial: o lucro e o poder estratégico”³⁵².

Pode-se afirmar que a globalização econômica como também as novas Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC) foram e ainda são responsáveis por várias mudanças estruturais, que estão relacionadas com as atividades produtivas das empresas e com as relações de trabalho daí resultantes e, que tem exigido uma maior qualificação e flexibilidade na elaboração das tarefas tradicionalmente executadas pelos trabalhadores.

Tal situação permite identificar que entre as principais mudanças ocorridas estão àquelas relacionadas: com “[...] a estrutura do emprego, com a ampliação do peso das atividades do setor terciário, [...] deterioração dos mercados de trabalho dos países desenvolvidos acompanhada de uma queda na taxa de geração de emprego, aumento das ‘inseguranças’ no trabalho, queda dos salários reais, aumento do peso das ocupações precárias, etc.”³⁵³.

Isso se deve ao fato de que os sistemas tradicionais de produção industrial se qualificam como rígidos e inflexíveis e, por isso, não conseguem se adaptar as mudanças exigidas pelos mercados agora marcados pelo consumo e não apenas pela produção, o que conduz a alteração das decisões empresariais no tocante a produção e ao modelo de relações trabalhistas, já que, a aplicação das TIC pressupõe outras formas de arranjos para os distintos fatores produtivos da organização empresarial³⁵⁴.

³⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 121.

³⁵⁰ MATTOS, F., 2005, pág. 7.

³⁵¹ LOJKINE, J., 1999, pág. 14.

³⁵² *Idem, ibidem*, pág. 247.

³⁵³ MATTOS, F., 2005, pág. 5.

³⁵⁴ Cf. JÁUREGUI ATONDO, R.; MOLTÓ GARCÍA, J. I.; GONZÁLEZ DE LENA, F., 2004, pág. 62.

Em relação à aplicação das TIC, chama a atenção àquelas transformações específicas que vem ocorrendo na denominada estrutural setorial do emprego, na crescente concentração de renda e da riqueza, no aumento na precarização dos mercados de trabalho, que acabam se refletindo na ampliação do desemprego, no avanço do peso dos contratos de tempo parcial e de caráter temporário e pela queda dos salários reais.

É importante destacar que com a Revolução Tecnológica tem sido possível a mundialização³⁵⁵ dos sistemas de produção e distribuição, sendo que a globalização não é apenas um conceito econômico produtivo ou comercial que reordena os mercados locais de capitais, de produtos e o mercado de trabalho, mas “[...] a mundialização é um fenômeno mais amplo que abarca aspectos culturais e políticos sem os quais a efetividade da mundialização econômica não seria possível”³⁵⁶.

Desta maneira, a mundialização da economia para funcionar segundo a lógica da produtividade, da competitividade e do lucro, tem facilitado o deslocamento de algumas empresas dos países sedes, para os denominados países emergentes ou em desenvolvimento, onde são redistribuídas com custos mais baixos nas suas instalações.

Diante disso, tal fenômeno tem apresentado aspectos positivos e negativos, ou seja, são considerados positivos aqueles relacionados com “[...] o consumidor de um país industrial que vê ampliada a oferta de produtos [...] e também para o desenvolvimento da economia dos países emergentes, e em particular para seus trabalhadores [...]”³⁵⁷, e por outro lado, os aspectos negativos dizem respeito a utilização do trabalho infantil, a espoliação da natureza e a degradação ecológica dos países em desenvolvimento³⁵⁸.

Cabe frisar, que entre os fatores que influenciaram as transformações ocorridas no mundo do trabalho, estão presentes àquelas relacionadas com a mundialização e com a crescente terceirização da atividade econômica, assim como, com a inovação tecnológica, identificando-se o crescimento constante do peso do emprego terceirizado sobre os serviços reais avançados e, uma redução das tarefas manuais qualificadas³⁵⁹.

³⁵⁵ SEGUNDO JÁUREGUI, “a mundialização supõe a ideia de que a economia funciona a escala mundial, muito além das fronteiras, não somente dos Estados, mas das zonas ou regiões territoriais mais amplas como da União Europeia”. JÁUREGUI ATONDO, R.; MOLTÓ GARCÍA, J. I.; GONZÁLEZ DE LENA, F., 2004, pág. 68.

³⁵⁶ *Idem, ibidem*, pág. 68.

³⁵⁷ JÁUREGUI ATONDO, R.; MOLTÓ GARCÍA, J. I.; GONZÁLEZ DE LENA, F., 2004, pág. 69.

³⁵⁸ Cf. JÁUREGUI ATONDO, R.; MOLTÓ GARCÍA, J. I.; GONZÁLEZ DE LENA, F., 2004, pág. 69.

³⁵⁹ *Idem, ibidem*, pág. 70.

IV. A PRECARIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE TRABALHO A PARTIR DA MUNDIALIZAÇÃO ECONÔMICA E DAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS

A terceirização é um dos mecanismos de precarização do contrato de trabalho utilizado pelas empresas em países desenvolvidos e emergentes, “[...] na busca por um modelo que abandona a verticalização e que delega a terceiros a execução de atividades que não se relacionam com a mesma especialidade das empresas”³⁶⁰.

No entanto, as empresas multinacionais para aumentar sua competitividade e não estarem obrigadas ao pagamento das garantias sociais aos trabalhadores em seus países de origem, ao se instalarem nos países emergentes embora utilizando o mesmo processo de desenvolvimento da sede, deixam de aplicar as regras de proteção social aos trabalhadores locais, “[...] chegando inclusive a criar uma espécie de zona franca, carente de controles sobre suas condições de trabalho”³⁶¹.

Na tentativa de evitar estas práticas desleais utilizadas pelas empresas multinacionais a OIT, tem buscado “[...] estabelecer códigos de comportamentos para estas empresas, que podem ser um bom exemplo da visão da mundialização como um novo espaço para a democracia”³⁶², que permita aos países emergentes enfrentar a dimensão social do comércio internacional, como forma de respeito a sua soberania e garantir aos trabalhadores locais o efetivo cumprimento de seus direitos sociais.

Assim, o papel da OIT para confrontar tais problemáticas referentes à proteção social dos trabalhadores diante dos efeitos negativos da globalização econômica e da Revolução Tecnológica, tem sido determinantes para evitar que suas consequências sejam ainda mais danosas, o que permitiu em 1988, a criação da Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.

A Declaração é uma reafirmação universal do compromisso dos Estados membros e da comunidade internacional em geral, de respeitar, promover e aplicar de boa-fé os Princípios Fundamentais dos Direitos no Trabalho, ou seja: 1) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; 2) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; 3) a abolição do trabalho infantil; e 4) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação, salientando que as normas do trabalho não deveriam utilizar-se com fins

³⁶⁰ CALIL, LÉA ELISA SILKINGOWSKI: *Direito do Trabalho da mulher: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática*, São Paulo, LTr, 2007, pág. 65.

³⁶¹ *Idem, ibidem*, pág. 74.

³⁶² *Idem, ibidem*, pág. 75.

³⁶³ Cf. OIT – Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br> Acesso em: 07/04/2014.

comerciais protecionistas³⁶³.

A apesar dos esforços realizados pela OIT por meio de suas Recomendações e Convenções para que sejam respeitados e protegidos os direitos fundamentais no trabalho, principalmente, quando estes afetam negativamente os trabalhadores que vivem nos países emergentes, tal postura não tem conseguido impedir que todas estas mudanças deixem de se refletir diretamente sobre o emprego e as novas relações trabalhistas que se originaram por meio da mundialização econômica e, das inovações provenientes da Revolução Tecnológica.

Os desafios para os trabalhadores tanto dos países desenvolvidos como dos países emergentes (com maior incidência sobre este último), tem sido imensos, pois de tempos em tempos eles tem se enfrentado com diversas crises econômicas, sendo possível constatar, por exemplo, “[...] uma redução quantitativa do nível de emprego e mudanças qualitativas nos empregos existentes”³⁶⁴.

Desta maneira, algumas das conseqüências da inovação tecnológica e da mundialização econômica tem se refletido diretamente sobre os níveis de empregos, onde se apresentam situações em que algumas formas de trabalho são destruídas e outras novas vão sendo criadas, como aquelas

[...] de alta qualificação, que se reparte desigualmente no mundo de acordo com o grau de desenvolvimento tecnológico dos países, com as situações extremas dos países com uma clara aposta de inovação tecnológica e dos países emergentes de nova industrialização, com situações intermediárias, como o caso espanhol³⁶⁵.

Tudo isso, tem se traduzido na adoção de regras ou fórmulas que buscam cada vez mais a desregulamentação das relações trabalhistas, ou seja, a denominada flexibilização do trabalho, que “consiste na possibilidade de oferecer mecanismos jurídicos que permitam que a empresa ajuste sua produção, emprego e condições de trabalho às flutuações rápidas e contínuas do sistema econômico”³⁶⁶.

A flexibilização do trabalho pode comportar vários aspectos ou formas, como por exemplo, a flexibilidade de salários, de duração do trabalho, de contratação do trabalho e de organização do trabalho³⁶⁷, resultando na prática efeitos negativos sobre os trabalhadores no que se refere à sua saúde, sujeitando os contratos de trabalho a uma temporalidade que se reveste de precariedade, que têm sido “[...] utilizado pelos

³⁶⁴ JAUREGUI ATONDO, R.; MOLTÓ GARCÍA, J. I.; GONZÁLEZ DE LENA, F., 2004, pág. 82.

³⁶⁵ JAUREGUI ATONDO, R.; MOLTÓ GARCÍA, J. I.; GONZÁLEZ DE LENA, F., 2004, pág. 83.

³⁶⁶ BRONSTEIN, A. S., 1990, pág. 2.

³⁶⁷ Cf. BRONSTEIN, A. S., 1990, pág. 4.

³⁶⁸ Oficina de Actividades para los Trabajadores –ACTRAV de la Organización Internacional del Trabajo– OIT. Informe sobre las *Regulaciones y políticas para combatir el trabajo precario*, 2011, pág. 5.

empregadores para transferir os riscos e as responsabilidades aos trabalhadores”³⁶⁸.

Nas últimas décadas os trabalhadores têm enfrentado uma insegurança no trabalho que se manifesta por meio de condições de trabalho precárias, inseguras, incertas e imprevisíveis, que são reconhecidas como um problema de dimensões universais. Entretanto, apesar de se constatar que “[...] um número maior de países garante os direitos fundamentais do trabalho, estes direitos podem ser exercidos por um número de trabalhadores cada vez mais reduzido, devido ao aumento do trabalho precário”³⁶⁹, que pode ser compreendido como a

[...] incerteza que acarreta em relação à duração do emprego, a presença de vários possíveis empregadores, uma relação de trabalho encoberta ou ambígua, a impossibilidade de gozar de proteção social e os benefícios que em geral se associam com o emprego, baixos salários e obstáculos de caráter legais e práticos para afiliação a um sindicato e a negociação coletiva³⁷⁰.

A insegurança no trabalho tem propiciado diversos debates, já que seu impacto sobre as economias dos países industrializados e emergentes tem se revelado, principalmente, por meio do trabalho precário e da terceirização, apresentando índices maiores ou menores segundo o contexto e os antecedentes do mercado de trabalho em cada região. No entanto, a incerteza econômica que antes era uma característica predominante nas economias informais, hoje se faz presente também entre os países industrializados com a propagação/utilização das formas de emprego temporárias³⁷¹.

Neste caso, dados da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), demonstraram que de 1987 a 2007, houve um aumento no incremento do trabalho temporário na União Europeia onde se registrou um avanço de 115% em relação com os 26% do emprego global. Como resultado, a proporção do emprego remunerado global aumentou de 8,3% para 14,7%, ou seja, o trabalho temporário representou 30% de todos os trabalhos remunerados que foram criados neste período. Além disso, o trabalho temporário na Europa aumentou e sua incidência foi cada vez mais involuntária, já que, os trabalhadores preferiam ter empregos mais permanentes³⁷².

Outros dados divulgados pela OCDE confirmam que durante o período analisado, a maioria dos países da Europa Continental Ocidental experimentou um

³⁶⁹ *Idem, ibidem*, pág. 3.

³⁷⁰ *Idem, ibidem*, pág. 5.

³⁷¹ Cf. Oficina de Actividades para los Trabajadores – ACTRAV, pág. 8.

³⁷² *Idem, ibidem*, pág. 10.

aumento generalizado (e, em alguns casos explosivos) de formas de emprego temporário, que oscilaram entre 3% em Áustria, Bélgica, Luxemburgo e Alemanha, e de 16% na Espanha. Por outro lado, em Portugal, França, Itália e Países Baixos a cifra foi de 5% a 9%. No caso específico da Espanha, em 2007 a participação dos trabalhadores temporários foi de 36,7%, enquanto que a cifra de trabalhadores que não conseguiram encontrar um trabalho permanente foi de 91,5%³⁷³.

Por outra parte, os dados obtidos pela Oficina de Atividades para os Trabalhadores (ACTRAV) da OIT em 2011, demonstraram que o trabalho precário tem ocasionado um profundo impacto sobre os trabalhadores e nas sociedades onde estão inseridos, levando-se em conta as diferentes crises econômicas e as turbulências dos mercados financeiros, bem como, as crescentes taxas de desemprego, que tem se refletido na deteriorização das condições de vida e trabalho de um número cada vez maior de pessoas.

O trabalho precário também acaba originando uma instabilidade para os trabalhadores no que diz respeito à tomada de decisões em relação ao planejamento individual e familiar de suas vidas, pois aqueles “[...] sentem que não podem pensar em se casar, em ter filhos, nem comprar uma casa devido à incerteza na continuidade de seus contratos e, pelos baixos salários”³⁷⁴.

Tal situação é ainda mais preocupante em se tratando de toda uma geração de jovens trabalhadores que se vêem afetados pelo desemprego e pelo trabalho precário. Os dados da OCDE confirmam que nos 27 países da União Europeia, o desemprego juvenil passou de 15% para mais de 21% entre 2008 e 2010, sendo que na Espanha alcançou valores tão altos como o de 45,7%, esclarecendo-se que nestes percentuais não foram incluídos os jovens que realizavam trabalhos precários³⁷⁵.

O informe da ACTRAV em 2011 analisou outro elemento que necessita ser considerado quando se trata do trabalho precário, ou seja, o que se refere às más condições de saúde dos trabalhadores, que incluem aqueles vinculados as agências de emprego ou com contratos temporários e, que enfrentam “[...] trabalhos perigosos, condições psicossociais de trabalho estressantes, maior carga de trabalho e tempo de viagem desproporcional entre os diversos trabalhos realizados em diferentes locais”³⁷⁶.

Do mesmo modo, é possível observar que os efeitos negativos do trabalho

³⁷³ *Idem, ibidem*, pág. 11.

³⁷⁴ Cf. Oficina de Actividades para los Trabajadores – ACTRAV, pág.16.

³⁷⁵ *Idem, ibidem*, p.17.

³⁷⁶ Oficina de Actividades para los Trabajadores – ACTRAV, p.18.

precário se refletem diretamente sobre a saúde dos trabalhadores, uma vez que, “[...] podem reduzir a seguridade social dos trabalhadores e sua estabilidade econômica”³⁷⁷.

Estudos recentes sobre a precariedade do trabalho realizados na Espanha têm colocado de manifesto que os principais fatores de risco para aceitar um trabalho precário estão relacionados com o sexo, a idade e a classe social. Em geral, a precariedade do trabalho afeta mais as mulheres que aos homens, e mais aos jovens que as pessoas adultas. Por outra parte, quanto menos capacitados estiverem os trabalhadores, maior é a possibilidade de que seu trabalho seja precário³⁷⁸.

Afirma JÁUREGUI, que na Espanha a contratação temporária é a ferramenta de flexibilização mais utilizada, diferentemente daquelas outras usadas nos demais países europeus, “[...] como o teletrabalho, o trabalho de tempo parcial e o trabalho de tempo compartilhado [...]”³⁷⁹, chamando a atenção sobre o risco de confundir a flexibilidade com a improvisação, visto que, a flexibilidade deve ser compatível com a qualidade e a inovação fazendo-se necessário investir na formação e desenvolver a participação dos trabalhadores³⁸⁰.

Por outro lado, o informe da ACTRAV quando da análise sobre os impactos negativos da utilização do trabalho precário na atualidade, reafirma que este coloca em perigo a filiação dos trabalhadores aos sindicatos, o que acaba afetando a negociação coletiva, pois acreditam que isso pode levar a perda de seu trabalho, trazendo como resultado a própria debilitação do movimento obreiro³⁸¹.

V. CONCLUSÃO

Portanto, é possível concluir que, as transformações econômicas e as inovações trazidas pela revolução tecnológica que hoje através da mundialização/globalização da economia atingem os mercados de trabalho de todas as regiões do mundo, conseguiram alterar de maneira substancial as relações de trabalho, principalmente,

³⁷⁷ *A precariedad laboral y nuevas formas de empleo. Conceptos, evidencia e impacto en la salud*. Apresentado no Seminário: Riesgos psicosociales emergentes relacionados con la seguridad y la salud en el trabajo, no dia 08/04/2008. Agencia Europea para a Seguridad e a Saúde no Trabalho. Disponível em: <https://osha.europa.eu> Acesso em: 10/04/2014.

³⁷⁸ Cf. *A precariedad laboral y nuevas formas de empleo. Conceptos, evidencia e impacto en la salud*.

³⁷⁹ JÁUREGUI ATONDO, R.; MOLTÓ GARCÍA, J. I.; GONZÁLEZ DE LENA, F., 2004, pág. 85.

³⁸⁰ Cf. JÁUREGUI ATONDO, R.; MOLTÓ GARCÍA, J. I.; GONZÁLEZ DE LENA, F., 2004, pág. 85.

³⁸¹ Oficina de Actividades para los Trabajadores – ACTRAV, pág. 20.

pela utilização por parte das empresas capitalistas das diferentes modalidades ou formas de flexibilização do trabalho que vem atingindo um número cada vez maior de trabalhadores, que se vêem diante da redução de seus direitos fundamentais no trabalho e de prestações de proteção social cada vez mais limitada.

Neste contexto foi possível demonstrar que a precariedade do trabalho além de significar um trabalho mal remunerado, que está relacionado com a temporalidade dos contratos dos trabalhadores, tanto nos países desenvolvidos como nos países emergentes, apresenta reflexos negativos diretos sobre a saúde dos trabalhadores, de sua família e da comunidade em que vive, alcançando independentemente dos percentuais analisados, os trabalhadores homens, os jovens e as mulheres, cujas consequências, por exemplo, fazem com que se elevem os índices de pobreza e de insegurança no emprego em total desrespeito a dignidade humana de todos os trabalhadores e trabalhadoras.

4.6. SOBRE EL TRABAJO DECENTE: LA FORMACIÓN DEL CONCEPTO

ANTONIO BAYLOS GRAU

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla La Mancha*

I. UNA RED DE SEGURIDAD FRENTE A LAS CONSECUENCIAS DE LA GLOBALIZACIÓN

La década final del siglo pasado acogió la gran expansión sin restricciones de los mercados globales después del hundimiento del bloque socialista. A partir de esa inmensa epifanía retornaron antiguas convicciones sobre la importancia del mercado como modelo de orden jurídico global. La globalización creaba sus propias formas jurídicas emancipadas de los anclajes en los que se insertaban las clásicas formas de producción de normas, muy ligadas a la componente nacional-estatal, pero asimismo a su explicación político-democrática. El derecho estatal-nacional expresa una soberanía que se asienta, en la civilización del siglo XX, en el principio democrático. Frente a ello se quiere presentar un derecho que se forma en las transacciones del mercado sin referencia a la noción político-jurídica de la subjetividad del ciudadano, sustituida ésta por una situación jurídica personal que es un mero reflejo de las posiciones económicamente determinadas en la (libre) circulación de mercancías.

En este panorama, los lugares de formación de las reglas jurídicas sobre el tra-

bajo se mueven en diferentes niveles. Así, los espacios económicamente integrados en el nivel supranacional en los que se ha procedido a una semi-construcción política, del que la Unión Europea supone un ejemplo muy acabado; el orden internacional o interestatal compuesto por organismos diferentes y convergentes, en especial OIT y ONU, en donde se sigue apostando por el mantenimiento y vigencia de su capacidad uniformadora de estándares mínimos laborales mundiales, o en fin, los espacios propiamente globales, campos vacíos de imperatividad confiados a la elección voluntaria de las reglas aplicables en el sujeto actuante en los mismos, una verdadera potencia institucional³⁸², la empresa transnacional.

Esta última afirmación es significativa porque explica mucho de los rasgos definitorios de la llamada “gobernanza global”³⁸³. El espacio global se mueve, desde el plano de las reglas, a partir de la voluntad de un sujeto global que es la Empresa Transnacional (ETN). Las normas nacionales – que corresponden al Estado como centro de imputación normativa – son empleadas por la ETN como estímulo o desincentivo a su inversión en un país determinado, y hay listas de países señalados por instituciones financieras internacionales como especialmente recomendados para invertir en ellos porque la legislación nacional es débil o inexistente o el control judicial es deficiente y de difícil acceso³⁸⁴. En estos países además los sindicatos están perseguidos o tienen una reducida implantación. La vigencia de las normas internacionales, como los Tratados o Convenios de la OIT requieren una trasposición al ordenamiento interno, por lo que también en este supuesto el elemento nacional es clave para la elusión de derechos.

La empresa transnacional posee la virtud de tener múltiples localizaciones y por tanto posee la capacidad de seleccionar tanto el nivel de determinación de estándares de trabajo vigentes en el lugar que ha sido elegido como sede de la producción, como por ello mismo también el de la aplicación eficaz de dichos estándares, en función del contexto normativo y judicial del país que se trate y su posición relativa en el mismo. Por otra parte, y como el reverso de la medalla, la libertad para seleccionar el lugar de producción o localización de la empresa, que constituye un elemento fundante de la identidad de la empresa transnacional, se

³⁸² B. SAINCY, “La négociation sociale dans un monde globalisé”, en M. DESCOLONGES y B. SAINCY (Dir.), *Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale*, La Découverte, Paris, 2006, p. 21.

³⁸³ El término, empleado en un contexto de mundialización del comercio y de los debates sobre la incorporación al mismo de la cláusula social, en el texto, ya clásico de G. Van Roozendaal, *Trade Unions and Global Governance. The Debate on a Social Clause*, Continuum, London /New York, 2002.

³⁸⁴ Los informes *Doing Business* del Banco Mundial, extremadamente criticados por el sindicalismo mundial, el cual, a su vez, elabora un interesante “Índice global de los derechos de la CSI”, que subtitula “los peores lugares del mundo para los trabajadores y las trabajadoras”. El correspondiente al 2015 se puede descargar en http://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/survey_ra_2014_esp_v2.pdf. Una glosa muy interesante a este índice global de los derechos en P.J. BENEYTO, “Trabajo y sindicalismo en la globalización: del discurso retórico al recurso práctico”, *Revista Española de Sociología* n° 24 (2015).

corresponde con la de deslocalización como característica de la actuación de la misma. Con esta expresión se está haciendo referencia a la facilidad con la que las empresas transnacionales pueden transferir una parte o la totalidad de la producción a otros países con costes de producción más reducidos, y expresa por tanto la volatilidad y el nomadismo de las organizaciones productivas sin un anclaje permanente en territorios normativos estables³⁸⁵.

Por su parte, un elemento decisivo en este nuevo mundo que se abre al finalizar el siglo XX va a ser el derivado de la acentuación de la competencia entre los estados y la colocación de una determinada economía en el mercado global, lo que produce la alteración de los procesos regulativos en las relaciones laborales de cada uno de los países que compiten por su cuota de mercado, sometidos a una fuerte presión competitiva “a la baja” en un marco general de liberalización creciente del intercambio comercial que genera diferencias importantes de niveles de protección traducidos en costes de producción por la lógica de mercado imperante³⁸⁶. La reducción de la protección laboral o la mera existencia de estándares de tutela muy limitados – o prácticamente inoperantes – puede funcionar como una ventaja comparativa tanto para atraer inversiones al país del que se trate como para reforzar la competitividad de los productos de bajo coste salarial en un mercado global.

De esta manera, es inevitable concebir que los efectos negativos que este marco de globalización induce sobre las regulaciones que los Estados – nación disponen de las relaciones laborales y de protección social, pueden ser compensados mediante un proceso gradual y homogéneo de elevación de derechos sociales en todos los países del mundo, creando una especie de “red de seguridad” que impida jugar con la tutela del trabajo como factor de ventaja económica de mercado.

Esta idea, que por otra parte enlaza con los venerables antecedentes de la OIT y su rechazo fundante de la mercantilización del trabajo, en ese momento puede le-

³⁸⁵ Ni que decir tiene que esta dinámica implica una alteración importante de las nociones de espacio y territorio tal como los ha venido construyendo el derecho laboral en una relación que básicamente se apoyaba en la hegemonía de los ordenamientos jurídicos nacionales como espacios determinantes de la regulación de los derechos y obligaciones de los sujetos de la relación de trabajo. La dialéctica localización / deslocalización simboliza la apropiación de la elección del espacio regulativo por parte del sujeto – empresa transnacional, que selecciona la dimensión nacional y el nivel de imperatividad del mismo. Bajo el término “deslocalización” se engloban una serie de mecanismos y de acciones empresariales muy diversas, con efectos inmediatos sobre el empleo y las relaciones laborales. Un estudio muy interesante al respecto es el que realiza R. SASTRE IBARRECHE, “Deslocalización de empresas (reflexiones desde la perspectiva iuslaboral)”, *Revista de Derecho Social* nº 32 (2005), pags. 11 ss.

³⁸⁶ Lo que conduce, en las hipótesis teóricas alineadas con el proyecto político de dominio de la globalización, a un cuestionamiento radical del Derecho del Trabajo en los respectivos ordenamientos internos de los países más avanzados socialmente. Cfr. A. JEAMMAUD, “Le droit du travail à l'épreuve de la mondialisation”, *Droit Ouvrier* (1998), pag. 240 ss.

erse como repulsa frente a la utilización de la regulación del trabajo y su nivel de tutela como factor decisivo de competitividad en el mercado mundial, pero tiene ciertas dificultades para concretarse. En efecto, el conjunto internacional de estándares de protección que se consideran como definitorios de la comunidad internacional no son sólo las declaraciones de derechos que han establecido los organismos internacionales y en especial las Naciones Unidas, sino que se encuentran recogidos fundamentalmente en los Convenios de la OIT que constituyen el conjunto más importante de normas internacionales sobre la regulación de las relaciones de trabajo del que se dispone. Sin embargo, la diferente posición de cada Estado nacional en el mercado mundial y en la división del trabajo genera diferencias muy importantes entre los países emergentes, en vías de desarrollo o industrialmente desarrollados que se traducen en la asunción de un nivel menor o mayor de incorporación a los respectivos ordenamientos internos del cuadro normativo que se articula en la totalidad de los Convenios de la OIT.

Por ello es necesario pensar una “red de seguridad” que se concentre en los elementos que pueden dar sentido a un común denominador al que deben someterse tanto las agencias estatales como las empresas transnacionales y los propios organismos internacionales que intervienen sobre el comercio y el desarrollo mundial. Un “concentrado” de elementos que permitan un nivel de regulación laboral mínima que pueda reconocerse como tal en todos los lugares del mundo y que por tanto se incorpore como un componente permanente de la actuación de los sujetos que pueblan el espacio global como una condición de su actividad.

Este es el sentido de los debates de los años 90 sobre la determinación de las “normas fundamentales laborales” que deberían conformar ese contenido mínimo a que se tuvieran que ajustar el comercio mundial, las inversiones y la actuación de las empresas transnacionales. En este sentido se puede encontrar una correlación entre el debate sobre el contenido de esas “normas laborales fundamentales” y el concepto que el Comité de Derechos Sociales y Culturales de la ONU establece a partir de los años 90 de un “nivel mínimo esencial” (*minimum core obligation*) para cada uno de los derechos reconocidos en el PIDESC como contenido mínimo que debe preservarse en todo caso y lugar³⁸⁷, puesto que el objetivo es el mismo, establecer un conjunto de elementos imprescindibles para poder construir un mundo global sobre las bases de una civilización desarrollada y democrática.

Un umbral mínimo de derechos laborales como forma de combatir las consecuencias de la globalización. Analicemos ahora brevemente cómo se va precisando esta línea de pensamiento en la OIT y qué salidas va generando.

³⁸⁷ Sobre la aplicación de esta noción, cfr. G. MACNAUGHTON, “Beyond a Minimum Threshold: the Right to Social Equality”, en L. Minkler (Ed.), *The State of Economic and Social Human Rights. A Global Overview*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 279 ss.

II. EL TRABAJO DECENTE COMO CONSECUENCIA DE LA UNIVERSALIZACIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES BÁSICOS POR LA OIT

Es muy frecuente señalar como el momento en el que se institucionaliza a nivel internacional el fenómeno del mercado global, es el primero de enero de 1995, puesto que ese es el día en el que la Organización Mundial de Comercio, sustituyendo los antiguos mecanismos de regulación como el GATT, reforma profundamente las reglas a las que se debe someter el comercio internacional y comienza hacer evidente la disociación entre el crecimiento económico y la “equidad” en la producción y distribución de la riqueza que éste comercio genera³⁸⁸. Pero es más relevante tener en cuenta que la transnacionalización y el acceso al mercado de una amplia serie de sectores de producción en todo el mundo, junto a la emergencia de un mercado financiero global integrado, todo ello acompañado de un consenso dominante sobre postulados económicos que se definen como neo-liberales³⁸⁹, genera una fuerte contestación que no se recluye dentro de las fronteras nacionales de cada Estado, sino que busca desarrollarse en el espacio global reivindicando que otro mundo es posible. Es un movimiento que se articula en torno al Foro Social Mundial en los sucesivos encuentros en Puerto Alegre y que se visibiliza también a nivel global en las movilizaciones en Seattle (1999) precisamente frente a una reunión de la OMC. Esta movilización inaugura un ciclo de cambio político al comenzar el siglo, fundamentalmente en Latinoamérica, muy castigada por la aplicación de los paradigmas neoliberales y el pago del endeudamiento de estos países a través de la privatización de los servicios públicos y el recorte de derecho y de salarios, ante los requerimientos del FMI. Brasil, Argentina, Uruguay de una parte y el área andina – Bolivia, Ecuador y Venezuela – por otra, suponen la unión de las clases medias y populares contra las consecuencias de desigualdad y pobreza que traía consigo la financiarización de la economía y las asimetrías de la globalización y que llevó a rechazar frontalmente las consecuencias económicas neoliberales³⁹⁰.

Es en este eje en que se coloca un proceso de re-regulación que no niega la importancia de la globalización de los mercados, sino que quiere construir un espacio

³⁸⁸ D. STEVIS Y T. BOSWELL, *Globalization and Labor. Democratizing Global Governance*, Rowman & Littlefield Pubsh., Maryland USA, 2008, p. 1.

³⁸⁹ A. BIELER, I. Lindberg, “Globalization and the New Challenges for Transnational Solidarity. An Introduction”, en A. BIELER, I. Lindberg (Eds.), *Globalization and the New Challenges for Transnational Solidarity*, Routledge, London & New York, 2011, p. 3.

³⁹⁰ En concreto, respecto de Latinoamérica, cfr. P. W. DRAKE, “The hegemony of U.S. economic doctrines in Latin America”, en el interesante volumen editado por E. HERSHBERG Y F. ROSEN, *Latin America after neoliberalism. Turning the tide in the 21st century?*, The New York Press / North American Congress on Latin America, Nueva York, 2006, pp. 26 ss.

también global para los derechos. La dimensión internacional tiene por tanto que ser orientada hacia la progresiva implantación de una normatividad básica que permita dotar de eficacia general a un umbral mínimo de derechos derivados del trabajo.

En esa dirección caminan toda una serie de iniciativas que se van manifestando en los organismos internacionales a partir de lo que se podría denominar el salto de la consideración de los derechos básicos – las “normas fundamentales” – del trabajo desde el plano internacional, y la mediación necesaria de la “introducción” de los contenidos de los derechos reconocidos internacionalmente en los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales, a una consideración “universalista” del reconocimiento de los derechos – o los seleccionados como fundamentales – con independencia de su incorporación expresa al sistema jurídico nacional.

En un principio, los sindicatos y el grupo de trabajadores de la OIT, junto con algunos países intervencionistas, ensayaron estas propuestas en torno a la institución de una cláusula social en el comercio mundial consistente en el respeto de una serie de derechos que estaban reconocidos precisamente en convenios de la OIT³⁹¹. En ese proceso de depuración, el respeto de los derechos sindicales y la negociación colectiva y la proscripción de las peores formas de prestación del trabajo – trabajo infantil y trabajo forzoso – aparecían como elementos imprescindibles para formar parte de la cláusula social que debería adoptar la OMC en su reunión de Singapur en 1996. Con ello se quería por consiguiente imponer una garantía o una regla de protección en los acuerdos internacionales de comercio para establecer una relación entre el comercio internacional y el respeto de normas laborales fundamentales, recurriendo a medidas de reacción ante la vulneración de dichas normas laborales mediante restricciones comerciales o retirada de las preferencias comerciales.

Pese a que una parte importante del movimiento sindical y los gobiernos más intervencionistas ante las repercusiones que el comercio global podría tener sobre el empleo en ciertos sectores industriales en sus respectivos países, presionaron para que la OMC asumiera este compromiso como forma de limitar o condicionar la liberalización del comercio mundial, la reunión de Singapur de 1996 supuso una negativa definitiva a esta propuesta, que se sintetiza en este párrafo de la Declaración Final del Consejo de Ministros:

“Renovamos nuestro compromiso de respetar las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas. La Organización Internacional del Trabajo

³⁹¹ Una descripción muy detenida de estos procesos en G. VAN ROOZENDAAL, *Trade Unions and Global Governance...* cit., pp. 178 ss.

(OIT) es el órgano competente para establecer esas normas y ocuparse de ellas, y afirmamos nuestro apoyo a su labor de promoción de las mismas. Consideramos que el crecimiento y el desarrollo económicos impulsados por el incremento del comercio y la mayor liberalización comercial contribuirán a la promoción de esas normas. Rechazamos la utilización de las normas del trabajo con fines proteccionistas y convenimos en que no debe cuestionarse en absoluto la ventaja comparativa de los países, en particular de los países en desarrollo de bajos salarios. A este respecto, tomamos nota de que las Secretarías de la OMC y la OIT proseguirán su actual colaboración”³⁹².

Con ello el debate sobre la ligazón entre normas de mercado y garantía de los derechos laborales quedaba definitivamente orillado en la OMC, y sería posteriormente encarrilado por Estados Unidos o también la Unión Europea en torno a los Tratados multilaterales o bilaterales de comercio y mediante la introducción de mecanismos compensatorios en los países más afectados de las pérdidas de empleo generados por las deslocalizaciones de empresas o la pérdida de cuota de mercado de las empresas nacionales por la competencia de otros productos más baratos³⁹³.

La negativa a nivelar los costes sociales como condición de un intercambio comercial equilibrado colocaba a la OIT en el centro de las operaciones para la definición de un marco normativo sobre las relaciones laborales en el contexto de la globalización. Era posible en consecuencia que la OIT ofreciera un punto de encuentro en torno precisamente a lo que se debían considerar “normas laborales fundamentales”, si bien resultaría más complicado establecer la eficacia del instrumento con arreglo al cual éstas se reconocieran, como así fue.

La elección del chileno Juan Somavía como Director General daría además un empuje importante a estas iniciativas, puesto que explícitamente defendía que los derechos fundamentales positivizados en normas internacionales deberían tener una vocación de aplicación universal³⁹⁴. De esta manera, la Declaración de la OIT aprobada en la 86ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en junio de

³⁹² El texto íntegro de la declaración del Consejo de Ministros de la OMC en Singapur, se puede consultar en https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min96_s/wtodec_s.htm

³⁹³ Es el caso del *Trade Adjustment Assistance Program* (TAA), programa federal de subvenciones a los Estados para paliar la destrucción de empleo como efecto del libre comercio, iniciado en el 2002 y renovado sucesivamente bajo diversos gobiernos federales incluido el del Presidente Obama, y que es el modelo en el que se basa el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (Reglamento 1309/2013).

³⁹⁴ Coherentemente con la tendencia doctrinal que los configuraba como “derechos humanos”, se habría de definir el núcleo de los que serían considerados como derechos fundamentales en la Declaración de OIT de 1998 como el “núcleo duro” de una relación más amplia de derechos laborales. Así, M. CANESSA, “Los derechos humanos laborales: el “núcleo duro” de derechos (*core rights*) y el *ius cogens* laboral”, *Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° 72 (2008), pp. 118 ss.

1998, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, enumeraba cinco grupos de derechos relativos a varios convenios internacionales que declaraba aplicables en todos los países que forman parte de la Organización Internacional del Trabajo, con independencia de su ratificación formal o no por parte de los Estados miembros. Éstos, en efecto, “tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales plasmados en los convenios internacionales sobre a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”.

La Declaración se dotaba de un débil mecanismo de control, pero sin embargo obtuvo importantes resultados en orden a incrementar las ratificaciones de los convenios que recogían estos cinco grupos de derechos en una amplia serie de países que no lo habían incorporado a su ordenamiento. Lo más relevante sin embargo era el giro hacia la “universalización” de estos derechos fundamentales y su aceptación por Estados, empleadores y empresarios, aunque la Declaración tuviera modestos resultados medidos en términos de eficacia en cada uno de los países³⁹⁵. Este conjunto de derechos básicos y universales se convierten en un bloque normativo que se constituye como la regulación universal mínima y necesaria en materia laboral del mercado global, y se incorpora a las *guidelines* de la OCDE, al *Global Compact* de la ONU y al propio espacio transnacional que hegemoniza la ETN como sujeto clave³⁹⁶.

³⁹⁵ Son por consiguiente derechos que configuran una posición de ciudadanía ligada al desempeño del trabajo, sin que en definitiva la concreta adscripción en razón de la nacionalidad a un país determinado enerve la capacidad del sujeto de ser titular de estos derechos y de poder en consecuencia exigir la garantía de su ejercicio. Este es un proceso que suele ser considerado desde su problemática eficacia, es decir, desde el problema central de la exigibilidad jurídica de estos derechos y de los remedios jurisdiccionales que cabe aplicar en los casos en que exista una brecha entre la legalidad establecida en un estado nacional y el reconocimiento de estos derechos fundamentales para los sujetos actuantes en el mismo. Por muchos aspectos esta problemática converge con la de la exigibilidad de los derechos económicos y sociales y su garantía judicial, sobre la que hay una amplia literatura. En el ámbito cultural español, es un clásico el libro de V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002. En concreto, sobre la situación española, G. PISARELLO (Ed.), A. ANIZA y A. OLIVAS, *Derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete, 2010.

³⁹⁶ Y ello pese a que el espacio global es un ámbito privatizado, en el que sin embargo podría entrar – como así sucede paulatinamente a partir de la presencia del sindicalismo global – el esquema bilateral del contrato, mientras que rechaza la cualidad imperativa de la norma pública (internacional y nacional por defecto), incorpora sin embargo estas normas fundamentales de trabajo a partir de la voluntad unilateral de la ETN primero, en los códigos de conducta y posteriormente mediante la conclusión de acuerdos marco globales, catalogables entre las medidas de *soft law* funcionales a este espacio fluido recorrido por la ETN en cuanto sujeto y centro de imputación de reglas que encuadran su acción.

Pero la Declaración de 1998 no era suficiente ante la constatación evidente del deterioro de la situación laboral en muchos países a la vez que se incrementaba la desigualdad social en el contexto de una globalización orientada a la maximización del beneficio atrapado en la fluidez de la circulación del dinero y de las mercancías. Era necesario un salto cualitativo que estableciera no un mínimo civilizatorio en materia laboral, sino un estándar de adecuación de la normativa estatal y colectiva sobre las relaciones de trabajo. Este fue el objetivo del Informe del Director General de la OIT a la 87ª reunión (1999), en el que proponía el Programa de Trabajo Decente, una traducción literal del término inglés que en lengua castellana habría sido enunciado mejor como trabajo digno³⁹⁷, que amplía a un conjunto de estándares de condiciones de trabajo y de empleo, incluida la protección de la salud laboral, el contenido de un trabajo regulado, tutelado y capaz de generar prestaciones sociales del Estado en donde se presta, y que se configura como un elemento – tipo del trabajo asalariado dotado de estándares de protección universalmente afirmados³⁹⁸.

III. LA NOCIÓN DE “TRABAJO DECENTE” Y SU FUNCIONALIDAD COMO INSTRUMENTO DE EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS DE RELACIONES LABORALES

La noción de trabajo decente se construye desde diferentes perspectivas, con una clara determinación prescriptiva. Se han señalado hasta cuatro nociones del término³⁹⁹, pero aquí nos detendremos fundamentalmente en su consideración acumulativa. La noción básica es la que plantea la OIT en 1999, definiéndolo como el “trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social”, y que debe orientarse hacia los cuatro objetivos estratégicos de la

Hay una amplia bibliografía en español sobre el tema. En general sobre el tema, A. BAYLOS, “Los Acuerdos Marco de empresas globales. Una nueva manifestación de la dimensión transnacional de la autonomía colectiva”, *Revista de Derecho Social* n° 28 (2004), pp. 193 ss. Sobre las últimas evoluciones de este fenómeno, A. García-Muñoz Alhambra, “Acuerdos marco globales multilaterales: una nueva expresión colectiva del derecho transnacional del trabajo”, *Revista de Derecho Social* n° 70 (2015), pp. 199 ss.

³⁹⁷ Mantiene por el contrario y justifica la correcta elección del adjetivo “decente” en castellano, O. ERMIDA URIARTE, “Trabajo decente y formación profesional”, *Boletín Cinterfor* n° 151 (2000), p. 9.

³⁹⁸ Un resumen muy practicable del concepto desde su formación hasta su utilización actual, en P.A. ARELLANO ORTIZ, voz “Trabajo Decente” en A. BAYLOS, C. FLORENCIO THOMÉ y R. GARCÍA SCHWARZ, *Diccionario de Derecho Internacional del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 2065-2067.

³⁹⁹ En este sentido, véase la exhaustiva exposición de O. ERMIDA URIARTE, “Trabajo decente y formación profesional”...cit., pp. 10 ss. En igual sentido, M. Espinoza, *Trabajo decente y protección social*, OIT /CUT, Santiago de Chile, 2003, pp. 4 ss.

OIT que son: a) la promoción de los derechos laborales; b) la promoción del empleo; c) la protección social contra las situaciones de vulnerabilidad, y d) el fomento del diálogo social.

En esta definición se resalta el contenido ético, según el cual “por trabajo decente se entiende el trabajo que se realiza en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana”⁴⁰⁰, lo que se compagina perfectamente con el objetivo de “mejorar la situación de los seres humanos en el trabajo” que se propone el Programa de Trabajo Decente. Pero el concepto se va cargando paulatinamente de determinaciones más precisas. Es también “un empleo de calidad” que respete los derechos de los trabajadores y a cuyo respecto se desarrollen formas de protección social, pero asimismo se resalta «el cometido crucial de la libertad sindical y de la negociación colectiva para alcanzar el objetivo de un trabajo decente»⁴⁰¹, o en fin, que implica un objetivo político de democratización de las relaciones laborales, como participación en las decisiones sobre las políticas que afectan a los trabajadores⁴⁰².

Es decir, que desde su origen la noción de trabajo decente tiene una consideración dinámica y se despliega en un proceso que admite diferentes estadios y etapas en cada uno de los grupos de los países emergentes, en vías de desarrollo o los más industrializados y con un nivel tecnológico más avanzado y en cada uno de los países que lo componen frente a los que la OIT no aparece sólo como una organización que obliga a “respetar, promover y aplicar los principios y derechos fundamentales en el trabajo”, sino como un organismo de capacitación y de ayuda para ir extendiendo y desarrollando los parámetros en torno a los cuales se construye el concepto de trabajo decente. Es desde ese punto de vista un elemento importante de medición de las características centrales del sistema de relaciones laborales en un país determinado y consiguientemente, sirve como elemento de evaluación del mismo en relación con las pautas que caracterizan de manera general el trabajo como una actividad prestada en condiciones de seguridad y de dignidad para las personas.

A su vez, esa misma caracterización del término “en proceso” obliga a adaptar

⁴⁰⁰ M. ESPINOZA, *Trabajo decente y protección social*...cit., p. 6, subraya que de este modo en el concepto aparecen indicaciones relevantes, como la de seguridad que cobra cuerpo en la formulación del “trabajo decente” y los de equidad y de dignidad humana, a tenor de lo expresado por J. SOMAVÍA, *Un trabajo decente para todos en una economía globalizada: Una perspectiva de la OIT*, documento presentado a la Tercera Conferencia Ministerial de la OMC, 30 de noviembre al 3 de diciembre de 1999. Esta versión más ligada a los valores que defiende la noción de trabajo decente conecta con perspectivas iusnaturalistas próximas al pensamiento cristiano de una parte y con un cierto filantropismo laico por otra que lo harán muy apreciado en la doctrina laboralista latinoamericana.

⁴⁰¹ Cfr. O. ERMIDA URIARTE, “Trabajo decente y formación profesional”...cit., pp. 11-12.

⁴⁰² M. ESPINOZA, *Trabajo decente y protección social*...cit., p. 6.

la noción a las diferentes y cambiantes circunstancias de determinados sectores productivos o de servicios que cuentan con singularidades relevantes, como asimismo tener en consideración a determinadas categorías de trabajadores, tanto por prestar su actividad en sectores muy particulares sobre los que se ha efectuado un esfuerzo regulatorio especial – como el trabajo al servicio del hogar familiar – o por tratarse de categorías especialmente vulnerables. Hay que tener en cuenta que a través de la inclusión del empleo dentro del concepto de trabajo decente, se entiende que debe también incluirse en el análisis tanto “la situación de los trabajadores de la economía regular como para los trabajadores asalariados de la economía informal, los trabajadores autónomos (independientes) y los que trabajan a domicilio” en cuanto estos datos conforman la situación global del empleo en un país determinado⁴⁰³.

Además de ello, y dado que el concepto funciona principalmente como un evaluador cualitativo y cuantitativo del estado de las relaciones laborales en un país determinado, en los grupos de países equiparables y en general sobre la situación del trabajo en el mundo, se ha realizado por los servicios técnicos de la OIT un esfuerzo adicional para establecer criterios de medición verificables y homogéneos para lograr una evaluación comparable y verificable de los diferentes parámetros que se pueden emplear al respecto⁴⁰⁴.

El concepto de trabajo decente permea la propia visión de la globalización y compromete tanto a los Estados miembros de la OIT como a los empleadores y los trabajadores en un objetivo progresivo avalado por el carácter tripartito que caracteriza a la OIT. Es además un concepto permanente, que expresamente se ha revalidado por la organización a partir de la tremenda crisis financiera y económica que afecta especialmente a USA y a Europa a partir del 2008, y frente a la que también tempranamente la OIT abordó con la importante declaración del 2008 que llevaba por título “Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa” en un momento en el que la financiarización global de la economía permitía ver de manera clara la necesidad de que la recomposición de la situación económica no podía llevarse a efecto sobre la base de exacerbar la desigualdad social y reducir los derechos de los trabajadores.

El avance de esta crisis ha deteriorado sin embargo la capacidad de influencia de la OIT, que tras la elección del nuevo Director General, Guy Ryder, ha sufrido un ataque muy fuerte al tripartismo que la gobernaba por parte del grupo de los

⁴⁰³ D. GHAI, “Trabajo decente. Concepto e indicadores”, *Revista Internacional de Trabajo* vol. 122, n. 2 (2003), p. 125.

⁴⁰⁴ El artículo de D. GHAI, “Trabajo decente. Concepto e indicadores”...cit., pp. 128 ss. es precisamente un resumen del conjunto de medidores empleados y su funcionalidad a la explicación del concepto.

empleadores, centrado estratégicamente en debilitar el Comité de Libertad Sindical y posteriormente el propio Comité de Normas, mediante la negación del derecho de huelga como elemento fundamental de la libertad sindical reconocido en el Convenio 87⁴⁰⁵. Esta postura, que se coloca en el escenario general de la modificación del frente europeo como espacio en el que el crecimiento económico se acompañaba de un alto nivel de goce de derechos merced a la aplicación de las políticas de austeridad para los países sobre-endeudados por la crisis financiera, ha logrado detener y paralizar los instrumentos de queja y ha devaluado una buena parte de los informes de la OIT respecto de los países europeos en los que se está degradando de forma consciente e intensa el nivel de protección del trabajo asalariado.

En cualquier caso, la noción de Trabajo Decente sigue constituyendo un elemento importante en la concepción general del trabajo en el mundo que tiene la OIT, aún en estos momentos en los que las políticas frente a la crisis que están imponiéndose en la Unión Europea demuestran su carácter antisocial y colisionan directamente con la idea de una Europa federal y democrática que se dota de una fuerte dimensión social. El programa de Trabajo Decente, del que se ha querido suministrar algunos elementos que explicaran su formación en un momento histórico determinado, es útil para comprobar los avances en algunas áreas no desarrolladas y en ciertos países emergentes, resulta un instrumento importante para favorecer el tránsito del trabajo informal al formal en muchos estados y fundamentalmente, permite establecer un canon de corrección que posibilite generalizar a nivel global una cierta “normalización” del trabajo como un ingrediente esencial de la vida social, que no puede prestarse en condiciones de sobre- explotación ni contrarias a la dignidad de la persona. En el plano estrictamente técnico, esta noción, que revela su densidad política e ideológica, cuenta con ya con relevantes desarrollos tanto en lo referente a la orientación y consulta de propuestas nacionales, instrumentos de medición de los componentes de la noción y consideración conjunta e interrelacionada de sus cuatro grandes ejes de acción. Pero donde más se trabaja es precisamente en los posibles modelos de regulación que viabilizan la realidad del trabajo decente en determinados países, sus progresos y sus desviaciones⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ Una buena exposición del problema y de la situación en la que se encuentra actualmente, en M. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, “El derecho de huelga y el Convenio núm. 87 sobre libertad sindical”, *Derecho de las Relaciones Laborales* n° 3 (2015), pp. 229 ss.

⁴⁰⁶ Hay muchas iniciativas académicas asociadas a este impulso. Una de las redes más importantes, *Regulating for Decent Work* (<http://www.law.unimelb.edu.au/rdw>) acaba de realizar una muy productiva Conferencia en Ginebra (8 a 10 de julio de 2015), para analizar el desarrollo y la puesta en práctica de políticas “para un mejor trabajo decente”: <http://www.rdw2015.org/pages/info>.

5. DERECHO SOCIAL DEL EMPLEO (II): ÁMBITOS EUROPEO E INTERNACIONAL

5.1. APUNTES SOBRE LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES Y CUESTIONES CONEXAS

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Magistrado del Tribunal Supremo

I. CUESTIONES GENERALES

El tema elegido por los promotores de esta obra para rendir homenaje a la Dra. Quesada Segura (“La Política y el Derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo”) concuerda con su personalidad y orientación profesional. En él concurren las posibilidades de elevarse al máximo grado de la teoría (desde el concepto de las instituciones contempladas hasta las interacciones que surgen, pasando por la confluencia de entidades e instituciones que operan en este terreno), la necesidad de llevar a la práctica real el contenido de las previsiones legislativas (abiertas a todos los planos nacionales e internacionales desde los que se adoptan decisiones en el ámbito del empleo) o el desafío de explorar campos donde los laboristas coincidimos con quienes se aproximan al fenómeno jurídico desde otras perspectivas.

Descendamos al concreto tema de la libre circulación de trabajadores. No se trata ahora, obviamente, de examinar con detalle y exhaustividad la cuestión, sino de formular alguna reflexión que se sume a la abundante doctrina sobre el particular y propicie el debate. Por eso el título advierte de que estamos ante meros “apuntes”. De manera poco convencional, si se quiere, comencemos por señalar que la materia posee una funcionalidad inmediata (identificable con el contenido o alcance de la libertad en juego) pero también una multiplicidad de vertientes o perspectivas.

Comprobemos esta última idea conectando el presente Libro-Homenaje con otro muy querido por quien esto escribe. En la *Enciclopedia Laboral Básica* dedicada al Profesor Alfredo Montoya Melgar (Civitas, Madrid, 2009) aparecen diversas referencias. Destaquemos alguna de ellas a los efectos de mostrar cómo la libre circulación de trabajadores se encuentra muy presente cuando se abordan cuestiones heterogéneas.

A) Conexión con las medidas de reducción de cotizaciones

Las bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social tienen como presupuesto que el modo de financiación de la Seguridad Social sea fundamentalmente contributivo. No obstante, de tratarse de medidas fiscales habría que tener en cuenta la aplicación de la normativa comunitaria sobre la prohibición de ayudas de Estado a sectores concretos, que limiten la libre circulación de capitales y la libre competencia. A veces se combinan ambas formas de intervención y junto a las bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social se dan también deducciones en la cuota de otros impuestos como el Impuesto General de Sociedades. También cabe combinar bonificaciones y subvenciones en colectivos con características especiales, como los discapacitados (LÓPEZ GANDÍA).

B) Conexión con la Política de Colocación

Desde la perspectiva del entorno comunitario debemos resaltar que la pertenencia de España a la Unión Europea no le permite al Estado Español actuar solo en clave nacional, como dice la Exposición de Motivos de la Ley 56/2003. En sentido estricto, no existe una normativa comunitaria en materia de colocación de los trabajadores. Ahora bien, uno de los principios más importantes del ordenamiento jurídico comunitario es precisamente el derecho a la libre circulación de los trabajadores. Dentro del derecho a la libre circulación de trabajadores se deben entender comprendidos, a su vez, el derecho a responder a ofertas de trabajo y el de desplazarse libremente a otro Estado miembro con la misma finalidad. Para facilitar el ejercicio de estos derechos, se creó la red Eures, que tiene como finalidad esencial la de facilitar el intercambio de ofertas y demandas de trabajo entre los distintos países que conforman el Espacio Económico Europeo (ALARCÓN CASTELLANOS).

C) Conexión con la Seguridad Social complementaria

La Unión Europea ha dictado textos reguladores de los complementos de pensiones. El fin de estos textos es a veces aplicar los tradicionales principios de la Unión a la realidad plurinacional, pues mediante ellos se pretende facilitar la libre circulación de mano de obra a través de garantizar el tránsito de los beneficios complementarios por los distintos países (ver, por ejemplo, la Directiva 2003/41/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, por la que se pretende fomentar un mercado único de pensiones en nuestro continente (DEL VALLE VILLAR)).

D) Conexión con la Política de Empleo

En cuanto a los objetivos de la política de empleo son básicamente los siguientes: garantizar la igualdad de oportunidades y no discriminación, siendo de

aplicación a los nacionales, ciudadanos de países del Espacio Económico Europeo, y restantes extranjeros “en los términos que determine la normativa reguladora de sus derechos y libertades”; mantenimiento de un sistema eficaz de protección ante el desempleo. Combinación de políticas activas y pasivas de empleo; adopción de un enfoque preventivo ante el desempleo, con atención individualizada a los desempleados y puesta en práctica de acciones de formación, de mantenimiento y de adaptación a las necesidades del mercado de trabajo; políticas de integración laboral para colectivos desfavorecidos, en especial jóvenes, mujeres, discapacitados y desempleados de larga duración mayores de 45 años; mantenimiento de la unidad de mercado en todo el territorio estatal y promoción de la corrección de los desequilibrios territoriales y sociales; facilitar la libre circulación de trabajadores y de la movilidad geográfica en el ámbito estatal y en el europeo; coordinación de la política de empleo con la nueva dimensión del fenómeno migratorio, con la colaboración de las Comunidades Autónomas (ROJO TORRECILLA).

E) Conexión con la Política de Extranjería

Los trabajadores comunitarios que se desplazan de un Estado de la Unión a otro u otros para buscar empleo u ocupar un puesto de trabajo se rigen por las disposiciones comunitarias e internas que regulan el derecho a la libre circulación de trabajadores (art. 39 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y disposiciones de desarrollo (SSTJCE de 29 de enero de 1992, Asunto C-332/90 “Steen” y de 16 de junio de 1994, Asunto C-132/93, “Volker Steen”); en particular, en nuestro país, la norma aplicable al respecto la constituye el RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos comunitarios y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, BOE 28 de febrero). Con carácter supletorio y siempre que resulten más favorables, se les aplicarán las normas expresamente establecidas para regular la entrada, estancia, salida y trabajo de los “trabajadores extranjeros” (Disposición final cuarta. 2 RD 240/2007) del mismo modo que, de forma general, el art. 1.2 LOE indica que les será de aplicación dicha Ley “en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables” (RAMOS QUINTANA).

II. ASPECTOS GENERALES DE LA LIBRE CIRCULACIÓN

La libre circulación por el espacio comunitario constituye un bien o valor que hace acto de presencia en el Derecho comunitario, al menos, en dos planos o dimensiones bien diferentes: como objetivo de la política comunitaria (en cuyo caso la potencia normativa del mismo aparece por razones obvias bastante desdibujada), y como complejo de derechos de los que pueden servirse efectivamente ciertas personas (en cuyo caso es evidente que el mismo sí disfruta ya de verdadera fuerza jurídica, ya resulte sólo obligatorio para los Estados, ya sea directamente invocable

por las personas interesadas). En aquella primera dimensión, se manifiesta el principio de libre circulación, por ejemplo, cuando el TUE postula en su artículo 3.2 que la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de personas», o la «creación de una ciudadanía de la Unión». Todo se dirige a buscar «un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados».

La libre circulación implica que «todo nacional de un estado miembro, sea cual fuere su lugar de residencia, tendrá derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena y a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro». El núcleo de las facultades que integran ese complejo de derechos que es la libre circulación viene constituido así pues por facultades directamente vinculadas a la actividad laboral: virtualidad del principio de no discriminación por razón de nacionalidad, derecho al acceso a los servicios de colocación, intercambio de ofertas y demandas de trabajo a escala comunitaria, requisitos de acceso al empleo idénticos, etc. (GALIANA MORENO).

El Reglamento 492/2011 dispone en ese sentido que el migrante comunitario «se beneficiará en el territorio de otro Estado miembro de las mismas prioridades que los nacionales de dicho Estado en el acceso a los empleos disponibles»; prohíbe el establecimiento de cupos o porcentajes máximos en la contratación de extranjeros comunitarios; establece la necesidad de que la asistencia dada en las oficinas de empleo sea equivalente a la que disfrutaban los nacionales del país; o limita la posibilidad de que los exámenes médicos, profesionales o de otro tipo para acceder al empleo puedan resultar discriminatorios por razón de nacionalidad.

Numerosas sentencias del TJUE vienen aplicando estos principios. Por ejemplo, reputando contrarias a la libre circulación de trabajadores las reservas de cuotas de empleo en un sector de actividad a favor de los nacionales de un Estado miembro (STJCE de 4 de abril de 1974, asunto 167/73). Sin duda, la más conocida de todas es la que censuró las normas federativas del ámbito futbolístico, al hilo del caso Bosman (STJUE 15 diciembre 1995). Pero es el citado Reglamento, positivando lo manifestado por numerosas resoluciones, el que aporta otros aspectos básicos de la libre circulación:

- «El trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente que los trabajadores nacionales en cuanto se refiere a las condiciones (...) de trabajo, especialmente en materia de retribución (y) de despido».
- Se integra aquí también la libre circulación el derecho del trabajador a acceder «a las escuelas de formación profesional y a los centros de readapta-

ción o de reeducación en base al mismo derecho y en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales».

- También el derecho del trabajador a disfrutar en igualdad de condiciones los derechos de «afiliación a organizaciones sindicales y ejercicio de los derechos sindicales, incluyendo el derecho de voto y acceso a los puestos de administración o de dirección de una organización sindical» y «la elegibilidad a los órganos de representación de los trabajadores en la empresa».
- Las cláusulas contractuales o convencionales contrarias a estas reglas de equiparación en derechos laborales (retribución, condiciones de trabajo, despido) serán nulas.

III. REFLEXIONES Y SUGERENCIAS

El propósito de propiciar el diálogo, más que el de aportar contenidos muy conocidos a estas alturas, lleva a que el espacio disponible para esta colaboración se integre de diversas reflexiones colaterales.

A) Temas sociolaborales y Comunidades Europeas

Aunque España sólo se incorporó cuando ya se acercaba a sus treinta años de existencia, se cumple ahora el cincuentenario del *Tratado de Roma*, soporte jurídico de lo que hemos acabado denominando Unión Europea. Siempre que se habla de relaciones laborales y de protección social surge la crítica acerca de los escasos logros que se han alcanzado pues las legislaciones nacionales (convenios colectivos inclusive) son las que siguen marcando el compás; una mayor atención al estado de las cosas, sin embargo, permite poner en cuestión el acierto de las descalificaciones globales; lo mismo ha sucedido con la maltrecha y proyectada Constitución para Europa, objeto de valoraciones tan encontradas como inconciliables.

Por eso somos cada vez más los que postulamos el abandono de los nominalismos y de las valoraciones simplistas, no sea cosa que estemos calificando la misma realidad a través de cristales diversos o, por utilizar otro símil, ante la botella a medias (medio llena, medio vacía). El Derecho Comunitario, entendido como bloque que incorpora la interesantísima jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y no sólo como la suma de Tratados y Directivas, ejerce una influencia notable en contados aspectos de nuestro sistema de relaciones laborales, mientras que está ausente de la mayor parte de ellos; contempla sin intervenir el ámbito de la protección social pública interna, pero ordena meticulosamente el estatuto de quienes cambian de país; respeta escrupulosamente el contenido social de los textos constitucionales (siendo el español de los más ricos) pero ayuda a precisar el significado de algunos pasajes; pide a los intérpretes nacionales que integren sus previsiones en un único discurso (no estamos ante un ordenamiento jurídico distinto

del estatal, sino ante normas con origen diverso y que han de jugar con las nacionales, autonómicas, internacionales ratificadas, o convencionales), admitiendo en casos excepcionales que se interogue sobre el resultado de esa integración (por vía de cuestiones prejudiciales).

Se equivocan quienes consideran a las construcciones jurídicas del Derecho Comunitario como cuerpos extraños o exóticos. Ignorar su alcance es, sencillamente, actuar a espaldas del Derecho (sin calificativos). Por fortuna, al igual que sucediera años atrás con la Constitución y las sentencias del TC, hoy son cada vez más los asuntos en los que se manejan, con soltura, los preceptos del Derecho Comunitario y los criterios interpretativos del TJCE. Es del todo imprescindible que así suceda en temas como los de prevención de riesgos laborales (aspectos organizativos, formativos, técnicos y generales), despidos colectivos (causas, tramitación), tiempo de trabajo (vacaciones, jornada, turnos), no discriminación por circunstancias prohibidas (no sólo de género), derechos de las trabajadoras gestantes o de los padres trabajadores, insolvencia del empresario (obligaciones del Foga), contrataciones de duración determinada, participación de los trabajadores en la empresa, contratación a tiempo parcial o libre circulación de trabajadores, por citar algunos muy significativos.

La materia de la libre circulación de trabajadores en el ámbito laboral constituye un terreno inmejorable para comprobar la veracidad de cuanto antecede. La aplicabilidad directa de Derecho Originario y Reglamentos comportó cierta dificultad inicial para que las previsiones comunitarias penetrasen en la realidad, pero a las alturas del presente es claro que las cosas son bien diversas. Incluso en el ámbito del empleo público (es verdad que tras abundantes litigios) actualmente nuestros empleadores y trabajadores son bien conscientes de la igualdad de derechos entre las personas de cualquiera de los Estados integrantes de la Unión.

B) Olivier Bernard

Un nuevo caso referencial.- El Derecho Deportivo viene edificándose, curiosamente, más sobre los concretos litigios que surgen en su seno que sobre categorías y sistemas dogmáticos, aunque éstos intenten racionalizar la solución a que se llega en los primeros. Nuevamente el Tribunal de Luxemburgo sale a la palestra, al haber sentenciado el caso de Olivier Bernard, joven canterano del *Olympique de Lyon*. Conforme a las reglas federativas galas, al término de su período formativo los jóvenes futbolistas deben suscribir su primer contrato como profesionales con el club bajo cuyos colores se han venido formando.

Bernard firmó un contrato trienal como aficionado y antes de que expirase el Olympique le ofreció un contrato profesional de un año, que aquél rechazó para incorporarse a la plantilla de un club inglés (el Newcastle). Ante esa reacción, el

equipo francés se sintió dañado y reclamó una indemnización (53.357,16 euros) equivalente a la retribución que le habría abonado durante un año.

Duda jurídica.- Se discute si el principio de libre circulación de trabajadores permite a los clubes formadores impedir o disuadir a sus jugadores promesa al firmar un contrato como jugador profesional con un club de fútbol de otro Estado miembro, en la medida en que la firma de tal contrato puede dar lugar al pago de una indemnización.

Criterio del Tribunal.- Siendo el fútbol profesional una actividad económica, las libertades comunitarias resultan de aplicación, máxime cuando estamos en presencia de un trabajo por cuenta ajena.

En principio, el régimen de jugador promesa que aplica Francia constituye una restricción a la libre circulación de los trabajadores. Sin embargo, la importancia social de la actividad deportiva legítima que se fomente la contratación y la formación de jóvenes jugadores.

Por eso los clubes de fútbol que han formado en su cantera a un jugador promesa tienen derecho a reclamar una compensación si al firmar un primer contrato profesional el joven ficha por otro equipo. Pero tal indemnización se determinaría “teniendo en cuenta los gastos soportados por los clubes para formar tanto a los futuros jugadores profesionales como a los que jamás llegarán a serlo” y no factores externos como los retributivos, reales o potenciales.

Apostillas.- Aunque sin abandonar su papel tradicionalmente salomónico, el Tribunal Comunitario ha dado cierto aval a la política de cantera que ciertos clubes ponen en juego: es legítimo proteger los derechos del club formador, pero sin ir más allá de lo necesario para lograrlo. Por eso se ha advertido que resulta excesivo el pago de una indemnización cuyo importe no guarda relación con los costes reales de formación cuando el futbolista *se fuga*.

Son muchas las reflexiones que este fallo debe propiciar. ¿Qué sucede cuando el cambio de club no traspasa las fronteras del Estado? ¿Cómo se integra este enfoque con el de las cláusulas de rescisión millonarias, presentes incluso en contratos infantiles? ¿Cómo calcular el valor de la formación tanto individual cuanto colectiva? ¿Qué valor tendrían las cláusulas penales aceptadas al iniciar el período formativo? ¿Es atacable la decisión empresarial de prolongar o acortar el período formativo? ¿Con qué antelación ha de ofertarse la contratación laboral? ¿Qué sucede si todo ello ocurre con un *falso aficionado*? ¿Tenemos bien delimitadas las fronteras del deportista en formación, sea laboral o no su vínculo?

En todo caso, la repercusión que las cuestiones sobre Derecho Deportivo poseen

inclina a elegir este caso (poco citado) como muestra gráfica de que el principio de libre circulación de trabajadores posee virtualidades múltiples. No solo permitir el acceso al empleo en igualdad de condiciones (Bosman) sino también realizar una construcción jurídica deductiva para afrontar cuestiones concretas y aparentemente ajenas al mismo.

C) Ofertas discriminatorias

El art. 22 de la Ley 56/2003, de 16 diciembre, de Empleo, establece la necesidad de respetar los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación, garantizando la plena transparencia del proceso de selección para el acceso a un empleo; el art. 16.2 ET extiende la virtualidad de ese principio a las agencias de colocación; la Ley 62/2003 asumió el principio de igualdad de trato, con el deseo de complementar el texto constitucional y trasponer la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En todo ese conjunto normativo se viene a decir que el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta, en el acceso al empleo, por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona. De manera concordante, el artículo 16.2 LISOS prescribe que los empresarios incurren en infracción muy grave si incurren en la conducta consistente en *“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 sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado”*.

Cuando una persona es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por las circunstancias tuteladas por la ley estamos ante una discriminación directa, prosrita por múltiples textos normativos. Por eso no se entiende el revuelo ocasionado por alguna sentencia que confirma la sanción administrativa (tres mil euros) impuesta por la Autoridad Laboral a una empresa que había publicado una oferta de empleo requiriendo añadiendo la mención “Edad entre 35-45 años”, lo que se ha considerado constitutivo de una discriminación desfavorable por razón de edad y contrario a diversos preceptos.

En realidad, la lectura de la prensa del fin de semana proporciona muchas veces claros ejemplos de exclusiones probablemente antijurídicas; bien puede la Inspección de Trabajo levantar Actas de infracción mientras se toma un café en la propia oficina, por decirlo de manera provocativa. La libertad empresarial de contratar a

las personas que prefiera, es grande, pero no puede amparar la discriminación. Salvo que concurriese una justificación objetiva y razonable (por ejemplo, si se ofreciera la contratación en prácticas o para la formación), la exclusión de colectivos sociales en función de las referidas circunstancias contraviene uno de los límites que a aquélla se han establecido.

Por descontado, siendo ilícita esa discriminación directa, hay que advertir que la corrección de esas ofertas publicitarias constituye un objetivo (además de fácil de conseguir) mínimo pero no suficiente. Igualmente sería sancionable la discriminación real pero encubierta o indirecta (decisión empresarial aparentemente neutra que pueda ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de alguna de las circunstancias tuteladas, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios), por descontado, siempre que se haya llegado a la convicción de que existe a partir de los indicios y medios probatorios aportados.

En suma, como la prohibición de discriminación parte de situaciones de igualdad objetiva, sólo son admisibles las diferencias de trato en el acceso al empleo cuando existe una causa (también objetiva) que la justifique. La mera preferencia empresarial por contratar personas de determinadas características no es lícita si éstas refieren a la lista de aquellas que no pueden amparar trato diverso.

Esta es la misma construcción que se aplica por el TJUE cuando se han detectado prácticas similares que se basan de manera indirecta (o directa, claro) en la nacionalidad. Por ejemplo, manifestar que determinada empresa de seguridad solo emplea “a personas del entorno” y que los clientes pueden estar tranquilos porque no habrá ciudadanos “de países lejanos” penetrando en sus negocios o domicilios.

D) Discriminaciones por edad

La inclusión del tema de la edad jubilatoria en el debate político aconseja una triple reflexión que la enmarque: 1º) Constantemente se discute sobre si hay discriminación *ratione aetatis*. 2º) No tenemos cerrado el tema de la jubilación forzosa. 3º) Fijar la edad de jubilación es una cuestión más compleja de lo que aparenta.

1º) Nuestro ordenamiento contempla la relación edad-actividad productiva desde ángulos muy heterogéneos: potenciar el empleo de los jóvenes, pero también la continuidad de los veteranos; posibilitar las prácticas, pero sin menospreciar la readaptación; evitar las discriminaciones, pero sin descartar las acciones positivas: permitir las jubilaciones forzosas, pero condicionándolas; admitir las anticipadas, pero penalizándolas; proteger sostenidamente a los desempleados de edad avanzada, pero con cuantías mínimas; etc.

Si las normas están plagadas de matices, su aplicación revela frecuentes dudas. Como mero ejemplo, durante el pasado mes de enero (2010) el TJUE ha aclarado que no es ilícito fijar en 30 años la edad máxima de acceso al cuerpo de bomberos; que es discriminatorio neutralizar los períodos de trabajo anteriores a los 25 años cuando se trata de fijar el preaviso para despidos; o que no cabe fijar jubilación forzosa a los 68 años para determinados Odontólogos si para el resto no se hace.

2º) Aunque la jubilación forzosa ha sido objeto de atención reiterada por parte del legislador y de nuestros Tribunales, el estado de la cuestión dista de ser pacífico. Ahora se discute su viabilidad en el ámbito de los convenios colectivos aplicados al sector público; el Tribunal Supremo ha concluido que, pese a la “dificultad real” con que cuentan, aquéllos han de cumplir los mismos requisitos que los aplicados en el sector privado (compromisos en materia de empleo, básicamente); por ello es prácticamente imposible que haya jubilaciones forzosas de empleados públicos porque o el convenio no contiene las contraprestaciones necesarias para ello, o si las contuviere, habría que considerarlas no puestas, por su ilegalidad.

El tema no parece cerrado. El EBEP regula el “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”, materia no reservada al funcionariado, y entre los principios inspiradores de los procesos selectivos alude a que los participantes no excedan “la edad máxima de jubilación forzosa”, presuponiendo que ésta existe. Luego el legislador ordinario (que podría prever la jubilación forzosa en el empleo público, confiando en que su actuación continuada permitirá cumplir con las contraprestaciones requeridas para que sea válida) desea que todo se interprete de modo que así suceda...

3º) La LGSS ya no mantiene en los 65 años la edad “ordinaria” de jubilación (fijada en esa cifra desde 1919); su progresivo aumento convive con numerosas posibilidades de anticiparla, postergarla, flexibilizarla o afrontarla de modo parcial. La regulación es compleja y está en constante cambio; por ejemplo, acaba de fijarse en 58 años la edad para jubilaciones anticipadas de trabajadores con discapacidades, de introducirse coeficientes reductores para bomberos o miembros de la Ertzaintza, etc. Conviene que el debate abierto sea lo bastante matizado como para abarcar todas esas opciones y no sólo la más genérica.

El régimen de la jubilación está plagado de pequeñas contradicciones y apriorismos, pero no parece que la culpa sea de las normas sino que ellas se limitan a reflejar las encontradas sensaciones y deseos de la sociedad. Podemos estar ante una buena ocasión para clarificar los grandes objetivos y no sólo la cuestión de los 65 años.

4º) Llevada esa cuestión al terreno de la libre circulación aparece una de los temas más espinosos: la evitación de perjuicios en materia de Seguridad Social a

quienes optan por cambiar de país para ejercer su actividad. Eludiendo la polémica acerca de si alguno de los que se enumera poseen o no sustantividad propia, si la lista habría de completarse todavía (con otros como los de “favor laboris”, “pro Comunitate”, “norma nacional más favorable”, etc.) y teniendo presente que, dada su interconexión, algunos de ellos serían subsumibles en un único y más amplio principio, pueden diferenciarse los siguientes (al tiempo que se indica el problema o necesidad con la que se corresponden):

1º Unicidad normativa a la hora de determinar la legislación sustantiva aplicable en materia de Seguridad Social (puesto que no existe norma internacional o Comunitaria que regule esos aspectos y el Derecho Comunitario va a optar por uno de los sistemas concurrentes).

2º No discriminación por razón de nacionalidad (puesto que los extranjeros son frecuentemente tratados de modo diverso a los nacionales y el Derecho Comunitario va a impedir que suceda así con los ciudadanos de la UE).

3º Exportación de prestaciones (puesto que el mantenimiento de los derechos adquiridos se subordina en ocasiones a la residencia en el territorio del Estado que dispensa la protección y el Derecho Comunitario va a cambiar las cosas).

4º Coordinación administrativa (puesto que las Autoridades o Entidades de los Estados implicados han de actuar relacionándose entre sí).

5º Acumulación de prestaciones (a fin de regular la posible compatibilidad de prestaciones generadas ante diversos sistemas de Seguridad Social).

6º Totalización de los períodos cotizados (a fin de no penalizar la adquisición o cuantía de prestaciones que se encuentran supeditadas a largos períodos de cotización o empleo).

7º Prorratio de las prestaciones (distribuyendo la carga financiera de las mismas, en su caso, entre las diversas Entidades implicadas).

E) Edad y Policías

Una cuestión (de las muchas) que permanece en la penumbra es la suscitada por la interrelación del dogma de la libre circulación con otros axiomas comunitarios. Por ejemplo, cuando una persona cumple los requisitos para acceder a determinada actividad en un Estado pero no lo hace en otro, al que pretende desplazarse para desarrollar su profesión. Como telón de fondo para suscitar este debate puede

traerse a colación el asunto en que un ciudadano se queja de que se le impide presentarse a las pruebas de selección (para ser policía local) por causa de su edad.

1. La STJUE de 13 noviembre 2014 ha vuelto a poner sobre la mesa el escuadrizado tema de la discriminación por razón de edad en el acceso a los empleos. En esencia, lo que se dice allí es que la prohibición de trabajar por haber cumplido determinados años solo es posible si existe una justificación objetiva y razonable, que debe acreditarse. El supuesto surge como consecuencia de que un ciudadano (Vital Pérez) combate el requisito de edad (máximo de 30 años) que contiene la convocatoria de plazas para acceder al Cuerpo de Policía Local de Oviedo.

2. La Directiva 200/78/CE admite diferencias de trato por motivos de edad si están justificadas objetiva y razonablemente por una finalidad legítima y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios. En particular, se permite el establecimiento de una edad máxima para la contratación si se basa en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación.

La Ley del Principado de Asturias 2/2007, de 23 de marzo, de Coordinación de las Policías Locales fija la edad para acceder a esos cuerpos entre los 18 y 30 años. Asimismo establece las competencias o funciones a desarrollar, reconducibles a la idea de auxilio al ciudadano, protección de las personas y bienes, detención y custodia de los autores de hechos delictivos, patrullas preventivas, regulación del tráfico, y cuantas otras similares le sean asignadas por sus superiores.

3. Sobre tales premisas de hecho y de Derecho (más las diversas normas antidiscriminatorias) afronta el Tribunal de Luxemburgo la resolución del caso 417/13. Para determinar si existe justificación bastante para la limitación expuesta, atiende también a un conjunto de circunstancias:

- La Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no contempla límites de edad.
- La regulación de otras Comunidades es heterogénea (a veces no establece límite de edad alguno, otra veces lo eleva hasta 35, 36 o 40 años).
- La jubilación está prevista a los 65 años.
- Algunas funciones de la Policía no requieren especial forma física.
- El concurso contempla la realización de pruebas físicas exigentes.
- El Tribunal Supremo anuló la exigencia reglamentaria sobre edad máxima (también de 30 años) para ingreso en la Policía Nacional.
- No se aportan pruebas sobre necesidad de etapa formativa dilatada que comporte escaso periodo de actividad posterior si se ingresa tardíamente.
- No aparece tampoco vinculación entre el requisito y el fomento del empleo de jóvenes.

- Tampoco se demuestra justificación objetiva y razonable de la medida.

4. Mediante el planteamiento de la cuestión prejudicial (al amparo del art. 267 TFUE) el Juzgado de lo Contencioso nº 4 de Oviedo consigue una sentencia que le permite resolver el litigio en el sentido que consideraba acertado y soslayar la aplicación de normas con rango de Ley. La tramitación de este incidente ha consumido cerca de dieciocho meses, pero constituye el camino más ortodoxo y seguro para inaplicar una exigencia como la examinada; distinto sería, claro, si se tratase de mero requisito reglamentario que pudiera controlarse por vía de jerarquía normativa e inaplicación.

5. Muchas veces ha tenido que ocuparse ya el Tribunal de Justicia de la Unión sobre aspectos relacionados con posibles discriminaciones en el acceso al empleo (por orientación sexual, género, etnia, nacionalidad, etc.). A estas alturas la doctrina es sólida y constante; se trata de aplicarla a cada caso. Sorprende, por ello, que quienes han intervenido en el litigio sosteniendo la validez de la exigencia no hayan practicado pruebas destinadas a mostrar su conveniencia (capacidades físicas necesarias, prevalencia de funciones operativas para policías de nuevo ingreso, relevo generacional, necesidad de jóvenes para actuar frente a ese segmento poblacional, etc.).

En esas condiciones es lógico que acabe prevaleciendo el principio general de no discriminación por razón de la edad, recogido por el Derecho de la Unión en múltiples prescripciones. El *modus operandi* es el mismo que cuando se examinan problemas de jubilación forzosa: se parte de la prohibición y de que solo cede su existe proporcionalidad de sacrificios, debidamente acreditada.

6. La sentencia debe servir también como toque de atención para comportamientos o previsiones que se basan en la edad sin clara justificación a fin de introducir diferencias. Anuncios para oficios varios (hostelería, mecánica, transporte, etc.) que restringen la edad de los candidatos; convenios colectivo que fijan niveles retributivos según le fecha de nacimiento; agrupaciones profesionales que segmentan el colectivo por su edad; ascensos o promociones que priorizan a quien posee más (o menos) años; agencias de selección que no circulan las solicitudes de la población *madura*; medidas de fomento del empleo que marginan a amplias capas *ratione aetatis*; despidos colectivos u otras medidas de reestructuración que se centran en las personas más veteranas; y un largo etcétera.

El silencio del artículo 14 de la Constitución respecto de la edad, en suma, no puede hacer pensar que siempre sea legítimo introducir restricciones tomándola en cuenta. El Derecho de la Unión, en línea con el art. 14 ET y varios instrumentos internacionales, cierra la posibilidad de adoptar medidas discriminatorias por razón de edad. El caso *Vital Pérez* es buen ejemplo de que siempre puede encontrarse

una vía para restablecer la no discriminación por una “circunstancia personal” a la que ninguna persona puede escapar.

7. Aterricemos en nuestro tema: ¿tendría alguna influencia en el caso el que Vital, al tiempo de manifestar su deseo de concursar, estuviera desempeñando un puesto similar al que pretende en otro Estado? La previsible respuesta negativa al tema, con arreglo al sentir mayoritario de nuestros días, pone sobre la pista de una cuestión en la que cabe el debate; también, desde luego, sirve para subrayar la conveniencia de que la integración de las diversas legislaciones sea mayor.

F) Discriminación por enfermedad

Cuando la salud del trabajador se ve alterada es lógico que se resienta su actividad productiva e inevitable que la empresa se inquiete por la repercusión que ello genere. Las leyes rodean el supuesto con diversas garantías: adaptación de las condiciones de trabajo a las características personales (Ley de Prevención De Riesgos Laborales); suspensión del contrato por razón de incapacidad (Estatuto de los Trabajadores); protección para quien deja de ingresar su salario como consecuencia de ello (Ley General de Seguridad Social); sanciones a la empresa que incumple los anteriores mandatos (Ley de Infracciones y sanciones en el Orden Social); cauces específicos para defender esos derechos (Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).

Se ha venido sosteniendo que el trabajador afectado por una enfermedad quedaba al margen de las normas antidiscriminatorias. La enfermedad no es un factor discriminatorio pues ni aparece mencionado como tal (Constitución, Directivas Comunitarias, Tratados Internacionales, Leyes laborales internas) ni puede subsumirse en las circunstancias genéricamente aludidas por ellas.

La STJUE de 11 julio 2006 (*Chacón Navas*) explicó que la persona despedida exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en la protección de la Directiva 2000/78/CE. El Derecho Comunitario descarta equiparar enfermedad y discapacidad pues “ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad” y “no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía”.

A ello se añade la diferencia constitucional entre el derecho fundamental a la vida e integridad física [art. 15] y la protección de la salud [art. 43.1]; el primero (cuya vulneración genera nulidad) solo protege la incolumidad corporal, evitando la lesión o menoscabo corporal (STC 207/1996), aunque cuando surja un grave peligro para la salud sí puede verse afectado el derecho a la integridad corporal (STC 160/2007). Corolario de estos planteamientos ha sido la jurisprudencia de la Sala Cuarta:

- El despido realizado en atención a una prolongada situación de enfermedad no es discriminatorio ni vulnera ningún derecho fundamental del trabajador, debiendo calificarse como improcedente, que no nulo (SSTS 23 septiembre 2002, 12 julio 2004, 23 mayo 2005, etc.).
- El despido motivado por la situación de incapacidad temporal del trabajador no vulnera el derecho a la vida e integridad física, ni dignidad, ni la enfermedad se asimila a discapacidad como factor de discriminación prohibido, por lo que procede declararlo improcedente y no nulo (SSTS de 22 noviembre 2007, 22 septiembre 2008, etc.).
- Excepcionalmente, si hallándose en situación de IT el trabajador es coaccionado para pedir el alta médica, el subsiguiente despido es nulo (STS de 31 enero 2011).

Al hilo del caso de dos trabajadoras despedidas por inasistencia al trabajo a causa de dolencias dorsolumbares (no generadoras de incapacidad), el Tribunal de Luxemburgo entiende que el concepto de «discapacidad» abarca la enfermedad de larga duración (curable o no) que comporta limitaciones en la vida profesional. Así lo manifestó la STJUE 11 abril 2013 (C-335/11 y C-337/11. HK Danmark).- Por más que no se presente como tal, estamos ante una verdadera rectificación de lo afirmado en 2006 y ante un cambio de enorme relevancia conceptual. Que la sentencia haya resuelto dudas concretas relacionadas con las leyes danesas no debe llevar a engaño.

Son múltiples las derivaciones prácticas que pueden extraerse en diversos órdenes (prevención de riesgos laborales, contratación, relaciones procesales, procedimientos judiciales, etc.). Por ejemplificar:

- Hay que revisar la separación enfermedad/discapacidad y dar paso a una nueva: enfermedad asimilada.
- Estas situaciones quedan comprendidas en la protección antidiscriminatoria, justo lo que antes se rechazaba.
- Un despido basado en la alteración de la salud padecida ya no será improcedente, sino nulo; la extinción por causas objetivas (si las ausencias intermitentes traen su causa de la enfermedad asimilada) puede merecer esa misma consideración.
- El enfoque es trasladable a la adaptación del puesto de trabajo (ritmos, horarios, equipos, equipamientos, etc.), promoción profesional, retribuciones, contratación, etc.
- Las consecuencias instrumentales (sistema indiciario, inversión del *onus probandi*, indemnidad, etc.) no se quedan a la zaga.
- Todo lo anterior depende de que se considere que estamos ante una de esas situaciones asimiladas; algunas son claras (dolencias lumbares, diabetes, asma, etc.) pero otras se calificarán a la vista de las circunstancias del caso.

La traslación de esta construcción al terreno de la libre circulación de trabajadores, desde luego, llega a la evitación de discriminaciones encubiertas respecto de las dos notas de diferencia (nacionalidad, situación psicofísica), pero suscita la duda sobre la existencia, en cada país, de parámetros diversos en orden a la determinación del alcance de las mermas psicofísicas.

5.2. EMPLEO Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UE Y EN EL CONSEJO DE EUROPA

BRAULIO GIRELA MOLINA
Profesor Asociado Doctor
Universidad de Granada

MARÍA DEL CARMEN BURGOS GOYE
Profesora Colaboradora Doctora
Universidad de Granada

I. EL CONSEJO DE EUROPA. CONSIDERACIONES PREVIAS

El problema de la política social de empleo ha estado presente desde los orígenes⁴⁰⁷ de la Comunidad Económica Europea, en un principio emerge como un problema accesorio y exiguo para finalmente convertirse en un factor concluyente en la formación económica general, siendo objeto de un proceso de estandarización normativa. En este sentido, el Tratado Fundacional de la hoy Unión Europea, firmado en Roma en 1957(TFUE) no establecía en su art.2, según su redacción original, la consecución de un alto nivel de empleo y de protección social como objetivo principal, su fin último era la creación de un mercado único de naturaleza económica, sin restricciones para los Estados miembros y a través de ella conseguir la integración en otros ámbitos tal y como refleja la redacción original del art. 118 del TCEE en su transcripción previa al Tratado de Ámsterdam, en el que se confi-

⁴⁰⁷ Que se sitúa en la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el organismo más preocupado por este tema tal y como se constata en el Preámbulo de su constitución en 1919 y, posteriormente, la Declaración de Filadelfia de 1944, en la que incardina el pleno empleo como objetivo primordial de los Estados firmantes. Y que quedo sustantivada en el Convenio núm. 122, el cual establece en su art 1, como objetivo prioritario la elaboración de una "política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido" (de 17 de junio de 1964, Política de empleo. Instrumento de ratificación de 21 de julio de 1970 (BOE núm. 124, de 24 de mayo de 1972).

guraba al empleo como derecho subjetivo a promover por la Comunidad Europea en un futuro a través de una “colaboración estrecha” entre los Estados miembros en el terreno social, sirviéndose para ello de estudios, dictámenes y organización de consultas. Y cuyas consecuencias se bifurcan en una dualidad asimétrica de efectos. El primero de ellos, las bases jurídicas para alcanzar una armonización en el terreno social al ser imprecisas y laxas, generan más inercia que incentivación al subordinar el progreso social de forma automática al económico. Mientras que el segundo, es más empírico y trascendente: continúa siendo competencia interna de cada Estado la política social; y por tanto, su regulación en materia de relaciones laborales, seguridad social y materia salarial⁴⁰⁸.

En esta perspectiva integradora conviene advertir que la política comunitaria en materia de política social y de empleo se basa en ese *principio de subsidiariedad*, acompañado del *principio de cooperación mutua* entre los países miembros, por ello su instrumentalización se realiza mediante “directrices” que deben informar las políticas de empleo adoptadas por los países miembros, existiendo un procedimiento de “información” y “control” de carácter estrictamente político, sin fuerza obligatoria de naturaleza jurídico-normativa directa. A lo que debe adicionarse, que el procedimiento previsto para lograr “una simetría de resultados por medio de la pretendida armonización”⁴⁰⁹, se instrumentalizará por Directivas, cuyo sustrato común lo constituyen la estandarización de los niveles mínimos de protección. Sin embargo, paradójicamente la redacción posterior del citado instrumento no volvió a recoger este *desiderátum* posteriormente en el art 137 del TCE. Siendo la ampliación del contenido de este precepto, y por ende, de los objetivos de la UE, la que ha llevado hasta la constitucionalización de los asuntos relacionados con el empleo. Esta formulación prioritaria en torno al pleno empleo, se convirtió en eje vertebrador del Libro Blanco de Delors⁴¹⁰ sobre el *Crecimiento, competitividad y*

⁴⁰⁸ DURÁN LÓPEZ, F.: “Trabajo y relaciones laborales en Andalucía y en la CEE”, en *Revista de Estudios Regionales*, Vol. Extraordinario IV, 1982, pág. 181.

⁴⁰⁹ Sirva de paradigma como la Directiva del Consejo de 17 de febrero de 1975, relativas a armonización en materia de despidos colectivos, en la que no se exige autorización administrativa para los despidos sino que basta la mera notificación de los mismos a la autoridad administrativa competente, y si en cambio, se exige consulta a los representantes de los trabajadores. Mientras que, nuestra legislación laboral, se superan ampliamente esas garantías mínimas al no exigir limitación numérica subordinada a la plantilla que compone la empresa. En una situación de paralelismo en cuanto a mejora que comporta nuestro ordenamiento jurídico interno son la Directiva 14 de febrero de 1977, relativa a la titularidad de la empresa, en la que además de exigir deber de notificación a los representantes de los trabajadores nuestro ET, exige celebrar consultas con los mismos para tratar aquellos puntos que puedan ser más conflictivos. A sensu contrario, en otros caso, la normativa comunitaria contiene una protección mayor a los trabajadores. (Directiva 20 de octubre de 1980, sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario, entre otros extremos, reconoce el principio de automaticidad de la protección en materia de cotización a la Seguridad Social).

⁴¹⁰ Comisión Europea: Libro Blanco. Crecimiento, competitividad, empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI. COM (93) 700, diciembre de 1993. *Vid.* examen de este documento MONTÓYA

el empleo de 1993, cuyos objetivos pivotan sobre la flexibilidad laboral y el incremento de la competitividad de la economía europea y para conseguir estos fines, se vincula a partir de ese momento de forma indisociable el desempleo con la lucha contra la exclusión social, pero a su vez, se opta por políticas de flexibilidad laboral y de contención del gasto público que implican inevitablemente reducciones tanto en la calidad del trabajo (crecimiento de la inseguridad laboral y de la pobreza) como en los niveles de la protección social a los desempleados.⁴¹¹

Sin embargo, el desarrollo de la política social comunitaria comienza a visibilizarse y a ocupar un papel relevante en equilibrio paritario al logro de unidad económica cuando se aprueba la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores en Diciembre de 1989. Esta Carta es aprobada con un doble objetivo: por un lado, recoger en un único documento los derechos que hasta ese momento habían sido consagrados a nivel comunitario, por la anuencia lograda por la colaboración tripartita de una triada de actores: los Estados miembros, interlocutores sociales y propia Comunidad Europea. Y por otro, se aspira lograr que estas modificaciones que fueron introducidas a través del Acta Única Europea, desde la vertiente social, no fueran meramente declarativas sino que adquieran la consistencia e imperatividad que tiene *per se* los derechos. En particular, los arts. del 4 al 6 de esta Carta, recogen alguna de las posibles formulaciones del término *proteiforme* de empleo y para ello, configuran como derecho fundamental “la libre elección y ejercicio de una profesión”, con arreglo a las normas que la regulen. También consagra el derecho a una retribución “adecuada” que garantice un nivel de vida digno. En síntesis, *el pleno empleo* es un objetivo a perseguir, y lo que es más relevante el “empleo” tiende a aparecer como un factor de convergencia comunitaria. Sin embargo, contradictoriamente lo realmente significativo en materia de política de empleo comunitaria más que el contenido intrínseco de la Carta, en los años anteriores al Tratado de Ámsterdam, fue precisamente que ésta utilizó como instrumento principal las conclusiones de los sucesivos Consejos Europeos (de Madrid⁴¹² en 1995, Cumbre de Florencia⁴¹³ de junio de 1996 y Consejo de Dublín⁴¹⁴ de diciembre de 1996), en las que el empleo se convirtió de forma involuntaria en el epicentro de la política social de la Unión Europea.

MELGAR, A.: “El Libro Blanco de la Comisión Europea y la reforma laboral española”, *REDT*, núm. 68, 1994, págs. 863 y ss.

⁴¹¹ SZYSZCZAK, E.: *EC Labour Law*, Longman Higher Education, 2000, págs.18.

⁴¹² DOUE 12-1995, punto 1.8.

⁴¹³ Documento “Acción para el empleo en Europa: un pacto de confianza”. DOUE, 6-1996, punto 1.3.2 y suplemento 4/96 del DOUE.

⁴¹⁴ COM (96) 134 final. Decisión 97/16, de 20 de diciembre de 1996. DOCE L 6, de 10 de enero de 1997.

II. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. UN PROCESO INACABADO

La Carta de derechos fundamentales, proclamada en la Cumbre de Niza de diciembre de 2000, constituye el primer catálogo organizado de los derechos fundamentales que ha sido adoptado formalmente por la Unión Europea⁴¹⁵ contiene un elenco de derechos heterogéneos : individuales, políticos y sociales, derechos derivados de los avances de la bio-medicina y del desarrollo de las nuevas tecnologías. El Capítulo IV, comprende los derechos de “*Solidaridad*”, que debido a su posición sistemática, conforma junto a la dignidad, la libertad y la igualdad su carácter de fundamentales e inspiradores de la propia UE: como el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (art.27), la negociación y acción colectiva (art. 28), el acceso a los servicios de empleo (art.29), la protección frente a los despidos injustificados (art. 30), el derecho a unas condiciones del trabajo dignas y equitativas (art. 31), la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo (art. 32), la protección de la familia y la conciliación entre la vida profesional y familiar (art. 33), la seguridad y la ayuda social (art. 34, la protección de la salud (art. 35), el acceso a los servicios de interés económico general, la protección del medio ambiente y la protección de los consumidores (art. 37), carácter del que carecen el resto de capítulos- Ciudadanía, Justicia y Disposiciones Generales-, cuya connotación política y procedimental, además de su carácter informador del resto de sectores del Derecho, le confieren un perfil axiológico irrefutable. Es decir, esta miscelánea de derechos sociales prestacionales viene a reforzar y garantizar el *status laboral* de los trabajadores que a pesar de sistematizarse junto a derechos al medio ambiente o a los consumidores, le impriman según reiterada doctrina una dimensión material dentro del valor de la igualdad. Por lo tanto, el reconocimiento de todos estos derechos debe entenderse como una síntesis de los proclamados en la Carta Social Europea y, a su vez, inspiradores de la Carta Comunitaria de Derechos sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989.

De modo que, este instrumento constituye la medula de la parte dogmática, en la que se consagran los derechos y libertades de los ciudadanos, de la fallida Constitución de la Unión Europea. Mientras que la parte orgánica, de dicha Constitución, la conforman la estructura y funcionamiento de los poderes públicos⁴¹⁶. Además a pesar de su intento fallido de aprobación, es innegable que el Derecho Comunitario dispone de un sistema completo de protección de los derechos fundamentales

⁴¹⁵ Con carácter general Vid, MONEREO PÉREZ, J.L.”Artículo 15. Libertad profesional y derecho al trabajo”, en *la Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (dir y coord.) Cristina Monereo Atienza y Jose Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, pp. 331-371.

⁴¹⁶ PÉREZ LUÑO, A.E.: “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Una aproximación desde la Filosofía del Derecho”, *Anuario de Derecho Europeo* núm.2, 2002, págs. 313-327.

que va más allá de la protección propia de las Constituciones nacionales⁴¹⁷.

En cualquiera de los casos, la Carta contiene un amplio elenco de derechos que exige la adecuación de las Constituciones y legislaciones de los Estados miembros, donde juega un papel decisivo la fijación de su eficacia y alcance y resolver la cuestión enervada sobre la extensión de su ámbito subjetivo ¿Solo ciudadanos comunitarios o inmigrantes? Y en el caso de estos últimos ¿Su alcance afectaría a la totalidad de derechos o solamente a un número limitado de los mismos? La respuesta la da de forma implícita la propia Carta, que a pesar de no establecer una segmentación sistemática formal diferencia seis categorías o grupos de sujetos de derechos, a saber: de la persona, de los ciudadanos de la UE, de los trabajadores de la UE, de los empresarios de la UE, de los refugiados de los residentes en la UE, y finalmente, inserta en un “cajón de sastre”, aquellos derechos que no determinan explícitamente. A lo que se debe adicionar, que los derechos sociales fundamentales recogidos en la Carta tiene unos contenidos por debajo de los mínimos recogidos en la mayoría de los ordenamientos internos de los países miembros. Y debido a su incuestionable carácter político-jurídico no ha tenido aun la valentía de recoger ni siquiera el nivel medio de derechos sociales existentes en la Unión Europea, además desde nuestro punto de vista, debe tener una aplicación universal prevalente sobre los ordenamientos jurídicos nacionales de los estados miembros. Para ello, es preciso sustituir su actual valor de declaración político por otra más acorde a sus fines (jurídico-normativa) para de este modo lograr que el marco normativo comunitario vigente en materia de empleo sea acordes a los principios integradores intrínsecos que singularizan el derecho del trabajo.

5.3. ESTRATEGIA EUROPEA DE EMPLEO

CARLOS L. ALFONSO MELLADO

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

I. INTRODUCCIÓN: LA SITUACIÓN DEL EMPLEO EN LA UNIÓN EUROPEA

Los últimos años han visto como la evolución del empleo en la Unión Europea resultaba negativa, con un incremento considerable del número de desempleados

⁴¹⁷ PESCATORE, P.: “Les droits de homme et l’integration européenne”, *Cahiers de Droit Européen*, 1968, n° 6, pág. 636.

y con desequilibrios en ese crecimiento que perjudicaban sensiblemente a los jóvenes y en menor medida, aunque también, a las mujeres. Es cierto que la evolución no ha sido igual en todos los Estados miembros y que alguno de ellos están en una situación que técnicamente se aproxima mucho a lo que podría denominarse pleno empleo, pero los datos globales de la Unión Europea sí que reflejan en conjunto esa evolución negativa⁴¹⁸.

En el segundo trimestre de 2014, la tasa de actividad para mayores de 15 años en la UE28 se situaba en el 57,6%, muy lejos de los objetivos a los que me luego me referiré (75% para 2020 aunque en ese objetivo la edad inferior es superior a los 15 años); en la UE 15 ascendía ligeramente hasta el 58%; en ambos casos aparecían serios desequilibrios pues aunque la de varones de 15 y más años ascendía en los dos casos al 64,4%, la de mujeres bajaba al 51,2 (UE28) y 51.9% (UE15) respectivamente y la de jóvenes (15 a 29 años) descendía de la media hasta el 56,2 y 57,7% respectivamente.

La tasa de paro, aunque medida en el segmento de edad de 15 a 74 años, que puede no ser real pues introduce seguramente personas que normalmente no tienen actividad por su edad, se sitúa en el segundo semestre de 2014 en el 10,1% en la UE28 y en el 10,3% en la UE15 (en 2008 se situaba respectivamente en el 7,0 y 7,1%). En todo caso existen realidades de pleno empleo técnico (paro en el entorno del 5% como Alemania, Austria, Luxemburgo, etc.), otras de paro muy inferiores a la media europea (Chequia, Dinamarca, Países Bajos, etc., con tasas próximas al 6-7%) y otras muy por encima de la media (con cifras próximas o superiores al 15% como Croacia 16,6%, Chipre 15,5%, Portugal 14,1%, España 24,5%, Grecia 26,6%).

También en estas tasas de paro los desequilibrios son notables, no entre hombres y mujeres en términos globales pues, en esas fechas y segmentos de edad, la tasa entre los varones era del 10,0% (UE28) y 10,3% (UE14) y entre las mujeres eran del 10,1% y 10,4% - aunque en algunos Estados sí existía un notable desequilibrio entre ambos colectivos -, pero sí entre jóvenes y resto de la población, pues la tasa de paro en el segmento de 15 a 29 años, ascendía al 17,2% (UE28) y 17,4 (UE15), cuando en 2008 era del 12,0% y 12,2% y si la centramos en los menores de 25 años, en noviembre del 2014 llegaba al 21,9% (UE28) y al 23,7% (UE15), pero con Estados por encima del 40% y en algún caso por encima del 50% (España, Grecia, Croacia, Italia).

⁴¹⁸ Los datos estadísticos que utilizaré seguidamente están obtenidos de las estadísticas Eurostat 2014, a ellas se puede acceder desde el Hispabarómetro de la Fundación 1º de mayo, disponible en <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/NPortada?CodPortada=1155>.

Pero además se detectaba un crecimiento del desempleo de larga duración que si en 2008 se situaba en 2,6 y 2,5% respectivamente, en el segundo trimestre de 2014 se había casi duplicado ascendiendo al 5,0% (UE28) y 5,2% (UE15).

Este proceso, que se ha agudizado en los últimos tiempos con motivo de la situación de crisis, venía observándose ya desde hacía tiempo; en concreto desde 2009 se produjo un crecimiento constante de la tasa de paro, del paro de los jóvenes y del paro larga duración; por ello, desde hace años las políticas de empleo en la Unión Europea cobraron mayor importancia, aunque en realidad el objetivo de altas tasas de empleo, con la consiguiente estabilidad social que ello produce, siempre estuvo entre los objetivos declarados de la Unión Europea.

En cualquier caso en la situación actual esas políticas han de abordar el problema de un elevado número de desempleados, un serio problema de paro juvenil y un crecimiento del desempleo de larga duración, todo ello con diferencias entre los Estados pero con repercusión global y con una situación acuciante en algunas realidades nacionales, entre ellas la española, con el grave problema social de que a fines de 2013 más de 26,5% millones de residentes en la UE estuviesen desempleados.

II. LA POLÍTICA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EMPLEO: ORÍGENES Y EVOLUCIÓN

Como he dicho, la política de empleo de la Unión Europea ha cobrado mayor importancia en los últimos años, pero en realidad desde 1997 puede identificarse ya una política específica en la materia; incluso ya en los orígenes de la UE se identificaba como uno de sus objetivos la consecución de unas sociedades con altas tasas de empleo⁴¹⁹.

Lo cierto es que el Tratado de Roma que creaba la Comunidad Económica Europea suscrito el 25 de marzo de 1957, establecía en su art. 117 el objetivo de promover la mejora de las condiciones de los trabajadores, en el art. 118 aludía al objetivo de promover la colaboración entre los Estados en temas como el empleo

⁴¹⁹ Son muchos los análisis sobre la evolución de las políticas de empleo de la UE; por citar uno como mera referencia centrada en las etapas más iniciales y porque nos puede aportar a los juristas una perspectiva interdisciplinar al proceder del ámbito de la sociología, me remito a DE PABLOS, J. C. y MARTÍNEZ, A. "La Estrategia Europea de Empleo: Historia, consolidación y claves de interpretación" *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 77, 2008, págs. 105 a 133. Para un análisis de las políticas más recientes y ahora desde el terreno jurídico puede hacerse una remisión a APARICIO TOVAR, J. "La continuidad de una política de empleo flexibilizadora en la reforma laboral de 2010", en VV.AA. *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral*, BAYLOS GRAU, A. (Coord.), Albacete, Bomarzo, 2011, págs. 15 a 45, especialmente 32 a 45.

y en los arts. 123 y siguientes creaba el Fondo Social Europeo como mecanismo para mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores.

Propiamente, pues, no existía una política europea de empleo y hasta la década de 1990 no empezaría a cuestionarse su posibilidad. Así, en 1992 se reformaron algunas instituciones para crear el EURES (Servicio Europeo de Empleo) como red de colaboración entre los servicios públicos de empleo nacionales y en 1993 se publica el Informe Delors, conocido como “Libro Blanco sobre crecimiento, competitividad y empleo” (COM (93) 700), al que normalmente se sitúa junto a la cumbre de Essen de 1995 como los orígenes de la política de empleo europea⁴²⁰, basada ya en actuaciones en ese ámbito y, sobre todo, centradas en políticas activas más que en políticas pasivas.

En realidad, normativamente la política de empleo europea arranca de la aprobación en Marzo de 1997 del Tratado de Amsterdam. En dicho Tratado se incorpora al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea el Título VIII dedicado íntegramente al empleo. En ese Título aparecía por vez primera la idea de que los Estados deberían desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, estableciéndose el fomento del empleo como una cuestión de interés común y la exigencia de que las políticas comunitarias condujesen a un alto nivel de empleo. Para ello, las medidas que se diseñaban eran el examen anual de la situación de empleo, la aprobación de orientaciones comunes a los Estados miembros, la realización por estos de un informe anual sobre las políticas aplicadas en atención a esas orientaciones y la posibilidad de que a la vista de esos informes se formularan recomendaciones concretas al Estado en cuestión. Además se creaba un Comité de Empleo que facilitase la coordinación entre los Estados miembros en estas materias, pero que era un órgano meramente consultivo. En contraposición a todo ello se mantenían las políticas de empleo, en esencia, como competencia de los Estados miembros.

En este origen de la política europea en la materia están sus propias limitaciones, al mantener las competencias esenciales radicadas en los Estados miembros y aplicar sustancialmente medidas recomendatorias y orientativas, manteniendo, pues, la política común en la materia en gran medida el ámbito del “soft law”, que se ha revelado insuficiente para lograr los objetivos establecidos, supeditándola además a los objetivos económicos, a la gobernanza económica, cuestión sobre la que volveré.

Lo cierto es que las tensiones que en materia de empleo empezaban a presentarse y que luego a partir de 2008 se agudizarían, llevaron a que se adoptase la Es-

⁴²⁰ Como señala, por todos, BALLESTER PASTOR, M. A. “Los retos pendientes en la normativa jurídico laboral española en torno a la estrategia Europa 2020”, *Revista de Derecho Social*, nº 54, 2011. págs. 12 y 13.

trategia Europea de Empleo, antes incluso de la entrada en vigor de la reforma del Tratado Constitutivo.

La cumbre extraordinaria sobre el empleo, celebrada en noviembre de 1997 en Luxemburgo, puso en marcha la Estrategia Europea de Empleo.

La estrategia se concretó mediante el establecimiento por la Comisión de directrices de empleo que contenían las orientaciones o prioridades a que debían sujetarse las políticas de empleo; los planes nacionales de empleo en los que se especificaba la aplicación en cada Estado y por la autoridades del mismo de aquellas orientaciones; el informe conjunto sobre el empleo, que permitiría conocer la situación y su evolución y orientar las medidas hacia el futuro y, finalmente, las recomendaciones que en su caso se dirigirían a cada Estado miembro en atención a todo lo anterior.

Así, aunque las medidas legislativas correspondían a cada Estado, estos y la Comunidad se comprometían a trabajar mediante lo que se conoció como “método abierto de coordinación (MAC)”, consolidando así la técnica del *soft law* en la materia y el principio de subsidiariedad, actuando la UE como impulsora, promotora, orientadora, recomendadora, pero respetando la capacidad de decisión de cada Estado, y orientando la cooperación hacia el intercambio de experiencias, el aprendizaje común, la definición de objetivos asumidos globalmente, etc.

Lo cierto es que toda la primera etapa de la Estrategia Europea de Empleo, años 1997 a 2004, presenta las mismas características, pese a sus reformulaciones en 2000 (Estrategia de Lisboa aprobada en el Consejo Extraordinario de Lisboa de marzo de 2000), y su revisión en 2002 por la Comisión, producida en un cierto momento de bonanza económica, lo que motivó una visión optimista e incluso una valoración positiva del MAC en la Comunicación que la Comisión dirigió el 17 de julio de 2002, exponiendo el balance de los cinco primeros años de la Estrategia Europea de Empleo.

En atención a ese balance, la Comisión dirigió una comunicación estableciendo un marco plurianual, período 2003-2005, para esta estrategia que, sin alterar el MAC, fijaba en materia de empleo objetivos más concretos que incluso desbordaban ese marco temporal; así, para el 2005 se pretendía alcanzar una tasa de empleo general del 67%, del 57% en empleo femenino y del 50% para los trabajadores de entre 55 y 64 años. Además se mencionaba la necesidad de mejorar la calidad y productividad del empleo y se concretaban toda una serie de medidas al respecto.

A partir del año 2005 y hasta el 2010, la Estrategia Europea de Empleo fue objeto de una nueva revisión de la que pueden destacarse algunos aspectos como los siguientes: su integración en las orientaciones generales de política económica de

tal manera que las directrices en materia de empleo se incluyen dentro de las directrices generales sobre políticas económicas; la consolidación de un marco plurianual de actuación, concretamente 2005-2008 y 2008-2010; el mantenimiento de indicadores cuantificables, que ahora se concretaban en la consecución de una tasa de empleo del 70% en 2010, del 60% para el empleo femenino y del 50% para los trabajadores entre 55 y 64 años; la vinculación que siempre había existido pero que ahora aparece claramente expresada en las directrices con la flexibilidad del mercado laboral que se considera elemento esencial para la adaptabilidad de los trabajadores y las empresas, y un cierto replanteamiento del MAC que se extiende en general a toda la política sobre crecimiento económico y empleo y que sigue comprendiendo orientaciones generales al respecto, un plan de reformas (ya no solo de empleo) de cada Estado, el informe anual de la Comisión sobre crecimiento y empleo y las posibles recomendaciones del Consejo para cada Estado.

A partir de 2010 se entra en la etapa actual caracterizada por la integración de la Estrategia Europea de Empleo en el marco de la Estrategia Europa 2020 y en la regulación de la política de empleo en el marco del Tratado de Lisboa que entró en vigor en diciembre de 2009.

Es difícil caracterizar toda esta política de empleo que llega hasta el 2010, pero posiblemente puedan establecerse algunas conclusiones, en mi opinión, poco alentadoras.

La primera es la de la profusión normativa en la materia que se ha llegado a decir que produce hastío y que parece desproporcionada para los resultados obtenidos⁴²¹.

Efectivamente y enlazando con lo anterior, la segunda conclusión que puede establecerse es el escaso éxito, en términos globales y al margen de los resultados en algún Estado concreto, de estas políticas de empleo; en general los objetivos a la altura de 2010 no solo no se habían conseguido sino que, como demostró el rápido empeoramiento de las estadísticas de empleo a raíz del cambio de situación económica, las posibles mejoras de empleo en años anteriores se habían debido al ciclo económico en el que las políticas en la materia habían tenido muy escasa influencia.

⁴²¹ Al respecto a APARICIO TOVAR, J. "La continuidad de una política de empleo flexibilizadora en la reforma laboral de 2010", op. cit. pág. 35 que remite para su estudio y es, desde luego, una buena opción que cabe reiterar, aunque con el problema de que alcanzan hasta el momento de la publicación del trabajo, a TERRADILLOS ORMAETXEA, E. "La interacción entre políticas activas de empleo y políticas económicas en la Unión Europea, el juego del método abierto de coordinación y sus efectos sobre la política de empleo española" *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 62, 2006, págs. 59 a 78.

La tercera es la clara opción por no avanzar en la integración social y por tanto la opción por un método de actuación, el MAC, que utiliza mecanismos de soft law y que no altera sustancialmente la capacidad legislativa residenciada en esta materia en general en el ámbito interno de cada Estado, supeditada además a los objetivos de política económica en los que, frente a lo que ocurre en esta materia de empleo, sí que hay una apuesta decidida de la UE por obligar a los Estados a cumplir con las recomendaciones y directrices, con lo que pareciera que la técnica del soft law se aplica de diferente manera en función de la materia sobre la que se proyecta, lo que nos conduce a una conclusión adicional, no solo cabe hablar de la integración, sino más bien de la supeditación de la política de empleo a los objetivos económicos generales de la Unión Europea.

III. LA ACTUAL SITUACIÓN DE LA ESTRATEGIA EUROPEA DE EMPLEO Y LA GOBERNANZA ECONÓMICA

En 2010 se abre una nueva etapa en la política de empleo que llega hasta el presente.

En efecto en ese momento el impacto de la crisis y las transformaciones que conlleva se está planteando con toda su crudeza y ello motivó que el Consejo Europeo, celebrado en junio de 2010, aprobase la conocida como Estrategia Europea 2020, en la que se planteaba un programa de actuación para el periodo 2010-2020⁴²².

Esta estrategia integraba o, si se quiere, consolidaba la integración de la política de empleo en un marco más amplio, el de la política económica general de la UE.

La finalidad de esta estrategia era conseguir un crecimiento sostenido y amplio, pero a su vez inteligente – basado en el conocimiento y la investigación –, sostenible – teniendo en cuenta elementos medioambientales que lleven a un uso más razonable de los recursos naturales – e integrador – garantizando un alto nivel de empleo y mayor cohesión y progreso social –.

Para ello la estrategia fijaba diversos objetivos de lucha contra la pobreza y exclusión social, contra el cambio climático y el mal uso de los recursos, en educación y en investigación y en concreto en materia de empleo, que se iban detallando posteriormente.

⁴²² Estrategia derivada de la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 “Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”.

En concreto, en materia de empleo se planteaba como objetivo para 2020 conseguir un índice de ocupación de las personas comprendidas entre 20 y 64 años, del 75%, incrementando la participación en el mercado laboral de los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los de baja cualificación, e integrando mejor a los inmigrantes en situación regular.

La estrategia mantenía en lo esencial el sistema de trabajo basado en el MAC – y con ello sus limitaciones –, si bien introducía la novedad de lo que se conocía como el semestre europeo, correspondiente al primer semestre del año. Ese semestre se inicia en realidad con la publicación del informe de la Comisión conocido como “Encuesta Anual sobre el Crecimiento”, que conlleva una valoración de la situación europea en el año anterior, los retos futuros y las directrices y orientaciones para afrontarlos. Aproximadamente en el mes de marzo de cada año el Consejo Europeo formula orientaciones para la actuación de los Estados miembros – generales –, y estos en abril presentan sus planes de actuación, básicamente dos: el programa de estabilidad y convergencia – esencial para la gobernanza económica – y el programa nacional de reformas; estos planes son evaluados y el Consejo, al finalizar ese semestre, formula recomendaciones específicas para cada Estado que a partir de ese momento estudia la forma de implementarlas, normalmente y sobre todo a través de las actuaciones legislativas y presupuestarias necesarias.

En teoría se garantiza así un sistema más unificado y coordinado de actuación, presidido ya desde el principio por orientaciones emanadas de los órganos de la UE.

Claro es, como he dicho, este sistema no supone la desaparición de las políticas de empleo específicas, sino su integración en el conjunto de la política económica. Por eso también existen directrices para el empleo, pero en forma ya de directrices integradas que tienen en cuenta las orientaciones generales fijadas en la Estrategia Europea 2020.

Las últimas directrices concretas para el empleo se aprobaron por decisión del consejo de 21 de octubre de 2010, publicadas en el DOUE de 24 de noviembre, y se prorrogaron en el año 2014, por otra decisión del Consejo de 6 de mayo de 2014, publicada en el DOUE de 4 de junio de 2014. Estas decisiones en materia de empleo planteaban como directrices objetivos muy genéricos: aumentar la participación de mujeres y hombres en el mercado laboral, reducir el desempleo estructural y fomentar el empleo de calidad (orientación 7); conseguir una población activa cualificada que responda a las necesidades del mercado y promover el aprendizaje permanente (orientación 8); mejorar la calidad y resultados de los sistemas educativos y de formación en todos los niveles e incrementar la participación en la enseñanza superior o equivalente (orientación 9) y, finalmente, promover la inclusión

social y la lucha contra la pobreza (orientación 10). Para todo ello se establecían recomendaciones en muchos temas: cualificación y formación, políticas salariales, dialogo social, flexibilidad laboral, servicios para los ciudadanos, modernización de la seguridad social, etc., todo ello teniendo en cuenta la tasa de ocupación y los objetivos pretendidos por la Estrategia Europea 2020.

Pero además la Unión Europea en este período ha adoptado numerosas iniciativas en materia de empleo, respondiendo en unos casos a las situaciones del momento y en otros, pretendiendo unos objetivos a más largo plazo. Entre el primer tipo de iniciativas están sin duda los diversos planes adoptados en materia de empleo juvenil; entre las segundas está por ejemplo el Programa conocido como EaSI (Programa de la Unión Europea para el Empleo y la Innovación Social), que pretende integrar tres programas ya existentes: PROGRESS (Programa para el empleo y la solidaridad social), EURES (Servicios europeos de empleo) y Microfinanciación y emprendimiento social (programa de financiación y microcréditos).

Puede verse, pues, que la integración de la política de empleo en un marco más amplio, no ha reducido su aparente importancia. En principio no podría ser de otro modo si se tiene en cuenta un segundo elemento que condicionaba las políticas de la UE en este período.

En efecto el Tratado de Lisboa que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 supuso una reformulación del Tratado de la Unión Europea (TUE) y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), así como la atribución de eficacia normativa a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, si bien esta no contiene expresamente una mención al pleno empleo, aunque sí reconoce el derecho a trabajar (art. 15.1).

En el art. 3.3 TUE se señala el objetivo de conseguir una economía tendente al pleno empleo y al progreso social.

A su vez el art. 9 TFUE establece que en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud.

Estos objetivos generales, que pasaban a enunciarse como objetivos generales para la UE se desarrollaban en el Título IX del TFUE (arts. 145 a 150), que en buena medida reproducía normas precedentes y asumía el modo de actuación en la materia basado en el MAC, y que se completaba y coordinaba de algún modo con los Títulos X (Política Social) y XI (Fondo Social Europeo) (arts. 151 a 164 TFUE).

Todo lo anterior podría haber producido unas perspectivas alentadoras para la política de empleo de la UE, pero realmente no ha sido así; no lo ha sido porque, pese a que podía haberse caminado por la senda del progreso y la cohesión social, la UE ha antepuesto objetivos economicistas y de respuesta a la crisis y la nueva situación mundial mediante equivocadas políticas de ajuste y recorte en el gasto público y en los derechos sociales que, sin duda, han impactado seriamente en lo que podía haber sido una política de empleo diferente.

En efecto, sobre todo a partir de 2011, los instrumentos de la Gobernanza Económica, basados en determinados preceptos del TFUE y en los protocolos anexos al mismo números 12 (procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo), 13 (criterios de convergencia) y 14 (Eurogrupo), han derivado en una serie de orientaciones y recomendaciones sobre actuaciones económicas que prevalecen sobre cualquier consideración social y que, a diferencia de otras orientaciones y recomendaciones, se convierten en firmes actuaciones de planificación e intervención, dotadas de coactividad por la amenaza de sanciones para los Estados incumplidores y por una opción clara de determinadas instituciones de la UE por imponer el cumplimiento de las mismas⁴²³.

El impacto negativo de estas reglas de gobernanza sobre las políticas de empleo y sociales de la UE y de los Estados miembros ha sido evidente y, desde luego, ha postergado los objetivos sociales en aras a una pretendida recuperación económica basada en políticas de austeridad. Se puede decir que el objetivo del pleno empleo se ha supeditado así a otras políticas⁴²⁴ y ha pasado a ser, de algún modo, un objetivo menos prioritario, postergado y contemplado en una perspectiva secundaria pues, aunque en la Estrategia para 2020 y en las políticas de la UE en la materia se mantienen aparentemente los tres objetivos básicos, incrementar la productividad, la competitividad y la cohesión social, lo cierto es que los dos primeros han ido ganando peso frente al tercero en detrimento así de los objetivos sociales⁴²⁵. Las políticas de empleo se han visto, pues, afectadas por el impacto negativo que en todas las políticas sociales y en la regulación europea y nacional de las relaciones están teniendo las reglas sobre Gobernanza Económica Europea⁴²⁶, cuyo replanteamiento es no solo una exigencia de buena parte de los ciudadanos europeos, sino una necesidad social y democrática inaplazable.

⁴²³ Al respecto, por todos, VELA DÍAZ, R. “Gobernanza Económica Europea y sistemas de relaciones laborales”, *Revista Trabajo y Seguridad Social CEF*, n° 385, 2015. págs. 13 a 48, específicamente 19 y 20.

⁴²⁴ APARICIO TOVAR, J. “La continuidad de una política de empleo flexibilizadora en la reforma laboral de 2010”, op. cit. pág. 45.

⁴²⁵ BALLESTER PASTOR, M. A. “Los retos pendientes en la normativa jurídico laboral española en torno a la estrategia Europa 2020”, op. cit. pág. 19.

⁴²⁶ Me remito al respecto, además de a las obras citadas en las dos notas anteriores y, entre otros muchos, al documentado análisis sobre las implicaciones en el Estado español de VELA DÍAZ, R. “Gobernanza Económica Europea y sistemas de relaciones laborales”, op. cit. págs. 28 a 46.

IV. CONCLUSIONES

Puede verse, pues, que la política europea en materia de empleo ha sido prolija en instrumentos; primero como parte de una política relativamente autónoma y, posteriormente, como parte integrada e inseparable de la política económica general de la Unión Europea. Lo anterior no sería necesariamente negativo, pero sí lo es que en esa integración la política de empleo y en general todas las políticas sociales se subordinen a los objetivos económicos, determinados muchas veces al margen de los intereses de los ciudadanos europeos y en una política de supuesta estabilidad basada en el ajuste y el control presupuestario, en la limitación del gasto público y de los derechos sociales, que están impactando muy negativamente en la cohesión y en el progreso social. Posiblemente por eso hoy se ven muy lejanos los objetivos de conseguir las altas tasas de empleo y de empleo calidad que se derivaban de las estrategias europeas comentadas.

En la materia subyace la contradicción presente en estos momentos en todo el ámbito de las políticas europeas entre lo social y lo económico y, en definitiva, entre el avance hacia una Europa más integrada, lo que solo se logrará potenciando su dimensión política y social, o una Europa presidida exclusivamente por una finalidad meramente economicista. De cómo se resuelva este debate dependerá, sin duda, el futuro de las políticas de empleo en la Unión Europea.

5.4. INSTRUMENTOS FINANCIEROS DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LA PROTECCIÓN Y EL FOMENTO DEL EMPLEO

SALVADOR PERÁN QUESADA

*Profesor Ayudante Doctor en Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
Coordinador del Observatorio Jurídico Laboral
de la Violencia de Género*

I. UN PROYECTO EUROPEO DE UNIÓN QUE SE DESVANECE

Escribir en el libro homenaje a mi madre por motivo de su jubilación tiene claras implicaciones emotivas. Mi madre siempre ha predicado con el ejemplo su

enorme compromiso social, académico e investigador, confío haber sabido aprender algo de ella. Es una mujer luchadora y valiente, que ha dedicado su vida a la igualdad, pero que, como diría Silvio Rodríguez *seguirá jugando a lo perdido*, desde otras atalayas pero con la misma ilusión y principios de siempre.

No puedo dejar de celebrar la materia asignada para este pequeño homenaje en relación a la labor e inquietudes de mi madre. Por una parte, por la profunda preocupación que ha mostrado a lo largo de toda su actividad profesional con las vías para la creación de un empleo digno y con garantías, y en segundo lugar, por su marcado carácter europeísta. Mi madre siempre ha creído / soñado con una Europa social, justa y avanzada, capaz de ser un ejemplo en el contexto global, de cómo conjugar derechos e intereses contrapuestos desde una perspectiva democrática y solidaria. El contexto actual nos sitúa ante el reto de repensar Europa, de valorar lo conseguido y de diseñar un espacio político, económico y social capaz de superar la situación de estancamiento en el que nos encontramos. Releer sus aportaciones doctrinales representa un buen ejercicio para rastrear claves de cómo llevarlo a cabo.

Decía Karl Marx que los grandes acontecimientos históricos tenían la capacidad de repetirse, con la particularidad de que la primera vez se manifestaban como tragedia y la segunda como farsa. No cabe duda que lo hacía pensando en la historia europea y no cabe duda que este axioma ha quedado gravado en el devenir histórico de nuestro continente. Que la Unión Europea fuese una respuesta coherente y sensata a la mayor de las tragedias padecidas en el viejo continente, no parece óbice para que su cuestionamiento actual se nos muestre como una farsa grotesca.

Es evidente que el contexto actual sería más proclive a un entendimiento que aquel que hizo posible un pacto duradero de alianza entre aquellos estados-nación que acababan de librar una de las mayores y más sangrientas guerras.

Especialmente porque una “gran virtud” de aquella guerra europea – y de la primera también -, fue su capacidad para poner en crisis el ideal internacionalista de las grandes organizaciones obreras de Francia, Alemania y Reino Unido. Significaron un auténtico trauma nacionalizador, que ha marcado el modo de cooperación que definimos para Europa.

Pero si en el nacimiento de la Unión, los países europeos hicieron de la necesidad una virtud, en especial Francia y Alemania, en la actualidad, muestran una decidida actitud a anteponer los intereses particulares que la salvaguardia de la estabilidad colectiva, aunque ello implique situarse ante un callejón sin salida.

Parece que los principios de solidaridad, cohesión territorial y justicia social se

han desvanecido de la construcción presente y futura comunitaria, para dejar paso a un escenario de suspicacias, sospechas y desconfianzas que hacen que cada Estado – o incluso cada región - busque su camino, desde el desconocimiento que la unión hace la fuerza, pero desde el convencimiento que los populismos nacionalistas ganan las elecciones.

El escenario político que se nos presenta a nivel comunitario es complejo y requiere una segunda fase de construcción, al igual que nuestra democracia requiere de una segunda transición, para adaptar, sin aspavientos, las normas básicas de convivencia a las circunstancias y necesidades presentes. La construcción europea huyó del empoderamiento democrático de la ciudadanía, por el temor a que la participación colectiva pudiese frenar los procesos de convergencia económicos basados en un liberalismo poco disimulado.

El escenario presente nos deja un mensaje claro, la nueva Europa o es democrática o no será. Debemos ser conscientes de la delicada materia de la que está hecha la Unión Europea. El apego a los logros de los Estados de bienestar de la posguerra y en algunos casos su mitificación, ha reforzado la idea de asimetría entre unos Estados-nación donde reside efectivamente la soberanía nacional y un complejo sistema de cooperación continental regido por tecnócratas. El problema radica precisamente en que la fuerza de la Unión Europea se sedimenta en la creciente debilidad de los Estados-nación, lo que hace que la disyuntiva entre espacios permeables e impermeables a la participación ciudadana debilite una construcción federalista, integradora y plena a nivel europeo.

Observemos el modo en que las políticas comunitarias de empleo se han desarrollado a lo largo de este tiempo, como ejemplo paradigmático de esta dimensión verticalista y muchas veces voluntarista y alejada de la realidad de sus acciones. Especialmente por su exagerada carga programática. No olvidemos el slogan de la Cumbre de Lisboa que pretendía hacer de la Unión – precisamente para el momento en el que nos encontramos actualmente - *la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo*, con el pleno empleo como objetivo global.

Pocas declaraciones como esta tienen la capacidad expresiva de describir la decadencia en la que el modelo comunitario se encuentra en la actualidad. Hablar hoy de pleno empleo, altamente cualificado y de calidad – al menos en los países del sur de Europa – es un atrevimiento intolerable, y alejado de las recetas que la troika ha impuesto a los países mediterráneos como vía apropiada de recuperación – o más bien de reestructuración – económica. El diseño de estrategias absolutamente desvinculadas de las necesidades concretas de la ciudadanía se ha mostrado ineficaz, especialmente por su debilidad para avanzar en la cohesión social y territorial de Europa. Vertebramos Europa con más Europa, con más integración.

II. LA CONSOLIDACIÓN DEL EMPLEO COMO OBJETIVO PRIORITARIO COMUNITARIO

Es recurrente caer en el error de identificar las políticas y acciones comunitarias como un todo homogéneo, burocratizado y más o menos inoperante, y dejar de valorar los avances, no siempre sencillos, en el campo político. Debemos celebrar el lugar estratégico en el que quedan encuadradas las políticas de empleo en el Tratado de la Unión Europea y su reforzamiento a través de la Estrategia Europa 2020. No cabe duda del carácter liberal de las medidas, en su *modus operandi* pero también en su filosofía. El crecimiento como modo apropiado para la creación de empleo y el progreso social y la movilidad laboral y la alta cualificación como instrumentos necesarios para alcanzarlos, aderezados con medidas flexibilizadoras que permitan al mercado lograr estos objetivos por sí mismo.

Pero si bien es positiva la idea política de una Europa unida que integre las problemáticas sociales y laborales y la cohesión territorial y el pleno empleo como uno de sus fines fundamentales, las recetas adoptadas para ello no han obtenido el objetivo deseado. En todo caso, el modelo asimétrico de integración comunitario no ha favorecido en lo más mínimo. La ecuación de países centrales imponiendo medidas neoliberales a unas periferias especializadas en actividades económicas de baja cualificación y productividad, ha dejado tras de sí – al menos para estos – un escenario de trabajadores desempleados, mercados laborales desestructurados y falta de expectativas para aquellos que han dedicado mayor esfuerzo a su cualificación profesional.

Y es que la idea de mercados laborales adaptables y con capacidad de dar respuesta a los cambios económicos, basados en las nuevas tecnologías y en la alta cualificación y formación, requiere de una cultura, una estructura y una estrategia de la que carecemos. Desde las élites europeas se pensó que estas dificultades podrían superarse por una doble vía, la famosa Estrategia Europea de Empleo – caracterizada en lo ideológico por el prisma de la flexiseguridad, y en lo operativo por el método abierto de coordinación – y el también conocido Fondo Social Europeo (en adelante FSE), creado a principios de la década de los sesenta, como principal instrumento de lucha contra el desempleo.

De este modo el FSE, representaba el contrapunto al avance político desregularizador de los mercados laborales, a través de un sistema de impulso – especialmente financiero – de instrumentos operativos dirigidos a favorecer el empleo, pero también la libre circulación y la integración social y laboral de grupos específicos.

Y esto ha sido importante, ya que ha representado la pata débil pero necesaria del modelo europeo de empleo, que ha permitido integrar, al menos discursiva-

mente, la idea de la igualdad de oportunidades, la inclusión social y la lucha contra la pobreza y la necesidad de mejorar de la calidad y los resultados de los sistemas educativos y de formación, en su dinámica operativa.

Desde el punto de vista institucional ha significado el impulso del nuevo Programa de la Unión Europea para el Empleo y la Innovación Social – de 2013 -, heredero de los destacados Progress (Programa para el empleo y la solidaridad social) y EURES (Servicios Europeos de Empleo), como vía para redefinir la dimensión social y laboral y ámbito apropiado para fijar las prioridades de la Unión en materia de empleo.

Este marco general no ha ocultado sus debilidades estructurales para crear un mercado laboral comunitario marcado por la cohesión social y la igualdad de oportunidades de empleo para todos los pueblos que componen la Unión Europea.

III. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LAS VIRTUDES Y CARENCIAS DEL FONDO SOCIAL EUROPEO

Pensar hoy a cerca del FSE nos lleva a reflexionar sobre lo mucho que ha evolucionado desde su creación en los años 70. Ha sido una figura clave a nivel comunitario, que permite identificar el carácter y el alcance de las políticas de empleo europeas a lo largo de este tiempo.

Su importancia histórica se deriva del hecho que fue el primer fondo estructural creado y diseñado a nivel comunitario, inaugurando un conjunto de instrumentos operativos, donde lo importante no era tanto la coordinación legal como la intervención directa y efectiva sobre contextos sociales con especiales dificultades para el empleo.

Dirigido en un primer momento a resolver los problemas propios de un periodo marcado por importantes reestructuraciones productivas, su primer objetivo fue el de permitir una formación profesional a trabajadores ligados de un modo rígido a sectores productivos determinados, que estaban sufriendo importantes procesos de externalización y donde el mayor problema se derivaba de la ausencia de puestos de trabajo alternativos y de una clase trabajadora especializada donde sus capacidades de “movilidad funcional” eran más bien limitadas.

Pero si en un primer momento las acciones a sufragar por este fondo eran los costes de formación profesional y reinstalación de los trabajadores víctimas de reestructuraciones económicas, en la actualidad los objetivos son muchos más amplios comprendiendo iniciativas dirigidas a mejorar las oportunidades de empleo de los trabajadores desempleados, a la favorecer la inclusión social y luchar contra la pobreza de aquellos grupos sociales con especiales riesgos, a promover la educa-

ción, la adquisición de capacidades y el aprendizaje permanente y llevar a cabo políticas de inclusión activas, sostenibles y exhaustivas.

Efectivamente la evolución de estos instrumentos ha sido enorme, no solo por la ampliación sistemática de su alcance objetivo sino sobre todo por su fortalecimiento en la vertebración del llamado modelo europeo. El Tratado de Maastricht desempeñó una labor clave en un doble sentido. En su dimensión política, al reforzar el objetivo de la cohesión económica y social en el marco de la Comunidad. En su dimensión económica, al situarlo como un instrumento estratégico para hacer posible dicha cohesión - no olvidemos que a día de hoy el FSE representa el 25% del gasto en cohesión social del presupuesto comunitario -.

Política integradora que se mostraba como la base material para una zona monetaria común, cuya viabilidad pasaba por una necesaria convergencia de las magnitudes macroeconómicas - bajo el criterio de baja inflación y reducida deuda y déficit público - y por un contexto económico y social que hiciese posible la movilidad del conjunto de los factores productivos - del capital, pero también del trabajo-.

Si el objetivo era hacer posible una unión monetaria - y política - viable y sostenible, los diferenciales de empleo, cualificación y oportunidades debían reducirse drásticamente y el medio apropiado para ello debían ser los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos - en la actualidad 5, FEDER, FSE, Fondo de Cohesión, Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) y Fondo Europeo Marítimo y de Pesca (FEMP) - de los que los Estados recibirían recursos de acuerdo a criterios diversos, pero que debían tener en cuenta sus necesidades reales de desarrollo - tales como densidad de población, producto interior bruto per capita, tasas de desempleo, niveles de educación, etc,...-.

El presente nos demuestra sus claras insuficiencias para objetivos tan ambiciosos. El proceso de creación de un marco monetario común requería de un alto nivel de cohesión social a nivel territorial, que no ha sido posible a través de las estrategias liberales que se pusieron en juego. Los Fondos Estructurales dirigidos a la cohesión eran demasiado reducidos para el fin previsto, y más bien, servían a los Estados periféricos como pequeña compensación para las profundas reformas que debían acometer en sus Estados de bienestar como premisa de viabilidad de la zona euro.

Pero más allá de sus debilidades estructurales - tanto del FSE en sí, como del modelo de integración comunitaria - es posible señalar algunas ideas de su nuevo marco normativo.

En primer lugar, es positiva la labor de integración normativa de los distintos Fondos Estructurales en un conjunto de normas y criterios comunes, que dan mayor coherencia y sistematización a este grupo de instrumentos diversos.

En segundo lugar, estos instrumentos han sabido ir incorporando ámbitos de acción claves para la reducción de la pobreza y permitir la inclusión social, integrando la perspectiva de la igualdad de género y las especiales necesidades de aquellos grupos que presentan una mayor vulnerabilidad en el mercado laboral – como los jóvenes, en este sentido es de destacar que el FSE haya integrado a su marco de acción la iniciativa de empleo juvenil -.

Desde la óptica de las políticas de empleo clásicas implica un desplazamiento significativo, ya que estas van a estar fundamentalmente dirigidas a la inversión en capacitación de los trabajadores desempleados y a la reducción de los costes laborales, más que a la creación directa de empleo.

En tercer lugar, deben hacerse mejoras en el sistema de gobernanza de estos Fondos. Se ha profundizado en una triple idea, la cofinanciación, lo que implica que son fondos de acompañamiento a acciones que deben tener un respaldo de la iniciativa pública o privada en el territorio donde van a operar, la ampliación de los plazos de ejecución, a siete años, coincidente con el marco financiero plurianual aprobado por la Comisión y la participación de los agentes sociales en su diseño y concreción.

Y en último lugar, estas acciones deben reforzar su dimensión redistributiva a nivel territorial. La unión Europea carece de mecanismos apropiados para favorecer el crecimiento económico equilibrado y sostenible de las distintas regiones que la componen. Especialmente cuando las políticas de contención del gasto público en los países comunitarios esta generando importantes problemas sociales y esta reforzando las diferencias sociales.

5.5. PROTECCIÓN Y FOMENTO DEL EMPLEO JUVENIL EN LA UE

JACOBO ALFONSO LOZANO
Doctor en Derecho
Universidad de Málaga

I. LA CONSTRUCCIÓN DE LA POLÍTICA DE PROTECCIÓN Y FOMENTO DEL EMPLEO JUVENIL DE LA UNIÓN EUROPEA

La preocupación de las instituciones europeas por el empleo juvenil, considerado como una problemática específica dentro del desempleo de manera genérica, ha venido determinada por el nivel de desempleo juvenil que se ha alcanzado en

las diversas crisis económicas que han azotado a Europa durante las últimas décadas, y por el hecho, de que con carácter estructural, se haya mantenido un nivel considerablemente alto de desempleo juvenil, en comparación con otros países desarrollados del mundo, incluso en momentos de bonanza económica. Este carácter endémico del desempleo juvenil, ha provocado que desde la Unión Europea, se hayan desarrollado ciertas líneas de actuación para la protección y especialmente, para el fomento del empleo juvenil. No obstante, ya desde aquí, se debe advertir, que no se puede afirmar que existan unas políticas claras y concretas para el fomento del empleo juvenil, sino que más bien, nos encontramos ante una adaptación al colectivo de desempleados jóvenes, de una serie de principios que de manera general, se han propuesto para mejorar el mercado laboral; así como el establecimiento de una serie de líneas de financiación destinadas a fomentar el empleo juvenil, o bien, la inclusión de criterios dentro de los fondos europeos ya existentes, que favorecieran el empleo juvenil. Por lo demás, al menos hasta la reciente crisis, la actuación de la Unión Europea ha consistido en la aprobación de una serie de directrices que luego eran aplicadas por los Estados dentro de muy amplios márgenes de libertad para ser introducidas en sus propios ordenamientos jurídicos. La supervisión y evaluación que desde la Unión Europea se hace de la aplicación de estas directrices, son muy ligeras y sólo, estos últimos años se ha incidido en algún tipo de evaluación, y que además de manera generalizada, se ha concentrado en los países que han sido sometidos a algún programa de asistencia financiera.

Si hacemos un somero recorrido histórico de la acción política de las instituciones europeas, se ve que el impulso de medidas en esta materia ha venido determinado, como se ha dicho, por la evolución de la tasa de desempleo juvenil en Europa. Dicha tasa, se mantuvo muy baja en la mayoría de los países europeos hasta la crisis de principios de los noventa, y por ello, las instituciones europeas, centradas en esta etapa de la construcción europea en la creación del mercado común europeo, no tuvieron atención reseñable a este problema de escasa importancia, salvo en algunos países como España o en Alemania tras la reunificación del país en 1990. La crisis de 1992-94, probablemente debido a la brevedad de su duración, no llegó a influir en la acción política de la Unión europea en materia de empleo juvenil, aunque sí aparecen ya algunos documentos como el Libro del Crecimiento, Competitividad y Empleo de 1993, en los que se ve el aumento en importancia que el empleo comenzaba a tener para las instituciones europeas. Hay que esperar a la actual crisis económica⁴²⁷ para ver realmente un auténtico interés de la Unión europea en materia de empleo juvenil, puesto que en el largo periodo de crecimiento de 1994 a 2007, sólo fue parcialmente inte-

⁴²⁷ La tasa de desempleo juvenil en la Unión Europea de media se sitúa en torno al 21,9% a finales de 2014 y un total de 5,1 millones de jóvenes menores de 25 años, carecían de empleo.

rrumpido por la crisis derivada del hundimiento en los mercados financieros de las empresas de tecnología entre 2000-03 y tuvo una incidencia en el empleo, muy limitada en Europa.

II. LA COMPETENCIA EN MATERIA DE EMPLEO JUVENIL DE LA UNIÓN EUROPEA

Las competencias en materia empleo de la Unión europea, no son competencias legislativas propias a cargo ni de la Comisión Europea ni del Parlamento Europeo, sin perjuicio de declaraciones carentes de valor jurídico vinculante o estudios que sobre la materia se realizan por dichas instituciones. La competencia viene diseñada en el artículo 5 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como una competencia de coordinación de las políticas de empleo donde, nos encontramos ante una serie de líneas de actuación aprobadas por el Consejo de Ministros de la Unión Europea, que se aglutinan en las diversas Agendas aprobadas⁴²⁸ y que de manera muy genérica, han sido recogidas por diversos tratados aprobados en el periodo 1996 a 2007⁴²⁹.

Esta obligación que tienen los Estados de aprobar una serie de Estrategias de Empleo, se plasma en los planes nacionales de reforma y en las Estrategias de Activación de Empleo. No obstante, en general, las medidas aprobadas en dichas estrategias son muy difusas, estableciendo unas medidas de evaluación muy débiles y sometidas a un control muy ligero por las instituciones europeas.

En general, las Estrategias de Empleo,⁴³⁰ aún siendo obligatoria su presentación, no suponen una auténtica supervisión y control de las políticas de empleo juvenil, aplicadas por los Estados, e incluso en el caso de los países intervenidos, el tratamiento que se hace del incumplimiento de estos objetivos por los Estados, a la hora de ser supervisados por la Unión, no tienen las mismas consecuencias como en lo referido a indicadores de índole financiera.

⁴²⁸ Ya en la Estrategia de Lisboa se hacía referencia al empleo juvenil y en el año 2001 la Comisión presentó el Libro Blanco de la Juventud e incluso en las directrices del proceso de Luxemburgo en 1997, se hacía mención al empleo juvenil.

⁴²⁹ El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea le dedica el Título XI al empleo, y el artículo 145 señala como objetivo “desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable”.

⁴³⁰ Estos Planes Nacionales de Reforma que aparecen en la Estrategia revisada de Lisboa, incluyen una parte dedicada al empleo. En las primeras directrices para 2005-08, ya aparecen objetivos para el desempleo juvenil.

III. PRINCIPALES LÍNEAS DE ACTUACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LA PROTECCIÓN Y EL FOMENTO DEL EMPLEO JUVENIL

La Unión Europea hasta la actual crisis económica, no había propuesto soluciones concretas a la problemática del empleo juvenil. En general, al no ser la Unión Europea competente en la materia, se ha limitado hasta fechas muy recientes a emitir sus opiniones o recomendaciones en la materia, pero dejando plena libertad a los Estados para que tomen las medidas que consideraran oportunas.

Por otra parte, si se analiza el contenido de las líneas programáticas que desde la Unión Europea se promueven para mejorar las tasas de empleo, en términos generales, dichas medidas no son más que una mera adaptación al colectivo juvenil de las directrices generales que en materia de empleo, proporcionan la Comisión Europea, y en general, la línea política aprobada por los acuerdos de los Consejos de Ministros, para la mejora del mercado de empleo en Europa.

Los tres grandes ejes sobre los que han pivotado las recomendaciones en materia de empleo juvenil son:

1. La Movilidad de trabajadores entre los diversos países de la Unión Europea, como vía para fomentar el correcto ajuste de la oferta de trabajo a la demanda de empleo. Desde la Unión, se han puesto en marcha desde hace ya muchos años para fomentar la movilidad, programas para realizar prácticas en empresas europeas como las becas Leonardo, y se han desarrollado programas de intercambio de alumnos Erasmus o de alumnos de formación profesional⁴³¹. Por otra parte, desde países necesitados de mano de obra cualificada, han sido frecuentes los llamamientos a emigrar a sus países; podemos citar el caso de Alemania, que debido a haber mantenido un ritmo de crecimiento incluso en los años de la crisis y al envejecimiento de su población, ha realizado campañas de reclutamiento en Europa. No obstante, dentro de esta apuesta por la movilidad interna dentro de la Unión, también han surgido las primeras reticencias por parte de algunos países de la Unión como el Reino Unido, que son favorables a introducir medidas de restricción en la libertad de movimiento de personas y trabajadores entre países miembros de la Unión Europea, todo ello, con el fin de proteger el equilibrio financiero de sus sistemas de protección social.

⁴³¹ Esta apuesta por la movilidad por la Unión Europea, es también fomentado por el programa Juventud en movimiento, aprobado en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la juventud en movimiento. COM (2010) 477, final.

2. La formación como vía para fomentar la creación de una economía competitiva que apueste por actividades de alto valor añadido, en áreas que requieran puestos de alta cualificación, es sin duda, el eje donde más se ha materializado la acción política de la Unión Europea y donde ha habido una mayor apuesta económica por parte de Europa⁴³², sea a través de fondos para formación administrados por los países miembros, sea fomentando un espacio formativo homologado a través de la creación del Espacio Europeo de Educación Superior. Desde que se apostó en la Estrategia Europa 2020 por convertir la Unión Europea en el área más competitiva del mundo, mediante un crecimiento “inteligente, sostenible e integrador,” la formación ha estado presente tanto en las reformas de los tratados, como en las agendas tanto de Lisboa de 2000, o la renovada de Lisboa de 2002, y en todas las directrices marco aprobadas para la elaboración de Estrategias de Empleo y Planes Nacionales de Reforma. No obstante, este interés en la materia, no ha alterado el reparto competencial, siguiendo las referidas a la formación, en manos de los Estados. Para favorecer la formación y la mejora de la capacitación, la Unión Europea ha promovido la Agenda de nuevas cualificaciones y empleos.⁴³³

3. El tercer gran eje para fomentar el empleo juvenil, es la flexibilidad. Esta idea y su traslación a la política europea mediante el concepto flexiseguridad, probablemente es el eje central de toda la política europea en relación con el mercado de trabajo y también, muy especialmente, con el empleo juvenil. La flexiseguridad aplicada al empleo juvenil, nos describe un marco de contratación laboral que facilite la incorporación del joven al mercado laboral, mediante salarios iniciales bajos y ausencia total de indemnizaciones de despido, o bien escasas. El modelo se completa con un sistema de protección de desempleo que permita tener al joven sus necesidades cubiertas durante periodos cortos de tiempo, además de un sistema formativo que mantenga actualizados sus habilidades y conocimientos. En términos generales, este modelo entiende que a mayor flexibilidad que haya en el mercado de trabajo, mayor será el número de puestos de trabajo creados. Este modelo de mercado laboral⁴³⁴, pretende unir la flexibilidad de los modelos de contratación

⁴³² La Unión Europea siempre ha apostado por la formación como medio para mejorar el acceso al empleo, así pueden citarse, la “Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales”, de 9 de diciembre de 1989, en su Art. 15 dice “Todo trabajador de la CE debe poder tener acceso a la formación profesional y poder beneficiarse de la misma a lo largo de su vida activa” o La Carta de Derechos Fundamentales de la UE, de 7 de diciembre del 2000 que en su Art. 14 dice “Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente” y el Libro Blanco de la Comisión Europea de 1994 sobre “Crecimiento, competitividad y empleo” o El Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 que promueve “la necesidad de promover el desarrollo del nivel de conocimiento más elevado posible para sus pueblos mediante un amplio acceso a la educación y mediante su continua actualización”.

⁴³³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico Social y Europeo y al Comité de las Regiones. COM. (2010) 682 final.

⁴³⁴ En el contexto de esta apuesta por la flexiseguridad, los países de la Eurozona y otros países firmaron el Pacto por el Euro Plus, en diciembre de 2011 que es un renovado acuerdo por el diseño de un

laboral anglosajones, con el mantenimiento de una protección especial a la situación de desempleo, propia de los sistemas europeos continentales

Estos tres ejes suponen el cuerpo central de toda la política europea en materia laboral, si bien, el desarrollo normativo de los mismos depende de los Estados, no habiendo ni en tratados o demás acuerdos normativos o documentos programáticos, más que referencias genéricas a dichos conceptos o sugerencias de medidas concretas, especialmente a los países sometidos a programas de asistencia financiera como ahora se verá.

IV. LA ACTUACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL FOMENTO DEL EMPLEO JUVENIL EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS ECONÓMICA ACTUAL

La intervención de las instituciones europeas en materia de empleo juvenil ha variado desde el año 2010, cuando como consecuencia de la crisis financiera, la Unión se ve obligada a implementar programas de asistencia financiera a algunos miembros de la Eurozona, como Grecia e Irlanda, y más tarde Portugal y parcialmente España. Dichos programas son condicionados al desarrollo de reformas en sus países en diversos aspectos, entre los que se encuentra el mercado laboral y el sistema de pensiones en uno de los lugares preferentes. Desde el 2012⁴³⁵ el desempleo juvenil, ha pasado a un primer plano para las instituciones europeas, debido a las altísimas tasas de paro de países como España, Grecia, Portugal o Italia y a las moderadamente altas tasas que se registran también en otros países como Francia, Irlanda, etc. Este alto nivel de desempleo juvenil en estos países, contrasta con las tasas de desempleo juvenil relativamente bajas que hay en los países del norte como Alemania, Holanda o los países nórdicos.

Ante esta situación, han sido varios los estudios⁴³⁶ y medidas emprendidas tanto por la Unión Europea, como por algunos países con necesidad de contratación de

mercado laboral que mejore la competitividad, la sostenibilidad de las finanzas públicas, la estabilidad financiera y que establece la necesidad de emprender reformas laborales para fomentar la flexiseguridad.

⁴³⁵ Entre las primeras acciones encaminadas a disminuir el desempleo juvenil ya en plena crisis, nos encontramos a la Iniciativa de Oportunidades para la Juventud que plantea una acción concertada con los interlocutores sociales apostando por el fomento del contrato de aprendiz y nuevamente por la formación. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico Social y Europeo y al Comité de las Regiones sobre iniciativa de oportunidades para la juventud COM. (2011) 933 final.

⁴³⁶ No obstante, incluso en el contexto actual queda claro que el fomento del empleo juvenil es asunto de cada Estado, así en el Estudio Prospectivo Anual sobre Crecimiento de 2013, se exhorta a los Estados a tomar más medidas para luchar contra el desempleo juvenil. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico Social y Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Estudio Prospectivo Anual sobre Crecimiento 2013 COM. (2012) 750 final.

trabajadores. Así por ejemplo, Alemania, ha ofrecido tanto su conocimiento como ayuda financiera para países como España. Además la propia Unión Europea, ha hecho de este problema un debate central en las cumbres en las que se ha tratado de manera más específica el problema del desempleo juvenil. Las iniciativas en esta materia adoptadas por la Unión Europea han sido varias. Se ha decidido establecer ayuda financiera a programas de empleo juvenil en estos países; por otra parte, se está intentando diseñar un programa Erasmus de prácticas, pero no sólo limitado a titulados universitarios, sino de un carácter más generalizado, con el fin de favorecer la movilidad en Europa dentro de programas mixtos empleo-prácticas. Además se está procediendo a realizar estudios por parte de la Unión Europea de los sistemas de inserción laboral, así, por ejemplo, la Comisión Europea realizó un informe sobre la eficacia de las prácticas y becas en la inserción laboral de los jóvenes en los diversos países de la Unión Europea en mayo de 2012.

Los Fondos Europeos y su actuación en el desempleo juvenil.

Los diversos Fondos que la Unión Europea tiene creados como el Fondo Europeo de Desarrollo Rural, Fondo Europeo de Desarrollo Regional o el Fondo Europeo de Pesca etc.⁴³⁷ y otros, no han sido orientados hacia la lucha contra el desempleo juvenil. El único Fondo europeo que sí ha financiado programas para la lucha contra el desempleo juvenil, es el Fondo Social Europeo, y sólo de manera tangencial; también se pueden citar los programas de Aprendizaje Alternativo y el programa Progress como ejemplo de algunas actuaciones de la Unión Europea en este tema. No obstante, al determinar las regiones objetivo en función de la renta *per cápita*, la tasa de desempleo, es un dato que se tiene en consideración para establecer un nivel de ayudas al desarrollo de esas regiones. Hasta ahora, el desempleo juvenil no había sido objeto de atención por ningún fondo en concreto; derivado de que las políticas de empleo han sido competencias exclusivas de los países. La atención que desde 2012 han tenido las instituciones europeas por las elevadas tasas de desempleo juvenil en toda Europa y muy especialmente en los países del sur, han llevado a la creación de un fondo específico de la Unión Europea con el exclusivo objetivo del impulso y financiación de medidas de lucha contra el desempleo juvenil. Este fondo, creado en abril de 2013 en la cumbre de Berlín con un total de 6000 millones de euros, se reparte entre los países en proporción al número de desempleados jóvenes que tengan. Estos fondos han servido para poner en funcionamiento los programas de garantía juvenil, que lo diversos Estados favore-

⁴³⁷ Los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos han actuado como instrumento de financiación de políticas de creación de empleo y de cohesión social, y así, la Comisión ha decidido que el 25% de sus importes se dedique a ello. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Consejo Europeo, al Comité Económico Social Europeo y al Comité de las Regiones “Trabajar juntos por los jóvenes europeos. Un llamamiento a la acción contra el desempleo juvenil” COM (2013) 447 final. 19.6.2013.

cidos, han utilizado para desarrollar diferentes medidas para favorecer la contratación de jóvenes, como el establecimiento de bonificaciones a la contratación, planes especiales de formación para jóvenes y el establecimiento de un sistema que ofrezca a los jóvenes que lleven tiempo en el desempleo⁴³⁸, una oferta de empleo firme o en prácticas o de formación. Además, se está desarrollando un programa de intercambio de buenas prácticas en empleo juvenil entre gobiernos a través del Programa de Aprendizaje Mutuo de la Estrategia Europea de Empleo, también con estos fondos europeos. En la creación de este Fondo específico de lucha contra el desempleo juvenil, no parece, que vaya a haber ningún tipo de evaluación de proyectos, ni *a priori* ni *a posteriori*, ya que el Fondo, parece estar construido de manera que el Estado recibe los recursos, gozando de plena libertad para implementar las políticas que considere necesarias

V. EFICACIA DE LAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO JUVENIL IMPULSADAS POR LA UNIÓN EUROPEA

En la Estrategia de Empleo Europeo, en la que se hacen referencias al empleo juvenil, se establece la necesidad de desarrollar una evaluación de las medidas de empleo aprobadas por los países a través de informes emitidos por parte de la Comisión Europea, sobre la evolución del desempleo en los países. En ellos se realiza un control del grado de cumplimiento de las recomendaciones que se emiten desde la Unión Europea. Estos informes influyen, (junto con otros que se emiten sobre otras variables de contenido económico y que tiene mucha más influencia que la evolución de las tasas de empleo) para poder acceder a otros programas financieros que asocian líneas de crédito u otras ventajas económicas, al cumplimiento por parte de los Estados de esas recomendaciones que han firmado estos países con la Troika. De esta manera, la Unión Europea que no tiene competencia directa en evaluación en materia de empleo (tampoco en empleo juvenil), sí la tiene pero limitada a estos países, siendo el único caso, ante el que nos encontramos con una competencia de evaluación con gran poder de sanción, en el caso de incumplimiento por el país de estas recomendaciones. No obstante, aunque los acuerdos firmados por los países intervenidos incluyen alguna referencia que les obliga a introducir reformas en sus mercados laborales para hacerlos más flexibles, no se hacen referencias expresas al empleo juvenil, que suele ser sólo tratado al evaluar las Estrategias de Empleo. En los demás países no sometidos a la intervención financiera de la Troika, las recomendaciones que sobre las Estrategias de Empleo, se emiten por la Comisión Europea y el Eurogrupo, no son vinculantes, ni están sometidos a ningún proceso de sanción en caso de incumplimiento, como sí es el caso

⁴³⁸ Estas medidas, en verdad, no son tan novedosas, así ya en el Consejo Europeo de 23 y 24 de marzo de 2006, en el punto 38 de las conclusiones, se aprobó ofrecer un empleo o formación a todo joven desempleado tras estar más de seis meses desocupados.

de otros indicadores como el déficit público, deuda etc. En términos generales, se puede concluir que la evaluación de la eficacia de los programas de empleo juvenil auspiciados desde la Unión europea, ya sea a través de la obligatoria presentación de Estrategias de Empleo o a través de medidas especiales exigidas a los países intervenidos, no ha sido un objetivo primordial de las políticas de empleo de la Unión Europea hasta la crisis. Sólo algunas medidas parciales en el marco de los Fondos Sociales Europeos (como por ejemplo aquellos fondos destinados a formación de regiones sometidas a planes de reestructuración que están inmersas en graves crisis de su modelo económico) han sido sometidas a evaluaciones, como requisitos para recibir este tipo de ayudas; e incluso en estos casos, la evaluación posterior que se ha hecho del uso de estos fondos ha sido muy criticada por la Unión. Estos programas son financiados por la Unión Europea para el fomento de la productividad en determinados sectores, o para ayudar a la reconversión de zonas afectadas por procesos de desindustrialización de sectores maduros, y por lo tanto, aunque el desempleo juvenil está muy presente en estas regiones objetivo de estos fondos europeos, y la evolución de las tasas de empleo, es seguida como un indicador más para determinar el éxito de dichos programas, no se puede hablar propiamente de una política de evaluación por parte de la Unión europea, en materia de empleo juvenil, en la aplicación de estos fondos europeos.

VI. CONCLUSIONES

La construcción de la Unión Europea, más volcada desde sus inicios, en la creación de un espacio común europeo de libre comercio, en la que el trabajo era tratado fundamentalmente, como un recurso económico donde se buscaba que los trabajadores de los países miembros, pudiera moverse libremente por los Estados para buscar trabajo, sin que hubiera discriminaciones, ha implicado, que hasta fechas recientes, la Unión Europea no se haya preocupado de una manera muy activa por fomentar el empleo, salvo menciones al derecho al empleo con condiciones dignas y de manera muy genérica a potenciar el pleno empleo y que ya aparecen en documentos europeos desde 1993 como el Libro blanco de Delors ya mencionado, o por otra parte, actuaciones de algunos Fondos Europeos en algunas regiones.

La orientación que del tratamiento del desempleo (también del juvenil) hace la Unión Europea, supedita las reformas que hay que hacer en los mercados laborales, a las necesidades que la competitividad y el desarrollo de la actividad económica necesiten, siendo el crecimiento económico, la vía principal para acabar con el desempleo juvenil.

Desde el inicio de la crisis, sólo a partir de 2010, la Unión Europea ha comenzado a ser más proactiva en materia de empleo juvenil y sobre todo, por las altas

tasas de paro juvenil que hay en los países que han sido sometidos a la intervención financiera de la Unión, que son los países sobre los que se han centrado su actuación; por el contrario, en el caso de los demás países, la actuación de la Unión, no ha consistido más que en solicitar la presentación de una Estrategia de Empleo a cada país, sobre la que se emiten recomendaciones no vinculantes.

Desde 2013 se puede ver un cierto impulso a las políticas de fomento del empleo juvenil; no obstante, estas medidas para la luchar contra el desempleo juvenil, adolecen de una lentitud en su puesta en funcionamiento y por otra parte, tienen unos fondos muy limitados para la importancia que el desempleo juvenil tiene en la Unión. Además, en términos generales, dichas medidas no proponen soluciones concretas, salvo la receta general de flexibilidad, movilidad y apuesta por la formación, y ello también influye en la ausencia de evaluación de la eficacia de las medidas aprobadas.

5.6. EMPLEO E IGUALDAD DE GÉNERO EN LA UE

PAOLA BOZZAO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad La Sapienza de Roma*

I. LA CONTRIBUCIÓN DE ROSA QUESADA A LA MATERIA

La elección del tema sobre el que escribiré en el volumen de este libro no es casual, ya que tuve el placer de conocer a la profesora Rosa Quesada, una persona amable, erudita y rigurosa, durante la presentación, en mi Universidad, de la obra colectiva *Gender Equality in the European Union. Comparative study of Spain and Italy*⁴³⁹, escrita por la propia Quesada, Roberta Bortone y Salvador Perán, entre otros autores. Es por lo tanto un honor poder reflexionar sobre un tema tan apreciado por Rosa Quesada, al que ella misma ha contribuido de forma significativa tanto en la doctrina española como europea: la igualdad de género en la Unión Europea. Los estudios realizados por la profesora Quesada han abarcado, durante toda su carrera científica, múltiples perfiles de esta compleja temática, ahondando en el ordenamiento español y comunitario. Me refiero en particular a su contribución en

⁴³⁹ QUESADA, R., BORTONE, R. Y PERÁN, S. (ed.) (2012). *Gender Equality in the European Union. Comparative study of Spain and Italy*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi.

temas de discriminación laboral de la mujer, de la igualdad de trato y oportunidades en la negociación colectiva, de la igualdad de sexo en el marco de las relaciones laborales, del acoso por razón de género (particularmente en la negociación colectiva), de la conciliación de la vida laboral y familiar, así como a los numerosos estudios sobre protección social de la mujer y, especialmente durante los últimos años, sobre un tema fundamental como la violencia de género.

Quiero recordar, aunque sea brevemente, la riqueza así como el valor científico de las aportaciones de Rosa Quesada a un tema central del derecho de la Unión Europea, al estudio detallado y propulsor de temáticas como la violencia de género, y a su impacto en perfiles profesionales y de protección social – que, son desde hace poco, un foco de atención sistemático dentro de los propios sistemas europeos.

II. IGUALDAD DE GÉNERO Y OCUPACIÓN DURANTE LA CRISIS

Una reflexión, hoy, sobre la evolución actual de la igualdad de género y la ocupación no puede más que conducirnos a una evidente constatación: en una situación de crisis financiera y política como la que estamos viviendo desde hace años a nivel nacional, europeo y mundial, el impacto de la recesión económica sobre la ocupación y la renta afecta particularmente a las mujeres, agudizando la cuestión de la igualdad de género; cuestión cuya implementación corre gravemente el riesgo de ralentizarse e, incluso, de experimentar un retroceso. Recientes estudios a nivel europeo demuestran cómo el impacto de la crisis económica y las respuestas políticas a la misma representan un motivo de preocupación. De las conclusiones contenidas en estos estudios⁴⁴⁰ podría deducirse que las diferencias de género relacionadas con el trabajo, el desempleo, los salarios y la pobreza se han reducido. Tales datos, sin embargo, se deben más al empeoramiento general de la situación global que a una mejora de las condiciones de las mujeres. Al contrario, las mujeres son cada vez más vulnerables con el avance de la crisis⁴⁴¹. En primer lugar, la igualdad efectiva en el mercado laboral está lejos de ser alcanzada: frente al 74,2% de hombres con empleo, el porcentaje de las mujeres trabajadoras se sitúa en un 62,5%. A ello se le añade que las mujeres suelen tener trabajos más precarios, sobre todo contratos a tiempo parcial (frecuentemente de carácter involuntario) y que reciben – como consecuencia de una mayor precarización y segregación, tanto vertical como horizontal, del trabajo femenino - una retribución

⁴⁴⁰ Véase el Documento de trabajo elaborado por la Comisión para los derechos de la mujer e igualdad de género sobre la estrategia de la UE para la paridad entre hombres y mujeres a partir de 2015, del 22 de diciembre de 2014.

⁴⁴¹ Véase el Informe *The impact of the economic crisis on the situation of women and men and on gender equality policies*, Synthesis Report, December 2012.

más baja, con un diferencia retributiva según el género de casi un 16%. Las políticas laborales más recientes- caracterizadas por una fuerte retroceso en la negociación colectiva y un incremento de las negociaciones salariales a nivel individual – corren el peligro, además, de generar no sólo mayores desigualdades salariales entre trabajadores del mismo nivel, si no también de incrementar la diferencia salarial entre hombres y mujeres”⁴⁴². Los efectos negativos de esa divergencia se extienden, posteriormente, a las pensiones que, en el caso de las mujeres, resultan de media un 39% inferiores respecto a las de los hombres. Aún hoy, son las mujeres quienes se ocupan con mayor frecuencia de las tareas domésticas y del cuidado y la asistencia familiar; la reincorporación al mundo laboral tras la maternidad resulta a menudo muy difícil. Muchas estrategias o políticas para la conciliación de la vida familiar y laboral intentan resolver este problema con la externalización de las tareas domésticas y asistenciales, que a su vez puede conducir, sin embargo, a la explotación de las mujeres en la zona gris del mercado laboral y a una “etnicización” de las labores de asistencia.

III. IGUALDAD DE GÉNERO Y OCUPACIÓN, ENTRE POLÍTICAS DE HARD Y SOFT LAW

La situación esbozada se sitúa en el contexto de un marco normativo complejo, que ha ido aumentando con el tiempo; es sabido que el desarrollo de la igualdad de género ha adquirido una importancia cada vez mayor en Europa a partir de los años 70. A partir de la única disposición de carácter inderogable incluida en el capítulo que da origen a las políticas sociales del Tratado – es decir el artículo 19, que sancionaba el principio de igualdad retributiva entre mujeres y hombres y que ha constituido, posteriormente, la norma central entorno a la cual se ha desarrollado la tutela de la igualdad de sexos⁴⁴³ - al final de los años 90 se ha abierto, gracias al impulso del proceso de integración europea iniciado en 1998 con el Tratado de Amsterdam, una nueva “edad de oro” de la legislación antidiscriminatoria⁴⁴⁴. A esa época se remonta tanto la inclusión en el Tratado CE de una nueva cláusula antidiscriminatoria (art. 13, hoy art. 19 TFUE), que ha ampliado los confines tradicionales de la prohibición de discriminación (nacionalidad y sexo) a nuevos motivos ilícitos, fundados sobre características subjetivas (raza, origen étnico, religión, con-

⁴⁴² Sobre la importancia de la negociación colectiva en esta materia véase QUESADA, R. (1994): *Guía para la negociación colectiva no discriminatoria*. Instituto Andaluz de la Mujer.

⁴⁴³ Dando lugar a la adopción de directivas importantes y a una rica y abundante jurisprudencia. Véase MILITELLO M., *Sub art. 157*, en CURTI GIALDINO, C. (coord.) (2012): *Codice dell'Unione Europea*. Napoli: Ed. Giuridiche Simone. [p. 1317 ss.].

⁴⁴⁴ Así BARBERA, M. (ccord.) (2007): *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*. Milano: Giuffrè. [p. XIX].

vicciones personales, discapacidad, edad, orientación sexual); como la reformulación del art. 119 (hoy art. 157 TFUE), extendiendo el campo de aplicación del principio de igualdad de género desde la retribución hasta al conjunto de las condiciones de trabajo y ocupación. Sobre tales bases jurídicas se acelera en el campo normativo, a través de la adopción de un conjunto de directrices, las denominadas de segunda generación, con las cuales se ha inaugurado una nueva fase en la legislación antidiscriminatoria, acompañada de políticas paralelas y contrapuestas a la discriminación⁴⁴⁵. El camino fue abierto gracias a la Dir. n. 2000/43/Ce, que concreta el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su raza u origen étnico, y asegura una protección contra ese tipo de discriminación en el mercado laboral y las condiciones del trabajo; le siguió poco después la Dir. n. 2000/78/Ce, que establece un cuadro general para la igualdad de trato en ocupación y condiciones laborales. La noción de igualdad, por lo tanto, que se refería originalmente solo a una cuestión económica, se ha extendido progresivamente hasta alcanzar otros aspectos de igual relevancia como el del acceso, la formación, la promoción profesional y las condiciones laborales. Pocos años más tarde, se lleva a cabo un reajuste general de la legislación existente contra la discriminación por razón de sexo. En 2002, se adopta la Dir. n. 2002/73/Ce, que modifica – adecuándola a las nuevas disposiciones del Tratado – la Dir. n. 76/207/Ce relativa a la ejecución del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo concerniente a acceso al mercado laboral, la formación, la promoción profesional y las condiciones laborales; la Dir. n. 2004/113/Ce, sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto al acceso de bienes y servicios y su suministro. Y, otra más, la Dir. n. 2006/54/Ce, relativa a la ejecución del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo concerniente a empleo y ocupación, que reúne en un solo texto, y modifica parcialmente, las disposiciones fundamentales de la legislación antidiscriminatoria de género existentes hasta el momento⁴⁴⁶, se actualizan gracias a importantes progresos en la jurisprudencia por parte del Tribunal de Justicia. Como señala Rosa Quesada, gracias al impulso de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se han adoptado importantes medidas cuyo objetivo es no sólo prohibir la discriminación, sino también garantizar la igualdad de oportunidades en diversos sectores; el propio Tribunal de Justicia ha contribuido, y lo hará en el futuro, a dibujar los límites, directos e indirectos, de la nueva legislación antidiscriminatoria⁴⁴⁷. La Dir. 2006/54/Ce, además de establecer las definiciones

⁴⁴⁵ Sobre el tema, véase BAER, S. Y HOEISEL, M. (eds) (2008): *Between Success and Disappointment. Gender Equality Policies in an Enlarged Europe*. Bielefeld: Kleine.

⁴⁴⁶ Se hace referencia a las Directivas: 76/207/CEE; 86/378/CEE; 75/117/CEE e 97/80/CE.

⁴⁴⁷ Para la reconstrucción de la jurisprudencia mencionada, véase – además de QUESADA, R.: *The principle of gender equality and non-discrimination in the european legal system and jurisprudence*, in *Gender Equality in the European Union. Comparative study of Spain and Italy*. – RANIERI, M. (2012): *Directive antidiscriminatoire di seconda generazione e Corte di Giustizia dell'UE: alcune questioni problematiche* en *Riv. Giur. Lav.*, n. 1. [p. 165 ss.]

de discriminación directa e indirecta, así como acoso y acoso sexual, impulsa a las empresas a adoptar medidas preventivas para combatir el acoso sexual en el trabajo; legitima en modo explícito las medidas de discriminación positiva, bajo el principio de igualdad que encuentra, por primera vez, reconocimiento explícito en el ordenamiento comunitario; aumenta las sanciones por casos de discriminación y prevé la creación, dentro de los estados miembros, de organismos encargados de promover la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Posteriormente, en diciembre de 2009, se dio un importante paso adelante hacia la centralidad del principio de igualdad de género en el sistema jurídico europeo, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, tras cuya adopción, la igualdad entre hombres y mujeres ha sido reconocida explícitamente como un valor fundamental de la UE (art. 2, par. 2, TUE): junto a otros valores sociales citados en el mismo artículo, compone hoy en día el núcleo fundador de la identidad de la Unión Europea y constituye unos de los objetivos fundamentales que la misma institución se ha propuesto asumir (art. 3, par. 3, TFUE). El art. 8 del TFUE, retomando el texto del art. 3, par. 2, TCE introducido por el Tratado de Ámsterdam, confirma, al fin, el carácter transversal, en todas las competencias, del objetivo de eliminar las desigualdades y promover la igualdad de sexos, delineando una cláusula de orientación de las acciones de la UE, un “límite de conformidad de toda la actuación comunitaria”⁴⁴⁸ que sirve – en línea con otras fuentes – para informar al ordenamiento completo. Dentro de la normativa primaria de la UE, la igualdad se incluye expresamente (junto a la dignidad, a la libertad, a la solidaridad, a la ciudadanía y a la justicia) entre los principios fundamentales del ordenamiento de la Unión Europea, gracias a la adopción de la Carta de Niza, ahora Carta de los Derechos Fundamentales de la UE⁴⁴⁹. Los artículos 20 y 23 reconocen, respectivamente, el principio fundamental de la igualdad ante la ley y, más específicamente, el principio de igualdad entre hombres y mujeres en todos los campos, incluidos ocupación y empleo, retribución y la necesidad de adoptar acciones de discriminación positivas⁴⁵⁰. Incluso, el art. 33, que protege a las madres trabajadoras y el bienestar de los hijos y de las familias sancionando, con el fin de poder conciliar la vida familiar y laboral, el derecho de cada persona “a ser tutelada contra el despido por motivos ligados a la maternidad y el derecho a una baja de maternidad retribuida, así como a una baja de paternidad tras el nacimiento o la adopción de un hijo”. La coexis-

⁴⁴⁸ MORI, P. (1998): *La parità tra uomo e donna nel Trattato di Amsterdam*, en *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2/3. [p. 575].

⁴⁴⁹ Como es sabido, en el art. 6, párrafo 1, son reconocidos los derechos, libertades y principios consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales, a la que se atribuye el mismo valor legal de los Tratados.

⁴⁵⁰ Así que el segundo párrafo, que se reanuda en una fórmula más corta, art. 157, párrafo 4, del TFUE.

tencia equilibrada entre vida profesional y familiar y su impacto a la hora de determinar el horario de trabajo⁴⁵¹, de organizar el mismo y sobre el propio desempeño, constituye un mecanismo importante y un factor estratégico que debería garantizar beneficios tanto para los trabajadores, que la perciben como condición para el bienestar, como para la organización empresarial, en términos de productividad y calidad de los bienes y los servicios ofrecidos. Ello se revela, en realidad, un tema muy articulado, a la luz de su interconexión con los principios de igualdad, igualdad de oportunidades y de no discriminación, tanto en el sector productivo como en el familiar; el horizonte de la conciliación subsume, en efecto, - pero en alguna medida incluso se confunde con - el objetivo de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la sociedad y en el mercado del trabajo. De todo ello hay plena conciencia a nivel europeo, donde el tema de la conciliación y la redistribución de los roles está, desde hace más de veinte años, en el centro del debate⁴⁵²; la tutela de la maternidad y la paternidad constituye un objetivo clave de la Estrategia sobre igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015, así como de la post-2015. Precisamente en la reciente resolución sobre la estrategia de la UE para la igualdad hombre/mujer pasado el 2015, adoptada por el Parlamento Europeo el 9 de junio de 2015, se subraya con énfasis la necesidad de prestar especial atención a las numerosas posibilidades de conciliación entre vida familiar y profesional, evidenciando cómo la mejora de tal equilibrio constituye un elemento importante para la reactivación de la economía, la demografía sostenible y el bienestar personal y social. Tal objetivo se revela fundamental también para hacer entrar cada vez a más mujeres en el mercado laboral y ayudar a Europa a alcanzar, en 2020, una tasa de ocupación del 75% y a reducir en al menos en 20 millones, dentro de la misma fecha, el número de personas en riesgo de pobreza y exclusión social (Estrategia 2020). Hace falta considerar, en efecto, que la feminización de la pobreza, especialmente en el caso de las mujeres ancianas, es el resultado de muchos factores, en buena parte ya mencionados antes: la interrupción de la carrera profesional de las mujeres, sobre todo a causa del nacimiento de los hijos; la fuerte segregación vertical y horizontal, que limita la ocupación femenina a algunas tipologías contractuales precarias y a ciertos sectores, y excluye a las mujeres de los niveles más elevados de la jerarquía empresarial; la diferencia retributiva de género, que se intensifica en el caso de las pensiones; y, finalmente, el escaso reparto de las responsabilidades familiares, que margina a las mujeres y que limita su completa inserción en el mercado laboral⁴⁵³.

⁴⁵¹ Cada evaluación en términos de conciliación entre vida profesional y vida familiar se mueve necesariamente entre la determinación del horario normal y el máximo (diario, semanal, anual): GOTTARDI, D. (2010): *La legislazione e le politiche sulla conciliazione: l'Italia nel quadro europeo*, en *Sociologia del lavoro*, n. 119. [p. 23 ss.].

⁴⁵² Véase BALLESTRERO, M.V. (2009): *La conciliazione tra lavoro e famiglia. Brevi considerazioni introduttive*, en *Lavoro e Diritto*, n. 2. [p. 161].

⁴⁵³ La Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de mayo de 2015, sobre el permiso de maternidad

En este sentido, asume particular relevancia la adopción de la Dir. 2010/18/Ue del Consejo, aplicación del Acuerdo marco en materia de baja por paternidad que -precisamente para conciliar la vida profesional y las responsabilidades familiares- amplía, además, la duración de baja por paternidad a cuatro meses para cada progenitor; y de la Dir. 2010/41/Ue del Parlamento y del Consejo europeos, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma (que deroga la Dir. 86/613/Cee del Consejo), que implementa la protección de la maternidad de las trabajadoras autónomas y mejora la situación de las parejas que participan en las actividades de los trabajadores autónomos. El fomento del emprendimiento, sobre todo en su dimensión mediano-pequeña, favorecido también por la consolidación de la tutelas a las trabajadoras autónomas, es de especial relevancia en periodos como el actual, de fuerte recesión económica, en el que se registra una creciente desviación de los trabajadores hacia áreas profesionales sin catalogar (“otras”), como las de naturaleza empresarial o profesional, con respecto a aquella, cada vez más saturada, del trabajo subordinado o por cuenta ajena.

IV. IGUALDAD DE GÉNERO E INSTITUCIONES EUROPEAS: ESTADO DE LA CUESTIÓN

El enfoque europeo al problema de la discriminación de género se basa en una visión compleja del fenómeno, en el que se asigna una función relevante a una estrategia cada vez más integrada entre la lucha contra la discriminación, el aumento y la mejora del empleo y la promoción de la inclusión social; una estrategia que debe alcanzarse a través de una combinación virtuosa de herramientas, tanto de leyes vinculantes como indicativas, así como de una pluralidad de documentos e informes que provean estudios, indicaciones, y también líneas políticas en materia de igualdad de género⁴⁵⁴. Las instituciones europeas siguen desarrollando una actividad muy intensa en la implementación del principio de la igualdad de género. El empeño en apoyar a los Estados miembros para lograr la igualdad entre mujeres y hombres en cuanto a oportunidades profesionales y al trato en el puesto de trabajo, ha sido incluido en muchos documentos estratégicos, entre los cuales la Carta de la Mujer del 2010, el pacto europeo por la igualdad de género para el período 2011-2020 y la estrategia por la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015: en todos estos documentos se evidencia la necesidad de aumentar el empleo femenino, con

evidencia cómo el tiempo que las mujeres dedican al hogar es tres veces superior al de los hombres (incluyendo la asistencia a los hijos, a los ancianos y a los minusválidos además de las tareas domésticas).

⁴⁵⁴ Solo por citar algunos: *Violence against women: an EU-wide survey. Main results*, FRA, 2014; *Annual Report on equality between women and men*, 2014; *Gender equality in the workforce: Reconciling work, private and family life in Europe*, 2014; ENEGE Report, *Vision for gender equality*, 2015. Una extensa lista está disponible en la web <http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/document/index>.

la creación de puestos de trabajo “mejores”, reduciendo al mismo tiempo la segregación del mercado laboral. Un fuerte activismo se registra, en particular, por parte de la Comisión, a pesar de que ella misma, en sus informes anuales sobre el tema para el Parlamento europeo, al CES y al CdR, se queje de los progresos insuficientes o en todo caso demasiado lentos. Un papel fuertemente proactivo en la promoción de la igualdad de género sigue siendo desarrollado por el Parlamento Europeo, que se confirma como un punto de referencia fundamental en la consolidación de la acción legislativa y en la adopción de políticas de implementación de la igualdad entre hombres y mujeres⁴⁵⁵. Cada año el Parlamento europeo aprueba una resolución que valora los progresos realizados para lograr la igualdad entre mujeres y hombres; en la última resolución del 10 de marzo de 2015⁴⁵⁶ el Parlamento solicita con energía que se mejoren las políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres y señala los desafíos a afrontar en el futuro: la diferencia de sueldos y en las jubilaciones, la posición de las mujeres en el proceso de decisión política y económica y el impacto de la crisis económica sobre las mujeres (pobreza); la mejora del equilibrio trabajo/vida, de los sistemas de asistencia a la infancia, de la baja por maternidad y paternidad; el derecho a la salud sexual y reproductiva, en el que se incluye la contracepción y el aborto, y la lucha contra la violencia sobre las mujeres. Numerosas son, aún así, las resoluciones adoptadas sobre el impacto de la crisis en la igualdad de género⁴⁵⁷ y en la lucha contra la violencia sobre las mujeres⁴⁵⁸; así como el papel propulsor en la adopción de una norma sobre el equilibrio de género en las Consejos de Administración⁴⁵⁹; en la revisión de las disposiciones de la directiva 2006/54/Ce sobre la igualdad retributiva⁴⁶⁰; en la revisión de la directiva 92/85/Ce⁴⁶¹, que propone una baja de

⁴⁵⁵ Sobre el importante papel desempeñado por el Parlamento Europeo en esta materia, véase GOTTARDI, D.: *Lo stato di avanzamento dei lavori a livello di istituzioni europee sulla parità di genere*, en CALAFÀ, L., GOTTARDI, D. (coord.) (2009): *Il diritto antidiscriminatorio. Tra teoria e prassi applicativa*. Roma: Ediesse. [p. 21 ss.]

⁴⁵⁶ Resolución del Parlamento Europeo del 10 de marzo de 2015 sobre los progresos en cuanto a igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea en 2013.

⁴⁵⁷ Resoluciones: del 10 de febrero de 2010 sobre la igualdad de mujeres y hombres en la UE -2009; del 8 de marzo de 2011 sobre la igualdad de mujeres y hombres en la UE- 2010; del 13 marzo de 2012 sobre la igualdad de mujeres y hombres en la UE-2011; del 10 de marzo de 2015 sobre los progresos en cuanto a igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea en 2013.

⁴⁵⁸ Resolución del 25 de febrero de 2014, que incorpora las recomendaciones a la Comisión sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres. Sobre el tema véase QUESADA, R. (DIRECTORA); PERÁN QUESADA, S. (COORDINADOR) (2009): *La perspectiva laboral de la Protección Integral de las Mujeres Víctimas de Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar*. Editorial Comares.

⁴⁵⁹ Resolución del 20 de noviembre de 2013, sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora del equilibrio de género entre los directores no ejecutivos de sociedades cotizadas y medidas relacionadas.

⁴⁶⁰ Véase, por último, las Resoluciones de 24 de mayo de 2012 y de 12 de septiembre de 2013, sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y las mujeres por el mismo trabajo o por trabajo de igual valor.

maternidad completamente retribuida de 20 semanas⁴⁶²; propuesta, esta última, que, sin embargo, se ha quedado paralizada en el seno del Consejo, con el riesgo cada vez mayor de comprometer la tramitación del procedimiento entero. A la exigencia de revisar la norma sobre las bajas por maternidad, el Parlamento suma la solicitud para la adopción de políticas más amplias para la redistribución de los roles familiares, recalcando en más de una ocasión la necesidad de garantizar a los padres una baja por paternidad retribuida de al menos 10 días, “además de garantizar la posibilidad a ambos progenitores de disfrutar de una baja por paternidad, así como fuertes incentivos para los padres como una baja por paternidad no transferible”⁴⁶³.

La elaboración de nuevas estrategias antidiscriminatorias nace del análisis de los datos, estadísticos y cualitativos, sobre las condiciones de desventaja de diversos grupos víctimas de discriminación⁴⁶⁴. Indicaciones importantes provienen, al respecto, del índice sobre la igualdad de género, publicado por la primera vez por el Instituto Europeo para la Igualdad de Género, EIGE,⁴⁶⁵ en 2013, que mide esquemáticamente la igualdad de género en muchos sectores críticos, dibujando un mapa global de las diferencias entre mujeres y hombres a nivel individual en el UE y en los Estados miembros. Ahora bien, tal índice evidencia como, con una puntuación media cercana 54,0 (donde 1 equivale a ninguna igualdad y 100 a una

⁴⁶¹ Que introduce medidas para mejorar la seguridad y salud en el trabajo de las trabajadoras embarazadas, trabajadoras que han dado a luz recientemente o están amamantando.

⁴⁶² La propuesta de una directiva que modifica la Directiva relativa a la maternidad ha sido aprobada en el primer período de sesiones, 20 de octubre de 2010. Para el análisis comparativo de las disposiciones vigentes en los Estados miembros, véase el informe del Departamento de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo, “*Maternity, paternity and parental leave: Data related to duration and compensation rates in the European Union*”, 2014, disponible en la página web del Parlamento Europeo.

⁴⁶³ Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2015, sobre la estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015, espec. artículo 28. En su Resolución de 20 de mayo de 2015 sobre el permiso de maternidad el Parlamento pide también para el examen de la Dir. 2010/18/UE del Consejo, antes citada, “puesto que no está logrando su meta de conciliación de la vida privada y profesional para permitir que ambos padres logren un equilibrio entre trabajo y familia, en particular las mujeres, que sufren las consecuencias de las brechas de género en salario, las pensiones y la pobreza” (par. 7).

⁴⁶⁴ Estas cifras adquieren relevancia con el fin de gravamen probatorio de la parte recurrente en los casos de discriminación indirecta; ver, entre la más reciente, C. Giust. 22 de noviembre de 2012, caso C 385/11, Isabel Moreno Elbal c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS). Para un comentario sobre la pronunciación, también teniendo en cuenta su posible reflejo en el sistema normativo italiano, v. BOZZAO, P., (2013): *Part-time, genere e accesso al welfare: una lettura del caso Elbal Moreno nell'ottica dell'ordinamento italiano*, en *Diritti Lavori Mercati*, n. 1. [p. 187 ss].

⁴⁶⁵ El Instituto fue creado en 2006 por el Parlamento Europeo y el Consejo, con el objetivo general de apoyar y fortalecer la promoción de la igualdad de género, incluyendo la perspectiva de género en todas las políticas comunitarias y nacionales.

igualdad de género plena), la Unión Europea se encuentra “solamente a la mitad de un recorrido que debería conducir a la creación de una sociedad basada en la igualdad de género. A pesar de 50 años de políticas e intervenciones a nivel europeo, los Estados miembros no han logrado superar las diferencias de género”⁴⁶⁶.

V. CONCLUSIONES

Reconstruídas las líneas de previsión, elaboradas a nivel europeo, y hacia las cuales debería orientarse la promoción de la igualdad de género, queda claro que la adopción de nuevas estrategias no requiere sólo de un enfoque de tipo legislativo, a través de la revisión y la puesta al día de la normativa existente, sino también de la elaboración de políticas de remodelación de los objetivos, de las acciones y de los instrumentos concretos para alcanzar el cambio. Especialmente importante se manifiesta la actividad de sensibilización de los Estados miembros sobre un aspecto insidioso y delicado en cuanto a la desigualdad de género: el aspecto socio-cultural. Bajo este punto de vista, la designación del 2014 como Año europeo de la conciliación de la vida laboral y familiar⁴⁶⁷ habría sido, sin duda, una ocasión perfecta para reflexionar sobre el tema, permitiendo un enfoque transversal e integral, incluyendo los numerosos desafíos que hay detrás, como la evolución demográfica, la crisis económica y financiera, el paro, la pobreza y la exclusión social. De tal modo, se hubiese podido crear un espacio de sensibilización, tanto para la toma de decisiones políticas y acciones a nivel europeo, como para animar el debate y el diálogo entre los países europeos, además de para promover la adopción de políticas específicas en los Estados miembros. Fue, desafortunadamente, una ocasión perdida⁴⁶⁸. El Año del pingüino ha quedado, a día de hoy, en el limbo de la declaración de intenciones; la esperanza es que esta idea no se disuelva, y que en ella puedan, cuanto antes, inspirarse futuras propuestas.

⁴⁶⁶ Véase LANGBAKK, Directora del Instituto Europeo para la igualdad de género (2014): *A metà strada verso l'uguaglianza*, en *L'indice sull'uguaglianza di genere. Principali conclusioni* disponible en <http://eige.europa.eu/>. El resumen estadístico ofrecido por el índice muestra que las brechas de género más grandes emergen en las áreas de “poder” y “tiempo”, porque las mujeres siguen subrepresentadas en la toma de decisiones políticas y económicas y soportan una carga desproporcionada en cuanto a las tareas domésticas y asistencia gratuita; lo cual limita la participación de las mujeres en el mercado laboral. La violencia es otra área donde la brecha es muy grande.

⁴⁶⁷ Véase la declaración escrita n. 32/2012, presentada al Parlamento europeo el 22 de octubre de 2012 y adoptada el 7 de febrero de 2013, con 388 votos.

⁴⁶⁸ El 13 de diciembre de 2013 el Presidente de la Comisión Europea comunicó al Parlamento que ninguna de las propuestas recibidas para el Año Europeo 2014 obtuvo un consenso suficientemente amplio entre las partes interesadas; por lo tanto se decidió continuar, en 2014, con las acciones emprendidas en 2013 para el Año Europeo de los ciudadanos.

5.7. UNO SGUARDO SULLE RECENTI INNOVAZIONI DEL DIRITTO DEL LAVORO ITALIANO

FRANCO LISO

*Professore Ordinario di Diritto del Lavoro
Università La Sapienza di Roma*

I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

1. Il presente scritto si propone l'obiettivo di offrire un sintetico quadro degli interventi normativi che l'attuale governo sta emanando sulla base di una legge delega (legge 10 dicembre 2014, n. 183) "in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro".

Molte, troppe, le aree che si vogliono toccare. Sebbene da tutti si invochi una semplificazione del quadro normativo, anche l'attuale governo sta dando un ulteriore contributo alla sua complicazione. Fino ad ora sono stati emanati quattro decreti legislativi ed altri quattro, altrettanto poderosi, sono stati presentati al Parlamento per il parere. Una vera alluvione. Quelli che ne traggono sicuramente giovamento saranno certamente gli editori che pubblicheranno gli immancabili commentari, nonché i consulenti del lavoro, senza il cui aiuto per le imprese è impossibile districarsi. Più difficile è che, nell'immediato, da questa valanga normativa possano sortire effetti benefici sul versante che conta veramente, quello occupazionale. Solo una ripresa dell'economia potrà propiziarli. Da questo punto di vista si può dire che, nella congiuntura attuale, il miglior diritto del lavoro può essere rappresentato solo da interventi mirati alla crescita del tessuto produttivo. Il resto è contorno.

Sono molti gli obiettivi che si vogliono perseguire, tutti condivisibili, salvo a vedere se la strumentazione predisposta sia poi effettivamente adeguata.

Si può dire che l'ispirazione principale è quella della cosiddetta *flexicurity*, orientata dall'idea che sia necessario contrastare un mercato del lavoro che vede un forte divario di tutela tra *insiders* e *outsiders* (la forte protezione di primi sarebbe causa della propensione delle aziende a privilegiare l'accensione di rapporti di lavoro caratterizzati dalla precarietà). In questa direzione si era già mosso un altrettanto ponderoso intervento normativo realizzato con un altro governo (Monti)

appena qualche anno fa (legge 28 giugno 2012, n. 92), ma si deve dire che l'attuale governo la sta percorrendo con maggiore determinazione ed incisività. Lo si deve all'immagine decisionista che l'attuale capo del governo (Renzi) vuole dare di sé, in ragione del consenso che sembra riscuotere nel Paese, nonché a due scelte conseguenti che ha fatto. La prima è quella di fare ricorso ad una legge delega dai contenuti in più punti alquanto generici, che gli hanno consentito libertà di manovra nell'emanazione dei decreti delegati (clamoroso il fatto che abbia emanato un decreto non raccogliendo proposte di modifica espresse dal Parlamento nel formulare il previsto parere, non vincolante, sullo schema decreto legislativo). La seconda – che può destare meraviglia, considerando che il governo è guidato dal segretario del più importante partito della sinistra – è l'esplicita rinuncia a pratiche concertative con le organizzazioni sindacali, considerate agenti di conservazione a beneficio degli insiders.

Da un punto di vista generale si può sostenere che, fino ad ora, la linea della flessibilità sembra perseguita con maggiore incisività rispetto a quella della sicurezza.

II. VERSANTE DELLA SICUREZZA

Infatti, l'intervento sul versante della *sicurezza* (che coinvolge l'area degli ammortizzatori sociali e quella dei servizi all'impiego), da un lato, sconta la scarsità delle risorse finanziarie, che non consentono significativi miglioramenti delle prestazioni e, dall'altro, sconta la storica arretratezza dell'attuale sistema dei servizi all'impiego, la cui efficienza a breve non è certo migliorabile in virtù della semplice novità del dato normativo.

La scarsità delle risorse finanziarie porta a configurare l'intervento sugli ammortizzatori (le prestazioni per la disoccupazione⁴⁶⁹ e quelle per le sospensioni del lavoro⁴⁷⁰) come avente un prevalente carattere di riscrittura e razionalizzazione di strumenti già esistenti.

Per quel che riguarda il trattamento di disoccupazione sono da segnalare due modifiche in particolare. La prima è la creazione di un'unica prestazione di

⁴⁶⁹ In materia è stato emanato il decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 22.

⁴⁷⁰ Il Governo ha presentato alle Camere, per il parere, lo schema di un decreto legislativo.

⁴⁷¹ La nuova prestazione viene denominata Naspi, acronimo per "Nuova prestazione di assicurazione sociale per l'impiego". La duplicità delle prestazioni di disoccupazione (prestazione ordinaria e prestazione con requisiti ridotti) costituiva il retaggio di stagioni passate. Invero essa non trovava più giustificazione dal momento in cui (nel 2012) si era provveduto a sopprimere la "anomalia" della prestazione a requisiti ridotti (l'erogazione della prestazione in unica soluzione nell'anno successivo a quello della disoccupazione) che implicava una rinuncia al controllo del lavoratore.

disoccupazione in luogo delle due esistenti in precedenza (aspi e miniaspi)⁴⁷¹ con adozione dei più favorevoli requisiti contributivi di ingresso che erano previsti per la seconda ⁴⁷², che determina un allargamento della platea dei potenziali fruitori. La seconda modifica è stata apportata alla durata della “nuova” prestazione, che non è più predeterminata (come nell’Aspi), bensì – secondo il modello utilizzato per la miniaspi rapportata all’anzianità contributiva⁴⁷³, con conseguente attenuazione della solidarietà nell’ambito del sistema⁴⁷⁴.

L’ unica vera novità è rappresentata dall’ istituzione di un “assegno di disoccupazione” (Asdi) (della durata massima di 6 mesi) a favore dei lavoratori che abbiano esaurito la prestazione di disoccupazione e che si trovino in una condizione economica di bisogno⁴⁷⁵. Questa novità è certamente significativa sul piano sistematico e ci avvicina ai modelli prevalenti in Europa. Purtroppo, in ragione della scarsità delle risorse finanziarie, è stata introdotta solo in via sperimentale (per l’anno 2015) ed è fruibile solo nei limiti dello stanziamento previsto.

Per quel che riguarda il sostegno del reddito in ragione delle sospensioni la bozza di decreto si segnala per ambire a costituire un testo unico sulla materia, ragion per cui è in gran parte una riscrittura di testi normativi già esistenti, che lascia intatta la complicazione dell’attuale sistema, incentrato sulla coesistenza di due aree distinte (quella della cassa integrazione e quella dei fondi bilaterali, creati dalle parti sociali in aree non coperte della cassa integrazione) che costituiscono frutto di stratificazioni che non si è riusciti a governare. Relativamente alla cassa integrazione guadagni, ragionevolmente si mira a rendere più selettivo l’intervento, tendenzialmente escludendolo per situazioni di eccedenza strutturale del personale, contenendone le durate e prevedendo una maggiore partecipazione ai costi dello strumento per l’impresa che ricorra al suo utilizzo.

Sempre relativamente al versante *sicurezza* va segnalato l’intervento che il Governo si accinge ad emanare⁴⁷⁶ nella materia dei servizi all’impiego, mirato a migliorare l’efficienza allocativa del sistema.

⁴⁷² Si tratta del requisito delle “tredici settimane di contribuzione” che ora è calcolato nei quattro anni precedenti l’inizio della disoccupazione e bilanciato dall’aggiunta di un ulteriore requisito, quello delle trenta giornate di lavoro effettivo nei dodici mesi precedenti l’inizio della disoccupazione (art. 3).

⁴⁷³ “La Naspi è corrisposta mensilmente per un numero di settimane pari alla metà delle settimane di contribuzione degli ultimi quattro anni” (art. 5 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 22).

⁴⁷⁴ Si lascia negativamente apprezzare, in particolare, il fatto che sia venuta meno, in ragione dell’adozione di questo criterio, la modulazione in aumento della prestazione in ragione dell’età anagrafica del lavoratore, essendo note le maggiori difficoltà che il lavoratore anziano incontra nel trovare lavoro.

⁴⁷⁵ Art. 6 del decreto legislativo n. 22/2015.

⁴⁷⁶ Lo schema del provvedimento è all’esame del Parlamento per il parere.

Qui si prevede una salutare correzione di rotta. Una quindicina di anni fa si era compiuta la scelta di un forte decentramento della materia alle Regioni. Questa scelta nei fatti si è tradotta in una grave deresponsabilizzazione dello Stato, che ha mantenuto una competenza solo nella fissazione di principi generali (la cui implementazione è stata rimessa alla competenza della legislazione regionale) e nella fissazione dei livelli essenziali delle prestazioni che devono essere assicurate ai lavoratori. Purtroppo la mancanza di una capacità di regia da parte dello Stato –peraltro in una situazione nella quale molte Regioni hanno rivendicato la propria autonomia –ha condotto ad una situazione di notevole differenziazione tra i vari territori regionali. Non abbiamo un sistema nazionale bensì tanti sistemi quante sono le Regioni, ovvero un sistema a macchia di leopardo. I servizi all'impiego, nel loro complesso (poche sono le eccezioni) non vantano accettabili livelli di efficienza.

Orbene in quest'area il provvedimento del Governo, pur non rinnegando la scelta del decentramento a favore delle Regioni, giustamente mira a mettere le briglie a tutto il sistema.

In primo luogo, lo fa puntualizzando le competenze spettanti del Ministro del lavoro e delle politiche sociali. Sono competenze di regia di tutto il sistema (con decreto è chiamato a fissare gli indirizzi generali in materia di politiche attive del lavoro nonché a dettagliare –“prevedendo opportuni margini di adeguamento da parte delle Regioni”–non solo i livelli minimi delle prestazioni che devono essere erogate su tutto il territorio nazionale, ma anche alcuni importanti profili qualitativi di queste prestazioni); competenze di verifica e controllo del rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni; competenze per la definizione di altri importanti elementi del sistema, tra i quali vale la pena richiamare –per la sua rilevanza pratica e per la sua criticità (infatti problemi potrebbero sorgere in quanto ci si muove in una materia, la formazione, che è di esclusiva competenza della Regione –la definizione dei criteri per l'accreditamento degli enti di formazione. In questo modo opportunamente si mira a bonificare un'area molto esposta alle tentazioni di una gestione politica clientelare ed all'inefficienza che ne consegue.

In secondo luogo, le briglie vengono messe creando, almeno sulla carta, una capacità operativa a livello nazionale mirata ad integrare l'attività svolta dal ministro e a supportarla. A tal fine viene creata una agenzia nazionale (Anpal) dotata di forti poteri. Tra essi particolare interesse presenta la possibilità di gestire direttamente servizi all'impiego e politiche attive del lavoro nei territori nei quali le Regioni non riescano ad assicurare il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni.

Molti altri aspetti apprezzabili presenta lo schema di decreto legislativo. Non è qui possibile darne conto. Due elementi vanno tuttavia segnalati. Da un lato viene fuori, finalmente, un quadro più dettagliato delle attività che devono essere svolte dai centri per l'impiego e degli strumenti al servizio della politica della condizionalità

(in particolare si definiscono in termini più maturi, rispetto ai balbettamenti del passato, le conseguenze delle inadempimento del lavoratore rispetto ai doveri su di esso gravanti nei confronti del soggetto erogatore del servizio); dall' altro lato, va segnalata l'introduzione di un nuovo istituto, l'assegno di ricollocazione. Si prevede che le Regioni –nei limiti delle risorse ad esse appositamente assegnate– attribuiscano ai lavoratori disoccupati da più di sei mesi una somma che essi possono utilizzare solo per remunerare l'organismo che si attivi per la loro ricollocazione, il quale potrà incamerarlo interamente solo nel caso di esito positivo dell'attività di reinserimento. Evidentemente l'istituto era stato concepito per stimolare e sostenere il mercato dei servizi offerti da strutture private, la cui presenza può favorire un maggiore efficienza allocativa del sistema, che risente negativamente delle storiche carenze del sistema pubblico. Si è tuttavia previsto che l'assegno possa essere speso anche presso la struttura pubblica. Questa è una decisione certamente saggia – perché può positivamente stimolare un miglioramento dell'efficienza della struttura pubblica– ma mi sembra non del tutto chiarito come l'istituto si collochi operativamente in relazione al patto di servizio che il disoccupato è tenuto a stipulare con il centro per l'impiego. Al chiarimento tuttavia potrà provvedere direttamente l'Anpal nell'esercizio della sua azione amministrativa.

III. VERSANTE DELLA FLESSIBILITÀ

3. Passiamo ora a dare uno sguardo al versante della *flessibilità*, sul quale vi sono relevantissime novità, introdotte nella prospettiva di “rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione”⁴⁷⁷. Tra i vari interventi, adottati o prospettati, richiamo qui l'attenzione su quelli riconducibili a due linee di politica legislativa, distinte, ma che possono presentare un certo grado di sovrapposizione. La linea del contrasto alla precarietà del lavoro e la linea del rafforzamento dei poteri del datore di lavoro nella gestione del personale, linea evidentemente assunta nella convinzione che una gestione meno impacciata da rigidità normative possa propiziare lo sviluppo delle capacità occupazionali dell'impresa.

A) La prima linea viene seguita sia cercando di rendere più conveniente per i datori di lavoro l'assunzione con contratto a tempo indeterminato⁴⁷⁸, sia precludendo l'utilizzo di alcune figure contrattuali che si prestano a nascondere lavoro subordinato.

⁴⁷⁷ Art. 1, co. 7, Legge 10 dicembre 2014, n. 183.

⁴⁷⁸ Si deve tenere presente che un incentivo in questa direzione era già stata introdotto nel frattempo con la legge n. 190/2014. In essa si è prevista una forte agevolazione contributiva per le assunzioni a tempo indeterminato, nel 2015, di lavoratori disoccupati da più di sei mesi.

A1) La promozione di rapporti di lavoro stabili viene realizzata attraverso l'introduzione della figura del "contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti"⁴⁷⁹. A ben vedere, il Governo, prendendo tutti di sorpresa, non ha introdotto una nuova figura contrattuale (nel dibattito corrente si pensava ad un contratto caratterizzato dal fatto che la tutela forte contro i licenziamenti illegittimi sarebbe intervenuta – da qui l'utilizzo della formula "tutela crescente" – solo dopo un certo numero di anni), bensì ha semplicemente operato una modifica permanente della disciplina delle sanzioni per il licenziamento illegittimo. In altre parole, la promozione delle assunzioni a tempo indeterminato viene realizzata portando a termine⁴⁸⁰ la sostanziale demolizione dell'articolo 18 dello statuto dei lavoratori (legge n. 300/1970), cioè dell'articolo che contempla la sanzione della reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato⁴⁸¹, ritenuto responsabile della tendenza dei datori di lavoro a fare ricorso a forme di lavoro precario. Ora la sanzione della reintegrazione⁴⁸² potrà essere adottata dal giudice solo nei casi di licenziamento discriminatorio o comunque considerato nullo dalla legge, nonché nei casi di licenziamento orale; potrà essere adottata, inoltre, ma con oneri minori per il datore di lavoro, nei casi in cui il lavoratore non abbia commesso il fatto che gli è stato contestato e che è stato posto a giustificazione del licenziamento. Negli altri casi di licenziamento illegittimo, che sono la stragrande maggioranza, è prevista una semplice monetizzazione: il pagamento di un'indennità di importo pari a due mesilità di retribuzione per ogni anno di servizio e comunque non superiore a 24 mesi⁴⁸³. Il governo ha quindi voluto intendere il concetto di tutela crescente come relativa alle modalità di determinazione dell'indennizzo.

Questa nuova disciplina troverà applicazione limitatamente ai nuovi assunti, cosicché la vecchia disciplina si estinguerà del tutto nella misura in cui cesseranno dal lavoro gli occupati attuali.

⁴⁷⁹ Decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23.

⁴⁸⁰ Infatti nella medesima direzione, ma con maggiore timidezza, si era mosso il legislatore già 2012 (legge n. 92).

⁴⁸¹ Si deve tenere presente che quella sanzione trova applicazione a beneficio di lavoratori occupati in unità produttive con più di 15 dipendenti ovvero occupati da datori di lavoro che occupano più di sessanta dipendenti.

⁴⁸² Stiamo parlando sempre relativamente ai lavoratori che vengono assunti a tempo indeterminato sotto la vigenza di questa nuova disciplina.

⁴⁸³ Al fine di disincentivare il ricorso al giudice si è previsto che il datore di lavoro possa offrire al lavoratore, in danaro contante (assegno circolare) una somma -esente da tasse e contribuzione previdenziale (nei limiti massimi di diciotto mesi di retribuzione rapportati alla anzianità di servizio) - la cui accettazione implica rinuncia all'impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta. Si tratta di una misura efficace considerando il risparmio di spese legali che la conciliazione comporterebbe e l'entità comunque predeterminata e di ammontare non elevato che il lavoratore, se gli va bene, potrebbe conseguire attraverso il ricorso al giudice.

Come si vede, l'intervento del Governo è stato pesante, nonché fortemente significativo sul piano simbolico, perché -in nome dell'aspirazione dei lavoratori precari a non subire i riflessi negativi della tutela eccessiva accordata ai lavoratori della cittadella (gli *insiders*) -è riuscito a manomettere definitivamente una disposizione (l'articolo 18) che da tempo veniva considerata una sorta di tabù.

Quale valutazione dare di questa scelta? La mia valutazione personale non è positiva. Tuttavia dico questo, non per lamentare la manomissione dell'articolo 18, bensì perché non si è intervenuti sul punto veramente critico della disciplina dei licenziamenti, che è quello – a monte dell'articolo 18 -della strutturale indeterminatezza delle fattispecie legittimanti il licenziamento, rimesse ai variabili esiti della mediazione giudiziaria. Questa indeterminatezza -congiunta alla lunghezza dei processi, che faceva lievitare a dismisura il risarcimento collegato alla reintegrazione, senza riguardo alla gravità del comportamento datoriale - certamente produceva effetti negativi sulla gestione e andava corretta⁴⁸⁴. Orbene, invece di tentare di governare questa incertezza, si è preferito optare per una scelta semplificante di mera monetizzazione (peraltro modesta) del rischio derivante dall'incertezza della mediazione giudiziaria. Per dirla più chiaramente: si vuole immunizzare il piano della gestione aziendale nei confronti della discrezionalità valutativa del magistrato (pur se il licenziamento fosse illegittimo, il datore può comunque decidere di liberarsi del lavoratore non gradito calcolando con precisione in anticipo i costi relativi). Si tratta, a mio avviso, una soluzione senza dubbio efficace ma regressiva perché si limita a liberare le mani al datore di lavoro.

La nuova disciplina presenta alcuni punti critici che certamente finiranno per essere rimessi al giudizio della Corte costituzionale. Dubbi sono stati avanzati sul rispetto della delega nonché sulla legittimità della disparità di trattamento tra vecchi e nuovi assuntisi. Un altro elemento fortemente criticato – a buon ragione, per la sua irragionevolezza – è la previsione che rende possibile monetizzare il licenziamento di un lavoratore che abbia commesso un'infrazione per la quale il contratto collettivo preveda esplicitamente una sanzione conservativa.

A2) Il tema della riduzione della precarietà è affidato anche ad un altro decreto legislativo⁴⁸⁵, emanato – secondo quanto statuito nella legge delega -per “riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo”.

Nel dibattito sul contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti era presente l'idea che l'introduzione di questa figura avrebbe dovuto implicare il

⁴⁸⁴ In verità su questo versante il legislatore era già intervenuto nel 2012, ma con disposizioni oltremodo complicate.

⁴⁸⁵ Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81.

disboscamento della “giungla” dei contratti atipici (con voluta terroristica esagerazione li si faceva ammontare ad una quarantina di tipi); contratti ai quali si imputava la responsabilità della diffusa precarietà della condizione lavorativa. Orbene, il “riordino” – salvo, come vedremo tra poco, che per l’intervento, decisamente molto significativo, operato sul versante della figura delle collaborazioni coordinate e continuative -ha tributato solo un formale omaggio a questa idea. Infatti si è limitato alla soppressione di due sole figure, quella dello *job sharing* (lavoro condiviso), di quasi nulla applicazione, e quella dell’associazione in partecipazione con apporto di lavoro.

In questo decreto, dopo la simbolica affermazione che la “forma contrattuale comune” è il “contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato”, è contenuta una riscrittura (una sorta di testo unico) di tutte le figure particolari di contratto di lavoro (lavoro a tempo parziale, lavoro intermittente, lavoro a tempo determinato, somministrazione di lavoro, apprendistato, lavoro accessorio).

L’elemento politicamente più significativo è rappresentato invece dal forte contenimento della figura delle collaborazioni coordinate e continuative (si tratta di una figura che si muove nell’area del lavoro autonomo ma è molto vicina al -se non sul confine del lavoro subordinato, per cui si presta frequentemente a costituire veicolo di fuga dai costi di quest’ultimo). Nel decreto si è statuito (art. 2) che la disciplina del rapporto di lavoro subordinato trovi applicazione anche ai rapporti di collaborazione “le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro”⁴⁸⁶. L’intenzione è quella di spingere i datori di lavoro ad assumere questi lavoratori con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato⁴⁸⁷.

In verità, una linea di contenimento della figura delle collaborazioni era presente sin dal decreto legislativo 276/2003 (c.d. legge Biagi), il quale aveva tentato di escluderne l’utilizzo in mancanza di un progetto che avesse identificato l’oggetto e i tempi della collaborazione (venne creata la figura delle collaborazioni coordinate e continuative a progetto, co.co.pro.). Il tentativo non aveva avuto un grande successo, poiché la formulazione, per la sua genericità, non aveva una seria

⁴⁸⁶ Vengono esclusi da questa previsione alcuni tipi di collaborazioni. In particolare quelle figure che l’autonomia collettiva (gli accordi collettivi stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale) individui, disciplinandone il trattamento economico e normativo nonché le collaborazioni prestate nell’esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l’iscrizione in appositi albi professionali.

⁴⁸⁷ Si cerca di promuovere questo passaggio anche attraverso una disposizione (art. 54) che mira a tranquillizzare l’azienda circa eventuali illeciti commessi in precedenza. In cambio dell’assunzione a tempo indeterminato (con garanzia di stabilità per almeno 12 mesi) il lavoratore rinuncerebbe a sollevare vertenze per il passato e lo Stato accorderebbe l’estinzione degli illeciti amministrativi, contributivi e fiscali eventualmente commessi.

capacità di scrematura delle collaborazioni. Un ulteriore tentativo del contenimento era stato fatto qualche anno fa (con la legge 92/2012) prevedendo ulteriori limitazioni e presunzioni di subordinazione. Esso aveva prodotto una riduzione delle collaborazioni, ma solo in virtù della complessità del suo dettato e delle conseguenti nuove incertezze che ne derivavano e che rendevano la materia un vero e proprio campo minato. Ora il nuovo decreto segue la strada di una drastica semplificazione: sopprime la figura del contratto a progetto e affida la selezione al criterio della eteroorganizzazione della collaborazione.

Che dire? L'intenzione di semplificare è sicuramente apprezzabile, ma bisogna riconoscere che siamo ancora lontani da un quadro che possa offrire certezze. Si introduce un criterio (la eteroorganizzazione) che dovrà essere chiarito, dal momento che si presta ad una duplice lettura. Infatti, da un lato si potrebbe sostenere che la eteroorganizzazione sussista solo in presenza di un potere, in capo al datore di lavoro, di modificazione delle modalità di esecuzione della collaborazione; da un altro lato si potrebbe sostenere, invece, che il concetto di eteroorganizzazione non necessariamente riguardi l'esercizio di un potere del datore potendo riferirsi anche ad una eteroorganizzazione interamente configurata consensualmente, all'interno del programma negoziale. Solo questa seconda lettura – che si sostanzierebbe nel ritenere il criterio dell' *eteroorganizzazione* una riproposizione, con altre parole, del vecchio concetto di *coordinamento* -si presterebbe a prosciugare effettivamente il bacino delle collaborazioni⁴⁸⁸. In conclusione l'unica certezza è che dovremo assistere ad un interessante lavoro della dottrina ed agli assestamenti della giurisprudenza. Da un legislatore che vuole offrire maggiori certezze alla gestione aziendale, anche riducendo gli spazi della mediazione giudiziaria, c'era da aspettarsi uno sforzo maggiore.

B) Passiamo ora ad illustrare gli interventi che sono riconducibili alla linea del rafforzamento dei poteri del datore di lavoro nella gestione del personale.

Il legislatore interviene a facilitare la gestione aziendale attraverso la modifica incisiva di alcune rigidità normative presenti nello statuto dei lavoratori. Abbiamo già dato conto della “manomissione” dell'articolo 18 (del quale si è parlato prima). Successivamente è stato toccato l'art. 13⁴⁸⁹, riguardante la disciplina delle mansioni del lavoratore, e si prevede⁴⁹⁰ di toccare l'articolo 4, riguardando i controlli a distanza sul lavoratore.

⁴⁸⁸ Ad eccezione di quelle espressamente escluse.

⁴⁸⁹ Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, art. 3 (riscrive l'art. 2013 del codice civile che era stato a sua tempo riscritto con l'art. 13 dello statuto dei lavoratori).

⁴⁹⁰ Lo schema di decreto legislativo che contiene questa modifica è all'esame del Parlamento per il parere.

Bisogna tenere presente che qualche anno fa si era data alle parti sociali (a livello aziendale ovvero a livello territoriale) la possibilità di derogare alla legge relativamente a questi ambiti⁴⁹¹, considerando la loro importanza ai fini di un miglior andamento della attività aziendale⁴⁹². Ora interviene direttamente il legislatore, evidentemente perché ha constatato la pigrizia delle parti sociali.

B1) Nella materia delle mansioni un intervento era opportuno. Infatti, la norma statutaria conteneva alcune rigidità controproducenti. In particolar modo in due profili.

Il primo era quello dell'ambito di variabilità dei compiti lavorativi che il datore di lavoro può assegnare al lavoratore. Qui la legge faceva ricorso al criterio dell'equivalenza: il lavoratore poteva essere adibito a tutte le mansioni equivalenti a quelle svolte in precedenza, purché fosse comunque garantito il livello retributivo in godimento. In verità la formula dell'equivalenza era di per sé sufficientemente elastica, ma la rigidità scaturiva dal fatto che la sua gestione veniva integralmente rimessa nelle mani del giudice, il quale ben avrebbe potuto giocare questo criterio (inteso, nell'elaborazione giurisprudenziale, come equivalenza professionale) contro eventuali tentativi di flessibilizzazione da parte dell'autonomia collettiva, alla quale dovrebbe spettare invece una naturale competenza in materia.

Il secondo profilo di rigidità, più palese e che parzialmente coincideva con il precedente, era rappresentato dalla statuizione della nullità di tutti i patti che potessero considerarsi contrari al contenuto dell'articolo. In verità, su questo secondo profilo alcuni margini di flessibilità erano stati già introdotti dalla legge (in particolare, nel 1991 si era previsto che con gli accordi intervenuti nel corso di vertenze per licenziamenti collettivi si potesse autorizzare una deroga alla disposizione statutaria quando fosse utile ad evitare, in tutto o in parte, la riduzione del personale) nonché dalla giurisprudenza la quale, saggiamente forzando il rigido dettato della legge, dapprima aveva riconosciuto come validi i patti peggiorativi delle mansioni che fossero stati fatti in alternativa al licenziamento e, successivamente, aveva riconosciuto come validi anche i patti che fossero stati fatti spontaneamente per il soddisfacimento di altri interessi del lavoratore.

Come si è intervenuti ora su questa materia? Vanno segnalate tre novità in particolare.

La prima è rappresentata dal fatto che: viene abbandonato il criterio dell'equivalenza e si afferma che il lavoratore può essere adibito a qualsivoglia

⁴⁹¹ Purché l'accordo fosse sottoscritto con il consenso della maggioranza dei lavoratori.

⁴⁹² Art. 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 convertito in legge dall'art. 1, comma 1, L. 14 settembre 2011, n. 148.

mansione sia ricompresa nel livello di inquadramento (purchè rientrante nella medesima categoria⁴⁹³. L'apparenza è quella di una dilatazione dell'area delle mansioni assegnabili e quindi di un peggioramento della posizione del lavoratore. In verità le cose stanno diversamente poichè, a ben vedere, la norma fa rinvio ad un elemento -il livello di inquadramento -che viene interamente governato dall'autonomia collettiva. In altre parole, la disposizione implicitamente rinvia, come è giusto che sia, all'accordo tra le parti sociali. Queste saranno spinte dalla nuova norma a definire credibili percorsi di mobilità dei lavoratori all'interno delle organizzazioni produttive. Alcune categorie (chimici e bancari) si erano già spinti in questa direzione, pur se la vecchia norma avrebbe potuto far sorgere dubbi sulla loro legittimità.

La seconda novità è rappresentata dall'esplicita previsione della possibilità del passaggio a mansioni inquadrate al livello inferiore. Non è del tutto chiaro se questa novità si muova nel solco già tracciato dalla giurisprudenza ovvero miri a forzarlo a favore del datore di lavoro. Infatti, da un lato, si ammette la possibilità di patti peggiorativi quando essi siano fatti "nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita", dall'altro si delinea la possibilità di adibizione unilaterale del lavoratore a mansioni del livello di inquadramento immediatamente inferiore⁴⁹⁴ nel caso in cui intervenga una "modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide" sulla sua posizione del lavoratore⁴⁹⁵ (per questa seconda ipotesi si prevede che il mutamento di mansioni, a pena di nullità, sia comunicato per iscritto e che il lavoratore conservi il diritto al livello di inquadramento e al trattamento in godimento). E' prevedibile che l'ambigua genericità della causale giustificativa del mutamento disposto unilateralmente sarà fonte di problemi.

La terza novità, al pari della prima, è decisamente interessante. Nelle dinamiche della mobilità endoaziendale finalmente il legislatore contempla l'istituto della formazione. Il richiamo della formazione costituisce un naturale portato della scelta di dilatare lo spettro dei compiti esigibili, staccandosi dalla vecchia prospettiva, incentrata sui compiti lavorativi e sulla professionalità richiesta per il loro svolgimento intesa come limite al potere direttivo del datore di lavoro. Purtroppo il richiamo è stato fatto in termini decisamente approssimativi⁴⁹⁶. Non risulta chiaro come si strutturi la materia nella disciplina del rapporto di lavoro. Il dettato della disposizione sembra decisamente inadeguato a governare la complicazione che

⁴⁹³ Il decreto legislativo allude alla c.d. categoria legale, cioè quella prevista dall'articolo 2095 del codice civile che opera una distinzione tra operai, impiegati, quadri e dirigenti.

⁴⁹⁴ Purchè appartenenti alla medesima categoria legale.

⁴⁹⁵ Si prevede che altri casi possano essere contemplati dai contratti collettivi.

⁴⁹⁶ "Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni".

comporta l'inserimento di questo istituto nella relazione contrattuale. Probabilmente l'estensore della disposizione ha voluto richiamare un tema che si sconta debba essere disciplinato dal contratto collettivo.

B2). Passiamo ora a dare conto dell'intervento che si ha in animo di fare sulla materia dei controlli a distanza sul lavoratore.

La vecchia disposizione (articolo 4 dello statuto dei lavoratori) delineava un divieto generale di utilizzo di apparecchiature mirate a controllare l'attività dei lavoratori (il controllo può essere fatto solo dall'uomo) e poi subordinava ad un accordo con le rappresentanze dei lavoratori (o, in mancanza di accordo, all'autorizzazione dell'attività amministrativa) l'installazione di apparecchiature che avessero finalità diverse da quelle del controllo dell'attività dei lavoratori ma che potessero prestarsi allo stesso.

Un intervento era necessario perché l'evoluzione tecnologica da tempo ci aveva messo di fronte ad una situazione che certamente non poteva essere contemplata nel 1970 (anno di emanazione dello statuto dei lavoratori) e cioè alla diffusione nel tessuto della organizzazione aziendale di dispositivi (come ad esempio il *computer*, lo *smartphone*) necessari allo svolgimento dell'attività produttiva, ma idonei a raccogliere una messe di informazioni sull'attività svolta dal lavoratore. Si poteva ritenere che anche per questi dispositivi si ponesse l'onere della negoziazione con il sindacato e si poneva il problema di quali dati potesse essere fatta raccolta. Su questo secondo versante era successivamente intervenuta la legislazione in materia di tutela della *privacy* e l'autorità istituita per la gestione di questa legge (Garante per la protezione dei dati personali) nel 2006 aveva dettato linee guida per il trattamento dei dati relativi ai lavoratori dipendenti da parte dei datori di lavoro e pubblicato un vademecum (aprile 2015) riassuntivo delle sue prese di posizione.

La nuova disposizione (art. 23) cosa fa?

Da un lato, perfidamente non riproduce espressamente quel divieto, sebbene sembri presupporlo poiché continua a subordinare ad un accordo con le rappresentanze dei lavoratori (o, in mancanza di accordo, all'autorizzazione dell'attività amministrativa) l'installazione di strumenti "per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale" dai quali derivi anche "la possibilità di un controllo a distanza dell'attività dei lavoratori"(comma 1).

Da un altro lato, ha voluto esplicitamente sottrarre le aziende dall'impaccio del necessario confronto con il sindacato (nonché dai limiti che da quel confronto potrebbero scaturire) quando siano in gioco gli "strumenti utilizzati dal lavoratore

per rendere la prestazione lavorativa” e gli “strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze” (comma 2).

Da un altro lato ancora, statuisce che le informazioni raccolte ai sensi del primo e del secondo comma siano utilizzabili legittimamente ” a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro” a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d’uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196” (la legge sulla protezione dei dati personali).

Nella sostanza quale effetto produrrà questa norma? Verrà esplicitamente svalutata la mediazione sindacale ed il potere aziendale verrà assogettato ai soli limiti che potranno derivare dalla normativa sulla protezione dei dati personali. La gestione di questa normativa, tuttavia, non potrà essere orientata, come accadeva nel precedente quadro, dall’esistenza di un principio generale di divieto di controllo a distanza dell’attività dei lavoratori, poichè, come abbiamo visto, la norma è stata riscritta senza riprodurre l’affermazione di quel principio. Se ne deve trarre la conclusione che – salvo problematiche forzature che si possano fare del principio della *privacy* – si spalanca la strada a pervasivi controlli della prestazione lavorativa fatti con gli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa. Il che costituisce un notevole arretramento sul piano dei principi, che volevano una gestione del personale non affidata a vecchi modelli disciplinari da “grande fratello” (penso a “1984” di Orwell). Si giustifica quindi la forte opposizione manifestata dalle organizzazioni sindacali.

Ma anche qui va fatta un’amara considerazione: in fin dei conti, se il legislatore è intervenuto, lo ha fatto perché evidentemente le parti sociali non sono state capaci di governare le difficoltà applicative dell’articolo 4 dello statuto dei lavoratori, di temperarne l’eccessiva rigidità con riferimento a situazioni nelle quali era opportuno e ragionevole assumersi la responsabilità di trovare un ragionevole bilanciamento e, se del caso, proporre al legislatore una riformulazione condivisa. Non rimane che formulare l’auspicio che, da un lato, le organizzazioni sindacali, ormai non potendosi permettere di stare al rimorchio del dato normativo, al massimo livello assumano l’iniziativa di chiedere l’apertura di un tavolo di trattativa e, dall’altro, che la controparte datoriale accetti il confronto con spirito costruttivo, non accedendo alla miope prospettiva tattica di lucrare sul vantaggio che l’attuale formulazione della norma concederbbe loro. Le parti hanno necessità di rilegittimare il proprio ruolo di governo del mondo del lavoro, anche nei confronti dello stesso legislatore, al cui variabile intervento non possono delegare le proprie responsabilità.

5.8. A GUARANTEE THAT IS NOT THERE (YET) THE REASONS FOR THE POOR FUNCTIONING OF THE YOUTH GUARANTEE IN ITALY⁴⁹⁷

MICHELE TIRABOSCHI

Full Professor of Labour Law

University of Modena and Reggio Emilia

ADAPT Scientific Coordinator

I. THE FACTS

The Youth Guarantee was launched on 1 May 2014 – Italy’s May Day –to pursue a two-fold objective: “impacting on the unemployment emergency” while laying “the foundations for the creation of a permanent guarantee system” (cf. the Italian Youth Guarantee Implementation Plan, from now on PnGG, 4).

In line with the indications laid down in 2013 in the Youth Guarantee Recommendation No. 120/01, the Italian implementation plan provides that young people should be enrolled on the scheme “within a period of four months of becoming unemployed or leaving formal education” (PnGG, 7). It also establishes that the four-month period should be reckoned from the date of registration with employment services, via the national or regional portal used for job matching. The guidance and counselling services “should therefore offer young people, within four months of registration, the integration or reintegration into education and training pathways or work experiences” (PnGG, 8).

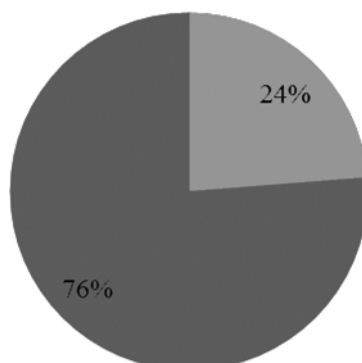
Regrettably, the four-month deadline for the provision of these services is usually not complied with, and the actual number of active participants is considerably lower than that estimated by the Ministry of Labour.

Only 409,289 out of the 2,254,000 NEETs reckoned by the government have participated in the Youth Guarantee (statistics as of 5 February 2015). But, there is more. Only 154,305 of those taking part in the program have been contacted to arrange the first interview. The remaining 254,975 people, many of whom have been enrolled on the program for more than four months, have not yet been summoned for an interview.

⁴⁹⁷ *Summary Report for Jyrki Katainen, Vice-president of the European Commission (14 February 2015).*

Fig 1: % of NEETs registered with the Italian Plan - ADAPT's elaboration on the data provided by the Ministry of Labour (2015)

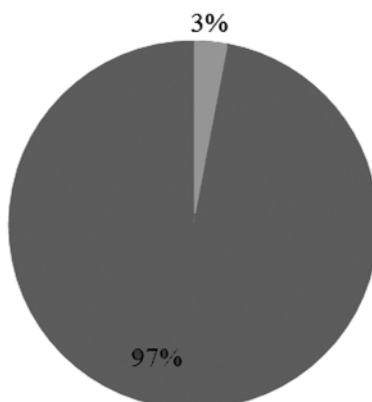
■ NEETs who registered with YG



Equally significant is that out of the 154,305 young Italians registered with the program, only 12,273 have received an offer of employment, internship, or training, that is 3% of participants.

Fig 2: % of Concrete Proposals for those enrolled with the Youth Guarantee -ADAPT's elaboration on the data provided by the Ministry of Labour (2015)

■ Participants who received a job offer



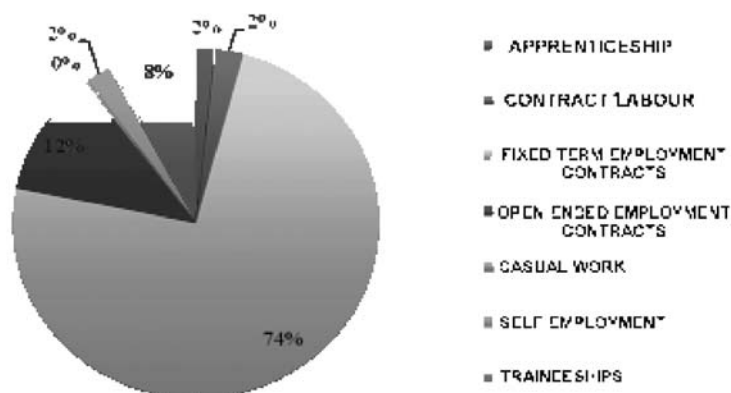
As of 5 February 2015, the offers of employment or traineeship posted on the national portal of the Youth Guarantee since the launch of the program are 44,776, involving only 10% of participants (at least in theory, since many of them are not in line with the indications of the Youth Guarantee):

Fig: Job Opportunities by type of Contract—Ministry of Labour

TYPE OF CONTRACT		NUMBER OF JOB VACANCIES
	Absolute Value	Absolute Value
APPRENTICESHIPS	578	768
CONTRACT LABOUR	550	1.103
FIXED-TERM EMPLOYMENT CONTRACTS	22.672	33.100
OPEN-ENDED EMPLOYMENT CONTRACTS	4.245	5.186
CASUAL WORK	46	128
SELF-EMPLOYMENT	619	988
TRAINEESHIPS	2.449	3.503
TOTAL	31.159	44.776

Most job offers concern fixed-term employment (74%), while only a small percentage of them consists of traineeships (8%) or apprenticeships (2%).

Fig 4: Job opportunities by type of Contract—ADAPT's Elaboration on the data provided by the Ministry of Labour, 2015



The situation just described is not likely to improve in the short run. Even the Ministry of Labour no longer provides statistics concerning the offers of employment and training sent to participants, notably weekly updates that were useful to monitor the progress of the Youth Guarantee. This move can be seen as a sign of weakness and little transparency, which hampers the work of independent observers at the time of evaluating the implementation of the Youth Guarantee.

II. THE DELAYS IN THE IMPLEMENTATION PLAN

Outlining the general framework of the Youth Guarantee, the EU Council Recommendation of 22 April 2013 identifies six main pillars that constitute the starting point to implement the program at a national level:



At present, none of the indications contained in the foregoing six pillars have been implemented in a thorough and effective manner, making the Youth Guarantee practically inoperative. The critical issues discussed below and the weekly updates made available by the Ministry of Labour provide evidence to this argument.

1. Building up Partnership-based Approaches

As a first requirement to implement the Youth Guarantee, the Recommendation urged Member States to identify the relevant public authority in charge of establishing and managing the scheme and coordinating partnerships across all levels and sectors. According to the 5 December 2012 document accompanying the Recommendation, this task should be assigned to public employment services.

The indications contained in the Recommendation have not been fully complied with in Italy. Pending the reform of public employment services, the so-called *Struttura di Missione* (“mission structure”) has been entrusted with the coordination

of the Youth Guarantee scheme. This is a public entity consisting of technical experts (cf. Article 5 of Decree Law No. 76/2013) in which neither the social partners, nor youth organizations, nor services sector bodies have been involved. The *Struttura di Missione* ceased to function on 31 December 2014, without a) setting in motion the announced reform of employment services b) appointing provisional bodies to temporarily oversee these tasks. Consequently, no one is currently coordinating the Youth Guarantee in Italy.

The absence of a coordination body and a unifying system governing employment services – which are presently the remit of the regions – has greatly hampered the launch of the plan, with the result that it is fully operational only in a limited number of regions.

Although all the regions have formally approved a local implementation plan, as of 5 February 2015 nowhere in Italy has the application process of the Youth Guarantee been completed. In three regions (Calabria, Marche and Molise) the call for applications has not even been issued, even though the program began nine months ago. In Sicily, the invitation for applications has been put out with a tight closing date, raising questions about the transparency of the procedures applied in allocating funds. In seven other regions (Campania, Friuli Venezia Giulia, Lazio, Liguria, Puglia, the Province of Trento and Valle d'Aosta) so-called “multi-measure calls for application” have been approved with the aim of ensuring the full implementation of the measures funded by the Youth Guarantee and speeding up the cooperation initiatives between public and private actors.

The lack of a coordination body has also produced a stalemate situation as regards the partnerships with the social partners, the services sector, youth organizations and industry; although officially formalized through memoranda of understanding, these partnerships have never been effectively implemented.

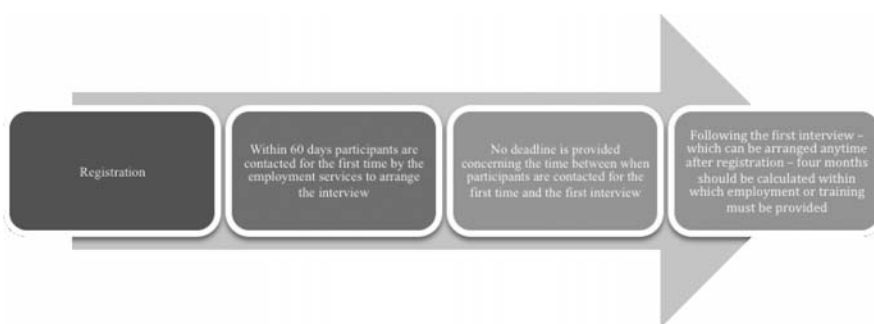
2. Early Intervention and Activation

In keeping with the indications laid down by the Recommendation, the Italian implementation plan determines that young people “should be introduced into the Guarantee system within a period of four months of becoming unemployed or leaving formal education” (PnGG, 7), providing that the four-month period starts from the date young people have enrolled on the program.

Despite these indications, the Ministry website displays a timeframe that is different from that specified in the national implementation plan and the EU document. In the FAQ section of the Youth Guarantee national website (www.garanziaiovani.gov.it), the Ministry provides that the four-month deadline – referred to by the EU Recommendation as the period after which the Youth

Guarantee ends and some kind of offer must be made to participants – should begin upon the conclusion of a “service pact”.

The inference is that, if compared with what is provided in the Recommendation and the national plan, the implementation process of the Youth Guarantee in Italy will be more lengthy and uncertain. Upon registration, the regional office has two months to make contact with participants for the first time. Yet no deadline has been set concerning the following interview at the end of which the “service pact” should be concluded and the four-month period should begin in order to receive an offer of employment or training.



3. Supportive Measures for Labour Market Integration

The Recommendation has the objective to give young people under the age of 25 years old an offer of employment, continued education, an apprenticeship or a traineeship within four months of leaving formal education or becoming unemployed.

The Italian plan seems to ignore this indication, as it does not devise any measure to ensure the quality of these offers that contribute to the employability of young participants. The establishment of structural measures to create realistic and long-lasting paths bringing together labour demand and supply in terms of school-to-work transition appears to be just a remote possibility.

Many critical issues exist that also concern some relatively minor aspects, for instance the setting up of the national portal – which is referred to as a good practice by the EU report – and the allocation of employment incentives to employers and labour market intermediaries.

An investigation carried out by the ADAPT research team on all the job announcements published on the national portal of the Youth Guarantee highlighted that:

- most job vacancies are not in line with the target group. They are job offers targeting highly-skilled workers that are already available on the Internet – they appear on the website of temporary employment agencies – therefore without any relation with the Youth Guarantee;
- many job offers come from sectors other than those regarded as relevant by the Recommendation;
- fixed-term employment contracts are the most recurrent form of employment among the job vacancies posted on the portal (74%) whereas internships and apprenticeships are among the least used working schemes (8% and 2% respectively).

Also, the economic incentives made available to support job offers seem not to be in line with the objectives of the Youth Guarantee. In fact, they are random initiatives that are not useful to tackle the long-standing issues related to young people's access to the labour market.

After all, employers are wary of these economic incentives, since it is not clear whether they have been authorized by the European Commission, nor if they comply with the community regulations concerning State aid. This is all the more so following the announcement on the part of the Ministry of Labour that the incentives from the Youth Guarantee, which have not always worked properly, will be compatible with other employment benefits. Recalling what happened with training and work experience contracts, employers are now fearful of being sanctioned from the Community,

4. Use of Union Funds

The Recommendation demanded Member States to give the necessary priority and corresponding resources for the implementation of the measures related to the establishment of Youth Guarantee schemes, in particular those concerning the sustainable integration of NEETs into the labour market.

In Italy, the scant attention paid to the objective of facilitating occupational transitions as specified in the Recommendation can be seen in the allocation of the resources among the different initiatives related to the Youth Guarantee. Overall, internships and training are the initiatives for which the largest amount of funds has been set aside (21.3% and 4.5% of resources), while apprenticeships received a meagre 4.5% of funds.

The investment in internships and training is not offset by the introduction of direct criteria to ensure their quality in terms of employability, an aspect that is pointed out in a number of EU recommendations on this subject. It is sufficient to look at the training opportunities posted on the national portal to realize that they

are job offers without any educational content, e.g. they often are full-time and highly-skilled positions devoid of any learning component.

As for young people's training costs, only some regions have approved invitations for tender – most of which are currently open – so that funds remain unused and no training opportunity can be accessed yet. One might also note that in many regions the allocation of funding is “process-based” rather than results-based, so training centres might feel released of the obligation to provide genuine training that meets the needs of the labour market.

Problems emerged also in relation to the other initiatives towards which investments have been channelled. 14.7% of financial resources have been devoted to job support schemes, that is initiatives set in motion by employment services to promote young people's employability. Equally in this case the results might be lower than expected, especially in those Regions where no accreditation system is in place for labour market operators to promote genuine cooperation between the public and the private sectors.

Only a risible part of the available resources is allocated to apprenticeship, regarded by the Recommendation as a major placement tool. Further, time-consuming and bureaucratic procedures apply for the provision of funds for this contractual scheme (cf. The incentive for research-based apprenticeships from Lombardia). In four Regions (Liguria, Piemonte, Sardegna and Veneto), no resources have been allocated at all for this working scheme.

5. Monitoring and Evaluation

The Recommendation urges Member States to monitor and evaluate Youth Guarantee schemes, so that evidence-based policies and interventions can be devised.

The monitoring system of the Youth Guarantee in Italy set up by the Ministry of Labour provides only rough statistics: the number of participants classified by gender, their educational background, their geographic origin and the number of interviews they already had, without giving details of the results of the program. Only two regions (Lombardia and Veneto) established a system that provides information about the opportunities offered.

The national and regional monitoring systems do not provide specific indications on the results of the Youth Guarantee. It is not possible to know the sectors and the time needed to employ participants, nor their contractual schemes or main characteristics.

Individual paths are not monitored, either. This means that even when young participants are given a job opportunity, no monitoring system is made available by the relevant authorities, as though young people were just numbers and not persons.

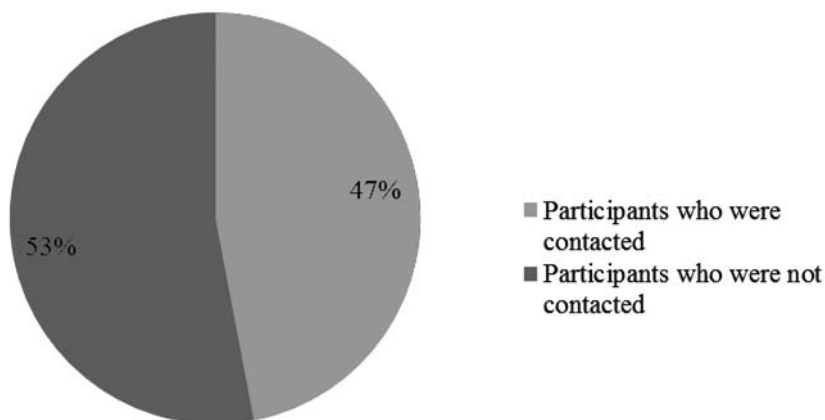
6. Swift Implementation

The critical issues discussed earlier have prevented the Youth Guarantee from becoming sufficiently reliable. The problems emerged since the very first contact with participants have adversely affected the popularity of the program among young people, their family and employers, who seem wary of the initiative.

III. WHAT YOUNG PEOPLE THINK OF THE YOUTH GUARANTEE

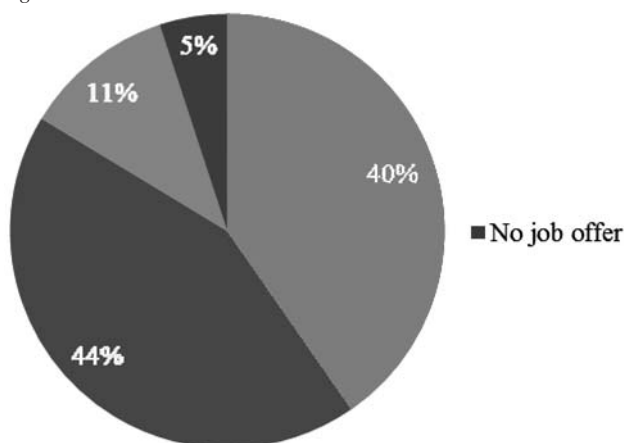
Starting from October 2014, the ADAPT research group and the newspaper *Repubblica degli Stagisti* carried out a survey over 1,500 young people who enrolled on the Youth Guarantee. The preliminary findings of the survey – which is still underway – confirmed the issues referred to above: only 47% of participants had an interview and more than 50% of interviewees were contacted after more than two months since enrolment.

Fig 5: % of NEETs contacted after registration – ADAPT's Elaboration, 2015



40% of the young people surveyed admitted not having received any offer at the end of the interview, while 43% of interviewees reported that in the course of the interview operators only made some general references to future offers, without giving further details.

Fig 6: % of Jobs offered after the interview—ADAPT's *Elaboration*, 2015



Those young people who have been interviewed were asked to provide an evaluation of the Youth Guarantee and to score it on a scale from 1 to 10. The program scored an average of four among respondents, thus failing to pass muster.

IV. A PRELIMINARY ASSESSMENT OF THE YOUTH GUARANTEE

A first assessment of the Youth Guarantee in Italy can be made considering the findings provided above and a number of in-depth investigations and monitoring activities carried out by the ADAPT research team (freely available in Italian on www.bollettinoadapt.it). The evaluation is far from positive. The Youth Guarantee did not tangibly contribute to tackling youth unemployment and school-leaving (this was the first objective of the national plan). In addition, the implementation of the Youth Guarantee does not move towards the creation of a school-to-work transition centred on young people's employability and a strong network of public and private services to bring together labour demand and supply (this was objective 2 of the plan).

V. THE YOUTH GUARANTEE IN ITALY: WHAT NEEDS TO BE DONE NOW IN ORDER NOT TO LOSE AN OPPORTUNITY

The following are a number of concrete proposals defined along the lines of the points made in the Recommendation and put forward with the aim of taking immediate action and ensuring the swift implementation of the Youth Guarantee.

1. Implementing Partnership-based Strategies rather than Top-down and Time-consuming Initiatives

One of the main critical issues to overcome concerns the governance of the Youth Guarantee. Red tape and a top-down approach have characterized the measures implemented so far, which result in a raft of provisions that are destined to remain on paper or to become the topic of conferences and seminars where young people and employers are hardly involved.

For this reason, we put forward a more agile structure, consisting of institutional actors as well as the social partners, labour market operators, youth organizations, representatives from the services sector and independent research centres.

Rather than a politician or a public authority, the Youth Guarantee should be managed by an independent and leading figure who can point out the most critical issues and assess the effectiveness of the program nationwide.

2. Early Implementation and Activation

It is decisive to act on the Youth Guarantee development process to ensure compliance with the timeframe laid down in the Recommendation. To this end, a deadline for each stage must be set in order to have tangible results within four months from young people's registration.

Our proposal is to reduce and clearly define the time needed to implement each stage of the Youth Guarantee. The first interview and the conclusion of the service pact should necessarily take place within one month from registration. The remaining three months should be used to provide an offer of employment or training in line with the participant's profile.

In a similar vein, operators' remuneration should be based on certain indicators that consider the quality and the time needed to provide employment to participants. To make sure that deadlines are not missed, the introduction of time and results-based criteria when calculating remuneration might be a useful tool.

3. Measures Facilitating Labour Market Integration

The measures devised should focus more on those job opportunities that strengthen young people's skills, above all occupations that are, or are expected to be, most in demand. This means investing in contractual arrangements that ensure job mobility and skills certification (especially apprenticeships).

To this end, it might be important to apply more stringent criteria in the

allocation of incentives, making the provision of funds dependent not so much on the working schemes used, as on the provision of work-based training. Concurrently, the profile of participants should be organised through more objective parameters (as is the case in The Netherlands), moving away from the current system where operators decide how to organise information.

Some changes to the national portal of the Youth Guarantee – which no one monitors – are also needed. This should help make the portal an adequate tool for job matching as required by the EU objectives and not only a space where job offers are displayed. In this sense, some proposals are provided in the following:

- job announcements should be organized in the portal so that participants can access them according to their profile and expectations in terms of personal and professional growth;
- the posting of job offers on the portal should be monitored in order to avoid private operators using them in ways other than those stated in the program;
- job vacancies must be targeted on the program participants;
- an information filtering system should be used to find those job offers that are suitable to young people with little to no experience (the majority of the job announcements available now are intended to semi-skilled people to exclusively perform certain tasks in certain industries);
- the posting of job announcements should be accompanied by individualised support services;
- the portal should also contain a section where participants can have access to internships along with a description of the relevant employment opportunities and needs;
- Young people's registration via the portal and participation in the programme should comply with the requirements laid down in the EU plan. It is also necessary that the filtering system should be also based on participants' employment status and not only on age, as is currently the case.

4. Use of Union funds

The financial resources made available by the EU should be used considering the objectives discussed earlier, investing in job placement schemes and in those tools facilitating occupational transitions (guidance, job-support measures, apprenticeships).

Providing certainties to employers about the actual availability of incentives is likewise important. Nine months have passed since the launch of the program, but a law still applies making the allocation of funds dependent upon the authorization of EU institutions. Such a decree is of no use, nor is the scope for combining the bonuses for the Youth Guarantee with other public incentives. Do these measures

comply with EU legislation on State aid? Without clarifying this aspect, no employer in Italy will take part in this program, especially after the use of training and work experience contracts have recently become the subject of extensive litigation between the Italian Government and the European Commission.

5. Monitoring and Evaluation

Finally, a monitoring and evaluation system should be created to ensure that the Youth Guarantee fulfils the stated objectives in an adequate and effective manner. This system should be based on indicators that can assess the results produced and contribute to improving employment policies in line with the indications laid down by the European Commission on 5 February 2015.

5.9. LA FLEXICURITY IN EUROPA E NELLE RECENTI RIFORME DEL MERCATO DEL LAVORO ITALIANO

SIMONE VARVA

*Assegnista di Ricerca in Diritto del Lavoro
Università degli Studi di Milano-Bicocca*

I. INTRODUZIONE

L'espressione *flexicurity*, crasi dei termini *security* e *flexibility*, è stata utilizzata nell'ultimo decennio del secolo scorso con riferimento alle riforme del mercato del lavoro e del *welfare state* introdotte nei Paesi Bassi e in Danimarca. In conseguenza dell'innegabile effetto virtuoso che tali riforme hanno prodotto sugli indicatori economici nazionali (soprattutto sul binomio crescita dell'occupazione/diminuzione della disoccupazione), la *flexicurity* ha ricevuto grande e crescente attenzione dalle istituzioni europee; in certe fasi, soprattutto grazie all'entusiastica sponsorizzazione da parte della Commissione UE, essa è parsa divenire modello di riferimento e di ispirazione per le politiche riformiste introdotte nei mercati del lavoro nazionali.

In questo contributo, in primo luogo, si farà cenno all'esperienza originaria danese e, in termini di confronto, alla "variante" olandese. In seconda battuta, verrà richiamato il processo di recepimento adottato dalle istituzioni UE, rilevando caratteristiche e limiti della "nozione europea". Infine, si verificherà in che termini

le due recenti riforme introdotte in Italia (2012 e 2014/2015) siano da considerarsi (o meno) genuina e coerente trasposizione di tale modello.

II. LA FLEXICURITY DELLE ORIGINI: DANIMARCA E PAESI BASSI

La *flexicurity* è comunemente associata al c.d. “*Danish golden triangle*”, i cui vertici rappresentano le caratteristiche peculiari del modello: l’alto livello di flessibilità del rapporto di lavoro (soprattutto sotto il profilo della c.d. flessibilità esterna in uscita); un generoso sistema di protezione sociale in caso di disoccupazione; un efficiente servizio pubblico per l’impiego, vocato alla formazione, riqualificazione e reinserimento lavorativo dei soggetti in cerca di occupazione (organizzato secondo le logiche del *workfare*: politiche attive del lavoro e principio di condizionalità). L’unione di questi tre elementi, la cui interazione è favorita da un alto livello di sindacalizzazione e da relazioni industriali poco conflittuali e molto collaborative⁴⁹⁸, è appunto definita *flexicurity* danese, la cui sostenibilità è suggestivamente paragonata al volo del calabrone: come il goffo insetto secondo i principi della fisica non dovrebbe volare eppur vola, così il mercato del lavoro danese, all’apparenza incapace di sostenibilità economica, ha invece dimostrato negli anni (e nelle diverse congiunture di mercato) di saper conservare le qualità di efficienza e di protezione sociale così ammirate dagli osservatori stranieri⁴⁹⁹. Vi è da rilevare che nell’esperienza danese la connessione tra flessibilità del rapporto e sicurezza sul mercato, integrata nel passato più recente da una spinta efficientista (politiche attive e condizionalità) e da una riduzione della generosità del *welfare state*, non è stata tanto il frutto di una svolta improvvisa di politica del diritto, quanto piuttosto la realizzazione di un percorso fluido, continuo e adattivo, legato ad esigenze sociali, politiche ed economiche (non solo di lungo periodo, ma pure estemporanee e interlocutorie).

Ancor prima del più famoso “*golden triangle*”, è stato però il “*silver square of trust*” ad essere introiettato nel mercato del lavoro dei Paesi Bassi. La prima fase

⁴⁹⁸ In realtà tra gli elementi peculiari dell’esperienza danese occorrerebbe tenere in debito conto anche delle caratteristiche del tessuto sociale (elevato livello di omogeneità culturale e di “senso civico”) e della storia delle relazioni industriali nazionali (si pensi al compromesso di settembre del 1899 per mezzo del quale capitale e lavoro hanno raggiunto un accordo sulla ripartizione dei rispettivi ambiti di pertinenza: la libertà di iniziativa economica e di intrapresa, da un lato, e gestione della cosa pubblica, dall’altro); per approfondimenti, B. AMOROSO, *Luci e ombre del modello sociale danese*, in *Dir.lav.merc.*, 2010, p. 227 ss., e P.K. MADSEN, *The Danish road to “Flexicurity”: Where Are We? And How Did We Get There?*, in T. Bredgaard, Larsen, F. (eds.), *Employment Policy from Different Angles*, Copenhagen: DJOF, 2005, p. 269 ss.

⁴⁹⁹ Come si vedrà *infra*, negli anni più recenti e con l’avvento e l’aggravarsi della crisi, anche la piccola e virtuosa monarchia scandinava ha subito significativi peggioramenti nei dati relativi al mercato del lavoro, *infra* nota. n. 7.

della riforma viene fatta risalire al “*Wassenaar Agreement*” del 1982: per reagire alla situazione di crisi occupazionale, le parti sociali si accordarono, da un lato, sul contenimento degli aumenti salariali (legandoli principalmente ad obiettivi di produttività) e, dall’altro, sull’incremento della flessibilità (oraria *in primis*) del lavoro. L’interdipendenza tra flessibilità e sicurezza è da imputare al fatto che, in parallelo allo sdoganamento del ricorso al lavoro flessibile, si assistette all’incremento della protezione sociale a favore dei lavoratori “non standard”. La massima espressione nella maturazione pratica e teorica della *flexicurity* olandese corrisponde all’emanazione del “*Flexibility and Security Act*” nel 1999: lo scopo dichiarato fu quello di realizzare un effettivo bilanciamento tra la libertà riconosciuta all’imprenditore nell’organizzare la manodopera e garanzia nel mantenimento delle condizioni di vita nelle fasi di non lavoro. Riforme ancor più recenti hanno infine avuto come obiettivo il “colmare le falle” del sistema di protezione sociale a favore dei lavoratori atipici (dalla storia contributiva sovente intermittente), la semplificazione della legislazione in materia di protezione e sicurezza, la maggiore libertà per il lavoratore di ridurre l’orario di lavoro⁵⁰⁰.

La differenza più significativa tra i due Paesi sembra dunque risiedere nel fatto che, mentre in Danimarca la flessibilità ha avuto quali destinatari i lavoratori “standard” e si è espressa in termini di attenuazione della legislazione protettiva in fase di licenziamento, in Olanda la stessa si tradotta in libertà di utilizzo del lavoro “atipico”, senza incidere sul principale indice di EPL⁵⁰¹.

III. IL MODELLO “EUROPEO” DI FLEXICURITY

La definizione di *flexicurity* più diffusa in ambito europeo è quella di una strategia politica che «*attempts, synchronically and in a deliberate way, to enhance the flexibility of labour markets, work organisation and labour relations on the one hand, and to enhance security employment security and social security notably for weaker groups in and outside the labour market, on the other hand*»⁵⁰². Sotto il profilo teorico, il principale merito della nozione di *flexicurity* è quello di

⁵⁰⁰ Per approfondimenti dell’esperienza olandese si vedano: W. VAN OORSCHOT, *Balancing work and welfare: activation and flexicurity policies in The Netherlands, 1980–2000*, in *International Journal of Social Welfare*, 2004, vol. 13, p.15 ss.; S. BEKKER, T. WILTHAGEN, *Europe’s Pathways to Flexicurity: Lessons Presented from and to the Netherlands*, in *Intereconomics, Review of European Economic Policy*, vol. 43, n. 2, 2008; K.M. ANDERSON, *The Netherlands: Reconciling Labour Market Flexicurity with Security in Old Age*, in K. Hinrichs, M. Jessoula (ed.), *Labour Market Flexibility and Pension Reforms Flexible Today, Secure Tomorrow?*, Palgrave Macmillan, London, 2012, p. 203 ss.

⁵⁰¹ Per un raffronto tra gli indici di “*employment protection legislation*” (EPL) dei diversi Paesi Oecd, v. OECD, *Employment Outlook*, www.oecd.org.

⁵⁰² T. WILTHAGEN, F. TROS, *The concept of “Flexicurity”: A new approach to regulating employment and labour markets*, in *Transfer: European Review of Labour and Research*, 2004, vol. 10, no. 2, p. 169.

enfaticizzare il legame e l'interdipendenza tra i due elementi del neologismo. Da un punto di vista pratico consente invece di ispirare (e giustificare) una serie di riforme nazionali che hanno riplasmato le regole del mercato del lavoro tentando di adeguarle, in un primo tempo, al nuovo contesto produttivo del "capitalismo cognitivo" figlio della globalizzazione dei mercati e, successivamente, alla crisi economica e socio occupazionale diffusasi nell'Unione Europea.

Nel corso del primo decennio del nuovo millennio i due modelli nazionali di diritto del lavoro più ammirati e studiati a livello europeo sono quelli a cui si è sopra accennato⁵⁰³. Almeno fino all'aggravarsi della crisi economica, infatti, Danimarca e Paesi Bassi condividevano virtuosi tassi relativi al mercato del lavoro, pur avendo in passato sofferto di alti livelli di disoccupazione e inoccupazione⁵⁰⁴; tali esperienze dimostrano che non vi è un solo modello di *flexicurity* ma che ne esistono invece diverse declinazioni specificamente connotate: un ulteriore elemento di complicazione scaturisce dal fatto che alcuni sistemi nazionali dovrebbero più propriamente essere considerate versioni "spurie" della *flexicurity*, ovvero espressione di una evoluzione ancora *in fieri*⁵⁰⁵.

La prima esplicita manifestazione di interesse al tema da parte delle istituzioni europee viene fatta risalire al libro verde della Commissione CE del 1997, ove è stata molto enfaticizzata la necessità di informare le riforme nazionali al corretto bilanciamento tra *flexibility* e *security*. Con il successivo libro verde del 2006 la Commissione UE ha voluto promuovere un dibattito pubblico sulla *flexicurity*, al termine del quale è stata adottata una comunicazione destinata al Consiglio contenente la proposta di un modello di implementazione nazionale della *flexicurity* fondato su quattro pilastri (accordi contrattuali flessibili, apprendimento continuo, politiche attive efficienti, moderni sistemi di sicurezza sociale). Anche il Parlamento UE ha adottato una risoluzione sul tema: la delibera ha posto particolare enfasi sui diritti sociali fondamentali e sulla promozione dell'occupazione. Nel dicembre 2007 è infine intervenuto il Consiglio UE che ha enucleato i "principi comuni" sulla *flexicurity*⁵⁰⁶.

⁵⁰³ Tra i documenti più risalenti, interessante l'EMPLOYMENT COMMITTEE OF COMMISSION, EMCO WORKING GROUP ON FLEXICURITY, *Flexicurity*, 2006, in

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=102&langId=en>.

⁵⁰⁴ Impressionante, ad esempio, il tasso armonizzato di disoccupazione rilevato nel 2008: 3,4% in Danimarca e 3,1% nei Paesi Bassi. Pur rimanendo ben al di sotto delle medie europee (come pure di quelle dei paesi dell'Ocse), la crisi ha peraltro avuto un notevole impatto su questi dati, causando l'innalzamento dell'indice sino a sfiorare il 7% a metà del 2013, in <http://stats.oecd.org>.

⁵⁰⁵ Sul punto v. le considerazioni di P. AUER, *What's in a Name? The Rise (and Fall?) of Flexicurity*, in *Journal of Industrial Relations*, 2010, p. 371 ss.

⁵⁰⁶ Nell'ordine i documenti UE citati: COM (97) 128 *final*, «Partenariato per una nuova organizzazione del lavoro», pp. 11/12; COM (2006) 0708, «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo»; COM (2007) 359 *final*, «Verso principi comuni di flessicurezza:

In termini estremamente sintetici può osservarsi come il modello promosso dalle Istituzioni europee (e dal Consiglio in particolare⁵⁰⁷) sembra frutto di un compromesso “al ribasso”, nel quale le peculiarità delle diverse versioni nazionali di *flexicurity* vengono stemperate in una concezione alquanto ampia e omnicomprensiva⁵⁰⁸. A partire dalle sollecitazioni europee non sembra allora possibile tracciare alcun percorso evolutivo facilmente identificabile e perseguibile: in particolare, non vi sono proposte innovative sul piano delle tecniche normative da adottare, con conseguente scarsa rilevanza sul piano della politica del diritto *de iure condendo*.

Occorre osservare come la crisi abbia messo in discussione l'efficacia della *flexicurity*⁵⁰⁹, anche in raffronto alla sorprendente reazione proveniente dal mercato del lavoro teutonico connotato da un alto indice di flessibilità di tipo interno funzionale (rispetto a quella di tipo esterno, tipica dell'esperienza danese)⁵¹⁰. Si potrebbe affermare che la parabola di popolarità della *flexicurity* in Europa abbia avuto andamento inversamente proporzionale all'indice di disoccupazione danese. Ma in definitiva, anche a seguito della crisi, l'atteggiamento di fondo delle istituzioni europee non pare sostanzialmente mutato: le reazioni sembrano essersi limitate, da un lato, all'attenuazione dell'entusiastica promozione della *flexicurity* (con probabile emersione di un atteggiamento più realistico e disincantato circa i suoi effetti taumaturgici) e, dall'altro, allo spostamento dell'interesse verso una flessibilità di tipo “interno”⁵¹¹. Le sollecitazioni dall'Europa sulle politiche del

posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza»; P6_TA(2007) 0574, Risoluzione del Parlamento europeo sui principi comuni di flessicurezza; Doc (2007)16201, Risoluzione del Consiglio «Verso i principi comuni di flessicurezza» (tutti reperibili in www.eur-lex.europa.eu).

⁵⁰⁷ Diverso l'approccio del Parlamento che censura letture che mettano in discussione la centralità dell'impiego a tempo pieno ed indeterminato e che richiama gli studi OECD e ILO che sottolineano, rispettivamente, la limitata incidenza dell'indice di EPL sull'occupazione e l'interdipendenza tra produttività e sicurezza del posto di lavoro.

⁵⁰⁸ Sul punto le considerazioni di S. SCIARRA, *Is flexicurity a European policy?*, in Urge wp, n. 4/2008, in www.urge.it, 2008.

⁵⁰⁹ Sugli effetti della crisi sulla *flexicurity* danese, H. JORGENSEN, *Danish «flexicurity» in crisis or just Stress-tested by the crisis?*, in Friedrich Erbert Stiftung, www.library.fes.de, 2011, p. 1 ss.. In tema di politiche europee nella crisi, J. HEYES, *Flexicurity in crisis: European labour market policies in a time of austerity*, in *European Journal of Industrial Relations*, 2012, p. 71 ss.

⁵¹⁰ Nel gennaio 2015 il tasso di disoccupazione tedesco era del 4,7% (aveva superato l'11% nel 2005), mentre il tasso di occupazione del 2014 è stato del 77%, in <http://epp.eurostat.ec.europa.eu>; sul “miracolo economico” tedesco, U. RINNE, K. F. ZIMMERMANN, *Another economic miracle? The German labor market and the Great Recession*, Institute for the study of labor, in IZA discussion paper n. 6250, www.ftip.iza.org, 2011, p. 1 ss. e W. EICHHORST, *The unexpected appearance of a new German model*, in IZA discussion paper n. 6625, www.ftip.iza.org, 2012, p. 6 ss.

⁵¹¹ Si allude ad esempio alle indicazioni contenute in COUNCIL UE, *Council Conclusions on Flexicurity in times of crisis*, 8.6.2009, p. 4, in <http://www.consilium.europa.eu>, ove si raccomanda il mantenimento dell'occupazione «where at all possible, for example through helping companies operate alternatives to redundancy such as flexible working patterns and the temporary adjustment of working time, where applicable, and other forms of internal flexibility measures within the companies».

lavoro sembrano seguire quello che appare, di volta in volta, il modello più forte: prima quello danese, ora quello teutonico; ammesso che sia realmente possibile una contaminazione (o addirittura una emulazione) tra i diversi modelli, tra gli studiosi non c'è accordo sulle reali *performances* relative, da valutarsi peraltro non soltanto a breve ma piuttosto a medio lungo termine⁵¹².

IV. LA FLEXICURITY NELLE RECENTI RIFORME DEL MERCATO DEL LAVORO ITALIANO

Tanto nella riforma del lavoro del 2012, quanto in quella del 2014/2015, il legislatore italiano si è dichiaratamente ispirato alle logiche della *flexicurity*.

Partendo dalla *flexibility*, la versione finale della legge 28.6.2012, n. 92, ha mantenuto anche dopo i compromessi di mediazione politica un modello regolativo finalizzato a rendere meno traumatiche e costose le operazioni di affinamento dell'organico aziendale⁵¹³. Tuttavia la normativa di risulta in tema di licenziamento economico non pare molto affine alle logiche della *flexicurity* sulla flessibilità in uscita. Non viene infatti sottratta al giudice la facoltà di ordinare la prosecuzione del rapporto di lavoro, a condizione che accerti la «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento» (art. 18, c. 7, legge 11 giugno 1970, n. 300)⁵¹⁴: continua a risultare perciò impraticabile per l'imprenditore la valutazione prognostica dell'entità e della natura dei costi da sostenere in caso di licenziamento poi dichiarato illegittimo. Nella logica ispiratrice della riforma, l'effetto di un licenziamento (anche illegittimo purché intimato per fini realmente economici)

⁵¹² Sugli effetti della crisi sui sistemi di *flexicurity*, A. TANGIAN, *Not for bad weather: macroanalysis of flexicurity with regard to the crisis*, Etui Working Paper n. 6, in www.etui.org, 2010; sulle misure messe in campo dai diversi Stati membri, F. TROS, *Flexicurity in Europe: can it survive a double crisis?*, Working Paper, in www.ilera2012.wharton.upenn.edu, 2012, p. 8 ss.; sul sistema tedesco G.C. GIANNELLI, U. JAENICHEN, T. ROTHE, *Doing Well in Reforming the Labour Market? Recent Trends in Job Stability and Wages in Germany*, in IZA, discussion paper n. 7580, in www.ftip.iza.org, 2013, p. 3 ss.

⁵¹³ La norma «manifesto» è l'art. 1, c. 1, secondo cui «la presente legge dispone misure e interventi intesi a realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione». Tra i mezzi per realizzare tali finalità vengono indicati: la più equa redistribuzione delle «tutele dell'impiego [...] adeguando contestualmente alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento» e la realizzazione di un «assetto degli ammortizzatori sociali e delle politiche attive in una prospettiva di universalizzazione e di rafforzamento dell'occupabilità delle persone». Principi chiaramente ispirati alla *flexicurity*, come riconosciuto anche da T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2013, p. 3.

⁵¹⁴ Secondo F. LISO, *Le norme in tema di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in csdlex.unict.it, 2012, il «governo dell'incertezza» rimane nelle mani del giudice, escludendo che la scelta tra indennizzo o riammissione in servizio divenga prerogativa dell'imprenditore (c.d. «*opting out*»).

avrebbe invece dovuto essere la cessazione del rapporto di lavoro. Sul punto il legislatore del 2014/2015 è andato ben oltre, escludendo la reintegrazione in caso di recesso fondato su una ragione economica; l'indennizzo in caso di licenziamento immotivato è peraltro predeterminato nel *quantum* (con previsione di un tetto massimo e quindi «certo», come specificato *ex art.* 1, c. 7, legge 10 dicembre 2014, n. 183) e legato all'anzianità di servizio del lavoratore. Tuttavia la più recente riforma introduce una nuova distorsione, consistente nella scelta applicare la nuova disciplina soltanto ai lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015 (art. 1, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23).

Passando al profilo della *security*, il tema si fa ancor più vasto e complesso, perciò in questa sede si può farvi solo sintetico riferimento. In un primo tempo, la legge 92/2012, ha promosso la graduale armonizzazione dei trattamenti di disoccupazione e la creazione di uno strumento unico indirizzato al sostegno del reddito e al reinserimento lavorativo dei soggetti disoccupati, al fine di rendere «più efficiente, coerente ed equo l'assetto degli ammortizzatori sociali e delle politiche attive in una prospettiva di universalizzazione e di rafforzamento dell'occupabilità delle persone» (art. 1, comma 1). In questa logica viene introdotta la nuova «assicurazione sociale per l'impiego» (Aspi): rispetto al passato viene incrementato il trattamento economico, prolungato il periodo di godimento, estesa la platea dei beneficiari. Con il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22, è stata poi introdotta la «nuova prestazione di assicurazione sociale per l'impiego» (Naspi), che interviene in sostituzione dell'Aspi con riferimento agli eventi di disoccupazione verificatisi a partire dal maggio 2015⁵¹⁵. Rispetto all'Aspi i requisiti per l'accesso al trattamento Naspi appaiono meno rigidi (al fine di allargare la platea sino ad includere parte dei lavoratori atipici⁵¹⁶), la durata della prestazione è direttamente proporzionale al periodo di contribuzione, il limite massimo di durata (a regime) è di circa un anno e mezzo. Nell'ottica dei principi di attivazione e condizionalità⁵¹⁷ la Naspi viene riconosciuta soltanto a fronte di una dichiarazione da parte del

⁵¹⁵ Un primo inquadramento sui nuovi strumenti di protezione sociale in M. ALTIMARI, *Il decreto sul riordino degli ammortizzatori sociali*, in M. Fezzi, F. Scarpelli (a cura di), Guida al Jobs Act, Quaderni di Wikilabour, vol. 2, 2015, p. 87 ss. Sulla riforma precedente, M. CINELLI, *Ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2012, p. 227 ss.

⁵¹⁶ Viene peraltro introdotto l'istituto della Discoll (indennità di disoccupazione per i lavoratori con rapporto di collaborazione coordinata) con l'obiettivo di garantire una certa continuità di reddito anche ai soggetti che, pur non prestando un lavoro subordinato, mantengono un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa con la controparte contrattuale (c.d. committente) (art. 15, d.lgs. 22/2015). In aggiunta è istituito in via sperimentale (con un limite di risorse pari a 200 milioni di euro) per l'anno 2015 l'Asdi (assegno di disoccupazione): viene riconosciuto a coloro che, al termine della fruizione del Naspi, siano «privi di occupazione e si trovino in una condizione economica di bisogno» (art. 16, d.lgs. 22/2015).

⁵¹⁷ Risponde a queste logiche anche il diritto del lavoratore disoccupato ad ottenere un «voucher rappresentativo della dote individuale di ricollocazione»: tale documento consente al lavoratore di

soggetto di immediata disponibilità al lavoro e alla ricerca di una occupazione secondo le modalità concordate con i servizi di ricollocamento.

Anche a seguito delle due riforme, ciò che ancora manca nel sistema nazionale è la previsione di una tutela economica dignitosa a favore degli inoccupati involontari in stato di bisogno. Dalla protezione sociale resta peraltro esclusa una significativa parte dei lavoratori atipici rimasti senza impiego (subordinati e collaboratori coordinati autonomi) che non hanno maturato i requisiti minimi. In sostanza anche questo sistema di sicurezza sociale (per ben due volte definito “nuovo”) si mantiene sui classici binari della tutela prevalentemente destinata ai soggetti già (stati) occupati con un certo grado di continuità e consistenza: si resta ben lontani dal modello inclusivo, equo, universale ispirato alla *flexicurity*⁵¹⁸.

Il pur apprezzabile tentativo del legislatore di incamminarsi su un percorso maggiormente attento alle politiche attive, all’attivazione del lavoratore disoccupato, alla condizionalità delle prestazioni assicurative⁵¹⁹, deve scontare il nodo della qualità e della efficacia dei servizi pubblici (ma anche privati) per l’impiego (e, soprattutto, per il reimpiego): requisito indispensabile affinché un sistema ispirato alle logiche della *flexicurity* sia economicamente sostenibile è infatti quello dell’efficienza e rapidità nel reinserimento del lavoratore espulso nel mercato del lavoro⁵²⁰. La “spinta efficientista” dei servizi dell’impiego dovrebbe avvenire, paradossalmente, senza «nuovi o maggiori oneri a carico della finanza

sottoscrivere con una agenzia del lavoro (pubblica o privata) un contratto di ricollocazione (art. 17, d.lgs. 22/2015). L’agenzia è tenuta ad attivarsi in modo concreto ed efficace, considerato che potrà incassare il valore del voucher “soltanto a risultato ottenuto”, ovvero quando sia stato raggiunto l’oggetto del contratto di ricollocazione (che, a seconda delle caratteristiche soggettive del lavoratore e delle condizioni del mercato, potrà consistere in misure di formazione, riqualificazione, assistenza nella ricerca di un nuovo lavoro, attivazione in senso lato).

⁵¹⁸ Condivisibile il pensiero di F. LISO, *Il «nuovo» trattamento di disoccupazione*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2013, p. 30, secondo cui la riforma è «ancorata alla visione assicurativa tradizionale che, da un lato, non sembra in piena sintonia con le caratteristiche che tendono a prevalere nell’attuale mercato del lavoro, caratterizzato da accentuate instabilità occupazionali e, dall’altro lato, si fa carico solo di coloro che hanno perso il posto di lavoro nell’attuale contesto, trascurando la posizione di coloro che soffrono per la mancanza di lavoro».

⁵¹⁹ Principio di condizionalità, peraltro, non nuovo se si considera che « già dall’inizio dello scorso decennio, i provvedimenti legislativi adottati in materia (a partire dal d. lgs. 21 aprile 2000, n. 181) hanno tenuto sullo sfondo l’idea di uno stretto legame tra sussidi pubblici e disponibilità allo svolgimento e alla ricerca di un’attività lavorativa »: A. ALAIMO, *Politiche attive del lavoro, patto di servizio e “strategia delle obbligazioni reciproche”*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2013, p. 509.

⁵²⁰ Il « capitolo delle politiche attive e dei servizi dell’impiego » viene significativamente definito « “libro dei sogni” » da M. MAGNANI, *Genesi e portata di una riforma del lavoro*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Milano 2012, p. 6; osserva peraltro T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2013, p. 29, che «le condizioni di crisi, riducono la capacità dei servizi all’impiego di offrire i lavori adeguati che i lavoratori disoccupati sono tenuti ad accettare come condizione per mantenere le indennità

pubblica» (art. 4, comma 37, d.lgs. 22/2013)⁵²¹. L'impressione è che la reale efficienza delle politiche attive dipenda in larga misura da elementi metagiuridici.

Il legislatore italiano pare aver attinto dal modello più *flexibility* che *security*, non tenendo in debito conto che una equilibrata riforma in quel segno (anche nella edulcorata versione europea) richiede importanti investimenti in termini economici: non soltanto per l'incremento e l'estensione della rete di protezione sociale, ma anche per il potenziamento e l'efficienza dei servizi dell'impiego. Forse la stagnazione economica e l'imposizione di stringenti vincoli nel contenimento della spesa pubblica dovrebbero essere realisticamente riconosciuti quali impedimenti alla realizzazione di una riforma nel segno della *flexicurity*. Il rischio concreto è quello di spezzare quel legame virtuoso di interdipendenza tra i vertici (siano essi quelli del "triangolo danese" o del "quadrato olandese"), mettendo da parte la *security* e realizzando, di fatto, una riforma votata alla mera liberalizzazione del mercato del lavoro.

La strada verso la *flexicurity* perciò non è per nulla scontata. Si è visto come non vi sia affatto accordo su quale sia il migliore *mix* di flessibilità (esterna "alla danese" o funzionale interna "alla tedesca"): non pare dunque possibile affidarsi al principio "*one-size-fits-all*" e non esiste un predeterminato ventaglio di regole valido per tutte le stagioni. Se ciò non bastasse, ogni sistema è il prodotto dell'interazione di numerosi e diversi fattori, che si intersecano e si integrano dinamicamente nel corso degli anni e dei decenni: tradizione e cultura, coesione e tasso di uniformità sociale, sistema di istruzione e formazione, modello di relazioni industriali, efficienza amministrativa, sistema produttivo, esposizione verso mercati esteri e internazionali: componenti di una trama e un ordito che, compenetrandosi, contribuiscono a costituire un *unicum* impossibile da riprodurre.

In conclusione, come si è recentemente osservato, «*the trick is not just to get to Denmark; it is to stay there [...] the Nordics' success depends on their long tradition of good government, which emphasises not only honesty and transparency but also consensus and compromise*»⁵²².

[...] l'esperienza italiana è emblematica di questa difficoltà, perché la condizionalità dei sussidi di disoccupazione all'accettazione di offerte congrue di lavoro e di formazione si è rivelata impraticabile, nonostante le direttive di legge da tempo introdotte nel nostro ordinamento».

⁵²¹ Un sistema nazionale in cui peraltro le risorse destinate alle politiche attive sono scarse. Nel documento CNEL, *Rapporto sul mercato del lavoro 2012-2013*, 2013, p. 208 s., in www.cnel.it, viene rilevato come in Italia, rispetto alle economie comparabili, la spesa per «le politiche attive volte a facilitare il reinserimento [...] ha un peso inferiore»: la spesa in politiche attive rispetto al Pil è dello 0,3%, contro lo 0,5% della Germania, lo 0,7% della Spagna, e lo 0,8% della Francia.

⁵²² THE ECONOMIST, *Special report "the Nordic Countries. Northern lights"*.

5.10. POLÍTICAS DE EMPLEO E INCLUSIÓN SOCIAL EN SUECIA⁵²³

ANTONIO OJEDA AVILÉS

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

MIGUEL GUTIÉRREZ PÉREZ

*Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social
Universidad de Extremadura*

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Suecia presenta una tasa de desempleo de las más bajas de los países encuadrados en el marco de la UE. Asimismo, un dato relevante del mercado laboral sueco es la elevada participación de la mujer en el mismo del 70,1% (2,4 millones), siendo esta muy superior a la media europea, cifrada, aproximadamente, en un 50%, y una de las más elevadas del mundo⁵²⁴. Pero sobre todo para los ojos españoles, otro de los aspectos más destacados del mercado laboral sueco es su elevada tasa de desempleo juvenil, de un 25,9%, lo que la convierte en una de las tasas de desempleo juvenil más elevadas de Europa, por detrás de países como Italia y, desgraciadamente, España⁵²⁵. Para identificarnos más con las circunstancias de ese país, destaca por el uso de la contratación temporal, sobre todo a raíz de la reforma introducida en 2007 mediante la cual se permite la libre contratación por tiempo determinado hasta un máximo de 24 meses, transformándose después de este periodo el contrato en indefinido. En este sentido, la contratación por tiempo determinado

⁵²³ Hemos utilizado en este trabajo las experiencias aportadas por especialistas nativos y observadores *in situ* intervinientes en los Foros sobre políticas de empleo celebrados en Sevilla por el Consejo Andaluz de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y el Instituto Europeo de Relaciones Industriales con el patrocinio de la Junta de Andalucía, en la convicción de que solo con el concurso de los protagonistas y observadores directos de las medidas de empleo se pueden extraer unas conclusiones certeras y realistas en una materia como la de las políticas de empleo y la inclusión social.

⁵²⁴ Sobre estos datos ver NUMHAUSER-HENNING, A.: “*Crisis económica y empleo: el caso sueco*”. V Foro sobre “políticas activas de empleo: el caso de Suecia”, CACC-IERI 2011, quien, además, pone de manifiesto que a pesar de la elevada participación de la mujer en el mercado laboral, lo cierto es que existe una destacada diferencia salarial de las mujeres con respecto a los hombres de un 17%, a igual formación y categoría profesional a jornada completa.

⁵²⁵ A este respecto, SUQUÍA, J.: “*Mercado de trabajo y políticas de empleo en Suecia*”. V Foro sobre “políticas activas de empleo: el caso de Suecia”, cit.

se sitúa en Suecia por encima del 10%, situándose a la cabeza de Europa en el empleo de la misma, únicamente por detrás de España, Portugal y Holanda⁵²⁶.

Al margen de aquellos datos, esto es, una tasa de desempleo general bastante baja, un elevada tasa de desempleo juvenil, un elevado empleo femenino y un importante uso de la contratación temporal, uno de los aspectos más destacados del modelo sueco es una fuerte tradición contractual en la regulación del mercado de trabajo, basado en la existencia de interlocutores sociales que gozan de gran alcance, puesto que, en gran medida, participan en la elaboración de la normativa del mercado de trabajo y en el establecimiento de las condiciones de trabajo y empleo⁵²⁷; haciendo posible conseguir compromisos negociados con el objeto de equilibrar la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral.

Teniendo en cuenta este marco específico descrito, vamos a examinar a continuación las prácticas o instrumentos existentes en este país para posibilitar el acceso al mercado de trabajo, sobre todo, de los colectivos más vulnerables, en el actual contexto económico. Destacaremos los acuerdos de transición en el empleo, los contratos de reinserción y el acompañamiento de los entrenadores de empleo (*job coachings*)

II. LOS ACUERDOS DE TRANSICIÓN EN EL EMPLEO: CONSEJOS DE SEGURIDAD DE EMPLEO (JOB SECURITY COUNCILS) Y FUNDACIONES DE SEGURIDAD EN EL EMPLEO (JOB SECURITY FOUNDATIONS)

Particularmente notable es la creación durante los años setenta⁵²⁸ de los llamados Consejos de Seguridad de Empleo y Fundaciones de Seguridad en el Empleo (*job security councils* y *job security foundations*), que son órganos con una base bipartita, establecidos por los interlocutores sociales, en el marco de programas de apoyo al empleo o de acuerdos de transición en el empleo, para administrar los mismos, con el fin de apoyar a los trabajadores y a las empresas afectados por la

⁵²⁶ Sobre la reforma legislativa de la contratación temporal y el uso de la misma en este país, NUMHAUSER-HENNING, A.: "*Crisis económica y empleo: el caso sueco*". V Foro CACC-IERI, cit.

⁵²⁷ Acerca de este tema puede consultarse para mayor detalle ANXO, D. y NIKLASON, H.: "*El modelo sueco en una época turbulenta. ¿decadencia o renacimiento?*", Revista Internacional del Trabajo, nº 4, 2006, pp. 382 y 383.

⁵²⁸ El primero de los Consejos de Seguridad de Empleo se estableció en 1974, en un contexto de condiciones económicas negativas y significativas pérdidas de puestos de trabajo, así como en una oleada de reestructuración industrial, sobre todo de las industrias textiles y de astilleros. VV.AA.: "*Sweden: job security councils and job security foundations*", European Employment Observatory, Review Spring 2009, p. 118.

reestructuración empresarial⁵²⁹. De ahí que algunos autores lo denominen “el lubricante de los despidos colectivos⁵³⁰”. En el contexto de la actual crisis económica, donde la reestructuración empresarial y el cierre de las empresas están provocando despidos en masa, este instrumento parece ser especialmente interesante.

Su objetivo primordial es ayudar a los trabajadores que han sido despidos a encontrar un puesto de trabajo rápidamente, por medio de medidas activas y apoyo financiero, mejorando así la seguridad de los trabajadores; y a su vez tratan de mejorar la eficiencia del mercado laboral.

Dichos órganos llevan a cabo un papel complementario en relación a los órganos públicos y dan cobertura a todos los trabajadores, aun cuando no se encuentren afiliados a los sindicatos suecos. En estos momentos hay 14 Consejos de Seguridad en el Empleo diferentes en Suecia, que abarcan alrededor de dos millones de trabajadores. Cerca de la mitad de los trabajadores de este país están cubiertos por los Consejos de Seguridad en el Empleo en los diferentes sectores de actividad (industria, comercio, banca, servicios, comunicaciones, salud, educación, etc.)⁵³¹.

Por otro lado, cada Consejo de Seguridad en el Empleo (job security councils) dispone de un consejo de supervisión formado por los representantes de los interlocutores sociales participantes, dividido a partes iguales entre empresarios y trabajadores, el cual decide sobre el alcance y contenido de las ayudas que van a ser concedidas. Si bien, los trabajadores de los Consejos de Seguridad en el Empleo, es decir, los asesores y consultores, tienen un alto grado de libertad para preparar, sobre la base de las decisiones tomadas por el consejo de supervisión, un apoyo individual para cada trabajador. Precisamente, esta posibilidad de proporcionar un apoyo adaptado a las necesidades del trabajador es uno de los puntos fuertes de estos Consejos en Suecia⁵³². Además, uno de los rasgos más llamativos en este sentido, es la experiencia de los asesores que trabajan con los empleados afectados. Así, por ejemplo, dichos asesores a menudo han ocupado puestos de relevancia o

⁵²⁹ En tal sentido, MOORE, S., *Restructuring Work and Employment in Europe: Managing Change in an Era of Globalisation*, Elgar Publishing, 2008, p. 160.

⁵³⁰ WITTEMAN J., “The lubricant of the Swedish redundancy process. Leerschool Europe—the Swedish transition system”, traducción al inglés del artículo aparecido en el diario holandés *De Volkskrant* el 31 de marzo de 2014 con el título “De smeermolie van het Zweedse ontslagproces”.

⁵³¹ VV.AA.: “Sweden: job security councils and...”, op. cit; pp. 118 y 119. Asimismo, DIEDRICH, A. y BERGSTROM, O.: “The job security councils in Sweden”. Institute of Management of Innovation and Technology, IMIT Report, 2006, pp. 8 y ss. El alcance de estos consejos llega incluso a las reestructuraciones del sector público: BERGSTROM O., *The role, the challenge and the paradox of restructuring in the public sector. The case of Swedish Job security councils*, Universidad de Gothenburg, septiembre de 2013.

⁵³² DIEDRICH, A. y BERGSTROM, O.: “The job security councils in...”, op. cit; p. 10.

han sido directores de recursos humanos, por lo que tienen un excelente conocimiento del mercado, de las empresas y del tipo de asistencia requerida o bien tienen experiencia personal con las empresas o sectores afectados⁵³³.

Asimismo, las actividades de los Consejos de Seguridad en el Empleo son financiadas por los empresarios a través de una contribución anual, que, con carácter general, viene a ser del 0, 3% de la masa salarial de la empresa. No obstante, esta cifra depende de lo que se pacte en el acuerdo respectivo entre los interlocutores sociales⁵³⁴.

En cuanto a las actividades de apoyo y medidas adoptadas por los Consejos de Seguridad en el Empleo, éstos desempeñan un importante papel en las diferentes etapas del proceso de reestructuración empresarial. Así, en la etapa inicial de este proceso los consejeros proporcionan al empresario y a los representantes sindicales la experiencia relacionada con el proceso de reestructuración en sí. Una vez que se ha tomado una decisión para llevar a cabo la estrategia de reestructuración empresarial, la segunda fase implica orientación y apoyo a los trabajadores afectados por las actividades de reestructuración, teniendo las principales medidas un carácter compensatorio, adoptando las mismas varias formas, como el pago de la indemnización por despido y una indemnización complementaria por desempleo, superior a la prestación por desempleo estándar, al objeto de garantizar un nivel de ingresos decentes durante el periodo transitorio hacia un nuevo empleo. También el apoyo financiero puede garantizarse mediante vacaciones pagadas o una subvención para que la persona pruebe un nuevo puesto de trabajo y ver si se adaptan ambas partes, tanto la empresa como el trabajador. En ocasiones, se ofrece al trabajador un salario diferencial entre el salario del puesto de trabajo anterior y el salario inferior de un nuevo puesto de trabajo.

Además del apoyo financiero y la compensación económica, se diseñan y desarrollan planes individuales a través de una serie de reuniones con los asesores designados por el Consejo de Seguridad en el Empleo. El primer paso es a menudo una evaluación de las habilidades del trabajador, siendo asistidos los trabajadores despedidos en la elaboración de un itinerario de formación profesional destinado a mejorar su empleabilidad y promover su movilidad profesional.

Las medidas más destacadas para los trabajadores afectados por el despido son: Información acerca de las posibilidades del mercado laboral y de formación, orientación, asesoramiento sobre las opciones educativas y profesionales, entrenamiento

⁵³³ VV.AA.: “Sweden: job security concils and...”, op. cit; p. 120.

⁵³⁴ DIEDRICH, A. y BERGSTROM, O.: “The job security concils in...”, op. cit; p. 10 y VV.AA.: “Sweden: job security concils and...”, op. cit; p. 119.

en procesos de búsqueda de trabajo, actividades de desarrollo personal de forma individual o en grupo, apoyo financiero para la educación y la formación o el apoyo en el inicio de un nuevo negocio⁵³⁵.

Las medidas siempre son flexibles y las actividades de apoyo se adaptan a las necesidades reales de cada individuo, teniendo en cuenta las cualificaciones e intereses profesionales, así como las preocupaciones personales.

La actividad de apoyo puede durar un máximo de cinco años o hasta que el trabajador haya encontrado un nuevo trabajo o haya decidido interrumpir su relación con el Consejo, siendo el promedio de duración típica de seis a ocho meses⁵³⁶.

Desde los años 2000 se ha puesto de manifiesto la eficacia y el éxito de los Consejos de Seguridad en el Empleo (a raíz de un informe de evaluación encargado por el gobierno sueco), siendo los mismos de gran valor, proporcionando a los trabajadores apoyo en caso de una reestructuración empresarial, los cuales tienden a encontrar con rapidez un nuevo puesto de trabajo o comienzan su propio negocio e incluso tienden a acceder a la educación superior. Asimismo, se viene reduciendo el riesgo de desempleo a largo plazo, puesto que los datos estadísticos muestran que más de dos tercios de los trabajadores que reciben apoyo de este instrumento han encontrado un nuevo empleo y el 70% recibe un salario más alto en sus nuevos puestos de trabajo, siendo estos puestos de trabajo en empresas pequeñas o medianas con menos de 100 trabajadores⁵³⁷.

Además, los Consejos de Seguridad en el Empleo aportan resultados positivos para el Estado, porque el costo de las prestaciones por desempleo y de las medidas activas del mercado de trabajo se reduce cuando las actividades de apoyo se implementan por aquellos.

En definitiva, sobre todo en el actual contexto de crisis económica, los Consejos de Seguridad en el Empleo constituyen un buen ejemplo de un régimen de flexi-seguridad negociada, combinando la seguridad individual de los trabajadores y la flexibilidad empresarial con respecto a las necesarias medidas de reestructuración y reajuste. Una posible explicación del éxito relativo de los Consejos de Seguridad es su rapidez de intervención, al ser organizaciones relativamente pequeñas, lo que viene a garantizar un proceso exitoso de transición hacia un nuevo empleo. Además, la intervención de los interlocutores sociales en la estructura y gestión de los

⁵³⁵ En relación a la adopción de las diferentes medidas ver, DIEDRICH, A. y BERGSTROM, O.: *"The job security concils in..."*, op. cit; pp. 11 y ss y VV.AA.: *"Sweden: job security concils and..."*, op. cit; p. 120.

⁵³⁶ VV.AA.: *"Sweden: job security concils and..."*, op. cit; p. 120.

⁵³⁷ *Ibíd.*, op. cit; pp. 120 y 121.

mismos, refuerza la actitud positiva de los sindicatos hacia la reestructuración empresarial para mejorar la productividad. Asimismo, la fijación de la indemnización por despido en estos casos, puede hacer que sea menos costoso para el empresario emprender una reestructuración.

III. LOS CONTRATOS SUBVENCIONADOS: LOS EMPLEOS DE REINSECCIÓN (NEW START JOBS)

En este país, al igual que en otros países europeos como Dinamarca o Francia, destacan especialmente los contratos subvencionados, habida cuenta del buen resultado que vienen ofreciendo los mismos en el marco de la política de empleo⁵³⁸. En este terreno queremos destacar los denominados “New Start Jobs”-en adelante NSJ- o “empleos de reinserción”, que fue una medida introducida por el Gobierno sueco en enero de 2007, para combatir la exclusión del mercado laboral. Este régimen tiene por objeto estimular la demanda de los grupos o colectivos más desfavorecidos alejados del mercado de trabajo, para hacerles más fácil entrar o volver al mercado laboral, después de un periodo de tiempo relativamente largo sin trabajar, sin tener en cuenta las razones.

Mediante los NSJ se abona a los empresarios una cuantía equivalente a la cuota empresarial a la seguridad social por asumir el riesgo que supone contratar a alguien que no ha trabajado por lo menos durante los últimos 12 meses (o 6 meses en el caso de los jóvenes de 20-26 años). Los destinatarios de esta medida son los desempleados de larga duración, los beneficiarios a largo plazo de una baja por enfermedad, los exreclusos, los inmigrantes recién llegados (en los tres años posteriores a la concesión del permiso de residencia) o aquellas personas que reúnan una combinación de estos criterios⁵³⁹.

⁵³⁸ En esta línea se manifiesta SUQUÍA, J.: “*Mercado de trabajo y políticas de empleo en Suecia*”. V Foro CACC-IERI cit. Para LUNDBERG J., por su parte, los empleos de reinserción pueden verse más como una reducción de impuestos, formando parte del actual debate sueco sobre la reducción del impuesto sobre el personal en general. El programa está designado, continúa, para incentivar fuertemente a los empleadores para la contratación de trabajadores adicionales y de ahí para crear más empleos (“*New tax incentive for employers to create more Jobs*”, European Observatory of Working Life, Eurofound, mayo 2007, p. 1).

⁵³⁹ En este sentido, debemos tener en cuenta que después de tres meses existen grandes dificultades para reincorporarse al mercado laboral en este país en los beneficiarios de prestaciones por enfermedad de larga duración, los jóvenes, los discapacitados, las personas de más de 55 años y los extranjeros, los cuales son los colectivos que mayores problemas presentan en el mercado laboral sueco en la actualidad. NUMHAUSER-HENNING, A.: “*Crisis económica y empleo: el caso sueco*”. V Foro sobre “políticas activas de empleo: el caso de Suecia”, CACC-IERI, Sevilla 2011. Ver también los empleos de reinserción especiales en ARBETSFÖRMEDLINGEN, *Faktablad för arbetssökande-Nystartsjobb/särskilt nystartsjobb*, en inglés, abril de 2015, p. 3.

La compensación a las empresas de las cotizaciones de seguridad social se abona a aquellas tanto en el sector público como en el sector privado e independientemente de que contraten a trabajadores indefinidos o temporales⁵⁴⁰.

Dicha compensación económica se abona a las empresas que contraten a trabajadores de menos de 55 años de edad, durante un periodo igual al que el trabajador ha estado sin trabajo, no pudiendo ser superior a cinco años. Si el trabajador tiene 55 años la compensación se concede por el doble de tiempo que el trabajador ha estado fuera del mercado de trabajo, hasta un límite máximo de 10 años o hasta que el trabajador cumpla 65 años (edad ordinaria de jubilación). En el caso de los jóvenes, esto es, personas entre 20 y 26 años que han estado fuera del mercado de trabajo durante seis meses, la compensación se paga al empresario durante un máximo de 12 meses⁵⁴¹.

En cuanto al impacto de esta figura, debemos destacar que en agosto de 2009, aproximadamente, 20.500 personas tenían un NSJ, de los cuales el 40% son mujeres, cerca de un 35% habían nacido fuera de Suecia y un 25% eran discapacitados.

Además, la medida ha sido acogida de forma favorable por los empresarios de este país, ya que en torno al 95% de ellos están dispuestos a continuar con el uso de este instrumento habida cuenta del buen rendimiento de los trabajadores contratados bajo este régimen. Además, se han dado resultados positivos para los trabajadores a la hora de encontrar un empleo una vez finalizado un contrato bajo esta fórmula, hallándose el resultado más positivo entre los jóvenes menores de 25 años, puesto que el 70% de ellos ha encontrado un nuevo empleo dentro de los 90 días posteriores a la finalización del NSJ⁵⁴². Sin embargo, la Ministra de Trabajo ha anunciado en 2015 una pequeña revisión para combatir el fraude, ya que algunos empleadores piden estas subvenciones para salarios muy altos, al no existir un techo de contención⁵⁴³.

IV. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESEMPLEO: PRESTACIÓN POR DESEMPLEO Y SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO (LOS ENTRENADORES DE TRABAJO -JOB COACHING-)

Por lo que se refiere a la protección contra el desempleo, queremos destacar, antes de nada, la prestación/subsidio por desempleo que pueden disfrutar los

⁵⁴⁰ Sobre esta extensión, VV.AA., “*Suecia: presupuestos generales para 2008*”. Revista de actualidad socio-laboral internacional del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 109 (2007), pp. 38 y ss.

⁵⁴¹ NUMHAUSER-HENNING, A.: “*Crisis económica y empleo: el caso sueco*”. V Foro CACC-IERI, cit.

⁵⁴² www.arbetsformedlingen.se.

⁵⁴³ “*Minister wants stricter New Start Job rules*”, SverigeSRadio, febrero 2015.

desempleados en este país, al objeto de ofrecer seguridad a los mismos en el tránsito de la situación de desempleo hacia un nuevo empleo.

En este sentido, se distingue en este terreno, por un lado, la ayuda básica asistencial (subsidio) de naturaleza universal, la cual asciende a unas 320 coronas (aproximadamente 32 euros) durante un máximo de 300 días, en la que destaca que alrededor de un 15% de los desempleados solo disfruta de esta ayuda social, no teniendo derecho a la prestación por desempleo⁵⁴⁴. Y, por otro lado, la prestación por desempleo, la cual guarda un gran paralelismo con la existente en el país vecino de Dinamarca. Es por ello por lo que la misma requiere de la afiliación a una Caja de Desempleo⁵⁴⁵, teniendo dicha afiliación un carácter voluntario. Siendo además administradas dichas Cajas de Desempleo, igualmente en este país, por los sindicatos⁵⁴⁶, ya que uno de los aspectos más destacados del modelo sueco, tal y como hemos visto, es una fuerte tradición contractual en la regulación del mercado de trabajo, basado en la existencia de interlocutores sociales que gozan de gran alcance, puesto que, en gran medida, participan en la elaboración de la normativa del mercado de trabajo y en el establecimiento de las condiciones de trabajo y empleo; haciendo posible conseguir compromisos negociados con el objeto de equilibrar la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral.

En torno a esta prestación por desempleo es importante tener en cuenta la reforma legal introducida recientemente en este terreno, puesto que con anterioridad a la crisis económica se aumentó la contribución que era necesario pagar a las Cajas de Desempleo⁵⁴⁷, lo que provocó que se quedaran fuera de cobertura muchos desempleados, de ahí que se haya rebajado el tiempo que es necesario estar afiliado a una Caja de Desempleo para tener derecho a la prestación. Así, anteriormente eran necesarios 12 meses de afiliación, si bien en estos momentos este tiempo se ha reducido a 6 meses, e incluso a 3 meses para algunos grupos vulnerables⁵⁴⁸. Además de este requisito, se hace necesario haber trabajado en los doce meses anteriores al desempleo durante, al menos, seis meses, al menos, durante

⁵⁴⁴ SUQUÍA, J.: “*Mercado de trabajo y políticas de empleo en Suecia*”. V Foro cit. A este respecto, ANGELO, D. y MAROCO, M.: “*Danimarca e Svezia: le politiche di attivazione in due...*”, op. cit; p. 84.

⁵⁴⁵ En Suecia existen actualmente 32 Cajas de Desempleo, con unos 3,3 millones de afiliados, ANGELO, D. y MAROCO, M.: “*Danimarca e Svezia: le politiche di attivazione in due...*”, op. cit; p. 85.

⁵⁴⁶ No obstante, este sistema de prestación por desempleo está supervisado por una agencia estatal, la Autoridad Sueca para el seguro de desempleo (IAF).

⁵⁴⁷ Si bien, debe tenerse en cuenta que esta prestación presenta una doble vía de financiación, recayendo la fuente principal de financiación sobre los impuestos estatales, ya que estos financian el 65% de aquella, a través del impuesto del mercado de trabajo a cargo de los empresarios que corresponde al 2,43% del montante salarial. Mientras que el 35% restante es financiado por las cuotas de afiliación a las Cajas de Desempleo. Para mayor abundamiento ANGELO, D. y MAROCO, M.: “*Danimarca e Svezia: le politiche di attivazione in due...*”, op. cit, pp. 85 y 86.

⁵⁴⁸ En torno a esta reforma legislativa, NUMHAUSER-HENNING, A.: “*Crisis económica y empleo: el caso sueco*”. V Foro CACC-IERI, cit.

ochenta horas cada mes o, al menos, 480 horas en seis meses consecutivos y, al menos, 50 horas en cada uno de estos meses.

Asimismo, dicha prestación tiene una duración de 300 días, siendo el importe máximo de la prestación 5 días por semana, lo que equivale a sesenta semanas de desempleo a tiempo completo. No obstante, en el caso de que el desempleado no haya encontrado alguna ocupación y los servicios públicos de empleo confirmen la ausencia de ofertas disponibles en el ámbito del mercado de trabajo, la duración de la prestación puede prolongarse por otros 300 días. Además, si el desempleado tiene un hijo menor de 18 años recibirá la prestación durante 150 días adicionales. Asimismo, la misma se paga en una tarifa diaria en base a los ingresos diarios del demandante de empleo antes del desempleo. La cuantía es del 80% para los primeros 200 días de disfrute de la prestación (estableciéndose un tope máximo de, aproximadamente, 68 euros diarios) y el 70% para el tiempo restante⁵⁴⁹. No obstante, debe resaltarse acerca de esta prestación, que si bien la cuantía máxima de la misma asciende al 80% del salario anterior, realmente solo el 10% de los desempleados que cobra la prestación percibe ese 80%⁵⁵⁰.

Lo verdaderamente trascendente en este caso, son las obligaciones que la legislación sueca impone al demandante de empleo, destacando entre ellas⁵⁵¹:

- La inscripción obligatoria como demandante de empleo en los Servicios Públicos de Empleo.
- Estar capacitado para trabajar y disponible para ello durante, al menos, tres horas al día o, al menos, 17 horas a la semana.
- La obligación de cooperar en el establecimiento de un plan de acción individual.
- La obligación de buscar activamente un trabajo adecuado.
- Y, sobre todo, la obligación de aceptar un trabajo adecuado, salvo que tenga una razón justificada que le permita rechazar la oferta. En este sentido, cualquier trabajo que se ofrece al demandante de empleo se considera adecuado si:

- 1) Se han tenido en cuenta las cualificaciones profesionales del demandante de empleo para el trabajo y sus circunstancias personales.
- 2) Las condiciones de empleo son equivalentes a la de los empleados que trabajan, de conformidad con los convenios colectivos, en el mismo sector.

⁵⁴⁹ ANGELO, D. y MAROCO, M.: “*Danimarca e Svezia: le politiche di attivazione in due...*”, op. cit; p. 86. Ver acerca de estos extremos de la prestación por desempleo en relación a la reforma introducida, VV.AA.: “*Suecia: proyecto de ley: un seguro de desempleo para el trabajo*”. Revista de actualidad socio-laboral internacional del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 97 (2006), pp. 94 y ss.

⁵⁵⁰ SUQUÍA, J.: “*Mercado de trabajo y políticas de empleo en Suecia*”. V Foro sobre “*políticas activas de empleo: el caso de Suecia*”, CACC-IERI, cit.

⁵⁵¹ ANGELO, D. y MAROCO, M.: “*Danimarca e Svezia: le politiche di attivazione in due...*”, op. cit., p. 86.

- 3) La actividad no está vinculada a un lugar de trabajo donde está en curso un conflicto laboral o una huelga.
- 4) Las condiciones de trabajo están acorde con la legislación sueca.

En este sentido, el incumplimiento de las obligaciones por parte del demandante de empleo conlleva bien la supresión de la prestación o bien una reducción en la cuantía de la misma. Así, en este sentido, entre otros supuestos, la legislación sueca establece que la prestación diaria por desempleo se reduce el 25% durante 40 días en el caso de que el beneficiario haya renunciado a una oferta de trabajo injustificadamente o si su comportamiento ha obstaculizado el buen resultado de la oferta. En el caso de que dicho comportamiento se reitere por segunda vez, la prestación diaria por desempleo se reducirá el 50% durante los 40 días posteriores y, finalmente, se extinguirá definitivamente si dicho comportamiento se reitera una tercera vez. En este sentido, destaca que el sujeto que viene dotado de potestad sancionadora en este ámbito es el tutor que se le asigna al desempleado para la búsqueda de trabajo en el momento de la inscripción en los servicios públicos de empleo.

No obstante, a pesar del establecimiento de este régimen sancionador que recae sobre el desempleado en el caso de que incumpla las obligaciones que le vienen impuestas al mismo, debe tenerse presente que Suecia viene a ser el país de Europa con menor incidencia de sanciones, estando en torno al 1% en este sentido⁵⁵².

Por otro lado, al margen de la prestación por desempleo, queremos referirnos en este marco de protección contra el desempleo al importante papel que vienen desempeñando en Suecia los servicios públicos de empleo.

En este sentido, los mismos, al igual que en el caso de Dinamarca, presentan una estructura descentralizada, actuando mediante los servicios *locales* de empleo, contando a este respecto con 320 oficinas municipales de empleo. Probablemente, uno de los aspectos más interesantes y característicos de los servicios de colocación en los países nórdicos consista en la fuerte vinculación con los Ayuntamientos, que disponen a tal efecto de numeroso personal⁵⁵³.

Por otro lado, en cuanto al papel que vienen a desempeñar dichos servicios, los mismos presentan una doble vertiente, en tanto que vienen a asistir tanto a empresarios como a trabajadores. Así, en primer término, por lo que se refiere a la asis-

⁵⁵²ANGELO, D. y MAROCO, M.: "*Danimarca e Svezia: le politiche di attivazione in due...*", op. cit., pp. 92 y 93.

⁵⁵³Sobre la estructura de los servicios públicos de empleo en este país, SUQUÍA, J., "*Mercado de trabajo y políticas de empleo en Suecia*", cit.; ANGELO, D. y MAROCO, M.: "*Danimarca e Svezia: le politiche di attivazione in due...*", op. cit., pp. 78 y ss.

tencia a los empresarios, aquellos que quieran encontrar trabajadores a través de los servicios públicos de empleo deben registrarse y una vez registrados los empresarios con ofertas de trabajo tienen varias posibilidades:

Incluir su oferta de empleo en una bolsa de trabajo accesible tanto para el personal de los servicios públicos de empleo como para las personas demandantes de empleo registradas en los servicios públicos de empleo, buscar directamente en la bolsa de demandantes de empleo las personas que cumplan con el perfil deseado o, lo que viene a ser ciertamente interesante, ser tratado personalmente por un consejero del servicio público de empleo que pondrá a su disposición los siguientes servicios:

- Listas de demandantes de trabajo que cumplan con los requisitos deseados y, si se desea, la elaboración de listas de *mailing*.
- Consejos para un reclutamiento exitoso.
- Posibilidad de realizar entrevistas de trabajo en los locales de los servicios públicos de empleo.
- Consejos para la contratación de trabajadores en Europa, Suiza y Estados Unidos.
- O cualquier otro tipo de ayuda personalizada que se pudiera acordar con el empresario.

El tratamiento personalizado está dirigido especialmente a los empresarios de sectores donde hay escasez de mano de obra y a los empresarios de PYMES. Además, todo empresario que lo solicite tendrá una persona de contacto para que lo asista en los aspectos del reclutamiento.

En segundo término, por lo que se refiere a la asistencia a los trabajadores por parte de los servicios públicos de empleo, éstos se centran, especialmente, en los parados de larga duración⁵⁵⁴ los jóvenes, los discapacitados, las personas de más de 55 años y los extranjeros, los cuales son los colectivos que mayores problemas presentan en el mercado laboral sueco en la actualidad.

En este sentido, la asistencia especial ofrecida por los servicios públicos de empleo se centra en los siguientes puntos:

⁵⁵⁴ Se viene poniendo de manifiesto que después de tres meses existen grandes dificultades para reincorporarse al mercado laboral en los beneficiarios de prestaciones por enfermedad de larga duración, SUQUÍA, J.: “*Mercado de trabajo y políticas de empleo en Suecia*”. V Foro sobre “políticas activas de empleo: el caso de Suecia”, organizado por el Consejo Andaluz de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y el Instituto Europeo de Relaciones Industriales, celebrado en la Facultad de Ciencias del Trabajo de la Universidad de Sevilla, el 8 de febrero de 2011; NUMHAUSER-HENNING, A.: “*Crisis económica y empleo: el caso sueco*”, apud V Foro CACC-IERI, cit.

- Orientación profesional.
- Formación laboral intensiva.
- Búsqueda activa de empleo con asesoramiento personalizado.
- Prácticas en empresas.
- Asesoramiento para la apertura de un negocio.

En esta tarea de asistencia y apoyo a los demandantes de empleo destaca el papel de los entrenadores de trabajo o *job coaches* para ayudar a establecer contactos con posibles empresarios y aumentar las posibilidades de conseguir trabajo. El entrenador se centrará en las necesidades individuales, esto puede implicar ayudar al trabajador en el establecimiento de objetivos claros, la elaboración de solicitudes de empleo y un *curriculum vitae*, o prepararse para una entrevista de trabajo. El entrenador de trabajo puede también proporcionar asesoramiento sobre cómo ponerse en contacto con posibles empresarios. Asimismo, se ha destacado la concesión por parte de los mismos de subvenciones a los empresarios o la concesión de un subsidio de actividad a los desempleados⁵⁵⁵. No obstante, los poderes de aquellos para dar o no subvenciones y ayudas económicas a desempleados y a empleadores, posiblemente, vienen condicionados por la descentralización radical que presentan los servicios de empleo en aquel país, tal y como ya hemos expuesto.

Además, por lo que se refiere a los *job coaches*, debe destacarse el importante apoyo que los mismos vienen prestando a los desempleados en el mercado laboral sueco, ya que en el año 2014 aquellos vinieron a prestar apoyo a unas 32.000 personas. No obstante, debe tenerse en cuenta que estas cifras a las que acabamos de aludir se refieren a medidas de apoyo durante un año entero, lo que significa que, realmente, son más personas las que han tenido este tipo de apoyo, en el caso de que lo hayan necesitado durante periodos más cortos⁵⁵⁶.

Asimismo, la importancia de la figura de los entrenadores de trabajo viene reforzada por el uso de 8.000 millones de coronas destinadas a contratar a los mismos en los últimos tiempos⁵⁵⁷. Lo que supone que los *job coaches* sumen un elevado número y en consecuencia la ratio de atención a los parados es bastante baja.

⁵⁵⁵ NUMHAUSER-HENNING, A.: “Crisis económica y empleo: el caso sueco”, V Foro CACC-IERI, cit.

⁵⁵⁶ Agencia Reuters, “Sweden ends job-seeker program accused of recruiting militants”, Estocolmo, febrero 2015. La noticia indicaba que el gobierno sueco planeaba regular estrictamente la actividad de los *coaches* por cuanto se habían advertido infiltraciones para el reclutamiento de seguidores del Estado Islámico. Cfr. también *Memoria anual del Servicio Público de Empleo Sueco de 2008*, suministrada por SUQUÍA, J., Consejero de Trabajo e Inmigración en Suecia, ver www.mtin.es.

⁵⁵⁷ SUQUÍA, J.: “Mercado de trabajo y políticas de empleo en Suecia”. V Foro, cit.

Por otro lado, destaca en lo que se refiere a la asistencia y asesoramiento de los demandantes de empleo la introducción del denominado “guía de introducción” para apoyar a los recién llegados en su adaptación.

Por último, queremos destacar la posibilidad de colaboración entre los servicios públicos de empleo y las agencias privadas de colocación, si bien dicha colaboración tiene un carácter ocasional y concreto, pudiendo consistir, por ejemplo, en la búsqueda por parte de la agencia privada de colocación de empleo a los desempleados de larga duración que les manda el servicio público de empleo⁵⁵⁸.

No obstante, esta colaboración entre aquellas agencias y el Servicio Público de Empleo viene recibiendo críticas por parte de la opinión pública en aquel país, puesto que se les recrimina a las agencias privadas la obtención de beneficios económicos valiéndose de fondos públicos, además de que se les acusa de la falta de personal que presentan para prestar los servicios acordados con el Servicio Público de Empleo, así como de desviarse de los términos del acuerdo⁵⁵⁹.

Al margen de todo ello, destaca en las agencias privadas de colocación la oferta de cursos para mejorar la técnica de búsqueda de empleo como medida para captar desempleados (realización de *curriculum vitae*, preparación de entrevistas de trabajo, etc.), los cuales son seleccionados por las propias agencias.

V. CONCLUSIONES

Por tanto, la clave del modelo sueco es, sin duda, su importante política activa de empleo, la cual viene marcada, por un lado, por el carácter descentralizado de sus servicios públicos de empleo, donde el peso recae, tal y como hemos visto, en los centros de empleo municipales, logrando un mayor acercamiento de sus servicios a los desempleados y posibilitando un mayor conocimiento de las medidas a aplicar en el concreto ámbito de actuación. Y, por otro lado, dicha política activa viene marcada por la activación de los desempleados en la búsqueda de empleo,

⁵⁵⁸ Este es el caso de la agencia de colaboración KFG, que se encarga de buscar empleo a los desempleados que le manda el Servicio Público de Empleo. Según el acuerdo alcanzado entre las partes KFG recibe 773 euros por cada desempleado que se registra en la agencia; si la persona desempleada consigue un empleo de más de tres meses de duración, la agencia recibirá otros 773 euros, y si después de seis meses aún continúa en el mismo puesto de trabajo, la agencia recibirá 1.030 euros más.

⁵⁵⁹ Este es, precisamente, el caso de la agencia privada de colaboración KFG, que, tal y como hemos dicho, mantiene un acuerdo de colaboración con el Servicio Público de Empleo. A dicha agencia se le acusa de tener un consejero por cada 40 desempleados, en lugar de un consejero por cada 16 desempleados, e, igualmente, se le acusa de centrarse en los más capacitados para conseguir empleo, desatendiendo en parte a los desempleados con menos posibilidades de conseguir empleo.

mediante la imposición de importantes sanciones en el caso de que incumplan sus obligaciones de búsqueda o incorporación a un empleo, y por el destacado papel que desempeñan en este terreno los denominados entrenadores de trabajo, en aras a ayudar o guiar a los desempleados en la búsqueda y consecución de un empleo, ofreciendo asistencia y asesoramiento personal a los mismos, puesto que dichos entrenadores de trabajo se ocupan de una escasa ratio de desempleados.

PARTE II:
INSTRUMENTOS DE LA POLÍTICA DE EMPLEO
Y SU MARCO JURÍDICO

6. LA COLOCACIÓN COMO POLÍTICA ESENCIAL DE EMPLEO Y SU REGULACIÓN JURÍDICA

6.1. COLOCACIÓN E INTERMEDIACIÓN: EL MODELO DE LA OIT

CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS

*Profesora Titular (Acreditada como Catedrática) de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia*

I. LA OIT Y SU REGULACIÓN SOBRE POLÍTICA Y AGENCIAS DE EM- PLEO

1. La Organización Internacional Del Trabajo

Pese a que los propósitos que animaron la creación de la Organización Internacional del Trabajo son casi centenarios, la realidad cotidiana muestra la persistencia de los problemas que con ella se querían afrontar. La necesidad de asegurar la paz mundial y de promover un mínimo bienestar social para conseguirlo; los imparables, mutantes y dramáticos flujos migratorios desde países míseros hacia otros más afortunados, la existencia de condiciones laborales inhumanas (trabajos infantiles, jornadas interminables, salarios míseros, mujeres explotadas, etc.) en demasiados lugares; la fría elección de los *foros laborales de conveniencia* (si se permite la expresión) por parte del capital; los desequilibrios demográficos o el muy desigual reparto de la riqueza convierten en necesaria esa búsqueda de un mínimo bienestar social.

Por eso, como viene apuntando la doctrina, en pocos momentos como el presente resulta tan evidente la necesidad de que los diversos sistemas laborales posean cierta homogeneidad para evitar el *dumping* social; la creciente globalización económica genera unas consecuencias sociales que conviene conocer y contrarrestar. A todo esto, no son pocos los lugares del planeta en que los elementales derechos laborales de toda persona se ignoran, de hecho o de Derecho, cuando no en ambas vertientes; lo mismo cabe decir, por descontado, si nos referimos a derechos de trascendencia colectiva (negociación, huelga, sindicación, etc.).

El mismo tipo de razones que confluyeron en la génesis y creación de la OIT

(humanitarias o filantrópicas, estratégicas o políticas, económicas o productivas, técnicas o jurídicas) sirven para respaldar su actual existencia; o si se quiere así formular, que en el caso de que no existiera este organismo probablemente habría que erigirlo y ponerlo en marcha. Hay una presunción de relevancia, por tanto, en esta entidad que invita a su estudio reposado; no ya desde la óptica institucional (aunque su condición de organismo especializado de las Naciones Unidas, dotado de personalidad jurídica y carácter permanente invite a ello), sino desde la funcional, a fin de comprobar qué son capaces de hacer los Estados para afrontar los difíciles problemas reseñados.

Uno de los grandes aciertos de este singular organismo radica en su composición, integrada por representaciones gubernamentales y de los agentes sociales; aunque sea inexacto hablar de *tripartismo* (el número de concurrentes no es similar para cada uno de los tres estamentos), el término ha acabado imponiéndose por su grafismo pues indica de manera clara la pluralidad de la extracción de quienes se integran en los órganos colegiados. Otra cosa es que esa ventaja o factor positivo tenga, al tiempo, una vertiente negativa y casi inconfesable: algunos Estados rehuyen la ratificación de ciertos Convenios para cuya adopción las representaciones gubernamentales han ofrecido una resistencia superior a los interlocutores sociales; pero se trata de fenómeno minoritario y, además patológico, pues ni las fuerzas sindicales (o patronales) confluentes en la Conferencia carecen de elevadas dosis de prudencia, ni el supuesto suele darse; en todo caso, la exigencia de una elevada mayoría en el seno de tal organismo tiende a conjurar ese hipotético peligro.

El complejo procedimiento de elaboración de la prototípica norma internacional en el seno de la Organización (el Convenio Internacional) y la necesidad de aprobación por mayoría cualificada desemboca, sin embargo, en un resultado algo decepcionante para el observador neutral: los Estados miembros no quedan obligados por el texto aprobado, no obstante las mayorías requeridas al efecto. Hay aquí un punto débil que resta potencial y eficacia a las normas de la OIT; ciertamente, es fácil pensar que si las cosas fuesen de otro modo los Estados también exigirían una reforma de la propia Carta Constitutiva de la OIT o que, incluso, se retirarían de la misma, pues la obligatoriedad equivaldría a una previa cesión de soberanía sobre temas sociolaborales.

Aunque parezca improbable que se llegue a ese estado de cosas, las experiencias regionales (especialísimamente, en nuestro caso, la Unión Europea) muestran que el futuro no debe de estar cerrado a ese cambio de escenario. Uno donde la globalización económica vaya acompañada de reglas (mínimas y generales, pero reglas a la postre) con igual carácter y relativas al modo, a las condiciones, en que se desenvuelven las relaciones laborales. Mientras ese imaginario futuro llega (o no) a convertirse en realidad, la tarea esencial del jurista debe de dirigirse hacia la comprensión, sistematización, análisis y crítica de lo ya existente.

2. La OIT y el acceso al empleo

La breve reflexión precedente se traslada, con toda propiedad, cuando se particulariza el tema examinado en el acceso al empleo: actuaciones de los poderes públicos para propiciar que quienes lo precisan encuentren una colocación (de manera refleja, que quienes interesan mano de obra la encuentren), reglas para la intermediación en el llamado “mercado laboral”, posibilidad de que entidades privadas (con o sin ánimo de lucro) incidan en dicho sector, actitud ante el monopolio estatal de la intermediación laboral, etc.

Estas páginas están escritas con el exclusivo ánimo de acrecer el merecido reconocimiento a la excelente persona y profesional que es Rosa Quesada Segura. La óptica elegida es la que une a redactora y homenajeadas, es decir, la atenta a la perspectiva jurídica. En consecuencia, va dirigida a la exposición del marco normativo que la OIT ha elaborado sobre la política de empleo y agencias de empleo privadas.

Por un lado, deben destacarse los instrumentos normativos de la OIT que hacen referencia a los Servicios Públicos de Empleo:

- El Convenio núm. 2 y la Recomendación nº 1, sobre el desempleo, del propio año fundacional (1919)⁵⁶⁰.
- Las Recomendaciones núm. 71 y núm. 72, sobre la organización del empleo⁵⁶¹, ambas de 1944 y que inciden en la implantación de servicios de empleo en un momento de transición de la II Guerra Mundial a la paz.
- El Convenio núm. 88 y la Recomendación núm. 83 sobre el servicio del empleo, que datan de 1948⁵⁶².

En segundo lugar, deben mencionarse los instrumentos que hacen referencia a las Agencias de Colocación:

⁵⁶⁰ Convenio relativo al desempleo (Entrada en vigor: 14 julio 1921) Adopción: Washington, 1ª reunión CIT (28 noviembre 1919) - Estatus: Instrumento en situación provisoria (Convenios Técnicos). Recomendación sobre el desempleo, 1919 (núm. 1). Adopción: Washington, 1ª reunión CIT (28 noviembre 1919) - Estatus: Instrumento retirado.

⁵⁶¹ Recomendación sobre la organización del empleo en el período de transición de la guerra a la paz Adopción: Filadelfia, 26ª reunión CIT (12 mayo 1944) - Estatus: Solicitud de información. Recomendación sobre el servicio del empleo Adopción: Filadelfia, 26ª reunión CIT (12 mayo 1944) - Estatus: Instrumento retirado.

⁵⁶² Convenio sobre el servicio del empleo, 1948 (núm. 88). Entrada en vigor: 10 agosto 1950) Adopción: San Francisco, 31ª reunión CIT (09 julio 1948) - Estatus: Instrumento en situación provisoria (Convenios Técnicos). Recomendación sobre el servicio del empleo, 1948 (núm. 83). Adopción: San Francisco, 31ª reunión CIT (09 julio 1948) - Estatus: Instrumento en situación provisoria.

- Convenio núm. 34 y Recomendación núm. 83 sobre las Agencias retribuidas de colocación, ambos instrumentos de 1933⁵⁶³.
- Convenio núm. 96 sobre Agencias retribuidas de colocación que revisa el convenio núm. 34, de 1949⁵⁶⁴.
- Convenio núm. 181 y Recomendación núm. 188 sobre las Agencias de Empleo Privadas, de 1997⁵⁶⁵.

Finalmente, siguiendo una tónica habitual tanto de los ordenamientos nacionales cuanto de las entidades internacionales, aparece un tercer bloque de referencias: Convenio núm. 9 sobre colocación de la gente del mar, 1920⁵⁶⁶, Convenio núm. 179 y Recomendación núm. 186, ambos instrumentos de 1996 sobre contratación y la colocación de la gente de mar⁵⁶⁷ y Convenio sobre el trabajo marítimo de 2006⁵⁶⁸. Con el objetivo de crear un instrumento único y coherente que consolide casi todos los estándares marítimos existentes previamente, al igual que todos los principios fundamentales que figuran en otros convenios internacionales, la 94ª Conferencia Internacional celebrada en Ginebra adoptó el *Convenio sobre el Trabajo Marítimo* en febrero de 2006.

⁵⁶³ Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación, 1933 (núm. 34). Entrada en vigor: 18 octubre 1936. Adopción: Ginebra, 17ª reunión CIT (29 junio 1933) - Estatus: Convenio dejado de lado (Convenios Técnicos). Recomendación sobre las agencias de colocación, 1933 (núm. 42). Adopción: Ginebra, 17ª reunión CIT (29 junio 1933) - Estatus: Instrumento retirado.

⁵⁶⁴ Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949 (núm. 96) (revisado en 1949) (Entrada en vigor: 18 julio 1951) Adopción: Ginebra, 32ª reunión CIT (01 julio 1949) - Estatus: Instrumento en situación provisoria (Convenios Técnicos).

⁵⁶⁵ Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181). Entrada en vigor: 10 mayo 2000. Adopción: Ginebra, 85ª reunión CIT (19 junio 1997) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos). El presente Convenio revisa el Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949, y el Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación, 1933. Recomendación sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 188). Adopción: Ginebra, 85ª reunión CIT (19 junio 1997) - Estatus: Instrumento actualizado.

⁵⁶⁶ Convenio relativo a la colocación de la gente de mar (Entrada en vigor: 23 noviembre 1921) Adopción: Génova, 2ª reunión CIT (10 julio 1920) - Estatus: Instrumento que ha sido superado (Convenios Técnicos).

⁵⁶⁷ Convenio sobre la contratación y la colocación de la gente de mar, 1996 (núm. 179). Entrada en vigor: 22 abril 2000. Adopción: Ginebra, 84ª reunión CIT (22 octubre 1996) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos). Recomendación sobre contratación y la colocación de la gente de mar, 1996 (núm. 186). Adopción: Ginebra, 84ª reunión CIT (22 octubre 1996) - Estatus: Instrumento actualizado.

⁵⁶⁸ Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006 (MLC, 2006). (Entrada en vigor: 20 agosto 2013) Adopción: Ginebra, 94ª reunión CIT (23 febrero 2006) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos). El presente Convenio entrará en vigor de forma general y para España el 20 de agosto de 2013, de conformidad con lo dispuesto en su artículo VIII. En el momento de la entrada en vigor de este Convenio, se considerarán denunciados por España todos los Convenios mencionados en su artículo X.

II. EL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO

Sin posibilidad material de contrastar el contenido de las normas españolas con el de las prescripciones de la OIT, nos limitaremos a examinar los principios que presiden el “modelo” diseñado en el plano supranacional.

1. Obligatoriedad de un sistema público

El Convenio núm. 2 de la OIT establece que todo Miembro deberá establecer un sistema de agencias públicas de colocación no retribuidas y bajo el control de una autoridad central. En este sentido, se deberán nombrar comités, en los que figurarán representantes de los trabajadores y de los empleadores, que serán consultados en todo lo que concierna al funcionamiento de dichas agencias.

El Convenio núm. 88 sobre el servicio del empleo, menciona que todo Miembro deberá mantener o garantizar el mantenimiento de un servicio público y gratuito del empleo.

Los Convenios y Recomendaciones ya citados establecen diversos objetivos, generalmente con mucho margen de maniobra para los Estados miembros, de tal modo que tan pronto lo permitan las condiciones nacionales, deberían adoptar diversas medidas para ponerlos en práctica. Pero siempre aparecen muy destacados los grandes pilares sobre los que debe asentarse la actuación interna:

- Se impone una obligación de mantener u organizar un Servicio de Empleo gratuito.
- No se establece la necesidad de crear un modelo de Colocación en régimen de monopolio, ni mucho menos prohibición.
- El Servicio de Empleo es de carácter público, voluntario y gratuito.
- Se deberán tomar medidas, por una parte, para facilitar, dentro de las diferentes oficinas del empleo, la especialización por profesiones y por industrias, como la agricultura y todas las demás ramas de actividad donde dicha especialización pueda ser útil.
- Debe procurarse asimismo satisfacer adecuadamente las necesidades de categorías especiales de solicitantes de empleo, como las personas con discapacidad.

2. Estímulos para el uso del servicio público

Que exista necesariamente un servicio público de empleo (en las descritas condiciones de gratuidad) no significa que el mismo tenga que monopolizar la canalización de ofertas o demandas y la celebración de contratos de trabajo. La ausencia de una regla favorable al monopolio explica que se compagine la

voluntariedad en el recurso al referido Servicio Público y el estímulo para que quienes concurren al “mercado” trasladen el mismo sus demandas u ofertas. Ese doble eje (voluntariedad, promoción) aparece a lo largo de numerosos instrumentos de la OIT:

- La Recomendación núm. 71, establece que las autoridades competentes y las organizaciones de empleadores y de trabajadores deberían estimular a los empleadores que buscan trabajadores y a los trabajadores que buscan empleo para que utilicen, en la forma más amplia posible, las facilidades del servicio del empleo.
- La misma Recomendación indica que las personas que soliciten un empleo en trabajos patrocinados por el Estado, así como aquellas que soliciten su admisión en instituciones de formación profesional subvencionadas con fondos públicos, asistencia para su traslado o una prestación o asignación de desempleo, deberían estar obligadas a inscribirse en el servicio del empleo.
- La Recomendación núm. 83 dispone que deberían hacerse esfuerzos de manera constantes, para estimular a los solicitantes de empleo, o a las personas que busquen trabajadores, a que utilicen plena y voluntariamente la información y las facilidades que proporcione el servicio del empleo.
- La Recomendación núm. 72, señala que los empleadores deberían notificar al servicio del empleo, por lo menos con dos semanas de anticipación, todos los despidos previstos que afecten a más de un número determinado de trabajadores, con el propósito de que dicho servicio pueda encontrar otras posibilidades de empleo para los trabajadores interesados.

3. Funciones del servicio de empleo

El Convenio núm. 88, dispone la obligación de llevar a cabo en el Servicio de Empleo un registro de las personas que soliciten empleo. Bajo este contexto, aquel deberá garantizar la eficacia de la contratación y de la colocación de los trabajadores, y a estos efectos deberá desarrollar las siguientes funciones:

- Llevar un registro de las personas que soliciten empleo.
- Tomar nota de sus aptitudes profesionales, de su experiencia y de sus deseos.
- Interrogarlas a los efectos de su empleo.
- Evaluar, si fuere necesario, sus aptitudes físicas y profesionales.
- Ayudarlas a obtener los medios necesarios para su orientación o readaptación profesionales.

En cuanto a las obligaciones para contratar a determinados trabajadores, la OIT sólo se lo ha planteado en relación a las personas con discapacidad, a través del Convenio núm. 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas

inválidas, de 1983⁵⁶⁹. Al disponer que esta política se basará en el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores inválidos y los trabajadores en general. Por tanto, deberá respetarse la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores discapacitados. En este sentido, la Recomendación núm. 168⁵⁷⁰, establece, en el mismo sentido, que aquellas personas deberían disfrutar de igualdad de oportunidades y de trato en cuanto al acceso, la conservación y la promoción en un empleo que, siempre que sea posible, corresponda a su elección y a sus aptitudes individuales.

La Recomendación núm. 83, sobre el servicio de empleo, 1948, señala, en cuanto a la información sobre el mercado del empleo, que los métodos utilizados para reunir y analizar dicha información deberían comprender una cooperación con la inspección del trabajo y con los servicios de seguro y asistencia contra el desempleo. Por otra parte, dispone que los trabajadores que soliciten una prestación o una asignación de desempleo y, siempre que fuere posible, las personas que terminen cursos de formación profesional organizados por un sistema público o subvencionados por el Estado deberían estar obligados a inscribirse en el servicio del empleo, para su colocación.

4. Descentralización territorial

En relación al servicio de empleo descentralizado territorialmente, el Convenio núm. 2, como ya se ha adelantado, dispone que todo Miembro deberá establecer un sistema de agencias públicas no retribuidas de colocación, bajo el control de una autoridad central.

Sin embargo, el Convenio núm. 88, señala que la función esencial del servicio del empleo, en cooperación, cuando fuere necesario, con otros organismos interesados, públicos y privados, deberá ser la de lograr la mejor organización posible del mercado del empleo, como parte integrante del programa nacional destinado a mantener y garantizar el sistema del empleo para todos y a desarrollar y utilizar los recursos de la producción. Por consiguiente, el servicio de empleo deberá consistir en un sistema nacional de oficinas del empleo, sujeto al control de una autoridad nacional; por lo que deberá comprender una red de oficinas locales y si ello fuere oportuno, de oficinas regionales. En el mismo sentido, la Recomendación núm. 83, establece que deberá comprender un servicio central, oficinas locales y cuando fuese necesario, oficinas regionales.

⁵⁶⁹ Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (núm. 159). Entrada en vigor: 20 junio 1985. Adopción: Ginebra, 69ª reunión CIT (20 junio 1983) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos).

⁵⁷⁰ Recomendación sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (núm. 168). Adopción: Ginebra, 69ª reunión CIT (20 junio 1983) - Estatus: Instrumento actualizado.

5. Conexión de Políticas

En cuanto a la conexión de la colocación de trabajadores con otras políticas activas de empleo, el Convenio núm. 142, establece que todo Miembro deberá adoptar y llevar a la práctica políticas y programas completos y coordinados en el campo de la orientación y formación profesionales, estableciendo una estrecha relación entre este campo y el empleo, en particular mediante los servicios públicos del empleo.

En este sentido, la Recomendación núm. 122, sobre la política del empleo, dispone que con el fin de evitar la pérdida de producción que causan los retrasos en llenar las vacantes, todo Miembro debería establecer y financiar adecuadamente programas destinados a ayudar a los trabajadores a encontrar nuevos empleos y a adaptarse a ellos. Dichos programas deberían incluir principalmente el funcionamiento de un eficaz servicio de empleo que tenga en cuenta las disposiciones del Convenio y de la Recomendación sobre el servicio del empleo, 1948.

Finalmente, el Convenio núm. 168, sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, señala que todo Miembro deberá adoptar medidas apropiadas para coordinar su régimen de protección contra el desempleo y su política de empleo.

6. Agencias privadas

En el supuesto que coexistan agencias gratuitas, públicas y privadas, deberán tomarse medidas para coordinar las operaciones de unas y otras, con arreglo a un plan de ámbito nacional. Sin embargo, el funcionamiento de los diversos sistemas nacionales será coordinado por la OIT.

7. Coordinación pública y privada

El citado Convenio núm. 98, establece como función esencial del servicio del empleo actuar en cooperación, cuando fuere necesario, con otros organismos interesados, públicos y privados, deberá ser la de lograr la mejor organización posible del mercado del empleo, como parte integrante del programa nacional destinado a mantener y garantizar el sistema del empleo para todos y a desarrollar y utilizar los recursos de la producción.

8. Trabajo en el mar

El Convenio núm. 9 sobre colocación de la gente de mar, señala que todo Miembro deberá velar por la organización y sostenimiento de un sistema eficaz y adecuado de agencias gratuitas de colocación para la gente de mar. Aquel sistema

podrá organizarse y sostenerse, por una parte, por asociaciones representativas de los armadores y de la gente de mar, que funcionen conjuntamente bajo el control de una autoridad central. Por otra, a falta de una acción combinada de esta naturaleza, por el Estado mismo.

La OIT aclara, no obstante, que las operaciones de estas agencias de colocación se dirigirán por personas que tengan experiencia marítima práctica. En el supuesto que coexistan agencias de colocación de tipos diversos, en los mismos términos que el anterior convenio analizado, deberán tomarse medidas para coordinar su acción sobre una base nacional.

III. LAS AGENCIAS DE EMPLEO PRIVADAS

1. Normas prohibitivas

El Convenio núm. 34 sobre las agencias retribuidas de colocación, engloba tanto las Agencias de Colocación sin fines lucrativos como las Agencias de Colocación con fines lucrativos. Hay que destacar que estas últimas debían suprimirse dentro de un plazo de tres años, a partir de la entrada en vigor, para cada Miembro, del Convenio. Durante el período que preceda a aquella supresión no se establecerá, por un lado, ninguna nueva agencia retribuida de colocación con fines lucrativos. Por otro, las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos estarán sujetas a la vigilancia de la autoridad competente y sólo podrán percibir los derechos y los gastos que figuren en una tarifa aprobada por dicha autoridad.

Sin embargo, la autoridad competente podrá conceder ciertas excepciones. Dichas excepciones autorizadas sólo podrán aplicarse a las agencias dedicadas a la colocación de las clases de trabajadores que designe expresamente la legislación nacional y que pertenezcan a profesiones en las que la colocación se efectúe en condiciones especiales que justifiquen la excepción. Por consiguiente, toda agencia retribuida de colocación a la que se conceda una excepción deberá estar, por una parte, sujeta a la vigilancia de la autoridad competente. Por otra, deberá poseer una licencia anual, renovable a discreción de la autoridad competente, durante un período que no excederá de diez años. Finalmente, sólo podrá percibir las retribuciones y los gastos que figuren en una tarifa aprobada por la autoridad competente; y, asimismo, no podrá colocar o reclutar trabajadores en el extranjero, a menos que su licencia lo autorice y las operaciones se efectúen en virtud de un acuerdo entre los países interesados.

2. Normas permisivas

El Convenio núm. 181 y la Recomendación núm. 188 sobre las Agencias de

Empleo privadas, de 1997⁵⁷¹, dan un paso más a la denominación, al dejar de utilizar los términos Agencias Retribuidas de Colocación, para recurrir a unos términos más ambicioso como Agencias de Empleo Privadas, que engloban tanto la intermediación como un conjunto heterogéneo de servicios.

El Convenio advierte que la expresión agencia de empleo privada designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo: a) Servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse, b) Servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica, que determine sus tareas y supervise su ejecución, c) Otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas.

3. Tipos de agencias

En cuanto a los tipos de Agencias, el Convenio núm. 181 y la Recomendación núm. 188 señalan los siguientes:

a) Servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse. Se corresponderían con las antes llamadas Agencias retribuidas de Colocación exceptuando las Agencias sin fines lucrativos creadas por los poderes públicos, dado que a tenor de la definición de la OIT quedarían excluidas.

b) Servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica, que determine sus tareas y supervise su ejecución. Bajo este contexto, quedarían incluidas las ETTs.

c) Otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas. Por lo que que-

⁵⁷¹ Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181). Entrada en vigor: 10 mayo 2000. Adopción: Ginebra, 85ª reunión CIT (19 junio 1997) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos). Recomendación sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 188). Adopción: Ginebra, 85ª reunión CIT (19 junio 1997) - Estatus: Instrumento actualizado.

darían incluidas las Empresas de Selección de Personal o las Agencias de recolocación (Outplacement).

IV. EL TRABAJO EN EL MAR

El Convenio núm. 2, sobre el desempleo, señala la prohibición de agencias comerciales de colocación para la gente del mar, aunque permitió, de manera temporal, su existencia siempre y cuando contaran con autorización del gobierno. Sin embargo, permite las agencias gratuitas de colocación creadas por asociaciones representativas de los armadores.

Bajo este contexto, el Convenio núm. 9, sobre la colocación de la gente del mar, dispone que la colocación de la gente de mar no podrá ser objeto de un comercio ejercido con fines lucrativos por una persona, sociedad o empresa. Por consiguiente, ninguna operación de colocación en un buque podrá dar lugar a que la gente de mar pague una remuneración cualquiera, ya sea de manera directa o indirecta, a una persona, sociedad o empresa. En las leyes internas de cada Miembro deberá establecer las sanciones penales para cualquier infracción en cuanto al tema planteado.

Como toda regla tiene su excepción, aquel Convenio establece, a su vez, que toda persona, sociedad o empresa que ejerza, con fines lucrativos, el comercio de la colocación se le podrá permitir temporalmente, con autorización del gobierno, que continúe dicho comercio, a condición de que sus operaciones se sometan al control del gobierno, con el fin de que queden protegidos los derechos de todas las partes interesadas. Por tanto, todo Miembro se obliga a tomar todas las medidas necesarias para abolir de la manera más rápida posible el comercio de la colocación de la gente de mar ejercido con fines lucrativos.

Asimismo, deberá velar por la organización y sostenimiento de un sistema eficaz y adecuado de agencias gratuitas de colocación para la gente de mar. Dicho sistema podrá organizarse y sostenerse, por una parte, por asociaciones representativas de los armadores y de la gente de mar, que funcionen conjuntamente bajo el control de una autoridad central. Por otra, a falta de una acción combinada de esta naturaleza, por el Estado mismo.

En definitiva, la OIT acepta cualquier tipo de agencia de empleo privada para todas las categorías de trabajadores y para todas las ramas de la actividad económica, excepto para el reclutamiento y colocación de la gente del mar, que se crean los “servicios de contratación y colocación privados” reconocidos por el Convenio núm. 179 y la Recomendación núm. 186, 1996, sobre la contratación y la coloca-

ción de la gente del mar⁵⁷² y, actualmente, en el Convenio sobre el trabajo marítimo de 2006⁵⁷³.

V. APUNTE FINAL

El bloque normativo que la OIT ha dedicado al diseño de la colocación e intermediación en el mercado laboral se bifurca en dos modelos, no excluyentes. Por una parte, el modelo de servicio público de empleo. Por otra, el de las agencias de empleo privadas.

Con arreglo al primero de los dos escenarios, los Estados deben establecer un sistema de agencias públicas no retribuidas de colocación, que deberán estar conformados por representantes de los trabajadores y de los empleadores. El sistema deberá garantizar la eficacia de la contratación y de la colocación de los trabajadores, y, a estos efectos, deberá realizar las siguientes funciones: a) Llevar un registro de las personas que soliciten empleo, b) Tomar nota de sus aptitudes profesionales, de su experiencia y de sus deseos, c) Interrogarlas a los efectos de su empleo, d) Evaluar, si fuere necesario, sus aptitudes físicas y profesionales, y ayudarlas a obtener los medios necesarios para su orientación o readaptación profesionales.

⁵⁷² Convenio sobre la contratación y la colocación de la gente de mar, 1996 (núm. 179). Entrada en vigor: 22 abril 2000. Adopción: Ginebra, 84ª reunión CIT (22 octubre 1996) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos). Recomendación sobre contratación y la colocación de la gente de mar, 1996 (núm. 186). Recomendación relativa a la contratación y la colocación de la gente de mar. Adopción: Ginebra, 84ª reunión CIT (22 octubre 1996) - Estatus: Instrumento actualizado. Artículo 2. "1. Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá interpretarse como: (a) un impedimento a que un Estado Miembro mantenga un servicio de contratación y colocación público y gratuito para la gente de mar en el marco de una política destinada a atender las necesidades de la gente de mar y de los armadores, ya se trate de un servicio que forme parte de un servicio público de empleo para todos los trabajadores y empleadores o que funcione en coordinación con él; (b) una obligación impuesta a un Estado Miembro de establecer un sistema de servicios privados de contratación y colocación. 2. Cuando se hayan establecido o se estén por establecer servicios privados de contratación y colocación, sólo funcionarán en el territorio de un Estado Miembro de conformidad con un sistema de licencias o certificados u otros tipos de regulación. Dicho sistema sólo podrá establecerse, continuar funcionando, modificarse o cambiarse previa consulta con las organizaciones que representan a los armadores y la gente de mar. No se alentará la proliferación indebida de tales servicios de contratación y colocación privados. 3. Ninguna disposición del presente Convenio afectará el derecho de un Estado Miembro de aplicar en los buques que enarbolan su bandera su legislación relativa a la contratación y la colocación de la gente de mar".

⁵⁷³ Definiciones y ámbito de aplicación. Artículo II. 1. A los efectos del presente Convenio, y a menos que en disposiciones específicas se estipule otra cosa: "[...] (h) la expresión "servicio de contratación y colocación de la gente de mar" designa a toda persona, empresa, institución, agencia u otra entidad, pública o privada, cuya actividad consiste en contratar gente de mar por cuenta de los armadores o en colocarla al servicio de los armadores".

El modelo de agencia de empleo privada la define como toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo: a) Servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse, b) Servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica, que determine sus tareas y supervise su ejecución, c) Otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas.

Ese pragmatismo debiera conducir a que, con arreglo a lo que en cada momento establezca nuestra legislación, cuantos sujetos vienen llamados a desarrollar tareas en el ámbito de la colocación e intermediación, la coordinación y el auxilio recíproco aparezcan como metas en pos de las cuales no existen discrepancias. A la vez, el respeto a los derechos fundamentales (comenzando por la no discriminación) y, en general el cumplimiento de las normas vigentes resultan inesquivables condicionantes de cualquier actuación en este campo.

6.2. COLOCACIÓN E INTERMEDIACIÓN: EL MODELO LEGAL VIGENTE EN ESPAÑA

CAROLINA SERRANO FALCÓN

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

I. LOS TÉRMINOS “COLOCACIÓN” E “INTERMEDIACIÓN”

El título de este epígrafe hace referencia a los términos “intermediación y colocación” enmarcados en las políticas esenciales de empleo en nuestro ordenamiento laboral. En primer lugar, tenemos que explicar si los dos términos están haciendo alusión a la misma realidad o son por el contrario diferentes. La LE ha optado por el de intermediación y se define en el artículo 20 como *el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los demandantes de empleo para su colocación... y tiene como finalidad proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los em-*

pleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades. Sin embargo, la anterior Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo (LBE) no se refería al término “intermediación”, sino al de “colocación” definiendo la política de colocación como el conjunto de *acciones tendentes a proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado y facilitar a los empleadores la mano de obra necesaria para el normal desenvolvimiento de sus actividades productivas* (artículo 38 LBE). La referencia a estas dos normas es un claro ejemplo de lo que sucede en esta materia: y es que indistintamente se utiliza uno u otro término para hacer alusión al conjunto de acciones que actualmente llevan a cabo los poderes públicos para poner en contacto ofertas de trabajo con los demandantes de empleo para su inserción en el mercado de trabajo. Aunque creemos que se corresponde más con el término de colocación que el de intermediación.⁵⁷⁴

II. LOS INICIOS DE LA REGULACIÓN DE LA COLOCACIÓN EN ESPAÑA

Si se analiza la actividad de colocación desde un punto de vista histórico, se comprueba que no ha existido un único modelo de colocación en todas las épocas, pues dependiendo del período histórico, el servicio público de empleo ha estado más o menos intervenido, y las agencias de empleo privadas prohibidas, aceptadas sin contar con una normativa específica, o reguladas.

La intervención del sector público en la actividad de colocación remonta a los orígenes del Derecho del Trabajo (finales del siglo XIX, principios del siglo XX), y amparada además por la OIT y por las primeras Constituciones Sociales. Con anterioridad a esta fecha sólo hay constancia de determinadas instituciones que de forma esporádica se encargaban de la colocación de los trabajadores. A partir de su creación, el servicio de empleo fue un auténtico servicio de desempleo, ligado a la historia de la previsión social, y posteriormente se fue convirtiendo en un servicio integral de empleo que tuvo mayor presencia en los períodos de crisis económica y de posguerra. En algunos períodos la actividad de colocación ha estado monopolizada -aunque sólo en la teoría- por el servicio público de empleo teniendo además carácter obligatorio, y limitando el principio de libertad de empresa, aunque se fue minimizando a partir de la Constitución Española de 1978. Las funciones de control del mercado de trabajo por parte del Servicio de Empleo se han mantenido como una constante en todas las épocas históricas.

⁵⁷⁴ Si hiciéramos referencia al término intermediación en su sentido estricto, aquí estudiaríamos cualquier institución pública, privada o tercero que de forma habitual o esporádica ajustara ofertas y demandas de trabajo. Sin embargo, el estudio del modelo de colocación vigente en España tiene por objeto analizar las instituciones reconocidas legalmente que sirven para la colocación de trabajadores.

Es de destacar la intervención del sector social en la actividad de colocación, siendo estas instituciones las que en un primer momento -antes que los servicios de empleo- lucharon para erradicar las agencias de empleo privadas. Las organizaciones sindicales, bien en solitario (Primo de Rivera o Franquismo) o bien en colaboración con los poderes públicos (II República), han participado en la actividad de colocación.

Poco a poco se ha ido produciendo de forma paulatina un cambio de mentalidad en cuanto a la aceptación de las agencias de empleo privadas. La primera reacción, tanto a nivel nacional como internacional fue la supresión de éstas, pues la revolución económica del siglo XIX hizo un uso indiscriminado de las bolsas de trabajo lucrativas. De todos modos, ha sido una constante en todas las épocas históricas la prohibición de las agencias de colocación con fines lucrativos, aunque ahora veremos que en los años ochenta y noventa se han ido aceptando otro tipo de agencias de empleo privadas (empresas de trabajo temporal, empresas de selección).

III. EL MODELO DE COLOCACIÓN A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

1. El modelo constitucional

Desde la vigencia de la Constitución Española se puede indicar que no hay 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, partiendo de los artículos 35 y 40 CE se puede indicar que es necesario garantizar la existencia de un servicio público de empleo. 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, 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 junto con las agencias de empleo privadas. Pero teniendo en cuenta los artículos 35 y 40 CE, entendemos que las agencias de empleo privadas pueden intervenir siempre y cuando haya un control de los poderes públicos en la actividad de las agencias privadas para asegurar un adecuado funcionamiento.

2. Las transformaciones del modelo de colocación (1980-2010)

Partiendo de este modelo constitucional,⁵⁷⁵ la Ley 8/1980, de 10 de marzo del

⁵⁷⁵ Para un completo análisis de las transformaciones del modelo de colocación, véase SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios Públicos de Empleo y Agencias de Empleo Privadas. Público y privado en la actividad de colocación*, Comares, Granada, 2009.

Estatuto de los Trabajadores (ET 80) y la LBE, también de 1980, forman un modelo de colocación que no cambia con respecto a la etapa preconstitucional, pues el Instituto Nacional de Empleo (INEM) como servicio nacional, público y gratuito hereda el fuerte carácter intervencionista del régimen anterior, realizando importantes funciones de control, y se prohíben expresamente las agencias de colocación con fines lucrativos. A pesar de que estaba vigente y ratificado por España el Convenio núm. 96 de la OIT (Parte II) en el que se aceptaban las agencias de colocación sin fines lucrativos, se mantuvo la prohibición -al igual que en la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales- de la “existencia de agencias privadas de colocación de cualquier clase y ámbito funcional que tengan por objeto la contratación de todo tipo” (Artículo 40.2 LBE y 16.2 ET 80). Es cierto que en los años ochenta es cuando se producen los primeros inicios de flexibilización del mercado de trabajo, pero no impidió la subsistencia del monopolio estatal en materia de colocación (artículo 16.2 ET) y la consideración como ilícitas de todo tipo de cesiones de trabajadores (artículo 43 ET).

Sin embargo, el momento crucial para dar paso a una reforma en materia de colocación fue en el año 1993, que afectó a la actividad privada de colocación, manteniéndose el INEM. Se presenta un pacto social ante el Gobierno en el que se planteaba la posibilidad de regular la actividad de intermediación privada terminando con el monopolio público de empleo. Pero hay que tener en cuenta que en este momento no se plantea una apertura completa de intermediarios con fines lucrativos, sino la apertura hacia agencias de colocación sin fines lucrativos para colaborar con el INEM en materia de intermediación, así como la aceptación de las Empresas de Trabajo Temporal. Tal reforma se llevó a cabo sin un consenso previo debido a las numerosas confrontaciones sindicales y empresariales en todas las materias objeto de reforma y después de enviar un documento dirigido al Consejo Económico y Social en demanda de un Dictamen para que el tema objeto de la reforma fuera debatido, no se llegaron a conclusiones consensuadas entre los miembros que la integraban. Ante el fracaso de celebrar un Pacto Social 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 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*.⁵⁷⁶ Así pues, sin que se

⁵⁷⁶ Recordemos que esta reforma tiene muchas similitudes con la actual de 2010. Se pretende igualmente una mayor flexibilidad en la ordenación de todas las condiciones de trabajo no sólo con el fin de aportar mayor adaptabilidad a las necesidades de transformación del sistema productivo sino con el claro y confesado propósito de reducir costes salariales y aumentar la productividad. Se lleva a cabo un replanteamiento de los gastos sociales del “Estado providencia” que influyeron también en la posibilidad de crear un nuevo modelo de Colocación en el que intervinieran las fuerzas del mercado (acción privada) primando en algunos aspectos la lógica de la mercantilización. Igualmente, la reforma en ma-

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, modificando el artículo 16 ET que prohibía acudir a cualquier agencia privada de colocación, y se regularon posteriormente 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), todo ello en la línea establecida en el Convenio número 96 OIT. Sin embargo, la realidad era otra, pues actuaban en la práctica agencias privadas no reconocidas legalmente pero con ánimo lucrativo, y no tuvieron demasiado éxito las agencias de colocación sin fines lucrativos.

El siguiente cambio que se produce en el modelo de colocación va dirigido a reestructurar el servicio público de empleo (INEM) para adaptarlo sobre todo a la nueva descentralización territorial de los servicios públicos de empleo que se estaba produciendo de forma paulatina desde los años noventa. Se promulga la Ley de Empleo 56/2003, de 16 de diciembre (LE) que sustituye la LBE del año 1980 y no hay ningún cambio en materia de agencias privadas, pues mantiene el ya desfasado sistema de colocación instaurado en el año 1994, en el que las agencias de colocación sin fines lucrativos no estaban teniendo efectividad en la práctica. La LE viene a poner en un texto legislativo algo que ya se estaba gestando desde años atrás, concretamente la descentralización territorial de los servicios de empleo, y le llama a este conjunto de servicios el Sistema Nacional de Empleo formado por el servicio público de empleo estatal y los servicios autonómicos de empleo.

Es el año 2006 cuando se aborda una nueva reforma laboral en la que ya aparecía -muy escondida- una referencia a los cambios que se querían producir en esta materia. Concretamente, el Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, y posteriormente la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, del mismo título, se comprometía a un compromiso de modernización de los servicios de empleo, así como hacía referencia a la regulación de las agencias de recolocación. Pero este compromiso -que quedaba escondido en una disposición adicional- quedó en el olvido legislativo.

tería de intermediación laboral no se hizo en solitario sino que estaba incluida en una reforma que tocó muchos aspectos de las relaciones laborales. También, la reforma se llevó a cabo sin un consenso previo con las organizaciones sindicales y empresariales pues 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.

3. El modelo de colocación vigente en España, tras las reformas producidas durante la crisis económica.

La crisis económica va a plantear la necesidad de realizar importantes cambios en el modelo de colocación vigente hasta el momento. La reforma se realiza con el “objetivo de responder con decisión a las profundas secuelas que está dejando la crisis económica-financiera en nuestro mercado laboral”.⁵⁷⁷ Vamos a comenzar explicando los cambios importantes producidos desde la reforma laboral del 2010⁵⁷⁸ hasta las últimas producidas en los años 2014 y 2015.⁵⁷⁹ En primer lugar se analizarán los cambios producidos en los Servicios de Empleo, y en segundo lugar se analizarán los cambios producidos en las Agencias de Empleo Privadas, para posteriormente terminar con unas conclusiones sobre el modelo de colocación vigente en España.

-Cambios en los Servicios Públicos de Empleo: En la exposición de motivos de la LRMT así como del RDAC 2010, se incide en la necesidad de potenciar los servicios de empleo y en preservar en todo caso la centralidad y fortalecimiento de los servicios públicos de empleo de carácter estatal y autonómico, de forma que no se produzca la sustitución de la iniciativa pública por la iniciativa privada en el ámbito de la intermediación laboral. Ahora bien, es curioso que la reforma laboral del 2010 se encarga sobre todo de potenciar las agencias privadas, más que hacer reformas en los servicios de empleo, y lo que hace es potenciar la externalización de los servicios de empleo, posibilitando que las agencias de colocación puedan ser colaboradoras de los servicios de empleo (capítulo IV del RDAC), aunque dicha externalización no se ha hecho efectiva hasta el año 2014 cuando el SEPE ha realizado un procedimiento de selección de agencias de colocación que colaboran con algunos servicios públicos de empleo.⁵⁸⁰ Además, el Decreto-Ley 13/2010, de 3 de

⁵⁷⁷ Exposición de Motivos del RDAC 2010.

⁵⁷⁸ Para un análisis de los cambios del modelo de colocación tras la reforma laboral del año 2010, véase SERRANO FALCÓN, C.: “Servicios públicos de empleo y agencias de colocación”, en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L. Dirección, *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares, Granada, 2011).

⁵⁷⁹ La normativa a la que se va a hacer referencia, que han ido cambiando aspectos del modelo de colocación vigente en España son: el Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, convertido en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre del mismo nombre, el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las Agencias de Colocación; el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, convertido en Ley 3/2012, de 6 de julio, del mismo nombre; el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia y la Ley 18/2014, de 15 de octubre, del mismo nombre, así como el nuevo Reglamento de Empresas de Trabajo Temporal, (Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las empresas de trabajo temporal).

⁵⁸⁰ Véase el BOE del 24 de junio de 2014. Hay un total de 80 agencias que colaboran con Servicios Públicos de Empleo.

diciembre de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo indicó que el Gobierno se comprometía en el marco del diálogo social a abordar el fortalecimiento de los servicios públicos de empleo.⁵⁸¹

En este sentido, se están llevando a cabo medidas para fomentar el empleo juvenil. La estrategia de emprendimiento y empleo joven 2013-2016 insta a la creación de un portal único de empleo para favorecer la intermediación y la búsqueda de empleo de los jóvenes a través de tecnologías de la información, que además se recoge en el plan anual de política de empleo para 2014.⁵⁸² En el sistema de garantía juvenil está previsto la modernización y adaptación de los servicios de empleo para facilitar el acceso de los jóvenes menores de 25 años al mercado de trabajo.

-Cambios en las Agencias de Empleo Privadas. En las reformas laborales de estos últimos años realizadas con el objetivo de hacer frente a la crisis económica, se han producido cambios de envergadura en las agencias de empleo privadas. Las modificaciones legislativas han afectado a la Ley de Empleo (artículo 21 y 21 bis LE, al artículo 16.2 ET (que finalmente ha sido suprimido), al nuevo desarrollo reglamentario de dichas agencias que sustituye al RD 735/1995 (RD 1796/2010 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación), así como a la normativa sobre infracciones y sanciones en el orden social (artículo 16 TRLISOS), a la normativa sobre Empresas de Trabajo Temporal, incluso a la ley de jurisdicción social.⁵⁸³ La reforma laboral del año 2010 introduce un cambio importante, aceptando las agencias de colocación con fines lucrativos repercutiendo tal cantidad en el empresario y sometiendo estas agencias a una autorización administrativa. Se regulan las empresas de recolocación -incluso su utilización es obligatoria en algunos casos-⁵⁸⁴ y los portales de empleo en Internet.⁵⁸⁵

⁵⁸¹ Igualmente, la Recomendación del 8 de julio de 2013 del Consejo de la UE a España aconseja realizar una reforma de las políticas activas del mercado de trabajo, y recomienda reforzar y modernizar los servicios públicos de empleo para garantizar una asistencia individualizada a los desempleados según sus perfiles y necesidades de formación.

⁵⁸² Resolución de 16 de septiembre de 2014, de la Secretaría de Estado de Empleo por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de septiembre de 2014, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2014, según lo establecido en el artículo 4 ter de la Ley 56/2003 de 16 de diciembre, de Empleo.

⁵⁸³ La nueva Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) atribuye al orden social cuestiones relacionadas con "La intermediación laboral, en los conflictos que surjan entre los trabajadores y los servicios públicos de empleo, las agencias de colocación autorizadas y otras entidades colaboradoras de aquellos y entre estas últimas entidades y el servicio público de empleo correspondiente".

⁵⁸⁴ La empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. Artículo 51.10 ET, modificado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁵⁸⁵ Se incluyen en el artículo 3.1 RDAC 2010.

Las siguientes reformas laborales después de producida en el año 2010, han ido en la misma línea incluso incluyendo nuevos aspectos que han liberalizado más aún el modelo de colocación. A pesar de que el Convenio 181 sobre Agencias de Empleo Privadas exige para el funcionamiento de estas agencias un sistema de licencias o autorizaciones, se ha eliminado paulatinamente este requisito⁵⁸⁶, y además, se permite la subcontratación en el ámbito de la intermediación laboral, siempre y cuando se realice con terceros autorizados para actuar como agencias de colocación.⁵⁸⁷ Por otra parte, se amplía el objeto de las Empresas de Trabajo Temporal para que puedan actuar como agencias de colocación, y realizar actividades de formación para la cualificación profesional, asesoramiento y consultoría de recursos humanos.⁵⁸⁸

IV. CONCLUSIONES FINALES

a) A nivel legislativo, tanto el término intermediación, como el de colocación se utilizan indistintamente para hacer alusión a las de acciones que actualmente llevan a cabo los poderes públicos para poner en contacto ofertas de trabajo con los demandantes de empleo para su inserción en el mercado de trabajo.

b) Desde una perspectiva histórica, se puede llegar a la conclusión, con carácter general, que la intervención del sector público en la actividad de colocación nunca ha ido en solitario, pues han venido interviniendo también organizaciones sindicales y asociaciones con fines sociales, y paulatinamente se ha venido produciendo una apertura hacia las agencias de empleo privadas.

⁵⁸⁶ El RDAC, en el procedimiento administrativo de la autorización, contemplaba el silencio administrativo negativo en el artículo 21 bis de la LE, al determinar que el silencio negativo tenía el objeto de “garantizar una adecuada protección de los trabajadores”. Pero con una finalidad de simplificación administrativa, el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídos por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, modifica el artículo 21 bis LE con una nueva redacción indicando que el “vencimiento del plazo máximo del procedimiento de autorización sin haberse notificado resolución expresa al interesado supondrá la estimación de la solicitud por silencio administrativo”. Y por último lo que se ha hecho es modificar de nuevo el artículo 21 bis LE para suprimir la autorización. Así, La ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, (artículo 117) elimina la obligación para las agencias de colocación de obtener autorización, y ya basta con presentar con carácter previo una declaración responsable.

⁵⁸⁷ Incluido por la *Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social*.

⁵⁸⁸ Ley 3/2012, de 6 de julio y Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia recogidas ambas reformas en el nuevo Reglamento de Empresas de Trabajo Temporal (Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo).

⁵⁸⁹ Véase el informe sobre redes sociales de trabajo en España del año 2014.

c) Teniendo en cuenta nuestro texto constitucional, se puede indicar que se permiten varios modelos de colocación, aunque siempre garantizando un modelo en el que intervenga el servicio público de empleo, bien en monopolio o compartiendo sus funciones con agencias de empleo privadas.

d) Los años 90 marcaron cambios en el modelo de colocación. Se va produciendo de forma paulatina una descentralización territorial de los servicios de empleo, que queda plasmada en la Ley de Empleo 56/2003 de 16 de diciembre, así como una supresión del monopolio público de colocación, dando paso a agencias de colocación sin fines lucrativos (sin demasiado éxito) y a la regulación de las empresas de trabajo temporal para una labor estrictamente de interposición de mano de obra.

e) La crisis económica va a plantear la necesidad de realizar importantes cambios en el modelo de colocación vigente hasta el momento. Se decide reforzar los servicios de empleo, y es curioso que la medida que se ha tomado para ello haya sido acudir a las agencias de colocación para que colaboren con los servicios de empleo, externalizando por tanto su actividad. Pero los cambios no han sido de envergadura en los servicios de empleo, pero sí se han producido en las agencias de empleo privadas. Así, se han aceptando y regulado las agencias de colocación con fines lucrativos al mismo tiempo que se ha eliminado el requisito de la autorización, pues tan sólo tienen que aportar con carácter previo una declaración responsable. Se regulan e incluso se hacen obligatorias en algunos casos el uso de las empresas de recolocación; se reconocen legalmente los portales de empleo de internet; y las Empresas de Trabajo Temporal ya pueden realizar otras funciones, como es la intermediación laboral.

f) En definitiva, se ha producido una clara apertura a la intervención privada en la colocación, sin ningún control previo ni coordinación efectiva entre todos los mecanismos de intermediación existentes. Pero la realidad⁵⁸⁹ nos vuelve a recordar el escaso uso de estos servicios por los demandantes de empleo, y las tasas de desempleo hablan también por sí solas. Es cierto que en épocas de crisis las dificultades de colocación se encuentran en la falta de empleo. Pero un buen funcionamiento de los mecanismos de colocación ayudaría a un mejor y más rápido ajuste de ofertas y demandas de trabajo.

Sería necesario llevar a cabo un replanteamiento serio de las funciones de los Servicios de Empleo. Y creemos que un modelo en el que intervengan las agencias de empleo privadas no tiene por qué ser negativo, siempre y cuando existan adecuados mecanismos de coordinación entre todos los agentes que colaboran en la intermediación laboral, y que haya además un control de los mismos, que se ha debilitado actualmente tras la eliminación de la autorización con carácter previo de las agencias de colocación.

6.3. EL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

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

I. INTRODUCCIÓN

Ante todo, antes de comenzar el desarrollo de este trabajo debo referirme a la homenajeada. De nuevo la jubilación nos quita una compañera; que en este caso es realmente entrañable, pues su bonhomía ha sido siempre su carta de presentación. Sinceramente creo que pocas personas, como es el caso de Rosa Quesada, pueden haber concitado la práctica unanimidad en cuanto a considerar que es, como decía Antonio Machado, “en el buen sentido de la palabra, buena”. El cumplimiento de la edad es algo imparable, pero uno empieza a pensar que difícilmente vamos a poder cubrir los vacíos que los maestros que nos están dejando. Ciertamente la cobertura de vacíos docentes es posible; pero el valor científico y personal es harina de otro costal.

En cuanto al tema que me ha sido asignado, el Servicio Público de Empleo Estatal, es un tema sugerente, pues nos remite a la intervención de los poderes públicos en el mercado de trabajo, que se justifica por la complejidad de este mercado y la necesidad de transparencia, información y control (tanto de los abusos empresariales como la situación de los desempleados)⁵⁹⁰. Pero es un tema excesivamente amplio para ser tratado en un trabajo de estas características, por lo que debemos concretar un tema dentro de esta cuestión general. Podría optarse por un análisis de las últimas reformas en esta materia, cuestión esta tremendamente sugestiva, pues las sucesivas y complejas reformas de la Ley 56/2003 hacen palidecer incluso al Estatuto de los Trabajadores, prueba de que la política de empleo es hoy por hoy, sin lugar a dudas, el Derecho del Trabajo dentro del Derecho del Trabajo: todo nuestro ordenamiento depende y se interpreta en relación con las necesidades propias de la política de empleo; basta para constatar esta cuestión con un somero análisis de la jurisprudencia constitucional que ha revisado la constitucionalidad de las reformas laborales de 2012. No obstante, se trata de una cuestión reiterada por los estudios más recientes, por lo que voy a centrarme en señalar cuáles son, a mi juicio, los

⁵⁹⁰ PÉREZ DOMÍGUEZ, F.: “Servicios privados de empleo: razones para una reforma”, *Documentación Laboral* n° 79 (2007), página 99; SALAS PORRAS, M.: *El Servicio Público de Empleo y el proceso jurídico de colocación*, CARL, Sevilla 2010, páginas 31 y ss.

principales elementos caracterizadores del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) tal como está configurado en la actualidad: el apartamiento del SPEE de la intermediación, la incidencia de la política de empleo de la UE sobre los servicios públicos de empleo; y la utilización del SPEE como instrumento de conexión entre las políticas activas y pasivas de empleo.

II. LA EXCLUSION DEL SPEE DE LAS FUNCIONES DE INTERMEDIACIÓN EN EL MERCADO DE TRABAJO: LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN

Como punto de partida hemos de tener en cuenta que en la actualidad se plantea una situación conflictiva, no sólo teórica, sino también práctica por la confusión de dos instrumentos de las políticas activas de empleo que, afectan a los servicios públicos de empleo, me refiero a la confusión entre dos cuestiones que están íntimamente relacionadas: la intermediación y la colocación⁵⁹¹. No es extraño encontrar que intermediación y colocación se utilizan como términos absolutamente sinónimos; pero desde la perspectiva actual es claro que debemos diferenciarlos. La colocación es la actividad de los poderes públicos dirigida a conseguir que los trabajadores sin empleo puedan conseguir un puesto de trabajo; lo que implica el desarrollo de muy diferentes tareas dirigidas a la inserción del trabajador: en primer lugar, conectar a los trabajadores que buscan empleo con los empresarios que lo ofertan (es decir, la mediación), pero también la orientación del trabajador, la formación para incrementar sus posibilidades de encontrar un empleo adecuado, la selección, etc. La intermediación es sólo una parte de la colocación: la actividad de un tercero que va dirigida a facilitar la puesta en contacto de la oferta y la demanda de mano de obra; actividad que puede ser desarrollado tanto por sujetos públicos como privados. Ciertamente es difícil delimitar una de otra, pero la diferencia estriba en que la colocación tiene un objetivo más amplio que la intermediación: conseguir que los trabajadores en paro consigan un puesto de trabajo y no sólo la conexión entre oferta y demandas⁵⁹².

⁵⁹¹ En cuanto a las diferencias entre una y otra, vid. LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: "La intermediación en el mercado de trabajo", Mergabum, Sevilla 2002, páginas 111 y 112. También SERRANO FALCÓN, C.: "Servicios públicos de empleo e intermediación laboral en las Comunidades Autónomas", Tirant lo Blanch, Valencia 2004, páginas 16 y 17; y MOLINA HERMOSILLA, O.: "La dimensión jurídica de la política de empleo. El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática", Mergabum 2005, página 320.

⁵⁹² Tal como afirman VIDA SORIA, J. et altri: "Se entiende por intermediación laboral la existencia de un tercero que se encarga de facilitar la puesta en contacto de la oferta y la demanda de mano de obra. No sólo se considerarían como intermediarios los Servicios Públicos de Empleo, sino que en nuestro país, y en todos los demás países, hay muchos más intermediarios ya sean públicos, privados, gratuitos, lucrativos, reconocidos legalmente o no, que se encargan de poner en contacto ofertas y demandas de trabajo (...) En cambio, se entiende por colocación la actividad organizada por los poderes públicos que

Debemos así resaltar la anomalía que en la regulación española vigente supone el art. 20 de la Ley 56/2003, cuando al definir que ha de entenderse por intermediación, señala que es “el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo, para su colocación. La intermediación laboral tiene como finalidad proporcional a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades”. A tenor de esta literalidad se evidencia que más que de intermediación parece que se está definiendo la colocación, dando lugar a una mezcla de ambas cuestiones que deberían estar mucho más claras. Si a ello añadimos el apartado segundo de este art. 20, que considera como intermediación “la actividad destinada a la recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial”, se aprecia como la confusión de ambos términos es total, pues se considera intermediación la recolocación y no al contrario.

El buen funcionamiento de los servicios de intermediación suponen tanto la reducción de los costes de búsqueda de un nuevo empleo, como reducir los períodos de transición, con los consiguientes ahorros en prestaciones por desempleo⁵⁹³.

De entre los diferentes agentes que pueden actuar en el mercado de trabajo que se mencionan expresamente en el art. 21 de la Ley 56/2003 están los servicios públicos de empleo. Estos servicios forman parte del Sistema Nacional de Empleo, que es el conjunto de estructuras, medidas y acciones necesarias para promover y desarrollar la política de empleo. Entre sus funciones, el Sistema Nacional de Empleo debe “ofrecer un servicio de empleo público y gratuito a trabajadores y empresarios, capaz de captar las ofertas de empleo del mercado de trabajo, sobre la base de una atención eficaz y de calidad con vistas a incrementar progresivamente sus tasas de intermediación laboral”⁵⁹⁴. Sus características esenciales son las siguientes:

Carácter público, actuando como un servicio público para trabajadores y empresarios. Ello no impide que en la intermediación puedan participar también sujetos privados; es decir, el carácter público de estos servicios no supone que el Estado asuma un monopolio.

«comprende las acciones tendentes a proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado y facilitar a los empleadores la mano de obra necesaria para el normal desenvolvimiento de sus actividades productivas». “Los Servicios Públicos de Empleo”, en AA.VV., “Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales”, Mergablum, Sevilla 2005, páginas 162 y 163. En similares términos LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: “La intermediación (...)”, Op. cit., página 63.

⁵⁹³ ALUJAS RUIZ, J.A.: “La intermediación laboral a nivel autonómico: Servicios Públicos de Empleo *versus* Empresas de Trabajo Temporal”, *Temas Laborales* n° 113 (2012), página 106.

⁵⁹⁴ Artículo 6 de la Ley 56/2003.

Carácter gratuito tanto para trabajadores como para empresarios. Se trata de una actividad que no debe retribuirse en modo alguno.

En tercer lugar, su actuación debe desarrollarse de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación.

Por último, ha de subrayarse que el Sistema Nacional de Empleo asume tanto las políticas activas (dentro de ellas la intermediación), pero al mismo tiempo gestiona las prestaciones de desempleo; es decir, las políticas pasivas.

Estructuralmente tiene especial relevancia destacar que este Servicio Nacional de Empleo se integra de un lado por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), de otro por los diferentes Servicios Públicos de Empleo Autonómicos (SPEA)⁵⁹⁵. Entre ambos se establece una distribución de competencias en la gestión del mercado de trabajo⁵⁹⁶.

El Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) se constituye como un organismo autónomo de la Administración General del Estado (en consecuencia, con personalidad jurídica propia, plena capacidad de obrar, patrimonio y tesorería propios y que cumple sus funciones con independencia de la Administración General del Estado, con autonomía de funcionamiento. A este organismo se le encomiendan determinadas competencias en el ámbito de la gestión del mercado de trabajo, tal como señala el art. 13 de la Ley 56/2003.

Entre estas competencias del SPEE debemos destacar la gestión y control de las prestaciones de desempleo, si bien a los efectos de garantizar la coordinación de políticas activas y pasivas, la gestión de esta prestación se desarrolla mediante sistemas de cooperación con los Servicios de Empleo de las Comunidades Autónomas. De otro lado, en sentido negativo, hay que subrayar, y ello es especialmente importante para este trabajo, que el SPEE no asume las competencias de mediación en el mercado de trabajo, sino que esta es una competencia de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos. En todo caso al SPEE le corresponde la coordinación y armonización del conjunto de actuaciones que deben llevar a cabo los SPEA de las diferentes Comunidades Autónomas⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ Al respecto es importante señalar que ambos elementos forman parte de un todo, el Sistema Nacional de Empleo. En este sentido LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: "El desarrollo del Servicio Nacional de Empleo por el Real Decreto 1722/2007", *Temas Laborales* n° 96 de 2008, página 15.

⁵⁹⁶ En este sentido GARCÍA JIMÉNEZ, M. Y MOLINA NAVARRETE, C.: "«Modernización» del Sistema Público Estatal de Empleo, «mejora» de la intermediación y «evaluación» de las políticas activas de empleo: una reforma «otoñal»", *Temas Laborales* n° 85, 2006, página 173.

⁵⁹⁷ MOLINA HERMOSILLA, O.: Op. cit., página 330.

En cuanto a los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos (SPEA), se configuran como los organismos o entidades propios de las CC.AA., que en sus respectivos ámbitos territoriales ejercen las funciones necesarias para la gestión de la intermediación laboral y de las políticas activas de empleo. Esto significa que cada Comunidad Autónoma va a constituir su propio servicio público de empleo, denominándolos cada uno de ellos como considere oportuno y organizándose con los órganos y estructuras que se considere apropiado. En la práctica, ya con anterioridad a la Ley 56/2003 la mayoría de las Comunidades Autónomas habían adquirido competencias en la gestión e intermediación del mercado de trabajo, por lo que esta regulación legal viene a reconocer y a profundizar en un sistema tremendamente descentralizado de la intermediación⁵⁹⁸. La descentralización de la intermediación ha sido uno de los cambios fundamentales en la transformación de los servicios de empleo (junto con la supresión del monopolio público)⁵⁹⁹, pero, ¿por qué se opta por este sistema descentralizado? Fundamentalmente por un motivo: si algo demostró el INEM a lo largo de los años ochenta del pasado siglo, fue una importante dosis de ineficacia en el desarrollo de la labor de intermediación⁶⁰⁰, siendo esta una de las críticas más habituales⁶⁰¹. La centralización de la competencia de la colocación dificultaba la adecuación entre la necesidad de adoptar decisiones sobre las medidas a tomar y la aplicación a las peculiaridades concretas de cada territorio y a sus necesidades⁶⁰². Con la descentralización se buscaba una mayor eficacia en la gestión de los poderes públicos. El mercado de trabajo no es uniforme, luego no tenía mucho sentido un diseño de gestión pública uniforme. Una gestión de inferior nivel territorial está más cerca de las peculiaridades propias de cada zona geográfica del mercado; al menos mucho más cerca que un sistema de ges-

⁵⁹⁸ Sobre el proceso de descentralización, vid. LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: “La intermediación (...)”, páginas 290 y ss.

⁵⁹⁹ ALUJAS RUIZ, J.A.: Op. cit., páginas 107 y 108; ROJO TORRECILLA, E.: “Servicios Públicos de empleo, políticas activas de empleo e intermediación laboral”, en AA.VV., *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, página 1077; también Salas Porras, M.: Op. cit., página 159.

⁶⁰⁰ Ineficacia que no sólo era predicable del servicio público de empleo español, sino que era un mal de los diferentes servicios públicos europeos: la Comunicación de la Comisión de 13 de noviembre de 1998, titulada “Modernización de los Servicios Públicos de Empleo para apoyar la estrategia Europea de Empleo” (COM 641 final), señalaba que los servicios públicos sólo intervenían entre el 10% y el 30% del total de las contrataciones.

⁶⁰¹ GARCÍA JIMÉNEZ, M. Y MOLINA NAVARRETE, C.: Op. cit., página 174; GARCÍA NINET, J.I. Y SALIDO BANÚS, J.L.: “Intermediación laboral y Agencias de Colocación y Recolocación privadas”, RGDTSS (www.iustel.com) n° 24 (2011), página 11; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Los Servicios Públicos de Empleo”, en AA.VV., *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, página 1.067; también PÉREZ DOMÍNGUEZ, F.: Op. cit., páginas 105 y ss.

⁶⁰² AA.VV. coordinados por C. Molina Navarrete, “Las políticas de empleo en la Unión: del Tratado de Amsterdam a la Constitución Europea”, en AA.VV., coordinados por R. Quesada Segura, *La Constitución Europea y las Relaciones Laborales*. XXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, CARL y Mergablum, Sevilla 2004, página 264.

ción de carácter estrictamente estatal⁶⁰³. En todo caso, este ha sido uno de los objetivos principales de la Ley 56/2003, si bien este proceso de descentralización comenzó ya con anterioridad, con el traspaso de competencias del INEM a algunas Comunidades Autónomas⁶⁰⁴. En todo caso, este proceso de descentralización plantea la necesidad, absolutamente imperiosa de coordinar el SPEE y los SPE de las CCAA⁶⁰⁵.

Debemos tener en cuenta que esta tendencia a la descentralización se complementa con otra de signo contrario: los servicios públicos de empleo se descentralizan, pero al mismo tiempo, se participa en la Red de Servicios de Empleo Europeos, la red EURES (European Employment Services); es decir, un sistema de difusión de ofertas y demandas de empleo a nivel europeo⁶⁰⁶. Nacida inicialmente como expresión del principio de libre circulación de trabajadores, que data de la Decisión de la Comisión 93/569, de 22 de octubre de 1993. Tiene asignadas funciones de intercambio transnacional de ofertas y demandas de empleo, así como lograr suficiente transparencia e intercambio de información entre los diferentes países de la UE⁶⁰⁷. Por lo tanto este instrumento supone un intento de llevar a la práctica uno de los derechos sociales fundamentales de la UE⁶⁰⁸.

Esta derivación supranacional del mercado de trabajo lo encontramos reflejada en el art. 2 f) de la Ley 57/2003, cuando afirma que forma parte de los objetivos de la política de empleo “Asegurar la libre circulación de los trabajadores y facilitar la movilidad geográfica, tanto en el ámbito estatal como europeo, de quienes deseen trasladarse por razones de empleo”. Debemos destacar que también la gestión de la red EURES corresponde a las Comunidades Autónomas⁶⁰⁹. Debemos también señalar que en la regulación española, la Disposición Adicional Única del Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, sobre agencias de colocación sin fines lucrativos, excluye a tales agencias de la participación en la red EURES, pues esta

⁶⁰³ En este sentido vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. Y LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: “La construcción de un servicio de empleo propio en Comunidad Autónoma Andaluza”, en AA.VV., “Veinte años de relaciones laborales en Andalucía”, CARL, Sevilla 2003, página 433.

⁶⁰⁴ En este sentido LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: “El Servicio Andaluz de Empleo”, *Temas Laborales* n° 68, página 13; también SERRANO FALCÓN, C.: “La intermediación laboral en los servicios públicos de empleo (en la Unión Europea y en la Ley de Empleo 56/2003)”, en AA.VV., “La Constitución Europea y las relaciones laborales. XXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales”, Mergablum, Sevilla 2004, página 294.

⁶⁰⁵ Sobre esta cuestión vid. VALDÉS DAL-RE, F.: “Cooperación y coordinación entre los Servicios Públicos de Empleo”, *Relaciones Laborales* n° 4 de 2009, página 56.

⁶⁰⁶ Sobre esta cuestión vid. SALAS PORRAS, M.: Op. cit., páginas 60 y ss.

⁶⁰⁷ Así DE VAL TENA, A.L.: “La intermediación en el mercado de trabajo comunitario”, en REE n° 7 (1994); también MOLINA HERMOSILLA, O.: Op. cit., página 327.

⁶⁰⁸ En este sentido AA.VV., coordinados por C. Molina Navarrete, op. cit., página 263.

⁶⁰⁹ Vid. LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: “El Servicio Andaluza de Empleo”, op. cit., página 22; también SERRANO FALCÓN, C.: “La intermediación laboral (...)”, op. cit., páginas 299 y 300.

se gestiona tan sólo a través de los Servicios Públicos de Empleo. El mercado de trabajo español no se caracteriza precisamente por la movilidad de los trabajadores, sin embargo, es realmente llamativo que la impresión que se tiene del uso de la red EURES es muy positiva: a ella acceden bien jóvenes que desean relaciones laborales de no muy larga duración que les permita practicar idiomas a través del desarrollo de un trabajo, así como la recepción de ofertas del extranjero demandando personal cualificado con sólida formación en España.

III. LA INCIDENCIA DE LA POLÍTICA DE EMPLEO UE EN LA REFORMA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO: SU VINCULACIÓN CON LA FLEXISEGURIDAD

Otra de las cuestiones que ha de señalarse sobre la regulación del SPEE, es la incidencia que ha tenido la regulación procedente de la UE⁶¹⁰. En buena medida una de las constantes de la política de empleo de la CEE y después de la UE ha sido justamente la mejora de los servicios públicos de empleo. Desde el Libro Blanco “Crecimiento, competitividad, empleo. Retos y pistas para entrar en el Siglo XXI”, conocido simplemente como Libro Blanco, o Informe Delors, que configura el antecedente, prácticamente el origen, de la Estrategia Europea de Empleo⁶¹¹, y que propone reformar en profundidad las estructuras de los mercados de trabajo de los países miembros, ya se pone el acento que las políticas de empleo ha de tener en cuenta como protagonista a los servicios públicos de empleo, señalando específicamente que ha de mejorarse los servicios de empleo y colocación, admitiendo empresas privadas puedan acceder a la intermediación en el mercado de trabajo, todo lo cual favorecerá que los desempleados puedan encontrar un puesto de trabajo lo antes posible⁶¹². Pero, a partir de aquí se reitera, sin solución de continuidad, la necesidad de contar con unos servicios públicos de empleo ágiles y eficaces. Merece la pena destacar cómo las primeras Directrices integradas (Decisión del Consejo de 12 de julio de 2005⁶¹³) señalaban específicamente en la Directriz n° 20

⁶¹⁰ Vid. SALAS PORRAS, M.: Op. cit., páginas 57 y ss.

⁶¹¹ Vid. FREEDLAND, M.R. y COUNTURIS, N.: “Diritti e doveri nel rapporto tra disoccupati e servizi per l’impiego in Europa”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali* n° 108 (2005), página 576; de igual manera, AA.VV., coordinados por C. Molina Navarrete, “La política de empleo en la Unión: del Tratado de Ámsterdam a la Constitución Europea”, en AA.VV., coordinados por R. Quesada Segura, *La constitución Europea y las Relaciones Laborales. XXUU Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL y Mergablum, Sevilla 2004, página 250.

⁶¹² MONTAÑA MELGAR, A.: El Libro Blanco de la Comisión Europea y la reforma laboral española”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* n° 68, página 865.

⁶¹³ DOUE de 6 de agosto de 2005. Siguiendo la estela de la estrategia renovada, se insiste en la necesidad de que los objetivos de pleno empleo, calidad y productividad del trabajo, y cohesión social (los tres grandes objetivos de la UE, se traduzcan en prioridades que deben estar claras (atraer más personas al mercado de trabajo y que estas permanezcan en el mismo, aumentar la oferta de mano de obra, mo-

“Mejorar la adecuación a las necesidades del mercado de trabajo”⁶¹⁴, que los estados deben mejorar las infraestructuras del mercado de trabajo, fortaleciendo los servicios de empleo a escala nacional y a escala de la UE (red EURES). Con posterioridad la Comunicación de la Comisión a las instituciones europeas “Un compromiso compartido a favor del empleo”⁶¹⁵, de cara a la estrategia Europa 2020 realizaba una reflexión sobre la necesidad de realizar un esfuerzo común, reforzando la cooperación entre UE y Estados y sobre todo fijando tres prioridades claves para el futuro, en realidad, no se trataba sino de volver a reiterar los planteamientos que habían caracterizado a la política de la UE en el período que va de 1998 hasta el final de la primera década del Siglo XXI. En este sentido la primera de las tres prioridades era el mantenimiento del empleo, la creación de nuevos puestos de trabajo y promover la movilidad. Ello se intenta conseguir, entre otras medidas, mediante la mejora del funcionamiento de los servicios públicos de empleo.

El interés de la política de empleo de la UE en los SPE deriva también de uno de los principales planteamientos ideológico-jurídicos que han tenido mayor incidencia en las últimas décadas dentro del Derecho del Trabajo: la doctrina de la flexiseguridad, que en buena medida pretende conseguir mercados de trabajo más reactivos y dinámicos, con capacidad de adaptarse a los posibles cambios que pueden proceder de fuera del mismo, para adaptarlo mejor a las nuevas necesidades económicas⁶¹⁶. Y en esta finalidad los SPE pueden tener un papel importante, pues la flexiseguridad busca sustituir la seguridad en el puesto de trabajo por seguridad en el empleo (menos tutela desde el punto de vista de la extinción del contrato, que se flexibilizaría; pero a cambio un incremento de la protección del trabajador sin empleo, para que no deje el mercado de trabajo y consiga un nuevo empleo lo más rápidamente posible⁶¹⁷). Este planteamiento implica la intervención de políticas de activación de los desempleados, con apoyos directos a la actividad de colocación y recualificación, reformas de los servicios públicos de empleo para incrementar su eficacia y funcionamiento; asumiendo los servicios de empleo

dernizar los sistemas de protección social, mejorar la adaptabilidad de trabajadores y empresas e invertir en capital humano a través de educación y formación).

⁶¹⁴ En este caso el objetivo es el de modernizar y fortalecer los servicios de empleo, para que garanticen una mayor transparencia y faciliten más oportunidades de empleo y formación; suprimir trabas a la movilidad de los trabajadores en la UE, mejorar las necesidades de cualificación y gestionar de manera adecuada la migración económica.

⁶¹⁵ COM (2009) 257 final.

⁶¹⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Los Servicios Públicos de Empleo”, op. cit., página 1068.

⁶¹⁷ Desde esta perspectiva la flexiseguridad ha de ser entendida no como entendida como conservación del puesto de trabajo durante toda la vida, sino como seguridad en el empleo; es decir, alta ocupabilidad de los trabajadores, que debe ser garantizada no sólo por el sistema educativo, sino por los servicios públicos de empleo y por el propio sistema de relaciones laborales, cortos períodos de transición, asistencia personalizada en la búsqueda del empleo y buenas prestaciones de desempleo para esos períodos de transición. En este sentido

el objetivo de mejorar la formación de los trabajadores, que debe ser permanente. También supone mejoras en la protección de seguridad social ante el desempleo, donde los SPE pueden tener un importante papel. En todo caso, en este último ámbito se pretende condicionar las prestaciones a la activación del desempleado. Se trata de una seguridad dinámica, dirigida a actuar en un contexto donde se suceden rápidas transformaciones del mercado globalizado⁶¹⁸.

Si nos centramos en la configuración estándar de flexiseguridad (inspirado en el modelo danés), uno de los componentes esenciales de la misma es el desarrollo de políticas activas que permitan que los períodos de transición sean lo más rápidos posibles, mejorando la actuación de los servicios públicos, sobre todo a través de la individualización del tratamiento de los que buscan empleo y a través de prestar una especial atención a los colectivos con mayor dificultad de acceso al empleo⁶¹⁹.

En este contexto los SPE han de tener un papel relevante, pues son un importante instrumento para poner en práctica las políticas activas de empleo, siendo necesario un reforzamiento de los servicios públicos de empleo: se detecta la escasa capacidad de penetración en el mercado de trabajo que tienen los sistemas públicos, que están quedando absolutamente desfasados. No sólo se trata de invertir económicamente para mejorar la estructura, sino también en la mejora de su actuación, sobre todo por el hecho de que han de implementarse mecanismos que permitan que los servicios públicos desarrollen una actividad que ofrezca un trato personalizado a los demandantes de empleo, que tenga en lo posible un carácter de intervención precoz, en el sentido de actuar en cuanto existan indicios de la posible pérdida de un puesto de trabajo; así como una especial atención a aquellos colectivos que presentan mayores dificultades para acceder al mercado de trabajo. Los servicios públicos de empleo deben sufrir importantes reformas para garantizar que su actuación va a facilitar períodos de rápida transición entre la situación de desempleo y un nuevo empleo. El planteamiento de la UE sobre la cuestión implica también la necesidad de establecer sólidos sistemas de colaboración con el sector privado (especialmente se prevé con las ETTs) que puede intervenir en la gestión del mercado de trabajo.

Además, los Servicios Públicos han de jugar otro papel de enorme importancia en el marco de las políticas de empleo basadas en la flexiseguridad, me refiero a la

⁶¹⁸ IZZI, D.: “Stabilità versus flessibilità nel diritto comunitario: quale punto di equilibrio”, *Lavoro e Diritto* n° 2 de 2007, página 339.

⁶¹⁹ Vid. JASPERS, T.: “Flexiseguridad: ¿Es la respuesta acertada a la modernización del Derecho del Trabajo? Una perspectiva holandesa”, en AA.VV., coordinados por Landa Zapirain, J.P., *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica*, Bomarzo, Albacete 2009, página 93.

formación. En buena medida, el origen de la segmentación del mercado de trabajo entre *insiders* y *outsiders*, a la que la flexiseguridad pretende poner fin, reside en el déficit de formación de los *outsiders*. La formación debe ser permanente, requiriéndose un sustancial incremento de la inversión en capital humano: en educación y específicamente en mejorar la formación profesional reglada; pero también la formación dirigida a los trabajadores, aquella que se recibe en el trabajo, incentivando tanto a los trabajadores para que mejoren su capacidad profesional a través de una formación permanente. Por último, y esto es lo que a nosotros interesa en este momento, ha de invertirse en formación ocupacional; y es aquí donde la cuestión recae fundamentalmente sobre los servicios públicos de empleo, que deben actuar para que aquellos sujetos con escasa ocupabilidad alcancen la formación suficiente que les permita reinserirse en el mercado de trabajo. Una de las principales tareas de los Servicios Públicos de Empleo es mejorar las competencias y capacidades profesionales de los desempleados⁶²⁰. Los beneficios de la inversión en este ámbito son evidentes, pues el esfuerzo formativo supone reducir los períodos de transición hasta obtener un nuevo empleo (reduciendo el gasto en prestaciones de desempleo). De otro lado, esta cuestión tiene una íntima relación con el objetivo de activación de los trabajadores desempleados.

IV. EL SERVICIO PÚBLICO ESTATAL DE EMPLEO COMO INSTRUMENTO DE CONEXIÓN ENTRE POLÍTICAS ACTIVAS Y PASIVAS DE EMPLEO

Es tradicional la distinción entre políticas activas y pasivas de empleo: las primeras buscan incrementar la empleabilidad del trabajador para que este pueda encontrar empleo y las segundas facilitar una renta económica ante la pérdida del empleo. Tradicionalmente se ha dado más importancia a la política pasiva de empleo, pero poco a poco los Estados han tomado conciencia de la necesidad de incrementar los recursos económicos destinados a las políticas activas de empleo⁶²¹. Ahora bien, no estamos ante dos componentes enfrentados entre sí, sino que ambos forman parte de una política de empleo que debe ser coordinada para ser lo más eficiente posible. En este sentido, la evolución ha ido en la dirección de establecer una conexión entre ambos componentes de la política de empleo.

¿Cómo se produce esta conexión? En realidad lo que ha ocurrido es que la protección por desempleo, se están subordinando a los fines de las políticas activas de empleo, de manera que dicha prestación se configura como un elemento más que

⁶²⁰ ROJO TORRECILLA, M.: “Servicios Públicos de Empleo. Una mejora inaplazable para afrontar el presente y el futuro”, *Relaciones Laborales* nº 14 de 2010, página 1.234.

⁶²¹ En este sentido vid. MOLINA HERMOSILLA, O.: “La dimensión jurídica de la política de empleo. El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática”, Mergablum, Sevilla 2005, página 388.

ha de integrarse en el proceso de búsqueda activa de empleo; dicho de otro modo, que para ser beneficiario no sólo ha de ser un sujeto que ha perdido el empleo, sino también ha de ser un buscador activo de empleo⁶²². Lo que se persigue con esta actuación es que el desempleado deje de ser un sujeto “pasivo”, mero perceptor de la prestación, para ser un verdadero sujeto “activo”, involucrándolo en que mejore sus expectativas de conseguir un empleo⁶²³.

Se incrementa la presión sobre el desempleado perceptor de la prestación de desempleo para que acepte puestos de trabajo, aún cuando dichos empleos no tengan relación con las actividades laborales a las que el trabajador se ha orientado profesionalmente. Presión que se expresa en la obligatoriedad de aceptar dichas colocaciones o someterse a la consecuencia de la pérdida de la prestación en caso de rechazo injustificado. Esta situación se enmarca en la lógica de entender que unas buenas prestaciones de desempleo, no sólo suponen tener inmovilizados unos importantes recursos económicos para pagarlas, sino que además, se desincentiva la búsqueda de empleo, pues el trabajador sólo querrá encontrar empleo si lo percibido en el nuevo empleo supera la cantidad que abona el sistema de Seguridad Social como prestación de desempleo⁶²⁴. Es evidente que tras esta concepción hay una evidente desconfianza por parte del legislador hacia los beneficiarios de la prestación de desempleo⁶²⁵.

En definitiva, se ha producido un cambio estructural de enorme importancia: hasta hace pocos años el desempleo se concebía como una prestación por pérdida involuntaria del empleo, a la que se accedía simplemente por el hecho de haberla adquirido a través de la cotización a la Seguridad Social. Con la regulación actual el desempleo se configura como una prestación en la que se requiere acreditar la disponibilidad de buscar activamente empleo, de manera que su finalidad no es ya facilitar una renta ante la pérdida del empleo, sino conceder una prestación al servicio de la vuelta al empleo, imponiendo el deber de buscar empleo⁶²⁶.

⁶²² MOLINA HERMOSILLA, O.: Op. cit., página 388.

⁶²³ GARCÍA JIMÉNEZ, M. Y MOLINA NAVARRETE, C.: Op. cit., página 176.

⁶²⁴ Sobre esta cuestión MARTÍN, C.: “El mercado de trabajo español en perspectiva europea”, *Papeles de Economía Española* n° 72 (1997), página 13.

⁶²⁵ En este sentido MONTÓYA MEDINA, D. Y BLASCO JOVER, C.: “La razón que parece latir, entonces, en el fondo de esta reforma conecta con algo ya conocido como es la actitud estatal de desconfianza o recelo frente a los perceptores de desempleo. Habida cuenta de que estos disfrutaban de prestaciones relativamente generosas, se corre el riesgo de que se instalen en la prestación y opten por el ocio o el trabajo clandestino como la alternativa a la búsqueda de empleo”. “Compromiso de actividad y redefinición de colocación adecuada: los despropósitos de una reforma en la protección por desempleo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n° 6 de 2004 (www.iustel.com), página 3.

⁶²⁶ En este sentido RODRÍGUEZ-PINERO, M.: “La nueva dimensión de la protección por desempleo”, *Relaciones Laborales* n° 13 de 2002, página 9.

En la actualidad, mientras que los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos son los que tienen la competencia para la intermediación en el mercado de trabajo, es el Servicio Público de Empleo Estatal quien tiene atribuida la competencia de gestionar las prestaciones de desempleo. En realidad cada una de las dos entidades públicas de las que estamos hablando actúan sobre colectivos diversos: los servicios públicos de empleo dirigen su actividad hacia todos aquellos sujetos que demandan un empleo, con independencia de que hayan o no trabajado con anterioridad, y de que disfruten o no de una prestación de desempleo. Además, al desarrollar su actividad de mediación, no sólo actúa sobre los demandantes de empleo, sino que también han de relacionarse necesariamente con los que ofrecen puestos de trabajo, con los que buscan un trabajador para cubrir un puesto de trabajo; en definitiva, con los empresarios. Por el contrario, el SPEE, al gestionar la prestación de desempleo, únicamente actúa sobre un colectivo de trabajadores muy concretos: los trabajadores que pudiendo y queriendo trabajar, han perdido su empleo (art. 203.1 de la Ley General de la Seguridad Social).

Junto con los requisitos habituales para acceder a las prestaciones de Seguridad Social (afiliación, alta, período de carencia), la prestación por desempleo establece unos requisitos específicos (situación legal de desempleo, no haber cumplido la edad de jubilación), uno de los cuales sirve para permitir que el acceso a las rentas como consecuencia de la pérdida del empleo (política pasiva) tenga una evidente utilidad desde la perspectiva de incrementar la ocupabilidad del trabajador (política activa): el art. 207 LGSS añade a los requisitos señalados la necesidad de firmar el compromiso de actividad; y en el mismo sentido se manifiesta el art. 209.1 LGSS.

Se establecen así unos requisitos, a través de los cuales se vincula la prestación de desempleo con el objetivo de la mejora de la empleabilidad, del incremento de la capacidad profesional del desempleado y de las posibilidades de que pueda encontrar un empleo, pasar a situación de activo y cesar en el cobro de las prestaciones de Seguridad Social. El paso previo es inscribirse como demandante de empleo. Esta exigencia siempre ha estado presente en nuestro ordenamiento y su sentido es claro: si bien la prestación de desempleo tiene carácter contributivo, por lo tanto todo trabajador que cumpla los requisitos tiene derecho a la misma, el ordenamiento exige que sólo aquellos trabajadores que hayan perdido su empleo y demuestren un interés en volver a trabajar (de ahí la obligación de inscribirse como demandante de empleo en el servicio público correspondiente) va a tener derecho a la prestación. Ahora bien, tradicionalmente sólo se ha exigido que se demuestre un interés mínimo, bastando con la mera inscripción como demandantes de empleo. Se consideraba esta cuestión desde una perspectiva meramente estática: lo importante es que se ha perdido el empleo de manera invo-

luntaria y que el trabajador se incorpore como demandante de empleo⁶²⁷. Por el contrario, con la actual regulación en materia de desempleo las exigencias se incrementan y no sólo debe haber una mera actitud pasiva (inscribirse en el servicio público de empleo), sino que ha de comprometerse a proceder de una manera mucho más activa.

En este sentido, el trabajador debe firmar un compromiso de actividad para poder acceder a la prestación de desempleo. A tenor del art. 231.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social se entenderá por compromiso de actividad el que adquiere el solicitante de la prestación para buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad. El compromiso de actividad es el acto formal por el cual se compromete a dejar lo antes posible su condición de desempleado (y dejar así de percibir la prestación). Este compromiso se plasma en tres aspectos diferentes: en primer lugar, la búsqueda activa de empleo; en segundo lugar, la aceptación de la ocupación adecuada y; por último, la participación en actividades de mejora de la ocupabilidad.

Aun cuando la búsqueda activa de empleo y la aceptación de colocación adecuada se configuran como requisitos para poder acceder a la prestación de desempleo (art. 207 de la Ley General de la Seguridad Social), difícilmente pueden entenderse como requisitos para general el derecho inicial a la prestación, pues se trata de actuaciones que debe desarrollar el perceptor de la prestación una vez que está disfrutando de la misma⁶²⁸. En realidad se trata de exigencias para el mantenimiento del derecho a la prestación de desempleo: para mantener el percibo de la misma, el desempleado debe cumplir con estas obligaciones de búsqueda activa de empleo, de participar en actividades para mejorar su ocupabilidad y por último de aceptar, en su caso, una oferta adecuada de empleo.

En definitiva, el compromiso de actividad es simplemente el mecanismo instrumental que permite configurar actuaciones a desarrollar por el trabajador a lo largo del percibo de la prestación, como un requisito previo a la percepción de la misma prestación de desempleo.

⁶²⁷ GETE CASTRILLO, P.: “El régimen jurídico de la prestación por desempleo: reformas”, Relaciones Laborales Tomo I de 2003, página 313.

⁶²⁸ En este sentido GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Una nueva reforma del desempleo y del despido: análisis general de la ley 45/2002, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad”, en AA.VV., “El nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo”, Laborum, Murcia 2002, página 18.

La situación se comprende mucho mejor si tenemos en cuenta las consecuencias del incumplimiento de estas: si el trabajador se niega a firmar el compromiso de actividad, no genera derecho a la prestación de desempleo. Por el contrario, si firmado el compromiso de actividad y percibiendo la prestación, no desarrolla actividad de búsqueda de empleo o no acepta ofertas adecuadas de empleo, puede llegar a perder la prestación que está percibiendo.

Respecto de la búsqueda activa de empleo se trata de un requisito que se plasma tanto en la firma del compromiso de actividad, como en la participación en las acciones que suponen una mejora de la ocupabilidad del beneficiario de la prestación; o dicho de otra manera, que en realidad no estamos ante un requisito determinado y concreto. Tal como señala VALDES DAL-RE⁶²⁹, estamos antes una traducción normativa del derecho-deber de trabajar que la Constitución española establece en su art. 35.

Por otra parte, a tenor del art. 231.2 de la Ley General de la Seguridad Social, forma parte del compromiso de actividad la participación en “acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad”. A través de esta obligación se evidencia la conexión entre las políticas activas y pasivas de empleo y el contacto directo que mantienen las diferentes administraciones que gestionan dichas políticas: para cobrar las prestaciones de desempleo (política pasiva, que gestiona el SPEE), se debe participar en las actividades de mejora de la ocupabilidad; es decir, dirigidas a mejorar las posibilidades de que los desempleados puedan encontrar lo antes posible un nuevo empleo (mecanismo típico de la política activa, dirigida y gestionada por los diferentes servicios públicos de empleo de cada una de las diferentes Comunidades Autónomas): lo que se hace es condicionar el derecho a la prestación de desempleo, a la satisfacción del compromiso por el trabajador de participar en políticas activas.

La mejora de la empleabilidad (que el trabajador no pierda capacidad profesional y pueda mantener así importantes expectativas de encontrar un empleo) es uno de los objetivos tradicionales de las políticas activas de empleo, de manera que los servicios públicos, desarrollan una serie de actuaciones, que van desde la entrevista y análisis de sus situación profesional, su calificación dentro de grupos específicos, la determinación o diseño de un plan personal de formación, la información y asesoramiento para búsqueda de empleo, participación en programas de empleo-formación, etc. Todas estas actividades pueden desarrollarse respecto de cualquier demandante de empleo; es decir, respecto de cualquier sujeto que desea

⁶²⁹ “Reforma de la protección por desempleo. Concertación Social y legislación (II)”, Relaciones Laborales nº 17 de 2002, página 11.

encontrar un empleo. Los perceptores de una prestación de desempleo, no sólo han de inscribirse como desempleados, permaneciendo pasivos, sino que han de seguir los itinerarios fijados por los servicios públicos de empleo para incrementar su empleabilidad y que puedan encontrar lo antes posible un empleo (y consecuentemente, cesar en el cobro de la prestación de desempleo, con el consiguiente ahorro de la entidad gestora de la prestación de desempleo).

Pero probablemente la principal expresión de la coordinación entre políticas activas y pasivas de empleo es la obligación que recae sobre el perceptor de la prestación de desempleo, consistente en aceptar la colocación adecuada que le ofrezca el servicio público de empleo o la agencia privada no lucrativa de colocación (art. 231.1 letra c de la Ley General de la Seguridad Social). Con ello se pone de manifiesto que el objetivo o finalidad perseguida con la prestación de desempleo no es simplemente la de abonar una renta a quienes pierden su empleo, sino que además, éstos necesariamente deben mostrar su voluntad de realizar una actividad laboral⁶³⁰.

Ahora bien, nuestra regulación no pretende imponer a los beneficiarios de la prestación cualquier colocación, sino que esta debe ser una colocación “adecuada”. Observemos que al calificar como adecuada la colocación, se establece una garantía para el desempleado, de manera que este sólo debe dejar la prestación de desempleo si la colocación que se le ofrece tiene la consideración de suficientemente adecuada. En definitiva, la obligación surge exclusivamente cuando la colocación sea adecuada, reduciéndose el ámbito de posibles puestos de trabajo a cubrir. Dadas las características de este trabajo no podemos detenernos en analizar que haya de entenderse por colocación adecuada, pero estamos ante una de las cuestiones de mayor interés en este ámbito jurídico.

⁶³⁰ Sirva de ejemplo la dicción de la STSJ de Andalucía de 26 de enero de 2001, AS 2001\2227: “Esta Sala tiene reiteradamente señalado que cualquier aptitud que impida o tienda a impedir la ocupación a los inhalaborantes les veda el acceso a la correspondiente prestación dada la bipolar y previa exigencia de «querer» y «poder trabajar» (art. 203.11 de la Ley General de la Seguridad Social) que no puede quedar enervada ni destruida por oposiciones directas ni tampoco con sibilinas o amortiguadas aptitudes (...) en caso contrario haría a los trabajadores en paro en situación de privilegio en relación con los trabajadores en activo y en iguales circunstancias, lo que sí atentaría con el principio de igualdad constitucionalmente consagrado (...)”. En similares términos la STSJ de Andalucía de 6 de marzo de 2001, AS 2001\2434: “La contingencia de desempleo está prevista para aquél que quiere y no puede trabajar en lo que le es propio lo que, en el presente caso, no ocurre”.

6.4. EL SERVICIO DE INFORMACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO COMO INSTRUMENTO DE COORDINACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO

FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
Magistrado del Tribunal Constitucional*

1. Tras la victoria electoral del Partido Popular en 1996 y la formación del oportuno Gobierno, comienza un proceso de transferencia de las políticas activas de empleo, que se inicia en junio de 1997, con el traspaso a la Comunidad Autónoma de Cataluña de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo (INEM) en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, y concluye en abril de 2003, con un traspaso idéntico a favor de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

La asunción por las CC.AA. (por todas a excepción del País Vasco) de la función de intermediación laboral tiene el efecto de vaciar de todo contenido sustantivo la organización y funcionamiento del servicio público de empleo hasta entonces vigente. El INEM pierde el carácter de único servicio público de empleo, naturaleza que también pasan a compartir, bien que con diferente dimensión territorial, los servicios homólogos de ámbito autonómico receptores de las competencias traspasadas. Pero al margen de esta primera disociación entre la norma escrita y la concreción aplicativa, en esta época hace su aparición una segunda disociación, derivada ahora de las decisiones políticas que acompañan el proceso mismo de transferencias. En la medida en que éste proceso se diseña y gestiona sin reformar las bases normativas del modelo estatista y unitario ya superado o, por decirlo de otro modo, en la medida en que dicho proceso se pone en marcha, se aplica y concluye sin haber procedido previamente a definir los elementos más estructurales y estructuradores del sistema que se alumbraba, los cambios que se acometen no logran implantar un nuevo modelo de organización de la función pública de intermediación laboral, identificable como tal a partir del enunciado, de manera coherente, de unos principios fundantes y de unas técnicas de articulación. El objetivo primero y esencial y la consecuencia resultante de esta etapa política, guiada por una ambición meramente negativa, quedan reducidos a desorganizar y desmantelar el modelo existente, sin construir, empero, los postulados institucionales del que se está implantando de manera gradual, improvisada, diferenciada y desordenada a través de los procesos de transferencias.

La práctica conclusión de los traspasos vino así a alterar, y en no pequeña medida, las reglas de los poderes del Estado en materia de intermediación laboral, comportando, en suma, nada más y nada menos que la completa descentralización de las competencias ejecutivas en dicha materia, no siendo en modo alguno impertinente ubicar en su correcta dimensión este fenómeno. Sin embargo, esta descentralización no debe ser equiparada sin más con un proceso de descentralización territorial de los servicios de colocación. Una gestión descentralizada de la actividad de intermediación ha estado siempre presente entre nosotros, como por otra parte no podía haber sido de otro modo. Y, desde luego, lo ha estado en la organización adoptada por el INEM, manifestada a través de la extensa y dispersa red de oficinas en las que los oferentes y demandantes de empleo han podido celebrar potencialmente sus encuentros contractuales. Dicho en palabras más directas, la transferencia de la intermediación laboral vino a representar, al menos en un buen número de Comunidades Autónomas (CC.AA.), un simple cambio del logotipo identificador de las oficinas de colocación hasta entonces de titularidad del INEM.

Pero más allá de estas consideraciones, el diseño y gestión de todo el proceso merece un severo reproche por haber invertido, desde la doble dimensión política y jurídica, el orden lógico que ha de acompañar a un cambio de tanta trascendencia. El Gobierno de la Nación se embarcó en un proceso de transferencia autonómico de la actividad de colocación sin detenerse a repensar mínimamente, con carácter previo, sus parámetros básicos. Entre otros, los siguientes: qué funciones deben seguir correspondiendo al servicio público de empleo estatal (¿operador, regulador, ambas o ninguna de ellas?); qué principios han de informar la coordinación y cooperación entre éste último y los servicios públicos autonómicos; a través de qué técnicas ha de quedar preservada la unidad de mercado o, en fin, cuáles son los criterios de organización de los servicios públicos transferidos (¿gestión directa, gestión en régimen de externalización o cualquiera de ellas, en función de la libertad de elección de la CC.AA.?). En un contexto semejante, el resultado no resultaba difícil de adivinar, pudiendo ser resumido en breves palabras: ausencia de toda perspectiva de conjunto. La conclusión del proceso de transferencia marca el grado más alto de ruptura entre enunciado normativo y realidad social; nunca hasta entonces, esa cesura alcanzaba un nivel tan notable de concreción. De un lado, las leyes en vigor, el ET-1995 y la LBE, definían un sistema de intermediación laboral que se encontraba, en sus principios ordenadores de índole organizativa, privado de todo reflejo práctico. Pero el sistema materialmente plasmado, el de asunción por las CC.AA. de plenas competencias ejecutivas en materia de políticas activas de empleo, entre otras la intermediación laboral, no se hallaba sostenido ni fundamentado sobre unas bases, presupuestos e instrumentos normativos mínimamente reconocibles, dotados de una voluntad de aplicación general y compartida.

Por lo demás, es ésta una crítica que en su día ya fue hecha pública por el Consejo Económico y Social de España (CES) con motivo de la elaboración del pre-

ceptivo dictamen al entonces anteproyecto ley de empleo, más tarde LE. Al reflexionar genéricamente sobre el anteproyecto sometido a consulta, dijo en aquella ocasión el CES que “hubiera sido oportuno contar con este nuevo marco normativo general de forma previa al inicio del proceso de transferencias de gestión de las políticas activas de empleo a las Comunidades Autónomas, máxime cuando en la actualidad la mayor parte de ellas ya cuentan con el traspaso de dichas políticas, e incluso con su propia normativa reguladora de los correspondientes SPE autonómicos. En este sentido – terminaba razonado el CES – al ordenar materias ya transferidas a las Comunidades Autónomas, el Consejo estima necesario un esfuerzo de interlocución por parte de las distintas Administraciones Públicas, a fin de minimizar los riesgos de conflictos competenciales”⁶³¹.

2. El propósito de las observaciones que siguen es verificar, al menos de manera singular y parcial, en qué medida la nueva organización de las políticas de empleo, articulada a través del Servicio Nacional de Empleo (SNE), garantiza lo que el dictamen del CES denominaba “esfuerzos de interlocución por parte de las distintas Administraciones Públicas” y, con un lenguaje más próximo a la LE, puede ahora denominarse como mecanismos de cooperación y coordinación entre el Servicio Público Estatal de Empleo (SPEE) y los Servicios públicos de Empleo autonómicos (SPEA). La relevancia del tema apenas enunciado es manifiesta. La centralidad de la puesta a punto de una potente red de cooperación entre los diferentes organismos que intervienen en la gestión de las políticas de empleo se evidencia mediante la lectura de la exposición de motivos de la LE así como de numerosos pasajes legales de este texto normativo.

En este sentido y por lo pronto, el preámbulo de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (LE) manifiesta que, “desde una perspectiva de armonización del nuevo modelo con la actual distribución de competencias constitucionales entre el Estado y las comunidades autónomas, en materia de política de empleo, los objetivos se centran en asegurar la cooperación y coordinación entre las Administraciones implicadas de modo que se logre la máxima efectividad movilizandoy optimizando todos los recursos disponibles”. Al margen de ello y como ya se ha anticipado, diversos son los preceptos legales de la LE que plasman esa voluntad política de crear un SNE de estructura compleja pero de naturaleza cooperativa y de actuación coordinada. En el articulado de esta norma legal, un lugar especialmente destacado corresponde al nuevo art. 7 bis⁶³², que se abre con la expresiva rúbrica

⁶³¹ Cfr. CES, *Dictámenes 2002*, Madrid 2003, p. 116.

⁶³² El presente precepto fue añadido a la LE mediante el art. 4.3 del RD-Ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo y revisado, con posterioridad, por el art. 114.5 del RD-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación

de “Instrumentos de coordinación del Sistema Nacional de Empleo”, mencionado como tales los tres siguientes: la Estrategia Española de Activación para el Empleo (EEAE)⁶³³, los Planes Anuales de Política de Empleo (PAPE)⁶³⁴ y, en fin, el Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo (SISPE). Apartándose de lo establecido en relación con los dos primeros instrumentos, meramente mencionados en el precepto legal a examen, el precepto legal a examen regula de manera expresa y directa el último de tales instrumentos. Al margen de las previsiones del art. 7 bis LE, el art. 9.2 establece, entre las funciones del SNE la de “garantizar la coordinación y cooperación del Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las comunidades autónomas, prestando especial atención a la coordinación entre las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo”.

A la vista de los reseñados pasajes legales, no resulta aventurado afirmar que la eficacia de las funciones de intermediación (y, por encima de ello, de las políticas de empleo) se encuentra condicionada en nuestra realidad nacional por la eficacia de las políticas de coordinación. O en otras palabras, estas políticas, las de coordinación, constituyen garantía del cumplimiento de los objetivos generales de las políticas de empleo, entre las que se encuentran, tal y como estipula la propia LE, “garantizar la efectiva igualdad de oportunidades y no discriminación” de todos los españoles “en el acceso al empleo y en las acciones orientadas a conseguirlo” (art. 2.a) así como “mantener la unidad del mercado de trabajo en todo el territorio estatal, teniendo en cuenta las características específicas y diversas de los diferentes territorios y promoviendo la corrección de los desequilibrios territoriales y sociales” (art. 2.e).

3. Durante la vigencia del modelo de organización estatal de las políticas de empleo, tanto de las pasivas como de las activas, el INEM fue elaborando un conjunto de aplicaciones informáticas (Sistema de Información Laboral de Empleo «SILE»), cuyo primer y básico objetivo era posibilitar las exigencias de información y de gestión de la totalidad de las competencias atribuidas en relación con las políticas de empleo, entre otras las relativas a las prestaciones por desempleo, la formación ocupacional, las escuelas-taller, la intermediación laboral y el registro de contratos.

de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. Con anterioridad a la primera de estas reformas, el art. 7.2 de la LE, versión original, se limitaba al simple enunciado de los identificados entonces como instrumentos de coordinación.

⁶³³ Este instrumento se regula en el art. 4 bis LE. Vid. igualmente, el RD 521/2014, de 5 de septiembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2014-2016.

⁶³⁴ Estos planes se regulan en el art. 4 ter de la LE.

Ya se ha tenido oportunidad de hacer notar que la puesta en marcha del proceso de transferencias a las comunidades autónomas de la competencia de ejecución en materia de políticas activas de empleo y, por lo mismo, la creación de un modelo de gestión autonómico de esas políticas fueron decisiones políticas que no estuvieron precedidas del mínimo utillaje normativo, organizativo o técnico para encarar y dar respuesta a los profundos cambios de todo tipo que iban a acompañar a esas decisiones. Más aún. El proceso de transferencias no solo fue diseñado (si es que pudo hablarse de diseño) y materializado sin tener en cuenta mecanismos técnicos que asegurasen la continuidad del flujo de una mínima información sobre el mercado español de trabajo. Además de ello y por encima de ello, la concreción de este proceso dejaba abierta la posibilidad de que las Comunidades autónomas (CC.AA.) receptoras de las nuevas competencias desarrollaran sus propios sistemas de información de manera aislada a fin de poder atender a su gestión. El nuevo modelo propiciaba, pues, un ejercicio autista de las competencias transferidas, permitiendo a las CC.AA. mantener reservada la información sobre su mercado de trabajo territorial o, lo que es igual, no obligándolas a compartir la información con el resto de Autonomías. Incluso, el suministro de datos a la Administración estatal, al INEM, quedaba condicionado a la observancia de algunas reglas políticas no codificadas, tales como los principios de lealtad institucional o de mutua confianza.

En este contexto normativo y organizativo, las respuestas autonómicas fueron dispares. Por lo pronto, cinco Comunidades (Cataluña, Galicia, Canarias, Castilla y León y Andalucía) se agruparon para desarrollar un sistema común, denominado SICAS. Una Comunidad (la Valenciana) organizó de forma aislada su propio sistema (TAURÓ). Las diez restantes⁶³⁵, en fin, permanecieron integradas en el sistema estatal (CEUS).

El muy deficiente diseño y la no menos deficiente plasmación del proceso de transferencias ejecutado en los años finales del siglo pasado y en los iniciales del presente hubieran podido ocasionar muy serias consecuencias negativas en los principios informadores de la política de empleo. Al menos, en los cuatro siguientes aspectos. En primer lugar, la ausencia de un sistema integrado de información podría haber dañado la unidad de mercado, al permitir la creación de fronteras autonómicas. La intermediación laboral habría quedado plegado sobre los límites territoriales de cada Comunidad, sin que resultara posible el flujo de información de las demandas y ofertas de trabajo más allá de esos límites. En segundo lugar, dicha ausencia habría puesto entre paréntesis el principio de igualdad de oportunidades de todos los españoles, ya que éstos no tendrían acceso en términos de igualdad (en

⁶³⁵ Más la Comunidad del País Vasco, a la que no se le transfirieron durante esa época las competencias en materia de políticas activas de empleo, y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, que carecen de competencias.

tiempo real y con garantías de certeza) a la información sobre las demandas y ofertas de trabajo. En tercer lugar, la inexistencia de una información estatal fiable sobre el mercado de trabajo imposibilitaría al Gobierno de España cumplir sus compromisos en el marco de la EEE; el defectuoso conocimiento del mercado impediría el suministro de información a Bruselas, la elaboración de los programas anuales de empleo y la evaluación de las políticas de empleo puestas en marcha. En suma, España quedaría prácticamente impedida de participar en el método abierto de coordinación implantado por el Tratado de Ámsterdam. En cuarto lugar, en fin, la prestación de los servicios a los ciudadanos resultaría limitada.

En este contexto de incertidumbres, resultaba de todo punto necesario implantar un dispositivo de coordinación y cooperación entre el SPEE y los SPEA que cumpliera un doble objetivo: de un lado, el establecimiento de una información común sobre el mercado de trabajo y, de otro, la definición de unas reglas básicas de gestión común. Tal fueron, precisamente, los objetivos asignados al Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo (SISPE).

4. La LE atribuye al SNE, entre otras, la función de “garantizar la coordinación y cooperación del Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las comunidades autónomas, prestando especial atención a la coordinación entre las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo” (art. 9.2). De su lado, y como ya se ha hecho notar, el art. 7 bis. c define al SISPE como uno de los instrumentos de la coordinación del SNE.

Bajo el nombre de SISPE se identifica un sistema de información común dotado de una estructura informática integrada relativa a la gestión de las diferentes políticas de empleo de competencia de los diferentes servicios públicos de empleo, estatal y autonómicos (SPPE), asegurando así que todos ellos puedan compartir la información propia de las políticas que les corresponden y manteniendo, a su través, la unidad del mercado a un nivel nacional y el principio de igualdad de oportunidades.

De manera más singularizada, el SISPE, que comenzó su actuación en mayo de 2005, pretende cumplir cuatro grandes objetivos⁶³⁶. En primer lugar, garantizar la igualdad de derechos y obligaciones a los demandantes y oferentes de empleo mediante la implantación de unas prescripciones comunes mínimas de aplicación con

⁶³⁶ Vid. art. 27 del RD 1722/2007, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, en material de órganos, instrumentos de coordinación y evaluación del Sistema Nacional de Empleo. También, art. 17 del RD 7/2015, de 16 de enero, por el que se aprueba la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo.

independencia del territorio en el que se presten los servicios. En segundo lugar, respetar la diversidad territorial y preservar la autonomía de gestión de los diferentes SPPE, posibilitando el que, sobre la base de esas prescripciones mínimas, cada uno de los servicios acomode su funcionamiento a las singularidades de su mercado (tejido productivo, necesidades ocupacionales, perfiles profesionales o demografía, por citar un pequeño inventario de especialidades). En tercer lugar, asegurar de manera real y efectiva la intermediación laboral en todo el territorio nacional, posibilitando la movilidad geográfica a través de un doble y simultáneo conocimiento: de un lado, el de los demandantes de empleo, con independencia de su lugar de residencia, de las oportunidades de trabajo existentes en todo el Estado y, de otro, el de los oferentes de empleo de las posibilidades de proveer los puestos de trabajo vacantes con demandantes de empleo disponibles residentes en cualquier lugar del Estado. En cuarto lugar, coordinar la gestión y colaboración de los diferentes SPPE en materia de políticas de empleo, activas y pasivas, asegurando el cumplimiento de los objetivos establecidos en los PAPE y de su acomodación tanto a la Estrategia Europea de Empleo (EEE) como a la EEAE, facilitando el control y la justificación de los fondos comunitarios.

Al margen de lo expuesto y como resultado de los ulteriores cambios normativos, el SISPE también garantiza la trazabilidad de la participación de los usuarios de los servicios, a cuyo fin recoge muy diversos datos como, entre otros, la tipología del usuario, los proveedores del servicio y los objetivos con que se vincula esa participación, que son los que se tienen en cuenta para el cálculo de los indicadores que anualmente son utilizados a fin de evaluar el nivel de cumplimiento de los objetivos establecidos en los PAPE. Por lo demás y no es lo de menos, el instrumento de coordinación objeto de examen permite la elaboración de estadísticas fiables sobre las magnitudes del mercado de trabajo⁶³⁷, facilitando así al SNE una visión global de la evolución del empleo que permita la elaboración de las propuestas normativas básicas.

La arquitectura de SISPE responde a las dos grandes vertientes que en el convergen: la gestión y la tecnología. La primera vertiente se sustenta sobre dos grandes pilares. El primero, como ya se ha tenido oportunidad de indicar, consiste en la integración participada de una información o, si se prefiere, en la identificación de unos datos comunes de acceso y de modificación por todos los SPPE. Los datos definidos como comunes, por cuanto convenidos conforme a criterios compartidos entre los servicios públicos de empleo estatal y autonómicos, son los que aseguran, de una parte, la movilidad laboral de los demandantes de empleo en todo el territorio del Estado y, de otra, la elaboración de las estadísticas y estudios del

⁶³⁷ Sobre este último aspecto, vid. TOHARÍA, L.: “Los efectos estadísticos de la implantación del SISPE”, Empleo, febrero 2006, pp. 40 y ss.

mercado de trabajo a nivel nacional. Estos datos se mantienen actualizados tanto en la base del servicio autonómico como en la del SPEE. El segundo pilar se concreta en el establecimiento de unos procedimientos de gestión común también consensuados por todos los SPPE, que son los que aseguran la gestión básica uniforme y coordinada en todas las CC.AA. La vertiente tecnológica, de su lado, se articula a través de un conjunto variado de herramientas informáticas⁶³⁸.

En un esfuerzo de síntesis, son cuatro las características estructurales del SISPE⁶³⁹: a) la interconexión de todos los sistemas operativos a través del sistema informático del SPEE; b) la existencia en la base de datos central de una copia actualizada en tiempo real de todos los datos comunes de los sistemas individuales de cada comunidad; c) la consulta y actualización de cualquier dato desde cualquier sistema y d) la entrada de la información entre las comunidades autónomas se efectúa a través del sistema del SPEE.

5. La entrada en vigor del SISPE tuvo el positivo efecto de conjurar las muy graves y negativas consecuencias que se cernían sobre el funcionamiento del sistema de empleo a resultas del tránsito de un modelo de gestión unificado en el ámbito estatal a otro de gestión mixta en el que a las administraciones autonómicas corresponde la gestión de las políticas activas de empleo y a la administración estatal la de las políticas pasivas. Por este lado, el SISPE se ha convertido en un instrumento al servicio de la igualdad de oportunidades y de la unidad de mercado a nivel nacional. Además de ello, ha permitido la actualización de la información registrada por los SPPE, avanzando así en el cumplimiento del proceso de modernización de estos servicios, tantas veces invocado en el marco de la aplicación por España de las directrices de empleo de la EEE. Y también ha contribuido a perfeccionar los datos estadísticos sobre el mercado de trabajo y, con ello, a garantizar una mayor fiabilidad de los informes y estudios que exploten esos datos. Pese a ello, a pesar de ser una buena herramienta, el SISPE no ha alcanzado aún un rendimiento óptimo, pudiendo y debiendo ser reforzado.

Las opiniones de los expertos sobre el SISPE coinciden en su buen rendimiento operativo del lado de la demanda. El sistema, en efecto, registra unos datos acerca de los demandantes de empleo que, al ser comunes u homogéneos y, por tanto, comparables, ofrecen una muy buena radiografía de la mano de obra disponible. No

⁶³⁸ Para más detalle, CRIADO GÓMEZ, I: "SISPE: Interconexión de los sistemas de los servicios públicos de empleo estatal y autonómicos", *Tecnimap* 28 septiembre 2004 (*apud* Sociedad de la Información, enero 2005, pp.20 y ss).

⁶³⁹ Vid. HERNANDO SÁNCHEZ, A." MERLIN: sistema de análisis de la información del SPEE-INEM. Estructura y posibilidades de uso para el estudio del mercado laboral" *Tecnimap*, 30 mayo 2006, p. 4.

obstante, existen déficits notables en otras áreas.

Del lado de la oferta de empleo, la información no logra cumplir de manera satisfactoria el objetivo de poner en conocimiento de los demandantes de empleo las oportunidades de trabajo existentes con vistas a la casación. La voluntariedad del sistema público de intermediación laboral podría ser invocado como argumento explicativo de la insuficiente información en este terreno y, por consiguiente, de la reducida tasa de penetración de los SPPE en los procesos de colocación; pero no sirve de argumento justificativo. Existe toda una serie de dispositivos organizativos o técnicos que podrían incentivar el flujo de información procedente de las empresas. Descartadas de plano quedan, desde luego, las medidas de retorno a un modelo imperativo o intervenido, que obligue a las empresas a solicitar los trabajadores que necesiten a través de los SPPE; otras son las vías para mejorar la tasa de penetración, entre las que, en un lugar central, se encuentran el uso de la informática.

El programa *contrat@* permite a los empresarios comunicar al organismo competente los datos sobre los contratos realizados; y también permite a éste último la confirmación de esa información mediante una huella electrónica⁶⁴⁰. Por este lado, las aplicaciones informáticas han simplificado los trámites de la gestión de un conjunto de obligaciones legales, lo que, por cierto, permite a los SPPE liberar personal con vistas a reforzar la atención a los demandantes de empleo o a los preceptores de las prestaciones. Una solución semejante del lado de la oferta, que lograra el conocimiento por los SPPE de todos o del mayor número de puestos de trabajo disponibles, podría mejorar de manera notable la eficacia del de la labor de intermediación labor de los servicios públicos de empleo.

6. La mejora de la eficacia y calidad de la intermediación laboral por parte de los SPPE no sólo se encuentra fuertemente condicionada a la disponibilidad de un constante, actualizado y fiable flujo de información sobre demandantes y oferentes de empleo. Este flujo constituye una condición necesaria para el ejercicio por parte de los SPPE de su función básica; pero no es una condición suficiente. Además de ello se precisa un buen conocimiento – y, por consiguiente, una buenas herramientas para obtenerlo – sobre otros aspectos relacionados con la demanda, con la oferta de empleo o con ambas al tiempo.

⁶⁴⁰ Vid. el RD 1424/2002, de 27 de diciembre, por el que se regula la comunicación del contenido de los contratos de trabajo y de sus copias básicas a los Servicios Públicos de Empleo y el uso de medios telemáticos en relación con aquella, modificado por el RD 1715/2004, de 23 de julio, y la Orden TAS/770/2003, de 14 de marzo, por la que se desarrolla el RD 1424/2002, de 27 de diciembre, por el que se regula la comunicación del contenido de los contratos de trabajo y de sus copias básicas a los Servicios Públicos de Empleo y el uso de medios telemáticos en relación con aquella.

En este orden de consideraciones, uno de los más significativos y relevantes déficits de información es el que afecta a la formación profesional. Por decirlo en breves palabras, no hay un SISPE de formación. Y, sin embargo, debiera haberlo. Entre otras muchas razones, por cuanto un conocimiento amplio y fiable sobre la formación profesional constituye la precondition para que los SPPE puedan adoptar políticas de empleo eficaces en relación con las necesidades ocupacionales y, por encima de ello, políticas de empleo de carácter preventivo. Solamente una información de calidad sobre el bagaje formativo de los demandantes de empleo y las necesidades ocupacionales de los oferentes de empleo permite organizar y poner en marcha aquellas políticas preventivas de empleo capaces, de un lado, de mejorar la empleabilidad de los trabajadores y, de otro, de atender, incluso anticipadamente, las transformaciones del mercado o los cambios de ciclo.

Girando ahora el ángulo de análisis desde el plano de la información al de la gestión, no resulta tampoco aventurado afirmar, con carácter general, la deficitaria (y burocrática) gestión que los SPPE, tanto el estatal como los autonómicos, están realizando de la orientación profesional; o, lo que es igual, de la ejecución de los itinerarios profesionales. Estas deficiencias tienen diversas causas, jurídicas unas y organizativas otras. Por lo que concierne a éstas últimas, ha venido resultando crónica la carencia, en las plantillas de personal de los SPPE, de un número de orientadores profesionales suficiente y preparado para organizar programas de orientación profesional y llevarlos de manera individualizada a la práctica con los demandantes de empleo, sin que la sucesiva aprobación de planes extraordinarios de contratación de orientadores profesionales haya logrado resolver esta concreta deficiencia, entre otras razones por la muy relevante de que su envergadura cuantitativa ha quedado sistemáticamente por debajo de la considerada como mínima y razonable por los expertos.

Desde un punto de vista jurídico, la gestión de la orientación profesional requiere la adopción de las oportunas medidas de cooperación entre el SPEE y los SPEA, hoy deficientes, si no inexistentes. Con independencia de la necesidad de ofrecer a todo demandante de empleo acciones de formación, orientación o reconversión profesional de calidad – es decir, ajustada a su empleabilidad –, la ordenación jurídica de la protección por desempleo prevé, como requisito para el nacimiento del derecho a las prestaciones, “aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad” (art. 207.b LGSS). El art. 231.2 de este mismo texto legal define dicho compromiso como el que adquiere el solicitante o beneficiario de las prestaciones “de buscar activamente empleo, aceptar ocupación adecuada y participar acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad (...)”.

En este contexto normativo, nuestro ordenamiento jurídico escinde o separa no ya, lo que resulta lógico, las secuencias de suscripción del compromiso de acti-

vidad y el ejercicio de las obligaciones que con esa firma se asumen. La escisión afecta a las entidades encargadas, por un lado, de verificar el cumplimiento y de organizar el seguimiento del compromiso de actividad y, de otro, de ofrecer a los perceptores de las prestaciones de desempleo las acciones destinadas a mejorar su ocupabilidad. Mientras que el SPEE es el órgano competente para ejercer el control de la observancia de dicho compromiso, los SPEA son las instituciones encargadas de programar las políticas activas de empleo y de aplicarlas con criterios colectivos (grupos sociales vulnerables o necesitados de mayor atención) o individuales.

Este sistema, tan brevemente resumido, está produciendo algunos efectos negativos de tono no menor, que no logran corregirse. En primer lugar, el SPEE no puede desempeñar con eficacia la función de control del cumplimiento del perceptor de la prestación por desempleo en la medida en que no siempre dispone de la información (en tiempo real o, al menos, próxima) ni de las acciones de empleo que los SPEA aplican a los beneficiarios de la prestación ni de la activa participación de estos en dichas acciones. Por este lado, el compromiso de actividad ha terminado convertido (si es que alguna vez pudo predicarse de él una vigencia aplicativa real) en un trámite burocrático, vacío de todo contenido sustantivo. En segundo lugar, los SPEA no siempre están cumpliendo – y si se cumple, no hay información disponible – las previsiones establecidas en el art. 27.3 LE que, en su condición de instituciones competentes en la gestión de las políticas activas de empleo, han de garantizar acciones concretas en este campo a los beneficiarios de las prestaciones y del subsidio de desempleo.

7. La eliminación o superación de este conjunto de deficiencias mencionadas no requiere, a mi juicio, la adopción de nuevas medidas legislativas, articuladas a través de la enésima reforma de la LE. La propia LE ya contempla un instrumento que, en la medida en que esté bien diseñado y gestionado, puede aportar las bases necesarias de una eficaz cooperación y coordinación entre SPEE y SPEA entre las políticas activas y pasivas de empleo. Aludo al plan anual “de Política de empleo” (PAPE), anteriormente denominado “Programa anual de trabajo del Sistema nacional de Empleo”, al que ahora se refieren los arts. 4 ter y 7 bis.2.b de aquél texto legal.

La centralidad de este instrumento a efectos de lograr un funcionamiento coordinado y compartido entre los SPPE está fuera de discusión. El PAPE puede compararse, en el terreno de la gestión de las políticas activas de empleo y de su coordinación con las prestaciones de empleo, con el SISPE. Para ello y en todo caso, resulta de todo punto necesario identificar de manera consensuada entre todos los agentes públicos del mercado unos objetivos comunes así como unos indicadores igualmente comunes.

En última instancia y salvando las diferencias no menores, el PAPE podría equipararse, en el ámbito nacional, con el método abierto de coordinación (MAC) europeo. Tanto aquél, el programa, como éste otro, el método, tienen un mismo objetivo: conseguir la coordinación de políticas de empleo. Y en modo alguno podría descalificarse la propuesta de que el plan anual de política de empleo español pueda hacer suyas las experiencias positivas del funcionamiento del MAC, dando de lado las experiencias negativas. Pero lo anterior destacado, las dificultades que está encontrando la puesta en marcha del PAPE no dejan de causar sorpresa en su comparación con el MAC. O formulada la idea en términos menos diplomáticos, resulta criticable la falta de voluntad política de las instituciones implicadas (administración del Estado y administraciones autonómicas) para alcanzar acuerdos en la definición de unos objetivos comunes y de unos indicadores igualmente comunes.

Por lo demás y a partir de unos y de otros, de los objetivos y de los indicadores, el plan anual debería identificar, de entre las políticas activas de empleo que hubieren sido aplicadas por las CC.AA., aquellas que pudieran ser calificadas como mejores prácticas, capaces de estimular la emulación entre y la apropiación por las otras comunidades autónomas. Una vez más, la experiencia de la EEE y el MAC puede suministrar las orientaciones y sugerencias para hacer del PAPE una herramienta esencial del SNE, capaz de alcanzar los objetivos asignados, *ex art. 2 LE*, a la política de empleo.

6.5. LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO DE LAS CC.AA.

MARINA FERNÁNDEZ RAMÍREZ

*Profesora TEU-Doctora de Derecho del Trabajo Seguridad Social
Universidad de Málaga*

I. INTRODUCCIÓN

La búsqueda de empleo para quienes carecen de él, ha formado parte de las políticas públicas de los Estados modernos de Bienestar durante las últimas tres décadas. Concretamente, en Europa, el lanzamiento de la Estrategia de Empleo tiene un precedente importante con la publicación del “Libro Blanco sobre Crecimiento, Competitividad y Empleo”, que publica en 1993 la Comisión Delors⁶⁴¹. Este do-

⁶⁴¹ Comisión de las Comunidades Europeas. Boletín de las Comunidades Europeas, suplemento 6/93.

cumento, entre otros aspectos, destaca la necesidad de desarrollar políticas de activación y flexibilización del empleo para aumentar el potencial de crecimiento de los países europeos. No en vano, permiten mantener y mejorar la disponibilidad para el empleo de las personas en un momento de crecimiento de la ocupación y son un instrumento para la mejora profesional y el aprendizaje de técnicas para la gestión de la carrera profesional en momentos de destrucción de empleo. Ayudan a un tránsito rápido del empleo al desempleo y de éste a un nuevo empleo. Pero son también un instrumento para la mejora de la capacitación de las personas y de los puestos de trabajo de las empresas, es decir, de la competitividad de nuestra economía. Son sus herramientas operativas: la gestión de la colocación, la orientación laboral, la formación para el empleo, los estímulos a la contratación o bonificaciones, el fomento del empleo y las prestaciones, contributivas o no, por la contingencia del desempleo. En este contexto, cabría decir que los servicios de empleo son consustanciales a las políticas de empleo, toda vez que dan soporte y permiten canalizar un adecuado desarrollo de éstas.

En España las políticas activas de empleo (PAE), se han configurado a impulso de los sucesivos ciclos económicos, como una de las políticas públicas más significativas. Sin embargo su efectividad ha sido más que cuestionable, tal y como refleja un informe de la Comisión Europea, consciente de que el Sistema Público de Empleo Español es de una complejidad única dentro del conjunto de países europeos.

Hoy por hoy, el concepto de políticas activas de empleo fijado por el legislador, hay que entenderlo como el conjunto de acciones y medidas de orientación, empleo y formación dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social⁶⁴². Inmediatamente se observa que las normas que han de afrontar el problema del empleo, se caracterizan por su transversalidad, por cuanto son capaces de hacer entrar en juego múltiples títulos competenciales; y este hecho, la política de empleo como política multidimensional⁶⁴³, acrecienta aun más la complejidad en la adopción de soluciones uniformes y eficaces.

Dada la necesidad de acercar las políticas activas a las características del tejido social y económico en cada territorio, nuestro ordenamiento ha diseñado un concepto integral de política de empleo, entendido como el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las CCAA que tienen por finalidad el desarrollo de pro-

⁶⁴² Según dispone el Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, que modifica a la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo en este sentido.

⁶⁴³ VV.AA.: *Manual de Política y Derecho del Empleo*, Tecnos, 2011, págs. 22 y sgs.

gramas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, la calidad del empleo, la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y la demanda de empleo, así como a la reducción y debida protección en las situaciones de desempleo. Asimismo, la necesidad de introducir mecanismos de intervención en el mercado de trabajo mucho más ágiles y efectivos para luchar contra el desempleo, abrió en su momento la puerta a la iniciativa privada, tanto en materia de colocación como de prestamismo laboral⁶⁴⁴; es de este modo, como inician su incursión en este ámbito las agencias de colocación y las empresas de trabajo temporal (ETT).

Ahora bien, este necesario proceso de descentralización en la gestión también entraña la aparición de patologías diversas, buena parte de ellas puestas de relieve por nuestra doctrina científica. Conocido es el debate sobre la colaboración jurídico-privada en las políticas de empleo y más específicamente en el intento de lograr la inserción laboral de los desempleados; o la supuesta ineficacia de los servicios públicos, con tasas muy bajas de intermediación; o la descoordinación e inefectividad del Sistema fruto del despiece competencial de los servicios de empleo; o la inadmisibles mercantilización del paro y el riesgo a que la lógica empresarial acabe relegando a los colectivos de más difícil recolocación, por ser menos rentable intervenir sobre ellos. En fin, es claro que el sistema requiere de instrumentos de coordinación eficaces, que aseguren la transparencia del mercado de trabajo en todo el territorio nacional, así como un proceso de renovación que corrija todas las deficiencias que se han ido detectando.

II. LA DIMENSIÓN SECTORIAL Y TERRITORIAL DE NUESTRA POLÍTICA DE EMPLEO

Aunque tanto la anterior y ya derogada Ley Básica de Empleo 51/1980, de 8 de octubre, como la actual Ley de Empleo 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, incluyen la política de empleo dentro de las orientaciones generales de la política económica, ha sido ésta última la que ha creado el Sistema Nacional de Empleo⁶⁴⁵, constituido por un conjunto de estructuras, de órganos y de funciones dirigidas a cumplir la política de empleo e integrado por el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las CCAA. Por lo tanto, la creación de los Servicios Autonómicos de colocación, aunque tardía⁶⁴⁶, obedece a la voluntad del legislador de otorgar a las CCAA competencias de gestión de las políticas activas

⁶⁴⁴ Casas Bahamonde y Palomeque: *La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo. Relaciones Laborales* 1994-I n° 6/7, págs. 236-253.

⁶⁴⁵ Vid MONTROYA MELGAR Y CRISTÓBAL RONCERO: *Comentarios a la Ley de Empleo. Ley 56/2003, de 16 de diciembre*, Cívitas, Madrid, 2004, pág. 49.

⁶⁴⁶ Así lo estima OJEDA AVILÉS: *El Servicio Público de Empleo como servicio social: implicaciones autonómicas*; VV.AA., Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo, MTSS, Madrid, 1985, pág. 58.

de empleo. Voluntad expresada ante todo, de manera implícita, a través de la CE⁶⁴⁷, y posteriormente, al amparo de la reforma del mercado de trabajo iniciada a finales de 1993, en virtud de la promulgación del RDL 18/1993, de 3 de diciembre, de medidas urgentes de fomento de la ocupación. En el ámbito de la intermediación, la reforma supone la supresión del monopolio de la colocación del INEM. Pero además, y entre otros aspectos, el relativo a quiénes pueden desarrollar la actividad de colocación, se regula en esta normativa exigiendo ausencia de finalidad lucrativa, circunstancia ésta que favorecería obviamente la presencia de agencias organizadas por las administraciones autonómica y local⁶⁴⁸. Las competencias que las CCAA asumen tras la transferencia recibida de la Administración Central se articulan en cinco áreas: intermediación en el mercado de trabajo, gestión y control de políticas de empleo, centros nacionales de formación profesional ocupacional, comisiones ejecutivas provinciales y de seguimiento de la contratación laboral y potestad sancionadora.

En la propuesta presentada por la Unión Europea en 2001, relativa a las “Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el año 2002”⁶⁴⁹, se plantea por primera vez la necesidad de una modernización de los servicios públicos de empleo a través de la ampliación de la oferta, permitiendo que empresas privadas de intermediación laboral acreditadas puedan colaborar con las públicas en la provisión y gestión de los programas y actividades de inserción laboral. Todo ello fue propiciando el paso a una situación que, *de iure*, consagró paulatinamente la descentralización, como demuestra la aprobación del RD 735/1995, de 5 mayo, por el que se regularon las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo. El paso definitivo consistió en que las CCAA empezaran a crear estructuras específicas a través de las que desarrollar labores de

⁶⁴⁷ Vid. PÉREZ AMORÓS, F.: *Competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral. Especial consideración en materia de Política de Empleo*, en Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 26, 1986, pág. 271. En el mismo sentido, MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *Artículo 40 CE. El derecho a una redistribución equitativa de la riqueza. El Derecho al empleo* en AA.VV.: *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España*, Granada, Comares, 2002, pág. 1341, VIDA SORIA, J.; MONERO PÉREZ, J. L. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D. (Coord.): *Los Servicios Públicos de Empleo*, en MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.): *Empleo y Mercado de Trabajo: Nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos*. XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Monografías de Temas Laborales nº 23, CARL-Mergablum, Sevilla, 2005, págs. 158 y 159, GARCÍA GIL, M^a. B.: *Los instrumentos jurídicos de la Política de Empleo*, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 67 a 75 y CAVAS MARTÍNEZ, F.: *El entramado institucional del empleo en las vertientes pública y privada*, ponencia 2ª presentada en el XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Ediciones Laborum, Vigo, 2007, pág. 124.

⁶⁴⁸ Como ya advirtiera el Consejo Económico y Social (CES, en adelante), en el dictamen emitido con ocasión del proyecto que le fue sometido, la necesaria reforma de la política de colocación pasaba por un reforzamiento del INEM y por la colaboración de éste con diversas entidades, mencionándose, entre otras entidades, a las CCAA.

⁶⁴⁹ DOCE. 2002/177/CE.

intermediación, merced a la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, cuyo artículo 17.1 dispone: “*Se entiende por Servicio Público de Empleo de las comunidades autónomas los órganos o entidades de las mismas a los que dichas Administraciones encomienden, en sus respectivos ámbitos territoriales, el ejercicio de las funciones necesarias para la gestión de la intermediación laboral, según lo establecido en el artículo 20 y siguientes de esta Ley, y de las políticas activas de empleo, a las que se refieren los artículos 23 y siguientes de esta misma disposición*”. Por último, son las propias normas estatutarias autonómicas las que contemplan esta posibilidad⁶⁵⁰.

De modo que recapitulando, podemos concluir que el Sistema Nacional de Empleo (SNE) abarca:

- El Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), configurado como organismo autónomo, independiente y con personalidad jurídica propia, adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social que cuenta con una estructura central y otra periférica para el cumplimiento de sus funciones. Sus competencias van más allá de la intermediación, implementando las políticas activas (orientación y asesoramiento, formación y fomento del empleo) y gestionando las prestaciones por desempleo.

- Los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos (SPEA), asimismo con sus propias competencias, complementarias y específicas de acuerdo a sus refundidos Estatutos de Autonomía, y que dan pábulo a la gestión en materia de políticas activas de empleo, entre las que se halla el propio servicio.

- Esta dimensión pública de la intermediación laboral que se desarrolla desde el SPEE y los SPEA, no sólo no cierra la posibilidad de que los operadores privados puedan también participar en su realización, sino que la promueve mediante la regulación normativa al objeto de aumentar la eficacia y eficiencia de los servicios de intermediación⁶⁵¹, bien de forma independiente (ETT, agencias de colocación, servicios para los trabajadores en el exterior...), o bien formando parte de los servicios públicos a través de la figura de las entidades colaboradoras⁶⁵².

⁶⁵⁰ QUESADA SEGURA, R.: *Desarrollo y ejecución de la política de fomento del empleo por la Administración Autonómica Andaluza*, en *El Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Veinte Años de Relaciones Laborales en Andalucía (1983-2003). XX Aniversario*, CARL, Sevilla, 2003, pág. 576.

⁶⁵¹ Asimismo y bajo el título “*Reflexiones sobre el marco de colaboración público-privada en España en el ámbito del empleo*”, la Fundación Élogos, llega a la conclusión, entre otras, de que “*La competencia entre operadores privados y entre éstos y los públicos, aportará sin duda niveles de eficiencia y de transparencia al sistema de empleo hasta ahora impensables*”.

⁶⁵² Algunos de esos operadores vienen regulados ex artículos 6, 21 y 22 de la Ley 56/2003 de Empleo. Con todo, hay que recordar que en la actualidad hay cada vez mas actores operando en el mercado de trabajo, y que sumados a las agencias privadas de colocación y las ETT, encontramos también empresas de selección y plataformas digitales de empleo, entre otros.

- La descentralización territorial, no se agota en el plano autonómico, y en coherencia con la creciente dimensión territorial del empleo, que introduce en la gestión de toda política ocupacional la vertiente local, también las Entidades Locales, a través de acuerdos con las CCAA, y por delegación, están creando sus propios servicios públicos o “centros de empleo”, con la misma estructura y funciones, si bien con un perímetro mas delimitado y reducido.

En todo este proceso paulatino, parece que el legislador ha ido persiguiendo una actuación integrada entre la Administración Central, la Autonómica y la Local, haciendo compatible el elenco de medidas activas aplicado tanto a nivel autonómico como local y evitando en lo posible duplicidades; todo ello además, asegurando la coordinación y la cooperación entre las distintas administraciones. El problema radicaba en la falta de concreción normativa de cara a cómo lograr esos objetivos, y hacerlo con eficacia. Hoy por hoy nadie duda de la necesidad de una profunda modernización del SPE que permita, para empezar, la actuación en redes cooperativas de las instituciones, bajo los principios de coordinación y de cooperación, para dar un mayor y mejor servicio a las personas y empresas y hacer de la interoperabilidad de las administraciones una referencia en servicios de calidad. Para conseguir una oferta que sea complementaria y no concurrente, integrada y no difusa, pero sobre todo adecuada a las necesidades del mercado de trabajo español, en su conjunto, y al de cada territorio, en su especificidad. La interoperabilidad y estructura en red son herramientas indispensables en este proceso, para acercar y personalizar las políticas de empleo; sus nódulos sectoriales o territoriales enriquecen los contenidos y compromisos de un ámbito concreto de las empresas y las personas, y eso, no es capaz de conseguirlo por sí solo la mera regulación del hecho laboral sobre el que se actúa. Pactos territoriales, agencias de desarrollo, consorcios por el empleo, como expresión local de actuación por el empleo, servicios de empleo autonómicos y servicio estatal deben programar su actuación en conjunto, en red, para obtener mayor capacidad de colaboración con un sector privado que se organiza por interés más que por responsabilidad social.

III. LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO AUTONÓMICOS

Como se ha puesto de relieve *supra*, hemos asistido a un importante proceso de descentralización territorial en materia de SPE, con motivo del proceso de transferencias a las CCAA, a partir del cual, comienzan a asumir las funciones gestoras que antes tenía encomendadas el extinto INEM. Asimismo, las normas de creación autonómicas configuran a los SPE de su respectivo ámbito como un órgano autónomo, dependiente de la pertinente Consejería, que actúa bajo la observancia de los principios generales de gratuidad, transparencia, igualdad y no discriminación. Con una composición tripartita y paritaria, integrada por las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en el territorio de que se trate y por la Ad-

ministración autonómica, que además cuenta con una teórica concepción integral de su actuación en el mercado de trabajo, orientada tanto a demanda como a oferta de empleo. Y además, con plena asunción del desarrollo de los servicios relacionados con la información, la intermediación (inscripción de trabajadores demandantes de empleo; autorización de agencias de colocación, etc), la orientación, la asistencia y la gestión y control de la política de empleo (gestión y control de las subvenciones y ayudas otorgadas por la Administración del Estado). Se trata de un variado muestrario de actuaciones que cada Comunidad ha organizado en función de las necesidades que presenta su mercado laboral y el perfil de la demanda y la oferta de empleo⁶⁵³. Además, no sólo gestionan las políticas activas, sino que también asumen el control del cumplimiento de las obligaciones de plena disponibilidad de los beneficiarios de prestaciones por desempleo, debiendo informar de eventuales incumplimientos a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo.

Prácticamente todas las CCAA han creado, bajo diversas fórmulas y modelos, sus propios SPEA, como organismos autónomos de la Consejería de Empleo correspondiente. En el ejercicio de sus competencias de ejecución de las políticas de activación para el empleo, las CCAA pueden elaborar sus propios Planes de Política de Empleo, de acuerdo con los objetivos de los Planes Anuales de Política de Empleo y en coherencia con las orientaciones y objetivos de la Estrategia Española de Activación para el Empleo.

Con todo, y siendo necesario un proceso descentralizador, se han suscitado diversos debates en torno a la eficacia y eficiencia del sistema. La inexistencia de criterios uniformes de organización, ordenación, y evaluación de los SPEA; asimismo, el hecho de que el elenco más o menos amplio de servicios a ofrecer por los SPEA, quede vinculado a la capacidad económica, de gestión y disponibilidad de recursos humanos de cada Comunidad Autónoma o de su experiencia previa en la intervención en materia de colocación; o la supuesta ineficacia de los servicios públicos, con tasas de intermediación que se dice que oscilan entre el 3% y el 7% (13% en el caso de los privados)⁶⁵⁴. En fin, situaciones todas ellas que convierten el Sistema en materia de empleo en pequeños reinos de taifas, en los que los objetivos generales de colaboración entre los entes implicados en la ejecución de la política de empleo, de interrelación entre las distintas acciones de intermediación laboral y de promoción de la corrección de los desequilibrios territoriales y sociales en orden a facilitar la movilidad geográfica, nacional y europea, para hacer efec-

⁶⁵³ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La distribución de competencias en el Estado Social Autonomico en materia de políticas de empleo e inmigración*, Tribuna Social nº 198, junio 2007, pág. 32.

⁶⁵⁴ ALUJAS RUIZ, J.A.: *La eficacia del servicio público de empleo en España. Análisis de la intermediación laboral a nivel autonómico*, Tribuna de Economía, nº. 841, 2008, pág 170 y sgs.

tivo el derecho y el deber al trabajo de los españoles previsto en el artículo 35.1 CE, han quedado diluidos, dispersos⁶⁵⁵, y a la espera de imperiosos ajustes normativos que impriman efectividad al sistema.

Desde la perspectiva del análisis técnico-jurídico, a estas alturas, no hay dudas en torno a que descentralizar exige instrumentos de coordinación eficaces, que aseguren la transparencia del mercado de trabajo en todo el territorio nacional; que impulsen un elevado grado de colaboración entre los SPEE y los SPEA, a fin de evitar riesgos de fragmentación y descoordinación; y que permitan una mejor coordinación entre las políticas activas y el sistema de protección por desempleo. Y se hace ineludible, por último, la búsqueda de nuevas estrategias de colaboración eficaces en la provisión y gestión de los Servicios Públicos de Empleo. Se venía constatando una importante perturbación en el marco de la política de empleo española (que supone la no culminación del desarrollo de la Ley de Empleo), cual era la necesidad de establecer un ámbito competencial claro entre los distintos niveles de nuestra administración española, la central, la autonómica y la local en esta materia. Aunque el Real Decreto 1722/2007, de 21 de diciembre, representara en su momento un avance sustancial en ese sentido, por ser un primer paso en la responsabilización de las CCAA con la Administración General del Estado, la modernización del marco normativo para el empleo, se hacía ineludible.

El proceso se ha iniciado de la mano, primero, del Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, que ha modificado la Ley de Empleo; y le ha seguido la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que con el objetivo de “corregir desequilibrios y mejorar la competitividad”, ha adoptado, entre otras, un paquete de medidas en materia de políticas activas de empleo. Concretamente, modifica nuevamente la Ley de Empleo a fin de adaptarla al nuevo modelo de políticas activas de empleo y a la Estrategia Española de Activación para el Empleo, y aborda modificaciones en materia de ETT y agencias de colocación.

⁶⁵⁵ Para VALDÉS DAL RÉ, F.: *Intermediación laboral: apuntes críticos de una reforma laboral socialmente invisible y normativamente provisional*, Relaciones Laborales, n° 19, 2006, pág. 59, “la característica crónica de los últimos ciclos normativos (...) correspondientes al presente período constitucional (...) es la profunda disociación existente entre los principios que ordenan la intermediación laboral y las técnicas o instrumentos utilizados para su concreción”.

IV. NUEVA HOJA DE RUTA DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO EN ESPAÑA

El artículo 7 bis de la Ley de Empleo, *redactado por el artículo 114.5 de la Ley 18/2014*, establece los siguientes instrumentos de coordinación del Sistema Nacional de Empleo:

- La Estrategia Española de Activación para el Empleo, regulada en el artículo 4 bis.

- Los Planes Anuales de Política de Empleo, regulados en el artículo 4 ter.

- El Sistema de Información de los SPE, que se configura como un sistema de información común que se organizará con una estructura informática integrada y compatible, y será el instrumento técnico que integrará la información relativa a la intermediación laboral, a la gestión de las políticas activas de empleo, y de la protección por desempleo, que realicen los SPE en todo el territorio del Estado.

Este sistema garantizará que se lleven a cabo de forma adecuada las funciones de intermediación laboral, sin barreras territoriales; el registro de las personas demandantes de empleo; la trazabilidad de las actuaciones seguidas por estas en su relación con los SPE; las estadísticas comunes; la comunicación del contenido de los contratos; el conocimiento de la información resultante y el seguimiento, entre otros ámbitos, de la gestión de la formación profesional para el empleo, la orientación profesional, las iniciativas de empleo y las bonificaciones a la contratación, así como las actuaciones de las agencias de colocación. También permitirá la evaluación, el seguimiento y control de la utilización de fondos procedentes de los Presupuestos Generales del Estado o de la Unión Europea para su justificación.

En este marco, el Consejo de Ministros del pasado 5 de septiembre de 2014 aprobó un conjunto de medidas para impulsar la reincorporación de los desempleados al mercado de trabajo y mejorar la eficacia de las actuaciones que realizan los SPE. De hecho, en estos primeros meses del año se han multiplicado las novedades legislativas que afectan a las políticas activas de empleo y a los SPE. En diciembre de 2014 se aprobó el Programa de Activación para el Empleo⁶⁵⁶, y ya en 2015, se han publicado nuevas órdenes que cambian la formación en oferta⁶⁵⁷, y el contrato

⁶⁵⁶ Real Decreto-ley 3/2015, de 22 de marzo, por el que se prevé una oferta de empleo público extraordinaria y adicional para luchar contra el fraude en los servicios públicos, para el impulso del funcionamiento de la Administración de Justicia y en aplicación de las medidas previstas en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

⁶⁵⁷ Orden ESS/41/2015, de 12 de enero, por la que se modifica la Orden ESS/2518/2013, de 26 de diciembre, por la que se regulan los aspectos formativos del contrato para la formación y el aprendizaje,

estrella de estos años, el contrato de formación⁶⁵⁸, o los nuevos principios vertebradores de la Formación para el Empleo⁶⁵⁹. Pero entre toda esta normativa destaca la nueva Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, publicada el 5 de febrero⁶⁶⁰. Un Real Decreto que cambia muchos aspectos en la prestación de servicios del SPE al establecer una Cartera Común de Servicios, nuevas formas de acceso a los mismos y nuevos contenidos hasta ahora no mencionados como las redes sociales.

V. LA HOMOGENEIZACIÓN DE LAS ACTUACIONES ACOMETIDAS POR LOS DIFERENTES SERVICIOS DE EMPLEO

1. La Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016

El pasado 23 de Septiembre de 2014 se publicó en el BOE el Real Decreto 751/2014, de 5 de septiembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016. Se trata de una norma muy extensa, enmarcada dentro del Programa Nacional de Reformas, aprobado en el Consejo de Ministros de 30 de abril de 2014, que pretende consolidar y profundizar las políticas de activación para el empleo.

La Estrategia es coherente con la Recomendación del 8 de Julio de 2013 del Consejo de la UE⁶⁶¹ a España, de realizar una reforma de las políticas activas de mercado de trabajo, orientadas a la consecución de resultados, fortaleciendo la focalización y la eficiencia de las orientaciones. Asimismo, recomienda reforzar y modernizar los SPE para garantizar una asistencia individualizada a los desempleados según sus perfiles y necesidades de formación; reforzar la eficacia de los programas de recualificación para los trabajadores de más edad y de escasa cualificación.

en desarrollo del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual y la Orden TAS/718/2008, de 7 de marzo, por la que se desarrolla el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, en materia de formación de oferta y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas destinadas a su financiación.

⁶⁵⁸ Modelo contractual dirigido a aumentar la empleabilidad de los menores de 30 años, un colectivo que ha experimentado un aumento de sus tasas de desempleo del 22% al 39% entre 2008 y 2014, según las cifras del Instituto Nacional de Estadística (INE).

⁶⁵⁹ Real Decreto-ley 4/2015, de 22 de marzo, para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, largamente gestado en el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

⁶⁶⁰ Real Decreto 7/2015, de 16 de enero, por el que se aprueba la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo (BOE, núm. 31, de 5 de febrero de 2015).

⁶⁶¹ DOCE. 2014/C 247/08.

En suma, este nuevo instrumento, de carácter plurianual, tiene como finalidad acelerar la transición del paro al empleo y ofrecer servicios de empleo de calidad para trabajadores y empresas. La estrategia, diseñada junto con las comunidades autónomas, establece objetivos y principios de actuación comunes para las actuaciones que acometan los diferentes servicios de empleo. Además, aporta un enfoque de orientación a los resultados, condicionando la distribución de fondos al cumplimiento de los objetivos establecidos.

Para lograr alcanzar estos objetivos la estrategia se dota de una serie de instrumentos comunes:

- Tres reglamentos para su desarrollo: uno en materia de servicios; otro de programas de empleo; y otro referido a formación profesional para el empleo.
- Un programa de buenas prácticas entre Servicios Públicos de Empleo.
- Un sistema de evaluación, en base a medición de indicadores, que permita distribución de fondos a las comunidades autónomas en función del cumplimiento de los objetivos acordados.
- Un refuerzo en los mecanismos de fiscalización y justificación del uso de los fondos.

Concretamente, estos nuevos reglamentos se basarán en los principios recogidos en la Estrategia, y determinarán los contenidos o requisitos comunes mínimos que serán de aplicación en todo el territorio del Estado para los programas y servicios de políticas de activación para el empleo.

2. El Plan Anual de Política de Empleo (PAPE) para 2015

El Plan Anual de Políticas de Empleo (PAPE) para 2015 es el documento de coordinación de las actuaciones que se van a llevar a cabo desde las CCAA y del SPEE. Las CCAA recibirán 1.414,1 millones de euros en el marco del Plan Anual de Política de Empleo (PAPE) para 2015. El 60% de los fondos distribuidos atienden al grado de consecución de los objetivos establecidos en 2014, medido con indicadores de consecución de objetivos para cada CCAA. El Plan compatibiliza la necesaria adaptación a las necesidades específicas de cada una de las CCAA con una arquitectura común vertebrada por la “Estrategia de Activación para el Empleo 2014-2016”, cuyo principio básico es el de la orientación a resultados. Se trata del cuarto Plan Anual de Empleo, desde su creación en 2012 y el primero que se realiza con el nuevo modelo de políticas activas plenamente implantado y sus principales objetivos son:

- Mejorar la empleabilidad de los jóvenes y desarrollar el Plan de Implementación de la Garantía Juvenil en España.

- Favorecer la empleabilidad de otros colectivos especialmente afectados por el desempleo. En particular, la de los mayores de 45 años que sean desempleados de larga duración y la de los beneficiarios del Programa PREPARA.

- Mejorar la calidad de la formación profesional para el empleo, en términos de un mayor impacto real.

- Reforzar la vinculación de las políticas activas y pasivas de empleo, para impulsar su capacidad de activar e insertar a los demandantes de empleo.

- Impulsar el emprendimiento como parte complementaria de la activación.

Entre las novedades principales para 2015 destaca la incorporación de los servicios incluidos en la nueva Cartera Común de Servicios del SNE y la reforma del sistema de formación profesional para el empleo como marco estratégico **de este PAPE 2015**. Con seis ejes estratégicos, el PAPE recoge un total de 442 servicios y programas, tanto comunes a distintos territorios o específicos de cada Comunidad Autónoma, que se organizan en torno a 6 ejes:

1. **Orientación:** integrado por 62 servicios y programas diferentes que contemplan, como objetivos estructurales, la implantación de servicios de Información sobre el mercado de trabajo; los diagnósticos individualizados; la gestión de itinerarios individuales personalizados; la cobertura de ofertas de empleo y el establecimiento de relaciones con empresas y con otros agentes del mercado de trabajo.

2. **Formación:** recoge hasta 119 servicios y programas, dirigidos a incrementar el esfuerzo formativo en la formación para el empleo; promover un mejor ajuste de la formación a las necesidades del mercado de trabajo y mejorar los sistemas de seguimiento y evaluación de la calidad de la formación.

3. **Oportunidades de empleo:** con 109 servicios y programas dirigidos a fomentar y sostener la contratación de colectivos y sectores con dificultades y la de personas desempleadas en sectores emergentes; aflorar empleo en economía sumergida y fomentar la inserción laboral de personas desempleadas perceptoras de prestaciones por desempleo.

4. **Igualdad de oportunidades en el acceso al empleo:** contempla hasta 28 servicios y programas dirigidos a remover obstáculos en el acceso al empleo; promover la movilidad funcional y sectorial, y la movilidad geográfica e impulsar medidas de promoción de la conciliación de la vida familiar y laboral y la corresponsabilidad.

5. Emprendimiento: con 75 servicios y programas, dirigidos a formación y asesoramiento de emprendedores; apoyo a las iniciativas empresariales; promoción del desarrollo territorial y fomento de la cultura emprendedora y del empleo autónomo.

6. Mejora del marco institucional: un eje transversal a los otros cinco integrado por hasta 46 servicios y programas dirigido a mejorar la gestión, colaboración, coordinación y comunicación en el Sistema Nacional de Empleo; impulsar la colaboración público-privada; mejorar la calidad de los servicios e impulsar la evaluación, innovación, modernización y mejora del Sistema.

3. La Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo

El Consejo de Ministros aprobó mediante Real Decreto, la llamada Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, en el seno de la Estrategia de Activación para el Empleo 2014-2016, que rige desde el pasado 5 de septiembre. Con ella se busca garantizar la igualdad en el acceso a servicios de empleo a los trabajadores en todo el territorio nacional. Se trata de un marco común del sistema de información, medición y evaluación de resultados de los distintos SPEA. Los SPE serán responsables de la difusión de la Cartera Común de Servicios en todas las oficinas de atención a los usuarios y a través de sus respectivos sitios web. Así pues, los Servicios Públicos de Empleo tienen ya una cartera común a prestar en todos los territorios:

a) Servicio de orientación profesional: Los usuarios podrán acceder a un servicio que le ofrecerá información sobre el mercado de trabajo, las políticas activas de empleo y la oferta de los servicios comunes y complementarios de la cartera. Asimismo, podrán recibir información y asesoramiento para la definición de su currículum y perfil profesional en términos de competencias, de técnicas para la búsqueda activa de empleo, de alternativas profesionales, de las condiciones de vida y trabajo en la Unión Europea, la oferta formativa y sobre los instrumentos de apoyo a la contratación e inserción en la empresa. El usuario que lo requiera podrá recibir un diagnóstico individualizado, un itinerario personalizado para el empleo y un acompañamiento también personalizado en el desarrollo del itinerario y el cumplimiento de actividad. Asimismo podrá recibir la identificación de un itinerario formativo, a partir de su perfil, para la mejora de competencias y cualificación profesional.

b) Servicio de colocación y de asesoramiento a empresas: Realizará la difusión de las ofertas de empleo en el marco del SNE y del Portal Único de Empleo establecido en el artículo 8.2.b) de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre. Permitirá que los usuarios obtengan la difusión de la información de las ofertas de empleo y su gestión a través de la casación entre ofertas y demandas, y el asesoramiento

sobre la contratación y las medidas de fomento, activación e inserción de empleo. El servicio promoverá la captación de ofertas de empleo y dará apoyo en la prospección e identificación de necesidades de los empleadores, en los procesos de recolocación en los supuestos previstos legalmente, así como en la gestión de la movilidad laboral.

c) Servicio de formación y cualificación para el empleo: Acorde con sus necesidades, los usuarios podrán disponer de asesoramiento y oferta de formación acreditable y no formal y de procesos de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral, así como de los instrumentos europeos para favorecer la movilidad en la formación y cualificación profesional. Los proveedores de formación dispondrán de un sistema de inscripción y acreditación de entidades de formación profesional para el empleo. Se promoverá la garantía de calidad de la formación realizando actuaciones de asesoramiento, seguimiento y evaluación de la misma. Las políticas activas de empleo en España han cometido un error clave, como es, invertir históricamente mucho más dinero en ayudas a la contratación e incentivos que en las acciones dirigidas a formar, adquirir competencias y mejorar la ocupabilidad de las personas. Nos parece que estamos ante uno de los logros más importante de la nueva estrategia para el empleo, teniendo en cuenta que la adquisición de nuevas competencias, tanto específicas del puesto de trabajo como transversales es lo que realmente ayuda a situarse en el nuevo escenario del mercado laboral digital.

d) Servicio de asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento: Los usuarios, incluidos los beneficiarios de las Garantía Juvenil, podrán acceder a un servicio especializado que les facilite la implantación de sus actividades de autoempleo y emprendimiento recibiendo un asesoramiento y acompañamiento en los procesos vinculados, basado en la realización de un itinerario emprendedor que contemple todas las fases del emprendimiento, en especial a la fase de consolidación. Asimismo, podrán recibir asesoramiento sobre incentivos y medios disponibles para el fomento de la contratación. Recibirá una especial atención el trabajo autónomo, la economía social y el emprendimiento colectivo.

Por su parte, el *Reglamento de Empleo* establecerá la regulación que dará soporte a los distintos programas que puedan ejecutar las CCAA en materia de fomento del empleo. En este sentido, establecerá, entre otros, los importes máximos de las subvenciones dirigidas a sufragar costes salariales de empresas, y velará por que las subvenciones no puedan interpretarse como ayudas de Estado. Asimismo regulará un marco eficaz de evaluación, seguimiento, control y gestión de calidad de estos programas. En todo caso, este desarrollo reglamentario incluirá un marco normativo de programas estatales de Políticas Activas de Empleo dirigidas de manera integrada a favorecer la inclusión laboral de las personas con discapacidad, que establecerá los contenidos mínimos que serán de aplicación en el conjunto del Estado.

Y con estos dos reglamentos, señala el Real Decreto que la modernización de los SPE debe incorporar de forma transversal las competencias profesionales como un elemento central de los servicios y programas que desarrollan. Para ello será necesario que las competencias profesionales tengan claramente identificadas las ocupaciones que las requieren y la formación que permite adquirirlas. Este enfoque de las acciones de la Cartera de Servicios basado en competencias profesionales implica su consideración en la intermediación, la incorporación en los portales web de los SPE, fundamentalmente en el “Portal Único de Empleo” y que la búsqueda de oportunidades de empleo y oportunidades de formación pueda realizarse por estos tres criterios: por competencias profesionales, por ocupaciones y por formación. Este planteamiento está en línea con los nuevos instrumentos europeos tales como la Taxonomía ESCO, nuevo portal EURES y el pasaporte europeo de competencias entre otros. Como elemento clave para la implantación de un modelo basado en competencias profesionales, debe asegurarse que estas respondan de forma rápida y adecuada a los cambios del sistema productivo; estén actualizadas; puedan reconocerse por sistemas flexibles y con garantía de calidad; y las competencias acreditadas y registradas se recogerán en la Cuenta Formación de los trabajadores.

Finalmente, el *Reglamento de Formación Profesional para el Empleo* velará por la máxima eficiencia en el uso de los recursos, por la adaptación de la formación a las necesidades de capacitación y aptitudes del mercado de trabajo, y por el seguimiento detallado de las acciones formativas, en particular en coherencia con la Cuenta de Formación. También establecerá, entre otros aspectos, estándares de calidad de la formación, las condiciones mínimas de la formación en alternancia, los módulos económicos máximos, los registros y la formación vinculada a la obtención de certificados de profesionalidad. Asimismo, se confeccionará en el marco del diálogo social, a partir de los principios de eficiencia, transparencia, concurrencia abierta a todos los proveedores de formación y evaluación acordados en la Mesa del Diálogo Social, con objeto de permitir a los ciudadanos tener conocimiento del destino y uso de los fondos utilizados. Como puede verse, tanto el Real Decreto como los Reglamentos que promete, contienen una regulación bastante genérica y, aunque pueden arrojar una idea de por dónde va a caminar la política legislativa del Gobierno en materia laboral, habremos de esperar a su desarrollo para poder valorar con profundidad los cambios que implican. Estos servicios deberán prestarse con criterios relacionados con la eficacia, la calidad, la atención individualizada. Todo un nuevo escenario que delimita lo que es imprescindible hacer y cómo hacerlo.

La Cartera incluye otros cambios. Uno de ellos, tremendamente importante, es el que refiere a la consideración de las personas que pueden solicitar estos servicios. Hasta ahora la inscripción como demandante era obligatoria y solo se establecía diferencia entre personas que buscan un empleo o personas que teniendo trabajo buscan nuevas oportunidades (mejora de empleo). Ahora las personas, “des-

empleadas u ocupadas, en función de sus necesidades y requerimientos podrán ser demandantes de empleo y servicios o únicamente solicitantes de servicios". El avance es de calado para lo que puede significar, por ejemplo, la gestión de la formación o la orientación laboral a personas que están en activo, algo que, en términos generales, hasta ahora no se hacía.

VI. CONCLUSIONES

- Se constata ante todo una importante perturbación en el marco de la política de empleo española, cual es la necesidad de establecer un ámbito competencial claro entre los distintos niveles de nuestra administración española, la central, la autonómica y la local en esta materia. Tampoco se definen los mecanismos de coordinación efectiva entre los servicios autonómicos y el SPEE.

- Es necesaria también una reforma del marco normativo que permita la actuación en redes cooperativas de las instituciones, bajo los principios de coordinación y de cooperación, para dar mayor y mejor servicio a las personas y empresas y hacer de la interoperabilidad de las administraciones una referencia en servicios de calidad. Para conseguir una oferta que sea complementaria y no concurrente, integrada y no difusa, pero sobre todo adecuada a las necesidades del mercado de trabajo español, en su conjunto, y al de cada territorio, en su especificidad. La modernización debe permitir que las herramientas de la política de empleo estén a la altura de los recursos tecnológicos y organizativos de hoy que permitan satisfacer de la forma más eficiente las demandas de los usuarios.

- Teniendo en cuenta que la adquisición de nuevas competencias, tanto específicas del puesto de trabajo como transversales es lo que realmente ayuda a situarse en el nuevo escenario del mercado laboral digital, valoramos en positivo que el nuevo marco normativo que se está fraguando en materia de empleo, inserte mecanismos para superar los bajos niveles de cualificación profesional y sustituirlos por los óptimos niveles exigibles de competencia profesional.

- Tremendamente importante es la modificación referida a la consideración de las personas que pueden solicitar estos servicios de la nueva Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo. Hasta ahora la inscripción como demandante era obligatoria y solo se establecía diferencia entre personas que buscan un empleo o personas que teniendo trabajo buscan nuevas. Ahora las personas, *"desempleadas u ocupadas, en función de sus necesidades y requerimientos podrán ser demandantes de empleo y servicios o únicamente solicitantes de servicios"*. El avance es de calado para lo que puede significar, por ejemplo, la gestión de la formación o la orientación laboral a personas que están en activo, algo que, en términos generales, hasta ahora no se hacía.

6.6. EL PROCESO DE COLOCACIÓN LABORAL

MARÍA SALAS PORRAS

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y la
Seguridad Social
Universidad de Málaga*

El tiempo, testigo mudo de nuestro paso por la historia, revela con objetividad el papel que, a lo largo del recorrido, hemos desempeñado. Y este es el caso de la Profesora Quesada Segura, maestra, y amiga –me atrevo a escribir–, que deja para los que vengan un camino de lucha contra la injusticia, la discriminación y la desigualdad. Puesto que su mayor preocupación ha sido siempre la búsqueda de la igualdad y la Justicia, sirvan estas líneas para dejar constancia de su impronta.

I. LA ORDENACIÓN DE LA COLOCACIÓN LABORAL COMO PROCESO CONFORME A LAS PREVISIONES DE INSTANCIAS INTERNACIONALES Y EUROPEAS

La idea de que la colocación laboral es un proceso complejo, donde convergen medidas procedentes de políticas activas y pasivas⁶⁶², y en donde, además, se suceden diferentes elementos o ejes de actuaciones que deben ser ordenados a fin de conseguir el objetivo cuantitativo del empleo y el objetivo cualitativo de la inclusión social, está presente tanto en los Convenios de la OIT, como en las sucesivas estrategias europeas para el empleo que, desde 1998, vienen orientando la actuación de los Estados miembros.

A esta conclusión se llega tras la lectura del Convenio OIT n° 97⁶⁶³ sobre trabajadores migrantes cuando, con una fórmula muy amplia, define la colocación como “todas las operaciones efectuadas por los Estados miembros que procuren o faciliten el empleo de las personas”⁶⁶⁴. O bien del tenor literal del Convenio OIT n° 88 cuando, al garantizar el Servicio Público de Empleo como fundamento de la organización de los mercados de trabajo, le reconoce un conjunto de acciones que

⁶⁶² La Profesora ROSA QUESADA SEGURA realiza un profundo análisis de la evolución del contenido de las políticas de empleo y de la interacción entre políticas activas y pasivas en su trabajo *Los principios constitucionales y el modelo legal de protección por desempleo*, Monografías de Temas Laborales, n° 20, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Mergablum, 2004, pp. 147 a 149.

⁶⁶³ Convenio n° 97, adoptado en Ginebra el 1 de julio de 1949 y ratificado por España el 23 de febrero de 1967 (BOE n° 133 de 7 de junio de 1967).

⁶⁶⁴ Artículo 2, apartado b) del Anexo I del Convenio n° 97.

van desde las propias de la intermediación laboral –“ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo conveniente y a los empleadores a contratar a trabajadores apropiados a sus necesidades”–, a las de coordinación y colaboración entre los distintos servicios; o a la recogida de información en colaboración con otras instituciones públicas, asociaciones de empresarios y sindicatos de trabajadores; o a la gestión de las políticas pasivas de empleo, o a la elaboración de planes sociales y económicos que puedan incidir en la situación del empleo. Previéndose, además, una serie de medidas⁶⁶⁵ que, de forma general –como no podía ser de otro modo–, tratan de garantizarlo y de evaluar su eficacia⁶⁶⁶.

También el Derecho social europeo asume la colocación como un proceso jurídico al entender que, bajo tal término, se incluye todo el conjunto de medidas y actuaciones asumidas por los servicios de empleo de los Estados miembros con el objetivo de facilitar el acceso de los ciudadanos a los mercados de trabajo, garantizando así su integración. De este modo se pone de relieve en las Comunicaciones de la Comisión⁶⁶⁷, los Informes presentados por el Grupo de Jefes de los Servicios Públicos de Empleo de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo, las Recomendaciones emitidas por el Consejo tras la presentación de los Planes Nacionales de Reforma por los Altos socios de la Unión –desde 1999 hasta el año 2014 incluidos ambos⁶⁶⁸–, y las Directrices europeas. El contenido de este proceso abarcaría tres ejes de intervención donde se engloban las actuaciones que, desde sus orígenes y hasta el año 2020⁶⁶⁹, orientarán la política de empleo comunitaria. El primero de esos ejes de actuación se referiría al procedimiento a través del cual el ciudadano desempleado accedería al mercado de trabajo. O lo que es lo mismo, las actuaciones en que deben centrarse los Servicios Públicos de Empleo relativas a detectar cuáles son los grupos de desempleados con mayores prioridades para su atención; la definición, a través de entrevistas en profundidad, de cuál sea el perfil profesional del demandante de empleo; sus necesidades de cualificación y formación; la organización y planificación de itinerarios individualizados (especialmente en colectivos con mayores dificultades de inserción laboral). El segundo, aludiría a la propia organización del servicio de empleo, su interacción con las entidades pri-

⁶⁶⁵ Artículo 1.2 del Convenio nº 88.

⁶⁶⁶ Artículos 6, 7 y 8 del Convenio nº 88.

⁶⁶⁷ Comunicación de la Comisión titulada “Modernising Public Employment Services to Support the European Employment Strategy”, Bruselas a 13 de noviembre de 1998.

⁶⁶⁸ Los textos en que pueden encontrarse las alusiones hechas a España sobre las propuestas de modernización de su servicio público de empleo están disponibles en la web http://ec.europa.eu/employment_social/employment_strategy.

⁶⁶⁹ En la Estrategia Europa 2020, y específicamente para el período 2010-2014, esos ejes de actuación pueden observarse en los siguientes documentos: Programa de la Unión Europea para el Cambio y la Innovación Sociales (COM (2011)609 final), Agenda para nuevas calificaciones y empleos (COM (2010)2020 final) y en la Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010 (DOUE, L, 308 de 24/11/2010) a partir de la que se aprueban las Directrices para el Empleo para el citado período de tiempo.

vadas en cuanto pueden colaborar y asistir a los mismos e, incluso, actuar de forma paralela y complementaria, así como a la distribución de los recursos humanos y materiales. Por último, el tercer eje estaría relacionado con la evaluación del funcionamiento del servicio y el seguimiento –en aras de constatar la eficacia y eficiencia de las medidas adoptadas en el primer eje- de la inclusión socio-laboral del ciudadano.

Por consiguiente, a partir del acervo jurídico-normativo internacional y europeo, la colocación laboral es entendida con un doble significado. De un lado como noción estática y puntual, siendo la colocación un fin, un procedimiento acabado consistente en el logro de incardinar al trabajador en un puesto de trabajo vacante. Y, de otro, también se la equipara con un procedimiento dinámico en el que las diferentes acciones que lo conforman se disponen de forma ordenada para favorecer el acceso al mercado de trabajo de los ciudadanos.

La colocación como procedimiento dinámico incluye diversas actuaciones en función de las exigencias del mercado de trabajo y de sus condicionantes políticos, económicos o sociales. Sin embargo existen cuatro actuaciones prototípicas que, atendiendo a la OIT y a las propias Directrices elaboradas a lo largo de estos diecisiete años de política europea para el empleo, siempre deberían estar presentes en el procedimiento de colocación –secundadas por otras que pueden o no darse en cuanto son más sensibles a las variables políticas o económicas en un momento determinado-. En este sentido, son acciones consustanciales al concepto colocación, -tal y como se infiere de las prescripciones internacionales y europeas antes mencionadas-, la información, la intermediación, la orientación y la asistencia, cuyo contenido ahora se desarrolla brevemente.

La información tiene por objeto todas aquellas actuaciones relacionadas con la obtención de averiguaciones en y para el propio mercado de trabajo, tomándole el pulso real al espacio donde tiene lugar el encuentro entre ofertas y demandas de empleo. Para esto se realizarán –tratándose entonces de las intervenciones que calificamos como circunstanciales-, de un lado, operaciones previas como el análisis del mercado de trabajo por sectores de producción y territorialmente -para detectar estancamientos del propio mercado o hallar cuencas de empleo-, la elaboración de estadísticas, las investigaciones sobre las posibilidades de empleo, los estudios del tejido empresarial, las observaciones de los movimientos migratorios, etc. De otro lado, también operaciones con carácter posterior a la colocación a fin de obtener una evaluación del funcionamiento de las actuaciones desarrolladas en esta materia que pueden referirse a registrar un conjunto de datos –como el número de contrataciones realizadas, el tiempo de espera de los sujetos en el mercado de trabajo desde su solicitud hasta la efectiva puesta en contacto, el grado o nivel de satisfacción de los usuarios por la adecuación de las ofertas y demandas, las contrataciones finalizadas, el tiempo de duración de las mismas, etc.-.

La intermediación, entendida como la simple puesta en contacto entre quien demanda empleo y quien lo ofrece independientemente de que finalice o no con la contratación⁶⁷⁰, se complementa con otra serie de actividades como la elaboración de un registro de usuarios, la realización de entrevistas personales para conocer las aptitudes, el perfil profesional de los demandantes, la clasificación de ofertas/demandas, y la selección de demandantes. El seguimiento y registro de las operaciones comprendidas en esta fase del procedimiento de colocación ofrecerán una importante fuente de información a tener en cuenta en la etapa anterior, ya que pondrá de manifiesto datos esenciales como la naturaleza de las necesidades empresariales en una zona geográfica y un momento temporal determinado, el perfil profesional que se requiere a los trabajadores y, también, por tanto, el grado de adecuación entre unas y otras, las posibilidades de obtención de empleo, la escasez o exceso de titulaciones en una específica materia, la situación de bonanza o no de los sectores productivos y de las regiones.

La orientación, como ha sido puesto de relieve⁶⁷¹, tiene como función primordial la de guiar eficazmente al usuario demandante de empleo a fin de elegir su formación profesional hacia áreas efectivamente demandadas por los empleadores, pudiendo entenderse, por una parte, como la orientación profesional al usuario desempleado y, por otra, como la orientación del propio mercado de trabajo. Siendo esta última una actuación que dotaría al Servicio Público de Empleo de la connotación preventiva propia de las políticas activas.

La asistencia vendría a ser una acción más completa e incisiva. La materialización de la asistencia podría consistir, del lado de la oferta, en el asesoramiento a las empresas en materia de planificación de los recursos humanos, mientras que, res-

⁶⁷⁰ ALARCÓN CASTELLANOS, M^º DEL MAR: *La Intermediación Laboral como un Instrumento Eficaz en Tiempos de Crisis: Servicios Públicos de Empleo y Entidades Afines*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2009, pp. 171, entiende la intermediación como un proceso en el que quedan comprendidas las siguientes actuaciones: captación de oferta y demanda de trabajo; búsqueda de los mejores candidatos para una oferta concreta; casación y preselección de candidatos; comprobación de la disponibilidad de los candidatos; presentación al empleador de los candidatos y seguimiento, por parte del servicio de colocación, del resultado caso por caso de si ha habido o no contratación final. A nuestro juicio esta última actuación relativa al seguimiento excedería el sentido que de intermediación se da en el artículo 20 de la Ley 56/2003 de Empleo al señalar como tal intermediación la “puesta en contacto” de oferentes y demandantes de empleo.

Por otro lado, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE n^º 227, de 18 de septiembre) en su artículo 14 hace referencia a la “recolocación” como un tipo de actuación que, siendo distinto a la colocación, debe incluirse en el concepto de intermediación. Nuestra reflexión se orienta pues a cuestionar cuál es la diferencia entre recolocación y colocación dado que desempleados están los sujetos que a través de estas actuaciones se trata de insertar o reinsertar en el mercado de trabajo, independientemente de si este desempleo proviene o no de un proceso de reestructuración empresarial.

⁶⁷¹ OJEDA AVILÉS, A.: “Los servicios de empleo en España: el Instituto Nacional de Empleo (I)”, *Revista Española de Seguridad Social*, n^º 15, 1982, pp. 27 a 32.

pecto de los desempleados se les orientaría profesionalmente, incluso a través de la elaboración de un itinerario personalizado, cursos para el desarrollo de técnicas de búsqueda de empleo, preparación para las entrevistas de empleo; formación para el autoempleo, etc. Y, de forma muy importante, a través de cursos y programas de formación profesional y reciclaje, una actuación ésta dirigida, no sólo a ciudadanos desempleados, sino también a trabajadores ocupados, estando incluida entre los nuevos derechos laborales que, conforme al sentir de la Prof. Quesada Segura⁶⁷², asisten al trabajador.

Por tanto, puede apreciarse, de la enunciación de las cuatro actuaciones que configurarían el procedimiento de colocación, que existe entre ellas una conexión en cuanto tienden a prever las necesidades profesionales del mercado de trabajo y a satisfacerlas. Ahora bien, esas cuatro actuaciones no son sino una parte, un eje, de los tres en que puede descomponerse el proceso jurídico de colocación, entendido este como la suma de procedimientos destinados al fin del empleo y la inclusión social. Los otros dos ejes, referidos a mecanismos de evaluación de los sistemas de empleo y de la efectiva inclusión laboral, así como al modo en que se distribuyen los recursos humanos y materiales en los servicios de empleo, si bien no inciden directamente en el mercado de trabajo, sí que se refieren a aspectos formales y de funcionamiento de los sistemas de empleo que repercuten, igualmente, en la finalidad pretendida. Una conclusión esta que puede extraerse de las propuestas internacionales y europeas relativas al modo en que debería orquestarse un eficiente sistema de empleo público. Es por ello que nuestra reflexión ha de dirigirse, a partir de aquí, a analizar, si quiera brevemente, la situación en que se encuentra la ordenación del proceso jurídico de colocación en nuestro país y su configuración como herramienta estructural de lucha contra el paro, estando justificado este análisis en el acuciante problema del desempleo que padecemos y que hace temblar los cimientos de cualquier Estado Social y de Derecho.

II. EL TRATAMIENTO JURÍDICO-NORMATIVO DEL PROCESO DE COLOCACIÓN LABORAL EN ESPAÑA

El ordenamiento jurídico español asumió en la primera ley básica de empleo, la Ley 51/1980, de 2 de octubre, un concepto de colocación que se identificaba exclusivamente con el conjunto de acciones tendentes a proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado y a los empleadores la mano de obra necesaria para el

⁶⁷² Así lo pone de manifiesto la Profesora ROSA QUESADA SEGURA en su trabajo “Los nuevos derechos del trabajador”, publicado en la *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, n° 34 del año 2013. Allí se indica, en la página 212, que “desde la Unión Europea se reconoce (la formación del trabajador) como indicador estructural del crecimiento económico y factor imprescindible en el fomento del empleo”.

desarrollo de su actividad productiva, mediante la información, el encuentro entre oferta y demanda de empleo y la orientación, sin reparar en otras actuaciones como pudieran ser la evaluación y la organización del servicio. Sin embargo, la ulterior Ley 56/2003, de 16 de diciembre, y posteriores normas modificadoras –Ley 35/2010, Ley 3/2012, Ley 18/2014, RD-Ley 16/2014 y RD-Ley 4/2015–, sí que recogen y tratan de materializar esta idea de la colocación laboral como proceso compuesto por una serie de ejes de actuación. El estudio del modo en que se configura este proceso en nuestro ordenamiento jurídico, se justifica en la necesidad de mayor concreción en su propia configuración jurídica y de su materialización por parte de los servicios de empleo, sea en su vertiente más circunstancial u organizativa, sea en sus aspectos más nucleares o funcionales, de manera que lo convierta en instrumento permanente –frente a lo coyuntural de las políticas hasta ahora adoptadas– para la disminución de los niveles de desempleo. Y es que este incremento en la juridificación y ordenación de un proceso de colocación generaría beneficios en la propia dinámica de los servicios de empleo, y garantizaría ese “mínimo de prestaciones y actuaciones a nivel estatal y autonómico que tiendan al logro de la inserción del ciudadano” contemplado en la Exposición de Motivos de la Ley 56/2003.

Junto al objetivo de la inclusión socio-laboral, la previsión normativa de un mínimo de actuaciones por parte de los servicios públicos de empleo y del SNE conlleva dos propósitos más. El primero se referiría al diseño de un armazón jurídico lo suficientemente fuerte como para garantizar las prestaciones básicas⁶⁷³ recibidas por los usuarios de los servicios de empleo, que a la vez resulte lo bastante flexible como para no limitar la intervención de aquellas Autonomías que, contando con capacidad, puedan aumentar en calidad y en cantidad tales mínimos estatales. El segundo propósito consistirá en dotar a los servicios de empleo y a su intervención del “status” jurídico de política activa de empleo, lo que se conseguiría con la normativización de sus aspectos procedimentales, de los sujetos intervinientes, de las relaciones jurídicas que constituyen y de los estatutos de derechos y obligaciones en que las mismas consisten.

Las líneas guía que han orientado este apartado proceden del análisis comparativo realizado entre las recomendaciones provenientes desde niveles internacionales, europeos y nacionales, relativos a la dirección que debería tomar la política de colocación española, y el estudio de las efectivas actuaciones llevadas a cabo en

⁶⁷³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La distribución de competencias en el Estado Social Autonómico en materia de políticas de empleo e inmigración”, *Tribuna Social* n° 198, junio 2007, pp. 32, justifica la existencia de diferencias en el elenco de actuaciones ofrecidas por cada servicio público de empleo autonómico en la siguiente idea: “(...) debe entenderse de forma más flexible las relaciones entre igualdad y diferencia regulativa en el marco del Estado Social Autonómico, porque en muchos casos paradójicamente la realización efectiva de la primera exigirá a menudo una regulación diversificada que atienda a criterios de especificidad y proximidad”.

este sentido por parte de España. Por consiguiente, la apreciación de una necesidad de mejora en general del Sistema Nacional de Empleo proviene de varios flancos con motivo de la continua observancia a la que es sometido nuestro Sistema por parte de organismos internacionales, europeos y nacionales.

Respecto de la vertiente supra-estatal, es preciso indicar que, tanto desde niveles internacionales –así, p. ej. la OCDE⁶⁷⁴ en la década de los noventa⁶⁷⁵–, como desde la propia Unión Europea⁶⁷⁶ –a finales de la misma década–, se aludía a la importancia de que España –como otros Estados miembros– contara con un buen servicio público de empleo para hacer frente al elevado porcentaje de desempleados existente entre su población. Estas recomendaciones se referían y, aún hoy se refieren a las actuaciones que conforman el proceso jurídico de colocación, tal y como puede extraerse de la Recomendación del 8 de julio de 2013 del Consejo de la Unión a España de realizar “una reforma de las políticas activas de mercado de trabajo, orientadas a la consecución de resultados, fortaleciendo la focalización y la eficiencia de las orientaciones” –eje segundo del proceso relativo a la evaluación–. Asimismo, recomienda reforzar y modernizar los servicios públicos de empleo –eje tercero del proceso referente a la organización de los recursos humanos y materiales de los servicios de empleo, así como a sus relaciones con entidades privadas– “para garantizar una asistencia individualizada a los desempleados según sus perfiles y necesidades de formación; reforzar la eficacia de los programas de recualificación para los trabajadores de más edad y de escasa cualificación” –eje primero del proceso relacionado con el aspecto procedimental dinámico de la colocación, esto es, la información, la intermediación, la orientación y la asistencia. Finalmente, recomienda poner en funcionamiento el portal único de empleo y acelerar la aplicación de la colaboración público-privada en los servicios de colocación.

La respuesta española a aquellas primeras recomendaciones y a estas últimas, ha ido generando un amplio cuerpo normativo que –como a continuación se presentará–, lejos de ordenar el proceso de colocación como el conjunto de actuaciones con visos de permanencia en la política de empleo, continua sin obedecer a un proyecto claro de lo que debe ser la política de colocación laboral en España. Una in-

⁶⁷⁴ España es miembro de la OCDE desde 1961, www.oecd.org/countrylist.

⁶⁷⁵ “The Public Employment Service: Japan, Norway, Spain and the United Kingdom”, Capítulo III, *Employment Outlook*, París, 1991; “Enhancing the effectiveness of labour market policies: a streamlined public employment service”, n° 87, 1997; “Labour Market Policies and the Public Employment Service”, París, 2001; “Public Employment Services: Managing Performance”, Capítulo V, *Employment Outlook*, 2005, y “Activating the Unemployed: What Countries Do”, Capítulo V, *Employment Outlook*, París, 2007.

⁶⁷⁶ Así, las propias Directrices de Empleo de la Estrategia Europea más concretamente en el año 2000 por primera vez se contempló expresamente tal necesidad de mejora; en los Informes emitidos por el Grupo de los Directores de los Servicios Públicos de Empleo de los Estados miembro del Espacio Económico Europeo –Grupo HES– y en las Recomendaciones emitidas por el Consejo a España.

tervención esta que no ha mitigado el hasta ahora calificado doctrinalmente⁶⁷⁷ como “insuficiente funcionamiento del SNE”. De este mismo parecer participan los agentes sociales según se pone de manifiesto en el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015-2017 donde, si bien no se alude expresamente al impulso de los Servicios Públicos de Empleo –el tercero de los ejes que conformarían el proceso de colocación-, al menos sí se menciona la necesidad de garantizar el desarrollo, por su parte, de operaciones relacionadas con el análisis y mejora de las políticas activas de empleo de manera que se asegurara el ofrecimiento, a cada inscrito como demandante de empleo, de actividades relativas a la orientación, a la formación profesional o a la inserción laboral –medidas pertenecientes al primero de los ejes del proceso-. Así como la ordenación de mecanismos de seguimiento y control de la contratación y del propio mercado de trabajo –actuaciones identificadas en el segundo de los ejes del proceso-.

En este mismo sentido de la ordenación normativa de las actuaciones de los servicios de colocación, e incluso incidiendo en los tres ejes que componen el proceso de colocación, se incardinan las recomendaciones que hace desde sus Informes el CES⁶⁷⁸; encomiendas éstas que sin embargo no ofrecen a los servicios de colocación medidas concretas para su materialización, sino sólo orientaciones genéricas y vagas.

Respecto del procedimiento de colocación el CES incide sobre todo en la necesidad de la mejora e incremento de las actuaciones relacionadas con las fases de la información, la intermediación y del asesoramiento, sin indicar el modo en que esto sería posible. Tan sólo se limita a señalar que el reforzamiento de la información habría de hacerse desde dos perspectivas diferenciadas: Una interna, relacionada con el estudio y la observancia del mercado de trabajo regional por parte de los servicios públicos de empleo para su propio conocimiento; y otra externa referente a la información que, sobre el estado del mercado y las actuaciones desarrolladas por los servicios, hayan de facilitarse a los usuarios a través de recursos como el Sistema Informático del Servicio Público de Empleo.

La previsión por parte del CES sobre la mejora de las funciones de intermediación y asistencia tampoco ofrece mayor claridad. Se limita el CES a indicar en términos cuantitativos los resultados alcanzados estos años y a señalar que el camino a seguir es, precisamente, promover itinerarios de empleo con un grado de personalización mayor.

⁶⁷⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El entramado institucional del empleo en las vertientes pública y privada”, *Ponencia 2ª presentada en el XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Vigo, 2007, pp. 157.

⁶⁷⁸ Consejo Económico y Social: *Economía, Trabajo y Sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral*, CES, 2013, pp. 21 a 27.

En lo que se refiere al eje de la evaluación el CES tiene muy presente la adopción a través de la Estrategia Española de Activación para el Empleo –a la que nos referiremos a continuación–, de objetivos estructurales y coyunturales que van a permitir la evaluación de la eficacia de las medidas de colocación, si bien es cierto que aún no se cuentan con datos que permitan arrojar una primera conclusión al respecto. Sin embargo el CES, no llega a bosquejar siquiera cómo habría de configurarse esa técnica de evaluación, su contenido y organización, así como tampoco repara en recomendar que se haga desde los propios servicios públicos de empleo, y desde entidades independientes que garanticen la objetividad de criterios y de resultados y, todo ello, desde una triple perspectiva que sea: anterior a la intervención estatal, durante esa actuación y con posterioridad a la misma.

Los criterios de distribución de recursos humanos y materiales es un aspecto que obvia el CES si bien es cierto que en este sentido el Gobierno presentó en Marzo del 2009 las “Medidas Para el Mantenimiento del Empleo, la Protección de las Personas Desempleadas y la Mejora de la Liquidez de las Empresas”⁶⁷⁹ en donde se reconoce la necesidad de aumentar la cantidad de recursos en ambos sentidos y se publican las cifras de esa ampliación. Sin embargo siguen faltando su planificación y organización jurídicas, lo que repercutirá tanto en la buena gestión de los recursos como en la necesaria orientación de todo el Sistema Nacional de Empleo.

Por su parte el legislador ha aprobado una serie de disposiciones a las que, sin ánimo de exhaustividad, nos referimos aquí con la intención de observar su incidencia en los ejes que configurarán el proceso jurídico de colocación en España. En este sentido, destacamos especialmente el RD 751/2014, de 5 de septiembre por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo para el período 2014-2016. A partir de ella se ha tratado de bosquejar un verdadero proceso de colocación. Lo cual es constatable por dos motivos. El primero, por el diseño de seis ejes de actuación que, de forma permanente, modularán tanto los servicios prestados desde el Sistema Nacional de Empleo, como su propia organización y funcionamiento, aspectos estos encuadrables en los ejes uno y tres del proceso de colocación. El segundo motivo se refiere al establecimiento de objetivos generales adaptables a las necesidades de los mercados de cada CC.AA. a partir de los cuales se procederá a la evaluación de la eficacia de las políticas y medidas que para su logro se hayan elaborado –eje segundo del proceso–. Así, la Estrategia Española de Activación para el Empleo ha desencadenado la aprobación de otras muchas disposiciones que, como el RD-Ley 8/2014, el RD-Ley 16/2014 por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo, la Ley 18/2014 por la que se aprueba el Sistema Nacional de Garantía Juvenil, y el RD 7/2015, por el que se aprueba la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Empleo, inciden

⁶⁷⁹ Disponible en la web www.mtas.es

sobremanner en el eje primero del proceso, esto es, en las medidas que, de forma general para toda España, han de ofrecer los servicios de empleo, siendo la personalización de los itinerarios de colocación la nota común a todos ellos.

Con respecto al eje segundo, relativo a la organización de los recursos humanos y materiales así como a la interacción público-privada, si bien alguna norma de las anteriormente citadas, como el RD 7/2015, prevé actuaciones en materia de distribución de recursos, es cierto que aún queda mucho camino por recorrer –en términos cuantitativos y cualitativos- hasta alcanzar un diseño eficiente como poseen otros países de nuestro entorno. Si nos centramos en el modelo relacional público-privado existente en España aún mayor es la distancia entre lo que se ha ordenado jurídicamente y la meta del éxito en la integración socio-laboral. En este sentido, las tres normas que contienen disposiciones sobre la intervención privada en el mercado de trabajo, la Ley 35/2010, el RD 1796/2010 sobre agencias de colocación y la Ley 3/2012, en ningún momento llegan a plantear un modelo permanente de interacción. Sólo se limitan a prescribir condiciones para la intervención y requisitos para colaborar con los servicios de empleo, aun cuando el modo en que actores públicos y privados se reparten las actuaciones que configuran el proceso de colocación incidirá, tanto en la forma en que la medida o actuación es prestada, como en su propio contenido. Aspectos estos que terminarán redundando en su eficacia y eficiencia.

Por último, la evaluación de los servicios prestados, las medidas adoptadas y el seguimiento de la inclusión socio-laboral del ciudadano en desempleo, son actuaciones que, decíamos, se incardinan en el tercero de los ejes que configuran el proceso de colocación. Siendo estos unos aspectos recientemente previstos desde la normativa estatal, aun resulta pronto para extraer conclusiones sobre la viabilidad de su planificación y aplicación, debiendo, por tanto, el paso del tiempo erigirse en testigo de su validez.

III. CONCLUSIONES

El grado de atención que el problema del desempleo despierta en instituciones internacionales y europeas se refleja sobremanner en las disposiciones que, con o sin carácter vinculante, continuamente emiten. Precisamente de su estudio podría inferirse la apuesta cierta por la configuración de un conjunto de actuaciones interrelacionadas que, sobre la materia del empleo, tienen como finalidad el logro de la inclusión social. Es lo que en este trabajo se ha denominado proceso de colocación, el cual responde a una acepción estática del término colocación, identificada con la obtención de un puesto de trabajo. Frente a ella se distingue, además, una acepción dinámica que vendría a referirse a una de las actuaciones que componen el proceso. Esa actuación, identificada con un procedimiento –dentro del gran pro-

ceso-, alude a las medidas que ofertan los servicios de empleo para favorecer el acceso de los ciudadanos al mercado de trabajo. Acceso que no empieza ni acaba en esas medidas ni en los servicios públicos de empleo, sino que necesita, como hemos podido constatar, de un entramado estructural de actuaciones que, de un lado, garanticen su prestación, y de otro evalúen su eficiencia en términos de calidad. La observancia de la juridificación del proceso de colocación, y de su grado de ordenación y aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, nos lleva a concluir que, si bien se está en la senda correcta, aun queda mucho camino por recorrer si se quiere alcanzar un sistema nacional de empleo eficaz y una sociedad más justa.

6.7. AGENCIAS DE COLOCACIÓN

PILAR RIVAS VALLEJO

*Profesora Titular, acreditada a catedrática, de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social
Universidad de Barcelona*

I. LAS BASES LEGALES

La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, *de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, marcó un significativo punto de inflexión en la política de intermediación en el mercado de trabajo desde que la Ley 10/1994, de 19 de mayo, *sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación*, liberalizara la intermediación en el mercado laboral española, poniendo fin al monopolio estatal instaurado por la Ley de Colocación Obrera de 27 de noviembre de 1931 con la introducción en nuestro Derecho la figura de la intermediación privada, autorizando por una parte la existencia de empresas de trabajo temporal y por otra parte la creación de agencias de colocación (sin fines lucrativos) y acomodando nuestra legislación a los postulados comunitarios (cfr. SSTJUE de 23 de abril de 1991, *Hofner-Elser/Macroton*, asunto C-41/90, y de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre*, asunto C-55/96 que entienden contrario al art. 86 y 59 respectivamente del Tratado constitutivo CEE monopolizar en el Servicio Público de Empleo la colocación de trabajadores).

Su creación como agencias sin fines de lucro en el art. 1.2 de la Ley 10/1994 (y la derogación de su prohibición en el art. 16.2 ET) convirtió a las agencias de colocación en un instrumento más de la política pública de empleo, al integrar su actividad dentro de los procesos de colocación y absorber la intermediación que se estaba llevando a término fuera de los cauces oficiales y recurriendo a sistemas

más informales y dinámicos, para dejar a los servicios públicos de empleo como meros gestores del registro formal de los contratos gestados fuera de su ámbito (GARCÍA MURCIA⁶⁸⁰). Su ausente fin de lucro, no obstante, provocó una génesis indefectiblemente unida a la política de intermediación pública, en tanto que depositó su virtualidad en entidades de Derecho público o dependientes de las Administraciones públicas, aunque abrió la intermediación a la entrada de administraciones autonómicas, y dinamizó y desburocratizó con ello la búsqueda de empleo (GARCÍA MURCIA⁶⁸¹). Sin embargo, tal carácter también impidió que adquirieran la suficiente versatilidad para lograr el objetivo de empleo pretendido, al reducirse a un papel instrumental y complementario de aquella política, sin lograr captar el interés privado, lo que motivó el fracaso de muchas de ellas (v.g. Servei Català de Col·locació catalán, que fue suprimido el 30 de abril de 2004 por su ineficiencia y coste⁶⁸²). De ahí que, de acuerdo con la doble opción prevista en el Convenio núm. 96 de la OIT (1949), y la nueva regulación internacional aprobada por dicho organismo en 1997, el Convenio sobre las agencias de empleo privadas núm. 181, nuestros legisladores optaran finalmente por admitir también las agencias de colocación con fines lucrativos y por disciplinarlas a través del art. 14 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, previa la introducción del art. 21 bis en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, por el R.D.-ley 10/2010, de 16 de junio, *de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*. De este modo, nuestro sistema liberal actual, el Sistema Nacional de Empleo, se sitúa en el modelo dual ya conocido bajo la Segunda República, sin embargo relegando al servicio público de empleo a un papel testimonial de mera gestión de la cobertura por desempleo (SOBRINO GONZÁLEZ⁶⁸³), aunque el art. 22.3 de la Ley de Empleo reivindique su papel protagónico (afirmando que éstos “asumen la dimensión pública de la intermediación laboral”) aun con la colaboración de las agencias de colocación (mediante convenios, acuerdos u otros instrumentos de coordinación). La Ley 35/2010 anunció asimismo el acomodo del marco normativo español al Convenio OIT núm. 181, preterido en la redacción de la Ley 56/2003, cuyo art. 22.4 dispuso la gratuidad de los servicios tanto para trabajadores como para empresarios (hasta la introducción por RD-ley 10/2010 del último párrafo de dicho

⁶⁸⁰ GARCÍA MURCIA, J.: “Agencias de colocación y empresas de trabajo temporal (A propósito de las reformas legales de 1994)”. *Revista Asturiana de Economía*, núm. 2, 1995, pp. 81-82.

⁶⁸¹ GARCÍA MURCIA, J.: “Agencias de colocación...”, op.cit., p. 83.

⁶⁸² Obstáculo que pretende superar la medida prevista en la D.F. 3ª de la Ley 35/2010: los indicadores de eficacia de las agencias de colocación, que, a tenor de la D.A. 1ª del RD 1796/2010, incluyen elementos cuantitativos (número de personas atendidas, número de ofertas y puestos de trabajo captados y cubiertos, número de contratos de trabajo suscritos...) y cualitativos (colectivos con dificultades de inserción, contratos por tiempo indefinido u otros), y resultan canalizados al Espacio Telemático Común del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo (ETC).

⁶⁸³ SOBRINO GONZÁLEZ, G.: “Régimen jurídico de las agencias de colocación”, *Temas Laborales*, núm. 110/2011, pp. 48 y 51.

apartado, para admitir la onerosidad del servicio para empresarios⁶⁸⁴), insistiendo en que en cualquier caso la intermediación laboral tiene la *consideración de un servicio de carácter público* (art. 20.3 Ley 56/2003), en línea con el art. 13.2 del Convenio 181 de la OIT. Declaración que matiza el art. 21 bis, al predicar de las agencias de colocación una función “bien de colaboradora” de los Servicios Públicos de Empleo, *bien autónoma pero coordinada con los mismos*, eximiéndolas incluso de la obtención de la autorización pública que el R.D.-ley 8/2014, de 4 de julio, tramitado como Ley 18/2014, de 15 de octubre, *de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia*, limita a la “declaración responsable” anteriormente complementaria de la solicitud de autorización (art. 9.3 b) RD 1796/2010), culminando lo que la doctrina ha llamado *privatización de la colocación*⁶⁸⁵. La liberalización absoluta de la actividad de intermediación, que se permite ahora a las empresas de trabajo temporal, flexibiliza el régimen de acceso a la misma, para autorizarla sin cortapisas con la simple presentación de una declaración responsable a partir del mismo día de la misma (únicamente condicionada su validez a la exactitud o veracidad de los datos, manifestaciones o documentos aportados cuando se trate de extremo “esencial”, ex art. 21 bis.2 Ley 56/2003) y al mismo tiempo admite el desarrollo de cualesquiera actuaciones *relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal*, absorbiendo por tanto incluso las funciones de las agencias de selección de personal, que pueden ejecutarse desde el RD-ley 3/2012 por empresas de trabajo temporal (sin mayores exigencias o con “reconocimiento inmediato”, en su nueva dimensión de *empresas multiservicios*⁶⁸⁶), a lo que se suma la apertura de la subcontratación de la propia actividad con otras agencias de colocación que introduce la D.F. 2ª de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, *para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social*, en el art. 5 f) del reglamento aprobado por RD 1796/2010, de 30 de diciembre y que puede justificar a su vez la subcontratación de la intermediación entre distintas ETT-agencias. Esta apertura se presenta con el fin instrumental de la mejora del sistema de colocación como instrumento de dinamización del empleo al remover rémoras burocráticas a la gestión de la intermediación, motivación común en los procesos de liberalización emprendidos en ésta y en la pasada legislaturas.

⁶⁸⁴ El art. 7.1 del citado convenio admite como excepción la onerosidad de los servicios también para ciertas categorías de trabajadores que podrán determinar, motivadamente, los Estados firmantes (así como de determinados servicios prestados por las agencias de empleo privadas).

⁶⁸⁵ MOLINA NAVARRETE, C.: “Intermediación y políticas activas de empleo: una urgente reforma “que brilla por su ausencia””. *Temas Laborales*, núm. 115/2012, pp. 146.

⁶⁸⁶ MOLINA NAVARRETE, op.cit., pp. 144.

II. SU PAPEL EN LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

Definidas como “*entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen actividades de intermediación laboral de acuerdo con lo establecido en el artículo 20, bien como colaboradores de los Servicios Públicos de Empleo, bien de forma autónoma pero coordinada con los mismos*” (art. 21 bis Ley 56/2003), frente a los *gabinetes o empresas de selección*, autorizados tácitamente por la Ley 10/1994, como venían siéndolo con anterioridad y por tanto exentos del régimen de autorización exigible a las primeras *ex art. 16.2 ET, y art. 21 bis de la Ley 56/2003, de Empleo* (redactado por el apartado uno del artículo 117 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre), y art. 2.1 RD 1796/2010, cuya actividad deberá limitarse a ofrecer el servicio a las empresas, pues lo contrario sería incurrir en actividad propia de agencia de colocación (cfr. STSJ Madrid, contencioso-administrativo, núm. 669/2003, de 1 de abril).

Su ordenación legal a partir del Reglamento de desarrollo de la ley 35/2010, que las vincula asimismo a los procesos de reestructuración de empresas y la transición al empleo, dentro de la tendencia de la última década hacia la *flexiseguridad*⁶⁸⁷, las diversifica en una doble tipología, que pasa por distinguir entre dos modalidades: la anteriormente descrita y las denominadas empresas de recolocación, que se definen como las *agencias de colocación especializadas en la actividad destinada a la recolocación de las personas trabajadoras que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquélla hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación, y estarán sometidas al régimen legal y reglamentario establecido con carácter general para las agencias de colocación* (art. 2.2)⁶⁸⁸, al considerar expresamente como intermediación laboral la actividad destinada a la recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquélla hubiera sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación. Pese a admitirse en la actividad intermediadora la propia de las empresas de trabajo temporal por el Convenio OIT núm. 181, que engloba bajo una misma denominación (“agencias privadas de colocación”) tanto a las que reciben tal título en nuestro Derecho como

⁶⁸⁷ SÁEZ LARA, C.: “Espacio y funciones de las empresas de recolocación”, *Temas Laborales*, núm. 107/2010, pp. 337-373.

⁶⁸⁸ La sentencia núm. 275/2011, de 24 de junio, de la AP Vizcaya, las define como “una especie de bolsas de trabajo, donde los trabajadores pueden acudir en busca de empleo y también los empresarios en busca de trabajadores a los que contratar”. Ésta, como la de la AP de Cádiz núm. 400/2010, de 1 de septiembre, deslindan la actividad de agencia de colocación de la de agente de deportistas.

a las empresas de trabajo temporal (art. 1.1 b), el Derecho español, en la línea del comunitario⁶⁸⁹ (Directiva 2008/104/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, *relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal*), optó, aun tras la reforma introducida por el R.D.-ley 8/2014, de 4 de julio (después Ley 18/2014, de 15 de octubre), por mantener esta denominación sólo para la intermediación en el mercado de trabajo consistente en poner en relación oferta y demanda de trabajo, sin contratación directa, por cuanto la citada norma, por la que se modifica el art. 1 de la 14/1994, de 1 de junio, *reguladora de las empresas de trabajo temporal*, determina la ampliación de las funciones de dichas empresas, sin modificación estructural ni del concepto de las agencias de colocación. Lo que implica que el papel de éstas en el mercado de trabajo se mantiene incólume pese a la alteración de las funciones de las empresas de trabajo temporal, al admitirse su posible naturaleza bifronte, que les permite actuar indistintamente en calidad de agencia o de empresa de trabajo temporal, con separación nítida de esta doble cualidad en su actuación (art. 1, tercer párrafo: “deberán informar expresamente y en cada caso si su actuación lo es en la condición de empresa de trabajo temporal o en el ejercicio de cualquier otra de las actividades permitidas”).

El régimen de autorización previsto en el RD 735/1995 (autorización concedida por el Servicio Público de Empleo mediante *convenio de colaboración*) se mantuvo tras su apertura a las empresas de trabajo temporal por Ley 35/2010 a través de su reglamentación vía RD 1796/2010, pero fue derogado por la reforma del art. 21 bis de la Ley 56/2003 mediante RD-ley 8/2014, de 4 de julio (luego Ley 18/2014), aunque la redacción literal del citado reglamento no ha sido adaptada a esta modificación legal, por lo que su art. 3 sigue manteniendo la exigencia de autorización administrativa, si bien su derogación tácita deja expedita la vía para actuar como agencia de colocación desde la propia presentación de la *declaración responsable*, que pasa de ser complementaria a sustituir la autorización administrativa. Sin embargo, se mantiene en todo caso su sujeción al control del Servicio

⁶⁸⁹ Como señala Serrano Falcón (SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación*. Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2007, p.163), no existe un modelo comunitario de agencias de empleo privadas, pero sí una doctrina sobre el particular sentada por el TJUE en sentencias como la *Hofner-Elser/Macroton*, asunto C-41/90; *Job Centre*, asunto C-55/96; *Giovanni Carra y otros*, asunto C-258/98; *Monnier*, asuntos acumulados C-9/01 y C-12/01, entre otras, que interpreta en clave de monopolio proscrito por el derecho de competencia de la Unión Europea el de los servicios públicos de empleo como únicos intermediarios en el mercado de trabajo. Sin embargo la polémica Directiva 123/2006/CE, *Bolkestein*, no significó la abolición de tal sistema (el art. 1.3 de la misma declara expresamente que “la presente Directiva no trata la abolición de monopolios prestadores de servicios ni las ayudas concedidas por los Estados miembros amparadas por normas comunitarias sobre competencia”, mientras que el apartado sexto declara que tampoco “afecta al Derecho laboral, es decir, a cualquier disposición legal o contractual relativa a las condiciones de empleo o de trabajo”).

de empleo público (devolviendo la regulación común a la norma reglamentaria⁶⁹⁰), en virtud de sus facultades de comprobación, control e inspección, *ex* art. 21 bis.4 a)⁶⁹¹ (con ayuda del sistema electrónico común de información⁶⁹² al que se refiere el art. 21 bis.3 Ley 56/2003 y desarrolla el art. 5 RD 1796/2010 con el que deben garantizar su compatibilidad los respectivos sistemas electrónicos de las agencias), aunque, frente a su régimen originario, que diseñó un modelo (único) de colaboración, su actuación puede ser también autónoma desde la Ley 35/2010, de suerte que puedan acogerse a una doble opción: la *colaboración* con los Servicios Públicos de Empleo mediante “convenio”⁶⁹³ (“podrán ser colaboradoras”) o la actuación *autónoma* y coordinada (art. 21 bis.5 Ley 56/2003, tras su redacción por art. 117.2 de la Ley 18/2014, y art. 2.3 RD 1796/2010). Autonomía que incluye la subcontratación de la actividad con otra agencia de colocación, posibilidad abierta por la disposición final segunda del RD-ley 11/2013, de 2 de agosto (después Ley 1/2014, de 28 de febrero), que modifican el art. 5 f) del RD 1796/2010.

En cualquier caso, la intermediación en la colocación, que en el régimen vigente equipara servicios públicos de empleo y agencias de colocación (art. 22 Ley 56/2003), no se restringe al colectivo de desempleados al que se remitía el derogado apartado c) del art. 21 bis.4, sino que, conforme ordena el art. 22.2, tiene un carácter general que debe quedar garantizado por los servicios públicos de empleo, remitiendo incluso el tratamiento de los casos de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral a la colaboración entre los servicios públicos de empleo y entidades colaboradoras especializadas (v.g. empresas de inserción), cuya competencia por tanto se sustrae a las agencias de colocación (así el art. 22.5 admite como válida únicamente la inscripción ante el Servicio público de empleo, aun cuando se reconozca a las agencias la cualidad de ofertante de la colocación precisa para la integración del trabajador en el programa público correspondiente cuando actúen como colaboradoras⁶⁹⁴).

⁶⁹⁰ SOBRINO GONZÁLEZ (op.cit., p. 59), quien señala la mayor coherencia y homogeneidad que proporciona este cambio en tanto no dispersa la regulación de cada agencia al correspondiente convenio de colaboración.

⁶⁹¹ Entre la información suministrable obligatoria y periódicamente a los Servicios Públicos de empleo se refiere a los trabajadores atendidos y las actividades que desarrollan y a las ofertas de empleo y los perfiles profesionales que correspondan con esas ofertas.

⁶⁹² Su funcionamiento se describe en el documento sobre espacio telemático común disponible en https://www.sistemanacionalempleo.es/pdf/agencias/instrucciones_envios.pdf.

⁶⁹³ La redacción vigente del art. 21 bis.5 Ley 56/2003 (introducida por disposición final quinta del RD-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo) no se refiere expresamente al convenio de colaboración al que alude la norma reglamentaria, sino al “instrumento jurídico en que se articule esta colaboración”.

⁶⁹⁴ Cfr. *Programa de Activación para el Empleo* regulado por el RD-ley 16/2014, de 19 de diciembre, admite sólo la inscripción ante el Servicio público de empleo (art. 2 b), si bien incorpora a las agencias de colocación, en su modalidad de entidades colaboradoras, excluyendo por tanto la opción autónoma, como ofertantes de la colocación precisa para la integración del trabajador en dicho programa (art. 3 a) 1º).

III. SU RÉGIMEN LEGAL: EXIGENCIAS DE ACTUACIÓN

El régimen legal vigente conformado por la redacción nacida de la Ley 18/2014 y del RD-ley 16/2014, prevé dos órdenes de obligaciones para las Agencias de colocación: en primer término las de carácter formal [art. 21 bis.4 a) y d y art. 5 k), m), n) y o) del RD 1796/2010, entendiéndose derogadas las de los apartados a), b), g) y l)]⁶⁹⁵, entabladas con la Administración, y en segundo término las de naturaleza sustantiva, referidas a las personas trabajadoras (art. 21 bis.4 b), e), f) y g) de la Ley 56/2003), presididas por un mandato general de cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral y de Seguridad Social (apartado e) de predicamento universal (que obliga a las agencias de colocación a verificar igualmente los incumplimientos de los solicitantes y beneficiarios de las prestaciones por desempleo, *ex* art. 21.5, convirtiéndose por tanto también en colaboradoras en la gestión de las prestaciones por desempleo).

Respecto de estas últimas, el principio de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y la no discriminación al que se refiere el art. 22.1 se concreta en el art. 21.4 g) respecto de los motivos de origen, incluido el racial o étnico, sexo, edad, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social, lengua dentro del Estado y discapacidad, y se refuerza en el art. 22 bis respecto del género (apdo. 2), por lo que tanto género como discapacidad obtienen una tutela específica en el ámbito de la colocación a través de agencias.

La discapacidad, dentro del margen del art. 4 de la Directiva 2000/78, esto es, condicionada al test de aptitud para el desempeño del trabajo, debe ponerse en relación con la exigencia de adaptación del apartado f) (introducido por RD-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral) y la obligación de ajuste razonable de los arts. 5 de la Directiva y 40 del Texto refundido de la *Ley de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social*, RD-legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para garantizar tanto el principio citado de adaptación del puesto a la persona como para la definición del perfil académico y profesional del puesto de trabajo ofertado (“en particular, velar por la correcta relación entre las características de los puestos de trabajo ofertados y el perfil académico y profesional requerido, a fin de no excluir del acceso al empleo a las

⁶⁹⁵ Son las siguientes: k) estar sujeta a las actuaciones del control e inspección por parte de los servicios públicos de empleo de acuerdo así como a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y otros órganos de control; m) disponer de sistemas informáticos compatibles y complementarios con el Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo, para garantizar un flujo de información de periodicidad mensual; n) presentar con periodicidad anual una Memoria de las actividades desarrolladas durante el ejercicio anterior, con información relativa a los indicadores de eficacia contenidos en la D.A.1ª, así como información sobre su actividad económica; y o) llevar una contabilidad separada para todos los gastos e ingresos derivados de su actividad.

personas con discapacidad”), de acuerdo con el art. 38 de la citada ley. La desaparición del régimen de autorización previa diluye el control del cumplimiento de estas obligaciones (sin perjuicio de la coordinación con los equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad previstos en la ley mencionada, a los que apela el art. 38.3 de la misma), aunque igualmente legitimaría, conforme a la doctrina comunitaria sentada en el asunto *Feryn* (10 de julio de 2008, C-54/07), la impugnación de la oferta de empleo incluso por una asociación en representación del interés del colectivo afectado (aunque bajo la premisa del control *ad hoc*). En particular, y respecto de cualquier motivo de discriminación, el art. 22 bis 2, segundo párrafo, establece la obligación de poner en conocimiento de los ofertantes de empleo por parte de las agencias de colocación las ofertas en las que apreciasen discriminación, *control de igualdad* previo que debiera evitar la materialización de la oferta de no corregirse la discriminación (consecuencia que, inexplicablemente, no se explicita, si bien debería determinar la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad social, según se deduce del art. 5 k) del reglamento), y que podría justificar igualmente, en caso de defectuoso cumplimiento de la misma, un litisconsorcio pasivo en la eventual reclamación que pudiera dirigirse contra la oferta discriminatoria.

Similares reflexiones cabe realizar en cuanto al “sexo”, al que se refiere el art. 22 bis.2, con idéntica excepción del “requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar” previsto para la discapacidad, concretando que no será admisible bajo tal concepto el esfuerzo físico exigible para el desempeño del puesto de trabajo.

La protección a los trabajadores objeto de intermediación se completa con la declaración del deber de respeto a la intimidad y a la dignidad (lo que incluye el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos), que se sitúan igualmente dentro del marco de la tutela hacia los derechos fundamentales, el de gratuidad de los servicios (mantenida asimismo respecto de las empresas cuando la agencia actúe como colaboradora del servicio público de empleo, no así si lo hace como entidad autónoma, art. 22.4 Ley 56/2003, en cuyo caso la tarifa, que habrá de limitarse exclusivamente a los gastos por los servicios prestados, debería constar en la declaración responsable, como se preveía para la solicitud de autorización), con el complementario derecho a ser informados, como demandantes de empleo y por tanto por parte de los servicios públicos de empleo (art. 8 del reglamento), sobre las agencias de colocación autorizadas que operan en su territorio y sobre la gratuidad de sus servicios (en concordancia con el art. 7.1 del Convenio de la OIT núm. 181).

Se echa en falta en el marco de la regulación de estas agencias, y especialmente desde su liberalización, un mayor control en la intermediación garantista con los deberes derivados del art. 8.1 del Convenio 181 de la OIT en relación con trabajadores

migrantes (“para impedir que sean objeto de abusos”, incluido el tráfico de mano de obra, cfr. SAP Madrid (Penal) núm. 10/2008, de 8 de enero).

Por otra parte, el doble régimen de actuación de las agencias de colocación, autónoma coordinada o colaborativa, no se traduce en una regulación reglamentaria dual, pues mientras las obligaciones de las segundas son comunes a las dos modalidades (art. 5), las que actúan como colaboradoras del servicio público de empleo se prevén específicamente en el art. 17, lo que implica la aplicación de un régimen más restrictivo de actuación a las colaboradoras, con obligaciones adicionales de carácter informativo (apdos. a) y b), la información prevista en el propio contenido del convenio de colaboración y las incidencias relativas a solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo), las relativas a la ejecución del contenido del convenio de colaboración en sus propios términos (apdo. c), y las que implique el control por parte de los servicios públicos de empleo (apdo. d), amén de garantizar a trabajadores/as y empleadores/as la gratuidad de la prestación (apdo. e), y, finalmente (apdo. f), financiar en parte su actividad con fondos no provenientes de los servicios públicos de empleo (al menos un cuarenta por ciento si se tratase de entidades con ánimo de lucro, o al menos un diez por ciento, en caso de tratarse de entidades sin ánimo de lucro), sin no obstante concretar cuáles pueden ser esas fuentes de financiación (tampoco en caso de agencia fundada por sindicato, según la STSJ de la C. Valenciana, sala contencioso-administrativo, núm. 1854/2002, de 13 noviembre, que no lo entiende constitutivo de vulneración de la libertad sindical) ni los límites de las tarifas aplicables cuando así proceda.

No se prevé una paralela y general obligación de informar a las personas trabajadoras sobre las ofertas de trabajo gestionadas por las agencias de colocación (SOBRINO GONZÁLEZ), lo que redundaría en contra de la transparencia de actuación de unas entidades que pretenden ser complementarias del servicio público de empleo. No obstante, la centralización de las ofertas de empleo por parte del sistema nacional de empleo a través de su portal de internet (<https://www.empleate.gob.es>), inclusive las provenientes de las distintas agencias de colocación a las que efectúa remisión directa cuando la oferta proviene de ellas, sirve para facilitar el flujo de tal información a los demandantes de empleo y con ello garantizar el objetivo perseguido: dinamizar el cruce de ofertas y demandas de empleo, provengan de agencias de colocación o del servicio público de empleo, o en su caso de las distintas empresas de trabajo temporal cuando operen como agencias (en este caso, las propias ofertas de la ETT actuando en tal calidad serían ofertadas a través de su segunda función como agencia de colocación).

Respecto de las empresas usuarias de sus servicios, lo cierto es que ni la ley ni el reglamento establecen exigencias específicas garantistas de la “calidad” del servicio prestado que abran la posibilidad de una eventual reclamación por la prestación defectuosa prestada por la agencia de colocación.

IV. CONCLUSIONES

La intermediación en la colocación ha sufrido una apertura transitoria desde su primera autorización en la Ley 10/1994 tras décadas de monopolio público, hasta su liberalización plena, con atribución de un papel que, supeditado a la política de empleo pública, se reserva una importante autonomía y flexibilidad, traducida tanto en la apertura del sistema a las empresas de trabajo temporal como a la supresión de la necesidad de autorización administrativa previa. El papel reforzado de estas agencias como dinamizadoras de la política de colocación en las últimas reformas ha dejado sin embargo importantes vacíos legales por concretar, así el control de la calidad del servicio por parte de sus usuarios o su sistema de financiación, inclusive una hipotética fijación de tarifas, además de la gran incógnita: su eficacia para activar el mercado de trabajo.

6.8. EL PAPEL DE OTRAS AGENCIAS Y ENTIDADES EN LA COLOCACIÓN

MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

I. OTRAS AGENCIAS DE EMPLEO PRIVADAS

En la intermediación laboral intervienen diversas agencias de empleo privadas. Por agencia de empleo privada se entiende toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes (artículo 1 del Convenio núm. 181 de la OIT): 1) de colocación (servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo); 2) de cesión de trabajadores (servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una empresa usuaria que determine sus tareas y supervise su ejecución); y 3) de otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo (donde tienen cabida no solo los servicios de información, que expresamente menciona, sino también los servicios de recolocación, de formación o los servicios de selección de personal). En definitiva, se distinguen tres tipos de agencias de empleo privadas: agencias de intermediación, agencias de cesión de trabajadores y agencias de información y asesoramiento. Con esta norma se revisan los criterios que han de inspirar el modelo de intervención de la iniciativa privada en la intermediación

laboral⁶⁹⁶. De este modo, en esta concepción amplia de empleo privadas tienen cabida no solo agencias de colocación sino también otras empresas que intervienen en la búsqueda de empleo. A ellas dedicamos este capítulo.

1. Las agencias de selección de personal. Las empresas *head-hunters*

Las empresas de selección de personal, en el marco de la libre iniciativa económica, prestan sus servicios especializados a las empresas que requieran identificar cual es el trabajador más idóneo y adecuado de entre varios candidatos para un determinado puesto de trabajo. Desde esta perspectiva, la actividad de las empresas de selección de personal constituye una externalización del proceso empresarial de selección de personal. Es cierto que dicha selección la puede llevar a cabo la propia empresa si cuenta con los recursos y los medios suficientes, a través de sus propios departamentos de personal o de recursos humanos, pero también puede ser encomendada (externalizada) a entidades públicas o privadas especializadas, esto es, a estas agencias de selección de personal.

En cualquier caso, la relación jurídica existente entre la empresa de selección y la empresa cliente, que es la que contrata sus servicios ha sido interpretada, a falta de regulación legal, por la jurisprudencia⁶⁹⁷. Así, la doctrina judicial de la jurisdicción civil ha considerado de forma unánime que el denominado contrato de selección de personal se incluye en la categoría del contrato de arrendamiento de servicios regulado por el artículo 1544 del Código Civil, habiéndose rechazado expresamente su inclusión en otras categorías, como dentro del contrato de obra (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de mayo de 2005, JUR 2005/173227), como una manifestación del contrato de adhesión (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de julio de 2004, AC 2004/1604) o del contrato de mandato (Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de septiembre de 2003, JUR 2004/15788). Por tanto, la empresa de selección de personal se compromete a realizar una actividad para la empresa cliente, consistente en presentar al candidato que reúna el perfil profesional solicitado y en realizar un seguimiento del candidato una vez contratado para garantizar la idoneidad y

⁶⁹⁶ Además, con dicho Convenio de la OIT se adoptó una idea integrada y más amplia de la intervención privada, al optar por el término “intermediación” en lugar del más restrictivo de “colocación”. Ello contribuye a un nuevo marco legal complejo, plural y descentralizado, en el que están obligados a convivir varios agentes de colocación e intermediación: los Servicios Públicos de Empleo y las demás entidades privadas (agencias privadas de colocación, empresas de trabajo temporal, empresas de selección de personal, etc.). En este sentido, *vid.* el documento de la Asociación Nacional de Agencias de Colocación: *El nuevo marco legal de las agencias de colocación en España*, Formación Alcalá, Jaén, 2015, páginas 13 y 31.

⁶⁹⁷ Sobre el particular, *vid.* SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas*, Comares, Granada, 2009, páginas 229 a 232.

adecuación del candidato seleccionado o en su caso su sustitución por otro (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de febrero de 2002 (JUR 2002/120466), y todo ello a cambio de un “precio cierto” por dicho servicio, conforme a lo pactado por las partes.

Sin embargo, tales empresas de selección no cuentan en la actualidad con regulación normativa alguna. En realidad nunca han dispuesto de un marco normativo definido, sistemático y claro, solo encontrábamos unas mínimas referencias legales (en particular el originario artículo 16.2 del ET). El único precepto legal que hace referencia a las empresas de selección y que pervive es el artículo 15.1 de la LISOS, que considera como infracción administrativa grave de la empresa de selección de personal el incumplimiento de un implícito deber de información acerca de sus tareas al Servicio Público de Empleo⁶⁹⁸. No obstante, esta anomia reguladora no les ha impedido ser sujetos intermediadores laborales, especialmente relevantes en el momento de la contratación. Gran parte de las contrataciones en el tráfico jurídico laboral se realizan a través de estas empresas de selección de personal. En cualquier caso, no cabe duda que tales empresas de selección encajan en el marco regulador del Convenio núm. 181 de la OIT. Serán empresas “alegales”, pero no “ilegales”. Es más, según jurisprudencia comunitaria, la prohibición de la actividad de las empresas privadas de asesoramiento en selección de personal sería contraria al Derecho de la UE cuando “el organismo público para el empleo no está manifiestamente en condiciones de satisfacer la demanda que presenta el mercado para este género de actividades” (STJCE de 23 de abril de 1991, *Höffner y Elser*, Asunto C-41/90)⁶⁹⁹.

La falta de una definición legal y de un marco jurídico para las operaciones de estas empresas ha dificultado la delimitación de esta figura y su engarce con la actividad de colocación⁷⁰⁰. Pero pese a todo, las agencias de selección de personal se han distinguido de las agencias de colocación, tanto en su finalidad como en su naturaleza.

⁶⁹⁸ Este precepto es verdaderamente impreciso a la hora de determinar dicho deber de información. Como ha señalado CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2008, página 102, no se concreta ni cuál es el contenido de la información que debe proporcionar, ni la periodicidad con la que se debe informar al servicio de empleo, ni cuando surge por primera vez la obligación de informar de su actividad.

⁶⁹⁹ En dicha sentencia se destaca cómo a pesar de la existencia de un monopolio estatal en la colocación (referido en concreto al *Bundesanstalt für Arbeit* alemán), se ha desarrollado paralelamente “una actividad específica de selección y colocación respecto de los ejecutivos y directivos de empresas” que es ejercida “por asesores en materia de selección de personal que asisten a las empresas en materia de política de personal”. Aunque tales actividades gozaban de cierta tolerancia, la normativa y el carácter de monopolio público en la colocación se oponían al funcionamiento de estas empresas de selección de personal. La sentencia declara dicha prohibición contraria al ordenamiento comunitario.

⁷⁰⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. “Outplacement, head-hunters y otras formas de intervención privada en el mercado de trabajo”, en VV.AA. (ed. J.L. Monereo Pérez): *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Universidad de Granada, Granada, 1996, página 234.

En primer lugar, una cosa es la actividad de colocación y otra la actividad de selección de personal⁷⁰¹. Las empresas de selección no se han considerado como verdaderos agentes intermediarios que intervengan en sentido estricto en la colocación de trabajadores, puesto que su actuación es mucho más reducida, ya que su finalidad se limita exclusivamente a comprobar y valorar la capacitación del trabajador, realizando pruebas precisas para evaluar la capacidad y méritos de los solicitantes de un puesto de trabajo, y por tanto, limitándose a comprobar las aptitudes y características de los candidatos para ocupar determinados puestos de trabajo, pero sin asumir las tareas previas de registro de demandas y ofertas de empleo y de intermediación entre demandantes y oferentes⁷⁰². De este modo, estas agencias de selección de personal intervienen en un momento posterior al de las agencias de colocación, las que únicamente persiguen (o mejor dicho, perseguían) una simple puesta en contacto de las ofertas y demandas de empleo (preseleccionando a los trabajadores). Las agencias de selección de personal, posteriormente, seleccionarían a los aspirantes a ocupar un puesto de trabajo, evaluando las aptitudes de los candidatos y las condiciones de los puestos de trabajo, utilizando para ellos medios de información mucho más sofisticados: currículos, entrevistas, exámenes, pruebas de conocimientos, cuestionarios, psicotécnicos, reconocimientos, etcétera. No obstante, tales datos e informaciones que puedan recabarse a través de estos procedimientos se han de limitar a los que resulten adecuados y pertinentes para el desempeño profesional del trabajador, respetando la normativa aplicable: artículo 6 del Convenio OIT núm. 181, artículo 4 de la LO 15/1999, de Protección de Datos Personales, artículo 16.2 del ET y artículo 22 de la Ley de Empleo. La intimidad del trabajador, y en particular su intimidad médica y genética, debe quedar preservada, salvo que el estado de salud del candidato sea relevante para el trabajo o para la propia protección sanitaria del trabajador, de sus compañeros de trabajo o de las

⁷⁰¹ Ya el originario artículo 16.2 del ET, tras prohibir las agencias privadas de colocación “de cualquier clase y ámbito funcional”, legitimaba la actuación de “agencias y empresas dedicadas a la selección de trabajadores”. Esa misma diferenciación entre colocación y selección de personal se desprendía de la anterior regulación, y así, el artículo 44.1 de la Ley Básica de Empleo (Ley 51/1980, de 8 de octubre) consideraba la selección como una forma de “colaboración” en la colocación con la finalidad de realizar la selección objetiva de candidatos.

⁷⁰² Vid. MONTAÑA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 35ª edición, Tecnos, Madrid, 2014, página 583; y CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, op. cit., página 102. No obstante, hay quien, como RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. “Outplacement, head-hunters y otras formas de intervención privada en el mercado de trabajo”, op. cit., páginas 233 y 234, considera la selección como una fase más del proceso general de colocación, una de las etapas a cubrir hasta conseguir la contratación del trabajador para un puesto adecuado a sus características. Se trataría, por tanto, de una actividad orientada a la individualización, de entre un colectivo de trabajadores, al más adecuado a las exigencias un puesto de trabajo, que se insertaría dentro de la actividad de colocación, dentro de la cual sería muy difícil separar la “selección” de otras fases o aspectos de la “colocación”, ya que para su realización es imprescindible conocer las características del puesto de trabajo a cubrir y de la empresa que lo ofrece y contar con un grupo de demandantes de empleo como potenciales candidatos para hacerlo.

personas que se relacionan con la empresa. Por tanto, la recogida, almacenamiento y tratamiento de los datos de carácter personal del trabajador obtenidos en el proceso de selección están sometidos al principio de consentimiento informado (artículos 6 y 7 de la LO 15/1999), gozando de especial protección datos sensibles como ideología, religión, creencias, salud, origen racial, vida sexual, infracciones penales y administrativas⁷⁰³.

Por tanto, las empresas de selección de personal son aquellas que realizan el proceso de búsqueda de candidaturas externas a la empresa para cubrir vacantes. Existe una variada tipología de ellas, y ha habido propuestas de clasificación⁷⁰⁴. Un caso particular de agencia de selección de personal lo constituyen las *empresas de cazatalentos (head-hunting)*. Se trata de gabinetes de selección altamente especializados que operan exclusivamente con directivos de la más alta cualificación o con trabajadores con una gran especialización técnica. Intervienen por iniciativa de aquellas empresas que necesitan una persona con unas características muy definidas. Lo más significativo es que no se limitan a actuar en el colectivo de los trabajadores demandantes de empleo, sino que entran en contacto también con trabajadores ya empleados, ofreciéndoles la oportunidad de cambiar de empleo⁷⁰⁵.

En segundo lugar, la línea divisoria entre agencias de colocación y agencias de selección de personal también se hallaba en el doble hecho de que: 1) las agencias de colocación requerían de autorización administrativa para poder llevar a cabo sus actividades, mientras que las empresas de selección no; y 2) que antes de la reforma de 2010 las agencias de colocación privadas debían ser entidades sin ánimo de lucro mientras que las agencias de solución de personal podían actuar con fines lucrativos.

⁷⁰³ Vid. MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. Y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 23ª edición, Tecnos, Madrid, 2014, páginas 481 a 483. Al respecto, consúltense las conclusiones y recomendaciones de la Agencia Española de Protección de Datos en su informe “Selección de personal a través de Internet” de 17 de noviembre de 2005.

⁷⁰⁴ Por ejemplo, SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas*, op. cit., páginas 220 a 223, ha distinguido entre: 1) Empresas de Selección Ordinarias, esto es, las consultoras que se encargan de la selección y evaluación de personal, normalmente para puestos intermedios y directivos y que actúan en sectores muy diversos tanto en la empresa privada como en la Administración Pública. El proceso de selección se inicia mediante una petición formal escrita por parte de la empresa cliente, que previamente ha valorado acudir a una empresa de selección para que se ésta la que realice el proceso de búsqueda y de selección de personal y asumir los costes económicos (tanto directos como indirectos) que ello comporta. 2) Las Empresas Executive-Search o Head-Hunting, que se encargan de la búsqueda y selección de ejecutivos, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos el candidato no es un trabajador desempleado. 3) Las Empresas de Selección Especializadas, consideradas como un nivel intermedio entre las clásicas empresas de selección y las empresas head-hunting. Dichas empresas se especializan en un determinado sector, dedicándose normalmente los candidatos a una profesión liberal (abogados, economistas, etc.).

⁷⁰⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. “Outplacement, head-hunters y otras formas de intervención privada en el mercado de trabajo”, op. cit., página 242.

Como consecuencia de esta diferenciación entre la actividad propia de una agencia de colocación (a la que se exigía carecer de fines lucrativos y a la que aún se le exige autorización administrativa) y la actividad propia de una empresa de selección de personal, es que ésta última no puede realizar de forma subrepticia o encubierta funciones que les correspondan a las agencias de colocación, como por ejemplo, publicar anuncios en los medios de comunicación en los que se recojan las ofertas de empleo, canalizando de este modo la demanda de empleo y convirtiéndose por otras vías en agencias de colocación no autorizadas⁷⁰⁶. La jurisprudencia ya había recordado que la empresa de selección que ejercieran tanto actividades de colocación como de selección de personal debía cumplir con los requisitos (entre otros, y antes de la reforma de 2010, carecer de ánimo de lucro) y contar con la autorización necesaria exigida a las agencias privadas de colocación. Por ello, se consideraba infracción administrativa sancionable dedicarse a actividades de colocación sin la autorización correspondiente y con ánimo de lucro, amparándose en que la actividad principal fuera la selección de personal (sobre esto, *vid.* STSJ de Madrid de 1 de abril de 2003, JUR 2004/166994, de lo contencioso-administrativo)⁷⁰⁷.

Sin embargo, lo dicho hasta ahora debe ser matizado tras la reforma de 2010. Por un lado, porque se admiten las agencias de colocación privadas con ánimo de lucro, en la medida que se permite el cobro de los servicios prestados a los empleadores (no a los trabajadores); y por otro lado, porque las actividades propias de las agencias de colocación se han enriquecido al permitírseles llevar a cabo también actividades de selección de personal. Ahora son las mismas agencias de colocación (autorizadas) las que pueden actuar como agencias de selección de personal. El artículo 21 bis de la Ley de Empleo tras definir lo que entiende por agencia de colocación (entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen actividades de intermediación laboral bien como colaboradores de los Servicios Públicos de Empleo, bien de forma autónoma pero coordinada con los mismos), reconoce que las mismas podrán desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal. En el mismo sentido se manifiesta el artículo 2 del Real Decreto 1796/2010, que recuerda que las agencias de colocación podrán valorar los perfiles, aptitudes, conocimientos y cualificación profesionales de los trabajadores que requieran sus servicios para la búsqueda de empleo.

⁷⁰⁶ *Vid.* CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, op. cit., página 102.

⁷⁰⁷ Dicha sentencia rechaza el argumento de la empresa sancionada de “inexistencia de la actividad empresarial como agencia de colocación y sí tan solo de selección de personal”, pues, además de constar como expresamente declarados tales servicios de colocación a efectos del Impuesto de Actividades Económicas y además de gozar de presunción de certeza las actas de la Inspección de Trabajo que prueban lo contrario, la empresa no ha aportado ningún dato probatorio respecto de su exclusiva actividad de selección de personal.

2. Las agencias de recolocación

En el concepto *intermediación laboral* se integra también la actividad destinada a la recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquélla hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación (artículo 20.2 de la Ley de Empleo). Estas empresas de recolocación o de *outplacement* se conocían ya desde hace tiempo, pero es especialmente en época de crisis, como la de los últimos años, donde tienen una mayor visibilidad. Hasta la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, carecían de regulación legal expresa. Después son reconocidas y reguladas tanto por el Estatuto de los Trabajadores como por la Ley de Empleo. Sin embargo, tal y como se ha subrayado, el legislador no ha querido crear una realidad nueva, significativamente distinta de la hallada en la experiencia de trabajo preexistente, mucho menos limitarla, sino reconocerla y darle una mayor dimensión al sector, hasta ese momento embrionario y confuso⁷⁰⁸.

De esta manera, las empresas de recolocación se definen como “agencias de colocación especializadas en la recolocación” (artículo 21.bis de la Ley de Empleo). El artículo 2.2 del Real Decreto 1796/2010 considera que su actividad está destinada a la recolocación de las personas trabajadoras que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquélla hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación, y estarán sometidas al régimen legal y reglamentario establecido con carácter general para las agencias de colocación⁷⁰⁹.

El procedimiento a seguir en los procesos de recolocación externa se estructura en cinco fases⁷¹⁰: 1) el balance profesional, consistente en descubrir e identificar las capacidades, habilidades, competencias y conocimientos del trabajador y

⁷⁰⁸ Vid. Molina Navarrete, C.: “Público y privado en el mercado del empleo: hacia una nueva síntesis cooperativo-competitiva (claves de un modelo paternal de servicios de empleo)”, en VV.AA. (coords. S. De la Casa Quesada y M.R. Vallecillo Gámez): *Empleo, mercado de trabajo y sistema productivo: el reto de la innovación en políticas de empleo*, Bomarzo, Albacete, 2011, página 120; y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La intermediación en el mercado de trabajo. Análisis y propuestas*, La Ley, Madrid, 2012, páginas 380 a 394.

⁷⁰⁹ No obstante, hay quien considera que tales agencias de recolocación constituyen un supuesto particular de agencia de selección de personal, aunque su régimen jurídico sea el de las agencias de colocación privadas. En este sentido, Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J.: *Derecho del Trabajo, op. cit.*, páginas 482.

⁷¹⁰ Vid. GALA DURÁN, C.: “La recolocación de los trabajadores (outplacement) como vía de actuación frente a la crisis empresarial”, en VV.AA. (coords. M.J. Espuny Tomás y O. Paz Torres): *Crisis y*

cómo puede desarrollarlos, así como sus ambiciones y motivaciones laborales y personales. 2) El apoyo ocupacional, elaborándose un proyecto de ocupación que desarrolle todos sus potenciales. 3) El plan de acción, diseñándose un modelo de carrera y de estrategias de búsqueda de empleo, previa utilización de herramientas como la formación (sobre nuevas tecnologías, simulación de entrevistas, confección de su CV, exploración de su red de contactos) y el desarrollo de habilidades (técnicas de presentación en público, oratoria, respuesta a preguntas difíciles...). 4) La campaña de búsqueda de empleo en la que se eligen y ponen en práctica las vías más oportunas para conseguir un trabajo (mailing, videoconferencias, bolsas de empleo, Internet, contactos directos, prensa...). 5) La integración en la nueva empresa, continuando el seguimiento del trabajador hasta que esté plenamente insertado en el nuevo puesto de trabajo.

En todo caso, la actuación de las empresas de recolocación se enmarca en una estructura tripartita⁷¹¹: (1) la empresa cliente, esta es, la que reducirá plantilla extinguiendo los contratos de determinado número de trabajadores por razones justificadas de tipo económico, técnico, organizativo o de producción; (2) la empresa de recolocación propiamente dicha; y (3) el trabajador afectado por la extinción de su contrato. A todo ello, y si la actuación de la empresa de recolocación es eficaz, consiguiendo la recolocación externa del trabajador despedido, se sumaría, la nueva empresa para que prestará servicios.

Desde que operan como intermediadoras laborales las empresas de outplacement han surgido relaciones jurídicas entre los sujetos implicados. La empresa cliente contrataba los servicios de recolocación de sus trabajadores con una empresa externa (consultora de outplacement), firmando un contrato mercantil o civil, cuya finalidad es realizar un análisis de las capacidades de los candidatos (trabajadores que van a ser despedidos) y sus intereses, y las posibilidades del mercado, prestando en su quehacer un asesoramiento para optimizar las posibilidades a la hora de presentarse a un determinado puesto de trabajo, llevando a cabo apoyo logístico completo, y recibiendo a cambio unos honorarios que la empresa cliente paga a la empresa de recolocación si no fuera colaboradora del Servicio Público de Empleo. De esta relación inicial de carácter interempresarial, derivan otras imbricaciones adicionales. La que une candidato con la empresa cliente, en la que existe un compromiso por parte de esta de ofrecerle los servicios mencionados en caso de despido y la que une al candidato con la empresa de recolocación, pues el primero va a participar activamente en el proceso diseñado de búsqueda de empleo, pro-

ocupación, Bosch, Barcelona, 2010, páginas 22 y siguientes; y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, op. cit., páginas 393 y 394.

⁷¹¹ Vid. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, op. cit., página 386; y GALA DURÁN, C.: "La recolocación de los trabajadores (outplacement) como vía de actuación frente a la crisis empresarial", op. cit., página 236.

porcionándole la segunda el soporte, la formación y los medios que le van a permitir reducir sustancialmente el tiempo necesario para acceder a un nuevo puesto de trabajo. Y también, entre la empresa de recolocación y la nueva empresa, así como entre el candidato y la nueva empresa.

Tras su regulación legal, y tras su específica vinculación con la regulación de los procedimientos de extinción de las relaciones de trabajo por crisis de empresa regulados en el Estatuto de los trabajadores, encontramos tres conceptos claves: plan social, programa de recolocación y proceso de reestructuración⁷¹².

De este modo, y en cumplimiento de lo señalado en el artículo 51 del ET, se prevé un plan de recolocación externa para cuando el despido colectivo afecte a más de 50 trabajadores, que tendrá un contenido mínimo y garantizará a los trabajadores afectados, especialmente a los de más edad, una atención continuada por un período mínimo de 6 meses con vistas a realizar las acciones de recolocación a que el plan se refiere. Y precisamente, entre las medidas previstas (medidas sociales de acompañamiento) para atenuar las consecuencias de los despidos colectivos en los trabajadores afectados se encuentra la *recolocación externa de los trabajadores a través de empresas de recolocación autorizadas* (artículo 8.2. del Real Decreto 1483/2012). El plan deberá garantizar a los trabajadores afectados por el despido colectivo, con especial extensión e intensidad a los de mayor edad, una atención continuada por un período mínimo de 6 meses. El plan de recolocación deberá contener medidas efectivas adecuadas a su finalidad en las siguientes materias (artículo 9 del Real Decreto 1483/2012):

- a) De intermediación consistentes en la puesta en contacto de las ofertas de trabajo existentes en otras empresas con los trabajadores afectados por el despido colectivo.
- b) De orientación profesional destinadas a la identificación del perfil profesional de los trabajadores para la cobertura de puestos de trabajo en las posibles empresas destinatarias de la recolocación.
- c) De formación profesional dirigidas a la capacitación de los trabajadores para el desempeño de las actividades laborales en dichas empresas.
- d) De atención personalizada destinadas al asesoramiento de los trabajadores respecto de todos los aspectos relacionados con su recolocación, en especial, respecto de la búsqueda activa de empleo por parte de los mismos.

El contenido del plan de recolocación podrá ser concretado o ampliado a lo largo del período de consultas, si bien al finalizar el mismo deberá ser presentada

⁷¹² Sobre los mismos, *vid.* RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, *op. cit.*, páginas 387 a 390.

su redacción definitiva. El Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, tiene como uno de sus objetivos regular el plan de recolocación externa de los procedimientos de despido colectivo, como obligación legal e indeclinable del empresario, dotando al mismo de efectividad y asegurando su cumplimiento como medida indispensable para permitir transiciones rápidas y adecuadas entre empleos y para mantener a los trabajadores en el mercado de trabajo el mayor tiempo posible, evitando su indebida expulsión del mismo. El plan de recolocación externa será elaborado por los correspondientes Servicios Públicos de Empleo. Corresponderá al Servicio Público de Empleo Estatal en el caso de despidos colectivos que afecten al personal laboral de la Administración General del Estado u organismos o entidades dependientes de ella y a los Servicios Públicos de Empleo de las correspondientes Comunidades Autónomas en los demás casos (artículo 45 del Real Decreto 1483/2012).

3. Las ETTs como agencias de colocación

Además de su actividad propia y específica, esto es, contratar trabajadores para ser cedidos a empresas usuarias, las ETTs pueden llevar a cabo otras actividades relacionadas con la intermediación en el mercado de trabajo, (1) como agencias de colocación, (2) para el desarrollo de actividades de formación para la cualificación profesional o de asesoramiento y (3) de consultoría de recursos humanos, respecto de las cuales se registrarán las ETTs por la normativa específica que en cada caso resulte de aplicación (artículo 1 de la LETT y artículo 1.2. del Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las Empresas de Trabajo Temporal). Por tanto, las ETTs pueden realizar actividades de intermediación laboral como agencias de colocación (pero no a la inversa, pues las agencias de colocación no pueden intervenir en la cesión temporal de trabajadores).

La reforma laboral de 2012 introdujo esta posibilidad de que las ETTs pudieran actuar también como agencias de colocación cuando contaran con la correspondiente autorización de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable⁷¹³. La no exigencia de exclusividad a las ETTs (dedicarse únicamente al prestamismo laboral, esto es, a ceder trabajadores a empresas usuarias) representó una importante novedad en el régimen jurídico de la cesión temporal de trabajadores. Desde entonces, una ETT que cuente con autorización tanto para la cesión temporal de trabajadores como para la intermediación puede desarrollar ambas actividades bajo la misma estructura externa. Ello exige, como precisa el artículo 1 de la LETT que la

⁷¹³ No obstante, y viendo las reformas sucesivas que ha sufrido el artículo 16.3 del ET, hay que subrayar el hecho de que inicialmente el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, consideraba que para que una ETT pudiera actuar como agencia de colocación era suficiente con una declaración responsable del cumplimiento de los requisitos legales; y que posteriormente fue la Ley 3/2012, de 6 de julio

ETT deba informar tanto a trabajadores como a empresas clientes si su actuación es de cesión de trabajadores o de colocación⁷¹⁴. De este modo, estarán sometidas a dos regulaciones distintas, una para cada una de dichas actividades, pero bajo la misma estructura de ETT. Así, las ETTs quedan configuradas como agencias de empleo en un sentido amplio, y no solamente como agencias de colocación o solamente como empresas de cesión temporal de trabajadores.

4. Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción

Los Centros Especiales de Empleo, que constituyen un mecanismo de integración laboral de las personas discapacitadas que por sus características no puedan acceder al mercado de trabajo, también facilitan a sus trabajadores los servicios de ajuste personal y social que requieran (rehabilitación, terapéutico, de integración social, culturales, deportivos). Por tanto, los Centros Especiales de Empleo no solo se asimilan a la empresa ordinaria, estructurándose sobre una actividad productiva y una participación regular en las operaciones de mercado (artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social del minusválido), sino que además actúan como una agencia especializada de colocación, beneficiándose del reconocimiento y la ayuda de las instituciones públicas, mediante la inscripción en un registro especial, la obtención de la oportuna calificación y el acceso a bonificaciones y subvenciones destinadas a la creación y mantenimiento de puestos de trabajo que le permitan cumplir con su función social⁷¹⁵.

En este mismo sentido, también intervienen como agentes en la intermediación laboral las Empresas de Inserción (reguladas por la Ley 44/2007, de 23 de diciembre) que, además de cumplir determinados requisitos, tienen como destina-

la que exigió la correspondiente autorización administrativa de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable a las agencias de colocación. Por ello, dicha norma previó en su Disposición Transitoria 1ª en la que permitía seguir actuando como agencias de colocación a las ETTs que ya hubieran presentado su declaración responsable de reunir los requisitos establecidos para las agencias de colocación. En cualquier caso, el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia suprimió tales previsiones del artículo 16 del ET, pero manteniéndose en el artículo 1 de la LETT.

⁷¹⁴ De esta forma, tal y como se ha recordado por la Asociación Nacional de Agencias de Colocación (páginas 40 y 55), las ETT son los únicos agentes que pueden desarrollar a la vez las dos actividades en materia de empleo expresamente reguladas: la cesión temporal de trabajadores y la intermediación laboral, pudiendo desarrollar también otras facetas del empleo, concediéndoseles una singularidad especial como agentes operadores en el mercado laboral. Pero se trata de dos actividades en todo caso diferenciadas: la intermediación laboral no ha absorbido a la cesión temporal de trabajadores, ambas siguen siendo actividades diferenciadas, y por tanto, no ha pasado lo que con la recolocación de trabajadores y con las actividades relacionadas con la búsqueda de empleo, actividades que quedan integradas dentro del régimen de las agencias de colocación.

⁷¹⁵ Vid. TUSET DEL PINO, P.: *La contratación de trabajadores minusválidos*, Aranzadi, Pamplona, 2000, página 147; y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La intermediación en el mercado de trabajo. Análisis y propuestas*, *op.cit.*, páginas 489 a 514.

rios las personas en situación de exclusión social, inactivas o en paro, y que tengan grandes dificultades para acceder a un empleo. Tales empresas proporciona a los trabajadores que contraten un itinerario de inserción, que consiste en un plan de trabajo personalizado que establece un camino planificado hacia la consecución de la integración en el mercado de trabajo ordinario, y que normalmente contempla distintas fases: servicio de acogida y asesoramiento en la que se diagnostica la situación de la persona; plan de trabajo individualizado; pre-talleres laborales, en los que se recuperan los aprendizajes necesarios que ya tenían; puesta en práctica en la empresa de inserción de lo aprendido en fases anteriores; y entrada en el mercado de trabajo ordinario. Por tanto, tal y como se conciben, la permanencia de estas personas en las empresas de inserción, es temporal, ya que no se pretende crear puestos de trabajo indefinidos sino formar y capacitar a las personas para poder encontrar un puesto de trabajo.

5. Bolsas de trabajo

Tanto en el ámbito privado, a través de la recepción de solicitudes de contratación por parte de posibles trabajadores, de entrevistas y de la entrega de currículos a empresas, como en el ámbito de las Administraciones Públicas, se ha generado una práctica de formación de *bases de datos*, *listas de espera* o *bolsas de trabajo* de candidatos o aspirantes. Especialmente relevante ha sido la utilización de dichas bolsas de trabajo en relación con la contratación temporal en las Administraciones Públicas, cuando el proceso de contratación exige recurrir previamente a los trabajadores incluidos en dichas bolsas. De este modo se restringe y limita la genérica libertad de contratación a los candidatos incluidos en las mismas.

6. Mecanismos de búsqueda de empleo on-line

En las últimas décadas han surgido nuevas formas de búsqueda de empleo vinculadas a las nuevas tecnologías de la información. Las nuevas formas de gestionar la colocación a través de Internet ponen a prueba la capacidad del Derecho para adaptarse a las nuevas tecnologías, aunque por ahora la regulación jurídica vaya por detrás de la realidad tecnológica y de las redes de información. Los agentes clásicos que se han venido dedicando a la actividad de intermediación están utilizando Internet como una vía adicional para mostrar sus ofertas y demandas de trabajo. De hecho la mayor parte de los *Servicios Públicos de Empleo*, tanto el Estatal como los Autonómicos, cuentan en su página Web con un servicio de búsqueda de empleo *on line*. No todos los portales de empleo funcionan del mismo modo, pero sí responden a una estructura similar. El demandante virtual de empleo necesita disponer de una dirección de correo electrónico que constituye el canal de transmisión de datos. Algunos portales ofrecen la posibilidad de buscar directamente las ofertas de trabajo indicando el sector profesional, país y provincia, etcétera. Otros portales obligan a registrarse previamente de optar por la búsqueda y para utilizar herra-

mientas específicas para modificar sus datos curriculares, seleccionar ofertas de empleo, establecer criterios de búsqueda, gestionar candidaturas presentadas o preparar cartas de presentación⁷¹⁶.

Paralelamente, han surgido *Webs de empleo* (bancos informáticos sobre ofertas y demandas de trabajo) y agencias virtuales responsables de ingentes bases de datos de difícil control. La calificación de estos bancos de datos o agencias virtuales como instrumentos de intermediación dependerá de si se limitan a registrar y dar publicidad de las ofertas y demandas de empleo que los propios usuarios inscriben (siendo entonces estos los que directamente entran en contacto, aprovechando el portal web) o si es quien gestiona la base de datos la que examina la idoneidad entre ofertas y demandas y las pone en contacto, en cuyo caso, si que estaríamos ante un caso de intermediación laboral, debiendo entonces cumplirse con los requisitos previstos para las agencias de colocación⁷¹⁷, y en particular, deberían contar con la correspondiente autorización, tal y como señala el artículo 3.1 del Real Decreto 1796/2010: “igualmente, deberán solicitar autorización las entidades que casen ofertas y demandas de empleo utilizando exclusivamente medios electrónicos”. Otras veces son las propias empresas las que elaboran y gestionan ficheros con información suficiente para dotarse del personal necesario (conformado en gran medida por currículos recibidos). Todas estas realidades tienen en común la configuración de listas o relaciones de sujetos con información personal sobre los mismos que inciden de algún modo en el proceso de búsqueda de empleo.

7. Planes de servicios integrados para el empleo

La Disposición Derogatoria Única del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación, declaró derogado el Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo. Sin embargo, los convenios para el desarrollo de planes de servicios integrados para el empleo vigentes a la entrada en vigor de dicho Real Decreto, se seguirán desarrollando hasta la finalización de la duración prevista en los mismos. Las solicitudes de suscripción de nuevos convenios presentadas y no aprobadas a la entrada en vigor del Real Decreto, quedarán sin efecto a partir de esta fecha, sin perjuicio de que deba dictarse resolución expresa en tal sentido (Disposición Transitoria 2ª).

⁷¹⁶ Sobre este tema, vid. SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas*, op. cit., páginas 249 a 253.

⁷¹⁷ Vid. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, op. cit., página 476. Un análisis más detallado sobre estas y otras manifestaciones de búsqueda de empleo que posibilitan las nuevas tecnologías en páginas 475 a 489.

II. CONCLUSIONES

Existe un desequilibrio evidente entre la proliferación real en el mercado de trabajo de instrumentos y mecanismos de búsqueda de empleo y de intermediación laboral (en su más amplio sentido), alternativos y complementarios a las agencias de colocación, y la confusa y escasa regulación normativa con la que cuentan estas figuras, en muchos casos, configuradas como auténticas agencias de empleo privadas. Y eso, en el mejor de los casos, pues hay ocasiones en las que, como ocurre con las empresas de selección de personal, nos encontramos con una auténtica anomia jurídica.

6.9. ¿QUÉ ESTÁ OCURRIENDO CON EL EMPLEO Y LAS POLÍTICAS SOCIALES EN EUROPA Y ESPAÑA?

JOSÉ ENRIQUE MEDINA CASTILLO
Magistrado-Juez de lo Social y Doctor en Derecho
Universidad de Málaga

I. EL TRABAJO, UNA MERCANCÍA DEFLACIONADA

La orientación económica liberal sobre el trabajo que viene presidiendo las políticas de mercado de trabajo desde la década de los 80, y que toma sus bases teóricas del modelo neoclásico de competencia perfecta, considera que el mercado de trabajo no es un mercado especial, sino un mercado como cualquier otro (el de bienes, el de dinero...); y la mano de obra es un factor de producción más, una mercancía, que debe tratarse de acuerdo con las leyes del mercado (oferta y demanda), y que hay que dirigir por medio del mecanismo de los precios, en este caso, los salarios. La mano de obra no es sino una mercancía⁷¹⁸.

⁷¹⁸ Según esta concepción, si se confiere al salario suficiente validez y efectividad como mecanismo de control y adaptación, cabe esperar un funcionamiento óptimo del mercado de trabajo; es decir, la mejor asignación posible de la mano de obra a las posibilidades de empleo más productivas en cada caso. El mercado, para ellos, tiene una tendencia natural al equilibrio y el pleno empleo. La condición necesaria para alcanzar ese equilibrio es la movilidad ilimitada de la mano de obra y la configuración, asimismo ilimitada, libre e individual de los salarios.

Con ello, se puso fin a una concepción que reclamaba la necesidad de la intervención política en el mercado de trabajo para conseguir resultados socialmente aceptables, o tolerables. Concepción que es conocida como “principio intervencionista” o “keynesiano”, y que como expresaba MONEREO⁷¹⁹ los Gobiernos socialdemócratas, en el período de prosperidad inmediatamente posterior a la postguerra, contribuyeron a reafirmar el valor de la igualdad y su inherencia al modelo de bienestar keynesiano, realizando una lectura en cierta medida “socializante” de la obra clásica de RAWLS⁷²⁰ sobre la necesidad de que en un sistema democrático basado en la justicia social se garantice una igualdad en cuanto al reparto de los “bienes sociales primarios”; es decir, libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza y las bases del respeto mutuo.

1. El eterno retorno a la libertad de mercado

Al hacerse perceptible la crisis orgánica del capitalismo keynesiano, se hizo necesaria una nueva cohesión que hiciera compatible la relación salarial (principio invariable del modelo de producción) con las transformaciones estructurales del modo de producción capitalista que propiciaban una caída del coste social de reproducción de la fuerza de trabajo, en el entendimiento de que las demandas salariales, el progresivo incremento del coste de la fuerza de trabajo, constituían la principal causa de la crisis del sistema.

Desde ese momento pudo apreciarse un cambio de orientación favorable al principio de mercado, un giro de timón hacia los postulados liberales del *laissez faire* y el mercado de competencia perfecta.

Con esa premisa, para los neoliberales, la función del Estado debe limitarse al desarrollo de su papel político, procurando la seguridad y la eficacia del funcionamiento del mercado, interviniendo exclusivamente para asegurar ese orden espontáneo, pero no fijando los objetivos de la actividad económica. La opción neoconservadora tenía como objetivo el debilitamiento, cuando no el desmantelamiento, puro y simple, de los logros sociales conseguidos en los años de oro del capitalismo keynesiano, lo cual se justificaba en dos razones fundamentales.

⁷¹⁹ Vid. J.L. Monereo: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. Edit. CES. Madrid 1996. p. 211. Señala igualmente Monereo que, llegado el caso: <<...esos mismos Gobiernos socialdemócratas (incluido nuestro país), han utilizado también las políticas neocorporativistas para aligerar el coste de legitimación de la aplicación de políticas materialmente neoliberales. En este caso, la <<gobernabilidad>> ha sido garantizada por una penetración de la autoridad estatal en las organizaciones sindicales más representativas, reinsertando su acción en la esfera del poder político>>. p. 212.

⁷²⁰ J. Rawls: *Teoría de la Justicia*. Edit. FCE. México 1979.

La primera, de orden económico, insiste en los problemas de sobrecarga producidos en la demanda económica, la segunda, de orden político, radicaría en los factores de ingobernabilidad que se derivan de esa sobrecarga impuesta al Estado. La solución, por tanto, consiste en “descargar” al Estado de esa lacra, mediante la desregulación y la liberalización de ciertas funciones que hasta ese momento habían sido asumidas por él.

Esto supuso un cambio de las directrices macroeconómicas, distinta de la típicamente estabilizadora que había caracterizado a los keynesianos. Si el Estado había podido, hasta ese momento, jugar eficazmente un papel importante como regulador de los desequilibrios entre producción y consumo, ello era posible en el marco de las economías nacionales, pero desde el momento en que la economía y la inversión se globalizaron, el sistema resultó ineficiente, puesto que el Estado no puede correr el riesgo de ver como ciertas empresas se vuelven deficitarias a consecuencia de la aceleración en la competencia internacional del trabajo.

2. Más mercado, menos Estado y menor protección social

Desde los ochenta, buena parte del discurso dominante sobre los problemas y desarrollos futuros del Estado del Bienestar se concentró en el supuesto antagonismo entre el aspecto de la seguridad civil colectiva del Estado (Estado del Bienestar) y los aspectos *liberales* del Estado (garantía de la propiedad privada, relaciones contractuales de mercado).

Las limitaciones del Estado del Bienestar se manifestaban en una contradicción fundamental: había llenado el universo del capitalismo de “derechos sociales”, integrando substancialmente a las clases trabajadoras, y éstas habían albergado la esperanza de una superación socialista del Estado del Bienestar. En ese contexto se produjo la implantación de nuevas prácticas políticas entre los actores del sistema, en su conjunto, que tuvo su reflejo en el marco de las relaciones laborales.

Al grito de “más mercado” y “menos Estado” los neoliberales proponen una vuelta “revisada” a los postulados del *laissez faire*. La autonomía de lo económico, expresión de un proceso de abstracción y mercantilización de las relaciones humanas y el “principio propietario” se convierten en el verdadero centro del sistema, desplazando la preocupación keynesiana por la búsqueda del consenso social a su periferia.

Los postulados que sostenían las políticas de *reprivatización* se apoyaban en una premisa fundamental: la utilización del Estado para debilitar las instituciones de las clases trabajadoras y desmontar las instituciones de la política de rentas pro-sala-

rios (escala móvil, contratos de trabajo permanentes, pleno empleo, etc.) para disciplinar a estas clases, puesto que la disciplina social constituye un determinante fundamental del beneficio privado.⁷²¹

Esas consignas, tuvieron unos efectos devastadores en las políticas de protección social. Lo cual resulta coherente, puesto que, en definitiva, el neoliberalismo supone una concepción político-ideológica en la que prima la eficacia económica frente a la protección social y el carácter dominante de la propiedad y la lógica propietaria sobre las políticas de intervención a favor de la igualdad social.

La respuesta neoliberal se concretó en las políticas de intervención mínima (Estado mínimo) que aseguren la eficiencia económica descuidando, empero, la protección social. Políticas minimalistas que fueron asumidas incluso por gobiernos autodefinidos como socialdemócratas.

La reducción del Estado de Bienestar a mero “Estado de asistencia”, con sus secuelas de pérdida de seguridad del empleo, segmentación del mercado de trabajo y de los propios desempleados, pérdida de salarios, disminución de prestaciones sociales, vaciado de los derechos sociales, privatización de empresas públicas y el fraccionamiento de los sistemas de pensiones públicas, constituyó una tendencia dominante en los países europeos para una “reestructuración del Estado del Bienestar” orientada a la pérdida de protagonismo público y la revitalización del sector privado mercantil en la gestión del “nuevo modelo pluralista del Estado del Bienestar”, recuperando para el sector privado ingentes recursos financieros que hasta ese momento y en la mayoría de los países, estaban exclusivamente bajo el control del sector público.⁷²²

Al mismo tiempo, y de forma paradójica, el discurso desregulador no supone la renuncia a la operación de socializar costes de la producción privada, para lo que precisa necesariamente de la intervención pública, por acción u omisión⁷²³. Tal paradoja se ha visto plenamente confirmada por los acontecimientos derivados de la crisis financiera mundial iniciada a finales del pasado siglo, y concretada en

⁷²¹ Vid. J.R. Capella: *Los ciudadanos siervos*. Edit. Trotta. Valladolid 1993. p. 97.

⁷²² Así lo señala J.L. Monereo. *Público y privado en el sistema de pensiones*. op. cit. pp. 30-31, y *La política de pensiones, entre Estado y mercado*, en J. Torres López (coord.): *Pensiones públicas: ¿y mañana qué?* Edit. Ariel. pp. 23-41.

⁷²³ Entre los costes de producción privada que son objeto de socialización, también en la regulación económica neoconservadora, pueden incluirse: 1.- Los vertidos en acuíferos y otros estragos medioambientales que empresarialmente ni se contabilizan, y cuya reparación corren a cargo de los presupuestos públicos. 2.- El deterioro de la salud de los trabajadores y/o ciudadanos ocasionados por actividades económicas de lucro privado, cuyo tratamiento corre a cargo del patrimonio público y/o de los afectados. 3.- Derivación hacia los usuarios de bienes esenciales (electricidad, teléfono, agua) de costes de las empresas suministradoras debidos a deficiencias de gestión. En España es patente esta po-

la inyección, por parte de todos los estados de capitalismo desarrollado, de ingentes sumas de dinero público al sistema bancario, cuando no nacionalizando bancos en quiebra, para tratar de evitar el hundimiento completo del soporte financiero-especulativo característico del capitalismo rabiosamente desregulador durante las tres últimas décadas, concretado en el llamado “capitalismo de casino” que ha gobernado la globalización sin ningún tipo de control estatal ni de reglas éticas, y mostrando un absoluto desprecio por la crisis medioambiental.⁷²⁴

3. Más flexibilidad, disciplina y desregulación

En el plano de las políticas de regulación jurídica de las relaciones laborales, el objetivo de la reforma neoliberal pasaba por eliminar la universalidad de la protección del trabajador, tendiendo a las regulaciones de mínimos de orden público, en un retorno hacia la individualización de las relaciones laborales. De ahí que los procesos de desregulación laboral, y en general de flexibilización, que se han ido imponiendo en estas décadas, suponen la reapertura, la puesta en valor, de la autonomía privada como elemento configurador del contrato de trabajo y de las relaciones en la empresa.

Pese a que desde el plano estrictamente jurídico, el concepto de flexibilidad no tiene cabida en ninguna institución ni concepto jurídico, ha dejado sentir plenamente sus efectos en la esfera de la regulación jurídica de las relaciones laborales. Un concepto eminentemente económico y de utilización reciente en el ámbito de la política del Derecho ha trascendido de forma plena al ámbito de la regulación jurídica, aún a pesar de que es una noción imprecisa y ambigua, puesto que, en un sentido amplio, es un concepto que remite a la exigencia de que la fuerza de trabajo se adapte a los cambios producidos en el sistema productivo y de consumo desde las dos últimas décadas del pasado siglo (globalización del capital productivo y financiero).

lítica respecto a las calamitosas inversiones en centrales nucleares. 4.- Realización de obras públicas con usuarios principales privados y no generales o públicos. 5.- Financiación parcial del sistema de seguros de las grandes empresas por los seguros de los pequeños usuarios. 6.- Aavales y garantías económicas públicas para empresas privadas, eliminando el riesgo del capital. 7.- Financiación indirecta de las materias primas a empresas de lucro privado en el área de los medios de comunicación y *mass media*. 8.- Subvenciones (vía fiscal, concediendo privilegios o directamente con aportaciones económicas públicas) al empleo, a la reconversión, a la concentración de las empresas. 9.- La inversión pública en I+D cuyas investigaciones son finalmente cedidas a las grandes corporaciones para su lucro. El caso de internet o la investigación en biotecnología son ejemplos muy llamativos de ese tipo de transferencias.

⁷²⁴ Sólo en nuestro país el Gobierno decidió destinar hasta un total de 150.000 millones de € en apoyo del sector financiero dentro del marco del Plan de Acción concertada en la UE. A tal efecto, véanse los Reales Decretos Leyes nº 6/2008, de 10 de octubre, por el que se crea el *Fondo para la Adquisición de Activos Financieros*, y nº 7/2008, de 13 de octubre, de *Medidas Urgentes en Materia Económica-Financiera en relación con el Plan de Acción Concertada de los Países de la Zona Euro* (BOE 14-10-2008) y la Orden EHA/3118/2008, de 31 de octubre, por la que se desarrolla el RDL 6/2008, de 10 de octubre. (BOE 3-11-2008).

En el plano jurídico, se concretaba en los siguientes principios: *flexibilidad de la legislación laboral, menor protección social, movilidad de los trabajadores* (funcional y geográfica), *moderación salarial y sistemas de retribución variables*. Esto equivalía a plantear la necesidad de adaptar el Derecho del Trabajo para favorecer la movilidad de los trabajadores, flexibilizando las condiciones de contratación y de despido.

Tal demanda, asumida por los gobiernos, tuvo como resultado el debilitamiento de la estabilidad del empleo, haciendo que afloraran una diversidad de formas de contratación, “atípicas”, que permitían la adaptabilidad de la contratación a los cambios cualitativos y cuantitativos de la demanda, flexibilizando tanto las condiciones de contratación como de despido. El empleo temporal rompió el corsé que con anterioridad caracterizaba determinadas ocupaciones (trabajo estacional, trabajo temporal,...) y que afectaban a una minoría de la población activa para erigirse en la tónica general de acceso al mercado de trabajo a partir de la década de los ochenta y que se ha consolidado en el presente.

El éxito de esas formas de contratación en todos los países industrializados se debe, no a la incorporación masiva de las mujeres al mercado de trabajo o al desarrollo espectacular del sector terciario, sino a la posibilidad que proporciona a las empresas practicar con menor riesgo reajustes cuantitativos y cualitativos de sus plantillas, evitando el coste y las formalidades administrativas de los despidos o las nuevas contrataciones⁷²⁵.

A partir de éste planteamiento se produce un debilitamiento del Derecho Estatal del Trabajo -incluso del Derecho sindical-, como técnica de regulación y de control social. A pesar de que el ordenamiento laboral no rehúsa su función integradora y de pacificación, tiende a abandonar todo intento serio de racionalizar el sistema de relaciones de trabajo conforme a un proyecto igualitario y realmente participativo, y a favorecer la implantación de un tipo de libertad individual condicionada por la fuerza contractual de los sujetos. La atribución de nuevos espacios a la autonomía privada, en última instancia, se traduce en una remisión a la voluntad unilateral del empleador que está en condiciones de hacer valer -nuevamente- su supremacía contractual y remite a un fenómeno de reforzamiento de la disciplina laboral y agudización de los rasgos autoritarios imperantes en las relaciones productivas. La empresa tiende a convertirse en una especie de vacío de control resistente a la intervención del Estado y a la injerencia de los sindicatos⁷²⁶.

⁷²⁵ Así lo reconoció expresamente la OIT en su informe: *La flexibilidad del mercado de trabajo: una selección de criterios y experiencias*. Edit. Mº de Trabajo y S.S. Madrid 1988. p. 30.

⁷²⁶ Vid. J.L. Monereo Pérez: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*. Edit. Tirant lo blanch. Valencia 1996. pp. 74-75.

En la práctica, supone la vuelta a la “versión fuerte” del contrato de adhesión característico de los primeros tiempos del desarrollo industrial; ya que, aún cuando la negociación colectiva se reconoce y representa como elemento de control de las posibles tendencias desviacionistas del mercado, la actividad sindical también resulta debilitada por la situación de precariedad y fragmentación del propio mercado de trabajo⁷²⁷.

II. EL FIN DE LA “COMEDIA DEL CONSENSO” Y DE LA “ECONOMÍA DE CUENTO HADAS”

Frente al compromiso entre clases sociales sobre la base del crecimiento económico que trajo como resultado el estado del Bienestar y que supuso la aceptación por parte de las clases poseedoras de la redistribución, vía Estado, del producto social, y por parte de los trabajadores y sus instituciones político-sociales, de las políticas de rentas que suponían un incremento del consumo; los neoliberales optaron por poner “orden” en un mundo en el que las políticas de pleno empleo redundaban en la relajación de la disciplina social⁷²⁸. Como solución, los neoliberales pretenden hacer “tabla rasa” del pasado, concretado en el Estado del Bienestar y la regulación estatal de las condiciones de trabajo. En ese empeño, los postulados neoliberales se han concretado en políticas de mercado de trabajo y de empleo que se pueden resumir del siguiente modo: *el desarrollo de una política fiscal favorable para las empresas; la reducción de las prestaciones sociales y de las disposiciones de protección de los trabajadores*, así como la “*flexibilización*” de las condiciones de empleo -impulsando la reforma de la legislación laboral y abriendo camino a la contratación de duración determinada, a tiempo parcial, y demás formas de empleo precario-, y *los sistemas de salario*.

La desregulación estatal del mercado de trabajo, uno de los presupuestos básicos de los partidarios de la flexibilización a ultranza, precarizó aún más la contratación, al convertir la subcontratación en un medio habitual para que las empresas pudieran aligerar y flexibilizar sus plantillas, ganando terreno sin cesar en una gama de sectores productivos cada vez más amplios, y constituyendo la práctica generalizada de prestación de servicios en actividades como: la restauración, la construcción, la limpieza, la seguridad, y demás servicios administrativos (contabilidad,

⁷²⁷ Los efectos de las políticas neoliberales en la desintegración de la clase obrera y sus organizaciones en: José Enrique Medina Castillo: *Crisis de la sociedad laboral y reparto del trabajo*. Edit. Comares. p. 206 y ss.

⁷²⁸ La importancia del restablecimiento de la disciplina empresarial como medio de recuperar la tasa de beneficios capitalista, en M. Kalecki: *Aspectos políticos del pleno empleo*, en *Sobre el capitalismo contemporáneo*. Edit. Crítica. Barcelona 1979.

asesoría...) que antes eran prestados por trabajadores de las propias empresas principales. Esta práctica les permite ahorrar gastos de explotación, de gestión, costes indirectos y demás obligaciones inherentes a la contratación de trabajadores, siendo una gran generadora de empleo precario y eventual, puesto que las empresas que trabajan con este sistema de contratación necesitan un personal muy flexible al que puedan contratar o despedir según sus necesidades, profundizando la fragmentación del mercado de trabajo -ya de por sí castigado con la disminución de la demanda-, creando espacios de desigualdad entre los propios trabajadores.⁷²⁹

Una de las consecuencias del panorama descrito, - en que el empleo ha perdido calidad, y sus retribuciones son menores- ha consistido en que, para mantener el nivel de consumo al mismo nivel o similar que en los años dorados del capitalismo, los trabajadores han tenido que aumentar, de hecho, la jornada de trabajo.

Junto a las políticas de flexibilidad y de contención del gasto público, se produjo el debilitamiento de los sistemas de protección social, bien reduciendo las prestaciones de desempleo en su cuantía y duración, cuando no excluyendo directamente de su ámbito protector a determinadas categorías de trabajadores, como por la dificultad de cubrir los períodos de carencia precisos para acceder a sus prestaciones a determinadas categorías de trabajadores eventuales o a tiempo parcial. Paralelamente, los sistemas de protección legal del despido (causas, cuantías de las indemnizaciones y procedimientos de extinción de los contratos) también se vieron flexibilizados por las políticas neoliberales que, de ese modo, permitieron a las empresas cerrar el círculo de flexibilidad y movilidad de los trabajadores, medio reclamado insistentemente para recuperar los anteriores niveles de beneficios. En definitiva, los programas sociales minimalistas pretenden asegurar al individuo sólo el dominio de un espacio vital y un *status* social de mínima procura existencial, que no se dirigen a toda la población y se limita la cobertura de las necesidades sociales a un mínimo de subsistencia elemental.

En definitiva, la “economía de cuento de hadas”⁷³⁰ liderada por los neoconservadores norteamericanos desde la década de los ochenta, basada en la intimidación de los trabajadores para frenar sus demandas salariales, necesitaba crear un estado de inseguridad en el mercado de trabajo. Para ello, la desregulación y el abandono

⁷²⁹ La bondad que este tipo de políticas de privatización y desregulación representa para las empresas se manifiesta en el hecho de que las propias Administraciones Públicas las han acogido con gran satisfacción para atender servicios cada vez más variados (recogida de basuras, servicios municipales de limpieza, limpieza y mantenimiento de edificios e instalaciones públicas, vigilancia, preparación de comidas y desinfección de hospitales públicos...), beneficiándose de la reducción de costes y la flexibilización de sus estructuras productivas, pasando a un gran sector de trabajadores, que antes tenían el rígido estatuto de agentes adscritos a servicios públicos, a la más precaria situación del sector privado.

⁷³⁰ La expresión es de Noam Chomsky: *Los mercados y la “sustancia de la sociedad”*. op. cit.

de las políticas de protección social constituían elementos imprescindibles y han provocado la precarización del trabajo -con sus secuelas de dualidad social y aumento de la pobreza-, ocasionando la quiebra de lo que constituía la sociedad del trabajo fordista y la sociedad del bienestar keynesiana.

Todo ello nos permite concluir con CHOMSKY, que los programas neoliberales de la última generación son otra etapa del mismo largo experimento, que dura ya varios siglos, para transformar, no sólo los hábitos y la conducta, sino también las mentes y actitudes de modo que la gente acepte la subordinación, la disciplina y el aislamiento y restrinja sus aspiraciones a necesidades artificiales creadas por la industria de la publicidad y el entretenimiento.⁷³¹

1. Una Europa en la que crecen las desigualdades

El capitalismo desregulador ha ganado la partida de finales del siglo XX y principios del siglo XXI, hasta el punto de que la Europa institucional se está desarrollando de espaldas al modelo de sociedad que caracterizó la postguerra, abandonando el sueño de la emergencia de una identidad europea y la creación de una política laboral y social común.

Y esto resulta especialmente grave si tenemos en cuenta que una de las consecuencias de los procesos de unión es el agravamiento de las desigualdades de todo tipo entre personas y espacios; entre ricos y pobres; entre poderosos y desfavorecidos. Los efectos sociales y el incremento del malestar que se derivan de la conjunción de este fenómeno, y de la disminución de las prestaciones sociales, son verdaderamente dramáticos.

Puesto que en el proceso de unificación se optó por relegar la cohesión social, la “Europa de las dos velocidades” ya es un hecho, generando una gran polarización social, dando lugar a lo que se ha denominado una “sociedad desgarrada”⁷³² cuya consecuencia política es el retorno del famoso “problema de las clases peligrosas” del siglo XIX con la posibilidad de rebeliones colectivas desestabilizadoras o la generalización de la delincuencia, lo que provoca una acción legislativa crecientemente penalizadora con el resultado de un progresivo aumento de la encarcelación, en una suerte de “limpieza social” que afecta a la “población sobrante” del sistema, aquellos que se sitúan en la base de la pirámide social. Respuesta conservadora que produce una importante pérdida de legitimidad del sistema político ante su incapacidad manifiesta para armonizar la eficiencia económica con la equidad social.

⁷³¹ Noam Chomsky. Op. cit. p. 46.

⁷³² La expresión es de Alain Lipietz: “*Elegir la audacia. Una alternativa para el siglo XXI*”. Edit. Trotta. Madrid 1977. P. 53.

El resultado es que desde la década de los noventa del pasado siglo las disparidades no han cesado de incrementarse y, de esa forma, el fenómeno del malestar social ha alcanzado una extraordinaria envergadura que se ha expresado con mayor rigor en los países del sur de Europa (España, Grecia, Portugal; Italia).⁷³³

Esa extensión de la pobreza en Europa no es ajena ni a la orientación de las políticas económicas aplicadas, ni a su efecto directo más inmediato: el desempleo. En efecto, los índices que recogen la intensidad del fenómeno del desempleo no han cesado de crecer, pero obviamente de modo muy desigual en las distintas regiones.

Otra clase de desigualdad, la que se produce entre los géneros, está asimismo considerablemente extendida en el ámbito de la unión europea, pero las condiciones son bien distintas de unas regiones a otras.

2. El caso de España

En nuestro país, la crisis financiera internacional surgida en 2008 tuvo unos componentes específicos que tienen importancia para analizar la realidad de nuestro mercado de trabajo y de las políticas sociales. Así, en el Estado español, a la crisis financiera y del consumo mundial se unió: 1.- el estallido de la burbuja inmobiliaria creada a lo largo de bastantes años; 2.- un modelo productivo basado en sectores muy vulnerables ante una crisis: construcción, servicios de ocio y turismo y, en otros casos, en sectores con un importante componente de industrias de mano de obra intensiva (más vulnerables ante la competencia internacional), del automóvil (en procesos crecientes de deslocalización) y una gran escasez de industrias de alta tecnología; y 3.- la deslocalización productiva hacia otros países europeos recientemente incorporados a la UE27 y Marruecos, y de la amplia liberalización del comercio mundial, con las secuelas de desinversión que ello implica.

La conjunción de esos factores puede explicar, a mi juicio, la gran destrucción de empleo que se viene produciendo en España desde el tercer trimestre de 2008. Inevitable resultado de un modelo productivo que es capaz de generar mucho empleo en momentos de expansión (industrias de uso de mano de obra intensiva y di-

⁷³³ Un estudio de la oficina estadística de la Unión Europea (Eurostat) confirma esa tendencia de fondo, pues si en 1993 situaba en 57 millones el número de personas pobres, es decir, aquellas cuyo ingreso total es inferior a la mitad de la media de ingresos netos en su país, en el año 2006 ya eran 78 millones de pobres, de los que 19 millones eran niños. El crecimiento de la pobreza se dispara a partir del año 2010, llegando a alcanzar la cifra de 119 millones en 2011 y 124,2 millones en 2012, el 24,8 % de la población de la UE, haciendo evidente el fracaso de la Estrategia Europea 2020, elaborado por el Consejo, y que pretendía reducir la pobreza en 20 millones de personas. En referencia a la pobreza infantil cuya media europea, en el año 2012, ascendía al 28%; al 33,8 % en España; 34,6 % en Grecia, mientras en otros como Alemania se reducía del 20% al 19,6%.

rigidas al consumo, servicios del ocio y turismo), pero también lo destruye con la misma velocidad en momentos de recesión porque son empresas y sectores que sufren intensamente cualquier crisis.

Además, nuestro modelo productivo, cuando ha generado ocupación, lo ha hecho mediante empleo de baja calidad y en muchos casos precario, con un fuerte componente de población inmigrante y con escasas posibilidades de ahorro, lo que hace a esos trabajadores más vulnerables ante las consecuencias de la crisis y más dependientes de la protección social.

Unido a lo anterior, las políticas de restricción salarial (tanto en el sector privado como en el público) provocaron nuevas reducciones de consumo, que se ven agudizadas por el elevado volumen de endeudamiento privado, derivado en buena medida de la apuesta por el sector inmobiliario y el alto precio de la vivienda.

Quiere ello decir, que las instituciones laborales poco, o nada, tuvieron que ver en el desencadenante de esta crisis global, pese a que, como se verá, se han situado en el punto de mira de “los mercados” como una de las principales dificultades, junto a las políticas de protección social, para iniciar un nuevo proceso de crecimiento económico y del empleo.

Pese a ello, las respuestas gubernamentales a la crisis se fundamentaron en una reforma en profundidad de la regulación social. A la reforma que se desarrolló entre junio a septiembre de 2010, y estimulada por algunos sectores del sector empresarial, que la consideraban poco relevante, le siguieron las profundas reformas en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de 2011 y 2012 (RD Ley 7/2011; Ley 27/2011; Ley 36/2011; RD Ley 3/2012; Ley 3/2012; RD Ley 20/2012; RD Ley 5/2013; RD Ley 11/2013; RD Ley 16/2013; RD Ley 625/2014,...). Con ellas se abarató el despido; se suprimieron los ERES; se aumentó el poder empresarial en las relaciones individuales y colectivas; se acabó con la primacía de la negociación colectiva sectorial para trasladar el ámbito prevalente de negociación a la empresa, donde el poder sindical es más débil; se traslada el riesgo de la explotación al trabajador, al convertir los convenios en vinculantes sólo mientras las circunstancias del mercado no varíen; se introdujo el despido colectivo en el Sector Público, y se huye del control judicial, desdibujando hasta el límite la causa justificada del despido como contenido del derecho al trabajo constitucionalmente exigible y suprimiendo los salarios de tramitación, lo que supone que el trabajador ha de cargar con la demora del proceso.

Así, a partir de 2012, se aprecia una tendencia creciente al aumento de la contratación temporal y a tiempo parcial en detrimento de la indefinida y a tiempo completo, hasta el punto de que los contratos indefinidos registrados en el período 2012-2015 llegan a tener una presencia decreciente, pasando a ocupar un papel

marginal, en porcentajes que no llegan a superar el 8% del total. Por el contrario, los contratos a tiempo parcial y temporales han crecido más de 10 puntos desde el año 2008 al 2014. En el año 2015 la tasa de desempleo era del 22,2% (48,8 % en los menores de 25 años) y la tasa de temporalidad pasó al 34,8 %.

Similar efecto se percibe cuando observamos la evolución en el aprovisionamiento de los denominados bienes públicos y prestaciones de seguridad social. Derivado del empeño por constreñir el papel de lo público, las dotaciones en sanidad, educación, cultura o infraestructuras decrecen, y se van dejando en manos de empresas privadas. Al mismo tiempo, se reducen las prestaciones de seguridad social con el argumento de la crisis financiera del sistema, derivada de la disminución del número de afiliados y el envejecimiento de la población.

Todo ello trajo como resultado un aumento descomunal de la tasa de desempleo, la proliferación de la temporalidad y la precariedad en la contratación, la disminución de las prestaciones de seguridad social y el aumento de la exclusión social.

III. A MODO DE CONCLUSIONES

I.- Los distintos ensayos de políticas de empleo seguidas en los países de la OCDE desde el pasado siglo no han servido, hasta la fecha, ni parece que puedan tener eficacia alguna en el futuro, para resolver el problema del paro. Ni las intervenciones económicas públicas, subvencionando o bonificando el empleo, ni la flexibilidad en la regulación del mercado de trabajo, han conseguido evitar el crecimiento del paro, la precariedad laboral y el malestar social. Resultado de ello, el Derecho del Trabajo, ha dejado de cumplir su función esencial de ser un ordenamiento compensador e igualador en orden a corregir, al menos parcialmente, la desigualdad de origen característica de las relaciones laborales, dejando de cumplir la función pacificadora que había venido desarrollando en el capitalismo intervenido.

II.- Es necesario un nuevo modelo alternativo de regulación del mercado de trabajo (flexibilidad ofensiva), que otorgue preferencia a la estabilidad laboral, a la modernización tecnológica y a la formación profesional, y se articula a través del sistema de negociación colectiva supraempresarial, sin excluir la posibilidad de acuerdos tripartitos, que establezcan las reglas de juego, compaginándolo con los convenios de empresa que singularizan el tratamiento de las condiciones de trabajo, el sistema de organización del trabajo y la implicación de los trabajadores en la gestión y dirección de la empresa.

III.- Se hace necesaria una reformulación del contrato social que ponga mayor énfasis en la idea de la justicia distributiva y por la acción positiva de reparto. Hace

falta más “nación social” para consolidar el cemento político y menos “nación económica” para desarrollar la economía. Es necesario que la lógica de la “protección social” y la lógica de “eficacia económica” se aproximen y se conjuguen entre sí en torno a una política económica democrática que tenga como objetivos esenciales: la creación de empleo, la consecución de una distribución más igualitaria de las rentas y la sostenibilidad medioambiental.

IV.- Es necesario caminar hacia el desarrollo de la “Europa Social”, auténtico campo de maniobras para construir una verdadera Europa unida en torno a los siguientes objetivos fundamentales: el logro del máximo bienestar para las poblaciones implicadas, profundizar en la democracia europea; el control planificado de la economía europea y la producción con objetivos sociales previamente consensuados; el reconocimiento de la “ciudadanía integral europea” -que exige que las políticas de redistribución de las rentas constituyan el eje central del modelo-; en el marco de un nuevo modelo de regulación jurídica de las relaciones laborales que, en combinación con políticas sociales activas, permita superar las actuales disfunciones del mercado laboral y sus secuelas en el plano del bienestar.

En definitiva, frente al modelo de liberal-conservadurismo que durante más de veinticinco años ha regido los destinos de la Unión Europea, es necesario exigir un desarrollo más rápido de las instituciones políticas, reforzándose el espacio social dentro de la UE; la creación de Derechos civiles de ciudadanía, que se realizarían a través del establecimiento de derechos sociales, universales e iguales, para todos los ciudadanos de la UE; el establecimiento de políticas de reparto del empleo y el trabajo; y la armonización de las políticas laborales y fiscales de los Estados de la UE, para evitar la evasión de capitales y el *dumping* social en el área geográfica de la comunidad.

V.- Para evitar las perversas tendencias hacia la dualización social, es necesario realizar una política global (integrada) que, partiendo de la interdependencia entre el modelo de regulación económica y social, no se desentienda del problema del trabajo y de la escasez de empleo, puesto que el trabajo continúa siendo percibido como uno de los factores más importantes de integración social. De ahí, que un objetivo preferente de las políticas de regulación (del trabajo y las políticas sociales) deberá ser facilitar el reparto del empleo, reducir progresivamente la duración de la jornada laboral, sin tener que disminuir la retribución del trabajo, compensando esa reducción con un aumento de la productividad; y estableciendo mecanismos de rentas complementarias allí donde la reducción de la jornada no sea posible compensarla, en su totalidad, con los incrementos de productividad.⁷³⁴

⁷³⁴ Un desarrollo más detallado de las propuestas lege ferenda encaminadas a la redistribución del trabajo y demás políticas de solidaridad social en: José Enrique Medina Castillo. op. cit. pp. 437 y ss

VI.- La estrategia del reparto del trabajo puede tener cabida en el marco de la denominada “flexibilidad ofensiva”, siempre que las políticas de regulación laboral no se construyan al margen de las políticas sociales. Lo cual es posible (desde una perspectiva jurídico-institucional) en un sistema de relaciones laborales de carácter intervencionista, como aún es el nuestro, que se apoya en la propia esencia del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 1º CE), y que obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos que dificulten que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (artículo 9º. 2 CE). Ese compromiso público se hace realidad a través de garantizar, entre otros, el derecho al trabajo y la promoción a través del trabajo. Todo ello, en un marco socioeconómico en el que “*toda la riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general*” (artículo 128º CE).

7. MEDIDAS PARA EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN LABORAL

7.1. MEDIDAS PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO Y CRISIS ECONÓMICA: CONFIGURACIÓN Y CLASIFICACIÓN

JUAN GARCÍA BLASCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de
la Universidad de Zaragoza
Miembro del Consejo Económico y Social de España*

I. EL EMPLEO Y EL PLAN NACIONAL DE REFORMAS

Dentro de sus prioridades, el Plan Nacional de Reformas (PNR) de España de 2014 incidía, al igual que lo hiciera el del año anterior, en la aplicación efectiva de la reforma laboral aprobada en febrero de 2012 (RD-Ley 3/2012). El PNR consideraba que ésta había dado resultados positivos para frenar la destrucción de empleo, aumentar la empleabilidad y estabilidad laboral, especialmente de los jóvenes, mejorando la competitividad de la economía mediante un proceso de moderación salarial⁷³⁵. Asimismo, señalaba las medidas adoptadas en el ámbito de las políticas activas de empleo,

⁷³⁵ Las valoraciones sobre la aplicación y efectos de la reforma laboral se basaban en la información aportada por una evaluación realizada por el Ministerio de Empleo y otra por parte de la OCDE.

la mayoría puestas en marcha en 2013, particularmente las dirigidas a fomentar el empleo juvenil con la puesta en marcha de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016 y la implantación de la Garantía Juvenil.

Este Plan incorpora las reformas adicionales que se pretendían poner en marcha para impulsar la creación de empleo. Se trataba de medidas dirigidas a fomentar el trabajo a tiempo parcial y la flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo, así como el empleo indefinido a través de una reducción de las cotizaciones a la Seguridad, entre otras. Muchas de estas medidas anunciadas en el PNR habían sido aprobadas con anterioridad o en los meses siguientes a su presentación, como el RD Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores; la Estrategia Española de Activación para el empleo 2014-2016, o el RD Ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida,^a a las que me referiré mas adelante.

A tenor del PNR de España, la Comisión realizó una serie de recomendaciones que fueron posteriormente aprobadas por el Consejo⁷³⁶. En ellas se reconocía el trabajo llevado a cabo en reformas estructurales emprendidas para impulsar el crecimiento y la competitividad en consonancia, en líneas generales, con los objetivos que se habían marcado en el PNR de 2013. Con todo, se consideraba necesario seguir avanzando en la misma dirección de las políticas emprendidas para mejorar la eficacia de los mercados de trabajo y para fomentar la empleabilidad de los colectivos con mayores problemas de empleabilidad, al tiempo que se insistía en mejorar la eficacia de las políticas activas y la conexión entre la formación y el empleo.

II. LAS POLÍTICAS DE EMPLEO EN ESPAÑA: NOVEDADES Y DEBATES

El año 2014 ha sido el escenario temporal de proyección de la actividad normativa desarrollada en el ámbito laboral en los últimos años afectando a la regulación del mercado de trabajo, las políticas de empleo, dando lugar a instrumentos normativos de relevancia.

Muchas de estas normas suponen una rectificación respecto a algunas medidas adoptadas en los años previos. En algunas de ellas, además, se aprecian deficien-

⁷³⁶ Recomendación del consejo de 8 de julio de 2014 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2014 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2014 (2014/C 247/08).

cias en la sistematización y técnica legislativa empleada, atribuibles, en muchos casos, a la urgencia con que se han aprobado. Si bien dicha urgencia respondía a la difícil situación del mercado de trabajo, también han influido las exigencias derivadas de la pertenencia a la Unión Europea, particularmente para atender las sucesivas Recomendaciones realizadas por el Consejo en el contexto del Programa Nacional de Reformas y del Plan de Estabilidad. En todo caso, los desarrollos más relevantes se han vuelto a centrar en políticas de fomento de la contratación a través de incentivos económicos.

Con todo ello, ha quedado configurado un nuevo modelo de políticas de empleo cuyo almacén central y desarrollo normativo se ha realizado en 2014, tratando, como objetivo explícito, definido por el Gobierno el de reforzar la vinculación entre las políticas activas y pasivas, fomentar la empleabilidad, la atención prioritaria a determinados colectivos y el impulso al emprendimiento. Estos objetivos, sin embargo, ya formaban parte de los desarrollos en materia de política de empleo que se habían venido abordando en los últimos años.

La clave del nuevo modelo de políticas activas de empleo es la modificación del marco de financiación y gestión, hasta ahora articulado sobre programas de carácter centralizado, proyectándose hacia otro basado en la evaluación y acorde a las competencias en políticas activas de empleo de las CCAA en el marco de la unidad de mercado⁷³⁷, dirigido hacia la consecución de los objetivos fijados, a partir de unas directrices y ejes prioritarios de actuación.

En este tiempo, se ponen en marcha distintos instrumentos como la Estrategia Española de Empleo 2012-2014 o los Planes Anuales de Política de Empleo en 2012 y 2013 que, como reconoció el propio Gobierno no eran acordes con el contexto laboral ni con las exigencias y recomendaciones europeas. La propia Estrategia criticaba que no incluía la evaluación como un aspecto reforzado del diseño, planificación, programación, ejecución y control de los resultados de las políticas de activación para el empleo, aún cuando pudieran existir indicadores que facilitaban la evaluación. La diferencia con el nuevo enfoque es que la evaluación permanente, apoyada en dichos indicadores, va a condicionar la financiación en función de los resultados de las actuaciones desarrolladas en los distintos ámbitos territoriales. En cualquier caso, los nuevos indicadores se orientan a valorar la gestión por parte de los órganos competentes. Son, por tanto, indicadores de resultados de gestión y no tanto de eficacia o impacto de las medidas sobre el mercado de trabajo.

⁷³⁷ Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Todo ello se plasmó en la aprobación de la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016 (EEAE), a través del RD 751/2014, de 5 de septiembre, que suponía el elemento central de la transición hacia este nuevo enfoque y tratamiento. La Estrategia se configura como el nuevo escenario plurianual para vertebrar las actuaciones de los servicios públicos de empleo autonómicos (SPE) bajo un paraguas de objetivos y principios de actuación comunes, compatible con la flexibilidad en los instrumentos para su consecución.

Esa aprobación exigía algunos cambios en la Ley 56/2003 de Empleo, que fueron introducidos por el RD-Ley 8/2014, de 4 de julio, y posterior Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, situando a la citada Estrategia como el marco normativo plurianual de referencia para la coordinación y ejecución de las políticas de activación para el empleo tanto en el ámbito de las políticas activas de empleo, como de la intermediación laboral. Estos cambios pretendían, por un lado, abordar la reorganización y sistematización de las actuaciones en el ámbito de las políticas activas, adoptando una nueva terminología de servicios y programas (en lugar de medidas y acciones) y, por otro, sentar las bases de la cartera común de servicios para su posterior desarrollo.

La necesidad de una nueva Estrategia según este planteamiento estaba implícita en las Recomendaciones a España de la Comisión Europea y así se había incluido en el PNR aprobado el 30 de abril de 2014, donde se señalaba que había que consolidar estos cambios y profundizar en el nuevo modelo.

La principal novedad es la orientación de las políticas en función de los resultados alcanzados, de forma que la evaluación y el logro de éstos condicionan la distribución de los fondos para el ejercicio siguiente, lo que se está implantando de forma progresiva. Así, en 2013 el 15 por 100 de los fondos distribuidos a las CCAA se vinculó a los resultados logrados en 2012, mientras que en 2014, el porcentaje ya aumentó hasta el 40 por 100 y en 2015 lo hará hasta el 60 por 100.

III. JÓVENES Y DESEMPLEADOS DE LARGA DURACIÓN

Con la finalidad de concentrar las actuaciones en colectivos prioritarios específicos con el objetivo de evitar su exclusión del mercado laboral, se aprobaron dos programas dirigidos a los dos colectivos prioritarios que mayores necesidades demandaban: los jóvenes y los desempleados de larga duración.

La prioridad en la atención a los jóvenes, a tenor de las elevadas cifras de desempleo juvenil en España, ha sido una constante en los últimos años y se ha venido desarrollando a través de la puesta en marcha de la Estrategia de Emplen-

dimiento y Empleo Joven (2013-2016)⁷³⁸ y los avances en la implantación de la Garantía Juvenil⁷³⁹. Durante 2013 se dieron los primeros pasos para la puesta en marcha de esta última, pero fue en 2014 cuando se aprobó el régimen de implantación del Sistema Nacional de Garantía Juvenil (SNGJ) a través del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, y posterior Ley 18/2014, de 15 de octubre de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

El SNGJ tiene como objetivo la integración coherente de todas las políticas dirigidas a mejorar la empleabilidad y favorecer la inserción en el mundo laboral de los beneficiarios del Sistema. La finalidad última es que el colectivo de jóvenes no ocupados, ni integrados en los sistemas de educación y formación, mayores de 16 años y menores de 29 años⁷⁴⁰, o menores de 30 en caso de personas con discapacidad, pudieran recibir una oferta de empleo, educación continua, formación de aprendiz o periodo de prácticas, tras acabar la educación formal o quedar desempleadas.

En cualquier caso, se echa en falta un desarrollo más concreto y detallado de actuaciones, que podría haber sentado las bases para la activación de este colectivo y que puede reflejar cierta precipitación en la aprobación de la medida, dadas las exigencias de la Unión Europea para su puesta en marcha. A través del FSE⁷⁴¹ y de la Iniciativa de Empleo Juvenil, se han puesto a disposición de España 1.887 millones de euros para la cofinanciación de gastos en atención directa a los jóvenes no ocupados y que no cursan estudios, ni formación, objetivo del SNGJ. Recientemente, la Comisión Europea ha planteado la posibilidad de acelerar los pagos de la Iniciativa de Empleo Juvenil dada la urgente necesidad de ofrecer a los jóvenes una oportunidad justa para mejorar sus habilidades y encontrar un buen trabajo lo antes posible, lo que supondría para España recibir un anticipo de 283 millones de euros en 2015.

Hasta abril de 2015 se habían presentado 57.922 solicitudes de inscripción al registro, de las que se habían resuelto el 94,8 por 100, habiéndose aceptado y por tanto quedando inscritos un total de 48.576 jóvenes, lo que supuso un 87 por 100 de las solicitudes presentadas.

⁷³⁸ Véase para un mayor detalle Memoria CES 2013, pop. 368-373.

⁷³⁹ La implantación de la Garantía Juvenil era una de las Recomendaciones que el Consejo de la Unión Europea había hecho para España en abril de 2013.

⁷⁴⁰ Inicialmente, la medida se diseñó para abarcar a los jóvenes menores de 25 años y menores de 30 en caso de discapacidad. La Conferencia Sectorial de Empleo celebrada en abril de 2015 aprobó la ampliación, hasta 29 años, de la edad máxima para poder acceder al Sistema.

⁷⁴¹ La programación del FSE en España se articula a través de tres Programas Operativos: Empleo joven, Empleo, Formación y Educación e Inclusión social y de economía social, que sirven todos ellos de instrumentos para la financiación del Sistema de Garantía Juvenil.

Por otro lado, a final de año se aprobó el Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, convalidado por el Congreso de los Diputados el 20 de enero de 2015, por el que se regulaba el Programa de Activación para el Empleo, dirigido específicamente a las personas desempleadas de larga duración.

Este Programa surgió del Acuerdo⁷⁴² sobre el Programa Extraordinario de Activación para el Empleo firmado por el Gobierno y los Interlocutores Sociales el 15 de diciembre, con el objetivo de mejorar la empleabilidad y dotar de nuevas oportunidades al citado colectivo de trabajadores, considerando sus mayores dificultades de colocación. A su vez, este Acuerdo específico formaba parte de las propuestas que el Gobierno y los interlocutores sociales habían firmado en julio de 2014⁷⁴³ y en el que se incorporaba la necesidad de diseñar, con carácter prioritario, un programa de activación para el empleo dirigido a este colectivo. Las Recomendaciones de la Unión Europea respecto al Programa Nacional de Reformas de 2014 también señalaban la difícil situación de este colectivo y la necesidad de adoptar medidas específicamente dirigidas a facilitar su empleabilidad.

La finalidad del Programa es, en última instancia, facilitar el retorno al empleo de los desempleados de larga duración con responsabilidades familiares que hubieran agotado su protección por desempleo, sin perder la necesaria protección social. Uno de los retos centrales de la EEAE es reducir el tiempo que los trabajadores están en situación de desempleo, para lo cual se define la figura del tutor individual asignado a cada beneficiario estimado.

El programa, de carácter extraordinario y temporal, vigente desde el 15 de enero de 2015 hasta el 15 de abril de 2016, tenía un doble objetivo: por un lado, favorecer la vuelta al empleo a través de actuaciones de política activa de empleo y de intermediación laboral y, por otra, apoyar al desempleado mediante una ayuda económica de acompañamiento de cuantía igual al 80 por 100 del IPREM mensual vigente en cada momento, vinculada a la participación en las políticas de activación. Para su puesta en marcha, el Gobierno aprobó un crédito extraordinario de 850 millones de euros en 2015 y 180 millones en 2016, procedente del remanente del gasto en prestaciones por desempleo correspondiente a 2014.

La principal novedad de este programa es la posibilidad de compatibilizar la ayuda económica con el trabajo por cuenta ajena, a tiempo completo o parcial y de

⁷⁴² Véase apartado 2.1.2. en este mismo capítulo.

⁷⁴³ Acuerdo de propuestas para la negociación tripartita para fortalecer el crecimiento económico y el empleo, firmado el 29 de julio entre el Gobierno y los Interlocutores Sociales CEOE, CEPYME, CCOO y UGT. Véase para un mayor detalle, el apartado 2.1.2 de esta Memoria.

duración indefinida o temporal, hasta un máximo de 5 meses, y que se articula descontando la cuantía de la ayuda del salario correspondiente. Adicionalmente, la ayuda es compatible con otros incentivos a la contratación existentes. En el caso de autoempleo, se permite compatibilizar la ayuda de acompañamiento durante un periodo inferior a 180 días.

El Informe realizado por el CES en 2014, *Informe 2/2014 sobre la situación sociolaboral de las personas de 45 a 64 años de edad* ya se señalaba, entre sus conclusiones y propuestas, la importancia de abordar actuaciones concretas dirigidas a los desempleados de larga duración. En concreto, se identificaron medidas concretas dirigidas a este colectivo, dado que muchas personas desempleadas entre 45 y 64 años a su vez estaban en situación de paro de muy larga duración, teniendo menores posibilidades de reincorporación al mercado laboral, con más baja empleabilidad y, en ocasiones, situación de riesgo social, lo que hacía necesario dedicarles una atención prioritaria.

IV. NUEVOS INCENTIVOS A LA CONTRATACIÓN LABORAL

Los estímulos económicos a la contratación para el fomento del empleo viene siendo una práctica habitual en las políticas actuales, lo que supone dar mayor peso al sistema de bonificaciones.

El programa de fomento del empleo había experimentado modificaciones sustanciales a lo largo de la crisis, en respuesta, entre otros motivos, a necesidades de consolidación fiscal y a la constatación, ampliamente compartida, de la limitada eficacia de las subvenciones sobre la generación de empleo cuando estas ayudas se universalizan. Si bien un sistema de incentivos bien diseñado y reorientado hacia los colectivos con mayores dificultades de acceso al mercado laboral puede contribuir al objetivo de creación de empleo, la profusión de los nuevos incentivos aprobados y algunas características novedosas en los mismos, hace necesario evaluar su oportunidad y eficacia en la creación de empleo.

Tras los cambios legislativos establecidos a partir de la reforma abordada en 2012, el sistema general de incentivos a la contratación había quedado centrado principalmente en determinados colectivos especialmente vulnerables y en la contratación indefinida en el ámbito del apoyo a emprendedores.

A este esquema, se incorporó, la denominada “tarifa plana”, a través del Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida, consistente en una reducción en la cotización por contingencias comunes a la Seguridad Social con la finalidad de fomentar la contratación estable y que reflejaba una tendencia nuevamente hacia la generali-

zación, que ya había sido limitada en los años previos⁷⁴⁴. Inicialmente, esta medida tendría vigencia hasta 31 de diciembre de 2014, pero a finales de diciembre de 2014 se prorrogó para los contratos celebrados entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2015⁷⁴⁵.

Adicionalmente, en el contexto de la implantación del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, se aprobaron nuevos incentivos a la contratación en el RD-ley 8/2014, de 4 de julio, y posterior Ley 18/2014, de 15 de octubre de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. Se introducía así un nuevo incentivo para la contratación indefinida de beneficiarios del sistema entre el 5 de julio y el 30 de junio de 2016, en forma de bonificación mensual en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social, por una cuantía de 300 euros y una duración de seis meses, siempre que la contratación supusiese un aumento en el nivel de empleo indefinido y de empleo total. La bonificación sólo podría aplicarse una vez por cada uno de los beneficiarios del Sistema. La novedad en esta nueva bonificación radica en la posibilidad de compatibilizarla con todo tipo de incentivos, siempre que el importe a cotizar no sea negativo.

Además, se incorporaron algunas modificaciones en la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendimiento y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, estableciendo distintos beneficios a las personas incluidas en el SNGJ como el acceso a incentivos a la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa en condiciones más favorables, o a incentivos a los contratos en prácticas.

Se produjeron, también, modificaciones en la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje, aumentando las cuantías máximas de las bonificaciones establecidas e introduciendo una nueva bonificación para financiar los costes relativos de la obligada tutorización de cada trabajador a través del contrato para la formación y el aprendizaje⁷⁴⁶.

Por último, en 2015 se ha aprobado un nuevo incentivo para la creación de empleo estable entre el conjunto de medidas de diversa índole incluidas en el RD-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social y que está en trámite parlamentario como Proyecto de Ley.

⁷⁴⁴ Véase CES, Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2013.

⁷⁴⁵ Disposición adicional decimoséptima del Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico.

⁷⁴⁶ El contrato para la formación y aprendizaje está regulado por la Orden ESS/2518/2013, de 26 de diciembre, en desarrollo del RD 1529/2021, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases para la formación dual.

Comparado con la “tarifa plana”, el nuevo incentivo mantiene la duración del beneficio en la cotización, que será de 24 meses, pero amplía la posibilidad de su utilización a 18 meses -será aplicable a los contratos celebrados entre el 28 de febrero de 2015 y el 31 de agosto de 2016-. Las empresas de menos de 10 trabajadores igualmente podrán ampliar el beneficio obtenido durante 12 meses adicionales con un mínimo exento de 250 euros en la base de cotización o de la cuantía proporcional en el caso de contratación a tiempo parcial.

La principal novedad que supone este nuevo incentivo aprobado en 2015 es la posibilidad de compatibilizarlo con otros beneficios ya existentes. Es el caso de las bonificaciones para la contratación indefinida de trabajadores inscritos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil y la ayuda económica de acompañamiento establecida a través del Programa de Activación para el Empleo, que son compatibles con este nuevo incentivo a la contratación. Todo ello con el objetivo de impulsar la contratación de jóvenes y de parados de larga duración.

Si bien este tipo de medidas implica una rebaja de los costes laborales de las empresas que puede estar impulsando los niveles de contratación en general, habrá que valorar la eficacia de estas actuaciones y de la inserción laboral en los colectivos más vulnerables, lo que hace necesario un seguimiento y evaluación constante para garantizar la efectividad de la medida.

V. ALGUNOS ASPECTOS APLICATIVOS

El balance del impacto de las políticas activas de empleo resulta clave para valorar la efectividad de las mismas. El esfuerzo en políticas activas tiene un efecto positivo sobre la empleabilidad de los trabajadores y, por tanto, es especialmente necesario en la actual coyuntura de elevado desempleo. A pesar de ello, es complicado abstraer el análisis de la efectividad de las PAE del contexto económico en el que actúan y, en particular, en el contexto de recuperación actual.

Las medidas de fomento de la contratación han constituido uno de los pilares tradicionales de las políticas activas en España. Así, la partida de incentivos al empleo ocupa casi un tercio de los recursos destinados a políticas activas, mientras que en la media de la UE no alcanza el 20 por 100.

Las elevadas tasas de desempleo registradas durante la crisis desbordaron las posibilidades de impacto de los incentivos a la contratación. Asimismo, las bonificaciones a la contratación indefinida, que durante años han dominado las políticas de incentivos en España, no lograron contener el avance del trabajo temporal. De esta forma, la eficacia de esta modalidad de política activa ha resultado ser limitada y, de hecho, no está claro que los incentivos a la contratación contribuyan

decisivamente a la creación de empleo, lo que ha llevado en los últimos años a replantear la orientación de dichos incentivos con el objetivo de lograr una mayor eficacia.

Así, ya en 2010 con la Ley 35/2010 se dio el primer paso hacia la concentración de los esfuerzos de fomento del empleo en colectivos específicos con especiales dificultades de empleabilidad, como los jóvenes menores de 30 años con baja cualificación, así como los parados de larga duración mayores de 45 años. A su vez, el Real Decreto-ley 1/2011 contempló nuevas bonificaciones en los contratos a tiempo parcial de jóvenes y desempleados de larga duración; así como en el contrato de formación y aprendizaje. La reforma laboral aprobada en 2012 modificó la oferta de incentivos al empleo, que se aplicaron en la modalidad recién creada de contrato indefinido de apoyo a emprendedores y, de nuevo, en la de formación y aprendizaje. Asimismo, se incluyeron nuevas bonificaciones en las cuotas empresariales por la transformación en indefinidos de los contratos en prácticas, de relevo y sustitución. Por otro lado, el Real Decreto-ley 20/2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y el fomento de la competitividad, recogió la supresión de las bonificaciones por contratación, mantenimiento del empleo o fomento del autoempleo aplicables en supuestos distintos a los contemplados en la reforma laboral. En 2013, se establecieron nuevas reducciones de cuotas en favor de los jóvenes para favorecer la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa y la contratación indefinida de menores de 30 años, así como en los contratos de primer empleo joven. Y nuevamente, en 2014, como se ha señalado anteriormente, se aprobaron nuevos estímulos a la contratación para el fomento de empleo de los jóvenes, en el marco de la aprobación de la implantación del Sistema Nacional de Garantía Juvenil.

Asimismo, también forman parte de la política de fomento de empleo, las medidas de apoyo al emprendimiento en forma de incentivos, con mayor énfasis en el caso de los emprendedores jóvenes.

Todo este conjunto de actuaciones configuran la política de fomento de empleo en España, centrada en la contratación bonificada de la contratación temporal para sustitución y en la atención a determinados colectivos prioritarios, como los jóvenes o los mayores de 45 años. En 2014, el número de contratos bonificados alcanzó los 215.675, lo cual supuso un aumento del 8,6 por 100 respecto al año anterior.

Contratos acogidos a medidas de fomento de la contratación, 2014

Total de contratos	Contratos indefinidos						Contratos Temporales		Total	
	Indefinidos iniciales		Personas con discapacidad		Conversiones en indefinido					
	Número	%	Número	%	Número	%	Número	%	Número	%
Según colectivos de objeto de bonificación										
MATERN., ADOCIÓN, ACOG. Y RIESGO							99.127	57,4	99.127	46,0
OTRAS INTERINIDADES							534	0,3	534	0,2
PER.S. CON DISCAPACIDAD	1.314	5,2	7.158	100,0	4.980	47,5	68.316	39,5	81.748	37,9
TRABAJ. EN RIESGO DE EXCL. SOC.	145	0,6					2.368	1,4	2.513	1,2
VÍCTIMAS VIOLENCIA/TERRORISMO	140	0,6					668	0,4	808	0,4
TRABAJ. EN EMPL. DE NSERC.	11	0,0					1.202	0,7	1.213	0,6
JOVENES 16-30 AÑOS EMP. <50 TRAB.	11.478	45,3							11.478	5,3
MUJ. 16-30 SUBREP. EMP. <50 TRAB.	42	0,2							42	0,0
MAYORES 45 AÑOS EMP. <50 TRAB.	11.815	46,7							11.815	5,5
MUJ. >45 SUBREP. EMP. <50 TRAB.	100	0,4							100	0,0
INCORP. <30 AÑOS A COOPERAT.SAL.	62	0,2							62	0,0
INCORP. <30 AÑOS EXCL. SOC. A EMP. INSE	4	0,0					225	0,1	229	0,1
INDEF. PRIMER EMPLEO JOVEN ET	82	0,3							82	0,0
INDEF.PROCED.TOS.PRACT ET (RDL-16/2013)	22	0,1							22	0,0
BENEF. SIN GARANTÍA JUVENIL	96	0,4					319	0,2	415	0,2
CONV. INDEF. LEY 43/2006						109	1,0		109	0,1
CONV. INDEF. LEY 3/2012						5.302	50,8		5.302	2,5
CONV. INDEF. LEY 11/2013						76	0,7		76	0,0
Total	25.311	100,0	7.158	100,0	10.447	100,0	172.759	100,0	215.675	100,0
Pro memoria 2013	33.000	100,0	6.062	100,0	10.643	100,0	148.916	100,0	198.621	100,0

Fuente: SEPE, Estadística de contratos, 2013-2014.

El 80 por 100 de los contratos bonificados fueron de carácter temporal, lo cual supuso un repunte sobre el peso de estos contratos en el total respecto a 2013, que había sido del 75 por 100. Asimismo, casi la mitad de los contratos bonificados estuvieron relacionados con sustituciones por maternidad u otras interinidades, mientras que los contratos a personas con discapacidad supusieron algo más de un tercio del total, siendo más de un 83 por 100 contratos temporales.

Por lo que respecta a los contratos indefinidos, que representaron un 20 por 100 del total de los contratos bonificados, las conversiones alcanzaron al 24,3 por 100 dentro de esa modalidad. La mayor parte de indefinidos bonificados correspondió a indefinidos iniciales hasta alcanzar el 59 por 100, ligeramente por debajo de la cifra del año anterior (66,4 por 100). Cabe destacar que la mayor parte de estos contratos se realizaron en línea con los incentivos existentes con jóvenes menores de 30 años (45 por 100) y mayores de 45 años (46 por 100).

VI. EMPLEO Y CONTRATO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES

Interesa señalar que 2014 se celebraron más de 98.751 contratos de apoyo a emprendedores, lo que supuso un 20 por 100 más que el año anterior. Asimismo, los contratos de apoyo a emprendedores formalizados en 2014 representaron casi el 18,9 por 100 del total de indefinidos iniciales a tiempo completo.

El impacto sobre este tipo de contrato de las deducciones fiscales previstas en determinados casos alcanzó, en 2014, el 5,5 por 100 del total de contratos acogidos a alguna deducción. Este dato permite anticipar que las ventajas de esta modalidad de contrato residen (al margen del eventual incentivo de las bonificaciones previstas para parados de larga duración menores de 30 y mayores de 45 años), en otras características del mismo como la compatibilización, con determinados requisitos, del salario con el 25 por 100 de la cuantía de prestación por desempleo reconocida y pendiente de percibir, y la extensión del período de prueba a un año.

Finalmente, cabe señalar que el contrato ha dejado de tener un impacto significativo entre los menores de 30 años respecto al que se registraba inicialmente cuando surgió esta modalidad. De hecho, en 2014 cayeron un 31,6 por 100 los contratos de este tipo realizados con jóvenes menores de 30 años, e igualmente ha ocurrido con los contratos realizados con desempleados beneficiarios de prestaciones, que han caído un 43,6 por 100, y se han realizado en su mayor parte, hasta dos terceras partes, con mayores de 45 años.

CONTRATO DE APOYO A EMPRENDEDORES, 2014

	Contratos trabajadores <30 años	Desempleados benef. prestación	Desemp. benef. contrib. y 1º contr. trabaj. <30 años	Contratos sin deducción fiscal	Total contratos emprendedores	Pro memoria: total indefinidos iniciales tiempo completo
<i>Distribución por edades</i>						
menores de 30 años	100,0	11,9	100,0	32,8	34,3	24,3
31-44 años	0,0	22,8	0,0	42,0	40,3	51,2
mayores de 45 años	0,0	65,3	0,0	25,2	25,4	24,6
Total 2014	2.924	2.458	30	98.339	98.751	522.684
Total 2013	4.275	4.362	96	73.580	82.313	396.331
Δ 2014/2013	-31,6	-43,6	-68,8	28,9	20,0	31,8

Fuente: SEPE, Estadística de contratos, 2013-201

VII. EL AUTOEMPLEO

La apuesta por el empleo autónomo y el autoempleo como fórmula de creación de empleo dio lugar, en 2013, a distintas medidas con el fin de incentivar esta opción, mediante la introducción de mayores medidas de flexibilidad en el cobro de las prestaciones por desempleo con objeto de favorecer el emprendimiento. Junto a las posibilidades de suspender o compatibilizar el cobro de la prestación con el ejercicio de actividades por cuenta propia, se introdujeron nuevas facilidades para la capitalización del importe de las prestaciones en la puesta en marcha de nuevas iniciativas de emprendimiento.

Se estableció el derecho a la capitalización de hasta un 60 por 100 de la prestación a los desempleados que se constituyeran como autónomos o realizaran una aportación al capital de sociedades mercantiles de nueva creación⁷⁴⁷. Las oportunidades de capitalización son mayores para los más jóvenes, ya que los trabajadores menores de 30 años y las trabajadoras menores de 35, pueden capitalizar la totalidad de la prestación, así como utilizar esos recursos para gastos relacionados con la puesta en marcha de proyectos de emprendimiento.

De los datos correspondientes a 2014, se desprende un ligero aumento del 2,0 por 100 en la utilización de las oportunidades de capitalización para la realización de actividades por cuenta propia o autoempleo⁷⁴⁸. Los cambios producidos en la composición del desempleo, con un peso cada vez mayor del desempleo de larga duración y una menor tasa de cobertura de las prestaciones, limitan el acceso a la capitalización y, por tanto, deberían haber restado impacto a esta opción. La efectividad de esta medida ha sido mucho menor en lo que respecta al importe medio capitalizado por trabajador, que se ha reducido hasta un 5,4 por 100 respecto al año anterior, al igual que se han reducido el número medio de días capitalizados que han pasado de 172 a 166.

Cabe destacar el hecho de que sólo un tercio aproximadamente de los trabajadores que optaron por esa opción utilizaron los recursos capitalizados para la inversión inicial en proyectos de emprendimiento. De ello se deriva que, en la mayoría de los casos, los recursos se utilizarían para sostener proyectos de autoempleo sin inversión inicial, sufragando tan sólo el coste de las cotizaciones al régimen de autónomos.

Por otra parte, es reseñable el limitado impacto de esta fórmula sobre las mujeres, que se encuentran infrarrepresentadas (solo un 28,9 por 100 acceden) a pesar de que medidas como la ampliación hasta los 35 años de los incentivos a la capitalización de los trabajadores jóvenes deberían favorecer un mayor acceso por su parte.

⁷⁴⁷ Esto es, sociedades de nueva constitución o constituidas en los 12 meses anteriores a la aportación del importe capitalizado.

⁷⁴⁸ A este respecto, recientemente, el CES ha emitido Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social, en el que se incluye nuevas previsiones sobre esta figura.

7.2. MEDIDAS ECONÓMICO-FINANCIERAS DE FOMENTO DEL EMPLEO

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga*

I. INTRODUCCIÓN: LAS POLÍTICAS DE EMPLEO⁷⁴⁹

Como es conocido, las políticas de empleo activas llevan consigo un conjunto de decisiones que tienen como fin la consecución del equilibrio entre la oferta y demanda de trabajo. En el caso de las políticas pasivas, la función es la de proteger las situaciones de necesidad producidas por la falta de empleo de los trabajadores.

Las herramientas que se utilizan para la gestión de las políticas activas son diversas y entre ellas se encuentran, como es sobradamente, conocida: la gestión de la colocación, la orientación laboral, la formación para el empleo, los estímulos a la contratación o bonificaciones y el fomento del autoempleo.

Las medidas de fomento del empleo, por su parte, suponen un conjunto de normas tendentes a la creación y mantenimiento de puestos de trabajo, mediante el establecimiento de ayudas a la contratación en determinados colectivos que por sus características les resultaba complicado acceder a un puesto de trabajo (discapacitados, trabajadores de edad madura, jóvenes, personas en situación de exclusión social, etc.); apoyando el establecimiento como trabajadores autónomos o el acceso a empresas de economía social, etc.

De forma específica, las medidas de fomento de la contratación pretenden facilitar la contratación y el acceso a la actividad laboral de diversos colectivos de trabajadores a través de la contratación indefinida o temporal. Por lo que se refiere al fomento de la contratación indefinida, suele efectuarse a través de ayudas económicas e incentivos fiscales y bonificaciones y/o reducciones de cuotas a la Seguridad Social a la contratación de determinados colectivos de trabajadores y a la transformación de algunos contratos temporales en indefinidos.

⁷⁴⁹ Este trabajo se inserta dentro de las actividades del Proyecto de Investigación DER 2012-36755: “Mercado de trabajo, transiciones laborales y edad: jóvenes y mayores de 55 años” financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

No cabe duda de que la crisis económica, que tanto empleo ha destruido, ha obligado al legislador a adoptar medidas diversas para “reconstruir” el mercado de trabajo facilitando el acceso al empleo a través de la eliminación de diversas trabas.

Si bien es cierto que una parte importantísima de las medidas incentivadoras lo han sido para el autoempleo, esta cuestión será analizada en esta obra más adelante. Por ello, nuestra función será describir las numerosas medidas de incentivos “económicos-financieros” para el fomento de la contratación laboral.

Otra cuestión adicional: es posible que, junto con las medidas de carácter estatal, a nivel de Comunidad Autónoma e incluso a nivel local se adopten otras medidas de fomento de la contratación laboral. Pero son tantas y tan diversas que excedería con mucho de las posibilidades y límites de este trabajo, por lo que solo nos centraremos en las de carácter nacional.

Salvo dos contratos específicos que llevan aparejados incentivos fiscales, la mayoría de los incentivos económicos financieros para el fomento de la contratación temporal son las bonificaciones y reducciones de las cuotas a la Seguridad Social. Cuotas que, por cierto, gozan de la naturaleza jurídica de impuesto especial, según la mejor doctrina, por lo que en cierto modo podría entenderse también como una incentivación fiscal “especial”.

II. LOS INCENTIVOS A LA CONTRATACIÓN

El coste del factor trabajo o precio de la mano de obra se compone, además del salario de los trabajadores, del conjunto de impuestos que gravan el trabajo (cotización e impuestos sobre la renta). Como se conoce, la diferencia entre el precio total de la mano de obra y el salario es la llamada brecha o cuña fiscal; cuantos más altos sean los impuestos que gravan el trabajo, más alto será el coste o valor final del producto o servicio que haya de ofrecer el empresario. Y, sin duda, ello será una traba a la competencia de las empresas en la medida que dificultará su posición en el mercado respecto de otras empresas radicadas en Estados con costes más bajos (dumping social). Además, esta situación provoca otro efecto perverso: la mano de obra cara disuade la contratación y frena la creación de empleo, lo que lleva consigo la elevación de las tasas de desempleo bien por falta de contratación o bien por extinción de los contratos de los trabajadores.

Por ello, desde todos los ámbitos, pero especialmente desde la Unión Europea y del FMI y, por supuesto, desde la patronal, se ha sugerido, entre otras medidas, la reducción de los costes laborales extrasalariales. El problema es que se trata de una sugerencia peligrosa ya que la reducción de costes extrasalariales conlleva una

disminución de ingresos estatales que podrían desestabilizar las finanzas públicas y los sistemas de protección social, sobre todo respecto de los Estados que tienen sistemas predominantemente contributivos de Seguridad Social que son financiados con cotizaciones empresariales y obreras. O, también, quizás sea una sugerencia interesada para eliminar los sistemas públicos de protección de los riesgos sociales en favor de las del libre mercado en el que las empresas de seguro privadas obtengan beneficios con la cobertura de los riesgos sociales.

Por lo que se refiere a nuestro país, las medidas en orden a la reducción de los costes extrasalariales han sido escasas. Desde la perspectiva fiscal, el núcleo duro de la actuación española se ha centrado en las constantes reformas del IRPF y también en el Impuesto de Sociedades, reduciendo los tipos impositivos o creando deducciones fiscales específicas. Desde la perspectiva de la cotización a la Seguridad Social, se ha producido alguna bajada en la cotización por desempleo para los trabajos estables y del Fondo de Garantía Salarial. También se ha previsto, aunque no ejecutado, ajustar la cotización por contingencias profesionales a la siniestralidad laboral del sector y a la actitud de las propias empresas. Pero, en lo que se ha continuado y ahondado ha sido con la política de bonificaciones a la contratación indefinida (a veces temporal) y con la concesión de algunas subvenciones (sobre todo a nivel autonómico).

III. LOS INCENTIVOS FISCALES

Son escasos los incentivos fiscales “directos” a la contratación:

a) En febrero de 2012 se creó el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores que conlleva importantes beneficios fiscales (también de bonificación de cuotas) siempre y cuando se mantuviera al trabajador durante 3 años en plantilla. Caso contrario habría de reintegrarse lo recibido. Se trata de una deducción fiscal en el Impuesto de Sociedades de 3000 euros y, además, si se contrata a un beneficiario de prestaciones por desempleo podría tenerse derecho a una deducción fiscal equivalente al 50% de la prestación que el trabajador tuviera pendiente de percibir, con el límite de 12 mensualidades. El RD-Ley 16/2013 permitió que este contrato se celebrara a tiempo parcial pero las deducciones fiscales se aplicarían de forma proporcional a la jornada realizada.

b) Se ha establecido también una deducción de la cuota íntegra del Impuesto de Sociedades por cada persona de incremento medio de la plantilla de trabajadores con discapacidad contratados por tiempo indefinido.

c) Junto a ello, en alguna época anterior, el tipo impositivo del impuesto de sociedades se reducía en caso de que produjera creación de “empleo neto”.

IV. LAS BONIFICACIONES Y REDUCCIONES DE CUOTAS

1. La utilización de bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social

Las bonificaciones y reducciones son deducciones de la cuota bien a través de porcentajes o bien a través de cuantías fijas. Como se recuerda, la diferencia entre las reducciones y las bonificaciones de cuotas radica en quién se hace cargo de las mismas: las reducciones son a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social (se financian con las cuotas generales) y las bonificaciones de cuotas son a cargo del Presupuesto del SPEE (se financian con las cuotas por desempleo) o del MEYSS (con las partidas de los PGE). En cualquier caso, ambas tienen como finalidad la reducción de costes de Seguridad Social de las empresas y la potenciación del acceso de determinados colectivos al mercado de trabajo. Es decir, sirven como medidas de política activa para integrar en el mundo laboral a grupos o colectivos que por sus determinadas características acusan mayores índices o tasas de desempleo.

Tanto la Ley 3/2012, de 6 de julio, como el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, entre otras cosas, pretendieron racionalizar el sistema de bonificaciones para la contratación indefinida ya que el legislador entendía que su práctica generalizada había “limitado gravemente su eficiencia”. La cuestión es que estas normas sólo han servido para eliminar una serie de bonificaciones existentes creando otras distintas⁷⁵⁰. No hubo, realmente, una modificación de calado en los incentivos a la contratación. Y, por supuesto, nada de la racionalización pretendida ya que, poco a poco, posteriormente el legislador, en diversas normas, ha ido incrementando el catálogo de estos incentivos (autoempleo y fomento del empleo de jóvenes, especialmente).

2. Bonificaciones y reducciones específicas actualmente vigentes

Teniendo en cuenta que en capítulo 10 de esta obra se examinarán con detenimiento las distintas políticas de empleo para diversos colectivos (jóvenes, mujeres,

⁷⁵⁰ Vid. PLAZA ANGULO, J.J., en “Bonificaciones y reducciones de cuotas a la seguridad social tras las reformas de 2012”, VVAA: *Estudios entorno a la reforma laboral de 2012*, Huelva, Ed. Punto Rojo, págs. 413 y sigs. Por otro lado, el RD-Ley 20/2012, establece en el segundo apartado de la Disposición Derogatoria Única la derogación expresa de las siguientes bonificaciones: a) Bonificación en los supuestos de compatibilización del subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta ajena de los trabajadores mayores de 52 años contratados a tiempo completo y de forma indefinida o temporal, siempre que la duración del contrato sea superior a tres meses; b) Bonificación en los contratos de trabajo indefinido de los trabajadores de 60 o más años, con una antigüedad en la empresa de cinco o más años; c) Bonificación a trabajadoras autónomas y socias trabajadoras de cooperativas de trabajo asociado (también autónomas) que se reincorporan tras la maternidad; d) Bonificación en la cotización por el personal investigador en formación; e) Bonificación en la cotización del personal que, con carácter exclusivo, se dedique a actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica, entendido como tales las empresas a las que se refiere el art. 35 del TR de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

discapacitados, edad madura, parados de larga duración, excluidos y fomento del autoempleo), nuestra opción, modesta, será realizar un esbozo de cómo se encuentran configuradas en el momento actual las bonificaciones y reducciones a los diversos colectivos como medida de fomento del empleo.

2.1. Incentivos al autoempleo

Además de las diferentes posibilidades para capitalizar las prestaciones por desempleo en orden a autoemplearse⁷⁵¹, se observan en el momento actual las siguientes bonificaciones o reducciones⁷⁵²:

- Por “interinidad”, esto es, cuando los autónomos cesen en el trabajo por ser beneficiarios de las prestaciones de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia y cuando sean sustituidos por desempleados con contrato de interinidad bonificados. En este mismo sentido, se establece una bonificación o reducción por conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores autónomos cuando contraten a un trabajador a tiempo completo o parcial, por cuidado de menores de 7 años o por tener a cargo a un familiar de hasta segundo grado en situación de dependencia.

- Por incorporación al RETA “por trabajo familiar”, de los familiares colaboradores (cónyuge, pareja de hecho, y demás familiares por consanguinidad o afinidad hasta segundo grado) del trabajador autónomo.

- Por incorporación al RETA de jóvenes (menores de 30 años ó 35 si son mujeres) a partir de la entrada en vigor de la LETA (incluidos los socios de cooperativas incluidas en dicho régimen) o bien menores de 30 años a través de la conocida popularmente como “tarifa plana” (que no hubieran estado en alta en los 5 años inmediatamente anteriores y, además, no tengan trabajadores por cuenta ajena a su disposición)

- Por incorporación al RETA de mayores de 30 años que causen su alta inicial en este régimen o que no hubieran estado en alta en los 5 años inmediatamente anteriores y, además, no tengan trabajadores por cuenta ajena a su disposición.

- Por incorporación, en diversos sectores de la actividad, al RETA en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

⁷⁵¹ Véase, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., y RICO BUENO, N en “Nuevas reglas en la protección por desempleo para facilitar el emprendimiento”, en VVAA: *La Estrategia Española de Emprendimiento y Empleo Joven en el RD-Ley 4/2013*, Albacete, Bomarzo, 2013, págs. 127 y sigs.

⁷⁵² Vid. ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., en “La reducción y bonificación de cotizaciones como instrumento de fomento del emprendimiento”, en VVAA *La Estrategia Española de Emprendimiento y Empleo Joven*, op. cit., págs. 97 y sigs.

- Por incorporación al RETA de trabajadores discapacitados (superior al 33%) que causen alta inicial. Dentro de este colectivo, las reducciones y bonificaciones son algo más elevadas, para los menores de 35 años que no hubieran estado en alta en los 5 años inmediatamente anteriores y, además, no tengan trabajadores por cuenta ajena a su disposición.

La duración de todas estas reducciones y bonificaciones es variable, depende de cada situación. Sólo se contempla como indefinida la de los autónomos de Ceuta y Melilla y por duración, las más prolongadas (5 años) son las otorgadas a discapacitados.

2.2. Incentivos al empleo joven específicas de la Ley 11/2013 y del RD-Ley 16/2013

La alta tasa de desempleo de los jóvenes en España, menores de 30 años, y las importantes ayudas y subvenciones concedidas por la UE, a través del Sistema de Garantía Juvenil, ha hecho que se establezcan numerosos incentivos que puedan ser útiles para fomentar la contratación de los jóvenes (y, de paso, justificar el gasto de las ayudas recibidas). Normalmente, estas bonificaciones se mantendrán hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15% o, en caso de beneficiarios del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, hasta 30 de junio de 2016 (aunque en algún caso son indefinidas). Son los siguientes:

- Incentivos para los contratos a tiempo parcial “con vinculación formativa”, indefinidos o temporales.

- Incentivos para la contratación indefinida de jóvenes por microempresas y por autónomos.

- Incentivos para la conversión en indefinido del contrato de trabajo “primer empleo joven”.

- Incentivos por la celebración de contratos en prácticas y por la realización de prácticas no laborales, ex RD 1543/2011.

- Incentivos por la contratación temporal o indefinida de jóvenes por empresas de inserción.

- Incentivos por la incorporación como socios trabajadores o de trabajo en empresas de economía social.

- Incentivos para la contratación de jóvenes procedentes de ETT que sean contratados indefinidos cuando su procedencia fuese: de un contrato de trabajo de

“primer empleo joven”; de un contrato para la formación y el aprendizaje; o, finalmente, de un contrato de trabajo en prácticas.

Normalmente, las bonificaciones o reducciones de las cuotas, si el contrato es temporal durará lo que dure la vigencia del contrato y si es indefinido, lo será por tres años. Algunos incentivos distinguen por sexo, ofreciendo una mayor reducción o bonificación para mujeres. Además dentro de esta normativa, se contempla un caso especial, de concesión de incentivos por la contratación de trabajadores en edad madura por parte de jóvenes en el marco el proyecto de emprendimiento joven.

2.3. Incentivos para la contratación indefinida

a) De carácter general, y para contratos de trabajo indefinidos, a tiempo completo o parcial, que se suscriban entre el 29 de febrero de 2015 y el 31 de agosto de 2016, se contempla una exención general de la cotización por contingencias comunes de los primeros 500 euros de la base de cotización o la parte proporcional según la jornada parcial contratada.

b) Referidos a colectivos:

- Discapacitados: se contemplan incentivos en la contratación indefinida, según edad y sexo, y también tipo de discapacidad. También, como supuesto especial, se contemplan incentivos por la contratación de discapacitados por Centros Especiales de Empleo.

- Víctimas de violencia de género y de violencia doméstica.

- Víctimas de terrorismo.

- Trabajadores en situación de exclusión social.

- Jóvenes: bien que sean beneficiarios del Sistema Nacional de Garantía Juvenil o bien jóvenes entre 16 y 30 años inscritos en oficinas de empleo que fuesen contratados por empresas de menos de 50 trabajadores.

- Trabajadores en edad madura: incentivos a la contratación de trabajadores mayores de 52 años que sean beneficiarios de subsidios por desempleo y también para trabajadores mayores de 45 años desempleados inscritos que fuesen contratados por empresas de menos de 50 trabajadores.

2.4. Incentivos por conversión en indefinidos de contratos temporales

a) De carácter general, se prevén bonificaciones para:

- La conversión en indefinidos de contratos en prácticas, de relevo y de sustitución por jubilación en empresas de menos de 50 trabajadores.

- La conversión en indefinidos de contratos para la formación y el aprendizaje y para la formación celebrados antes del RD-Ley 10/2011.

b) Referidos a colectivos:

- Discapacitados: se prevén incentivos para la conversión en indefinido de cualquier contrato temporal de un Centro Especial de Empleo y, de otro lado, para la conversión en indefinidos de contratos temporales de fomento del empleo y contratos formativos en cualquier empresa.

- Víctimas de terrorismo, violencia de género y violencia doméstica, y personas en exclusión social que conviertan contratos de trabajo temporales en indefinidos.

2.5. Incentivos a la contratación temporal

Está diseñada sólo para colectivos:

- Víctimas de violencia de género o doméstica.

- Víctimas de terrorismo.

- Personas en situación de exclusión social.

- Jóvenes desempleados e inscritos en la oficinas de empleo, pero solo para contratos para la formación y el aprendizaje.

- Discapacitados: cuando celebren contratos formativos; cuando celebren contratos temporales de interinidad para sustituir a trabajadores discapacitados en situación de incapacidad temporal; cuando celebren contratos temporales por fomento del empleo.

2.6. Reducciones y bonificaciones para el mantenimiento del empleo

- a) Incentivos para el mantenimiento del empleo de mayores de 65 años con importantes carreras de seguro (esto es, que garantizan el 100% de su pensión de jubilación).

- b) Incentivos para la conciliación de la vida laboral y familiar:

- Bonificación del contrato de interinidad celebrado para sustituir a trabajadores

durante sus descansos por maternidad, paternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia. En el caso de maternidad, se bonifica también al 100% el contrato de trabajo de la persona en situación de maternidad.

- Bonificación de contratos de interinidad de beneficiarios de prestaciones por desempleo contratadas para sustituir a trabajadores en excedencia por cuidados familiares.

- Bonificación de contratos de interinidad para sustituir a trabajadores víctimas de violencia de género que hayan suspendido sus contratos por ejercitar su derecho a la movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo.

- c) Bonificación de “empleo selectivo”, esto es, por la contratación de trabajadores que hubieran visto revisadas sus pensiones de incapacidad permanente y recobrarán su plena capacidad laboral o quedarán en situación de incapacidad permanente parcial, tras la correspondiente revisión, y se reincorporen a la empresa.

- d) Bonificación por prolongación de períodos de actividad de trabajadores fijos discontinuos en los sectores de turismo, comercio y hostelería que generen actividad productiva de marzo a noviembre de cada año.

2.7. Otros incentivos

A todas estas situaciones habrían de añadirse otras bonificaciones para ámbitos específicos: servicio del hogar familiar, empresas de inserción, penados en instituciones penitenciarias y menores en centro de internamiento, trabajadores de diversos sectores de Ceuta y Melilla o tripulantes de buques de Canarias. Y cualquier otro que al legislador se le venga ocurriendo felizmente en aras a proteger algún colectivo que crea oportuno.

3. Control de las incentivos a la contratación

El control de la aplicación correcta de los incentivos a la contratación es fundamental para evitar posibles abusos y fraudes en la utilización de estas medidas. Como se recuerda, la financiación de los incentivos se repartía entre el SPEE y la TGSS, correspondiendo al primero la financiación de las bonificaciones de cuotas y al segundo las reducciones de cuotas previstas para las contrataciones y transformaciones de los contratos para la formación y el aprendizaje que se establecen. Lo que hace que la entidad gestora y el servicio común tengan un papel predominante en el control del uso correcto de los incentivos.

Especialmente porque, para agilizar la gestión en estas “ayudas” a la contratación, se produce una aplicación de “carácter automático” por los empleadores en los correspondientes documentos de cotización. El control y revisión de que dicha aplicación ha sido correcta, además de por las instituciones anteriormente citadas, como responsables de las mismas, también corresponde a la ITSS.

Para ello se establece un protocolo de actuación en la gestión de la información entre las tres instituciones mencionadas, lo que se hace con carácter mensual: la TGSS facilita la SPEE los trabajadores, según colectivos, que se aplican deducciones financiadas por el propio SPEE. Por su parte, el SPEE facilita a la ITSS toda la información (contratos bonificados por colectivos, deducciones, etc.) que permita vigilar la adecuada aplicación de las bonificaciones.

V. CONCLUSIONES

1. Aunque fue loable el intento de clarificación y reducción de las bonificaciones producida por la Ley 3/2012 y el RD-Ley 20/2012, lo cierto es que lo realizado no ha valido para nada. Y ello porque aparte de mantener muchas de ellas, desde tal fecha hasta el momento actual el Gobierno, incapaz de favorecer las condiciones para la creación de empleo, ha usado y abusado del mecanismo de los incentivos para crear empleo, cosa que no ha tenido mucho éxito al observar las altas tasas de paro existentes.

Así pues, lo cierto es que la incentivación, ni sirve para crear empleo ni tampoco para integrar a la mayoría de las personas que pertenecen a colectivos desfavorecidos más castigados por el desempleo⁷⁵³.

2. Junto a ello, es lógico que el empresariado se quejara de la existencia de “multitud de contratos de trabajo”. Es lógico aunque no cierto: contratos de trabajo son los que permite el ET, ni uno más. Lo que ocurre es que algunas de estas modalidades permiten la aplicación de incentivos o bonificaciones sobre los mismos, lo que hace ya distinguir diversos tipos: en género, colectivo desfavorecido u otros criterios, etc. Dando la sensación que hay más tipos de contratos de los que realmente existen. La solución a este problema de “multiplicidad de contratos” dada por el MEYSS ha sido cuando menos “ocurrente”.

⁷⁵³ Como muestra, respecto del colectivo juvenil, puede verse ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. en “Aspectos cuantitativos e impacto de los incentivos y bonificaciones a la contratación y al emprendimiento establecidos en el desarrollo legislativo de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven”, AAVV, Jóvenes y políticas de empleo. MORALES ORTEGA, J.M. (Dir) Albacete, Bomarzo, 2014, págs. 227 y sigs.

3. Sería altamente conveniente una reordenación real de los incentivos. En el momento actual, la duración de las bonificaciones o reducciones, la cuantía del incentivo (que puede ser en porcentaje de reducción o en cantidad anual o también de diversas cuantías según la anualidad o el períodos), colectivo dirigido, etc. hace que puedan contemplarse más de 100 posibilidades distintas respecto de los incentivos a aplicar.

Según nos revelan los datos estadísticos, los empresarios no suelen utilizar con mucha frecuencia la incentivación a la contratación. Ello quizás por la enorme cantidad de posibilidades que se observan, que impiden un conocimiento real, si no está bien asesorado, de las posibilidades de recibir un incentivo a la contratación, o, quizás, no las use por el temor a las posteriores comprobaciones de la ITSS para determinar si los incentivos han sido aplicados correctamente.

4. Sería conveniente homogeneizar tanto en duración como en cuantía los incentivos, para evitar la multiplicidad de situaciones. Quizás debiera de hacerse ello por colectivos. Por ejemplo, en el momento actual la contratación de discapacitados y jóvenes son los dos grupos en los que el legislador está más interesado; podría actuarse de forma homogénea en la determinación de los incentivos a ofrecer a dichos colectivos (duración, cuantía, tipo de contratación, etc).

5. Salvo algún caso muy específico, las bonificaciones o reducciones de cuotas se dirigen a las que ha de soportar el empresario por contingencias comunes. En muy pocos casos, se reducen las cotizaciones por contingencias profesionales o de recaudación conjunta ni la de los trabajadores. Quizás debería pensarse que si se aplica también la bonificación a la cuota obrera, la congelación o regresión de los salarios que se observa en la actualidad podría verse paliada en cierto modo con esta medida.

6. El uso generalizado de los incentivos puede afectar a la caja única de las pensiones, cuantos menos ingresos más difícil de mantener el sistema público de protección social. Tendría que analizarse el modo de compensar al sistema de pensiones por dicho defecto de ingresos.

7.3. MEDIDAS DE FLEXIBILIZACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO: LA “FLEXISEGURIDAD”

M^a NIEVES MORENO VIDA

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Directora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Granada*

I. LA FLEXISEGURIDAD, OBJETIVO DE LOS MERCADOS DE TRABAJO

Se parte como concepto general, mayoritariamente aceptado, de la flexiseguridad como una “estrategia política que tiende de manera sincrónica y deliberada a mejorar la flexibilidad de los mercados laborales, de la organización del trabajo y las relaciones laborales, aumentando al mismo tiempo la seguridad, seguridad del empleo y seguridad de la protección social a favor de los grupos que se encuentran en y fuera del mercado laboral”⁷⁵⁴ (Wilthagen a partir de la idea de “flexicurity” planteada por el sociólogo holandés Adriaansens). En su configuración están presentes diversas opciones políticas, de tal modo que la instrumentación política y jurídica de la flexiseguridad puede dar lugar a diversos modelos, neoliberal o de garantismo social.

El concepto de flexiseguridad, en el marco de los objetivos establecidos por la Estrategia Europea por el Empleo de crecimiento sostenible con más empleos y de mejor calidad, fue asumido y propulsado por la Comisión Europea a partir del Libro Verde “*Modernizar el Derecho del Trabajo para afrontar los retos del siglo XXI*” [COM (2006) 708 final, de 22 de noviembre de 2006] en el que planteó la “modernización” del Derecho laboral como un elemento clave para el éxito de la adaptabilidad de los trabajadores y de las empresas, “de forma que respondan a los retos derivados del doble impacto de la mundialización y del envejecimiento de las sociedades europeas”. El Libro Verde planteó dicha Modernización como una estrategia amplia y compleja de reforma de algunos de los principios básicos del Derecho del Trabajo tradicional sobre la base de un enfoque integrado de la flexi-

⁷⁵⁴ Cfr. Wilthagen, F. y Tros, F.: “The concept of ‘Flexicurity’: a new Approach to Regulating Employment and Labour Markets”, *Transfer*, Vol. 10, núm. 2, 2004, citado por Sylvaine Laulom: “El enfoque comunitario del concepto de flexiseguridad”, en Escudero Rodríguez (Coord.): *Aportaciones al debate comunitario...*, op.cit., pág. 31.

bilidad necesaria para las empresas y la seguridad para los trabajadores. Este enfoque integrado ha sido bautizado como “flexiseguridad”, y desde entonces ha sido la guía de todos los procesos reformistas realizados en los países europeos y particularmente en España.

En el Libro Verde sobre la “Modernización del Derecho del Trabajo”, la flexiseguridad se concibe aparentemente como una respuesta a la situación derivada de las reformas flexibilizadoras llevadas a cabo desde los años '80, que han provocado graves procesos de precarización y segmentación del mercado de trabajo, como una respuesta a la crisis del empleo, y como un instrumento para conseguir una mayor adaptabilidad de los trabajadores y de las empresas a los desafíos de la globalización económica, al desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, al envejecimiento de la población, a los elevados niveles de desempleo y a la segmentación de los mercados laborales. El establecimiento de estas nuevas relaciones entre flexibilidad y seguridad estaban ya presentes en algunos documentos comunitarios, pero su configuración actual parte fundamentalmente de su puesta en práctica en algunos países europeos desde la década de los 90, Holanda primero (Ley de Flexibilidad y Seguridad de 1999) y particularmente Dinamarca.

La flexiseguridad se configura así como “un nuevo principio ordenador de las políticas laborales y sociales”⁷⁵⁵. En principio, mediante la unión de dos términos en principio antitéticos, como flexibilidad y seguridad, se trata de plantear las nuevas relaciones entre flexibilidad en el mercado de trabajo (objetivo de las políticas laborales llevadas a cabo desde los años 80 en la mayor parte de los países europeos) y seguridad para los trabajadores afectados por dicha flexibilidad. El concepto de flexiseguridad puede ser entendido como una respuesta a los efectos negativos de la flexibilidad, aceptando la necesidad de cierto grado de flexibilidad desde una perspectiva favorable tanto a las empresas como a los trabajadores. Es decir, podría constituir la búsqueda de un verdadero equilibrio entre flexibilidad y seguridad para empresas y para trabajadores. Constituye un concepto cuya ambigüedad reside en su instrumentación político-jurídica, pero que refiere, en cualquier caso, a las políticas y medidas dirigidas a renovar o reformular los instrumentos garantistas jurídico-laborales a favor de los trabajadores, “trasladándolos hacia una más etérea seguridad en el mercado de trabajo”.

El modelo de flexiseguridad que se plantea por la Comisión Europea en el Libro Verde se centra fundamentalmente en la combinación entre flexibilidad numérica

⁷⁵⁵ Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: “El debate europeo sobre flexiguridad en el trabajo (Reflexiones en torno al “Libro Verde” de las Comisión de las Comunidades Europeas)”, en *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, núm. 16. 2007-I, pág. 171.

externa (flexibilidad en la contratación laboral y en el despido) y la seguridad en el empleo, planteando así un intercambio de tutelas (seguridad) que se basa en el desplazamiento de la seguridad del contrato de trabajo (del ordenamiento laboral) al mercado del trabajo y a los mecanismos de seguridad social. Con ello, el modelo propuesto trata de suprimir o de trasladar al plano de otras políticas los instrumentos garantistas (jurídico-laborales) a favor de los trabajadores; los traslada a otros ámbitos externos, hacia la “seguridad en el mercado de trabajo”, como queda refrendado a través de los principales ejes de la flexiseguridad.

II. LOS EJES DE LA FLEXISEGURIDAD Y SU INSTRUMENTACIÓN POLÍTICO-JURÍDICA

1. Movilidad laboral y transiciones profesionales

Todos los cambios producidos en los mercados de trabajo apuntan hacia un incremento de la diversidad y de la inestabilidad de las situaciones laborales de los trabajadores como consecuencia de la discontinuidad del empleo. Tratando de vencer resistencias, la Comisión Europea expresamente ha señalado que la flexibilidad no se limita a la mayor libertad de las empresas para contratar o despedir y no implica que los contratos por tiempo indefinido hayan quedado obsoletos. De esa manera, se ha planteado la flexibilidad, de manera positiva, como avance conseguido, haciendo referencia a las “transiciones” en el curso de la propia vida, es decir, en referencia a los “ciclos vitales” (“del colegio al trabajo, de un empleo a otro, del desempleo o inactividad al trabajo y del trabajo a la jubilación”). Se quiere plantear una visión positiva de la flexibilidad como progresión hacia mejores empleos, a la movilidad ascendente, al desarrollo óptimo del talento y a facilitar la conciliación del trabajo y las responsabilidades privadas.

No cabe duda de que, como los análisis de los últimos años ponen de manifiesto, se ha producido un cambio estructural del sistema del empleo estable para toda la vida al sistema de “subempleo flexible y plural”. El sistema de trabajo basado en progresivas estandarizaciones (surgido a lo largo de todo el siglo pasado) del contrato de trabajo, del lugar de trabajo y del tiempo de trabajo ha sufrido una profunda transformación y empieza a tambalearse, cuando no a desmoronarse, como consecuencia de las transformaciones socio-económicas. El sistema estándar del empleo para toda la vida está siendo sustituido por múltiples formas de empleos flexibles, unido a transiciones entre períodos de actividad y períodos de inactividad, que crean incertidumbres sociales y desigualdades. En esta perspectiva, se estima⁷⁵⁶ que es necesario

⁷⁵⁶ Vid. Comunicación de la Comisión “Hacia los principios comunes de la flexiseguridad...”, cit., pág. 8.

equilibrar la garantía de la seguridad de los ingresos a través de los sistemas públicos de protección social, fundamentalmente las prestaciones de desempleo, con políticas activas de empleo dirigidas a facilitar la transición al empleo y a impulsar la carrera profesional.

Estas transformaciones plantean la necesidad de hacer frente a dichas transiciones y a los riesgos producidos por la inestabilidad del mundo actual. La posibilidad de reducir o controlar los riesgos sociales a los que están expuestos los trabajadores se fue positivizando, desde el siglo XIX, a través de los derechos sociales reconocidos, y en gran medida conquistados, tanto a través del Derecho de la Seguridad Social como a través del Derecho del Trabajo. Sin embargo, el disfrute de los derechos laborales y de protección social se basa, en la mayoría de los ordenamientos laborales europeos, en la continuidad de la relación laboral –en el estatuto protector derivado del contrato de trabajo–, y, de la misma forma, la obtención de los derechos de Seguridad Social requiere completar una carrera de seguro. Son necesarias, pues, reformas que permitan que el nuevo Derecho del Trabajo exigido en la actualidad responda a dichos cambios, que atienda a las transiciones entre distintos tipos de actividad productiva a lo largo de la vida: transiciones entre situaciones de empleo y de inactividad; entre períodos de estudio y de formación y períodos de actividad; entre períodos de empleo y períodos de dedicación a actividades privadas o familiares; entre períodos de actividad y períodos de retiro.

Sin embargo, las respuestas que se han impuesto para hacer frente a esta situación están más cerca de lo que algunos economistas institucionalistas europeos (G. Schmid, B. Grazier) han construido como “mercados de trabajo transicionales”, que postulan una política del mercado de trabajo centrada precisamente en las transiciones en dicho mercado de trabajo y un nuevo concepto del pleno empleo. Estos mercados transicionales deben ser organizados institucionalmente y en ellos destacan el papel del Estado, de las políticas públicas (el papel de la política de empleo junto -al mismo nivel- a la política económica) y de las normas que las desarrollan. En ellos se debe garantizar la movilidad laboral y la igualdad de oportunidades, “de tal forma que el aumento de la flexibilidad en el mercado de trabajo no provoque la marginación permanente de nuevas minorías sociales”⁷⁵⁷.

Las políticas de flexiseguridad planteadas en el ámbito comunitario y realizadas en la mayor parte de los países europeos proponen un mercado de trabajo más dinámico, dotado de mayor flexibilidad y de mayor seguridad, en el que se facilitarían las transiciones dentro de él a través de los sistemas de protección social y de las políticas activas de empleo. Se basa en un intercambio de flexibilidad por “se-

⁷⁵⁷ Schmid, G.: “El concepto de mercados de trabajo transicionales y algunas conclusiones para la política de empleo: el Estado de la cuestión”, en Toharía, L. (ed.): *Los mercados de trabajo transicionales*. Madrid, 2006, pág. 17.

guridad en el mercado”, no por seguridad en el puesto de trabajo. De esta forma, en la flexiseguridad está de hecho implícita una perspectiva distinta acerca de la gestión y distribución del riesgo⁷⁵⁸, trasladada a los mercados de trabajo transicionales, a través de las políticas públicas de protección social y de formación y activación de los trabajadores, corrigiendo el sistema de aseguramiento tradicional a través del estatus (conjunto de derechos y obligaciones no negociables) que atribuye al trabajador el contrato de trabajo.

2. La segmentación laboral y el pretendido “carácter obsoleto” del contrato laboral estándar. Mercados laborales flexibles e inclusivos

El presupuesto del que se parte, tal y como se pone de relieve en la Comisión Europea y en las reformas realizadas en España y en otros países en los últimos años, es el efecto perjudicial para el empleo que tiene una legislación laboral protectora, aún reconociendo su efectos positivos en relación con la formación y la productividad de los trabajadores. De tal forma que una legislación estricta de protección del empleo contra los despidos por razones económicas reduce el número de despidos, pero también las posibilidades de reinserción en el mercado laboral tras períodos de desempleo, ya que los empresarios, al decidir la conveniencia de contratar o no nuevos trabajadores, tienen en cuenta la probabilidad de incurrir en el futuro en altos costes por despido. Esto es particularmente pertinente en el caso de las pequeñas empresas. Además, puede repercutir en perjuicio de aquellos grupos que encuentran mayores obstáculos para acceder al mercado laboral, como los jóvenes, las mujeres, los trabajadores de más edad y los desempleados de larga duración. El resultado es la segmentación del mercado laboral que la flexiseguridad trataría de resolver.

La mayor parte de las reformas realizadas en España considera como una de sus finalidades principales (tal y como plantea el Libro Verde sobre la flexiseguridad) evitar la aparición de un mercado de trabajo de dos velocidades entre los trabajadores integrados (*insiders*), con un empleo permanente, y los trabajadores excluidos (*outsiders*)⁷⁵⁹, especialmente los desempleados, las personas desligadas del mercado de trabajo y las que cuentan con situaciones laborales precarias e informales. Es decir, se plantea la necesidad de favorecer mercados laborales inclusivos, evitando su segmentación.

Sin embargo, la opción que se ha plasmado ha sido, por el contrario, justificar

⁷⁵⁸ Vid. Loi, Piera: “La función del riesgo en el paso de la seguridad a la flexiguridad”, en Escudero Rodríguez (Coord.): “Aportaciones al debate comunitario...”, op.cit., págs. 80 y sigs.

⁷⁵⁹ Modelos económicos de análisis del mercado de trabajo que, sin embargo, presentan importantes limitaciones, por su reduccionismo metodológico, para explicar el funcionamiento global de los mercados de trabajo. Vid. Ichino, P.: “Il diritto del lavoro e i modelli economici”, en *Lavoro e Diritto*, núm. 2, 1998, págs. 310-311.

la necesidad de nuevas modalidades de flexibilidad, no sólo manteniendo las diversas modalidades flexibles de contratos atípicos, sino introduciendo “disposiciones contractuales flexibles y fiables” en el marco del contrato clásico. Se parte del presupuesto de la utilidad de la flexibilidad contractual para el crecimiento del empleo⁷⁶⁰ y se mantiene el postulado de que la flexibilización de las relaciones de trabajo, entendida directa o indirectamente como una disminución del estatuto protector de los trabajadores, tiene una relación automática y directa con la reducción de las tasas de desempleo⁷⁶¹.

Las reformas laborales, siguiendo la línea trazada por el Libro Verde, parten de la base de que la existencia de una legislación rígida sobre protección del empleo tiende a reducir el dinamismo del mercado de trabajo, agravando las perspectivas para determinados grupos de trabajadores (mujeres, jóvenes y trabajadores de edad avanzada) y que una “desregulación en los márgenes” que mantenga prácticamente intactas las normas estrictas aplicables a los contratos clásicos tiende a favorecer la segmentación de los mercados de trabajo e incide negativamente en la productividad. Frente a esta situación, la opción es introducir nuevas medidas de flexibilidad en los contratos de trabajo clásicos. La tesis de fondo es plantear un intercambio entre esta reducción de la tutela garantizada por el Derecho del trabajo clásico y una nueva tutela en el mercado⁷⁶². Se considera preciso “redefinir el contrato por tiempo indefinido, a fin de que la protección del puesto de trabajo fuese aumentando progresivamente, comenzando con un nivel básico de protección del puesto de trabajo, que se incrementaría progresivamente con el ejercicio del mismo, hasta obtener la plena protección”. En la misma línea, se han previsto en estos contratos una nueva regulación sobre los despidos por razones económicas para reducir la excesiva burocracia y duración de los procedimientos. Se proponía, incluso, muy genéricamente, una reformulación de los términos del contrato por tiempo indefinido que permitiese la configuración de un nuevo contrato tipo (contrato único) que evitara la segmentación del mercado de trabajo⁷⁶³. Propuesta que fue acogida con gran entusiasmo por la patronal y por un importante grupo de economistas de nuestro país, pero que no ha llegado a instrumentarse jurídicamente.

⁷⁶⁰ Críticamente Villa, P.: “La Strategia Europea per l’Occupazione (SEO): molte riformulazioni con scarsi risultati”, en Colonna, M. Pugliese, E.: *Il futuro del lavoro in Europa. Occupazione, diritti civili, diritti sociali*. Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli, 2007, pág.101.

⁷⁶¹ Como señala L. Gallino (*Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*. Editori Laterza. Bari, 2007, pág. 45), se viene considerando que la flexibilidad, entendida de modo más o menos explícito como facilitación del despido, o como difusión de los contratos de duración determinada, favorece el aumento del empleo. Por tanto, se considera que incrementar el número de trabajadores flexibles forma parte de los intereses generales de la colectividad.

⁷⁶² Vid. Loy, Gianni: “Apuntes sobre el Libro Verde Modernizar el derecho del trabajo para afrontar los retos del siglo XXI”, en Escudero Rodríguez (Coord.): *Aportaciones al debate comunitario...*, opcit., págs. 53 y sigs.

⁷⁶³ Vid. Comunicación de la Comisión “Hacia unos principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad” (Primer Itinerario, págs. 15-16).

La necesidad de equilibrar la flexibilidad con la seguridad del trabajador no se sitúa por tanto en la propia relación de trabajo, en la seguridad profesional del trabajador, sino fuera de ella (políticas activas de empleo, formación y protección social pública). Se trata, en definitiva, de conseguir los mercados de trabajo inclusivos no a través de la integración de los que están fuera de los mismos, sino a través del debilitamiento del estatus jurídico de los que están incluidos. Se plantea, pues, una “homogeneización a la baja” en materia de derechos laborales⁷⁶⁴ y se traslada a los trabajadores el riesgo de la empresa ante las transformaciones socio-económicas producidas como consecuencia de la evolución tecnológica, de las nuevas formas de organización del trabajo y de la globalización⁷⁶⁵.

Elemento central de la flexibilización propuesta respecto de los contratos de trabajo clásicos o estándar es la flexibilización del despido, tanto individual como objetivo. En concreto, se pone en relación la excesiva tutela frente a los despidos que se contienen en el contrato clásico con la utilización por parte de los empresarios de los contratos atípicos: buscan mantener su competitividad en una economía mundializada, evitando, entre otras cosas, el coste que acarrea el respeto de las normas relativas a la protección del empleo, los plazos de preaviso y el pago de las correspondientes cotizaciones sociales⁷⁶⁶. Siendo la protección contra el despido injustificado un elemento esencial de la seguridad en el empleo, se pretende intercambiar ésta por la seguridad del empleo (seguridad en el mercado de trabajo). Ejemplo claro de esto es el “contrato indefinido de apoyo a los emprendedores”, regulado en España a través de la reforma laboral de 2012 y que cuenta, como se sabe, con un período de prueba obligatorio de un año durante el cual el contrato puede rescindirse libremente y sin indemnización. Se olvida de que la protección contra el despido injustificado es un derecho reconocido por las normas internacionales (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Carta Social Europea, Convenio núm. 158 OIT, Recomendación núm. 166 de la OIT, de 1982, art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de 2002), de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales. Como se ha señalado⁷⁶⁷, “en el trasfondo de muchas de las propuestas a favor de la flexiseguridad se refleja una cierta admiración por el sistema anglosajón de despido *ad nutum*”, conside-

⁷⁶⁴ Cfr. Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: “El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo...”, op. cit., pág. 182.

⁷⁶⁵ Como señala Beck, U., *La sociedad del riesgo...*, op.cit., págs. 184-185, se trata de “desembarrasarse, a costa de los trabajadores, de parte del riesgo de la empresa en forma de subempleo temporal y flexible en el marco de las expectativas de paro”. En sentido similar, Miguélez Lobo, F.: “Flexiseguridad, bienestar y cohesión social”, op.cit., págs.150 y sigs. y Loi, P.: “La función del riesgo en el paso de la seguridad a la flexiseguridad”, op.cit., págs. 85 y sigs.

⁷⁶⁶ Vid. Valdés Dal-Re, F.: “El debate europeo sobre la ‘modernización del Derecho del Trabajo’ y las relaciones triangulares”, en *Relaciones Laborales*, núm.3, Febrero 2009, quien señala que “la noción y la práctica de la flexibilidad quedan agotadas en la figura del despido”.

⁷⁶⁷ Cfr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer: “Flexiseguridad: el debate europeo...”, op.cit., pág. 23.

rándolo como una medida adecuada para facilitar la competitividad de las empresas y el mantenimiento de los empleos, además de favorecedora de la creación de empleo.

3. La flexibilidad interna: movilidad funcional y ordenación flexible del tiempo de trabajo

Frente al papel central que asume, en el modelo de flexiseguridad neoliberal o defensiva como la que se plantea por la Comisión Europea o la que se ha llevado a cabo en España, la flexibilidad externa, la flexibilidad interna es una de las posibilidades jurídicas para introducir una gestión flexible de la fuerza de trabajo, permitiendo la adaptación de las condiciones laborales al contexto cambiante de las organizaciones productivas (en relación, fundamentalmente, con la delimitación de las funciones, del tiempo de trabajo o de los lugares de trabajo). La mayoría de los ordenamientos nacionales han llevado a cabo, a lo largo de las últimas décadas, importantes reformas dirigidas a introducir mayores mecanismos de flexibilidad interna.

Ha sido el Comité Económico y Social Europeo quien ha situado la dimensión de la flexibilidad interna en el marco del debate sobre la flexiseguridad⁷⁶⁸. El CESE quiere que la Comisión y los Estados miembros “analicen la mejora de la adaptabilidad mediante la flexibilidad interna y la conviertan en una dimensión viable y aceptable de la flexiseguridad”. Pero la perspectiva del CESE responde a un modelo de flexiseguridad garantista, en el que la flexibilidad interna se concibe como un instrumento para la mejora de la productividad, la innovación y la competitividad (contribuyendo así a los objetivos de Lisboa), pero también para permitir a los trabajadores una mejor conciliación del trabajo con otras actividades y responsabilidades y mejorar la calidad del empleo. Destaca además el papel que en la ordenación de esta flexibilidad interna pueden y deben jugar los interlocutores sociales mediante la negociación colectiva.

4. La estrategia global de aprendizaje permanente como factor de seguridad del empleo y de competitividad de las empresas

Uno de los “principios” 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.

⁷⁶⁸ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “La flexiseguridad (dimensión de la flexibilidad interna – la negociación colectiva y el papel del diálogo social como instrumentos para la regulación y reforma de los mercados de trabajo)” (2007/C 256/20).

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.

La importancia cada vez mayor de este factor tanto para la competitividad de las empresas como para la empleabilidad de los trabajadores es evidente, pero, al mismo tiempo, destaca la falta de inversión en formación respecto de los trabajadores poco cualificados, los trabajadores con contratos temporales, los autónomos y los de más edad. Uno de los factores que puede disuadir a las empresas de invertir en el desarrollo de las capacidades es el temor a que, una vez formados, sus empleados puedan ser contratados por otras empresas. De ahí que una de las medidas que se plantean sea el reparto de los costes, mediante la asignación de fondos a escala sectorial. Son necesarias estrategias globales de aprendizaje permanente que sean inclusivas, para lo que es necesario contar con la participación activa de gobiernos, interlocutores sociales, empresas y trabajadores.

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”. 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, como 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”⁷⁶⁹.

⁷⁶⁹ 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.

5. Seguridad en el mercado: Políticas activas de empleo y sistemas de protección social

Los términos del intercambio entre flexibilidad y seguridad se apoyan en un intercambio de las tutelas ofrecidas por el Derecho del trabajo clásico y una nueva tutela en el mercado, de tal forma que la flexiseguridad supone una menor tutela en la relación laboral y un incremento de la tutela en el mercado a través de políticas activas de empleo y de la protección de las situaciones de desempleo. Así, en el Libro Verde se establece que “unos sistemas de subsidios de desempleo bien diseñados, junto con políticas activas del mercado de trabajo, parecen constituir la mayor garantía frente a los riesgos que presenta el mercado de trabajo”.

De esta forma, los componentes de la flexiseguridad se articulan a través de cuatro ejes de actuación, entre los cuales se incluyen “políticas activas del mercado laboral eficaces” -que ayuden a las personas a afrontar cambios rápidos, reduzcan los períodos de desempleo y faciliten las transiciones a nuevos puestos de trabajo- y “sistemas de seguridad social modernos” -que ofrezcan un apoyo a la renta adecuado, fomenten el empleo y faciliten la movilidad en el mercado laboral, incluyendo una amplia serie de medidas de protección social (prestaciones de desempleo, pensiones y atención sanitaria)-.

Los mecanismos de protección social y de activación del empleo se configuran como medidas compensatorias o reparadoras a la mayor flexibilidad introducida en la relación de trabajo (elementos de seguridad o protección). Pero se trata de garantizar esa seguridad fuera de las relaciones laborales, planteando un modelo distinto que supone una “reubicación del riesgo social de empresa”, trasladando, por un lado, el riesgo de la actividad empresarial sobre el trabajador (efecto de la mayor flexibilidad) y el riesgo de la pérdida del empleo sobre la sociedad (al establecer como medidas de seguridad del trabajador en el mercado una cobertura a través de políticas públicas de activación del empleo y de prestaciones económicas por desempleo, sostenidas ambas a través de los impuestos generales)⁷⁷⁰.

Para llevar a cabo esta tutela en el mercado se deben conjugar los sistemas de seguridad social con las políticas activas del mercado laboral. A través de la protección social, en su conjunto, se pretende reducir el daño producido por la pérdida del empleo, e incluso la falta de empleo de trabajadores excluidos, que aún no han podido acceder al empleo⁷⁷¹. Las políticas activadoras del mercado de trabajo de-

⁷⁷⁰ Vid. Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: “Para una crítica del modelo de ‘flexiseguridad’ liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social (Primera parte)”, op.cit., pág. 23; Loi, P.: “La función del riesgo en el paso de la seguridad a la flexiseguridad”, op.cit., pág. 87.

⁷⁷¹ Vid., Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C.: *El Derecho a la renta de inserción*. Comares. Granada, 1999; Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social (EAPN): “¿Cubrirá la

berían contribuir, a través de su aplicación por servicios públicos de empleo efectivos, a facilitar las transiciones entre diversos empleos, posibilitando la pronta vuelta al trabajo y atendiendo especialmente a los desempleados de larga duración.

Lo que se debe cuestionar no es, desde luego, el reforzamiento y la modernización de los sistemas de activación del mercado y de protección social⁷⁷², en cualquier caso necesario, sino que dichas medidas se propongan como vías alternativas a las tutelas proporcionadas por el Derecho del Trabajo⁷⁷³. Además, una ‘política activa del mercado de trabajo’ no significa la ‘obligación de aceptar cualquier empleo propuesto’, incluso menos cualificado y peor pagado, a riesgo de perder cualquier prestación”⁷⁷⁴. En este ámbito, no debe quedar en papel mojado el concepto de “trabajo decente” consagrado en los compromisos de cooperación entre la Unión Europea y la Organización Internacional del Trabajo, integrado por cuatro objetivos fundamentales: promover los derechos fundamentales en el trabajo, el empleo, la protección social y el diálogo social.

6. Diálogo Social, ley y autonomía colectiva en las políticas de flexiseguridad

La consideración de las fuentes normativas y su articulación adquiere un papel fundamental en la realización de la política de flexiseguridad. La necesaria función del diálogo social en el desarrollo de las políticas de flexiseguridad es destacada fundamentalmente por el Parlamento Europeo y por el Comité Económico y Social Europeo. Al examinar la evolución de los distintos Estados miembros, destaca la importancia que el diálogo social ha tenido en la introducción de nuevas formas de flexibilidad interna y en la adaptación de los principios legales a situaciones económicas específicas y a las circunstancias particulares de determinados sectores, sobre todo buscando la corresponsabilización de los interlocutores sociales en el desarrollo de las políticas de flexiseguridad⁷⁷⁵.

Pero en las reformas llevadas a cabo, sin embargo, se pone de relieve que,

Flexiseguridad las necesidades de las personas que sufren la pobreza y la exclusión social?”, en Lan Ha-remanen, *Revista de Relaciones Laborales*, núm. 16, 2007-I, págs. 81-98.

⁷⁷² Vid. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión -Trabajar juntos, trabajar mejor: Un nuevo marco para la coordinación abierta de las políticas de protección social y de inclusión en la Unión Europea. Bruselas, 20 de abril de 20006 [COM (2005) 706 final].

⁷⁷³ Sobre la articulación entre trabajo y protección social, vid. Lavilla, J.-L.: “La nuova questione sociale: ripensare l’articolazione tra lavoro e protezione sociale”, en Colonna, M., Pugliese, E.: *Il futuro del lavoro in Europa...*, op.cit., págs. 233 y sigs.

⁷⁷⁴ Vid. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Libro Verde, apartado 3.5.1.

⁷⁷⁵ “La implicación activa de los interlocutores sociales es fundamental para garantizar que la flexiseguridad redunde en beneficio de todos. Asimismo, es esencial que todas las partes implicadas estén dispuestas a aceptar el cambio y asumir la responsabilidad del mismo”. Comunicación de la Comisión “Hacia los principios comunes de la flexiseguridad”, págs. 9-10.

realmente, en la flexiseguridad adoptada existe un “modelo flexible”⁷⁷⁶ de modernización del derecho del trabajo, planteado fundamentalmente en una línea individualizadora, que no solamente ignora el papel de la negociación colectiva (que está prácticamente ausente y que, cuando aparece, se contempla solamente en cuanto fuente de regulación) sino también las instituciones de representación de intereses y de acción colectiva de los trabajadores. De ahí que se haya considerado que en el Libro Verde se plantea “una verdadera descolectivización del Derecho del Trabajo como condición previa”⁷⁷⁷, tal y como se constata claramente en las últimas reformas laborales llevadas a cabo en España.

El modelo de flexiseguridad planteado hasta ahora podría determinar un nuevo modelo de fuentes sustancialmente diverso al actual al debilitar el papel de la ley o hacerla disponible y debilitar las bases de la negociación colectiva, haciendo prevalecer la autonomía individual y el papel regulador del contrato⁷⁷⁸. Se completaría el cambio, ya iniciado (en España fundamentalmente a partir de la década de los noventa), de lo que se ha llamado “constitución garantista del trabajo” a una “constitución flexible del trabajo”⁷⁷⁹. Es decir, se pone en cuestión (planteando su “liberalización”) las bases mínimas del garantismo jurídico-social⁷⁸⁰. Y si estas garantías mínimas que aún se mantienen en el Derecho del Trabajo se eliminan, a cambio de la “seguridad en el mercado”, desaparece también la base real de negociación, ya bastante debilitada y desestructurada. Sin esas normas mínimas de carácter social, el éxito de la negociación dependería de la fuerza de los interlocutores sociales y de sus instituciones representativas, requisito que es difícil apreciar en muchos países europeos, y más aún en un contexto de profunda crisis. Probablemente, la negociación colectiva dejaría de cumplir sus funciones clásicas, para asumir plenamente una función gestional y de adaptabilidad a las empresas⁷⁸¹. El resultado es una mayor individualización de las relaciones laborales, que caracteriza en gran medida al Derecho flexible del Trabajo, que renuncia cada vez más al equilibrio de intereses que está en su base genética y que se configura más unidireccionalmente como un derecho de la economía.

⁷⁷⁶ Vid. Monereo Pérez y Fernandez Avilés: “El debate europeo sobre flexiseguridad...”, op.cit., págs. 237 y sigs.

⁷⁷⁷ Cfr. A. Baylos Grau, en Loy, G.: “Apuntes sobre el Libro Verde...”, op.cit., pág. 65.

⁷⁷⁸ Vid. Monereo Pérez, J.L.: “Crisis económica y revisión de la constitución democrático-social del trabajo: crítica de la opción neoliberal”, *Tribuna Social* n° 226, págs. 9 y sigs.

⁷⁷⁹ Vid. Monereo Pérez, J.L.: “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la ‘cuestión social’”, en *Relaciones Laborales*, núm. 15/16, 2001, págs. 13 y sigs.; también Monereo Pérez, J.L.: “Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: el modelo de Constitución flexible del trabajo”, en Sempere Navarro (Dir.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, págs. 1527 y sigs.

⁷⁸⁰ Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer: “Flexiseguridad: el debate europeo...”, op.cit., págs. 23-24.

⁷⁸¹ Vid. Monereo Pérez, J.L.: “El tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada”, en Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000*. MTAS, Madrid, 1999, págs. 91 y sigs.

III. LA FLEXISEGURIDAD LIBERAL FRENTE A LA FLEXISEGURIDAD GARANTISTA

En el debate comunitario sobre la modernización del Derecho laboral (debate sobre la flexiseguridad) se han puesto de manifiesto claramente dos modelos de flexiseguridad: uno de signo liberal, que diseña una política de flexiseguridad como instrumento para la plena implantación de un derecho flexible del trabajo en clave liberalizadora e individualista⁷⁸²; y otro de signo garantista, en la línea de un “garantismo flexible” (modelo de “transición” en el que ahora se encuentra el Derecho del trabajo)⁷⁸³.

En el modelo de flexiseguridad liberal que hasta ahora se ha impuesto predomina el principio de eficiencia económica y se ignoran los derechos sociales fundamentales inherentes al constitucionalismo social⁷⁸⁴. En este modelo, el criterio de la flexibilidad laboral se sitúa como eje de toda modernización del derecho del trabajo y la dimensión “garantista” (el componente de seguridad) se formula en términos de garantías mínimas situadas fuera de la relación contractual, formuladas de manera genérica y cuya realización efectiva requerirá la disponibilidad de grandes recursos, por lo que una verdadera tutela en el mercado del trabajo encontrará serias dificultades en muchos de los países de la UE.

El nuevo derecho flexible del trabajo, resultado de este modelo de flexiseguridad, se plantea sobre la base de una reformulación del tradicional equilibrio de intereses que constituye su base, garantizando seguridad jurídica y económica a los trabajadores y el principio de rendimiento a través de una utilización flexible de la mano de obra a los empresarios. La flexiseguridad liberal supone un completo trasvase de riesgos empresariales al trabajo subordinado y una funcionalización permanente del factor trabajo a las exigencias de funcionamiento de la empresa flexible. En este modelo se favorece al principio de favor hacia la empresa, más que al principio de protección del trabajador y se produce una subordinación de la política social a las exigencias de flexibilidad de los mercados y de competitividad de las empresas, determinando una des-estructuración de los estatutos protectores del trabajo. El derecho del trabajo clásico es calificado de derecho rígido e incluso uni-

⁷⁸² Sobre la transformación de la “constitución social del trabajo” en una “constitución flexible del Trabajo”, vid. Monereo Pérez, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 68 y sigs.; Id. “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la ‘cuestión social’”, en *Relaciones Laborales*, núm. 15/16, 2001, págs. 13 y sigs.; Id.: “Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: el modelo de Constitución flexible del trabajo”, op.cit., págs. 1540 y sigs.

⁷⁸³ Vid. Monereo Pérez, J.L.: “Estrategias de ‘ajuste’, ‘reestructuración’ y ‘flexibilidad laboral’. Modelos normativos”, *Tribuna Social* n°227, págs. 9 y sigs.

⁷⁸⁴ Vid. Monereo Pérez y Fernández Avilés, que se refieren al “gran déficit del Libro Verde: un enfoque al margen de los derechos sociales fundamentales”, en: “Para una crítica del modelo de ‘flexiseguridad’ liberal: flexiseguridad y garantismo social (Primera parte)”, op.cit., págs. 12 y sigs.

lateralmente favorable (pese a que nunca lo ha sido) y se le reprocha su ineficacia respecto al funcionamiento de los mercados.

Frente a este modelo, es posible formular un modelo de flexiseguridad garantista que, aceptando dosis necesarias de flexibilidad, no abandone ni relegue su función garantista y equilibradora del principio de protección social y del principio de eficiencia económica. Las políticas de flexiseguridad tienen que partir del presupuesto del “modelo social europeo”, de las exigencias democráticas específicas que el Derecho social ha trasladado al ámbito socioeconómico y que se reflejan en cuatro principios básicos: exigencia de igualdad, exigencia de libertad, exigencia de una seguridad individual y derechos colectivos (Informe Supiot). La modernización del Derecho laboral y de las protecciones que se derivan del contrato de trabajo tiene que inspirarse en dichas exigencias. Debe igualmente reafirmarse “el papel fundamentalmente protector y emancipador del Derecho laboral y garantizarse mejor su aplicación para impedir que se ejerza presión sobre los trabajadores, teniendo en cuenta los nuevos desafíos de la globalización y el envejecimiento demográfico”.

7.4. EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA

ÁNGEL LUIS DE VAL TENA

*Profesor Titular (Acreditado a Catedrático) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza*

SARA ALCÁZAR ORTIZ

*Profesora Ayudante Doctor (Acreditada a Contratado Doctor)
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza*

I. INTRODUCCIÓN: EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA COMO INSTRUMENTO DE LA POLÍTICA ACTIVA DE EMPLEO

Entre las políticas activas de empleo —definidas *ex lege* como el conjunto de servicios y programas de orientación, empleo y formación dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las

personas ocupadas y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social (art. 23.1 Ley 56/2003)— cabe incluir los instrumentos normativos adoptados por los poderes públicos con la finalidad de promover la contratación de trabajadores desempleados. No se trata tanto de tomar iniciativas aisladas, concurrentes y en ocasiones contradictorias, en el ámbito estatal, autonómico y local⁷⁸⁵, como de articular o coordinar las mismas para que resulten efectivas. En este contexto hay que situar la necesidad de aprobar la Estrategia Española de Activación para el Empleo, cuyo Eje 3, sobre “oportunidades de empleo”, debe incluir “las actuaciones que tienen por objeto incentivar la contratación, la creación de empleo o el mantenimiento de los puestos de trabajo, especialmente para aquellos colectivos que tienen mayor dificultad en el acceso o permanencia en el empleo, con especial consideración a la situación de las personas con discapacidad, de las personas en situación de exclusión social, de las personas con responsabilidades familiares, de las víctimas del terrorismo y de las mujeres víctimas de violencia de género” [art. 4 bis.4.c) Ley 56/2003].

Así, actualmente, la *Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016*, aprobada por el RD 751/2014, de 5 de septiembre, precisa los objetivos estructurales a alcanzar, en concreto: fomentar la contratación de colectivos y sectores con dificultades, para proporcionar trabajo, experiencia y sostener la actividad económica; fomentar la contratación de personas desempleadas en sectores emergentes con perspectivas de crecimiento de empleo; fomentar las oportunidades de empleo para personas que se encuentran en situación de empleo no declarado; y fomentar la inserción laboral de personas desempleadas perceptoras de prestaciones por desempleo.

Se debe tener en cuenta, por otra parte, el marco trazado por la *Estrategia de emprendimiento y empleo joven 2013-2016*, donde se desarrolla el objetivo de impulsar medidas dirigidas a reducir el desempleo juvenil, ya sea mediante la inserción laboral o a través del autoempleo y el emprendimiento. Es esta última una actuación que se viene consolidando como alternativa a las fórmulas de empleo por cuenta ajena, que está tomando impulso, sin que por ello se haya relegado el fomento de la contratación laboral.

En este contexto hay que situar las medidas de fomento de la contratación indefinida que a continuación —diferenciando los ámbitos estatal y autonómico—

⁷⁸⁵ *In extenso*, sobre la articulación de las competencias en materia de empleo a nivel estatal y autonómico, y también sobre las competencias de los entes locales, vid. QUESADA SEGURA, R.: “Artículo 4. La dimensión local de la política de empleo”, en VV.AA. (MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., dirs.): *El derecho del empleo. El estatuto jurídico del empleo. Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo*, Editorial Comares, Granada, 2011, págs. 149-158.

vamos a exponer, si bien es cierto que muchas de ellas se arrastran desde años atrás, otras más recientes son de carácter coyuntural y, en fin, faltarán por impulsar otras nuevas que cubran algunos de aquellos objetivos.

II. EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA EN EL ÁMBITO ESTATAL

Con carácter general, los poderes públicos deben realizar “una política orientada al pleno empleo” (art. 40.1 CE), pudiendo el Gobierno, a tal fin, “otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo”, orientadas “prioritariamente a fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido” (art. 17.3 LET). Así, desde tiempo atrás, se han sucedido distintas iniciativas para favorecer el acceso al empleo, sobre todo de determinados colectivos con dificultades para incorporarse al mercado de trabajo, y también con el objetivo de crear empleo estable y de calidad, si bien las altas tasas de desempleo, en períodos como el presente, han condicionado cuantas iniciativas se encuentran vigentes, siendo más, sin duda, los incentivos a favor de la contratación indefinida y menos los estímulos de la contratación temporal.

Son de diferente naturaleza las medidas que en el ámbito estatal se han implementado, unas con carácter permanente, otras transitorias para hacer frente a la elevada tasa de desempleo. Se debe tener en cuenta, al respecto, que el Estado tiene competencia exclusiva, entre otras materias, sobre la legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas (art. 149.1.7ª CE), y la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas (art. 149.1.17ª CE), de ahí que se hayan regulado modalidades de contrato de trabajo de apoyo a la contratación laboral indefinida o que se mantenga una línea de actuación consistente en bonificar las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social.

1. El Programa de Fomento del Empleo: empleadores beneficiarios, colectivos a contratar y bonificaciones

Desde la aprobación de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, se mantiene un solo Programa de Fomento del Empleo, en contra de la práctica habitual hasta entonces de su aprobación o renovación anual. Aunque no exclusivamente, en el Programa se regulan las bonificaciones para la contratación indefinida, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial e incluida la modalidad de fijo discontinuo, de los trabajadores desempleados inscritos en la Oficina de Empleo, incluidos aquellos que estén trabajando en otra em-

presa con un contrato a tiempo parcial, siempre que su jornada de trabajo sea inferior a un tercio de la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable (art. 1.1 Ley 43/2006).

Los beneficiarios son las empresas, incluidos los trabajadores autónomos y excluidas las administraciones y los organismos públicos, y sociedades laborales o cooperativas a las que se incorporen trabajadores como socios trabajadores o de trabajo, siempre que estas últimas hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena (art. 1.3 Ley 43/2006), que reúnan los siguientes requisitos (art. 5 Ley 43/2006):

- Hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social, tanto en la fecha de alta de los trabajadores como durante la aplicación de las bonificaciones correspondientes. Si durante el período de bonificación existe una falta de ingreso en plazo reglamentario de dichas obligaciones, se producirá la pérdida automática de las bonificaciones reguladas en el Programa, respecto de las cuotas correspondientes a períodos no ingresados en dicho plazo, teniéndose en cuenta dicho período como consumido para el cómputo del tiempo máximo de bonificación.

- No haber sido excluidos del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo por la comisión de infracciones muy graves no prescritas, conforme a lo previsto en el artículo 46.2 LISOS.

- Como requisito adicional, de carácter formal, los contratos de trabajo indefinidos que se celebren se deben formalizar por escrito, en el modelo oficial que facilite el Servicio Público de Empleo Estatal (art. 2.8 Ley 43/2006).

Son varios los colectivos de trabajadores cuya contratación indefinida da derecho a obtener bonificaciones a los beneficiarios.

En primer lugar, los empleadores que contraten a personas con discapacidad⁷⁸⁶, con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, tienen derecho a las siguientes bonificaciones (art. 2.2 Ley 43/2006):

⁷⁸⁶ Se considerarán también incluidos los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, así como los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad [art. 2.2.5) Ley 43/2006].

No obstante, cuando se trate de trabajadores con discapacidad contratados por un centro especial de empleo, mediante un contrato indefinido, se aplicarán las bonificaciones del 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta. La misma bonificación se disfrutará por los centros especiales de em-

- Una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, de su equivalente diario por trabajador contratado, de 375 euros/mes (4.500 euros/año) durante toda la vigencia del contrato.

- La bonificación será de 425 euros/mes (5.100 euros/año) si el trabajador con discapacidad está incluido en alguno de los grupos siguientes:

a) Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por 100.

b) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 por 100.

- Si el trabajador con discapacidad tiene en el momento de la contratación 45 o más años o si se trata de una mujer, la bonificación que corresponda de acuerdo con los supuestos anteriores, se incrementará, respectivamente, en 100 euros/mes (1.200 euros/año) o en 70,83 euros/mes (850 euros/año), sin que estos incrementos establecidos sean compatibles entre sí.

En segundo lugar, los empleadores que contraten indefinidamente a personas que tengan acreditada la condición de víctima de violencia de género o de víctima de violencia doméstica, sin que sea necesaria la condición de estar en desempleo, tienen derecho, desde la fecha de celebración del contrato, a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario, por trabajador contratado de 125 euros/mes (1.500 euros/año) durante 4 años (art. 2.4 Ley 43/2006).

En tercer lugar, los empleadores que contraten indefinidamente a personas que tengan acreditada la condición de víctima del terrorismo, sin que sea necesaria la condición de estar en desempleo, tienen derecho, desde la fecha de celebración del contrato, a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario, por trabajador contratado de 125 euros/mes (1.500 euros/año) durante 4 años (art. 2.4 bis Ley 43/2006).

En cuarto lugar, los empleadores que contraten indefinidamente a trabajadores en situación de exclusión social y que tengan acreditada esta condición por los servicios sociales u órganos competentes, pueden acogerse a las bonificaciones men-

pleo en el supuesto de transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento de empleo de personas con discapacidad o de transformación en indefinidos de los contratos de duración determinada o temporales, incluidos los formativos suscritos con trabajadores con discapacidad (art. 2.3 Ley 43/2006).

suales de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario, por trabajador contratado, de 50 euros/mes (600 euros/año) durante 4 años (art. 2.5 Ley 43/2006).

Además, el legislador establece que en todos los supuestos mencionados –con excepción de trabajadores con discapacidad contratados por un centro especial de empleo– cuando el contrato indefinido sea a tiempo parcial, la bonificación resultará de aplicar a las previstas en cada caso un porcentaje igual al de la jornada pactada en el contrato al que se le sumarán 30 puntos porcentuales, sin que en ningún caso pueda superar el 100 por 100 de la cuantía prevista (art. 2.7 Ley 43/2006).

El Programa de Fomento del Empleo se completa con varias previsiones más relativas a las exclusiones, que tienen que ver con la celebración de contratos especiales de trabajo, la contratación de familiares o de trabajadores anteriormente contratados por la misma empresa o que hubieran tenido un contrato indefinido (art. 6 Ley 43/2006), a las reglas de concurrencia, la cuantía máxima y el régimen de incompatibilidad de las bonificaciones (art. 7 Ley 43/2006), el mantenimiento de las bonificaciones (art. 8 Ley 43/2006) y a la obligación de reintegro de las mismas (art. 9 Ley 43/2006). De todo ello, interesa destacar, de una parte, que cuando la contratación de un trabajador pueda dar lugar simultáneamente a su inclusión en varios de los supuestos para los que están previstas bonificaciones, solo es posible aplicarlas respecto de uno, correspondiendo la opción al beneficiario en el momento de formalizar el alta del trabajador que da derecho a la aplicación de las bonificaciones de Seguridad Social; de otra, que las bonificaciones no pueden, en ningún caso, superar el 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social que hubiera correspondido ingresar y que tampoco las bonificaciones pueden, en concurrencia con otras medidas de apoyo público establecidas para la misma finalidad, superar el 60 por 100 del coste salarial anual correspondiente al contrato que se bonifica, salvo en el caso de los trabajadores con discapacidad contratados por los centros especiales de empleo.

2. Modalidades contractuales para el fomento del empleo indefinido

Algunas modalidades contractuales de carácter indefinido llevan anudados concretos incentivos fiscales, así como exenciones y/o bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social. Unos son contratos indefinidos ordinarios suscritos en un determinado período temporal, otros son, en verdad, nuevos contratos, con un régimen jurídico particular, o modalidades específicas, todas condicionadas al cumplimiento de determinados requisitos.

2.1. Los contratos ordinarios suscritos desde el 1 de marzo de 2015 hasta el 31 de agosto de 2016

Para favorecer la creación de empleo indefinido, el legislador establece un mínimo exento de cotización a la Seguridad Social en los supuestos de contratación indefinida en cualquiera de sus modalidades⁷⁸⁷, cumpliendo una serie de condiciones y requisitos. De ser así, la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes se determinará conforme a las siguientes reglas (art. 8.1 RD-Ley 1/2015):

- Si la contratación es a tiempo completo, los primeros 500 euros de la base de cotización por contingencias comunes correspondiente a cada mes quedarán exentos de la aplicación del tipo de cotización en la parte correspondiente a la empresa. Al resto del importe de dicha base le resultará aplicable el tipo de cotización vigente en cada momento.

- Si la contratación es a tiempo parcial, cuando la jornada de trabajo sea, al menos, equivalente a un 50 por 100 de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, la cuantía anteriormente señalada se reducirá de forma proporcional al porcentaje de reducción de jornada de cada contrato.

Este beneficio en la cotización se aplicará durante un período de 24 meses, computados a partir de la fecha de efectos del contrato, que deberá formalizarse por escrito, y respecto de los celebrados⁷⁸⁸ entre el 1 de marzo de 2015 –fecha de entrada en vigor del RD-Ley 1/2015– y el 31 de agosto de 2016. Finalizado el período de 24 meses, y durante los 12 meses siguientes, las empresas que en el momento de celebrar el contrato al que se aplique este beneficio en la cotización contaran con menos de diez trabajadores tendrán derecho a mantener la bonificación o reducción, si bien durante este nuevo período estarán exentos de la aplicación del tipo de cotización los primeros 250 euros de la base de cotización o la cuantía proporcionalmente reducida que corresponda en los supuestos de contratación a tiempo parcial (art. 8.3 RD-Ley 1/2015).

⁷⁸⁷ El beneficio en la cotización consistirá en una bonificación cuando la contratación indefinida se produzca con trabajadores inscritos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 105 de la Ley 18/ 2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, y en una reducción para el resto de trabajadores contratados (art. 8.2 RD-Ley 1/2015).

⁷⁸⁸ Inicialmente, se estableció una “tarifa plana” reducida de las cotizaciones sociales para nuevas contrataciones indefinidas que mantuvieran el empleo neto durante, al menos, tres años, que estuvo vigente para los contratos celebrados desde el 25 de febrero de 2014 hasta el 31 de marzo de 2015 (art. único RD-Ley 3/2014 y disp. adic. decimoséptima RD-Ley 17/2014).

Para ser beneficiario, las empresas deberán cumplir los siguientes requisitos:

- Hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social, tanto en la fecha de efectos del alta de los trabajadores como durante la aplicación del beneficio correspondiente. Si durante el período de bonificación o reducción existiese un incumplimiento, total o parcial, de dichas obligaciones en el plazo reglamentario, se producirá la pérdida automática del beneficio respecto de las cuotas correspondientes a períodos no ingresados en dicho plazo, teniéndose en cuenta tales períodos como consumidos a efectos del cómputo del tiempo máximo de bonificación o reducción.

- No haber extinguido contratos de trabajo, bien por causas objetivas o por despidos disciplinarios que hayan sido declarados judicialmente improcedentes, bien por despidos colectivos que hayan sido declarados no ajustados a Derecho, en los seis meses anteriores a la celebración de los contratos que dan derecho al beneficio previsto en este artículo. La exclusión del derecho a la bonificación o reducción derivada del incumplimiento de este requisito afectará a un número de contratos equivalente al de las extinciones producidas.

- Celebrar contratos indefinidos que supongan un incremento tanto del nivel de empleo indefinido como del nivel de empleo total de la empresa.

- Mantener durante un período de 36 meses, a contar desde la fecha de efectos del contrato indefinido con aplicación de la bonificación o reducción, tanto el nivel de empleo indefinido como el nivel de empleo total alcanzado, al menos, con dicha contratación.

- No haber sido excluidas del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo por la comisión de la infracción grave del artículo 22.2 o las infracciones muy graves de los artículos 16 y 23 TRLISOS, de conformidad con lo previsto en el artículo 46 TRLISOS.

La regulación legal de este beneficio en la cotización se completa con las exclusiones, el régimen de incompatibilidades, la extensión a las personas que se incorporen como socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas y la obligación de reintegrar las cantidades dejadas de ingresar con el recargo y el interés de demora correspondientes (art. 8.5, 7, 8 y 10 RD-Ley 1/2015).

Interesa destacar, sobre todo, que la aplicación de este beneficio es incompatible con la de cualquier otro beneficio en la cotización a la Seguridad Social por el mismo contrato, con independencia de los conceptos a los que tales beneficios pudieran afectar, con las siguientes excepciones:

- En el caso de que el contrato indefinido se formalice con personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, será compatible con la bonificación establecida en el artículo 107 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

- En el caso de que el contrato indefinido se formalice con personas beneficiarias del Programa de Activación para el Empleo, será compatible con la ayuda económica de acompañamiento que aquellas perciban, en los términos previstos en el artículo 8 del RD-Ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo.

Para evitar cualquier tipo de penalización, el legislador aclara que la aplicación de la bonificación o reducción no afectará a la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas a que puedan causar derecho los trabajadores afectados, que se calculará aplicando el importe íntegro de la base de cotización que les corresponda (art. 8.6 RD-Ley 1/2015).

2.2. El contrato de apoyo a los emprendedores

Con el doble objeto de facilitar el empleo estable y potenciar la iniciativa empresarial, y hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15 por 100, las empresas que tengan menos de 50 trabajadores podrán concertar el contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores (art. 4 Ley 3/2012). A estos efectos, se tiene en cuenta el número de trabajadores de la empresa en el momento de producirse la contratación.

El régimen jurídico de este contrato, así como los derechos y obligaciones que de él se derivan, se rigen, con carácter general, por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido. No obstante, se establecen las siguientes reglas específicas:

- El contrato se debe celebrar por tiempo indefinido y formalizar por escrito.

- La duración del período de prueba que es de un año, en todo caso⁷⁸⁹, si bien no puede establecerse un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.

⁷⁸⁹ SSTC 199/2014, de 16 de julio (RTC 2014, 119), y 8/2015, de 22 de enero (RTC 2015, 8), que confirman la constitucionalidad del período de prueba obligatorio de un año en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, reconociéndole, además, una nueva finalidad: “permite al empresario comprobar, en un contexto de crisis como el actual, si el puesto de trabajo ofertado con carácter indefinido es viable económicamente y por tanto sostenible”; se trata, en suma, “de una medida dirigida a

- El trabajador contratado a jornada completa puede voluntariamente compatibilizar cada mes, junto con el salario, el 25 por 100 de la cuantía de la prestación que tuviera reconocida y pendiente de percibir en el momento de su contratación. Y en el caso de que el trabajador no compatibilice la prestación con el salario, se mantiene el derecho del trabajador a las prestaciones por desempleo que le resten por percibir en el momento de la colocación.

Cuando el contrato se celebre a tiempo parcial, serán de aplicación las disposiciones establecidas con carácter general para la compatibilidad del contrato a tiempo parcial con las prestaciones o subsidios por desempleo previstas en la LGSS y en sus normas de desarrollo.

- Las empresas no podrán concertar este contrato de trabajo cuando, en los 6 meses anteriores a la celebración del contrato, hubieran realizado extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial o hubieran procedido a un despido colectivo.

Para fomentar su utilización por las empresas, el legislador establece incentivos fiscales y bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social. Así, la empresa, por una parte, tiene derecho a aplicar los incentivos fiscales previstos en el artículo 37 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades y, por otra, las contrataciones de desempleados inscritos en la Oficina de empleo da derecho a las siguientes bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social:

- Si se contratan jóvenes entre 16 y 30 años, ambos inclusive, la empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social durante tres años, cuya cuantía será de 83,33 euros/mes (1.000 euros/año) en el primer año; de 91,67 euros/mes (1.100 euros/año) en el segundo año, y de 100 euros/mes (1.200 euros/año) en el tercer año. Cuando estos contratos se concierten con mujeres en ocupaciones en las que este colectivo esté menos representado las cuantías anteriores se incrementan en 8,33 euros/mes (100 euros/año).

- Si se contratan mayores de 45 años, la empresa tiene derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social, cuya cuantía será de 108,33 euros/mes (1.300 euros/año) durante tres años. Cuando estos contratos se concierten con mujeres en ocupaciones en las que este colectivo esté menos representado, las bonificaciones indicadas ascienden a 125 euros/mes (1.500 euros/año).

facilitar las decisiones de creación de empleo estable de las pequeñas y medianas empresas (que constituyen la inmensa mayoría del tejido empresarial español), reduciendo las incertidumbres propias de todo proyecto de inversión empresarial, en una coyuntura económica tan difícil y adversa como la actual". Un comentario en VAL TENA, A. L.: "La constitucionalidad de la reforma laboral de 2012. Comentario a la STC 119/2014, de 16 de julio", *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. 17, núm. 2, 2014, págs. 445-454 y 473-477.

Estas bonificaciones son compatibles con otras ayudas públicas previstas con la misma finalidad, sin que en ningún caso la suma de las bonificaciones aplicables pueda superar el 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social.

En el supuesto de que el contrato se celebre a tiempo parcial, las bonificaciones se disfrutarán de modo proporcional a la jornada de trabajo pactada en el contrato.

Finalmente, para poder aplicar los incentivos vinculados al contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, la empresa debe mantener en el empleo al trabajador contratado, al menos, tres años desde la fecha de inicio de la relación laboral; asimismo, debe mantener el nivel de empleo en la empresa alcanzado con el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores durante, al menos, un año desde la celebración del contrato. En caso de incumplimiento de estas obligaciones, se debe proceder al reintegro de los incentivos. Ahora bien, no se consideran incumplidas las obligaciones de mantenimiento del empleo anteriores cuando el contrato de trabajo se extinga por causas objetivas o por despido disciplinario cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, ni las extinciones causadas por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores o por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato.

3. Nuevos estímulos para favorecer la contratación de jóvenes

Por un lado, la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, desarrolla la *Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016*, con el objetivo de impulsar medidas dirigidas a reducir el desempleo juvenil, ya sea mediante la inserción laboral por cuenta ajena —contiene medidas destinadas a incentivar la incorporación de jóvenes a las empresas de la economía social, así como estímulos a la contratación de jóvenes en situación de desempleo— o a través del autoempleo y el emprendimiento. Por otro, la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, implanta el Sistema Nacional de Garantía Juvenil y recoge distintas medidas de apoyo a la contratación con carácter indefinido de personas beneficiarias del mismo, modificando, además, la Ley 11/2013 para incluir al colectivo de jóvenes en determinados incentivos a la contratación previstos en aquella norma.

3.1. Contratación a tiempo parcial con vinculación formativa

Hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15 por 100, las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, que celebren por escrito contratos a tiempo

parcial con vinculación formativa –por tiempo indefinido o de duración determinada– con jóvenes desempleados menores de 30 años –o menor de 35 años con un grado de discapacidad del 33 por 100– tienen derecho, durante un máximo de doce meses, a una reducción de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado, del 100 por 100 en el caso de que el contrato se suscriba por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas, o del 75 por 100, en el supuesto de que la empresa contratante tenga una plantilla igual o superior a esa cifra (art. 9, disp. adic. novena y disp. trans. primera Ley 11/2013). Este incentivo puede ser prorrogado por otros doce meses, siempre que el trabajador continúe compatibilizando el empleo con la formación, o la haya cursado en los seis meses previos a la finalización del período a que se refiere el párrafo anterior.

Los trabajadores contratados deben cumplir alguno de los siguientes requisitos:

- No tener experiencia laboral o que esta sea inferior a tres meses.
- Proceder de otro sector de actividad. A estos efectos, se entiende por sector de actividad el identificado como Clase mediante un código numérico de cuatro cifras en el Anexo del Real Decreto 475/2007, de 13 de abril, por el que se aprueba la Clasificación Nacional de Actividades Económicas 2009 (CNAE-2009).
- Ser desempleado y estar inscrito ininterrumpidamente en la oficina de empleo, al menos, doce meses durante los dieciocho anteriores a la contratación.
- Carecer de título oficial de enseñanza obligatoria, de título de formación profesional o de certificado de profesionalidad.
- Ser personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil en España.

Los trabajadores deben compatibilizar el empleo con la formación o justificar haberla cursado en los seis meses previos a la celebración del contrato. La formación, no teniendo que estar vinculada específicamente al puesto de trabajo objeto del contrato, puede ser:

- Formación acreditable oficial o promovida por los servicios públicos de empleo.
- Formación en idiomas o tecnologías de la información y la comunicación de una duración mínima de 90 horas en cómputo anual.

La jornada pactada no puede ser superior al 50 por 100 de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable, salvo en el caso de personas benefi-

ciarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil que podrá alcanzar el 75 por 100 de la jornada.

Para acogerse a esta modalidad contractual y sus incentivos, las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, no deben haber adoptado, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, decisiones extintivas improcedentes y están obligadas a mantener el nivel de empleo alcanzado con el nuevo contrato durante, al menos, un período equivalente a la duración de dicho contrato con un máximo de doce meses desde su celebración; en caso de incumplimiento de esta obligación se deberá proceder al reintegro de los incentivos.

3.2. Contratación de jóvenes por microempresas y empresarios autónomos

Hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15 por 100, las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, que contraten de manera indefinida, a tiempo completo o parcial, a un joven desempleado menor de 30 años –o menor de 35 años con un grado de discapacidad del 33 por 100– tienen derecho a una reducción del 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado durante el primer año de contrato, que se formalizará por escrito (art. 10, disp. adic. novena y disp. trans. primera Ley 11/2013). Este incentivo, en principio, solo se aplicará respecto a un contrato.

Para acogerse a esta medida, las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, deben reunir los siguientes requisitos:

- Tener, en el momento de la celebración del contrato, una plantilla igual o inferior a nueve trabajadores.
- No haber tenido ningún vínculo laboral anterior con el trabajador.
- No haber adoptado, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, decisiones extintivas improcedentes.
- No haber celebrado con anterioridad otro contrato bajo esta modalidad.

Para la aplicación de los beneficios indicados, la empresa debe mantener en el empleo al trabajador contratado, al menos, dieciocho meses desde la fecha de inicio de la relación laboral y debe mantener el nivel de empleo en la empresa alcanzado con el contrato a que se refiere este artículo durante, al menos, un año desde la celebración del contrato. En caso de incumplimiento de estas obligaciones se debe proceder al reintegro de los incentivos.

Con todo, no se consideran incumplidas las obligaciones de mantenimiento del empleo anteriores cuando el contrato de trabajo se extinga por causas objetivas o por despido disciplinario cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, ni las extinciones causadas por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores o por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, o por resolución durante el período de prueba. En estos supuestos, se podrá celebrar un nuevo contrato, si bien el período total de reducción no excederá, en conjunto, de doce meses.

Esta bonificación, en fin, no se puede aplicar a los contratos indefinidos de apoyo a los emprendedores (art. 4 Ley 3/2012), a los contratos para trabajos fijos discontinuos (art. 15.8 LET) y a los contratos indefinidos que se beneficien del Programa de Fomento del Empleo (art. 2 Ley 43/2006).

3.3. Contratación de personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil

Las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, que contraten de forma indefinida, incluida la modalidad fija discontinua, a una persona beneficiaria del Sistema Nacional de Garantía Juvenil disfrutarán de una bonificación mensual en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por un importe de 300 euros, durante seis meses, estando obligada la empresa o el trabajador autónomo a mantener al trabajador, al menos, seis meses desde el inicio de la relación laboral y a incrementar con la nueva contratación tanto el nivel de empleo indefinido como el nivel de empleo total, y mantener el nuevo nivel alcanzado con la contratación durante todo el período de disfrute de la bonificación (art. 107.1 Ley 18/2014).

Si la contratación es a tiempo parcial, la jornada será como mínimo el 50 por 100 de la correspondiente a la de un trabajador a tiempo completo comparable, aplicándose la bonificación siguiente (art. 107.3 Ley 18/2014):

- Cuando la jornada de trabajo sea, al menos, equivalente a un 75 por 100 de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable, 225 euros mensuales.
- Cuando la jornada de trabajo sea, al menos, equivalente a un 50 por 100 de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable, 150 euros mensuales.

Esta medida es compatible con todo tipo de incentivos siempre que el importe mensual a cotizar por la empresa o el trabajador autónomo no sea negativo. Si la

aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social del trabajador que da derecho a la bonificación fuera inferior al importe de ésta, el exceso podrá descontarse de la aportación empresarial final que resulte en la liquidación mensual en la que figure incluido el citado trabajador, siempre que la misma no resulte negativa.

3.4. Incorporación y contratación de jóvenes por entidades de la economía social y empresas de inserción

Se establecen las siguientes bonificaciones aplicables a las entidades de la economía social (art. 14.1 Ley 11/2013):

a) Bonificación de 66,67 euros/mes (800 euros/año) en las cuotas empresariales de la Seguridad Social durante tres años, aplicable a las cooperativas o sociedades laborales que incorporen trabajadores desempleados menores de 30 años como socios trabajadores o de trabajo. En el caso de cooperativas, las bonificaciones se aplican únicamente cuando estas hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena.

b) Bonificación de 137,50 euros/mes (1.650 euros/año) durante toda la vigencia del contrato o durante tres años, en caso de contratación indefinida, en las cuotas de la Seguridad Social aplicables a las empresas de inserción en los supuestos de contratos de trabajo suscritos con personas menores de 30 años en situación de exclusión social incluidas en el artículo 2 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción. Esta bonificación no es compatible con la prevista en el artículo 16.3.a) de la Ley 44/2007, de carácter general y que se mantiene; a saber: bonificación en las cuotas de la Seguridad Social de 70,83 euros/mes (850 euros/año) durante toda la vigencia del contrato, o durante tres años en caso de contratación indefinida.

3.5. Contratación para nuevos proyectos de emprendimiento joven

Hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15 por 100, los trabajadores por cuenta propia menores de 30 años —o menor de 35 años con un grado de discapacidad del 33 por 100—, y sin trabajadores asalariados, que a partir del 24 de febrero de 2013 contraten por primera vez, de forma indefinida, mediante un contrato de trabajo a tiempo completo o parcial, a personas desempleadas de edad igual o superior a 45 años, inscritas ininterrumpidamente como desempleadas en la oficina de empleo, al menos, durante doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación o que resulten beneficiarios del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, tienen derecho a una reducción del 100 por 100 de todas las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y las cuotas de

recaudación conjunta, durante los doce meses siguientes a la contratación (art. 11, disp. adic. novena y disp. trans. primera Ley 11/2013).

Para la aplicación de este beneficio, se debe mantener en el empleo al trabajador contratado, al menos, dieciocho meses desde la fecha de inicio de la relación laboral, salvo que el contrato se extinga por causa no imputable al empresario o por resolución durante el período de prueba; de suceder lo anterior, se podrá celebrar un nuevo contrato al amparo de este artículo, si bien el período total de aplicación de la reducción no podrá exceder, en conjunto, de doce meses. En caso de incumplimiento de esta obligación se debe proceder al reintegro de los incentivos.

Si la contratación de un trabajador pudiera dar lugar simultáneamente a la aplicación de otras bonificaciones o reducciones en las cuotas de Seguridad Social, solo podrá aplicarse una de ellas, correspondiendo la opción al beneficiario en el momento de formalizar el alta del trabajador en la Seguridad Social.

No estamos, ciertamente, ante una medida que impulse la contratación de trabajadores jóvenes, aunque sí que debe ser una persona joven la que por vez primera contrate a un trabajador por tiempo indefinido.

4. Transformación de contratos temporales en indefinidos

Otra medida que incentiva la contratación indefinida, aunque no de inicio, es la bonificación de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social cuando un contrato temporal se transforme en indefinido, de manera que así la relación laboral se convierte en indefinida o estable.

Por un lado y con carácter permanente, el legislador regula bonificaciones a la conversión en indefinidos de los siguientes contratos temporales:

- Contratos temporales de fomento del empleo o formativos suscritos con personas con discapacidad. Las empresas tienen derecho a la misma bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social, durante toda la vigencia del contrato, prevista para los supuestos de contratación indefinida inicial de personas con discapacidad, cumpliendo los mismos requisitos [art. 2.2.1) Ley 43/2006].

- Contratos formativos, de relevo y de sustitución. Las empresas que, a la finalización de su duración inicial o prorrogada, transformen en contratos indefinidos los contratos para la formación y el aprendizaje, cualquiera que sea la fecha de su celebración, tienen derecho a una reducción en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 1.500 euros/año, durante tres años; en el caso de mujeres, dicha reducción será de 1.800 euros/año (art. 3.2, párrafo primero, Ley 3/2012). Singularmente, en el supuesto de trabajadores contratados para la formación y el aprendizaje y

puestos a disposición de empresas usuarias, estas tienen derecho, en los mismos términos, a idéntica reducción cuando, sin solución de continuidad, concierten con dichos trabajadores un contrato de trabajo por tiempo indefinido (art. 3.2, párrafo segundo, Ley 3/2012).

Las empresas que transforman en indefinidos contratos en prácticas, a la finalización de su duración inicial o prorrogada, o que transformen en indefinidos contratos de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación⁷⁹⁰, cualquiera que sea la fecha de su celebración, tienen derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 41,67 euros/mes (500 euros/año), durante tres años; en el caso de mujeres, dichas bonificaciones son de 58,33 euros/mes (700 euros/año). Podrán ser beneficiarios de esas bonificaciones las empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores en el momento de producirse la contratación, incluidos los trabajadores autónomos, y las sociedades laborales o cooperativas a las que se incorporen trabajadores como socios trabajadores o de trabajo, siempre que estas últimas hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena (art. 7.2, párrafo primero, Ley 3/2012). Particularmente, en el supuesto de trabajadores contratados en prácticas y puestos a disposición de empresas usuarias, estas tienen derecho, en los mismos términos, a iguales bonificaciones cuando, sin solución de continuidad, concierten con dichos trabajadores un contrato de trabajo por tiempo indefinido (art. 7.2, párrafo segundo, Ley 3/2012).

- Contratos temporales con víctimas de violencia de género, víctimas de violencia doméstica, víctimas del terrorismo y trabajadores en situación de exclusión social. Las bonificaciones por contratación indefinida establecidas para las víctimas de violencia de género o de violencia doméstica, víctimas del terrorismo y trabajadores en situación de exclusión social se aplican, asimismo, a los supuestos de transformación en indefinidos de los contratos temporales celebrados con las personas pertenecientes respectivamente a cada uno de esos colectivos (art. 2.6 Ley 43/2006).

Por otro y hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por 100, las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, que transforman en indefinido de un contrato eventual de primer empleo joven —celebrados por empresas con jóvenes desempleados menores de 30 años o de 35 si tienen un grado de discapacidad del 33 por 100 o más sin experiencia laboral o si esta es inferior a

⁷⁹⁰ Téngase en cuenta que el RD 1194/ 1985, de 17 de julio, que regula el contrato de sustitución por anticipación de la edad de jubilación fue derogado, con efectos de 1 de enero de 2013, por la disposición derogatoria única, apartado primero, de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de reforma de las pensiones, de manera que las bonificaciones a la transformación en indefinidos de estos contratos solo pueden referirse a los suscritos con anterioridad a dicha fecha.

tres meses— tienen derecho a una bonificación en las cuotas empresariales a la Seguridad Social de 41,67 euros/mes (500 euros/año), durante tres años, siempre que la jornada pactada sea, al menos, del 50 por 100 de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable, y si el contrato se celebra con una mujer, la bonificación por transformación es de 58,33 euros/mes (700 euros/año). En el supuesto de trabajadores contratados bajo esta modalidad y puestos a disposición de empresas usuarias, estas tienen derecho a idéntica bonificación cuando, sin solución de continuidad, concierten con dichos trabajadores un contrato de trabajo por tiempo indefinido, siempre que haya transcurrido un plazo mínimo de tres meses desde la celebración del contrato inicial (art. 12.4 Ley 11/2013). En todo caso, para la aplicación de este beneficio, la empresa debe mantener el nivel de empleo alcanzado con la transformación del contrato durante, al menos, doce meses, debiendo proceder al reintegro de los incentivos si incumpliera esta obligación (art. 12.5 Ley 11/2013).

III. EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA EN EL ÁMBITO AUTONÓMICO

Las Comunidades Autónomas, sobre la base de la distribución constitucional de competencias, pueden ejecutar la política estatal de empleo (art. 149.1.7ª CE) y también desarrollar políticas de empleo propias en su ámbito territorial, puesto que asumen competencias de fomento del desarrollo económico de su territorio dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional (art. 148.1.13ª CE) y, además, se mandata genéricamente a “los poderes públicos” a realizar “una política orientada al pleno empleo” (art. 40.1 CE).

No son pocos, aunque con fórmulas diversas, los Estatutos de Autonomía que asumen como propias algunas de las materias que integran la política de empleo, en general, y el fomento de la contratación laboral, en particular. A modo de ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Aragón, su Estatuto de Autonomía⁷⁹¹ establece expresamente que los poderes públicos de Aragón promoverán el pleno empleo de calidad en condiciones de seguridad (art. 26); y en relación con el reparto de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma, atribuye a Aragón la competencia exclusiva sobre la planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con los princi-

⁷⁹¹ Aprobado por la LO 5/2007, de 20 de abril (BOE de 23 de abril de 2007). Sobre las medidas de fomento del empleo en Aragón, vid. ALCÁZAR ORTIZ, S. Y DE VAL TENA, A. L.: “Las políticas públicas de fomento del empleo y la ocupación promovidas por la Comunidad Autónoma de Aragón”, en VV.AA.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tirant lo blanch, Valencia, 2013, págs. 1243-1266.

prios de equilibrio territorial y de sostenibilidad (art. 71.32^a), así como las competencias de ejecución sobre trabajo y relaciones laborales, incluyendo las políticas activas de ocupación (art. 77.2^a).

Por otro lado, la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, dispone que las Comunidades Autónomas, en sus respectivos ámbitos territoriales, establecerán sus programas de empleo (art. 3) e identifica, dentro de las políticas activas de empleo, el ámbito de las oportunidades de empleo y fomento de la contratación, para lo que señala acciones y medidas que tengan por objeto incentivar la contratación, la creación de empleo o el mantenimiento de los puestos de trabajo, ya sea con carácter general o dirigidas a sectores o colectivos específicos, disponiendo igualmente que las acciones y medidas correspondientes a los diferentes ámbitos se diseñarán y desarrollarán por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias (art. 25).

Finalmente, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, establece que las Comunidades Autónomas podrán desarrollar acciones y medidas de políticas activas de empleo adaptadas a la realidad de las personas desempleadas y del tejido productivo de su ámbito territorial, que habrán de integrarse en los distintos ámbitos de la Estrategia Española de Empleo (disp. final duodécima).

Así pues, se cuenta con un marco normativo, y no solo infraconstitucional, que avala plenamente la aprobación de instrumentos normativos por parte de la Comunidades Autónomas para fomentar el empleo e impulsar la contratación laboral. Por desbordar la dimensión de este estudio, no es aconsejable detenerse en el análisis de las normas aprobadas en cada una de las Comunidades Autónomas, siendo un punto en común la figura utilizada: otorgar subvenciones para favorecer la contratación de aquellos colectivos con más dificultades para acceder al empleo y dar respuesta al problema del desempleo, en particular fomentando la contratación indefinida, aunque no solamente. Como paradigma, podemos citar el Decreto 69/2014, de 29 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para el fomento del empleo y el estímulo del mercado de trabajo.

IV. VALORACIÓN FINAL: SOBRE LA NECESIDAD DE SIMPLIFICAR EL MODELO DE AYUDAS A LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA Y MEJORAR SU EFICACIA

Entre las normas jurídicas aprobadas por los poderes públicos dirigidas a favorecer la creación de empleo, encontramos medidas de distinto signo que concurren en su período de vigencia, superponiéndose en su aplicación, por lo que resulta obli-

gado atender a las reglas de compatibilidad que cada una de ellas establece. Como se trata de impulsar la contratación, los instrumentos normativos otorgan beneficios económicos a los empleadores que reúnan los requisitos específicos de la modalidad contractual que se suscriba para incorporar al trabajador y los exigidos a la empresa o a los trabajadores que se contratan, según los supuestos; incentivos, en suma, de distinta naturaleza, en función de las competencias distribuidas por el texto constitucional y asumidas estatutariamente, como exenciones o bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social, en el caso del Estado, o subvenciones directas a la contratación, si se impulsan desde las Comunidades Autónomas, concediendo una cantidad a tanto alzado por la contratación de trabajadores, y también, en menor medida, incentivos fiscales. En cualquier caso, se trata de un conjunto amplio de medidas, a nivel estatal y autonómico, que aparecen dispersas y la mayoría de carácter coyuntural, sometidas al cumplimiento de requisitos objetivos y subjetivos, tanto a cumplir por la parte empleadora, sobre todo, como por parte del trabajador.

A modo de síntesis, las características generales de las medidas de fomento de la contratación indefinida son las siguientes: se seleccionan los colectivos de trabajadores –jóvenes y personas discapacitadas fundamentalmente, pero también mujeres, mayores de 45 años, personas en situación de exclusión social o desempleadas– y las empresas beneficiarias –en algunos casos, según su dimensión por el número de trabajadores y los nuevos emprendedores–; se reconocen reducciones, en forma de exenciones y bonificaciones, en las cotizaciones sociales, en un porcentaje o en una cuantía fija, o subvenciones; se establecen requisitos de acceso a las ayudas y condiciones para el mantenimiento de las mismas, sean temporales o permanentes; y, por último, se regulan límites máximos, reglas de incompatibilidad y mecanismos de control.

No siendo censurable la intervención de los poderes públicos para favorecer la creación de empleo, estable y de calidad, la realidad muestra un exceso normativo, que crea inseguridad jurídica a los destinatarios de las ayudas, cuando no desconocimiento de las mismas. A ello se añade, en no pocas ocasiones, la concurrencia de ayudas, con la consiguiente necesidad de aplicar el régimen de incompatibilidades, no siempre preciso. Por ello y ante su limitada eficacia, se propone una decidida intervención de los poderes públicos implicados para simplificar el modelo de ayudas a la contratación laboral, optando por una articulación que tome como referencia únicamente los colectivos de trabajadores a contratar y, en algún caso, las empresas beneficiarias, pero no la modalidad contractual, máxime cuando esta no tenga, en verdad, un régimen jurídico diferenciado, más allá de alguna excepción respecto del régimen común del contrato indefinido, como sucede con el período de prueba en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores. No resulta extraño que ante el actual panorama, desde el lado empresarial se prefieran las medidas de flexibilidad interna y de salida del mercado de trabajo, que de manera indirecta –así lo entienden– favorecen también la contratación indefinida y el mantenimiento del empleo.

7.5. EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL. FLEXIBILIZACIÓN Y REPARTO DEL TIEMPO DE TRABAJO

JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

I. INTRODUCCIÓN

Desde un punto de vista de la política de empleo, el fomento del contrato a tiempo parcial es una de las medidas que coadyuva al reparto del empleo, junto con la reducción del tiempo de trabajo (que también pueda responder a otras finalidades, como la disponibilidad de tiempo para ocio⁷⁹² o para conciliar la vida laboral y familiar) y la restricción del pluriempleo (fundamentalmente, mediante sistemas de incompatibilidad). No obstante, la propia noción de “reparto de trabajo” es discutida, entendiendo algunos autores que no es más que “un intento por convertir a los trabajadores en deudores de este derecho al trabajo con respecto a los desempleados”⁷⁹³. Pero al margen de estas consideraciones críticas, está claro que puede ser una medida de fomento de empleo, en especial el trabajo femenino y juvenil, constatándose que un incremento del trabajo a tiempo parcial redundaría en un mayor empleo femenino⁷⁹⁴.

El trabajo a tiempo parcial es una figura extraordinariamente polifacética, que no solo responde a distintas funcionalidades, sino que su papel está cambiando respecto del que se concibiera en sus orígenes. Así, en los primeros momentos era un tipo de prestación de servicios que presentaba dos grandes utilidades, una para el empleador; y otra para el trabajador: para el primero, permitía adaptar la jornada a las necesidades del empresario, siendo un instrumento de flexibilidad; para el segundo, posibilita que personas con dificultades para prestar servicios toda la jornada, queden al margen del mercado laboral.

En este contexto, quienes recurrían a ella –generalmente- eran personas que optaban por el trabajo a tiempo parcial, por tener/querer compatibilizar el trabajo

⁷⁹² Al respecto, ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “Tiempo de trabajo y empleo”, en AA.VV. (dir. J.L. MONEREO PÉREZ): *La reforma del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida: puntos críticos*, Comares, Granada, 1999, pág. 330.

⁷⁹³ SUPLOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, MTAS, Madrid, 1996, pág. 288.

⁷⁹⁴ CABEZA PEREIRO, J., *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, Bomarzo, Albacete, 2013, pág. 18.

con otras actividades (formativas –en caso de los jóvenes–, responsabilidades familiares –en el supuesto de las mujeres– o la pensión –los jubilados–). Y su desarrollo tenía lugar preferentemente en sectores que presentan características proclives a este tipo de actividad a tiempo parcial, por tener una demanda irregular de actividad (como puede ser el sector del comercio o el turístico), o por poder recurrir a jornadas parciales (educación, servicios, sanitarios, *v.gr.*)⁷⁹⁵, y prevaleciendo en trabajos poco cualificados y con bajo nivel de responsabilidad.

Pero los nuevos tiempos están haciendo que el trabajo a tiempo parcial para muchos no sea simplemente una opción, sino la única opción, y no porque les sea imposible dedicar el total de su jornada al trabajo. Un trabajo precario, con una retribución precaria, que no siempre encaja dentro de los parámetros del “trabajo digno” proclamado por la OIT.

La crisis está provocando que cambie el perfil de los trabajadores a tiempo parcial. Ya no son fundamentalmente mujeres y jóvenes, sino trabajadores de toda edad, sexo (sobre todo en los jóvenes) y condición. Además, lamentablemente, en ocasiones se recurre a este trabajo en un contexto de fraude, con un contrato a tiempo parcial pero realizando una jornada completa.

Las perspectivas post-crisis no son más halagüeñas. El fuerte desarrollo de la “inteligencia artificial” determinará una menor demanda de mano de obra, al robotizarse parte de los sistemas de producción. Habrá menos empleo, por lo que será aún más necesario recurrir al reparto de trabajo, y por tanto al contrato a tiempo parcial. Deberá imponerse un nuevo modelo de relaciones laborales, en el que el *part-time*, no será algo minoritario. Y de ahí la importancia de configurar un trabajo a tiempo parcial de calidad.

En el momento actual, el trabajo a tiempo parcial no es un trabajo de calidad. Es un tipo de empleo en el que la retribución es menor de la que proporcionalmente correspondería por la jornada realizada (al no percibir determinados complementos retributivos), en el que hay mayores dificultades de promocionarse profesionalmente, y en el que hay tasas de temporalidad mucho más elevadas que en los contratos a tiempo completo.

La relación con los contratos temporales merece ser subrayada, sobre todo en un estudio como el que nos ocupa, relativo a la política de empleo. Es una relación doble. Así, por un lado, hay una mayor rotación laboral que en el tiempo com-

⁷⁹⁵ LYONETTE, C., BALDAUF, B., BEHLE, H., *Quality part-time work: a review of the evidence*, Government Equalities Office, London, 2010, pág. 7, citado por CABEZA PEREIRO, J., *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, Bomarzo, Albacete, 2013, pág. 13.

pleto⁷⁹⁶, como hemos adelantado. Y por otro, el que se recurre a contratos de duración determinada para regular relaciones que realmente deberían corresponder a un contrato a tiempo parcial⁷⁹⁷, en no pocos casos indefinido.

Nuestro sistema de relaciones laborales se había caracterizado por una alta tasa de temporalidad, pero bajo uso del contrato a tiempo parcial. La tasa de temporalidad continúa, y de hecho en 2013 alcanzó su pico histórico. La tasa de estabilidad (contratos indefinidos en relación con el total de contratos) se situó “en 2013 en el nivel más bajo de la última década con un 7,67%, frente a las que se dieron en el periodo 2006-2008 en los que superó el 11 por ciento”⁷⁹⁸.

Sin embargo, en la última década hay un cambio de tendencia en lo referente a la jornada laboral, de forma que a la dualidad contrato indefinido/temporal, se le une otra en alza, que es la dualidad contrato jornada completa/tiempo parcial. Así, según datos del SEPE⁷⁹⁹, en 2004 la distribución era de 77,24% de completa sobre el 22,19% de parcial, habiendo pasado en 2013 al 64,53% y el 34,69% (tendencia que se ha incrementado ligeramente en 2014 y 2015). En efecto, los últimos datos disponibles al momento de cerrar este estudio (de abril de 2015), reflejan que en ese mes se formalizaron un total de 1.440.381 contratos, de los que 927.356 han sido a jornada completa (64,38%), 498.882 a jornada parcial (34,63%), y 14.143 fijos discontinuos (0,98%)⁸⁰⁰. La tasa de temporalidad en ambos tipos de jornada es muy similar en los contratos que se están firmando actualmente. Así, de los realizados a jornada completa, el 7,50% han sido indefinidos. Y de los realizados a jornada parcial, el 7,96% han sido indefinidos.

Por sexos, sigue siendo un contrato con mayoría de mujeres trabajadoras, pero sin que pueda hablarse ya de claro protagonismo, o casi exclusividad, como en otros tiempos. De los contratos a tiempo parcial formalizados en 2013, el 58,73% lo suscribieron mujeres. Este diferencial va reduciéndose lentamente, y en abril de 2015, era del 57,03%. Por tanto, el silogismo trabajo tiempo parcial/trabajo femenino empieza a romperse⁸⁰¹.

⁷⁹⁶ EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Part-time work in Europe*, Dublin, 2007, pág. 10.

⁷⁹⁷ CABEZA PEREIRO, J., *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, cit., pág. 17.

⁷⁹⁸ Observatorio de las Ocupaciones, SEPE, 2014, *Informe del Mercado de Trabajo Estatal*, pág. 46. https://www.sepe.es/contenidos/observatorio/mercado_trabajo/2315-4.pdf.

⁷⁹⁹ Observatorio de las Ocupaciones, SEPE, 2014, cit.

⁸⁰⁰ https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/2015/abril_2015/ESTADISTICA_DE_CONTRATOS_MES.pdf pág 98.

⁸⁰¹ https://www.sepe.es/contenidos/observatorio/mercado_trabajo/2315-4.pdf, pág. 48.

Jornada laboral	Contratos			% Total
	Hombres	Mujeres	Total	
Completa	6.029.028	3.516.320	9.545.348	64,53
Parcial	2.117.526	3.013.954	5.131.480	34,69

Datos año 2013. Fuente: Servicio Público de Empleo Estatal.

Y otra tendencia novedosa, y negativa, es la sustitución de trabajo a tiempo completo por el contrato a tiempo parcial. En el último trimestre de 2014, se destruyeron más de 130.000 empleos a tiempo completo, y se crearon 195.600 empleos a tiempo parcial, con jornadas de trabajo exiguas en muchos casos.

II. LA REGULACIÓN EUROPEA DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

El trabajo a tiempo parcial, junto con la del trabajo de duración determinada, constituyen manifestaciones de las nuevas formas de trabajo flexible, que la Unión llevaba más de dos décadas tratando de abordar⁸⁰², siendo respaldados en 1989 por la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales, lo que impulsó los proyectos a comienzos de los noventa, aunque de forma infructuosa⁸⁰³. De este modo, el objetivo se empezó a cumplir hace relativamente poco, aunque de forma decidida, ya que en un corto espacio de tiempo se suscribieron acuerdos-marco respecto al trabajo a tiempo parcial, trabajos de duración determinada, teletrabajo, y trabajo temporal.

El objetivo común es que estos trabajadores reciban un trato semejante a aquel del que se benefician los trabajadores a tiempo completo y con contrato de duración indeterminada. Sin embargo, esta igualación tiene puntos de fricción con la utilidad económica que presentan, y que precisamente ha hecho de ellas unas formas de trabajo cada vez más extendidas, lo que nos lleva a la necesidad de conciliar este objetivo una de las estrategias europeas fundamentales de los últimos tiempos: la política de empleo, que aunque también subraya la idea de la calidad, propugna la creación de un marco acorde a las necesidades de las PYME, y más explícitamente, indica que las políticas nacionales de empleo deben regirse (junto con otros tres principios), por el principio de adaptabilidad, una de cuyas expresiones es el

⁸⁰² Un análisis de los antecedentes en GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., «El trabajo a tiempo parcial en el Derecho comunitario: la Directiva 97/81/CE», *AL*, núm. 31, 1998, págs. 577 y ss.; y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario», *RL*, tomo II, 1998, págs. 176 y ss.

⁸⁰³ En 1990 la Comisión, ante las dificultades de llegar un acuerdo en el Consejo respecto a la Propuesta de Directiva 90/C305/6, de 7 de noviembre de 1990, relativa a determinadas relaciones laborales en los que respecta a las distorsiones de la competencia, decidió consultar a los interlocutores sociales en virtud del artículo 3 del Acuerdo sobre la política social. En la primera consulta, los interlocutores sociales hicieron hincapié en la necesidad de luchar contra las discriminaciones que padecen los trabajadores afectados por las nuevas formas de trabajo flexible, decidiendo (al término de la segunda fase de consulta), iniciar negociaciones al respecto. *Vid.* ampliamente GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., «El trabajo a tiempo parcial en el Derecho comunitario: la Directiva 97/81/CE», *op. cit.*, pág. 578. Respecto de la Propuesta de Directiva de 1990, véase ROCELLA, M., «La Comunidad Europea y los contratos de trabajo atípicos», *RL*, núm. 12, 1993, págs. 92 y ss.; y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario», *op. cit.*, págs. 180 y ss.

fomento de formas de trabajo más flexibles⁸⁰⁴. Por ello hay que buscar un equilibrio entre estos diversos intereses en juego, sin que necesariamente el trabajo flexible sea considerado como algo negativo, lo que queda patente en el trabajo a tiempo parcial, que «se considera como una realidad perfectamente implantada, en nada patológica, pero necesitada de regulación para conciliar todos los intereses concurrentes» (CABEZA PEREIRO)⁸⁰⁵.

La Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997, al igual que ocurriera en otros ámbitos, es fruto del diálogo social siguiendo el procedimiento establecido en el Acuerdo de Política Social. Por tanto, se partió de un Acuerdo previo de los interlocutores sociales (UNICE, CEEP, CES): el acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial que el 6 de junio de 1997 celebrado por las organizaciones interprofesionales de carácter general. Dentro de las formas de trabajo flexible, o atípico, la primera modalidad en ser abordada por el legislador comunitario fue la del contrato a tiempo parcial⁸⁰⁶, probablemente porque se conectaba con asuntos candentes por entonces, como la discriminación por razón de sexo, y por ser «el ámbito en el que con mayor frecuencia se están planteando ante el Tribunal de justicia comunitario cuestiones relacionadas con la discriminación indirecta por razón de sexo»⁸⁰⁷.

En cualquier caso, la Directiva 97/81/CE se marcó como objetivo la supresión de las discriminaciones de que son objeto los trabajadores a tiempo parcial y la mejora de la calidad del trabajo a tiempo parcial. Además, pretende facilitar el desarrollo del trabajo a tiempo parcial sobre una base voluntaria y contribuir a la organización flexible del tiempo de trabajo de un modo que tenga en cuenta las necesidades de los empresarios y de los trabajadores.

La filosofía que inspira el acuerdo es mejorar la calidad de sus condiciones de trabajo, garantizando asimismo la aplicación del principio de no discriminación, evitando que los trabajadores a tiempo parcial sean tratados de manera menos favorable que los trabajadores comparables⁸⁰⁸ que trabajan a tiempo completo por el

⁸⁰⁴ Cfr. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J., «La política social europea. Nuevas tendencias para la lucha contra el desempleo: sobre la reducción del tiempo de trabajo», *Trib. Soc.*, núm. 88, 1998, págs. 39 y ss.

⁸⁰⁵ CABEZA PEREIRO, J., «Directiva 97/81, del Consejo, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, concluido por la UNICE, el CEEP y la CES», *AL*, núm. 20, 2000, pág. 339.

⁸⁰⁶ Desde este punto de vista, constituye el primer eslabón de una cadena de acuerdos sobre formas de trabajo flexible (CASAS BAAMONDE, M^a E., «El principio de autonomía en la organización del sistema europeo de negociación colectiva y el desarrollo de la dimensión convencional del Derecho Social Comunitario», *RL*, núm. 22, 1999, pág. 5.)

⁸⁰⁷ BALLESTER PASTOR, M^a A., «La adecuación de la normativa española a la Directiva 97/81 sobre trabajo a tiempo parcial», *RL*, tomo II, 1998, pág. 200.

⁸⁰⁸ Considera “trabajador comparable a tiempo completo” a aquel trabajador por cuenta ajena a tiempo completo del mismo centro de trabajo que tiene el mismo tipo de contrato o relación laboral y un trabajo o empleo idéntico o semejante.

único motivo de trabajar a tiempo parcial, a no ser que razones objetivas justifiquen un tratamiento particular.

Las discriminaciones de los trabajadores a tiempo parcial están en fuerte conexión a la de las mujeres en el trabajo, por la «hipótesis, casi siempre contrastada, de que la mujer es estadísticamente la que con mayor asiduidad trabaja a tiempo parcial»⁸⁰⁹. Por ello, habitualmente surge el concepto de “discriminación indirecta”⁸¹⁰, en el que el trabajador a tiempo parcial es el factor neutro que encubre una situación atentatoria de la igualdad de las mujeres sin ninguna justificación objetiva y razonable, por ejemplo cuando se establece un salario hora inferior a los trabajadores a tiempo parcial.

III. FOMENTO DEL EMPLEO A TIEMPO PARCIAL

Desde hace cerca de dos décadas, viene observándose cómo se había roto el “tándem” fomento de empleo/contrato a tiempo completo, superándose la tradicional política que restringía las medidas de estímulo a la contratación al ámbito del empleo estable y además a tiempo completo⁸¹¹. A partir de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social se percibe este cambio de rumbo, aunque no se extiende para toda la contratación, sino solo para la indefinida y dentro de los colectivos cubiertos por los programas de fomento del empleo. Empiezan a superarse los “estigmas”⁸¹² que rodean el trabajo a tiempo parcial (estigmas que por desgracia tienen una base sólida, por toda la precariedad que lo rodea), y comienzan a bonificarse estos tipos de contratos.

Tras esa segunda fase, en la que se admitían incentivos para la contratación a tiempo parcial si el contrato es indefinido, vino una tercera, en la que se contemplaban estímulos en la contratación temporal, pero solo para colectivos específicos, normalmente los destinatarios de las medidas de fomento de empleo.

En el momento actual, hemos pasado a una cuarta, en la que los incentivos a la contratación temporal a tiempo parcial han extendido considerablemente su campo

⁸⁰⁹ CABEZA PEREIRO, J., «Directiva 97/81, del Consejo, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, concluido por la UNICE, el CEEP y la CES», *op. cit.*, págs. 341 y 342.

⁸¹⁰ Sobre el mismo, véase BALLESTER PASTOR, M^a.A., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; QUESADA SEGURA, R., «Discriminación salarial por razón de sexo: Directivas comunitarias y Constitución. Nota a la Sentencia TC 145/1991 de 1 de julio», *RL*, núm. 19, 1992, págs. 34 y ss.; y SÁEZ LARA, C., *Mujeres y mercado de trabajo*. Las discriminaciones directas e indirectas, CES, Madrid, 1994, págs. 105 y ss.

⁸¹¹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Los incentivos a la contratación estable a tiempo parcial: un significativo y polémico cambio de rumbo», en CASAS BAAMONDE y VALDÉS DAL-RÉ (Coords), *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 253.

⁸¹² ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *op. cit.*, pág. 255.

de aplicación, de la mano del contrato a tiempo parcial con vinculación formativa, aprobado en 2013. Vemos cuál es el cuadro de situación actual.

a) Contratos indefinidos

La mayor parte de los contratos indefinidos que son objeto de ayudas a la contratación, contemplan tales ayudas también para los contratos a tiempo parcial, si bien se adecuan a la jornada realizada (reduciendo el importe, en el caso de las subvenciones).

Hay determinados colectivos que por su especial situación de debilidad, vienen recibiendo ayudas para la contratación indefinido aún que sea a tiempo parcial. Es lo que viene ocurriendo con los colectivos de beneficiarios del programa de fomento del empleo e incentivos a la contratación⁸¹³. La bonificación la reciben no solo si se encuentran en desempleo, sino también si están trabajando en otra empresa con un contrato a tiempo parcial, siempre que su jornada de trabajo sea inferior a un tercio de la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable.

Pero en los últimos años, estas bonificaciones se están extendiendo al conjunto de los trabajadores que sean contratados con cualquier modalidad de contrato indefinido. Es el caso de:

- contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, introducido por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, que cuando se aprobó se ceñía a los contratos a tiempo completo, cuestión que fue modificada por el RDL 16/2013, de 20 de diciembre (en tal caso, tanto los Incentivos fiscales como las bonificaciones se disfrutarán de modo proporcional a la jornada de trabajo pactada en el contrato).

- contrato indefinido de un joven por microempresas y empresarios autónomos (RDL 4/2013).

- Contrato indefinido de “tarifa reducida”, con reducción y/o bonificación de las cotizaciones empresariales por contingencias comunes a la Seguridad Social (R.D. Ley 1/2015)⁸¹⁴

⁸¹³ Jóvenes de 16 a 30 años y mayores de 45 años, que sean contratados bajo la modalidad de apoyo a los emprendedores; Trabajadores con discapacidad; Trabajadores que tengan acreditada la condición de víctima de violencia de género o doméstica, sin que sea necesaria la condición de desempleado; Trabajadores que tengan acreditada la condición de víctima del terrorismo, a quienes tampoco se requiere la condición de desempleado; Trabajadores desempleados en situación de exclusión social acreditada por los órganos competentes.

⁸¹⁴ Este contrato sustituyó a la conocida “tarifa plana” fijada en 2014 (que sigue aplicándose a los que se contrataron con esa medida)(y se mantiene en marzo de 2015)(RDL 3/2014). Estas bonifica-

b) Contratos temporales

Fuera del contrato a tiempo parcial con vinculación formativa, los únicos contratos temporales a tiempo parcial que son objeto de medidas de fomento del empleo, son los que versan sobre colectivos con especiales dificultades para el empleo, como son:

- Contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad, siempre que en caso de ser a tiempo parcial sea superior al 75% de la correspondiente a un trabajador a tiempo comparable.
- Contrato temporal para trabajadores en situación de exclusión social⁸¹⁵.
- Contrato temporal para trabajadores que tengan acreditada por la administración competente la condición de víctima de violencia de género, doméstica o víctima del terrorismo.

b) Contrato a tiempo parcial con vinculación formativa (RDL 4/2013)

Esta categoría de contratos ha abierto una nueva etapa en lo relativo a los incentivos del trabajo a tiempo parcial. Se trata de los minijobs para estudiantes menores de 30 años. Con este contrato, ya no solo se incentiva por igual a los contratos a tiempo completo o parcial (proporcionalmente, claro), sino que se crea una categoría específica de incentivos para el contrato a tiempo parcial, y solo si la jornada no es superior al 50% al 50% de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable. En estos casos es irrelevante que sea indefinido o temporal.

ciones se aplican a los celebrados entre el 1 de marzo de 2015 y 31 de agosto de 2016. Con la «tarifa plana» se establecía, a efectos de la aportación empresarial a la Seguridad Social, una cantidad fija, con independencia de la retribución del trabajador. Por el contrario, con la «tarifa reducida» la reducción opera a través de la determinación de «un mínimo exento», de igual cuantía en todos los contratos (cualquiera que sea la retribución percibida), con lo que la minoración de cuota será, en términos relativos, de mayor incidencia cuanto más cerca esté el salario del trabajador de ese mínimo exento (cuanto más bajo sea el salario). Así, cuando el contrato es a tiempo completo, los primeros 500 euros de la BCCC correspondiente a cada mes quedarán exentos de la aplicación del tipo de cotización en la parte correspondiente a la empresa. Al resto del importe de dicha base le resultará aplicable el tipo de cotización vigente en cada momento. Pues bien, cuando el contrato se celebre a tiempo parcial y la jornada de trabajo sea, al menos, equivalente a un 50 % de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, los 500 euros como referente de importe de la base exento, se reducirán de forma proporcional al porcentaje de reducción de jornada de cada contrato.

El beneficio en la cotización consistirá en una bonificación. Este beneficio en la cotización consistirá en: a) si se trata de jóvenes inscritos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil (Ley 18/2004), en una bonificación (financiación, por tanto, a cargo del SPEE); b) en el resto, en una reducción (financiación por la Seguridad Social).

⁸¹⁵ Cuando los contratos iniciales o transformación en indefinido se realice a tiempo parcial, la bonificación se aplicará en los términos del art. 2.6 de la ley 43/2006, de 29 de diciembre, según redacción dada por el art. 6.2 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre.

Los beneficios para el empleador consisten en que tendrán derecho, durante un máximo de doce meses, a una reducción de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado, del 100 por cien en el caso de que el contrato se suscriba por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas, o del 75 por ciento, en el supuesto de que la empresa contratante tenga una plantilla igual o superior a esa cifra. Este incentivo podrá ser prorrogado por otros doce meses, siempre que el trabajador continúe compatibilizando el empleo con la formación, o la haya cursado en los seis meses previos.

IV. CONCLUSIONES

1. El trabajo a tiempo parcial es una figura cuyo papel está cambiando respecto del que se concibiera en sus orígenes. Los nuevos tiempos están haciendo que el trabajo a tiempo parcial para muchos no sea simplemente una opción, sino la única opción, y no porque les sea imposible dedicar el total de su jornada al trabajo.

También está cambiando el perfil de los trabajadores a tiempo parcial. Ya no son fundamentalmente mujeres y jóvenes, sino trabajadores de toda edad, sexo (sobre todo en los jóvenes) y condición. De los contratos a tiempo parcial formalizados en abril de 2015, el 57,03% lo suscribieron mujeres. Por tanto, el silogismo trabajo tiempo parcial/trabajo femenino empieza a romperse.

2. La tasa de temporalidad en los contratos a tiempo parcial es muy similar en los contratos que se están firmando actualmente. Así, de los realizados a jornada completa, el 7,50% han sido indefinidos. Y de los realizados a jornada parcial, el 7,96% han sido indefinidos.

3. La normativa comunitaria tiene como principio rector el mejorar la calidad de sus condiciones de trabajo, garantizando asimismo la aplicación del principio de no discriminación, evitando que los trabajadores a tiempo parcial sean tratados de manera menos favorable que los trabajadores comparables que trabajan a tiempo completo por el único motivo de trabajar a tiempo parcial, a no ser que razones objetivas justifiquen un tratamiento particular.

4. Esta igualdad debe hacer que en determinados supuestos también sea objeto de bonificación. Hay que desestigmatizar el trabajo a tiempo parcial. En lo relativo al empleo, nos encontramos en una etapa en la que ya no se restringe el fomento del empleo al empleo indefinido a tiempo completo o a tiempo parcial; ni al empleo temporal en supuestos especiales, sino que los incentivos a la contratación temporal a tiempo parcial han extendido su campo de aplicación, de la mano del contrato a tiempo parcial con vinculación formativa, aprobado en 2013. Esa debería ser positivo, pero solo y cuando el empleo que se creara fuera un empleo de calidad y digno, cosa que por desgracia no ocurre siempre.

7.6. LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL COMO MEDIDA DE FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS

*Profesor Titular de Universidad (Acreditado a Catedrático) de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

I. INTRODUCCIÓN

La contratación de trabajadores con la finalidad de cederlos con carácter temporal a otras empresas, para hacer frente a necesidades coyunturales, fue tradicionalmente prohibida por los ordenamientos laborales y considerada como tráfico ilegal de mano de obra, asimilándola a la actividad de intermediación en el mercado de trabajo con fines lucrativos, por estimar que ambas figuras podían atentar contra derechos fundamentales de los trabajadores.

No obstante, ya con las primeras crisis de los estados del bienestar y, por ende, del empleo (así como el fenómeno de integración de la mujer en el mercado de trabajo), desde finales de la década de los sesenta, los países centrales de la Unión Europea, comenzaron a regular la actividad de las empresas de trabajo temporal –en adelante, ETT’s- por entender que su actuación, cuando se desarrolla de forma debidamente controlada, lejos de perjudicar a los trabajadores por ellas contratados pueden canalizar un volumen muy importante de empleo. Y ello sobre la justificación de la especialización e inmediatez en la respuesta al suministro de mano de obra, sobre todo en el sector servicios, no puede ofrecerse a través de los mecanismos tradicionales. Con posterioridad, en el ámbito internacional, las ETT’s han sido reguladas por el Convenio núm. 181 de la OIT, de 19 de junio de 1997, que las regula junto a las agencias de empleo privadas. Se trataba de instaurar mecanismos más ágiles de suministro de mano de obra sin necesidad de asumir –por parte de la empresa que efectivamente recibirá los servicios del trabajador- los costes directos relativos a la selección y formación del trabajador en misión.

El mecanismo de interposición a través de ETT’s se canaliza a través del reconocimiento y regulación de relaciones de trabajo de tipo “triangular”, con la finalidad de dinamizar los mercados de trabajo (en el marco de economías cada vez más “terciarizadas”), aprovechando la sinergia del “ánimo de lucro” que inspira la creación de este tipo de empresas, pues no debe olvidarse que desempeñan una “actividad mercantil”. En realidad, si aplicamos la teoría marxista, se trata de una figura

funcional a la creación de una doble plus-valía por parte del trabajador: para las empresa de trabajo temporal y para la empresa usuaria.

El trabajo en ETT's supone una vía más para acceder al un trabajo de tipo "inestable", que acrecienta las posibles situaciones de "precariedad" laboral por las que puede atravesar el trabajador asalariado y que se conforma como una manifestación más de la diversificación de regímenes aplicables a las clases trabajadoras (como presunta respuesta a la crisis de empleo). Repárese que el volumen de contratación indefinida para el personal no estructural de este tipo de empresas es prácticamente irrelevante a efectos de la política de empleo.

Los defensores de esta forma de "intermediación" en el mercado de trabajo señalan que constituye un mecanismo importante para acceder a la actividad laboral y familiarizarse con la vida de la empresa, posibilitando además una cierta diversificación profesional y formación polivalente, a la vez que, en determinados casos, facilita a ciertos colectivos un sistema de trabajo que les permite compaginar la actividad laboral con otras ocupaciones no productivas o responsabilidades familiares. En verdad resulta ingenuo pensar que serán muchos los trabajadores interesados en esta forma de relación laboral inestable, aunque no debe desconocerse que puede ser una fórmula para poner en contacto (y "familiarizar") a los trabajadores cedidos con empresas que luego pudieran estar interesadas en su contratación directa (incluso con un contrato más estable).

Nuestro país se mantuvo durante mucho tiempo fiel a la tradición del modelo que prohíbe su utilización (manteniéndose al margen de este tipo de "mercantilización" de la mano de obra). La versión originaria del art. 43 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores —en adelante, LET—, prohibía el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario, cualesquiera que fuesen los títulos jurídicos de dicho tráfico de mano de obra, así como la utilización de los servicios de dichos trabajadores sin incorporarlos al personal de la empresa en que trabajan, pese a que admitía otras fórmulas de descentralización de la actividad laboral y del concepto clásico de empresa (como son las contratas o subcontratas *ex art. 42 LET*).

En todo caso, como señala la Exposición de Motivos de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal —en adelante, LETT— esta situación no estaba llamada a perdurar mucho, pues el mercado de trabajo español no podía funcionar al margen de las reglas de juego existentes en la Unión Europea, "porque la lógica de funcionamiento del mercado único europeo, como espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, queda garantizada, sólo nos permitirá converger realmente con Europa en la medida en que, entre otros requisitos, nuestras institu-

ciones sean homologables”. Aunque no había todavía una norma europea que impusiera su legalización, lo cierto es que existían en muchos países de nuestro entorno.

Lo cierto es que la norma jurídica de la UE llegó mucho después, mediante la Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre, que regula la cesión de trabajadores por ETT's, norma que trata de promover esta forma de trabajo asalariado, incrementando la disponibilidad flexible de mano de obra temporal, aunque conjugándola con el objetivo de tutela de los trabajadores (principio de igualdad de trato), así como con el respeto de la diversidad de los mercados laborales y las relaciones industriales en el espacio europeo. La Directiva considera que este tipo de trabajo contribuye a la creación de puestos de trabajo y a la participación e inserción en el mercado de trabajo, aunque lo cierto es que son más un instrumento de gestión flexible e indirecta de la mano de obra.

Estos son los motivos, junto con la mejora de la transparencia y operatividad del mercado de trabajo, por los que el art. 2 de la Ley 10/1994, de 12 de mayo, de medidas urgentes de fomento de la ocupación, legaliza esta forma de cesión de trabajadores (junto con la que jurisprudencialmente se reconoce en el marco del trabajo en grupos de empresas), siendo la LETT la Ley que establece su régimen jurídico, tratando de garantizar, mediante los correspondientes requisitos, limitaciones y controles, el mantenimiento de los derechos laborales y de protección social. La LETT se desarrolla en la actualidad por el RD 417/2015, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las empresas de trabajo temporal –en adelante, RETT-. Se trata de empresas cuya actividad se somete a un intenso intervencionismo administrativo –objeto de una cierta revisión y “liberalización” en los últimos tiempos- con la finalidad de preservar los derechos de los trabajadores.

En el caso de España, en realidad también se trataba de hacer aflorar situaciones clandestinas que permitían la aparición de intermediarios en el mercado de trabajo (con elusión de sus responsabilidades laborales y de Seguridad Social). Desde esta perspectiva, también puede considerarse que el incremento de las tasas de penetración de la actuación de las empresas de trabajo temporal –en adelante, ETT's- en nuestro mercado de trabajo podría formar parte de una estrategia más amplia de lucha contra el trabajo sumergido (mejor “trabajo blanco precario” que sumergido).

Los datos sobre contratación laboral en nuestro país reflejan el creciente protagonismo que las ETT's han adquirido en nuestro mercado de trabajo. *V. gr.* desde enero a marzo de 2015, el número total de contratos de puesta a disposición fue de 685.099; en cuanto a las variaciones respecto al mismo periodo del año anterior, el total de contratos de puesta a disposición aumentó un 17,7% (102.796 contratos de puesta a disposición más); respecto al mismo periodo del año anterior, el número

de trabajadores contratados por empresas de trabajo temporal para ser cedidos a empresas usuarias aumentó un 16,4% (30.453 trabajadores más) [Fuente: MEySS]. Lo que da idea también con claridad de que la incipiente creación de empleo tiene un carácter predominantemente precario.

La presente aportación pretende ofrecer un análisis, necesariamente limitado, de las principales líneas de tendencia en el régimen jurídico de este tipo de empresas y su conexión con pretendidos –o reales– objetivos de política de empleo. Realmente, las ETT's no constituyen *per se* un instrumento de creación de empleo, sino un instrumento más de precarización laboral y de gestión flexible de mano de obra, que se pone más de relieve por el hecho de que los trabajadores cedidos con poca frecuencia consolidan su estabilidad en el empleo (la estigmatización en la “temporalidad no deseada”).

Como se va a demostrar, las reformas sobre su marco normativo han favorecido sus tasas de penetración en nuestro mercado de trabajo, normalizándose así una nueva forma de precarización laboral.

II. TENDENCIAS EVOLUTIVAS EN LA ORDENACIÓN JURÍDICA DE LAS ETT'S EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. Ampliaciones “funcionales” (la metamorfosis de las ETT's hacia “empresas multi-servicios” en el mercado de trabajo)

La noción originaria, en nuestro ordenamiento jurídico, de “empresa de trabajo temporal” venía definida como “aquella cuya actividad fundamental consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados” (art. 1 LETT). La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos previstos en la LETT.

Ahora bien, dicha noción ha sido objeto de toda una serie de ampliaciones “funcionales”, lo que conlleva una especie de mutación de las ETT's hacia empresas “multi-servicios” relativos al mercado de trabajo, en una clara cesión hacia lo privado de funciones “públicas” relativas al mercado de trabajo. Y ello en una tendencia claramente liberalizadora de los mercados de trabajo, a pesar del todavía intenso control administrativo en su creación y funcionamiento. La revisión de su vertiente funcional ha sido muy clara, pues, conforme al vigente art. 1 párr. 2º LETT [en la redacción dada por el art. 1.2 del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral] las empresas de trabajo temporal podrán, además, actuar como agencias de colocación cuando cumplan los requisitos establecidos en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo –en ade-

lante, LE-, y su normativa de desarrollo, siempre garantizando a los trabajadores la gratuidad del servicio (art. 16.3 LET). Se produce así una primera ruptura con la regla de la dedicación exclusiva a la actividad constitutiva de ETT [cfr. art. 2.1 d) LETT].

La posibilidad de ampliar sus actividades –aunque sea de manera diferenciada– a Agencias Privadas de Colocación –en adelante, APC–, supone que puedan realizar las actividades propias de estas agencias, como actividad de “servicio público” de gestión “privatizada”, entendidas en el sentido amplio previsto por el art. 21 bis Ley de Empleo [en la redacción dada por el art. 117.2 Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia] que les permite, asimismo, “desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal”. A su vez, la propia ampliación de concepto de “colocación” a la actividad de tratamiento de los excedentes de plantilla resultado de los expedientes de regulación de empleo, permite integrar también esta actividad, considerándose por la LE a las “empresas de recolocación” como agencias de colocación especializadas en la actividad a que se refiere el art. 20.2 LE [en la redacción dada por el art. 14 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo], según el cual, también se considerará intermediación laboral “la actividad destinada a la recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquélla hubiera sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación”.

El Gobierno entendió además que las ETT’s se habían revelado como un “potente dinamizador del mercado de trabajo”, y mediante la reforma operada en el art. 1 LETT [mediante el art. 116.Uno de la Ley 18/2014], asimismo, podrán “desarrollar actividades de formación para la cualificación profesional” conforme a la normativa específica de aplicación, así como de “asesoramiento y consultoría de recursos humanos” (art. 1 párr. 2º LETT).

Como puede colegirse fácilmente, estos cambios paulatinos demuestran el creciente protagonismo otorgado por el legislador a este tipo de operador en nuestro mercado de trabajo, ampliando su papel de gestión del “ciclo integral de empleo”.

Dada esta multiplicidad de servicios y funciones, y al objeto de evitar confusiones, dada la diversidad de regímenes jurídicos aplicables en función del servicio concreto que presten, la propia LETT establece que, en su relación tanto con los trabajadores como con las empresas clientes, las ETT’s “deberán informar expresamente y en cada caso si su actuación lo es en la condición de empresa de trabajo temporal o en el ejercicio de cualquier otra de las actividades permitidas” (art. 1 párr. 3º).

Lo que ya también estaba en los propios orígenes de la regulación, pues el art. 2.1 LETT permitía crearlas tanto a personas físicas como jurídicas. E incluso también se establecía un régimen modalizado –y facilitador– para las sociedades cooperativas en la disposición adicional 3ª LETT, al prever que las cooperativas, debidamente constituidas e inscritas de acuerdo con su legislación específica, pudieran obtener la correspondiente autorización administrativa para operar como ETT's, y por tanto, pudieran asignar a sus socios trabajadores puestos de trabajo en empresas usuarias a resultas del correspondiente contrato de puesta a disposición. A tal efecto, incluso se excepcionó el régimen general las cooperativas de trabajo asociado, permitiéndose que puedan contratar a cuantos trabajadores precisen para ponerlos a disposición de las empresas usuarias, sin los límites generales existentes en dicho ámbito.

2. Supresión o suavización de requisitos administrativos como elemento de “liberalización” del mercado de trabajo

Una segunda línea evolutiva, en íntima conexión con la anterior, supone una tendencia hacia una mayor “liberalización” en la actuación de las ETT's, que ha venido posibilitada mediante un doble tipo de modificaciones:

- a) Uno consistente en la eliminación o “suavización” de requisitos considerados excesivos o disfuncionales para su operatividad y funcionamiento, esto es, la idea de no imponer trabas institucionales excesivas o innecesarias que dificulten de manera irrazonable la utilización de esta fórmula de prestamismo laboral.
- b) De otro lado, se ha producido una ampliación de las posibilidades de utilización de los contratos de puesta a disposición y de la contratación por tiempo determinado de trabajadores para ser cedidos, para dotar al suministro de trabajadores de una mayor flexibilidad en su funcionamiento.

2.1. Reformas “facilitadoras” de su constitución y desarrollo

Las ETT's están sujetas a un intenso control administrativo, al objeto de salvaguardar el respeto de los derechos sociales de los trabajadores que son objeto de la actividad de intermediación.

Dentro de estos requisitos sobresale la exigencia de obtener una autorización administrativa previa. Originariamente, la autorización se concedía con carácter temporal al comienzo y solo posteriormente, si la ETT había respetado su conjunto de obligaciones, la autorización se convertía en definitiva. La autorización tenía una validez de un año, y se prorrogaba por dos períodos sucesivos iguales, siempre que la ETT hubiera cumplido las obligaciones legalmente establecidas, y se concederá sin límite de duración cuando la ETT hubiera realizado su actividad durante tres años.

Se ha mantenido el régimen de autorización –como técnica de intervención administrativa– al considerarse que éste se encuentra justificado por razones de orden público relacionadas con la lucha contra el fraude, como garantía de los derechos de los trabajadores y del Sistema de Seguridad Social. Pero esta autorización tuvo que reformarse al objeto de adaptarla a los principios establecidos por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que establece como principio básico el de “eficacia nacional de las autorizaciones”, por lo que hubo de suprimir –acertadamente– en la normativa que regula la actividad de las empresas de trabajo temporal toda limitación en cuanto al ámbito territorial de actuación o cualquier exigencia de ampliación de autorizaciones. En esta dirección, fruto de las reforma operadas por el art. 116.2 del RD-Ley 8/2014 [luego consolidadas por el art. 116.2 de la Ley 18/2014], en la actualidad la autorización se concederá –ya inicialmente– sin límite de duración (art. 2.1 LETT). Por lo tanto, se simplifica el régimen, de modo que, una vez concedida, la autorización mantiene su vigencia mientras la empresa cumpla los requisitos legales, sin necesidad de prórrogas o renovaciones de ningún tipo.

Reténgase además –en otra manifestación “liberalizante”– que la técnica del silencio administrativo positivo opera desde el comienzo y no en solicitudes de renovación, como sucedía con el marco normativo precedente (art. 2.5 párr. 2º LETT).

Por otra parte, el ámbito de actuación de la ETT quedaba circunscrito territorialmente. Ello hasta la intervención por el RD-Ley 8/2014 (art. 116.2) en salvaguarda de la unidad de mercado nacional, en la actualidad la autorización es “única” y tendrá eficacia en todo el territorio nacional (art. 2.1 LETT), superando así la anterior etapa en que el ámbito geográfico de actuación venía delimitado por el del propio órgano administrativo que concedía la autorización (en función de la ubicación de los centros de trabajo de la ETT solicitante). Ello obligaba a que, cuando la apertura de nuevos centros de trabajo por parte de la ETT suponía una alteración del ámbito geográfico de actuación, la autoridad laboral que resultase competente por el nuevo ámbito, concedería una nueva autorización administrativa, quedando sin efecto la anterior. El nuevo sistema es más simple, por tanto, libera de cargas a las ETT’s que tengan la iniciativa de ir ampliando su ámbito territorial de actuación. Asimismo, suprime la anterior subrogación en la titularidad de la garantía financiera cuando la apertura de nuevos centros de trabajo por parte de la ETT conllevaba un cambio competencial del órgano administrativo competente para la nueva autorización.

A raíz de la reforma introducida por el art. 116.4 del Real Decreto-ley 8/2014, el actual art. 4.2 LETT, para centralizar la información sobre las ETT’s autorizadas y operativas, prevé que reglamentariamente se determinarán los datos que obren en los Registros de las autoridades competentes que deban incorporarse a una base de

datos cuya gestión, en soporte electrónico, corresponderá a la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Igualmente, las ETT's deberán informar a la autoridad laboral competente sobre todo cambio de titularidad, apertura y cierre de centros de trabajo y cese de la actividad (art. 5.2 LETT); lo novedoso a raíz de dicha reforma es que, la autoridad laboral que reciba dichas informaciones, deberá a su vez comunicarla a la autoridad laboral de las Comunidades Autónomas afectadas, así como, en su caso, a la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (art. 5.3 LETT).

Para facilitar la transición al nuevo régimen más simplificado, la Ley 18/2014 [art. 116, apartado 8)] introdujo en la LETT una disposición transitoria según la cual, las empresas que tuvieran autorización, provisional o definitiva, vigente a 5 de julio de 2014, para el ejercicio de la actividad de empresa de trabajo temporal podrán desarrollar su actividad, por tiempo ilimitado, y en todo el territorio nacional, sin necesidad de nueva autorización.

En cuanto a la vertiente de “simplificación” y “agilización” de la intervención administrativa, conviene también recordar que la disposición adicional sexta LETT [introducida por el art. 116.7 Ley 18/2014], establece que, a los efectos de garantizar lo dispuesto en el art. 22 de la Ley 20/2013, sobre “ventanilla única”, se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento y en particular para garantizar la interoperabilidad de los distintos sistemas que dependan del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de acuerdo con el Esquema Nacional de Interoperabilidad.

Una cuestión importante, que trata de fomentar la creación de empleo por parte de la ETT que solicita la autorización administrativa para constituirse es que, dentro de la valoración de su adecuación y suficiencia organizativa como requisito, se indica expresamente (art. 3.2 LETT) que se tendrá en cuenta –entre otros factores– el “número, dedicación, cualificación profesional y estabilidad en el empleo de los trabajadores contratados para prestar servicios bajo la dirección de la empresa de trabajo temporal” (trabajadores de estructura). Para ello, se exige [tras la reformas introducidas primero por el art. único.1 a .3 de la Ley 29/1999, de 16 de julio, de reforma de la LETT; y luego también por el art. 116.2 de la Ley 18/2014] que la ETT deba contar con un número mínimo de doce trabajadores, o el que corresponda proporcionalmente, contratados para prestar servicios bajo su dirección con contratos de duración indefinida, a tiempo completo o parcial, por cada mil trabajadores contratados en el año inmediatamente anterior, computados teniendo en cuenta el número de días totales de puesta a disposición del conjunto de los trabajadores cedidos, dividido por trescientos sesenta y cinco; o, cuando el número de trabajadores cedidos, computados conforme a la regla anterior, fuera superior a cinco mil, al menos sesenta trabajadores. Este requisito mínimo deberá mantenerse durante todo el tiempo de actividad de la ETT, adaptándolo anualmente a la evolución del número de contratos gestionados. En todo caso, para poder iniciar su ac-

tividad de puesta a disposición de trabajadores, la empresa deberá contar al menos con tres trabajadores con contrato de duración indefinida, a tiempo completo o parcial, mínimo que deberá mantenerse durante todo el tiempo de actividad. La LETT garantiza así que tales empresas, no solo dispongan del personal “estructural” adecuado para el desarrollo de sus funciones, sino que también constituyan *per se* “nichos” de creación de empleo [cfr. además las previsiones del art. 51 V Convenio colectivo Estatal de ETT’s]. De todos modos, el número mínimo de trabajadores de estructura exigido hace que sus efectos sobre la creación de empleo estable sean muy limitados.

También debemos referirnos a la reforma legislativa que adapta nuestro ordenamiento interno sobre ETT’s a la normativa de la UE sobre prestaciones transnacionales de servicios. Este régimen garantiza una mayor operatividad (“transnacionalización”) en el territorio de la UE a este tipo de empresas (en línea con las políticas de flexibilización y “mercantilización” de los mercados de trabajo); y ello con independencia de su exclusión expresa de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior. Mediante la disposición adicional 1.^a de la Ley 45/1999, 29 noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, se inserta un nuevo Capítulo VI en la LETT sobre actividad transnacional de las ETT’s, que dota de mayor seguridad jurídica a la actuación en España de ETT’s radicadas en otros Estados miembros de la UE, y viceversa, así como mayores garantías para los trabajadores cedidos en el marco de una prestación de servicios transnacional.

En lo que aquí interesa, es de destacar que las ETT’s que dispongan de autorización administrativa de acuerdo con lo dispuesto en la normativa española, podrán poner a sus trabajadores a disposición de empresas usuarias establecidas o que ejerzan su actividad en otros Estados miembros de la UE o en Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en los términos previstos en la legislación de tales Estados y en la propia Ley española (art. 26.1 LETT). Como correlato, el art. 22.1 LETT contempla que las ETT’s establecidas en otros Estados miembros de la Unión Europea o en Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo podrán desplazar temporalmente a sus trabajadores para su puesta a disposición de empresas usuarias establecidas o que ejerzan su actividad en España cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) la ETT deberá, de conformidad con la legislación de su Estado de establecimiento, estar válidamente constituida y reunir los requisitos para poner a disposición de empresas usuarias, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados; b) el contrato de puesta a disposición entre la ETT y la empresa usuaria, sin perjuicio de la legislación aplicable al mismo, deberá formalizarse por escrito y adecuarse a lo dispuesto en el capítulo II de la LETT española (a excepción de la obligación de formalización en el modelo reglamentariamente establecido); c) la ETT estará sujeta a lo establecido

en la Ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional y deberá garantizar a sus trabajadores desplazados las condiciones de trabajo previstas en la misma (no siendo de aplicación lo establecido en el Capítulo III LETT -a excepción de lo dispuesto en el 11.1-). Y todo ello sin perjuicio del cumplimiento de la normativa sobre entrada, permanencia, trabajo y establecimiento de los extranjeros en España y de las obligaciones tributarias de las empresas.

2.2. Reformas que han fomentado y ampliado su operatividad en el mercado de trabajo (principales manifestaciones)

Como instrumento de flexibilidad laboral, también la línea evolutiva de su ordenación normativa ha venido inspirada en la facilitación de las posibilidades de utilización de los contratos de puesta a disposición. Ello en línea con la propia flexibilidad auspiciada por las reformas del mercado de trabajo.

En primer lugar, ello ha venido facilitado originariamente por el art. 6.2 LETT, donde se contempla la posibilidad de celebrar contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el art. 15 LET. Por ello, las reformas e interpretaciones judiciales flexibilizadoras de la contratación temporal se extrapolan también a este sector de actividad (*v. gr.* la previsión de un generoso término legal también en el contrato temporal para obra o servicio –art. 15.1 a) LET-, la admisión judicial de las contrataciones y subcontratas como causa para contratos de obra o servicio, por señalar solo algunos ejemplos). Ello en concordancia con la inveterada regla de que contrato de trabajo celebrado entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador para prestar servicios en empresas usuarias podrá concertarse “por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición” (art. 10.1 LETT).

En esta dirección flexibilizadora, en la línea de una equiparación más plena entre las posibilidades de celebrar contratos de puesta a disposición y las causas que permiten celebrar contratos de duración determinada –*ex art.* 15 LET-, el art. único.6 de la Ley 29/1999 eliminó algunos topes temporales máximos presentes en la versión originaria del art. 7.1 LETT, donde se contemplaba que la duración máxima del contrato de puesta a disposición sería de: seis meses en el supuesto de tratarse de atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa; y de tres meses en el supuesto de cobertura temporal un puesto de trabajo permanente mientras dure el proceso de selección o promoción [interinidad por vacante no contemplada expresamente en el art. 15 LET, y sólo regulada posteriormente por RD 2546/1994, de 29 de diciembre –con sus correlativos problemas de legalidad-]. La

eliminación de dichos topes supuso una equiparación absoluta –no sólo en las causas que posibilitan la celebración de contratos de puesta a disposición- con las que permiten directamente la contratación temporal por parte de la empresa usuaria, sino también en la duración máxima de los contratos. A partir de entonces:

- a) El contrato de puesta a disposición por necesidades “eventuales” de la empresa usuaria –sujeto a “termino”- podía ir más allá de los seis meses, si el convenio colectivo aplicable en la empresa usuaria había posibilitado duraciones superiores. Conviene precisar que en tales casos, los contratos podrán tener una duración máxima de seis meses, dentro de un período de doce meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas; pero también que, por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el período dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir; en tal supuesto, el período máximo dentro del cual se podrán realizar será de dieciocho meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del período de referencia establecido ni, como máximo, doce meses [art. 15.1 b) LET –en la redacción dada por Ley 12/2001, de 9 de julio-].
- b) Por lo que respecta a la otra hipótesis (“interinidad por vacante”), aunque para las empresas privadas el límite máximo de duración es de tres meses (al margen de si el procedimiento de selección o promoción ha sido fructuoso), dicho límite no existe para la provisión de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas, donde puede prolongarse hasta “el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica” [art. 4.2 b) *in fine* RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada]. Una vez posibilitado el suministro de trabajo mediante ETT’s (*vid. infra*), en este ámbito su utilización es aún más flexible).

Otras manifestaciones relevantes en esta línea de tendencia han sido las modificaciones introducidas:

- a) En primer lugar, por la disposición final 3.1 del RD-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, al incorporar en los arts. 6.2 y 10.2 LETT la previsión de que también puedan celebrarse contratos de puesta a disposición en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que un contrato para la formación y el aprendizaje.
- b) En segundo término, el art. 3.Uno.3. del RD-Ley 16/2013, de 20 de di-

ciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, que amplía también dicha posibilidad a la contratación en prácticas.

Ello ha supuesto ampliar funcionalmente su campo de actividad, no solamente hacia las necesidades estructurales de las empresas usuarias, sino permitir el carácter triangular de la relación laboral también en contratos de tipo formativo (ahora también transitoriamente facilitados en cuanto a su ámbito subjetivo por la problemática del desempleo juvenil), lo que da cuenta de la flexibilización extrema del mecanismo de intermediación. En realidad, esta reforma lo que hace es canalizar la utilización de las ETT's para contratar trabajadores jóvenes que posteriormente se integran en la empresa usuaria, que elude de esta forma el período de prueba, los riesgos de selección y experimentación de los contratos, así como las cargas formativas, que se exteriorizan también a través de las ETT's.

Por tanto, en relación a la duración de estos contratos de puesta a disposición, se estará a lo dispuesto, tanto en el art. 15, como en el art. 11 LET [art. 7.1 LETT, sin perjuicio de lo previsto en el art. 12.3 LETT en cuanto a los eventuales períodos de formación previos a la prestación efectiva de servicio]. En relación a los contratos para la formación y el aprendizaje celebrados por las ETT's, las mismas son las responsables de cumplir las obligaciones formativas de los contratos para la formación y el aprendizaje que celebren con trabajadores para ponerlos a disposición de empresas usuarias [art. 12.3 bis LETT; en la redacción dada por la disp. final Tercera.4 Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo].

La expansión avanzó incluso más, con la apertura a la posibilidad de celebración de contratos de puesta a disposición en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de trabajo de primer empleo joven (art. 12 Ley 11/2013).

Algunas reglas son proclives a favorecer la estabilización laboral, considerables como manifestaciones de un devaluado principio de estabilidad en el empleo. En este sentido: si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido (art. 6.2 LETT); por otra parte, será nula la cláusula del contrato de puesta a disposición que prohíba la contratación del trabajador por la empresa usuaria a la finalización del contrato de puesta a disposición (art. 6.3 LETT; art. 6.3 Directiva). De todos modos, la consideración indefinida de la relación (con la opción del trabajador por la reclamación de la fijeza tanto frente a la ETT como ante la empresa usuaria) solamente se prevé en las hipótesis de incumplimientos más graves constitutivos de cesión ilegal *ex* art. 43 LET (no en relación a otros incumplimientos de tipo formal). Lo cierto es que en muchos casos, la con-

versión del contrato en tiempo indefinido a través de los mecanismos tutelares frente al fraude, terminan solventándose con una ruptura del vínculo contractual y una mayor indemnización por despido improcedente. Con carácter general, puede decirse que el marco normativo regulador de las ETT's no promueven realmente la estabilidad en el empleo de los trabajadores a través de una contratación indefinida. Se acepta y se asume y presupone en la política jurídica que lo inspira un cierto nivel relevante de empleo temporal destinado a mantenerse, condenando así a muchos trabajadores a permanecer en el círculo de la precariedad laboral.

La Directiva 2008/104/CE (art. 4) establecía como disposición mínima la revisión de las normas legales o convencionales que contengan prohibiciones o restricciones a la utilización de esta cesión de trabajadores a fin de comprobar que las mismas están “justificadas exclusivamente por razones de interés general relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos, a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos”. La versión originaria de la LETT (art. 8) contenía toda una serie de exclusiones o hipótesis en que no se podían celebrar contratos de puesta a disposición. La lista se ha mantenido, aunque se han realizado matices de importancia a algunas de ellas. En concreto, la prevista en el apartado b), relativa a la realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo. Modificada por el art. 17 Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, para añadirle: “en los términos previstos en la disposición adicional segunda de esta Ley y, de conformidad con ésta, en los convenios o acuerdos colectivos”. Esa misma Ley reformista (art. 17.6) y de transposición de la Directiva, incorporó la disp. adicional 2ª LETT, relativa a trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad y la salud en el trabajo, donde se contempla expresamente la prohibición absoluta de una serie de trabajos (los que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes en zonas controladas, a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera y segunda categoría o a agentes biológicos de los grupos 3 y 4).

Pero el apartado 2º de dicha disp. adicional 2ª, aunque pueda ampararse en una combinación de racionalidad reguladora estatal-convencional, es en realidad un ejemplo de “des-responsabilización” pública sobre la materia y de “traslación de cargas” a los interlocutores sociales, pues lo que hacía era encomendar a la negociación colectiva interconfederal o de ámbito sectorial estatal —con anterioridad al 31 de marzo de 2011- la regulación de las posibles limitaciones para la celebración de los contratos de puesta a disposición en las actividades de: la construcción, la minería a cielo abierto y de interior, las industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre, los trabajos en plataformas marinas, la fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos y otros objetos o instrumentos que contengan explosivos y los trabajos con riesgos eléctricos en alta ten-

sión podrán determinarse, por razones de seguridad y salud en el trabajo. Ello siempre que cumplieran los siguientes requisitos, por lo que se refuerza el carácter muy delimitado y justificado de las limitaciones: a) deberán referirse a ocupaciones o puestos de trabajo concretos o a tareas determinadas; b) habrán de justificarse por razón de los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo asociados a los puestos o trabajos afectados; c) deberán fundamentarse en un informe razonado que se acompañará a la documentación exigible para el registro, depósito y publicación del convenio o acuerdo colectivo por la autoridad laboral. A partir de 1 de abril de 2011, siempre respetando las limitaciones establecidas convencionalmente, podrán celebrarse contratos de puesta a disposición en el ámbito de las actividades antes señaladas. Sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos establecidos legal y reglamentariamente, y quizá por un cierto “remordimiento de conciencia” del legislador, la norma establece unas “garantías adicionales”, la celebración de contratos de puesta a disposición se sujeta a los siguientes requisitos: a) la empresa de trabajo temporal deberá organizar de forma total o parcial sus actividades preventivas con recursos propios debidamente auditados conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales y tener constituido un comité de seguridad y salud en el trabajo del que formen parte un número no inferior a cuatro delegados de prevención; b) el trabajador deberá poseer las aptitudes, competencias, cualificaciones y formación específica requeridas para el desempeño del puesto de trabajo, debiendo acreditarse las mismas documentalmente por la empresa de trabajo temporal.

También la exclusión contemplada en el art. 8 c) LETT ha sido objeto de idas y venidas y de una “re-flexibilización”, pues se modificó por el art. 13 Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, que suprime la regla impeditiva precedente relativa a la concatenación de contratos de puesta a disposición para el mismo puesto de trabajo por el trabajador cedido en misión [introducida inicialmente por Ley 29/1999 y también flexibilizada por RD-Ley 5/2001, de 2 de marzo].

En línea también con la “facilitación” de su actuación, el art. 13º de la Ley 12/2001, 9 julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, introdujo el vigente art. 10.3 LETT, conforme al cual la ETT podrá también celebrar con el trabajador un contrato de trabajo “para la cobertura de varios contratos de puesta a disposición sucesivos con empresas usuarias diferentes”, siempre que tales contratos de puesta a disposición estén plenamente determinados en el momento de la firma del contrato de trabajo y respondan en todos los casos a un supuesto de contratación eventual de los contemplados en el art. 15.1 b) LET, con la única obligación de la ETT de formalizar en el contrato de trabajo cada puesta a disposición con los mismos requisitos previstos en el art. 10.1 LETT y en sus normas de desarrollo reglamentario.

Por último, pero no por ello menos relevante, el art. 17.7 del RD-Ley 10/2010,

de 16 de junio, de medida urgentes para la reforma del mercado de trabajo, también en transposición de la “liberalizadora” Directiva comunitaria- introdujo en la LETT una disposición adicional 4ª, sobre la validez de limitaciones o prohibiciones para recurrir a las ETT’s [cuya redacción vigente proviene del art. 17.7 de la Ley 35/2010], conforme a la cual, a partir del 1 de abril de 2011 quedaban suprimidas todas las limitaciones o prohibiciones hasta entonces vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición por las ETT’s, incluida –de forma expresa- la establecida en la disposición adicional 5ª de la ya derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, con la única excepción de lo establecido la propia LETT [reténgase que el actual Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público –RDLeg 3/2011- ya no establece una disposición análoga]. A partir de esa fecha, las limitaciones o prohibiciones que puedan ser establecidas sólo serán válidas cuando se justifiquen por “razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos”.

Antes de dicha fecha, previa negociación en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, se contemplaba que el Gobierno estableciera los criterios funcionales de aplicación de lo dispuesto en relación a las Administraciones Públicas. Ahora bien, se limita expresamente su uso, cuando se establece que las ETT’s no podrán realizar con las Administraciones Públicas contratos de puesta a disposición de trabajadores para la realización de tareas que, por una norma con rango de Ley, estén reservadas a los funcionarios públicos (disposición final 4ª párr. 3º LETT; que debe concordarse con el art. 9.2 EBEP, donde se reserva a los funcionarios públicos las funciones que suponen el ejercicio de autoridad pública). En definitiva, y a salvo esta “reserva”, el empleo público también se convierte en un ámbito de actuación de las ETT’s, derogándose las posibles normas prohibitivas existentes en las diversas AAPP. Por otra parte, la falta de negociación sobre esta materia en las AAPP ha supuesto una situación de inseguridad jurídica, donde lo único cierto es la prohibición de utilizar el mecanismo para puestos legalmente reservados a los funcionarios públicos.

Para el control –cada vez más complejo- de los límites de dichas contrataciones, la Ley 29/1999 mejoró los derechos de información de los representantes de los trabajadores en la empresa al añadir en el art. 9 LETT, la obligación adicional de entregarles a los mismos “una copia básica del contrato de trabajo o de la orden de servicio, en su caso, del trabajador puesto a disposición, que le deberá haber facilitado la empresa de trabajo temporal”.

Las manifestaciones señaladas –que suprimen restricciones en su utilización y amplían sus espacios de intervención- nos ponen con claridad de manifiesto que la ordenación de las ETT’s ha venido en línea con las políticas de empleo flexibili-

zadoras de las relaciones de trabajo con el objeto de promover la creación de empleo. Por tanto, adolecen del mismo problema de fondo: fomentan la precarización del empleo y abandonan los objetivos “cualitativos” del empleo que se genera (“calidad” del empleo que es también un objetivo que informa también en la propia LE). Normalizan aún más un tipo de relaciones “atípicas” de carácter triangular, en contraposición al esquema bilateral típico de la relación laboral. Además, su creciente facilitación ha permitido que mejoren su posición competitiva respecto de las “empresas multiservicio”, haciendo cada vez más difusas su delimitación con las fórmulas de externalización vía subcontratación empresarial.

III. EL PERFECCIONAMIENTO “INCOMPLETO” DE LA TUTELA DE LOS TRABAJADORES CEDIDOS (LA CORRECCIÓN DE SUS DISFUNCIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD)

El trabajo en el marco de las ETT’s nunca se ha librado plenamente de riesgo de facilitar situaciones de tratamiento desigual de los trabajadores cedidos en relación a los trabajadores que desempeñan puestos de trabajo similares o equivalentes en las empresas usuarias por lo que respecta a sus condiciones de trabajo. El reconocimiento legal de las ETT’s y su irrupción en un mercado de trabajo como el nuestro, ya de por sí caracterizado por unas elevadas tasas de temporalidad debida –en buena medida aunque no exclusivamente– en una estructura económica basada en actividades de tipo estacional, supuso la emersión de un tipo de empleo “devaluado” y “precario”. A partir de su legalización se produjo una enorme expansión de este tipo de contratación como consecuencia de las ventajas para las empresas usuarias derivadas –entre otras– del inferior coste salarial.

Ello ha obligado a introducir determinadas correcciones en su régimen jurídico originario, para evitar ciertas disfunciones desde el punto de vista del principio de no discriminación, y que no siempre terminan de ser plenamente satisfactorias. En objeto de tales previsiones, junto con sus reformas, ha sido evitar una suerte de “dumping social” en este tipo de trabajo, de manera que el incentivo en su utilización no se asiente sobre una degradación de los derechos de los trabajadores cedidos. Aquí, aunque en muchos casos de manera tardía e incompleta, han tenido que ceder las “razones de mercado” para atender a un tratamiento paritario y garantista de los trabajadores contratados para ser cedidos.

En primer lugar, hasta 1999 –mediante la Ley 29/1999– no se introdujo expresamente la regla según la cual sería “nula toda cláusula del contrato de trabajo que obligue al trabajador a pagar a la empresa de trabajo temporal cualquier cantidad a título de gasto de selección, formación o contratación” (art. 12.4 LETT), atajando así prácticas claramente abusivas para los trabajadores cedidos.

Por otra parte, con anterioridad a la reforma de 1999, el trabajador en misión debería ser remunerado conforme al convenio colectivo aplicable de la ETT o, en su defecto, el convenio colectivo correspondiente a la empresa usuaria. Nuestro régimen jurídico no garantizaba, pues, el principio de trato igual entre los trabajadores de las ETT y de las empresas usuarias que tuvieran el mismo encuadramiento profesional y ocupacional en la empresa, desempeñando puestos de trabajo idénticos. Solamente con la reforma de 1999 se da un paso adelante al prever, en el art. 11.1 LETT que la remuneración comprendería “todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo”. La versión originaria de la norma solamente aludía, con una expresión enormemente confusa, a la “retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, calculada por unidad de tiempo”, lo que era muy problemático cuando el módulo de cálculo retributivo era por unidad de obra.

Entre los objetivos de la Directiva 2008/104/CE se encuentra el de establecer un marco de protección no discriminatorio en el que las condiciones esenciales de trabajo y empleo aplicables a los trabajadores cedidos sean similares a las que se aplicarían de ser contratados directamente por la empresa usuaria. En garantía del tratamiento no discriminatorio del trabajador en misión, como transposición de la Directiva, la versión actual del art. 11.1 LETT [cuya versión definitiva proviene del art. 17.2 del RD-Ley 10/2010; regulación luego recogida por la Ley 35/2010] establece que los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a la aplicación de las “condiciones esenciales de trabajo y empleo” que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto. A tales estos efectos (art. 11.1 párr. 2º LETT), se considerarán condiciones esenciales de trabajo y empleo las referidas a “la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos” [precisiones introducidas por el art. 17.2 del RD-Ley 10/2010 –luego por Ley 35/2010–; reproduciendo el art. 3.1 b) Directiva].

Por lo que respecta a la remuneración, se estipula que comprenderá “todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo” (art. 11.1 párr. 3º LETT, en la redacción dada por el art. 17.2 del RD-Ley 10/2010). La equiparación remuneratoria también incluiría la compensación por gastos sufragados por los trabajadores con motivo de la ejecución de la prestación laboral, por vincularse con el trabajo desarrollado, y para evitar un trato inferior al los trabajadores cedidos en misión en el mismo puesto de trabajo [STS 7 de febrero de 2007 (RJ 2007\1815), para una “compensación por

ayuda alimentaria”]. Pero es muy dudoso que abarque los complementos personales previstos en el convenio de aplicación (salvo que tengan relevancia –o puedan conectarse– con el puesto de trabajo concreto desempeñado).

La jurisprudencia –con buen criterio– ha entendido incluida en la expresión al convenio colectivo extraestatutario, cuando sea de esta naturaleza el aplicable en la empresa usuaria [STS 25 de septiembre de 2002 (RJ 2004\5582); e incluso a los pactos y decisiones empresariales que tengan eficacia personal general en la empresa –condiciones más beneficiosas de carácter colectivo– [SsTS 7 de febrero de 2007, 22 de enero de 2009 (RJ 2009\620)]. Y ello en coherencia con el art. 3.1 f) de la Directiva, que establece que se entenderán por condiciones esenciales de trabajo y de empleo a las establecidas “por las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, convenios colectivos y demás disposiciones vinculantes de alcance general en vigor en las empresas usuarias”.

La remuneración deberá incluir, en todo caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones. La referencia a la parte proporcional del descanso semanal se incorpora al precepto mediante el art. único.8 de la Ley 29/1999, con el objeto de neutralizar la práctica consistente en celebrar contratos de puesta a disposición en un día laborable con finalización el último antes del disfrute del descanso semanal. Por otra parte, será responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador y, a tal efecto, dicha empresa usuaria deberá consignar tales retribuciones en el contrato de puesta a disposición del trabajador [reglas, estás últimas que ya se establecieron en virtud del art. único.8 de la Ley 29/1999].

Asimismo, los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual [previsiones, que perfeccionan el tratamiento igualitario y que se incorporan al art. 11.1 LETT en virtud del art. 17.2 del Real Decreto-Ley 10/2010; como transposición del art. 5.1 Directiva 2008/104/CE, en la vertiente relativa al principio de igualdad de trabajo].

La garantía de un tratamiento igual se extiende también a lo que podríamos denominar los beneficios derivados de la “acción social” en la empresa. En este sentido, el art. 17.2 LETT, que originariamente solo se refería al derecho a la utilización de transporte e instalaciones colectivas de la empresa usuaria, fue precisado y ampliado –por el art. 17.4 de la Ley 35/2010– a la “utilización de los servicios de transporte, de comedor, de guardería y otros servicios comunes e

instalaciones colectivas de la empresa usuaria durante el plazo de duración del contrato de puesta a disposición en las mismas condiciones que los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria”.

De todos modos, la equiparación es “imperfecta”, pues no se alude a otros beneficios como las aportaciones empresariales a planes y fondos de pensiones, mejoras voluntarias, o la concertación de seguros a favor de los trabajadores, etc., salvo que se entienda que ello forma parte de un concepto amplio de “remuneración” —*ex art. 11.1 LETT*— no ceñido exclusivamente a las percepciones salariales. Y ello se ha confirmado por algunas sentencias del Tribunal Supremo, que han excluido de la equiparación el complemento por IT, como mejora voluntaria de la Seguridad Social establecido en el convenio colectivo de la empresa usuaria [STS 19 de marzo de 2004 (RJ 2004\3741)]. En esta línea, las STS de 22 de enero de 2009 (RJ 2009\620) y 7 de febrero de 2007 (RJ 2007\1815), han señalado que la obligación de abono alcanza a las indemnizaciones o suplidos de los gastos del trabajador como consecuencia de la actividad laboral, pero no a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social o a la llamada acción social empresarial, ni tampoco a las indemnizaciones por suspensiones y extinciones de la relación laboral.

Desde la primera versión de la LETT, y cuando el contrato se haya concertado por tiempo determinado, el trabajador tendrá derecho, además, a recibir una indemnización económica a la finalización del contrato de puesta a disposición equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o a la establecida en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación (art. 11.2 LETT). Cantidad que ya se encuentra equiparada al incremento progresivo de la indemnización mínima legal prevista con carácter general para los contratos temporales, de manera que la misma no supone un mayor coste indemnizatorio al que tendría una empresa usuaria que contratase directamente al trabajador (cfr. disposición adicional 13ª LET). Por otra parte, esta equiparación favorece su posición competitiva en el mercado, pues ya no existe un “sobrecoste” frente a las denominadas empresas multiservicios.

Tras la previsión incorporada por el art. 17.2 de la Ley 35/2010, la indemnización podrá ser prorrateada durante la vigencia del contrato. Además, la reforma laboral de 2010 incorpora la previsión, en garantía de los derechos indemnizatorios del trabajadores, de que empresa usuaria es también responsable solidaria con la ETT de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo (art. 16.3 LETT), que antes solo venía referida a las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición.

La disposición final tercera de la Ley 11/2013 ha delimitado el derecho a la indemnización económica por finalización del contrato de puesta a disposición en

los mismos supuestos a que hace referencia el art. 49.1 c) LET. Ello supone que no existe derecho a esta indemnización en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos. Por tanto, puede considerarse también una reforma limitadora de derechos indemnizatorios para los trabajadores cedidos bajo esas modalidades contractuales, así como facilitadora de la actividad de las ETT's.

Por lo que respecta a la formación de los trabajadores cedidos por ETT's, la norma remite a lo que pueda establecerse en la negociación colectiva, mediante la previsión de que se adoptarán las medidas adecuadas para facilitar el acceso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal a la formación disponible para los trabajadores de las empresas usuarias [art. 17.4 LETT; introducido por el art. 17 Ley 35/2010].

Uno de los tradicionales problemas presentes en el trabajo mediante ETT's, dado su predominante carácter temporal, ha sido el relativo a la prevención de riesgos laborales [cfr. Directiva 91/383/CE, de 25 de junio, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de ETT's; art. 28 LPRL; RD 216/1999, de 5 de febrero]. Por ello, hubo de procederse a intervención normativa –mediante la Ley 31/1999– que incorporó un nuevo art. 12.3 LETT, donde se obligaba a la ETT a asegurarse de que el trabajador, “previamente a su puesta a disposición de la empresa usuaria”, posee la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vaya a estar expuesto. En caso contrario, deberá facilitar dicha formación al trabajador, con medios propios o concertados, y durante el tiempo necesario, que formará parte de la duración del contrato de puesta a disposición, pero será en todo caso previo a la prestación efectiva de los servicios. A tal efecto, la celebración de un contrato de puesta a disposición sólo será posible para la cobertura de un puesto de trabajo respecto del que se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos laborales, conforme a lo dispuesto en los arts. 15.1.b) y 16 LPRL. El gasto de formación en materia preventiva será computado a efectos del porcentaje de la masa salarial que debe destinarse a formación de los trabajadores cedidos (*ex* art. 12.2 LETT), pero sin que el montante establecido a dichos efectos constituya, en ningún caso, un límite a las necesidades de formación en materia preventiva.

En cuanto a la garantía que supone la representación de los trabajadores en la empresa usuaria, originariamente, el art. 17.1 LETT solamente contemplaba que los trabajadores puestos a disposición “tendrán derecho a presentar a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral”. A esta previsión, el art. 5 del RD-Ley 8/1997, de 16 de mayo [luego la Ley 63/1997, de Medidas Urgentes

para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida], añadió que “los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria tendrán atribuida la representación de los trabajadores en misión, mientras ésta dure, a efectos de formular cualquier reclamación en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en todo aquello que atañe a la prestación de sus servicios en éstas, sin que ello pueda suponer una ampliación del crédito de horas mensuales retribuidas a que tengan derecho dichos representantes”, conforme a lo dispuesto en el art. 68 e) LET. Aunque la norma se cuidó de precisar que estas reglas no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la ETT de la cual depende [cfr. SsTS 27 de marzo de 2004 (RJ 2004\3665) y 9 de julio de 2012 (JUR 2012\254054)], que deberá canalizarlas, en su caso, a través de la propia representación legal de los trabajadores en la correspondiente ETT.

Al objeto de favorecer la estabilización de los trabajadores cedidos en la empresa usuaria, el art. 17.3 LETT [inicialmente mediante el art. 17.5 del RD-Ley 10/2010, de 16 de junio], se estableció la obligación de que la empresa usuaria informe a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, “a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que a los trabajadores contratados directamente por aquella”; dicha información podrá facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo, o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información.

Por último, en los supuestos de cesión de trabajadores por ETT's españolas a empresas usuarias que conlleven desplazamientos transnacionales porque ejerzan su actividad en otros Estados miembros de la UE o del EEE, el art. 26.2 LETT [introducido por Ley 45/1999] garantiza que, en todo caso, las mismas deberán garantizar a sus trabajadores las condiciones de trabajo previstas en el país de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Ello sin perjuicio de la aplicación a los mismos de condiciones de trabajo más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable a su contrato de trabajo, en los convenios colectivos o en los contratos individuales (quedando, por tanto, sujetas a lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley 45/1999).

Por el contrario, cuando sea una ETT establecida en alguno de los países europeos (establecidos en la UE o signatarios del Acuerdo sobre el EEE) la que ponga sus trabajadores a disposición de una empresa usuaria española, no se aplicaran las normas sobre las relaciones laborales entre la ETT y el trabajador en misión [art. 22.1 c) LETT], aunque sí será aplicable la garantía mínima de las condiciones laborales prevista en el art. 11.1 LET ya analizado.

7.7. EMPLEO PÚBLICO Y DESPIDOS COLECTIVOS. UN RECORRIDO POR LA JURISPRUDENCIA RECIENTE⁸¹⁶

AURELIO DESDENTADO BONETE

Magistrado jubilado del Tribunal Supremo

Profesor honorífico de la Universidad Carlos III de Madrid

“Y a preguntas sin respuesta

¿quién te podrá responder?”

Antonio Machado

I. EMPLEO PÚBLICO Y DESPIDOS ECONÓMICOS, UNA RELACIÓN DIFÍCIL. SOBRE LA DOBLE REGULACIÓN EN FUNCIÓN DE LA DISTINTA NATURALEZA DE LOS SUJETOS IMPLICADOS; LOS PROBLEMAS DE ENCUADRAMIENTO Y DE COMPETENCIA PARA DECIDIR SOBRE EL DESPIDO

El despido económico - género común al que pertenece el despido colectivo - ha tenido siempre algunas dificultades - reales o imaginarias - para entrar en el ámbito del sector público y, muy especialmente, en el de las Administraciones públicas. La objeción fundamental afecta a la propia proyección de la causa económica, en la medida en que ésta tiende a vincularse al resultado de una gestión empresarial en el mercado, es decir, a la existencia de pérdidas o ganancias que operan sobre el equilibrio de producción de la correspondiente entidad y explican el recurso a los ajustes de personal. Se afirma que, como los entes públicos no operan en el mercado, quedan fuera de la posible actuación de una causa económica.

Es claro que no es así. En primer lugar, hay sujetos públicos que actúan en el mercado y que, por tanto, están o deberían estar sometidos a la lógica de la evaluación de la gestión empresarial. En segundo lugar, las causas económicas que pueden determinar una reducción de personal no están vinculadas de forma necesaria a los resultados del mercado. Las Administraciones públicas están también so-

⁸¹⁶ Se recoge aquí una nueva versión del trabajo que se publicó en “El Derecho. Revista de Jurisprudencia”, nº 2, marzo de 2015. Se ha revisado el texto a partir de las nuevas aportaciones de la doctrina judicial y muy especialmente del cambio que se deriva de la STS³ 19.5. 2015 (r. 836/2012), que ha anulado el apartado primero de la disposición final 2ª del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, y el los párrafos 2º y 3º del nº 3 del art. 35 del Reglamento aprobado por el Real Decreto citado.

metidas a las leyes de la economía, si entendemos por ésta la determinación de las opciones que surgen ante la limitación de los recursos. La economía va más allá del mercado, pues hay también otras formas de economía, desde la doméstica - de donde, por cierto, viene el término (*oikos*, casa), como puede verse en la “Política” de Aristóteles - hasta la economía pública o la economía de planificación central. Escasez y eficiencia son, según Samuelson, los dos ejes de la economía y esos dos ejes juegan dentro y fuera del mercado.

Las dudas han quedado definitivamente superadas en la disposición adicional 20ª del Estatuto de los Trabajadores, que de forma categórica establece que el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio del sector público se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del ET. Pero la simple lectura de la norma nos indica que las cosas no son tan sencillas y que, en realidad, hay dos regímenes para el despido económico en el sector público: el aplicable a las entidades que tienen un régimen de funcionamiento más próximo a la gestión empresarial común y el que rige para el conjunto que, simplificando, se califica como Administraciones públicas. La dualidad de regímenes afecta a la definición de las causas y al procedimiento aplicable en el periodo de consultas y, en definitiva, supone un régimen especial para las Administraciones públicas y la remisión al régimen común para el resto.

Para trazar la línea entre Administraciones públicas y entidades públicas, que - también para simplificar - vamos a llamar comunes, la disposición adicional 20ª remite al art. 3 de la Ley de Contratos del Sector Público, un precepto que construye esa distinción en función del mayor o menor grado de publicación del régimen de funcionamiento de cada entidad. La distinción no siempre es clara, como muestran los casos de VAERSA (STS 21. 2014, r. 249/13), TELE MADRID (STS 26. 3. 2014, r. 158/13), GESPLAN (STS 15. 4. 2014, r. 136/ 13) o INSTITUTO CATALÁN DEL SUELO (STS 18.11.2014, 160/13).

De una parte, están las Administraciones públicas y las entidades de derecho público que relaciona el nº 2 del art. 3 LCSP y, de otra, un conjunto más difuso de entes que pueden ordenarse en una escala de menor a mayor privatización y que van desde las fundaciones públicas hasta las sociedades mercantiles de titularidad pública. Respecto a éstas, la STS 14. 7. 2014 (r. 200/ 13) aclara que “no es imprescindible que la mayoría del capital social de una mercantil corresponda a la Administración general del Estado para que se integre en el sector público, sino que también ello sucede cuando la sociedad está mayoritariamente participada por una entidad pública empresarial o por otra sociedad mercantil que (ella misma) ya esté incluida en el sector público”.

En algunos casos, sin embargo, la utilización de la técnica del grupo de empresas puede suscitar problemas. Esto es lo que sucedió en la STS 26. 3. 2014 con

el grupo TELE MADRID, que se configura como un conjunto integrado por un ente público y dos sociedades mercantiles públicas; un grupo mixto que, como actuaba en posición empresarial plural, tramitó un único despido colectivo. El problema pudo solucionarse en atención a que, finalmente, el ente público no se consideró como asimilado a una Administración pública, sino como entidad empresarial incluida en el régimen común de despido. Pero ¿qué hubiera ocurrido en el caso contrario con un despido sometido a dos regímenes jurídicos distintos?

Otro problema, cuando se trata de Administraciones públicas, es el relativo al órgano competente para acordar el despido. Es una cuestión que se ha suscitado en varias ocasiones en relación con los despidos en los ayuntamientos y que se ha resuelto en la STS 1. 7. 2014 (r. 1486/13) a favor de la competencia exclusiva del alcalde, dado que, de acuerdo con la normativa vigente (art. 21 LBRL), la decisión extintiva de aquél no requiere la ratificación del Pleno. No obstante, para los despidos económicos debe tenerse en cuenta el art. 22. 2.i) LBRL.

II. EL ÁMBITO DEL DESPIDO ECONÓMICO: EL CESE POR AMORTIZACIÓN DE LA PLAZA DE LOS INDEFINIDOS NO FIJOS Y DE LOS INTERINOS POR VACANTE

Un cambio se ha producido en esta materia a partir de la STS 24. 6. 2014 (r. 217/13). De acuerdo con la doctrina tradicional de la Sala, que resume y reitera la STS 22. 7. 2013 (r. 1380/ 12), tanto los contratos de interinidad por vacante, como los indefinidos no fijos son contratos sometidos a condición resolutoria consistente bien en la provisión de la vacante (STS 27.5. 2002,) o bien en su amortización (STS 27.2. 2012). Por ello, producida la amortización de la plaza, el contrato se extingue en virtud de lo dispuesto en el art. 49.1. b) ET, sin necesidad de que la Administración recurra a los procedimientos de los arts. 51 y 52 ET, aunque sin perjuicio de la correspondiente indemnización en línea con lo que luego dirá el ATJUE 11. 12. 2014 (c- 86/14).

Esta doctrina se rectifica, sin embargo, a partir de la STS 24.6. 2014 (r. 217/13), dictada en el caso del cese por amortización de determinados contratos de interinidad por vacante de la Universidad Politécnica de Madrid. El cambio se justifica con tres argumentos. En primer lugar, se señala que el art. 51.1. 5º ET excluye del cómputo de los umbrales la extinción de los contratos temporales del apartado c) del art. 49.1 ET, pero no la del apartado b). En segundo lugar, se menciona la disposición adicional 20ª ET - en la redacción de la Ley 3/2012- que, por dar prioridad de permanencia al personal fijo, evidencia que la misma se aplica también al personal indefinido no fijo y al interino por vacante. En tercer lugar, se sostiene que el contrato de interinidad por vacante - y también, al parecer, el indefinido no fijo - no es un contrato sometido a condición, sino a término indeterminado (*incertus quando*).

En sentencias posteriores se ha aplicado esta doctrina, si bien, se advierte alguna duda respecto a la fecha de efectos de la rectificación. Así mientras, según las SSTs 14 y 21 7. 2014 (r. 1807 y 2099/13) y 26.1.2015 (r. 3358/13) la nueva doctrina solo rige a partir de la fecha de vigencia de la disposición adicional 20ª en la redacción de Ley 3/2012, las SSTs 8.7. 2012 (2693/ 13), 29. 10.2014 (r. 1765/ 13) y 4.11. 2014 (r. 87/14) han cambiado de criterio, eliminando esa limitación temporal, al considerar que la incidencia de la nueva redacción de la disposición adicional 20 es un argumento secundario, pues lo decisivo es la naturaleza temporal del contrato, lo que determina que, si al producirse la amortización de la vacante, el término - la cobertura reglamentaria de la plaza - todavía no se ha cumplido estamos ante un despido que ha de regirse por los arts. 51 y 52 c) ET.

Es conveniente formular algunas observaciones sobre el cambio de doctrina, tal como este cambio se ha justificado en la STS 24.6. 2014 citada. En primer lugar, la referencia del art. 51. 1. 5º ET a la exclusión del cómputo de los extinciones en los contratos temporales - sin mencionar los contratos sometidos a condición resolutoria - no es concluyente, pues se trata de una regla que opera únicamente para el cálculo de los umbrales del despido colectivo y puede verse como una laguna a cubrir por la analogía, a la vista de lo que dispone el art. 1.2 a) de la Directiva 98/59. En cuanto al párrafo 3º de la disposición adicional 20ª ET, se limita a establecer una preferencia en el cese a favor de los trabajadores fijos que no necesita, para su efectividad práctica, ejercitarse frente a los trabajadores indefinidos no fijos o sobre los interinos por vacante, pues puede serlo frente a los trabajadores temporales para los que en el momento del despido no haya vencido el término de su contrato. Por último, es cuestionable que estemos ante contratos a término y no ante contratos sometidos a condición resolutoria, pues la provisión de la plaza por los procedimientos legales no es un elemento cierto en cuando a su producción futura y, desde luego, no depende exclusivamente de la voluntad de la Administración, sino de la ley y de las habilitaciones presupuestarias correspondientes. En el caso de los indefinidos no fijos la plaza formalmente podría incluso no existir, claro que entonces tampoco podría amortizarse.

III. LA APRECIACIÓN DE LA CAUSA: EL ALCANCE DE LA INSUFICIENCIA PRESUPUESTARIA Y LA ANULACIÓN DE LOS PÁRRAFOS 2º Y 3º DEL RPDC

El sistema dual lleva, como hemos anticipado, a que en el subsector de las Administraciones públicas se haya producido, aparte de la desaparición de las causas productivas, una definición específica económica que se concibe como “una situación de insuficiencia presupuestaria. La referencia legal, contenida en la disposición adicional 20ª ET, se construye sobre dos exigencias y una aclaración. Tiene que tratarse, en primer lugar, de una situación de insuficiencia presupuestaria so-

brevenida y esa insuficiencia deber ser también persistente. La norma aclara a continuación que se entenderá *en todo caso* que la insuficiencia “es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos”. La definición legal es muy insatisfactoria. En primer lugar, el término sobrevenida carece de una referencia segura, pues podría actuar tanto a partir de la aprobación del presupuesto, como a partir de la celebración de los contratos de trabajo. Por su parte, la referencia al carácter persistente de la insuficiencia presupuestaria cae en una peligrosa indeterminación: ¿se trata de persistencia dentro de la ejecución del mismo ejercicio presupuestario, como parece desprenderse de la referencia a los tres trimestres o, más bien, de ejercicios presupuestarios sucesivos “

Para tratar de superar esta interpretación, el art. 35.3 del RDPC estableció que se entenderá que existe insuficiencia presupuestaria cuando concorra alguna de estas circunstancias:

1ª) Que en el ejercicio anterior la Administración Pública en la que se integra el Departamento, órgano, ente, organismo o entidad hubiera presentado una situación de déficit presupuestario.

2ª) Que los créditos del Departamento o las transferencias, aportaciones patrimoniales al órgano, ente, organismo o entidad, o sus créditos, se hayan minorado en un 5 por ciento en el ejercicio corriente o en un 7 por ciento en los dos ejercicios anteriores.

La STS 23. 5. 2014 (r. 179/13) había abordado la interpretación de estas dos reglas aclarando, en primer lugar, que su aplicación ha de ser acumulativa en el sentido de que “no es suficiente que en un solo ejercicio la Administración de que se trate haya tenido déficit presupuestario”, sino que es preciso que “los créditos o transferencias de que gozara la entidad hubieran sufrido también una disminución porcentual en los límites recogidos en el precepto”⁸¹⁷. No basta, por tanto, el déficit general, sino que es precisa su proyección en el ámbito en el que se produce el despido. Por otra parte, se pone también de relieve que los porcentajes de minoración de créditos tampoco se corresponden de forma plena con el déficit presupuestario general, pues mientras que éste se refiere al ejercicio anterior, el porcentaje del 5% corresponde al “ejercicio corriente”.

En cualquier caso los problemas de encaje entre la norma legal y el precepto reglamentario han terminado con la anulación del segundo por la STS^{3a} 19.5. 2015 (r. 836/12). Considera la sentencia que las dos exigencias que incorpora la ley - ca-

⁸¹⁷ En cuanto a la aplicación del porcentaje de minoración del 7% del inciso final del apartado b) del nº 3 del art. 35, la sentencia mantiene que ha de ser exigido en cada uno de los dos ejercicios anteriores y no sumando los porcentajes correspondientes a éstos.

rácter sobrevenido y persistente de la insuficiencia - están ausentes de la regulación reglamentaria y añade que, en particular, queda fuera de la regulación reglamentaria el requisito de la persistencia, pues “el simple déficit presupuestario de la Administración Pública de referencia en el ejercicio anterior no implica forzosamente tal persistencia “, mientras que en lo que se refiere “a la minoración de créditos”, aun cuando pueda a veces ser indicio de insuficiencia presupuestaria, “no conduce ineluctablemente a ella”. Resalta también la sentencia que mientras que la ley toma en cuenta “un dato material o sustantivo” (la imposibilidad de financiar los servicios públicos encomendados), el reglamento opera sobre el dato puramente formal (el déficit o las minoraciones del crédito).

La anulación está exigiendo con urgencia una nueva regulación que sitúe sobre bases más realistas el juego de las causas económicas en los despidos económicos en el sector Administraciones públicas, porque lo decisivo no es el carácter sobrevenido o la persistencia de la insuficiencia presupuestaria, sino la existencia actual de esa insuficiencia y su proyección sobre las partidas que afectan al personal. La persistencia o no persistencia de esa situación de insuficiencia presupuestaria podrá proyectarse sobre la opción entre medidas extintivas o suspensivas, pero tendrá que serlo a partir de previsiones sobre su continuidad en el tiempo en función de los factores económicos concurrentes (coyuntura económica, situación de déficit, endeudamiento público, política de estabilidad presupuestaria, etc.). Hay causa económica en una Administración pública cuando ésta se ve obligada a reducir los gastos - en concreto, los gastos de personal - como consecuencia de una disminución previsiblemente estable de los recursos. Ello puede deberse a la coyuntura económica - disminución de la recaudación como consecuencia de la caída de la actividad económica - o a decisiones de política económica que tienen sus repercusiones presupuestarias, como ocurre en el caso de las medidas de estabilidad (popularmente conocidas como “recortes”). Hay aquí una dificultad de calificación, porque en el marco de las decisiones de política económica en esta materia es difícil distinguir, como veremos en el apartado siguiente, entre la causa económica en sentido estricto, el *factum principis* y la extinción de la entidad pública empleadora. A ello nos referiremos en el apartado siguiente. Pero habría que dejar claro ya que: 1º) la insuficiencia presupuestaria es tanto la que sobreviene durante el curso de un ejercicio presupuestario cuando los créditos no alcanzan cubrir los gastos, como la que surge en el marco de un nuevo presupuesto que por diversas razones - desde la evolución de la coyuntura económica hasta las medidas de estabilidad presupuestaria - se ve obligada a reducir los gastos de personal⁸¹⁸ y 2º) la referencia a los tres trimestres, como clave de la persistencia, opera, como en el art. 51. 1.2º ET, como una cláusula de automaticidad que no excluye que esa persis-

⁸¹⁸ En realidad, “sobrevenir” es, según el Diccionario de la lengua, acaecer un cosa después de otra, con lo que el nuevo acaecimiento puede producirse dentro del mismo ejercicio presupuestario o al pasar de un ejercicio a otro.

tencia pueda apreciarse en otros casos, siempre que no se trate de problemas pasajeros de tesorería.

IV. LA INCIDENCIA DEL *FACTUM PRINCIPIS*, LA MUERTE ANUNCIADA Y LAS SUCESIONES ADMINISTRATIVAS

Es relativamente frecuente que los problemas de financiación y las exigencias de reducción del gasto hayan llevado durante la crisis actual a la supresión de determinadas entidades públicas con las consiguientes medidas extintivas de los contratos de trabajo de su personal. El encaje de estas medidas en las causas que regula el art. 49 ET plantea, sin embargo, problemas importantes, como puede verse en algunos casos recientes.

El primero de ellos es el de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid. El despido del personal de este organismo se tramitó y se decidió entre noviembre y diciembre de 2012, teniendo en cuenta la extinción de la Agencia y el cese de los trabajadores a su servicio que preveía el proyecto de ley de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid, que luego se aprobó por la Ley 8/2012, de medidas fiscales y administrativas de esa Comunidad. La Ley entró en vigor el 1 de enero de 2013 y para esa misma fecha se estableció que tendría efectos el despido. La STS 26.6.2014 (r. 219/13) confirmó la nulidad de este despido declarada en la instancia a partir de un razonamiento complejo que se centraba en varios puntos: 1º) cuando se tramita y se produce el despido todavía no se había producido la extinción de la entidad; 2º) no se especifican las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas - que justifican el despido, causas que no pueden sustituirse “por la mera invocación de la mala situación de la economía en general” y “la necesidad de reducción del gasto público”; 3º) no se ha facilitado en el periodo de consultas la documentación prevista en los arts. 51.2 del ET; 4º) no se han acreditado las causas, pues el ahorro para la Comunidad de Madrid no es causa objetiva que pueda considerarse, 5º) hay, por último, un fraude, pues con el despido se ha tratado de impedir que el personal de APDCM pase a incorporarse “al órgano administrativo que asumiese las competencias y la actividad” del extinguido.

En relación con este razonamiento, pueden formularse algunas observaciones. En primer lugar, se despide con efectos de 1.1. 2013 por una causa que está en curso de producirse - la extinción del organismo- y con carácter condicional a que el hecho se produzca. Se trata de una conducta no solo lícita, sino que puede ser la más adecuada a la situación. No se olvide además que, como he explicado en otro lugar, el despido colectivo no es un despido actual, sino la expresión de la voluntad de despedir en el futuro. El despido colectivo solo se actualiza cuando esa voluntad se ejecuta en los despidos individuales. En segundo lugar, la causa en que se funda

el despido había sido invocada en el periodo de consultas, pues se alegó, como tal, la extinción del organismo para el que se prestan servicios como consecuencia de una disposición con rango de ley. Esta causa, aparte de su eventual justificación en atención a objetivos de estabilidad presupuestaria, tiene encaje, como veremos, en los arts. 49. 1 g) y h) y 51.7 del ET. Pero, aunque no fuera así, la causa - sea procedente o improcedente - se había expuesto en la comunicación inicial y en la memoria, como consta en los hechos probados. En tercer lugar, de esos hechos se desprende también que se ha aportado la documentación exigida, ya que, tratándose de un organismo público (art. 14 de la Ley - CAM - 8/2001), esa documentación no puede ser la del art. 4 del RPDC, sino la del art. 39 de esa disposición. En cuarto lugar, la causa económica - de ser necesaria, que no lo es, como se verá - no puede ser la del art. 51.1.2º ET, sino la de la disposición adicional 20ª 2º y, en principio, parece una insuficiencia presupuestaria bastante clara, ya que la consignación del organismo ha desaparecido por completo en la correspondiente ley de presupuestos.

Es necesario destacar que el despido no se fundaba en una causa económica común, aunque indirectamente fuera económico el origen de la medida; una medida que se insertaba en la línea de las exigencias de estabilidad presupuestaria y reducción del gasto en la Comunidad de Madrid. No se trataba, por tanto, de la causa del apartado i) del art. 49.1 ET (causa económica), sino de las causas g) (extinción de la personalidad jurídica contratante) y h) (fuerza mayor) del mismo precepto, operando esta última en la modalidad de *factum principis*, es decir, como acto de la autoridad (Alonso Olea, de la Villa), que produce, a su vez, otra causa (la extinción de la personalidad), que pone término a la relación laboral, si bien siguiendo *los trámites* del art. 51. En estos casos el órgano judicial no puede controlar el acto de autoridad para verificar si el mismo está justificado económicamente, porque, como hemos visto, se trata de un acto con fuerza de ley, aunque sea una ley autonómica. La única manera de sustraerse a un *factum principis* de rango legal consiste en cuestionar su constitucionalidad por el cauce adecuado. Había otra salida: la sucesión empresarial, que ya había aparecido en una sentencia anterior (la STS 21. 5. 2014, sobre la Agencia Valenciana de Movilidad, que ahora no podemos examinar). Pero ¿era apreciable en el caso de la APDCM una sucesión del art. 44 ET ? Parece que no, porque la ley había roto “la identidad económica” del establecimiento desde el momento en que mientras la actividad desarrollada por la APDCM pasa a serlo por la Agencia Estatal de Protección de Datos, el patrimonio del organismo se transfiere a la Comunidad de Madrid.

La sentencia ve en este proceso un fraude de ley que le lleva a sostener la nulidad del despido, siguiendo la línea de las sentencias sobre los consorcios andaluces de empleo UTELDT (SSTS 7. 2. 2014, r. 142/13 y posteriores). Es muy dudoso que haya fraude y que esa doctrina sea aplicable al caso de la Agencia, porque aquí, como hemos visto, se produce una escisión efectiva entre patrimonio y actividad. Pero, aunque fuera así, ¿es posible que la ley cometa un fraude de ley?

Y si lo comete ¿pueden los jueces eludir una norma legal por considerarla fraudulenta? La única posibilidad sería recurrir al principio de competencia, porque una ley autonómica no puede excluir una ley estatal. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, aunque la disposición adicional 5ª de la Ley 8/2012 establecía la extinción de los contratos del personal laboral - lo que no podría hacer en caso de sucesión sin entrar en conflicto con el art. 44 ET -, no parece, por lo dicho, que en este caso se haya vulnerado ese artículo, aparte de que los contratos no se dieron por extinguidos *ex lege*, sino que se instó su extinción, amparándose en una causa legal. Por último, si el sucesor de la actividad era la Agencia Española de Protección de Datos, que no había sido demandada, ¿por qué se condena - como dice bien el voto particular - a la Comunidad de Madrid?. Estamos probablemente ante una cadena de confusiones que sin duda se deriva y crece a partir de un error inicial: la extinción de la personalidad se ve desde el art. 49.1. i) ET cuando debió verse desde el apartado h) de este número en relación con el 51. 7 ET. Claro que, incluso vista desde donde se vio, la extinción era procedente.

El problema de la sucesión vuelve a surgir en el caso de la Fundación Laín Entralgo de la Comunidad de Madrid que resuelve la STS 23. 9. 2014 (r. 231/13). Quizá esta reiteración nos indica que las extinciones por supresión legal de organismos son el modelo del ajuste de plantillas en el marco de la política de estabilidad presupuestaria y que la falta de acierto en la instrumentación de esos ajustes está poniendo en riesgo esa política, lo que no deja de ser grave. El supuesto es el mismo que el de APDCM, pero con una diferencia relevante: aquí sí había sucesión, porque la fundación pública se suprime por ley y tanto sus recursos como sus funciones pasan a la Administración autonómica; además los contratos no se dan por extinguidos, sino que de forma más correcta se ordena su extinción (“se extinguirán”). Pues bien, la sentencia nos dice que resulta aplicable el art. 44 ET, porque hay sucesión en el patrimonio y en la actividad. Nos dice también algo más, que muestra una discrepancia con la sentencia de la APDCM: “el despido colectivo enjuiciado no se pone en marcha para burlar una subrogación querida por el legislador, sino precisamente para que opere en los términos impuestos por la norma”. Y añade con acierto: “no deducimos la existencia de fraude en el comportamiento de la Agencia, del mismo modo que *tampoco resulta imaginable achacar el fraude al propio legislador autonómico* que diseña la estructura de sus órganos ejerciendo las facultades constitucionales de autogobierno respecto de la propia estructura de la Administración y órganos de ella dependientes”.

Completamente correcto. Pero observemos más de cerca el despliegue temporal de estos despidos prospectivos, que tanto inquietaban a la sentencia de la Agencia de Protección de Datos: el despido se comienza a tramitar por un organismo que tiene ya su *muerte anunciada* en el correspondiente proyecto de ley (causa futura que no actual); se decide mediante la correspondiente declaración extintiva adoptada también antes de que la causa se actualice, si bien el efecto extintivo se pos-

pone al futuro (a la fecha en que entra en vigor la norma que acuerde la extinción de la entidad hasta entonces empleadora) y es condicional (se despide solo para el caso de que efectivamente se elimine el organismo empleador). ¿Son correctos estos despidos colectivos? La respuesta, que ya hemos adelantado, debe tener en cuenta dos datos fundamentales: 1º) que el despido colectivo no es un despido actual, sino la manifestación de una voluntad futura de despedir, 2º) que cuando la causa de despido sea actual con la extinción de la entidad empresarial, ésta ya no podrá despedir.

En realidad, si había subrogación, lo lógico es que el empresario saliente - la Fundación - no hubiera despedido, sino que el despido se acordara por quien de modo perfectamente previsible iba a sucederle (la Administración autonómica). La solución de la sentencia va por otro camino: “hay subrogación, pero posterior al despido” y “las causas económicas que se invocan son preexistentes, por lo que su concurrencia, en los términos legalmente exigibles, justificaría la extinción de los contratos operada y la subrogación operaría exclusivamente en los términos previstos en la propia norma de extinción de la Agencia”. Bien, pero si hay despido anterior no habría subrogación, pues los contratos ya están extinguidos. Lo que sucede es que, sin duda siguiendo el propio planteamiento de la entidad demandada, el despido no se enjuicia desde la extinción de la personalidad jurídica y del *factum principis*, sino como “causas económicas preexistentes y no relacionadas con el cambio de empleador” y, a partir de ahí, se pasa a valorar esas causas en el marco de la gestión del organismo extinguido para llegar a la conclusión de que su situación económica no es suficiente para una extinción “masiva”. Así, de acuerdo con la doctrina dominante a partir de la sentencia de Tele Madrid, se llega a la declaración de la improcedencia de todo el despido, sin entrar a determinar cuál sería el número inferior de despidos procedentes con el argumento de que el órgano judicial “carece del poder arbitral que podría haber autorizado o impuesto un número concorde de extinciones”; argumento que he cuestionado en otro lugar (“Los problemas procesales del despido colectivo”, NREDT, nº 169/2014), pues el principio de congruencia exige precisar el número de despidos procedentes cuando la parte demanda ha defendido la procedencia de todos y el órgano judicial estima que solo lo son algunos.

La respuesta será distinta en el caso de la STS 3.12. 2014 (r. 201/13), una sentencia que se aproxima a la solución correcta. Se trata del Servicio Valenciano de Empleo, una fundación pública, que se financiaba casi exclusivamente con subvenciones de la Generalidad valenciana. La fundación se extingue por acuerdo de su Patronato el 26 de septiembre de 2012, como consecuencia de otro acuerdo del Gobierno de la Comunidad sobre reestructuración del sector público en aplicación de las medidas de estabilidad presupuestaria previstas en la Ley Orgánica 2/2012 y la consiguiente desaparición de las subvenciones en la ley de presupuestos valenciana para el año 2013. El 30 de noviembre de 2012 se inicia el periodo de con-

sultas y el 19 de diciembre se produce el despido colectivo. Para la sentencia la causa económica que justifica el cese está suficientemente acreditada con la desaparición del que es en la práctica el único de recurso de la Fundación.

Pero más allá de esta decisión y quizá, dentro de lo que el voto particular que acompaña a la sentencia presenta como un largo *obiter dictum*, ésta se extiende sobre lo que podríamos denominar como encadenamiento de las causas: la situación económica (restricciones presupuestarias, causa económica) lleva a la extinción de un organismo (causa del art. 49.1 g) ET), que es acordada por acto de autoridad (causa del art. 49.1 h) ET). La sentencia ve esta conexión exclusivamente desde el plano de la relación entre extinción de la personalidad del ente empleador y la causa económica, sin duda porque en su caso el *factum principis* resulta más borroso y considera que la causa primera es la extinción y la económica es solo la causa subordinada. No es exactamente así, pues es la causa económica (pasando en su caso por el *factum principis*) la que lleva a la decisión extintiva. La resolución comentada hace una afirmación importante, de la que discrepará también *obiter dictum* el voto particular, “si se proclama por Ley que la extinción de la personalidad jurídica es causa extintiva del contrato de trabajo de sus empleados (...), una elemental lógica impone que para validar tal extinción no pueda ser exigible –salvo supuestos abusivos o fraudulentos –” la existencia de otra causa ajena., pues “el despido de los trabajadores no puede verse necesitado –por regla general– de causa suplementaria alguna, y bastará para la validez de tal despido ... la desaparición de la personalidad jurídica”. De ahí que la remisión que el art. 49.1 g) ET realiza al art. 51 sea solo a efectos procedimentales y de comprobación, en especial respecto a la posible concurrencia de fraude, fraude que la sentencia identifica con las decisiones extintivas que “obedecen a intereses que no deben gozar de la misma protección normativa”, como, por ejemplo, la “la disolución de la sociedad acordada... sin que mediase más motivación que la exclusiva voluntad societaria”.

Se deja así apuntado un tema de gran interés: un contrato de trabajo “zombi”, sin empresario y sin sucesión, cuando el cese por extinción de la personalidad jurídica se declare nulo o improcedente. El contrato tendrá forzosamente que extinguirse - por la vía del art. 281 o por la del art. 286 LRJS - y las indemnizaciones entrarán en la liquidación.

Con todo, hay que concluir que en ninguno de los casos examinados se ha podido decidir sobre el tipo ideal de despido colectivo en el marco de la política de estabilidad presupuestaria: la supresión de un organismo, como consecuencia de una decisión legislativa que se adopta por razones de reducción del gasto público y que los órganos judiciales no pueden controlar.

El esquema de esa decisión es el que se desprende de lo que ya ha venido indicándose: 1º) las exigencias de estabilidad presupuestaria determinan la aprobación

de una norma con rango de ley que dispone la supresión de un organismo; 2º) el organismo extinguido en periodo de liquidación u otro ente público habilitado al efecto tramita el despido colectivo por extinción de la personalidad del empleador como consecuencia de fuerza mayor; 3º) el despido se somete a autorización conforme a lo dispuesto en el art. 51. 7 ET y en el Título II del RPDC, que tiene aplicación preferente al procedimiento del capítulo IV del Título I y al del Título III del citado reglamento; 4º) la autorización correspondiente puede impugnarse por el procedimiento del art. 151 LRJS y la decisión extintiva por el del art. 124 de la misma ley.

El punto débil de este esquema está en la posible existencia de sucesión. Si la hay, habremos salido de este esquema de la mano del art. 49.1.g) ET. Recordemos, sin embargo, que la Directiva 2001/23, sobre garantías en los traspasos de empresas, excluye de su ámbito las reorganizaciones administrativas, aunque, desde luego, nuestro art. 44 ET es más garantista quizá porque está pensado para las empresas privadas. Ante esta situación cabe preguntarse si no ha llegado el momento de abordar una nueva regulación para las medidas de reorganización de entidades públicas que persigan una finalidad de reducción del gasto dentro de los programas de estabilidad presupuestaria.

V. UN APUNTE SOBRE ALGUNOS PROBLEMAS DEL PERIODO DE CONSULTAS: NEGOCIACIÓN DE BUENA FE Y CRITERIOS DE SELECCIÓN

Antes de cerrar esta exposición hay que dejar constancia, sin ánimo de exhaustividad, de otros problemas de interés que han ido apareciendo en algunas sentencias recientes. Me referiré a la exigencia de buena fe en la negociación y a los criterios de selección.

Sobre la primera hay alguna confusión. Se trata de una obligación de alcance difuso en la que es arriesgado fundar declaraciones de nulidad. No podemos aquí examinarla con profundidad, pero sí cabe formular algunas observaciones. En primer lugar, la indicación siempre repetida, pero no siempre observada, de que la obligación de negociar no debe confundirse con la obligación de llegar a un acuerdo, ni tampoco con la de “moverse” para llegar a ese acuerdo. Basta con dar razones de la posición que se mantiene y de por qué no se aceptan las propuestas contrarias. La buena fe exige también ajustarse a un estándar ético: proporcionar una información correcta, evitar coacciones o recurrir a la violencia y mantener una posición consecuente, aunque no hay que olvidar que estamos ante una negociación básicamente competitiva, en la que legalmente no está excluido el recurso a los medios de presión legales (la huelga, por ejemplo). No debe olvidarse además que se negocia sobre una base legal que determina las causas del despido proce-

dente y las reparaciones. ¿Hasta qué punto se puede obligar a una parte a ir más allá y anular el despido por el hecho de que no ha concedido algo más de lo que marca la ley? ¿En todo caso no habría que valorar primero si la posición “inamovible” era razonable o no? Y, respecto a las Administraciones públicas, no olvidemos que están sometidas al principio de legalidad y que tienen limitaciones presupuestarias, por lo que están excluidas de negociar en el periodo de consultas por el art. 1.2. b) de la Directiva 98/59.

Las soluciones que nos ofrecen las sentencias examinadas no son siempre coincidentes. Me limitaré a citar algunas decisiones, cuya lectura puede ilustrar sobre la apertura del abanico. Por una parte, la ya citada STS 21. 5. 2014, sobre la Agencia Valenciana de Movilidad, apunta un nivel de exigencia bastante amplio, mientras que la STS 18.2. 2014 (r. 59/13, Ayuntamiento de Oliva) y la de la Fundación Laín Entralgo quizá puedan servir de contrapunto.

Los criterios de selección también han sido problemáticos. Recordemos que la selección, aunque sea negociable, es competencia del empleador y sus facultades solo están limitadas por el principio de igualdad, el respeto a los derechos fundamentales y las preferencias legales. Recordemos también que el control de la aplicación de estas preferencias ha de instrumentarse en las impugnaciones individuales de los despidos (art. 124. 2.2º LRJS). En la misma línea, la STS 25. 6. 2014 (r. 198/13, caso Ayuntamiento de Jerez) nos recuerda que mientras la dimensión colectiva de los criterios de selección es controlable en el proceso de impugnación del art. 124, no lo son las desviaciones que se hayan podido producir a la hora de aplicar los criterios generales en los despidos concretos. Sobre el alcance del principio de igualdad a la hora de dar preferencia en el mantenimiento del empleo a los fijos de plantilla sobre los indefinidos no fijos, puede consultarse la STS 23. 5. 2014 (r. 179/13), sobre el despido en la Diputación de Orense, y en la misma línea sobre la preferencia en el cese de los temporales, la STS 23.9. 2014, del caso Fundación Laín Entralgo o la STS 15. 4. 2014 (r. 188/13), sobre la afectación por la terminación de un plan extraordinario.

Fuera del marco de la selección en sentido estricto, tiene interés el examen de la influencia sobre el despido de los compromisos de funcionarización (STS 16. 4. 2014, r. 57/13, Ayuntamiento de Galdar) o de mantenimiento del empleo (STS 22. 9. 2014, r. 305/13, Paradores de Turismo).

8. LAS MEDIDAS FORMATIVAS DE FOMENTO DEL EMPLEO

8.1. LA FORMACIÓN PROFESIONAL COMO DERECHO DEL TRABAJADOR SUBORDINADO AL FOMENTO DE LA EMPLEABILIDAD

M^a TERESA DÍAZ AZNARTE

*Profesora Titular Universidad (Acreditada como Catedrática)
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El término empleabilidad se ha instalado sin demasiada resistencia en el lenguaje técnico-jurídico, especialmente en el vinculado a la disciplina iuslaboralista. En realidad, se trata de una palabra de origen anglosajón “employability”, resultado de la yuxtaposición de “employ” y “hability”⁸¹⁹ que alude a la capacidad de obtener y mantener un empleo satisfactorio⁸²⁰. Paradójicamente, hemos efectuado una traducción literal al castellano que no ha ido acompañada del reconocimiento por parte de la R.A.E. (un proceso paralelo al acontecido con la “flexiseguridad”).

Los vínculos indisolubles entre formación profesional y oportunidades de empleo, vienen siendo puesto de manifiesto desde hace décadas⁸²¹. La Recomendación núm. 117 de la OIT, de 27 de junio de 1962, indicaba que la formación “es un medio para desarrollar las aptitudes profesionales de una persona, teniendo en cuenta las posibilidades de empleo (...)”. La Conferencia Internacional del Trabajo de 2000, insiste en esta idea, reconociendo que la formación “no resuelve por sí misma el problema del empleo, pero contribuye a mejorar la empleabilidad de

⁸¹⁹ CAMPOS RÍOS, G.: “Implicaciones económicas del concepto de empleabilidad”, Revista de la Facultad de Economía- BUAP, núm. 23, 2003, pág. 107.

⁸²⁰ “De forma más amplia, la empleabilidad es la capacidad de desenvolverse con autosuficiencia en el mercado de trabajo para desarrollar el potencial en un empleo sostenible. Para el individuo, la empleabilidad depende del conocimiento, las habilidades y actitudes que posee, la forma como maneja esos activos y los muestra a los empleadores y al contexto (por ejemplo, circunstancias personales y medio ambiente del mercado de trabajo) en el cual buscan un empleo”. HILLAGE, J. Y POLLARD, E. *Employability: Developing a framework for policy analysis. Research Brief*, 85, 1998, pág. 2.

⁸²¹ Vid. POQUET CATALÀ, R. “El derecho a la formación profesional del trabajador”, RAS, núm. 8, 2013, pág. 239 y ss.

las personas”. En el contexto de la Unión Europea, el aprendizaje permanente emerge como un pilar fundamental de la estrategia de empleo en una economía basada en el conocimiento, al tiempo que se insiste en la premisa de que resulta imprescindible adaptar los sistemas de educación y de formación a las nuevas necesidades en materia de competencias.

La grave y persistente situación de crisis económica que venimos padeciendo, ha provocado que las referencias al fomento de la empleabilidad de los trabajadores proliferen tanto en distintos documentos y textos normativos comunitarios⁸²² como en múltiples textos normativos internos. Sin embargo, las alusiones directas a este concepto, no constituyen en absoluto una opción neutra por parte del legislador. En la actualidad, la atribución de responsabilidades en relación a los problemas esenciales que afligen al mercado de trabajo –fundamentalmente la elevada tasa de desempleo– se ha desplazado en primer término hacia los trabajadores, aunque también se efectúan duros reproches al sistema educativo, en sus diferentes niveles y a los servicios públicos responsables de la formación profesional para el empleo. En otras palabras, el trabajador debe realizar todas aquellas actividades que propicien su incorporación al mercado de trabajo y la permanencia en el mismo, todo ello aderezado con crecientes dosis de flexibilidad que permitan hacer frente a las exigencias cambiantes del sistema productivo. Siguiendo esta lógica, corresponde al sistema educativo en sus diferentes niveles formar a los futuros trabajadores en la adquisición de habilidades –competencias⁸²³– que los conviertan en fácilmente “empleables” y suficientemente dúctiles para conservar el puesto de trabajo⁸²⁴. Y otro tanto cabe decir del papel que se atribuye a los Servicios Públicos de Empleo en lo que respecta a su ámbito competencial, lo cual propició la reforma acometida a través del RD 395/2007 de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo⁸²⁵, que desarrollaremos más adelante. Las deficiencias del modelo productivo, las disfunciones del sistema

⁸²² Vid. Reglamento 337/75, de 10 de febrero de 1975, modificado por el Reglamento 1655/2003, de 18 de junio de 2003; Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre de 2005 y el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

⁸²³ En junio de 2005, el Consejo Europeo manifestó la necesidad de relanzar la Estrategia de Lisboa, aprobando las Directrices Integradas para el Crecimiento y el Empleo 2005-2008. Una de las mencionadas directrices, aludía a la “adaptación de los sistemas de educación y de formación a las nuevas necesidades en materia de competencias, como un desafío a abordar en un marco integrado y coherente entre las políticas macroeconómicas, microeconómicas y de empleo”.

⁸²⁴ Como han señalado algunos autores, “la empleabilidad ha llegado a establecerse como uno de los pilares del nuevo paradigma educativo derivado del Espacio Europeo de Educación Superior”. GARCÍA MANJÓN, J.V. y PÉREZ LÓPEZ, M.C. “Espacio Europeo de Educación Superior: competencias profesionales y empleabilidad”, *Revista Iberoamericana de Educación*, núm. 9, 2008, pág. 4.

⁸²⁵ Esta disposición normativa recogió el contenido del Acuerdo de Formación Profesional para el Empleo de 7 de febrero de 2006, firmado por el Gobierno y los interlocutores sociales.

económico y las carencias del tejido empresarial, han logrado escapar prácticamente indemnes del ácido debate al que venimos asistiendo en los últimos años. Indudablemente, esta percepción de la problemática que aqueja al mercado de trabajo ha proyectado una notable influencia en las medidas que se han implementado para combatir el desempleo. Tal vez, afrontar la cuestión desde la óptica de la corresponsabilidad de todos los implicados hubiese ayudado a alterar significativamente el hilo argumental del discurso. Claro está que la orientación político-jurídica de las sucesivas reformas operadas en la normativa laboral hubiese sido diferente si se acogía esta tesis.

La pregunta que debemos formularnos a continuación es obvia ¿cómo se ha visto afectado el derecho del trabajador a la formación profesional por este proceso?

Para dar respuesta a este interrogante, nos detendremos en dos facetas de esta institución: en primer lugar, la configuración legal del derecho básico del trabajador a la formación profesional contenida en el ET; en segundo término, hemos de aludir al sistema de formación para el empleo a la luz de las últimas reformas legislativas.

II. LA PROMOCIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL COMO DERECHO BÁSICO DEL TRABAJADOR

La relevancia de la formación desde la perspectiva constitucional, queda puesta de manifiesto a la vista de lo preceptuado en los arts. 35.1 CE (derecho a la promoción a través del trabajo) y 40.2 (deber de los poderes públicos de fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesionales).

Por su parte, el legislador ordinario ha abrazado el término empleabilidad sin resistencia, incluyéndolo de manera expresa en numerosas disposiciones normativas vinculadas a nuestro objeto de estudio. Una de las más notables manifestaciones de este hecho, la encontramos en el art. 4.2 b) ET, que tras la reforma operada por la Ley 35/2010 de 17 de septiembre primero y después a través del RD 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, reconoce como derecho básico del trabajador “la promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad”⁸²⁶.

⁸²⁶ Concretamente, la Ley 35/2010, añadió la referencia “al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad”, siendo posteriormente el RD 3/2012 de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, el que amplió el tenor literal del precepto incorporando la mención a la “adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo”.

Esta previsión legal se completa por lo dispuesto en el art. 23 ET que, bajo la rúbrica *Promoción y formación profesional en el trabajo*⁸²⁷, reconoce al trabajador una serie de derechos vinculados a fines formativos: disfrute de permisos específicos, adaptación de la jornada, preferencia en la elección de turnos de trabajo y posibilidad de readaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. Este precepto reenvía a la negociación colectiva la regulación de los términos de disfrute de estos derechos. Finalmente, la norma reconoce a los trabajadores con al menos un año de antigüedad en la empresa, el derecho a un permiso retribuido de veinte horas anuales de formación profesional para el empleo, vinculada a la actividad de la organización productiva.

Observamos como la reforma laboral acometida en el trienio 2010/2011/2012, ha incidido en la configuración legal del derecho a la formación profesional del trabajador, introduciendo cambios significativos en la redacción de los preceptos reguladores de esta institución, en cuyo contenido se ha abierto un espacio al término empleabilidad en el sentido que hemos venido apuntando. E igualmente significativo resulta el hecho de que en el contexto de este proceso reformista, el legislador haya eliminado las referencias a la formación y promoción profesional contenidas en los arts. 39 y 50.1 a) ET. La orientación político-jurídica de la reforma y la ausencia de neutralidad del concepto de empleabilidad por el que ha apostado el legislador, quedan al descubierto: desde la entrada en vigor del RDL 3/2012, el derecho a la formación y promoción profesional ha dejado de constituir un límite para la movilidad funcional al tiempo que ya no se configura como una causa legítima para instar la rescisión del contrato de trabajo en el contexto de la dimisión provocada del trabajador fundada en la extralimitación del poder de dirección empresarial en el supuesto de modificaciones sustanciales de trabajo. Tanto en un caso como en el otro, el límite para adoptar estas medidas se sitúa en el respeto al derecho a la dignidad del trabajador algo que, como resulta evidente, no añade demasiado a los preceptos mencionados al tratarse de un derecho fundamental de la persona consagrado en el art. 10 CE. Así, podría decirse que incluso más relevante que la nueva redacción de los preceptos reguladores del derecho del trabajador a la formación profesional, resulta el hecho de que haya desaparecido la mención expresa al mismo del régimen jurídico de figuras tan relevantes como la movilidad funcional y la dimisión provocada. Resulta evidente que el concepto de empleabilidad que el legislador ha asumido, se inclina de manera palmaria por el interés de la empresa, cercenando al trabajador el derecho a ofrecer un *ius resistendae* legítimo cuando se menoscabe su derecho a la formación profesional el cual, continua configurándose, al menos formalmente, como un derecho básico.

⁸²⁷ Este precepto debe su redacción actual al artículo 2.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Retomando el contenido del art. 23 ET, vamos a efectuar una serie de consideraciones en relación a los derechos específicos que contiene:

a) El derecho al disfrute de permisos necesarios para concurrir a exámenes. La indeterminación de la previsión normativa plantea importantes incógnitas.

En primer lugar, cabe preguntarse a qué tipo de exámenes se refiere la norma. La doctrina, apoyándose en diversos pronunciamientos judiciales⁸²⁸ entiende que no es necesario que estas pruebas tengan la finalidad de obtener un título académico oficial o profesional. De hecho, desde el orden jurisdiccional social se insiste la interpretación extensiva y flexible que permite el art. 23 ET, aceptando que el trabajador se ausente de su puesto de trabajo para realizar exámenes vinculados a procesos formativos ajenos a su esfera profesional (STSJ Aragón, de 16 de junio de 1993, AS. 1993,2909; STSJ Andalucía/Málaga de 26 de noviembre de 1999, AS 1999,4757; SJS Madrid de 13 de febrero de 2003, PROV. 2003, 68678).

En segundo lugar, hay que hacer notar que intencionadamente el precepto no concreta si se trata de un permiso retribuido. Respecto a esta segunda cuestión, la doctrina se encuentra dividida, ya que algunos autores, cuyas tesis suscribimos, defienden que el hecho de que este permiso se diferencie de los contenidos en el art. 37 ET, implica que se trata de un supuesto diferente y por tanto no procedería la remuneración⁸²⁹. Tal posicionamiento encuentra sustento no solo en la distinción entre lo dispuesto en los art. 23.1 (letras a, b y c) y 37 ET, sino también en base a lo establecido en el propio art. 23.1 d) y 23.3 ET, que alude respectivamente a la formación necesaria para adaptarse a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo y a una modalidad concreta de permiso formativo. En ambos casos, el legislador reconoce su carácter retribuido, como analizaremos posteriormente. El legislador ha tomado una decisión en relación a esta materia y determina que los permisos o licencias contenidos en el art. 23.1 a), b) y c) ET no van a tener, *ex lege*, carácter retribuido. Cosa distinta es que la negociación colectiva entre a regular esta cuestión y el convenio colectivo aplicable establezca lo contrario. Incluso se ha afirmado que cuando el convenio colectivo que resulte de aplicación al caso concreto guarda silencio, cabría defender el carácter no retribuido de esta licencia,

⁸²⁸ En este sentido, POQUET CATALÁ, R., Op.cit. pág. 241 (STSJ Castilla y León., de 23 de febrero de 2006, rec. núm. 1120/2005). Así, se afirma que podría tratarse tanto de exámenes finales como pruebas definitivas de aptitud y evaluación, comprendido el examen para la obtención del permiso de conducir o la obtención de un certificado de idiomas.

⁸²⁹ Así lo entiende buena parte de la doctrina: MARTÍN PUEBLA, E. *Formación profesional y contrato de trabajo. Un estudio sobre la adquisición de cualificación profesional a cargo de la empresa*, Madrid, La Ley, 1998, pág. 204; GARCÍA MURCIA, J. "Artículo 22. Promoción y formación profesional en el trabajo", en VV.AA. (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.) *Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, EDESA, Tomo V, 1985, pág. 246; CAMPS RUIZ, L.M. "Promoción profesional en la empresa", *AL*, Tomo I, 1994, pág. 105.

si bien se podría recurrir a la figura de los permisos por asuntos propios para aplicar analógicamente su régimen jurídico (STSJ Valencia de 7 de julio de 1998, AS. 1998/6489). Existen no obstante autores que consideran que el art. 23 ET debe interpretarse a la luz del Convenio núm. 140 OIT (1974) sobre la licencia pagada de estudios, en virtud del cual, este permiso será concedido a los trabajadores “con fines educativos, por un período determinado, durante las horas de trabajo y con pago de prestaciones económicas adecuadas”⁸³⁰.

Tampoco ha especificado el legislador cuales son las consecuencias de la negativa del empresario a conceder este permiso. Partiendo de la premisa de que el trabajador debe preavisar a la empresa con un plazo razonable de su intención de hacer uso de este derecho, cumplido este requisito básico, cabría preguntarse cuales serían las consecuencias de la negativa empresarial a concederlo. El Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en la STS de 19 de diciembre de 1989 (RJ 1989,9050), en la que declaró improcedente el despido de un trabajador que se había ausentado para la realización de un examen, ya que la empresa había denegado el disfrute del permiso de manera injustificada⁸³¹. Actualmente, el art. 12.3 RD 395/2007, de manera expresa exige que la denegación por parte de la empresa de permisos vinculados a la formación, ha de estar motivada “por razones organizativas o de producción, comunicándolo al trabajador”.

b) El derecho del trabajador a gozar de preferencia a la hora de elegir turno de trabajo, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando cursa con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional (art. 23 b) ET). En relación a este derecho, se han planteado dudas legítimas en torno al alcance de este derecho preferente en aquellos casos en los que los turnos sean rotatorios. Si bien en un momento inicial, desde el orden jurisdiccional social se defendía que el trabajador no podía solicitar, en base al art. 23 ET, la asignación a un turno fijo, la STS de 25 de octubre de 2002 (RJ 2002,10211) ha supuesto un punto de inflexión en lo referente a esta materia, ya que el Tribunal Supremo afirma que conforme a los arts. 27.1, 35.1 y 40 CE y 4.2 b) y 23.1 a) ET, el derecho de los trabajadores a la promoción profesional prevalece sobre esta circunstancia, de manera que el hecho de que en la empresa el sistema de trabajo se organice en turnos rotatorios, no justifica la negativa empresarial a asignar al trabajador a un turno permanente por motivo de estudios⁸³².

⁸³⁰ POQUET CATALÁ, Op.cit, pág. 241. Subraya la autora con acierto que el carácter retribuido o no del permiso actúa como incentivador o, por el contrario, elemento disuasorio de cara a su solicitud.

⁸³¹ La STSJ de Castilla-La Mancha, de 20 de marzo de 2007 (Rec. núm. 26/2006), insiste en la necesidad de motivar la negativa empresarial a conceder el permiso.

⁸³² El derecho a la elección de turno no puede hallar otra limitación que el derecho del resto de los trabajadores y las necesidades organizativas de la empresa. MERCADER UGUINA, J.R. “Artículo 23. Pro-

c) El derecho a la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional (art. 23 c) ET. Dado que el legislador no ha concretado cómo podría adaptarse la jornada de trabajo, formalmente tendrían cabida diversas posibilidades durante el desarrollo del curso: horario flexible, reducción de la jornada, modificación del tiempo de disfrute del periodo vacacional, transformación de la jornada (partida o continuada). Evidentemente, estas medidas despliegan efectos de muy diversa naturaleza para el trabajador, especialmente la referidas a la modificación en el disfrute de las vacaciones (tendrá que respetarse lo establecido en la negociación colectiva) y a la reducción de la jornada (que implica una disminución proporcional de la retribución). En ambos casos, será imprescindible ponderar adecuadamente los bienes jurídicos en juego, partiendo de la premisa de que solo se podrá acudir a las fórmulas de adaptación de la jornada que incidan de manera más agresiva en el contrato de trabajo (especialmente la reducción de jornada) cuando la medida se implemente en interés del trabajador, y no cuando sea la organización productiva la que opte por esta solución. En relación a otros aspectos instrumentales del derecho simplemente apuntar que, en esta ocasión, resulta claro que ha de tratarse de cursos de formación profesional –quedando excluidas otras opciones formativas–, si bien no constituye un requisito el hecho de que dicha formación esté vinculada a la adquisición de habilidades o competencias para el desempeño del puesto de trabajo concreto que el trabajador ocupe en la empresa.

d) El derecho del trabajador a disfrutar de los permisos oportunos de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo (art. 23.1 c) ET). Adicionalmente, el precepto dispone (art. 23.3 ET) que “el trabajador que acredite al menos un año de antigüedad en la empresa, cuenta como mínimo con un permiso retribuido de 20 horas anuales de formación profesional para el empleo vinculada a la actividad de la empresa, acumulables por un periodo de hasta cinco años”. Observamos que el legislador alude a dos supuestos de hecho diferenciados, que encuentran su ubicación sistemática en números distintos del precepto.

En relación a la primera previsión normativa, resulta evidente que se trata de permisos no retribuidos, que el trabajador de manera voluntaria decida utilizar para realizar cursos de formación o perfeccionamiento profesional que pueden desarrollarse al margen de la organización productiva y que pueden no estar vinculados a la actividad de la empresa. Se inscribe en la línea de lo preceptuado en el IV Acuerdo Nacional de Formación, firmado el 1 de febrero de 2006⁸³³, que en su art.

moción y formación profesional en el trabajo”, en VV.AA. (Dir. Monereo Pérez, J.L.): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012, pág. 334.

⁸³³ BOE de 3 de marzo de 2006, firmado por CEOE-CEPYME, CC.OO Y UGT. En la Exposición de Motivos, alude a la necesidad de reforzar la promoción del aprendizaje permanente a lo largo de toda la vida, algo que ya que apuntaba en los anteriores Acuerdos Nacionales y que se recoge en la LO 5/2002 de

3 establece que “debe incentivarse la iniciativa del trabajador para mejorar su cualificación profesional”. El legislador expresa con nitidez que este derecho tiene entidad propia, por lo que no debe confundirse con “la formación que deba obligatoriamente impartir la empresa a su cargo conforme a lo previsto en otras leyes”, ya que en este último caso, el tiempo destinado a las actividades formativas sí que será remunerado al considerarse tiempo efectivo de trabajo.

Por su parte, el art. 23.3 ET, tras la nueva redacción que le ha otorgado la Ley 3/2012, reserva a los trabajadores que puedan acreditar al menos un año de antigüedad en la empresa, un permiso retribuido de 20 horas anuales (acumulables por un periodo de hasta cinco años), para la realización de actividades incardinables en la formación profesional para el empleo que, en todo caso, deben estar vinculadas a la actividad de la empresa. Este derecho “se entenderá cumplido en todo caso cuando el trabajador pueda realizar las acciones formativas dirigidas a la obtención de la formación profesional para el empleo en el marco de un plan de formación desarrollado por iniciativa empresarial o comprometido por la negociación colectiva”⁸³⁴. Resulta criticable el hecho de que este derecho quede restringido a trabajadores con cierta antigüedad en la empresa, lo cual ahonda en la naturaleza dual de nuestro mercado de trabajo. Una apuesta sincera por la empleabilidad en el contexto de la formación profesional, implicaría adoptar otra opción legislativa, permitiendo a trabajadores temporales cuyo contrato no alcance la antigüedad señalada, disfrutar de este tipo de permisos, dado que los mismos van a redundar en beneficio de la empresa dado que necesariamente deben estar vinculados a la actividad que se desempeña en la misma. La adquisición de habilidades y competencias en este contexto, incrementaría las posibilidades del trabajador de mantener su puesto de trabajo y constituiría un cauce adecuado para fomentar la empleabilidad.

Evidentemente, la negociación colectiva debería desempeñar un importante papel en la concreción de las condiciones de ejercicio de este derecho, permitiendo el art. 23.3 ET que en ausencia de regulación convencional, esta función la asuma el acuerdo individual entre trabajador y empresario.

las Cualificaciones y de la Formación Profesional. Insisten las partes en el hecho de que esta perspectiva se enmarca en el contexto de las directrices europeas y persigue el objetivo de “superar las barreras existentes entre las distintas ofertas y sistemas formativos”.

⁸³⁴ Entiende la doctrina que el tipo de formación que recibirá el trabajador en este contexto será “una formación específica (...) dirigida a que adquiera una cualificación directamente aplicable al puesto de trabajo. Será asimilable por tanto a la formación específica de demanda prevista en el Sistema de Formación para el Empleo”. LLEÓ CASANOVA, B. “Formación y empleo. La cualificación profesional en el trabajo”, en VV.AA. (Dir. ROQUETA BUI, R.) *Crisis económica y medidas ante el desempleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 99. Afirma que el empresario en estos casos puede optar a las bonificaciones previstas para las acciones formativas previstas en el RD 395/2007, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. “Nuevos derechos de formación y contrato para formación y el aprendizaje”, *RL*, núm. 23, 2012, pág. 15.

e) El derecho a la formación necesaria para la adaptación del trabajador a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo (art. 23.1 d) ET). Concreta la norma dos aspectos relevantes en relación a esta cuestión: la formación correrá a cargo de la empresa y el tiempo destinado a la misma tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo. Esta previsión normativa, se encuentra directamente vinculada a lo establecido en el art. 52 b) ET, que regula la extinción del contrato por causas objetivas. Como sabemos, la circunstancia de que el trabajador no se adapte a modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, abre la posibilidad de extinguir el contrato por esta vía, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos: los cambios han de ser razonables, el empresario está obligado a ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a estos cambios y se prohíbe llevar a cabo la extinción hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación. También en esta ocasión, el precepto manifiesta expresamente que se considerará tiempo de trabajo efectivo –y por tanto tendrá carácter retribuido- el invertido en la formación.

La reforma de 2012, ha introducido cambios significativos en la configuración de este derecho. Concretamente, el art. 52 b) ET, cuya redacción se ha modificado pero de manera insuficiente, como apuntaremos a continuación, había sido objeto de interpretaciones contradictorias dado que la prohibición de extinción del contrato quedaba supeditada al transcurso de dos meses “desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación”. La conjunción disyuntiva permitía afirmar que la norma establecía para el empresario la obligación de ofertar al trabajador un curso de readaptación, sino que se trataba de una mera posibilidad.

La nueva redacción de los arts. 4.2 b), 23.1 d) y 52 b) ET ofrece un panorama significativamente diverso⁸³⁵. El art. 4.2 b) ET, consagra el derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. Por su parte el art. 23.1 d) ET, como ya hemos señalado, reconoce el derecho a la formación necesaria para la adaptación del trabajador a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo. Finalmente, el art. 52 b) ET, dispone expresamente que el empresario está obligado a ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a estos cambios.

La interpretación conjunta y coordinada de los preceptos mencionados, conduce a afirmar que la empresa queda obligada, bien a ofertar directamente la formación que permita la adaptación del trabajador a las modificaciones operadas,

⁸³⁵ La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral ha modificado la redacción de los tres preceptos en la línea que apuntamos.

bien a asumir los costes que la misma implique si se recurre a entidades formativas externas⁸³⁶. Desde nuestro punto de vista, resulta evidente que las modificaciones introducidas en los artículos analizados, persiguen una finalidad: no cabe duda de que conforme a la normativa vigente, constituye una obligación para el empresario ofrecer al trabajador formación específica que le ayude a adaptarse a los cambios operados en su puesto de trabajo⁸³⁷. Es por ello criticable que no se haya ido más allá en la reforma del art. 52 b) ET, que continúa utilizando la conjunción disyuntiva que potencialmente desvirtúa la tesis mantenida en estas líneas, al manifestar que la extinción del contrato puede decidirse desde la dirección de la empresa transcurridos al menos dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación. Entendemos que el art. 52 b) ET, en lo tocante a este aspecto, no puede contradecir de manera flagrante lo dispuesto en los arts. 4.2 b) y 23.1 d) ET, de manera que ante la contradicción constatable en la redacción de los preceptos implicados, la única salida legítima es proclamar la prevalencia de la interpretación más favorable al trabajador. Ello conduce a plantearse cual sería la calificación del despido en el caso de que el empresario decida extinguir el contrato de trabajo acogiendo a esta causa, transcurridos dos meses desde que se introdujeron las modificaciones en el puesto de trabajo, pero sin haber ofrecido al trabajador actividades formativas dirigidas a alcanzar adaptación a los cambios. Desde nuestro punto de vista, en este caso el despido debería ser calificado por el orden jurisdiccional social como improcedente⁸³⁸.

III. EL SISTEMA NACIONAL DE CUALIFICACIONES Y FORMACIÓN PROFESIONAL. ESPECIAL REFERENCIA AL (SUB)SISTEMA DE FORMACIÓN PARA EL EMPLEO

El Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional Profesionales (SNCFP) se encuentra regulado en LO 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional⁸³⁹ que, en su Exposición de Motivos, aboga por una renovación permanente de las instituciones y del marco normativo de la formación profesional, con la finalidad de garantizar la correspondencia entre las cua-

⁸³⁶ Afirma esta idea, QUESADA SEGURA, R. “Derechos de formación profesional y contratos formativos” *TL*, núm. 115, 2012, pág. 180. En el mismo sentido, LLEÓ CASANOVA, B. “Formación y empleo. La cualificación profesional en el trabajo”, en VV.AA. (Dir. ROQUETA BUI, R.): *Crisis económica medidas ante el desempleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 96-98.

⁸³⁷ MARTÍN PUEBLA, E. “La reforma de la formación profesional y de las políticas activas de empleo”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.) *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 2012, págs. 203 y ss.

⁸³⁸ Algunos autores defienden tesis más garantistas, interpretando que en tal situación, la sanción debería ser la nulidad del despido. QUESADA SEGURA, R. “Derechos de formación profesional...Op. Cit., pág. 175.

⁸³⁹ Modificada por LO 4/2011, de 11 de marzo.

lificaciones profesionales y las necesidades del mercado de trabajo. Resulta interesante que en la propia EM, el legislador concrete el significado técnico de la expresión “cualificación profesional”, manifestando que se trata del “conjunto de competencias con significación para el empleo, adquiridas a través de un proceso formativo formal e incluso no formal, que son objeto de los correspondientes procedimientos de evaluación y acreditación”. E igualmente reseñable es el hecho de que se vincule la oferta pública de formación profesional a las necesidades del mercado de trabajo.

El art. 1 de la LO 5/2002, afirma que el objeto de esta norma es la “ordenación de un sistema integral de formación profesional, cualificaciones y acreditación, que responda con eficacia y transparencia a las demandas sociales y económicas a través de las diversas modalidades formativas”.

Los instrumentos y acciones que componen el SNCFP son (art. 4 LO 5/2002):

- El Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, que estará integrado por las cualificaciones identificadas en el sistema productivo y por la formación asociada a las mismas, que se organizará en módulos formativos, articulado en un Catálogo Modular de Formación Profesional (art. 7 LO 5/2002)⁸⁴⁰
- Un procedimiento de reconocimiento, evaluación, acreditación y registro de las cualificaciones profesionales
- La información y orientación en materia de formación profesional y empleo
- La evaluación y mejora de la calidad del SNCFP

En nuestro país, la formación profesional se estructura en torno a dos sistemas; por un lado encontramos los ciclos de Formación profesional básica, de grado medio y de grado superior ofertados por el sistema educativo (la denominada formación reglada)⁸⁴¹; en segundo término, se ha configurado el Sistema de Formación para el Empleo, cuyas características esenciales vamos a analizar a continuación. El subsistema de formación profesional para el empleo se incorpora al marco legal vigente por el Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas

⁸⁴⁰ El RD 1128/2003, de 5 de septiembre, regula el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales

⁸⁴¹ Orientada a la obtención los títulos de FP y regulada por la LO 2/2006, de 3 de mayo de Educación (modificada por LO 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa) y por el RD 1147/2011, de 29 de julio, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo. El RD 1147/2011 define la formación profesional como “el conjunto de acciones formativas que tienen por objeto la cualificación de las personas para el desempeño de las diversas profesiones, para su empleabilidad, para la participación activa en la vida social, cultural y económica”.

urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, que modifica íntegramente el artículo 26 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

En el proceso de configuración del sistema de formación profesional para el empleo, han incidido de manera decisiva dos factores: por un lado, las directrices comunitarias y, en segundo término, cabe subrayar el papel desempeñado por los agentes sociales. Así, el modelo se gestó en el IV Acuerdo Nacional de Formación, firmado el 1 de febrero de 2006⁸⁴², que dio paso al RD 395/2007, de 23 de marzo por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo (y a la Orden TAS 2307/2007) y posteriormente al RD-Ley 4/2015, de 22 de marzo, para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral⁸⁴³, cuyo contenido comentaremos brevemente más adelante.

Con el RD 395/2007, se materializa la integración de los subsistemas de formación profesional ocupacional y de formación profesional continua en un único Sistema de Formación para el Empleo. Tras una experiencia de trece años durante los cuales pervivió la distinción entre ambas modalidades formativas, se apostó por unificarlas en un solo sistema de formación para el empleo, dirigido tanto a trabajadores ocupados como desempleados, entendiendo que de este modo se producía una adaptación a la nueva realidad económica y social.

Los fines de la formación profesional para el empleo, aparecen recogidos en el art. 2.2 RD 395/2007:

- a) Favorecer la formación a lo largo de la vida de los trabajadores desempleados y ocupados, mejorando su capacitación profesional y desarrollo personal.
- b) Proporcionar a los trabajadores los conocimientos y las prácticas adecuados a las competencias profesionales requeridas en el mercado de trabajo y a las necesidades de las empresas.
- c) Contribuir a la mejora de la productividad y competitividad de las empresas.
- d) Mejorar la empleabilidad de los trabajadores, especialmente de los que tienen mayores dificultades de mantenimiento del empleo o de inserción laboral.

⁸⁴² Fue suscrito por CEOE-CEPYME, CC.OO y UGT y se planteaba como objetivo promover la formación entre trabajadores y empresarios, y convertir el aprendizaje permanente en nuestro país, en un elemento fundamental no sólo para la competitividad y el empleo, sino también para el desarrollo personal y profesional de los trabajadores.

⁸⁴³

e) Promover que las competencias profesionales adquiridas por los trabajadores tanto a través de procesos formativos (formales y no formales), como de la experiencia laboral, sean objeto de acreditación.

El legislador, bajo la rúbrica *Iniciativas de formación*, en el art. 4 del RD 395/2007, concretó diferentes modalidades formativas: de demanda, de oferta y en alternancia con el empleo:

a) Formación de demanda (bonificada⁸⁴⁴). Alude a las acciones formativas de las empresas⁸⁴⁵ y los permisos individuales de formación⁸⁴⁶ financiados total o parcialmente con fondos públicos⁸⁴⁷, para responder a las necesidades específicas de formación planteadas por las empresas y sus trabajadores. Podrán participar en estas acciones tanto trabajadores en activo como fijos discontinuos en los periodos de no ocupación, los que acceden a situación de desempleo cuando se encuentren en periodo formativo o trabajadores acogidos a regulación de empleo durante sus periodos de suspensión (art. 5.a) RD 395/2007).

b) Formación de oferta (subvencionada⁸⁴⁸). Comprende los planes de formación dirigidos a trabajadores ocupados y las acciones formativas dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados con el fin de ofrecerles una formación que les capacite para el desempeño cualificado de las profesiones y el acceso al empleo.

⁸⁴⁴ Este tipo de acciones formativas se benefician de un sistema de bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social (crédito para la formación). El porcentaje de bonificación está vinculado al tamaño de la empresa (alcanza el 100 % en empresas de 6 a 9 trabajadores).

⁸⁴⁵ La formación de demanda, por lo que respecta a las acciones formativas de las empresas, puede ser general (incluye una enseñanza que no es única o principalmente aplicable en el puesto de trabajo actual o futuro del trabajador en la empresa beneficiaria, sino que proporciona cualificaciones en su mayor parte transferibles a otras empresas o a otros ámbitos laborales) o específica (incluye una enseñanza teórica y/o práctica aplicable directamente en el puesto de trabajo actual o futuro del trabajador en la empresa beneficiaria y que ofrece cualificaciones que no son transferibles, o sólo de forma muy restringida, a otras empresas o a otros ámbitos laborales). Art. 12 RD 395/2007.

⁸⁴⁶ El art. 12.3 del RD 395/2007 establece que el permiso individual de formación es el que la empresa autoriza a un trabajador para la realización de una acción formativa que esté reconocida mediante una acreditación oficial, incluida la correspondiente a los títulos y certificados de profesionalidad que constituyen la oferta formativa del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, con el fin de favorecer su desarrollo profesional y personal.

⁸⁴⁷ Conforme al art. 23 de la Orden 2307/2007, de 27 de julio, los costes salariales de los permisos individuales de formación pueden financiarse total o parcialmente con fondos públicos, con un límite máximo de 200 horas laborales por permiso y curso académico o año natural según la formación a realizar y cubre el importe del salario base, antigüedad, complementos fijos, la parte proporcional de las pagas extraordinarias y las cotizaciones devengadas a la Seguridad Social.

⁸⁴⁸ Por lo que respecta a la formación de oferta, la Orden TAS/718/2008, de 7 de marzo, concreta que se subvencionarán, entre otras, las siguientes acciones: planes de formación dirigidos a trabajadores ocupados; acciones formativas dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados; programas destinados a la formación de personas con necesidades formativas especiales o que tengan dificultades para su inserción o recualificación profesional. Los beneficiarios de las subvenciones serán las organi-

Estas acciones formativas, cuando se dirigen a trabajadores desempleados, se estructuran en módulos y van dirigidas a la obtención de un certificado de profesionalidad.

c) Formación en alternancia con el empleo. Integrada por las acciones formativas de los contratos para la formación⁸⁴⁹ y por los programas públicos de empleo-formación⁸⁵⁰, permitiendo al trabajador compatibilizar la formación con la práctica profesional en el puesto de trabajo.

El marco regulador de la formación profesional para el empleo que acabamos de describir, ha sido objeto de una reforma autodenominada “integral”, de la mano del Real Decreto-Ley 4/2015, de 22 de marzo, cuyas líneas esenciales pasamos a analizar.

IV. EL REAL DECRETO-LEY 4/2015, DE 22 DE MARZO, PARA LA REFORMA URGENTE DEL SISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO EN EL ÁMBITO LABORAL

El RD-Ley 4/2015 se publicó en el BOE de 23 de marzo de 2015 y entró en vigor al día siguiente. Sin embargo, su Disposición Transitoria Primera dispone que “en tanto en cuanto no se aprueben las citadas normas reglamentarias, siguen en vigor las disposiciones del RD 395/2007”. Resulta cuanto menos llamativo que se tramite mediante un Real Decreto-Ley, con carácter urgente, una disposición normativa que resulta inaplicable, en su mayor parte, sin el pertinente desarrollo reglamentario, algo que hasta la fecha no se ha producido.

Conforme a lo establecido por la DT Primera, sí que se encuentran vigentes las previsiones normativas vinculadas a las siguientes materias:

a) El régimen de concurrencia competitiva abierta sólo a entidades de formación acreditadas y/o inscritas en el correspondiente registro, en los supuestos en los que así está previsto conforme al artículo 7.3. Estas entidades, además de cum-

zaciones empresariales y sindicales, los entes paritarios fruto de la negociación colectiva y los centros y entidades de formación regulados en el art. 9 del RD 395/2007. Serán gastos subvencionables los que guarden relación directa con la actividad formativa (Anexo II O.718/2008).

⁸⁴⁹ Contrato para la formación y el aprendizaje, art. 11.2 ET y RD 1529/2012.

⁸⁵⁰ Escuelas taller y casas de oficios (OM 14 de noviembre de 2001), talleres de empleo (RD 282/1999, de 22 de febrero y OM de 14 de noviembre de 2001); prácticas en empresas realizadas por alumnos de formación profesional reglada (RD 1529/2012, de 8 de noviembre; Programas de cualificación profesional inicial (art. 30 LO 2/2006 de Educación); Programas específicos de fomento de oportunidades de empleo mediante la combinación de formación y trabajo (art. 25.1 d) Ley 56/2003 de Empleo).

plir con las obligaciones establecidas en el artículo 17, no podrán subcontratar con terceros la ejecución de la actividad formativa que les sea adjudicada, no considerándose subcontratación, a estos efectos, la contratación del personal docente.

b) La financiación sólo de acciones formativas realizadas a partir de su concesión o adjudicación.

c) El pago anticipado de las subvenciones, si lo hubiere.

d) El impulso al cheque formación.

e) En las acciones formativas de las empresas cuyo inicio se comunique a partir de la publicación de este Real Decreto-ley, los módulos económicos vigentes se aplicarán por igual para todas las empresas, cualquiera que sea su tamaño. Asimismo, será de aplicación a dichas acciones formativas la duración mínima de éstas establecida en el artículo 9.2, los porcentajes de costes indirectos y de costes de organización fijados en el artículo 8.3, los porcentajes de cofinanciación establecidos en el artículo 10.5.

f) Las empresas, además de poder organizar e impartir la formación de sus trabajadores por sí mismas, podrán optar por encomendar la organización e impartición de la formación a entidades externas.

g) Los trabajadores pertenecientes a la plantilla de una entidad de formación que actúe como beneficiaria o proveedora de la formación de oferta para trabajadores ocupados, podrán participar en las acciones formativas que aquella gestione con los límites señalados en el artículo 15.2.c).

h) Para la ejecución de los planes de formación dirigidos a trabajadores ocupados no será obligatoria la suscripción, con las entidades de formación que resulten adjudicatarias, del convenio previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 24 del Real Decreto 395/2007, de 24 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo.

El Gobierno, cuando ha publicitado esta norma, insiste en incardinarla en el contexto de la concertación social, concretamente del Acuerdo de propuestas para la negociación tripartita para fortalecer el crecimiento económico y el empleo de 29 de julio de 2014, el cual contiene el compromiso de trabajar para transformar el sistema de formación profesional para el empleo, sobre la base del diálogo social. Tal y como recogen las conclusiones de la Mesa del Diálogo Social (Gobierno, CEOE y CEPYME, CCOO y UGT), acerca del desarrollo del último Acuerdo de Formación Profesional para el Empleo de 2006, el actual sistema adolece de una serie de importantes defectos (debilidades): deficiente coordinación del conjunto

del sistema; ausencia de una planificación estratégica; su escasa vinculación con la realidad del tejido productivo, especialmente la formación de demanda dirigida a la PYME; no disponibilidad de un sistema de información integrado; falta de la evaluación de su impacto; y una definición poco eficiente del papel de los agentes implicados en el sistema (Exposición de Motivos del RD-Ley 4/2015).

Sin embargo, el uso fraudulento de los fondos destinados a la formación profesional que venían siendo gestionados por los agentes sociales (formación de oferta subvencionada), ha enturbiado el proceso de reforma, hasta el punto en que el legislador, ha encontrado un argumento de peso para relegar a patronal y organizaciones sindicales a un segundo plano en lo concerniente a esta materia. Por tanto, siendo cierto que el mencionado Acuerdo contenía el compromiso de transformar el modelo de formación profesional, no lo es tanto que el RD-Ley 4/2015 haya sido fruto del diálogo social, visto el lugar que ocupan en el “nuevo” sistema los agentes sociales.

¿Qué novedades introduce el RD-Ley 4/2015⁸⁵¹?

Las iniciativas de formación profesional para el empleo, quedan estructuradas del siguiente modo:

- Formación programada por las empresas para sus trabajadores (se identifica con la formación de demanda bonificada contenida en el RD 395/2007). Las empresas, en proporción a su tamaño, habrán de participar en la financiación de las actividades formativas⁸⁵². La norma permite que se pueden impartir cursos formativos en la propia empresa. Por otro lado, se modifica el número de horas mínimas (pasan de seis a una) necesarias para que la formación esté bonificada. Finalmente, si la empresa recurre a entidades formativas externas debidamente acreditadas, éstas serán responsables solidarias en relación a la formación impartida.
- Oferta formativa de las administraciones competentes para trabajadores ocupados, así como los programas de cualificación y reconocimiento profesional

⁸⁵¹ DOMÍNGUEZ MARTÍN, A. “Análisis del Real Decreto-Ley 4/2015, de 22 de marzo, para la reforma urgente del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, AS, BIB 2015/1221.

⁸⁵² Para la financiación de los costes derivados de la formación prevista en este artículo, anualmente, desde el primer día del ejercicio presupuestario, las empresas dispondrán de un «crédito de formación», el cual podrán hacer efectivo mediante bonificaciones en las correspondientes cotizaciones empresariales a la Seguridad Social a medida que se realiza la comunicación de finalización de las acciones formativas. El porcentaje que tendrán que aportar para cofinanciar la actividad formativa será: Empresas de 1 a 9 trabajadores, 5 por 100; de 10 a 40 trabajadores, 10 por 100; de 50 a 249 trabajadores, 20 por 100; de 250 o más trabajadores, 40 por 100 (art. 10).

y para trabajadores desempleados (formación de oferta subvencionada). La nueva regulación prohíbe tanto el abono anticipado de más del 25 por 100 del coste del curso por parte de la Administración como la subcontratación. En esta modalidad destacarían las figura del cheque-formación⁸⁵³ y la cuenta formación (figuras ya previstas en el art. 26.10 de la Ley 56/2003 de Empleo y en las Disposiciones Finales Segunda y Tercera de la Ley 3/2012).

El cheque-formación, de acuerdo con el art. 7.3 b) RD-Ley 4/2015, conlleva libertad de elección para el desempleado a la hora de elegir la entidad formativa, contando con el asesoramiento y seguimiento por parte del Servicio Público de Empleo. Sin embargo, la Disposición adicional segunda, ha pospuesto la implementación de esta figura al establecer que será en el seno de la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales, donde “se analizarán e impulsarán de manera conjunta entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y las autoridades competentes de las Comunidades Autónomas, las medidas necesarias para su puesta en marcha, desarrollo, seguimiento y evaluación”.

La cuenta-formación acompañará al trabajador a lo largo de su carrera profesional al objeto de acreditar su historial formativo y de orientar las acciones formativas al incremento de su empleabilidad.

Otras iniciativas de formación profesional para el empleo, relativas a los permisos individuales de formación, la formación en alternancia con el empleo, la formación de los empleados públicos y la formación financiada con fondos públicos desarrollada por centros y entidades de iniciativa privada destinada a la obtención de certificados de profesionalidad.

⁸⁵³ Art. 7: Los servicios públicos de empleo competentes podrán, como alternativa a las convocatorias de subvenciones, proporcionar un «cheque formación» a los trabajadores desempleados que, de acuerdo con su perfil, precisen realizar acciones formativas concretas para mejorar su empleabilidad. En este caso, el trabajador entregará el citado cheque a una entidad de formación seleccionada por él de entre las que cumplan los requisitos de acreditación y/o inscripción establecidos para impartir la formación, que, a su vez, sean seleccionadas por la Administración competente para formar parte del sistema de información y seguimiento específico que se desarrolle para ello..

8.2. EL NUEVO SISTEMA ESPAÑOL DE FORMACIÓN PARA EL EMPLEO

MARGARITA MIÑARRO YANINI

*Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Jaume I -Castellón-*

I. CONTEXTO Y FINALIDADES DE LA REFORMA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE FORMACIÓN PARA EL EMPLEO

La formación profesional de los trabajadores es un derecho con base constitucional, que está contemplado en los arts.35 y 40.2 en relación con el art.27 CE. Con un mayor nivel de concreción, si bien alcance restringido al marco de la relación laboral, el art.4.2,b) ET establece el derecho de los trabajadores a la promoción y formación profesional en el trabajo y al desarrollo de planes y acciones formativos dirigidos a mejorar su empleabilidad. Por su parte, el art.23 de la Ley 56/2003, de Empleo integra dentro de las políticas activas de empleo “la formación dirigida a mejorar las posibilidades de acceso al empleo”, haciendo referencia en el art.26 al sistema de formación profesional para el empleo, cuyo objeto es dar respuesta a las necesidades formativas tanto de los trabajadores ocupados como de los desempleados. El marco jurídico de la formación profesional, en estas dos vertientes subjetivas ha sido objeto de una reforma de calado por el RD-Ley 4/2015, de 22 de marzo, para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, que sustituye y deroga el precedente RD 395/2007, de 23 de marzo regulador de esta materia, así como sus normas de desarrollo⁸⁵⁴. Con todo, en el marco de la vertiginosa acción normativa pre-electoral programada por el Gobierno, la Ministra de Empleo ha anunciado una nueva reforma con ocasión de la tramitación del RD-Ley 4/2015, por lo que, a pesar de la novedad del sistema de formación para el empleo, pesa sobre él la tan negativa sombra de la provisionalidad normativa.

La formación profesional para el empleo, pese a tener larga andadura, está de plena actualidad por habersele arrogado desde el Gobierno las funciones “estrella” en el actual contexto socio-económico de mejorar la competitividad de las empresas y reducir las cifras de desempleo. Con todo, esta visión, de la que es expo-

⁸⁵⁴ Sobre la evolución del marco normativo, vid. ALUJAS RUIZ, J.A. “La política de formación de desempleados en España: una medida esencial para la mejora de la empleabilidad”, en Revista de Trabajo y Seguridad Social -CEF-, nº 385, pp. 137 ss.

nente el RD-Ley 4/2015, parte de una sobrevaloración acrítica y automática de la formación para el empleo⁸⁵⁵, como elemento aislado, que supone partir de una premisa errada.

Por lo demás, un breve repaso de las circunstancias que han contextualizado esta reforma indican que no es ese el único *leitmotiv* del cambio normativo, sino que hay otros dos aspectos clave que han determinado el cambio y su signo. La primera de ellas es la voluntad de dar respuesta a los casos de fraude detectados en Madrid y Andalucía por falta de control sobre los fondos gestionados por las autonomías, que propiciaba el propio sistema al no establecer suficientes medidas fiscalizadoras. La segunda, la voluntad de hacer más eficiente y adecuada la formación profesional, ante las reiteradas denuncias de sus carencias en estos aspectos⁸⁵⁶.

En las siguientes páginas se lleva a cabo un breve análisis del RD-Ley 4/2015 en el que se destacan los aspectos más relevantes y definitorios de la nueva regulación. A modo de conclusión se incorporan unas reflexiones sobre el papel de la formación para el empleo en nuestro sistema de relaciones laborales, en el que se pone en tela de juicio la exorbitada premisa de su eficacia en la reducción de las cifras de desempleo y fomento de la estabilidad laboral.

II. PUNTOS CLAVE DEL NUEVO SISTEMA

1. La instauración del régimen de concurrencia competitiva para la formación de trabajadores ocupados y desempleados

El precedente sistema de formación profesional para el empleo otorgaba protagonismo a los agentes sociales en la formación de los trabajadores ocupados, al encomendarles la ejecución de los planes de formación tanto en el ámbito estatal como autonómico, previa suscripción de convenio con el servicio público de empleo correspondiente.

La Ley 3/2012 incidió en este aspecto, abriendo una senda de cambio al introducir en el RD 395/2007 una modificación con objeto de incluir entre los sujetos que podían participar en la ejecución de los planes de formación, antes gestionados en exclusiva por los agentes sociales, a los centros y entidades de formación acre-

⁸⁵⁵ Así lo destaca, MOLINA NAVARRETE, C. “A más formación, más empleo y de mayor calidad: ¿Una ecuación correcta?”, Revista de Trabajo y Seguridad Social -CEF-, 2015, p. 10.

⁸⁵⁶ Hasta la fecha, a 7 de cada 10 personas que recibieron formación de estos tipos no les resultó útil, vid. http://cincodias.com/cincodias/2015/03/24/economia/1427216047_833597.html

ditadas que estuvieran inscritas en el registro habilitado a tal efecto en dichos ámbitos.

En este línea abunda el RD-Ley 4/2015, que da un paso más para instaurar lo que denomina “régimen de concurrencia competitiva”, que implica que pueden concurrir a la gestión de los fondos para la formación de trabajadores ocupados y desempleados todos los proveedores de formación acreditados y/o inscritos. De este modo, abunda en la línea que marcara la Ley 3/2012, eliminando límites subjetivos a la gestión de los fondos de formación para el empleo para que toda entidad que cumpla los requisitos legales -corroborados a través de la obtención de la acreditación o registro de entidades- pueda participar de forma directa en el “negocio de la formación” y concurrir sin intermediarios a la obtención de subvenciones y a la gestión económica de los fondos para la formación para el empleo. Se pretende así superar la falta de competencia entre proveedores que limitaba la oferta formativa, que fue identificada como una de las debilidades del sistema por la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2015⁸⁵⁷. Sin embargo, con ello, por una parte, como hiciera la reforma de 2012 y como viene siendo pauta general en la etapa reciente, intensifica la muchas veces compleja y sensible relación económica pública y privada. Por otra, aparta de la gestión de estos fondos a los agentes sociales, en lo que se presenta como devenir natural del desarrollo normativo en aras a mejorar la eficiencia y simplificación del acceso a la financiación, pero que parece obedecer realmente a una suerte de “castigo” ante los ya apuntados casos de fraude descubiertos en el último período.

No obstante, la norma atribuye en sus arts. 5 y 6 nuevas funciones para los agentes sociales en materia de formación para el empleo a través de su intervención en dos acciones que tienen por objeto lograr el mejor aprovechamiento de la formación. En estos preceptos, respectivamente, se establece la participación de los agentes sociales en la prospección de necesidades formativas y en el diseño del escenario plurianual para la planificación estratégica del sistema de formación profesional para el empleo. De este modo, se establece la colaboración de sindicatos y asociaciones empresariales con el Ministerio de Empleo y de Seguridad Social a fin de detectar nuevas necesidades formativas y de adecuar la oferta de formación para el empleo a las necesidades reales.

Indudablemente, las nuevas funciones asignadas son sustancialmente relevantes, pues implican actuar sobre la base del nuevo modelo de formación. Además, su atribución a los agentes sociales es coherente con su papel en el ámbito de las relaciones laborales, por lo que queda perfectamente justificada. No obstante, lo cierto es que transmite la idea de la voluntad de “compensarles” al haberlos relegado

⁸⁵⁷ Aprobada por RD 751/2014, de 5 de septiembre, BOE de 23 de septiembre de 2014.

del eje esencial de la formación para el empleo, que es su gestión y puesta en práctica⁸⁵⁸. Con todo, parece que no es éste un capítulo cerrado, puesto que la Ministra de Empleo ha anunciado que la proyectada reforma incrementará el peso de sindicatos y patronal en la formación para el empleo⁸⁵⁹.

2. Individualización de la formación para la inserción: el cheque de formación para los desempleados

Una de las principales novedades del RD-ley 4/2015 es la introducción del “cheque formación”⁸⁶⁰. Éste se regula en el art.7.3 de esta norma, que establece la posibilidad de que los servicios públicos de empleo proporcionen a los trabajadores desempleados estos “cheques formación” como alternativa a la convocatoria de subvenciones. Poco más se detalla de esta nueva figura en el RD-Ley, a la espera de las acciones precisas para definir sus perfiles, que anuncia la disposición adicional segunda.

El “cheque formación” busca dar la máxima autonomía al beneficiario y permitirle que busque las acciones formativas que más específicamente puedan convenirle. Supone, en consecuencia, individualizar al máximo la formación profesional, proyectando de este modo también en este ámbito la visión neoliberal individualista de lo laboral que promoviera la reforma de 2012.

⁸⁵⁸ La idea de “pérdida de poder” se reflejaba en la prensa del momento –“Empresarios y sindicatos pierden poder en la reforma de la formación”, El País, 20 de marzo de 2015;

http://economia.elpais.com/economia/2015/03/20/actualidad/1426854312_682856.html; “El Gobierno reforma la formación para apartar a sindicatos y patronal de su gestión, La Vanguardia, 20 de marzo de 2015, <http://www.lavanguardia.com/politica/20150320/54428297795/gobierno-reforma-formacion-apartar-atronal-sindicatos-gestion.html>; “Empleo reforma la formación para evitar el fraude y deja al margen a sindicatos y CEOE” <http://www.publico.es/economia/reforma-formacion-profesional-evitar-fraude.html>, entre muchos otros-. Con todo, las reacciones de los sindicatos fueron moderadas, siendo CEO y Cepyme las que mostraron mayor oposición a la reforma, llegando incluso a hablar de ruptura de relaciones con el Gobierno, “La CEOE muestra gran malestar por quedar fuera de la formación”, El Periódico -Economía-, 5 de marzo de 2015, <http://www.elperiodico.com/es/noticias/economia/ceoe-juan-rosell-formacion-empleo-parados-empresarios-cuotas-empresariales-3990034>.

⁸⁵⁹ “Báñez garantiza protagonismo a agentes sociales en la formación para el empleo”, Mercado Financiero -Laboral-, 23 de abril de 2015, <http://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-banez-garantiza-protagonismo-agentes-sociales-formacion-empleo-20150423095307.html>

⁸⁶⁰ Se trata de una medida que había sido propuesta por la patronal pero respecto de los trabajadores ocupados, “La CEOE propone dar cheques de formación a cada empresa”, [elEconomista.es](http://www.economista.es), 2 de enero de 2014,

http://www.economista.es/interstitial/volver/281879542/economia/noticias/5430229/01/14/La-CEOE-propone-dar-cheques-de-formacion-a-cada-empresa.html#_Kku8HR1LroulvFv.

Asimismo, es una de las medidas estrellas presentada por Ciudadanos en su paquete de propuestas laborales, que ha cuantificado en 1.200 euros por desempleado, “Rivera promete un cheque de formación de 1200 euros a cada desempleado”, Agencia EFE, 6 de abril de 2015, <http://www.efe.com/efe/espana/politica/rivera-promete-cheque-formacion-200-euros-para-cada-desempleado/10002-2578811>.

Esta individualización puede tener aspectos positivos, al redundar en una mayor especificidad de la formación recibida en atención a los intereses del desempleado y propiciar que el sujeto se implique en la activación del derecho social del que es titular⁸⁶¹, exigiéndole una conducta activa en la búsqueda y selección de su propia formación profesional. Sin embargo, tiene un cariz perverso, puesto que alienta una excesiva dispersión que redundará en la devaluación de la formación profesional en su dimensión colectiva y en su función de obligación institucional, añadiendo además dificultades de control y acentuando el riesgo de fraude. Asimismo, puede incrementar las desigualdades formativas, porque sea usado de modo preferente por trabajadores ya cualificados y no por los que están en situaciones más vulnerables -pese a que son generalmente los más necesitados- por temor a consecuencias negativas dada su débil posición en la empresa.

3. Imprescindible contribución de todas las empresas en la financiación de la formación profesional que programen para sus trabajadores

Otra novedad introducida por el art.10 RD-ley 4/2015, es la necesaria contribución de todas las empresas, incluidas las de pequeño tamaño, a la financiación de la formación profesional que programen para sus trabajadores, que puede hacerse con coste de formación o salarial. Se trata con ello de implicar a todas las empresas que impartan formación en el pago de la misma, lo que supone reforzar esta vía de financiación de estas acciones y lograr un mayor compromiso y valoración de la formación profesional por parte de las empresas que las impartan.

A tal efecto, el art.10.5 de esta norma establece una tabla en atención al número de trabajadores de la empresa, que marca porcentajes mínimos sobre el coste total de la formación que habrán de sufragar las empresas:

- De 1 a 9 trabajadores: 5%
- De 10 a 49 trabajadores: 10%
- De 50 a 250 trabajadores: 20%
- Más de 249 trabajadores: 40%

Como puede apreciarse, se trata de una escala creciente, que fija el porcentaje mínimo de necesaria contribución en atención al número de trabajadores, incrementando la participación de la empresa a medida que éste aumenta, coherentemente a la menor capacidad económica de las pequeñas empresas. Esta carga creciente refleja la voluntad de apoyo a las PYMES que expresa el propio RD-ley 4/2015 y, más ampliamente, está presente en otras medidas laborales, si bien el

⁸⁶¹ ROSANVALLON, P. "La nueva cuestión social. Repensar el Estado Providencia", Buenos Aires (Manantial), 1995, 1ª edición 5ª reimpresión p. 224.

verdadero apoyo hubiera sido liberar de toda obligación de contribución económica a estas empresas, como hacía la norma reguladora precedente.

Como contrapartida, el art.9.2 de la nueva norma amplía las posibilidades de que las empresas puedan bonificarse las acciones formativas que programen, al reducir a una hora, desde las seis precedentes, la duración mínima de la formación a efectos de su posibilidad de compensación económica.

4. Incremento de medidas de control y endurecimiento de las sanciones

El aumento de las vías de control, sea directas o indirectas, y la intensificación de las sanciones es sin duda uno de los aspectos más destacados de la nueva norma. La realidad ha demostrado que era necesario establecer mayores y mejores medidas de fiscalización sobre la formación para el empleo, y el RD-Ley 4/2015 coloca este objetivo en el centro de la reforma. En este sentido, en su Exposición de Motivos manifiesta que la norma responde al “principio de tolerancia cero contra el fraude en la gestión de los fondos de formación profesional para el empleo”. Al margen de la incorrección técnica de esta declaración, puesto que se trata de una finalidad que expresa un juicio ético-social frente a prácticas constatadas de fraude, más que un principio, es cierto que la norma refuerza intensamente las medidas de control y las sanciones relacionada con la formación para el empleo. De este modo, introduce numerosos cambios de diverso signo, muchos de ellos única y directamente dirigidos a intensificar el control sobre la formación y otros que inciden en este objetivo aunque de manera más indirecta.

A la luz de tal objetivo fiscalizador, además de en base a la reivindicación y recuperación de competencias estatales sobre la materia, ha de interpretarse el reforzamiento de la posición de la Administración General del Estado en la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo, establecido en el art.27. De este modo, indica la nueva norma que la representación ejercida por aquella en este órgano “deberá ser” mayoritaria, atribuyéndosele así un rol hegemónico respecto de los restantes sujetos -comunidades autónomas, sindicatos y asociaciones empresariales- que lo forman.

Igual incidencia sobre el objetivo de control tienen los cambios introducidos por el art.15 en las fórmulas admitidas para la impartición de la formación para el empleo, ahora circunscritas a las modalidades online y la mixta, suprimiendo la formación a distancia, que es la que mayores problemas de fraude generó en el anterior sistema. Al margen de que la formación online -denominada “teleformación” por la norma- es más acorde con el desarrollo de las nuevas tecnologías que la modalidad a distancia, lo cierto es que comparte los beneficios de la no presencialidad y permite un mayor control sobre la efectiva impartición de la formación para el empleo, argumento que sin duda ha tenido peso en la introducción de este cambio.

Por lo demás, también el incremento y mejora de los sistemas de información, evaluación y calidad, al que se refiere el capítulo V, suponen mayores posibilidades de control sobre la formación para el empleo impartida.

Diversos y relevantes son los cambios introducidos con el objetivo directo de incrementar el control y la sanción de las irregularidades en la formación para el empleo. Tan importante componente sancionador expresa la voluntad de dar una respuesta contundente ante los problemas de fraude detectados en la etapa precedente, aunque que imprimen en el sistema un tinte excesivamente sancionatorio⁸⁶². Ilustrativa a estos efectos resulta la creación de la Unidad Especial de Inspección, prevista en el art.19, que es una estructura especializada en materia de formación que se constituye en la Inspección de Trabajo y Seguridad⁸⁶³. Ésta ha sido desarrollada por la Orden ESS/1221/2015, de 11 de junio, por la que se crea la Unidad Especial de Inspección en materia de formación profesional para el empleo⁸⁶⁴, que tiene encomendada una labor permanente de control para evitar fraude en la gestión de los fondos de formación, a fin de garantizar un refuerzo de control y capacidad sancionadora.

Asimismo, la nueva norma refuerza de modo notable el cuadro de infracciones y sanciones relacionadas con la formación profesional e introduce nuevos mecanismos de garantía y extensión de responsabilidades. En este sentido, el art.21 del RD-Ley 4/2015 modifica el TRLISOS para adecuar las previsiones generales sobre sujetos responsables e infracciones a la formación para el empleo. De este modo, introduce o refuerza diversos tipos infractores en los capítulos de infracciones laborales y de seguridad social -con la consiguiente modificación de las rúbricas de la subsección o sección que los incorpora para incluir como sujetos infractores a “las entidades de formación o aquéllas que asuman la organización de las acciones de formación profesional para el empleo programada por las empresas”-. Es de destacar que la práctica totalidad de los nuevos tipos incorporados son calificados de graves o muy graves. Por otra parte, introduce complementariamente otras medidas que refuerzan las garantías en supuesto de responsabilidad o amplían el espectro temporal de la sanción. Así, establece el mecanismo de la solidaridad como vía de extensión de responsabilidades entre las entidades de formación o las que or-

⁸⁶² En este sentido, MOLINA NAVARRETE, C. “A más formación, más empleo y de mayor calidad: ¿Una ecuación correcta?”, op. cit., p. 12.

⁸⁶³ La creación de esta unidad especializada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social fue resultado de una propuesta presentada en el Congreso Partido Popular a resultas del Debate sobre el Estado de la Nación, “El PP pide una unidad especial en la Inspección de Trabajo para controlar los cursos de formación”, *elEconomista.es*, 25 de febrero de 2015, <http://www.eleconomista.es/economia/noticias/6507181/02/15/PP-pide-una-unidad-especial-en-la-Inspeccion-de-Trabajo-para-controlar-los-cursos-de-formacion.html#.Kku8eKUxMwAMQXT>

⁸⁶⁴ BOE de 24 de junio de 2015.

ganicen las acciones formativas programadas por las empresas y quienes soliciten o se beneficien de fondos de formación para el empleo, en los supuestos en que exista connivencia entre éstas para percibir fraudulentamente fondos para la formación. Además, prevé mecanismos sancionatorios accesorios ante la comisión de las infracciones de mayor entidad, como es la publicación de las sanciones firmes, la pérdida de ayudas, bonificaciones y beneficios vinculados a la formación para el empleo, y la exclusión de ayudas en un período de 2 años, que puede extenderse hasta los 5 años, estableciendo en todo caso la obligación de restituir las cantidades indebidamente obtenidas.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como se ha puesto de manifiesto en las páginas precedentes, la regulación del nuevo sistema de formación para el empleo presenta luces y también algunas sombras. Con todo, lo más preocupante de esta reforma es que se basa en un presupuesto falaz, o cuanto menos, deformado, que es la existencia de una relación directa entre la formación, la reducción de las cifras de desempleo y la mejora de la competitividad de las empresas⁸⁶⁵. En este sentido, el RD-Ley 4/2015 asigna a la formación para el empleo un “papel transformador de la realidad”, al partir de que ésta por sí sola puede lograr un cambio de entidad en las cifras de desempleo y en la calidad del empleo, creencia ésta simplista que llevará a buen seguro a que tan altas expectativas queden defraudadas.

Esta idea parte de la “teoría del capital humano”, desde hace un tiempo objeto de críticas por su instrumentalismo –atiende sólo a los efectos materiales de la formación-, por dar una visión reduccionista -pretende que por sí sola la formación puede cambiar el panorama laboral- y por centrarse exclusivamente en la oferta -trabajador-⁸⁶⁶. Además, es desmentida por la concluyente realidad socio-laboral, que muestra un panorama caracterizado por la elevadísima rotación laboral⁸⁶⁷, así como por las altas tasas de desempleo o de emigración de trabajadores formados en todas las titulaciones, también en las consideradas más demandadas por las empresas⁸⁶⁸.

⁸⁶⁵ Así lo destaca, MOLINA NAVARRETE, C. “A más formación, más empleo y de mayor calidad: ¿Una ecuación correcta?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social -CEF-*, 2015, p. 5 ss.

⁸⁶⁶ Köhler Holm D. y Martín Artiles, A., *Manual de Sociología del Trabajo y de las Relaciones Laborales*, Madrid (Delta Publicaciones), 2ª Edición, 2007, p. 357.

⁸⁶⁷ Paradigmáticas y no aisladas resultan algunas situaciones, como la de un informático que recientemente narra su situación a la prensa “He tenido 130 contratos en dos años”, *El País*, 21 de junio de 2015, http://economia.elpais.com/economia/2015/06/17/actualidad/1434531767_156110.html.

⁸⁶⁸ “El talento emigra de España”, *La Vanguardia*, 5 de mayo de 2013.

La base del error de apreciación es clara, puesto que, por una parte, es evidente que la formación no puede resolver el problema cuantitativo del desempleo, puesto que ésta opera en la oferta -trabajador-, mientras que el empleo es producto de la demanda. Por otra, aun cuando exista la vacante, para que pueda considerarse que el trabajador formado está en una posición de ventaja es preciso que la empresa valore la formación adquirida, lo que muchas veces no sucede, sino que, sobre todo en las PYME, protagonistas absolutas de nuestro tejido empresarial, la elección se basa en otras circunstancias -como parentesco, amistad, edad, aspecto, lugar de residencia...-⁸⁶⁹. Asimismo, para que la formación actúe como elemento estabilizador del mercado del mercado de trabajo es necesaria su valoración por parte de la empresa como una inversión a rentabilizar mediante el mantenimiento del trabajador en su plantilla, no como un gasto no recuperable. También es preciso que el trabajador quiera efectivamente permanecer en la empresa, lo que presupone que disfrute de unas condiciones laborales que considere óptimas.

Estos requisitos contextuales son imprescindibles para que la formación tenga eficacia dinamizadora del mercado de trabajo. Sin embargo, las últimas reformas laborales han avanzado en sentido inverso, al establecer como paradigma de gestión de las relaciones laborales la devaluación de la estabilidad -con el consiguiente fomento de la rotación laboral- los bajos salarios y, en general, la degradación de las condiciones de trabajo, configurando un modelo poco apto para que la formación para el empleo despliegue sus virtualidades.

En suma, la formación para el empleo es un elemento necesario para la reducción del desempleo, el incremento de la competitividad de las empresas, y, en general, para la conformación de una óptima oferta de trabajo que contribuya al desarrollo de un mercado de trabajo saludable. Sin embargo, no es “todopoderoso”, puesto que sólo será eficaz si es valorado por las empresas y existen medidas laborales que no la neutralicen. Por ello, es preciso que, aplicando una dosis de realismo y honestidad en el cálculo de expectativas sobre el papel de la formación para el empleo en el actual contexto socio-laboral y con una visión global, se desarrolle una política laboral coherente, basada en la estabilidad y que apueste por la mejora de las condiciones laborales, pues de lo contrario todo esfuerzo realizado en formación para el empleo será infructuoso.

⁸⁶⁹ ¿Por qué no te contratan si eres el candidato perfecto?, *elEconomista.es*, 11 de junio de 2015 <http://www.eleconomista.es/emprendedores-pymes/noticias/6784455/06/15/Por-que-no-te-contratan-si-eres-el-candidato-perfecto.html#.Kku8MThOn1Tq9S7>

8.3. FORMACIÓN PROFESIONAL REGLADA

ROSA MOYA AMADOR

*Profesora Titular de EU de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social
Universidad de Granada*

RAQUEL VIDA FERNÁNDEZ

*Profesora Colaboradora de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social
Universidad de Granada*

I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL TEMA

En los últimos años, y a destacar los que van del siglo XXI, se han producido importantes y profundos cambios en el Sistema Educativo en general, incidiendo de forma “drástica”, como no podía ser de otra forma, en el acceso y calidad de la enseñanza y siempre, independientemente del signo político de los promotores de las reformas, por el “compromiso con una educación de calidad como soporte de la igualdad y la justicia social”⁸⁷⁰. El desarrollo de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación, propio de la Sociedad del Conocimiento actual, está transformando el mercado laboral, haciendo necesario que los gobiernos nacionales e internacionales desarrollen acciones formativas que vayan orientadas a lograr una mejor inserción laboral de las personas y contribuyan a minorar el problema del desempleo.

Con el objetivo de planificar estrategias eficaces en la generación de empleo, los países miembros de la Unión Europea están diseñando acciones formativas que permitan una mejor inserción laboral de las personas y una constante renovación y adaptación de competencias profesionales. Se ha propuesto un nuevo planteamiento de la educación, llamado “aprendizaje a lo largo de toda la vida”, “educación permanente”, o “formación continua”, y se plantea como una necesidad de dar respuesta a los múltiples cambios organizativos y técnicos que experimentan los

⁸⁷⁰ Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa: “Los profundos cambios a los que se enfrenta la sociedad actual demandan una continua y reflexiva adecuación del sistema educativo a las emergentes demandas de aprendizaje”.... “Nunca como ahora hemos tenido la oportunidad de disponer de una educación personalizada y universal. Como nunca hasta ahora la educación ha tenido la posibilidad de ser un elemento tan determinante de la equidad y del bienestar social”.

sistemas de producción y las empresas. Bajo este planteamiento se pretende configurar un sistema lo suficientemente flexible para que toda persona, sea cual sea su edad, esté siempre en condiciones de aprender y de trabajar. Como consecuencia, la mayor parte de los países occidentales están reformando sus sistemas de formación profesional para capacitar a las personas para el mundo empresarial, y asegurar la movilidad en un sistema que cada vez se presenta más global.

La Formación Profesional actual en España se imparte por medio de tres sistemas:

- Formación Profesional reglada que es competencia de la Administración educativa⁸⁷¹, (objeto de análisis en este apartado 8.3).

- Formación Profesional Ocupacional que es la que se imparte a las personas desempleadas y es competencia de la Administración Laboral como política activa de empleo, dirigida prioritariamente a potenciar la reinserción profesional de los desempleados mediante la cualificación o puesta al día de sus competencias profesionales, (objeto de estudio en el siguiente apartado 8.4 de esta obra).

- Formación Profesional Continua como el conjunto de acciones formativas que llevan a cabo las empresas, los trabajadores o sus respectivas organizaciones, dirigidas tanto a la mejora de las competencias y cualificaciones como a la recualificación de los trabajadores ocupados (la formación continua es objeto de estudio el punto 8.5).

Actualmente la formación profesional constituye una prioridad de la política educativa, tanto de la política de la Unión Europea como del Gobierno de España. Los objetivos fijados por la Unión Europea para el año 2020 recogen la necesidad

⁸⁷¹ La formación reglada es un conjunto de enseñanzas que se encuentran dentro del Sistema Educativo, estando reguladas y organizadas desde la Administración educativa, sus contenidos, competencias, profesorado, admisión de alumnos, conexión con otros estudios, etc., y con cuya superación se obtiene un título con plena validez académica o título oficial. En este sentido, el Sistema Educativo Español Oficial comprende exclusivamente, las siguientes enseñanzas regladas: Educación preescolar y Educación infantil, Educación primaria, Educación secundaria obligatoria, Bachillerato, Formación Profesional, Formación Universitaria (con títulos universitarios oficiales) y Enseñanzas de régimen especial artísticas y de idiomas. En sentido contrario, es formación no reglada, toda la educación que se sitúa al margen del Sistema Educativo Oficial no conduciendo a la obtención de un título oficial sino a la expedición de un diploma o certificado propio del centro, atendiendo a criterios de aprovechamiento del curso, asistencia o participación. En estos casos, a pesar de que la titulación obtenida no tenga carácter oficial, si tiene validez a efectos laborales y sociales. Son estudios complementarios a los regulados por el Sistema Educativo y desarrollan planes educativos variados, como los cursos de especialización impartidos por universidades, academias, centros de estudios privados, a través de cursos, seminarios, acciones de enseñanzas y aprendizajes con temática y finalidad diversa, bien para iniciarse, especializarse o ampliar cualquier clase de conocimiento.

de incrementar el nivel de formación y cualificación tanto de los jóvenes en edad escolar, como de la población trabajadora, para lo que es necesario reforzar, modernizar y flexibilizar las enseñanzas de formación profesional. En este sentido, en nuestro país, el Gobierno concibe la Formación Profesional como instrumento clave para avanzar hacia un nuevo modelo de crecimiento económico, y así lo ha manifestado en la Estrategia para una economía sostenible, aprobada por el Consejo de Ministros en noviembre de 2009. Consecuentemente, el Ministerio de Educación ha convertido la Formación Profesional en uno de los ejes esenciales de su actuación, desarrollada y ordenada en el Plan de Acción 2010-2011. (Real Decreto 1147/2011, de 29 de julio, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo).

La formación profesional del sistema educativo o Formación Profesional reglada, depende de la Administración de Educación y está comprendida en el Sistema educativo para la obtención de los correspondientes títulos académicos o profesionales. En materia de legislación y ordenación básica es competencia estatal, pero su ejecución es competencia autonómica, a través de los Institutos de Formación Profesional. Y comprende un conjunto de ciclos formativos con una organización modular, de duración variable y contenidos teórico-prácticos adecuados a los diversos campos profesionales y son de Formación Profesional Básica, formativos de grado medio y ciclos formativos de grado superior. Estos ciclos formativos corresponderán con los títulos de Formación Profesional recogidos en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales.

II. REGULACIÓN Y CONTENIDO DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL REGLADA

1. En el ámbito europeo

La Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, *relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales*, establece un régimen de reconocimiento de las cualificaciones profesionales tendente a favorecer la flexibilidad de los mercados laborales, conseguir una mayor liberalización de la prestación de los servicios, fomentar una mayor automaticidad en el reconocimiento de las cualificaciones y simplificar los procedimientos administrativos. Se aplica a todo nacional de un Estado miembro de la Unión Europea (UE) que quiera ejercer, bien por cuenta propia, bien por cuenta ajena, una profesión regulada en un Estado miembro distinto de donde ha adquirido sus cualificaciones profesionales.

En el actual panorama de globalización de los mercados y de continuo avance de la sociedad de la información, las estrategias coordinadas para el empleo que

postula la Unión Europea se orientan con especial énfasis hacia la obtención de una población activa cualificada y apta para la movilidad y libre circulación, cuya importancia se resalta expresamente en el Tratado de la Unión Europea.

2. A nivel nacional

La Constitución Española, en el artículo 27 reconoce el Derecho a la educación, que tiene en la formación profesional una vertiente de significación individual y social creciente. Y es el artículo 40.2 de la misma, dentro de los principios rectores de la política social y económica, en el que se exige de los poderes públicos el fomento de la formación y readaptación profesionales, instrumentos ambos de esencial importancia para hacer realidad el derecho al trabajo, la libre elección de profesión u oficio o la promoción a través del trabajo.

El desarrollo legislativo de la regulación de la Formación Profesional reglada, se contiene en distintos tipos de normas, que son:

- En las normas educativas. Esta modalidad de Formación Profesional, al formar parte del sistema educativo, se regula en el capítulo V, artículos 39 a 44, del título I de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación⁸⁷² (LOE) con las últimas reformas introducidas por el artículo único de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE).

Su concepto y finalidad se recogen en el art. 39.2 de la LOE, de nueva redacción por la LOMCE, “preparar al alumnado para la actividad en un campo profesional y facilitar su adaptación a las modificaciones laborales que pueden producirse a lo largo de su vida, contribuir a su desarrollo personal y al ejercicio de una ciudadanía democrática, y permitir su progresión en el sistema educativo y en el sistema de formación profesional para el empleo, así como el aprendizaje a lo largo de la vida”.

⁸⁷² La técnica normativa elegida, de modificación limitada de la Ley Orgánica de Educación (LOE), responde a las recomendaciones de la OCDE basadas en las mejores prácticas de los países con sistemas educativos con mejores resultados, en los que las reformas se plantean de manera constante sobre un marco de estabilidad general según se van detectando insuficiencias o surgen nuevas necesidades. La propuesta de la Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE) surge de la necesidad de dar respuesta a problemas concretos de nuestro sistema educativo que están suponiendo un lastre para la equidad social y la competitividad del país, primando la consecución de un marco de estabilidad y evitando situaciones extraordinarias como las vividas en nuestro sistema educativo en los últimos años. Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/517990-lo-8-2013-de-9-dic-para-la-mejora-de-la-calidad-educativa.html#au

De acuerdo con los distintos ciclos formativos, que como hemos dicho, comprende la Formación Profesional Reglada, el Gobierno dictó el Real Decreto 1147/2011, de 29 de julio, por el que se establece la ordenación general de la Formación Profesional del sistema educativo (de implantación progresiva en los cursos 2011/12 y 2012/13⁸⁷³), en el que recoge las titulaciones correspondientes a los estudios de formación profesional, así como los aspectos básicos del currículo de cada una de ellas.

Por su parte, la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, ha introducido un nuevo artículo, el 42 bis recogiendo la Formación Profesional dual del Sistema Educativo Español: “el conjunto de acciones e iniciativas formativas que, en corresponsabilidad con las empresas, tienen por objeto la cualificación profesional de las personas, armonizando los procesos de enseñanza y aprendizaje entre los centros educativos y los centros de trabajo”. Remitiendo al Gobierno la regulación de las condiciones y requisitos básicos que permitan su desarrollo por las Administraciones educativas, que se ha llevado a cabo por el Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual. A mencionar sobre este tema, por su actualidad, la Orden ESS/41/2015, de 12 de enero, -por la que se modifica la Orden ESS/2518/2013, de 26 de diciembre-, que regula los aspectos formativos del contrato para la formación y el aprendizaje, en desarrollo del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual.

- Con carácter más especializado, es la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional (LCFP)⁸⁷⁴, la que recoge el marco normativo de la formación profesional, garantizando la deseable corres-

⁸⁷³ Téngase en cuenta que la disposición adicional sexta del R.D. 127/2014, de 28 de febrero, por el que se regulan aspectos específicos de la Formación Profesional Básica de las enseñanzas de formación profesional del sistema educativo, se aprueban catorce títulos profesionales básicos, se fijan sus currículos básicos y se modifica el Real Decreto 1850/2009, de 4 de diciembre, sobre expedición de títulos académicos y profesionales correspondientes a las enseñanzas establecidas en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, («B.O.E.» 5 marzo) establece que todas las disposiciones contempladas en el presente Real Decreto, a excepción de la disposición adicional séptima, serán de aplicación en el curso 2015-2016 o podrán anticiparse al curso 2014-2015 siempre que no se opongan a lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, a lo establecido en la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, y a lo regulado en este real decreto. Los ciclos formativos de grado medio y superior cuya implantación estuviera prevista para el curso escolar 2014-2015 se implantarán en el curso escolar 2015-2016. No obstante, las Administraciones educativas podrán anticipar dicha implantación.

⁸⁷⁴ Reformada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y la Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la Ley de Economía Sostenible, por la que se modifican las Leyes Orgánicas 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

pondencia entre las cualificaciones profesionales⁸⁷⁵ y las necesidades del mercado de trabajo, de acuerdo con las leyes de Empleo y de Educación. Ordena un sistema integral de formación profesional, cualificaciones y acreditación que pueda responder con eficacia y transparencia a las demandas sociales y económicas a través de las diversas modalidades formativas.

Con este fin se crea el Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional, en cuyo marco deben orientarse las acciones formativas programadas y desarrolladas en coordinación con las políticas activas de empleo y de fomento de la libre circulación de los trabajadores, contribuyendo a la transparencia y a la movilidad de los trabajadores en la medida que facilita el reconocimiento de su cualificación, tanto en España como en los países europeos ya que instituye referentes reconocidos por todos (empresas y trabajadores, administraciones educativas y laborales, ministerios y comunidades autónomas), identifica niveles de competencia y de formación y, especialmente, permite reconocer la experiencia laboral y otras vías no formales de aprendizaje concediéndoles un valor en los sistemas formativos.

Establece los títulos de formación profesional y los certificados de profesionalidad que tienen carácter oficial y validez en todo el territorio nacional y serán expedidos por las Administraciones competentes ordenando un sistema integral de formación profesional, cualificaciones y acreditación, que responda con eficacia y transparencia a las demandas sociales y económicas a través de las diversas modalidades formativas así como la oferta de formación sostenida con fondos públicos y que favorezca la formación a lo largo de toda la vida, acomodándose a las distintas expectativas y situaciones personales y profesionales⁸⁷⁶.

La ordenación, el Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional, toma como punto de partida los ámbitos competenciales propios de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como el espacio que corresponde a la participación de los agentes sociales, cuya representatividad y necesaria colaboración quedan reflejadas en la composición del Consejo

⁸⁷⁵ En la exposición de motivos de esta Ley se recoge el concepto técnico de cualificación profesional, entendida como el “conjunto de competencias con significación para el empleo, adquiridas a través de un proceso formativo formal e incluso no formal que son objeto de los correspondientes procedimientos de evaluación y acreditación”.

⁸⁷⁶ Contribuye a su transparencia y a la movilidad de los trabajadores en la medida que facilita el reconocimiento de su cualificación, tanto en España como en los países europeos. Instituye referentes reconocidos por todos (empresas y trabajadores, administraciones educativas y laborales, ministerios y comunidades autónomas), identifica niveles de competencia y de formación y, especialmente, permite reconocer la experiencia laboral y otras vías no formales de aprendizaje concediéndoles un valor en los sistemas formativos. http://www.mecd.gob.es/educa/incual/ice_faqs.html#faq02

General de Formación Profesional, a cuyo servicio se instrumenta, como órgano técnico, el Instituto Nacional de las Cualificaciones⁸⁷⁷.

c) El reparto de competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de Formación Profesional reglada, y su repercusión en la ordenación de la Formación Profesional reglada.

El reparto competencial entre el Estado y las distintas regiones, determina la compleja configuración en nuestro país de la Formación Profesional reglada. Siendo esta Formación la que se integra dentro del sistema educativo, a nivel constitucional, partimos necesariamente del reconocimiento al Estado de “la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos” (artículo 149.1.30 CE), desarrollándose, como ya indicamos, por el Real Decreto 1147/2011, de 29 de julio, que regula la “ordenación general de la formación profesional del sistema educativo”. Así pues, la Administración General del Estado es la que conforme con el artículo 149.1.30 CE, y previa consulta del Consejo General de la Formación Profesional determina los títulos y certificados de profesionalidad que constituyen la Formación Profesional, sin perjuicio de la posibilidad de “ampliar los contenidos de los correspondientes títulos de Formación Profesional” por las Administraciones educativas, dentro del ámbito de sus competencias (art. 10.2 LO 5/02).

Así, las Comunidades Autónomas en el ámbito de la Formación Profesional del sistema educativo tendrán competencia para regular todo lo referente a la aprobación de normas de desarrollo de la legislación estatal reguladora de los derechos reconocidos en el artículo 27 CE, y competencias de ejecución y gestión en materia educativa, con el único límite del respeto a los límites genéricos del artículo 149.1.1. y 1. 13 CE, es decir, los principios de igualdad de derechos y obligaciones de los españoles, y la competencia Estatal de marcar las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

En este contexto, los diversos Estatutos de Autonomía regulan y desarrollan el reconocimiento de competencias en materia de formación, de tal forma que po-

⁸⁷⁷ La regulación y coordinación del Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional se hace por: la Administración General del Estado a la que le corresponde la regulación y la coordinación del Sistema, sin perjuicio de las competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas y de la participación de los agentes sociales, el Consejo General de Formación Profesional que es el órgano consultivo y de participación institucional de las Administraciones públicas y los agentes sociales y de asesoramiento del Gobierno en materia de formación profesional, sin perjuicio de las competencias que el Consejo Escolar del Estado tiene atribuidas, y, el Instituto Nacional de las Cualificaciones que es el órgano técnico de apoyo al Consejo General de la Formación Profesional responsable de definir, elaborar y mantener actualizado el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales y el correspondiente Catálogo Modular de Formación Profesional.

demos afirmar que todas prácticamente (salvo, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla), han asumido el traspaso competencial en materia educación, y por tanto todas ejercen sus competencias en materia de Formación Profesional reglada, (dentro de los límites antes referidos, que realmente vienen puntualmente delimitados por el Real Decreto 1147/2011). De hecho, en esta materia no existen los conflictos que sí se han planteado en el ámbito de la distribución de competencias en materia de formación profesional no reglada o también denominada “para el empleo”, ligada a la ordenación del trabajo asalariado y a las políticas de empleo, y que el Tribunal Constitucional viene resolviendo dentro de la interpretación del artículo 149.1.7 CE, delimitando las competencias autonómicas dentro de la capacidad de ejecución (organización y gestión), que el propio precepto reconoce a las autonomías (STC 111/2012, de 24 de mayo).

En definitiva, las administraciones educativas de las distintas regiones tienen capacidad y responsabilidades no sólo en cuanto a la administración y gestión de los sistemas educativos en su ámbito territorial, sino también ejercitar los poderes educativos ejecutivos y las capacidades normativas que no estén incluidos en el grupo de poderes reservados al Estado. Por lo tanto, el gobierno de cada región posee título administrativo para el desarrollo de su sistema de Formación Profesional en su Comunidad y están legitimadas para crear, autorizar y dirigir los centros educativos públicos, privados y concertados, y administrar a su personal, equipamiento, así como los servicios de atención a las necesidades del alumno (consejo académico, equipos multi-profesionales).

También amplían las aportaciones del Estado relativas a los currículos educativos. El Ministerio de Educación oferta sus propios currículos agrupados por familias profesionales, estableciendo el contenido básico de las enseñanzas mínimas de los currículos, -solo en un porcentaje medio-, y cada Comunidad Autónoma es competente para delimitar el resto, configurando mediante las correspondientes normas autonómicas, los currículos definitivos. Esto se traduce en la práctica en el hecho de que, dependiendo de la región en la que nos encontremos, los ciclos formativos contarán con contenidos formativos distintos, y que algunas Comunidades sean pioneras en cuanto a módulos concretos, o al introducir por ejemplo, módulos bilingües en los ciclos formativos, como sucede en el caso de Andalucía y Aragón.

En cuanto a los mínimos que marca la norma estatal en materia de currículo, el artículo 8.3 RD 1147/11, se limita a indicar que las Administraciones deberán tener en cuenta “al establecer el currículo de las enseñanzas reguladas en el presente real decreto, la realidad socioeconómica del territorio de su competencia, así como las perspectivas de desarrollo económico y social, con la finalidad de que las enseñanzas respondan en todo momento a las necesidades de cualificación de los sectores socio-productivos de su entorno”, y para ello se insta a que se tengan en cuenta a los interlocutores sociales.

Por último, recordar que las regiones son competentes también para llevar a cabo y desarrollar otros aspectos clave, como son los planes de investigación pedagógica y experimental, la administración de las becas y regulan la composición y funciones del Consejo Escolar existente a nivel de su región.

III. ORDENACIÓN Y ORGANIZACIÓN ACTUAL DE LAS ENSEÑANZAS DE FORMACIÓN PROFESIONAL REGLADA

Partimos de la configuración de la Formación Profesional reglada como un sub-sistema o modalidad de formación dentro del sistema de formación y cualificación profesional general, (en paralelo con otros como el de formación profesional para el empleo, y la formación dual).

La Formación Profesional reglada oferta actualmente a nivel estatal de aproximadamente ciento cincuenta ciclos formativos, organizados por módulos, en veintiséis familias profesionales, basados cada uno en contenidos teórico-prácticos adecuados a los distintos campos profesionales. Los títulos tienen validez en todo el territorio del Estado, con valor académico y profesional. Actualmente, las familias profesionales más demandadas actualmente, son las de administración y gestión, sanidad y electricidad y electrónica.

Las enseñanzas de Formación Profesional del sistema educativo se ordenan, conforme con el contenido del artículo 4 del Real Decreto 1147/2011, de 29 de julio, (Título I, Capítulo I) en:

FP Básica; FP de Grado Medio; FP de Grado Superior; Cursos de especialización.

De estos niveles el de Formación Profesional Básica, iniciado en el curso 2014/2015, sustituye a los anteriores Programas de Cualificación Profesional Inicial (ICPI). Este nivel es distinto al resto porque forma parte de la educación obligatoria y gratuita. Está dirigido a alumnos de entre 15 y 17 años, que habiendo cursado 3º de ESO (2º de ESO, excepcionalmente), acceden a propuesta de los propios equipos docentes del la ESO. Con él se obtiene el título de Técnico Profesional Básico.

Todos los niveles formativos de Formación Profesional están referidos al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, y se dirigen a formar en perfiles profesionales concretos y se estructuran en módulos profesionales específicos de los Programas de Cualificación Profesional inicial, con distinta duración según los casos.

Los títulos de Grado Medio y Superior son comunes en todo el territorio, pero dada la distribución de competencias en la materia, los planes de estudio, evalua-

ción, gestión de matrículas, calendario, y organización en general de la formación al ser aspectos regulados por cada Comunidad Autónoma, presentan particularidades que se tienen que tener en cuenta, y que configura estas enseñanzas de forma no homogénea en nuestro país.

La Formación Profesional reglada puede cursarse de forma presencial, en centros ordinarios, integrados y de referencia nacional, pero también a distancia, o semipresencial. La Disposición Adicional 6ª de la Ley 5/2002 (añadida por LO 4/2011), autoriza al Gobierno, en el ámbito de sus competencias y en colaboración con las Autonomías, la puesta en marcha de una plataforma de educación a distancia en todo el Estado, para facilitar la posibilidad de cursar módulos profesionales correspondientes a los ciclos formativos de grado medio o superior, o módulos formativos de los certificados de profesionalidad. El objetivo es incentivar la formación para aquellos estudiantes que deben conciliar trabajo, o cargas familiares (art. 5.2 RD 1147/11). Para dar cumplimiento a este precepto, cada Administración educativa según sus competencias, ha adoptado las medidas necesarias y dictado las instrucciones a los centros para la puesta en marcha de la educación a distancia en las enseñanzas de Formación Profesional, que ya son una realidad.

Los títulos que se obtienen del sistema educativo de Formación Profesional de ciclo largo o reglada son los denominados “títulos de Formación Profesional” (de grado medio o superior, esto es, Técnico y Técnico Superior), expedidos por la Administración educativa central, y con “carácter oficial y validez en todo el territorio nacional” (RD 1147/2011, de 29 de julio, y los Anexos del RD 777/1998, de 30 de abril, -en vigor hasta en tanto no se sustituya por norma, según Disposición Derogatoria del RD 1538/2006-).

Por último, se debe hacer mención a las denominadas estancias complementarias de la formación reglada en los niveles medio y superior, que forman parte de la nueva Formación Profesional dual. En el año 2015 ya son 18 las Comunidades Autónomas que ofertan ciclos formativos en este régimen, que no es sino formación completada con prácticas profesionales de los alumnos en empresas y centros de trabajo. Aunque su regulación ya vimos que se desarrolla en el RD 1529/2012, (en desarrollo del art. 42.2 LO 2/2006), su implantación definitiva depende de las Administraciones educativas de las regiones.

Por su parte, en el ámbito de la Formación Profesional reglada el artículo 12 del RD 1147/2011, prevé el que se denomina “módulo profesional de formación en centros de trabajo”, que debe incluirse obligatoriamente en el currículo de los ciclos formativos de grado medio y superior. Se aclara expresamente por el legislador, que la actividad del alumno en las empresas vinculada a este módulo no tienen carácter laboral y que podrán quedar exentos los alumnos que acrediten “ex-

perencia laboral relacionada con los estudios profesionales respectivos”, o cuando se “acredite una experiencia, correspondientes al trabajo a tiempo completo de un año, relacionada con los estudios profesionales respectivos” (art. 39 RD 1147/11).

Una posibilidad muy interesante es la realización de este módulo en centros de trabajo de cualquier país de la Unión Europea. Para ella es necesario que se firmen Convenios a nivel autonómico, y sus centros educativos en el marco del SEPIE (Servicio Español para la Internacionalización de la Formación). El papel en esta materia de las administraciones autonómicas es determinante.

IV. CONCLUSIONES

Es una realidad aún no superada en nuestro ideario, la infravaloración de la Formación Profesional reglada, a nivel general y por nuestro propio sistema educativo. Este problema no es exclusivo de España, según señala el informe *Skills beyond school (competencias más allá de la escuela)*, de la OCDE, (2014). En dicho informe se llama la atención sobre el trato desigual y la minusvaloración que sufre este tipo de formación en nuestro sistema educativo. Frente a esta limitante realidad, paradójicamente las previsiones de creación de empleo apuntan a que alrededor de dos tercios del empleo que se creará en España antes de 2020, lo serán en categorías de técnicos y profesionales, es decir, en los niveles más vinculados a la Formación Profesional de Grado superior. Los profesionales de Recursos Humanos son cada vez más conscientes del valor de los alumnos formados en los ciclos formativos de Formación Profesional, bien formados y con habilidades profesional del que carecen los estudiantes de otras titulaciones. Este valor añadido puede verse desarrollado aún más, si la formación profesional dual o en alternancia obtiene el impulso y buenos resultados que son previsibles.

No obstante, la realidad sigue siendo que el número de titulados en Formación Profesional reglada en nuestro país es notablemente inferior a la media de los países de la Unión Europea (46,1%, frente al 33,3% de España, según los datos aportados desde el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte). Sin embargo en los últimos años, -probablemente por efecto de la crisis-, el incremento experimentado en el número de alumnos matriculados se ha sido notable, siendo en el curso 2013/2014 superior en un 90 por ciento respecto del curso 2007/2008.

En todo caso es necesaria la aprobación y aplicación de políticas educativas que apuesten por una Formación Profesional oficial de calidad. En los últimos años se han dado pasos desde la propia U.E. en el contexto del *Marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación* (ET 2020), pero los datos objetivos nos indican que queda mucho por avanzar en el ámbito de nuestro sistema educativo. Elementos como la implantación de formación dual, la

potenciación del bilingüismo en este nivel formativo, los convenios para la internacionalización de la educación que permita realizar prácticas profesionales en el extranjero, la experimentación e innovación docente aplicada a la Formación Profesional, el incremento de ayudas públicas para estudiantes, serán la clave en el despegue, (eso sí, siempre que las limitaciones presupuestarias se eliminen en el ámbito educativo).

Al fin y al cabo el sistema de Formación Profesional debe ser reconocido como un instrumento estratégico imprescindible para la economía, pero también para el tan necesario acceso al trabajo decente y la inserción laboral, y por tanto para nuestra sociedad que tiene el reto de formar a su población para afrontar los retos de un mundo vertiginosamente cambiante.

8.4. LA FORMACIÓN PROFESIONAL PARA DESEMPLEADOS

M^a ISABEL GRANADOS ROMERA

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social
Universidad de Granada*

I. ANTECEDENTES NORMATIVOS: LA FORMACIÓN PROFESIONAL OCUPACIONAL

La formación profesional ocupacional, como establecía el Real Decreto núm. 631/1993, de 3 de mayo, ya derogado (mediante el que se regulaba el Plan Nacional de Inserción y Formación Profesional), estaba dirigida a los trabajadores desempleados, con el objetivo de insertarles laboralmente en aquellos casos en los que carecían de formación o la que tenían resultaba insuficiente o inadecuada. Es decir, su objetivo era potenciar la reinserción en el mercado de trabajo de la población en situación de desempleo, o mejorar las posibilidades de ocupación a través de distintas acciones formativas⁸⁷⁸. Por ello estaba prevista para:

⁸⁷⁸ En este sentido VV.AA., *Lecciones de Derecho del Empleo*, coord. Por J.M., MORALES ORTEGA Y F.J. CALVO GALLEGU, Madrid, Tecnos, 2003, p. 424.

- a) Desempleados perceptores de prestación o subsidio por desempleo.
- b) Desempleados mayores de veinticinco años, en especial los que lleven inscritos más de un año como parados, aunque no fueran perceptores del subsidio.
- c) Desempleados menores de veinticinco años que hubiesen perdido un empleo anterior, de al menos seis meses de duración, aunque no fuesen perceptores de subsidio de desempleo.
- d) Desempleados con especiales dificultades para su inserción o reinserción laboral, en especial mujeres, discapacitados y migrantes.

Los demandantes del primer empleo, únicamente, podrían participar de las acciones de formación ocupacional siempre y cuando tales acciones las hubieran solicitado las empresas y se hubiesen comprometido a la contratación, de al menos, el 60% de los alumnos formados.

Es decir, con el objeto de insertar o reinsertar laboralmente a tales colectivos, se emprenden acciones de cualificación, recualificación o puesta al día de sus competencias profesionales, las cuáles podían acreditarse mediante las certificaciones correspondientes.

El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, teniendo en cuenta las propuestas de las Comunidades Autónomas, realizaba la planificación de las acciones a desarrollar, atendiendo a las especialidades formativas y a los colectivos prioritarios, para ello se tenía en cuenta la tasa de desempleo y las necesidades formativas en las distintas Comunidades Autónomas atendiendo a sectores productivos. Realizada tal planificación, inicialmente el INEM y posteriormente el SEPE, o en su caso las Comunidades Autónomas que habían asumido la gestión de la Formación e Inserción Profesional, elaborarán la programación de los cursos.

Los cursos podían tener carácter presencial o a distancia, a criterio del Ministerio de Trabajo. Estos cursos debían incluir una parte práctica, que se realizaría en aulas-taller o empresas, con las que debían haber realizado con carácter previo los correspondientes convenios de colaboración. En dichos convenios se describirán los aspectos relativos a la realización de las prácticas: contenido, duración, lugar y horario, sistema de tutorías para poder llevar a cabo el proceso de evaluación.

La realización de las prácticas en empresas no implicaba la existencia de relación laboral entre los alumnos y la empresa dónde aquellas se realizaban, pero permitía a las entidades colaboradoras la recepción de una subvención a modo de compensación económica, en la que se incluiría el coste de la suscripción de una póliza colectiva de accidentes de trabajo.

Los alumnos participantes en las acciones formativas del Plan Nacional de For-

mación e Inserción Profesional gozarían de gratuidad de la formación, y además podrían beneficiarse de ayudas de transporte, manutención, alojamiento y, de becas cuando se trate de empleados discapacitados.

Las acciones de formación eran impartidas:

- a) Por centros colaboradores⁸⁷⁹.
- b) Las organizaciones empresariales o sindicales, los organismos paritarios de formación de ámbito sectorial estatal y las organizaciones representativas de economía social.
- c) Las entidades públicas o privadas de formación o las empresas con las que se haya suscrito convenio de colaboración.

Este fue el sistema que estuvo en vigor hasta el 12 de abril de 2007, día en el que entró en vigor el Real Decreto núm. 395/2007, de 23 de marzo, en el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo. El citado Decreto es fruto de las negociaciones entre el Gobierno y los interlocutores sociales y concretamente del Acuerdo de Formación Profesional para el Empleo, que se pactó el 7 de febrero de 2006. Con dicho Pacto se pretendía hacer del aprendizaje permanente en nuestro país, un elemento fundamental no sólo para la competitividad y el empleo, sino también para el desarrollo profesional y personal de los trabajadores⁸⁸⁰. En el diseño del sistema de formación profesional para el empleo han influido las directrices de la política de la Unión Europea, así en esta línea se ha de mencionar expresamente la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006 sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente, en la que se indica que: *“El aprendizaje permanente se ha convertido en una necesidad para todos los ciudadanos. Necesitamos mejorar nuestras aptitudes y competencias a lo largo de toda nuestra vida, no sólo para realizarnos*

⁸⁷⁹ Para tener el carácter de centro colaborador debían reunirse los requisitos del artículo 10 del RD 631/1993, de 3 de mayo. Es decir, debían reunir condiciones higiénicas, acústicas, de habitabilidad y de seguridad, exigidas por la legislación vigente, y disponer de licencia de apertura del Ayuntamiento como centro de formación. Además debían reunir los siguientes requisitos mínimos: a) Un aula por especialidad que tendrá un mínimo de 30 metros cuadrados para grupos de 15 alumnos; b) un taller para realizar las prácticas profesionales, a partir de la superficie mínima indicada para las aulas dependiendo de cada especialidad, que permita que todos los alumnos del mismo curso realicen las prácticas simultáneamente. Para cada especialidad homologada deberán cumplir los requisitos que se establezcan al aprobarse los itinerarios formativos y las enseñanzas mínimas que conduzcan al correspondiente certificado de profesionalidad. Y en cuanto a las instalaciones, el centro deberá disponer de: a) Un espacio de 50 metros cuadrados, como mínimo, para despachos de dirección, sala de profesores y actividades de coordinación. b) Una secretaría. c) Aseos y servicios higiénico-sanitarios en número adecuado a la capacidad del centro. Por último señalar que el profesorado deberá ser experto en la especialidad formativa de que se trate y acreditar documentalmente su formación.

⁸⁸⁰ Vid. Exposición de motivos del RD núm. 631/1993, de 3 de mayo.

personalmente y ser capaces de participar activamente en la sociedad en que vivimos, sino también para poder tener éxito en un mundo laboral en constante evolución".

II. EL SUBSISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO: UN SISTEMA INTEGRAL Y TOTALIZADOR DE FORMACIÓN PARA EL EMPLEO

Con el RD 395/2007, se acababa con la diferenciación entre formación ocupacional (prevista para desempleados) y continua⁸⁸¹ (prevista para trabajadores empleados para mejorar sus competencias y cualificaciones o conseguir su recualificación, con objeto de mantener y/o mejorar su empleo y alcanzar una mayor competitividad de las empresas), encuadrándose todo en el Sistema de Formación para el Empleo. De este modo se pretende proporcionar una oferta amplia de formación que cubra las necesidades de todo sujeto relacionado con el empleo: desempleados, empleados públicos y trabajadores por cuenta ajena ocupados, con independencia de las particularidades que se puedan establecer atendiendo a las necesidades específicas de cada colectivo. Se pretendía de este modo poner fin a la desintegración existente en el sistema de formación a raíz de la separación nítida entre formación profesional ocupacional (para desempleados) y formación continua (para trabajadores en activo).

Por todo ello, la formación profesional para el empleo, y según lo establecido en el art. 26 de la Ley de Empleo⁸⁸², podría definirse como una política activa de empleo cuyo objetivo es ofrecer conocimientos adecuados a las necesidades del mercado de trabajo, tanto para ciudadanos que desean insertarse o reinsertarse en la actividad laboral con el objeto de adquirir conocimientos, habilidades y cualificaciones para ofrecer su prestación de trabajo, como para empleados que deben readaptarse a su puesto de trabajo, a los cambios tecnológicos y transformaciones en general del proceso productivo⁸⁸³.

⁸⁸¹ El subsistema de formación continua se regulaba en el RD 1046/2003, de 1 de agosto (BOE de 12 de septiembre). Ya derogado.

⁸⁸² Modificado por el Real Decreto-Ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo. Aunque el sistema de Formación profesional para el empleo se creó mediante el Decreto 395/2007, su reflejo en el marco legal no tuvo lugar hasta 2011.

⁸⁸³ En este sentido BLAZQUEZ AGUDO, E. M., *El sistema de formación profesional para el empleo: hacia la creación de un derecho laboral*, Pamplona, 2012, p. 103.

Sobre los objetivos de la formación profesional para el empleo véase GARCÍA QUIÑONES, J. C., en VV.AA. *Comentarios a la Ley de Empleo*, VALDÉS DAL-RE, F., (Dir.) Madrid, La Ley, 2012, p. 482-483.

El art. 4 del RD 395/2007, establece que el subsistema de formación profesional para el empleo está integrado por cuatro categorías o tipos de acciones, que son:

- Formación de demanda: está dirigida exclusivamente a trabajadores asalariados, puede considerarse la heredera directa del anterior subsistema de formación continua.
- Formación de oferta: regulada en los artículos 20-25 RD 395/2007, está integrada por los denominados planes de formación, dirigidos a trabajadores ocupados y las acciones formativas dirigidas prioritariamente a desempleados en aquellos empleos que requiere el sistema productivo.
- Formación en alternancia con el empleo: según el art. 26 RD 395/2007, incluye las acciones formativas de los contratos para la formación y los programas públicos de empleo y formación, permitiendo al trabajador compatibilizar la formación y la práctica profesional en el puesto de trabajo.
- Y por último, acciones de apoyo y acompañamiento a la formación, que son aquellas que permiten mejorar la eficacia del sistema (realización de estudios de carácter general y sectorial, acciones de investigación e innovación, información y orientación profesional de trabajadores desempleados y ocupados en relación con las oportunidades de formación y empleo y con las posibilidades de reconocimiento y acreditación de su cualificación).

No obstante, el sistema de formación profesional para el empleo ha sido ya objeto de tratamiento específico, es por ello que se procederá a analizar exclusivamente aquellas acciones de formación dirigidas exclusivamente a desempleados, que es la finalidad del presente apartado.

III. FORMACIÓN DE OFERTA: ACCIONES FORMATIVAS DIRIGIDAS A LOS TRABAJADORES DESEMPLEADOS

1. Objetivos

En el art. 25 del RD 395/2007, se regulan las acciones formativas dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados. El objetivo de estas acciones es la inserción o reinserción laboral de trabajadores desempleados en aquellos empleos que requiere el sistema productivo. Serán los órganos o entidades competentes de las Comunidades Autónomas los que programarán tales acciones atendiendo para ello a un doble criterio:

- a) Las necesidades de cualificación.
- b) Las ofertas de empleo detectadas.

Las acciones deberán estar dirigidas a la obtención de los certificados de profesionalidad referidos al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales.

2. Selección de los candidatos y obligaciones de los participantes

Para que los trabajadores puedan participar en estas acciones deberán figurar inscritos como desempleados o trabajadores agrarios en los Servicios Públicos de Empleo. En el proceso de selección se distingue una doble fase; en primer lugar los Servicios Públicos de Empleo preseleccionan a los candidatos de acuerdo con los objetivos que se pretendan, atendiendo a las necesidades de formación de los trabajadores, y en todo caso, con absoluto respeto al principio de igualdad de sexos. En segundo lugar, la selección definitiva la realizan los centros responsables de impartir la formación, debiendo comunicar de modo inmediato al Servicio Público de Empleo que realizó la selección, las altas y bajas de los alumnos (en tiempo real y de modo telemático), y las renuncias no presentaciones y abandonos de acciones formativas por parte de los trabajadores, con indicación de las causas de dichas circunstancias (art. 19 Orden TAS 718/2008 de 7 de marzo, por la que se desarrolla el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, en materia de formación de oferta y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas destinadas a su financiación).

Los trabajadores deberán asistir y seguir con aprovechamiento las acciones formativas en las que participen. Constituirá causa de exclusión de las mismas el incurrir en más de tres faltas de asistencia no justificadas al mes.

3. La realización de prácticas profesionales: parte integrante de la acción formativa

La Administración potenciará la realización de acuerdos con empresas, públicas o privadas, para la realización de prácticas profesionales, si bien la realización de las mismas no supondrá en ningún caso la existencia de relación laboral entre la empresa y alumnos. En el Acuerdo deberá indicarse el contenido de las prácticas, su duración, lugar de realización y horario, y el sistema de tutorías para el seguimiento y evaluación de las mismas. Las empresas recibirán una compensación económica por alumno/hora de práctica, de hasta un máximo de seis euros, en la que se incluirá el coste de la suscripción de una póliza colectiva de accidentes de trabajo (art. 24.2 de la Orden TAS 718/2008 de 7 de marzo).

4. Ayudas económicas y becas previstas para los participantes

Los trabajadores desempleados que participen en tales acciones de formación podrán recibir ayudas en concepto de:

1.- Transporte: Los trabajadores desempleados que utilicen la red de transportes públicos urbanos para asistir a la formación tendrán derecho a percibir una ayuda cuyo importe asciende a 1.5 euros por día de asistencia, según dispone el Anexo III de la Orden 718/2008. En el caso de que sea precisa la utilización de transporte público para el desplazamiento interurbano o interinsular, será la Administración pública competente la que determine su cuantía y sistema de justificación.

Cuando no exista medio de transporte público entre el domicilio del alumno y el del centro o este transporte no tenga un horario regular que permita compatibilizarlo con el de la acción formativa, se podrá tener derecho a la ayuda en concepto de transporte en vehículo propio. Esta circunstancia será apreciada por el órgano competente para el abono de la ayuda. La ayuda en concepto de transporte en vehículo propio tendrá una cuantía máxima por día de asistencia de 0,19 euros por kilómetro.

2.- Manutención: Se tendrá derecho a la ayuda de manutención cuando el horario de impartición sea de mañana y tarde y la Administración pública competente así lo establezca, principalmente por razón de la distancia, la cuantía será de 12 euros/día lectivo.

3.- Manutención y alojamiento: Se tendrá derecho a la ayuda por alojamiento y manutención cuando, por la red de transportes existente, los desplazamientos no puedan efectuarse diariamente antes y después de las clases. La concurrencia de esta última circunstancia será apreciada por el órgano de la Administración pública competente para el abono de la ayuda. La ayuda en concepto de alojamiento y manutención tendrá una cuantía de hasta 80,00 euros/día natural. En este supuesto, el alumno tendrá derecho a los billetes de transporte en clase económica de los desplazamientos inicial y final.

4.- Así como ayudas que permitan conciliar su asistencia a la formación con el cuidado de hijos menores, de seis años, o de familiares dependientes, ayuda que ascenderá al 75% del IPREM diario, por día de asistencia.

Cuando los trabajadores desempleados participen en acciones formativas transnacionales y/o prácticas profesionales que se desarrollen en otros países, tendrán derecho a la percepción de una ayuda en concepto de alojamiento y manutención de hasta 158,40 euros/día natural, y además el importe del billete inicial y final en clase económica.

Los trabajadores desempleados con discapacidad y aquellos trabajadores que participen en programas específicos para la formación, por tener necesidades formativas especiales o con dificultades para su inserción o recualificación profesional, recibirán una beca con una cuantía máxima de 9 euros por día de asistencia;

no obstante, la citada cuantía podrá incrementarse en un 50%, cuando los destinatarios de las becas pertenezcan a colectivos con mayores dificultades de inserción y participen en programas específicos de itinerarios de formación profesional personalizados.

Será causa de pérdida del derecho a percibir la ayuda o beca incurrir en tres faltas de asistencia no justificadas al mes en cada acción formativa. No obstante, las ayudas de transportes y/o manutención no ser percibirán el día que se asista a la acción formativa.

La gestión y el abono de las becas y ayudas corresponden al Servicio Público de Empleo Estatal y a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, según sus respectivos ámbitos.

IV. ÚLTIMAS REFORMAS SOBRE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA DESEMPLEADOS

a) El Real Decreto-Ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas.

Entre las distintas medidas que adopta el Ejecutivo de 2011 como “plan de choque”⁸⁸⁴, para la reducción del desempleo de los más jóvenes, de los parados de larga duración y de los desempleados con especiales dificultades de inserción laboral, derivada ésta de su baja cualificación, se encuentra la prevista en el art. 4 del RD-Ley 1/2011, en el que se prevé que los planes de formación de oferta dirigidos prioritariamente a personas ocupadas, se permita también la participación de desempleados en unos niveles que oscilen entre el 20% y el 40% del total de las personas que inicien la acción formativa. El cambio de criterio del Legislador viene justificado por el panorama aciago, la tasa de desempleo en 2011 es de 20.33%, frente a la existente en 2007, que ascendía a 8.33%, y las previsiones son muy negativas, pues la tendencia apuntaba a que la tasa de desempleo continuaba incrementándose, de hecho en diciembre de 2013 llegaba a un 25.8%⁸⁸⁵ y en 2014 empezaba a descender pero aún de un modo muy lento, pues en diciembre del citado año teníamos un desempleo un 23.6%⁸⁸⁶.

⁸⁸⁴ Vid. Exposición de motivos del RD-Ley 1/2011, BOE de 12 de febrero.

⁸⁸⁵ Según dato estadísticos publicados por EUROSTAT, a 31 de enero de 2014. http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/3-31012014-AP/EN/3-31012014-AP-EN.PDF.

⁸⁸⁶ Véase datos publicados por EUROSTAT, a 10 de julio de 2015. <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&language=en&pcode=teilm020&tableSelectio n=1&plugin=1>

b) El Real Decreto-Ley 4/2015, de 22 de marzo, para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral.

El Gobierno vuelve a llevar a cabo una reforma, urgente, sobre el sistema de formación profesional que también afecta a la formación profesional para desempleados, el art. 12 del citado Decreto prevé oferta formativa específica para trabajadores desempleados, es decir, se distingue de forma nítida de la prevista para trabajadores ocupados, a diferencia de la regulada en el RD 395/2007, en el que la Formación de Oferta, no estaba prevista exclusivamente para desempleados sino que también contempla medidas orientadas a trabajadores en activo.

Las principales características del nuevo sistema que se prevé en el art. 12 del RD-Ley 4/2015, pretende:

- Procurarles, a los trabajadores desempleados, la adquisición de competencias requeridas por el mercado laboral.
- Proporcionarles formación ajustada a las necesidades formativas individuales y del sistema productivo.

Es en este aspecto donde reside la principal diferencia entre el sistema que se pretende implantar y el actual, se pretende una mayor conexión entre las necesidades del Mercado de Trabajo y los procesos de formación, de modo que éstos estén especialmente orientados a atender aquellas⁸⁸⁷.

Para alcanzar tales objetivos, se tendrá en cuenta el perfil del trabajador elaborado por los Servicios Públicos de Empleo según lo previsto en la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo.

El diseño, programación y difusión de esta oferta formativa corresponde a las Administraciones Públicas competentes, previo informe, preceptivo y no vinculante de las organizaciones empresariales y sindicales.

La oferta formativa puede comprender los siguientes programas:

- Cobertura de necesidades formativas detectadas en los itinerarios personalizados de inserción y en las ofertas de empleo.
- Formación de personas con necesidades formativas especiales o con dificultades para su inserción o recualificación profesional.

⁸⁸⁷ Así se pone de manifiesto en la exposición de motivos del propio Decreto-Ley, al señalar las debilidades del sistema de formación profesional, el Ejecutivo indica entre otras: “*su escasa vinculación con la realidad del tejido productivo*”.

- Prácticas profesionales no laborales en empresas
- Programas formativos que incluyan compromisos de contratación.
- Y fomento del autoempleo y de la economía social.

Esta oferta formativa, con carácter general, está prevista prioritariamente para desempleados con bajo nivel de cualificación y debe incluir preferentemente acciones dirigidas a la obtención de certificados de profesionalidad, aunque puede incluir asimismo otras acciones que atiendan a las necesidades de cualificación de la población desempleada o a las ocupaciones y sectores con mayores perspectivas de empleo.

No obstante, a pesar de ser un Decreto-Ley la norma que introduce la reforma comentada, la medida en cuestión no está en vigor porque necesita desarrollo reglamentario, que no se ha producido, por tanto aún continuará aplicándose el Real Decreto 395/2007, y se habrá de esperar para conocer el impacto de la medida.

8.5. PROGRAMAS DE ESCUELAS TALLER, CASAS DE OFICIOS Y TALLERES DE EMPLEO

ANTONIO LÓPEZ-QUIÑONES GARCÍA

*Profesor Titular EU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga*

I. LOS PROGRAMAS PÚBLICOS DE EMPLEO-FORMACIÓN

1. Marco general

Las políticas activas de empleo incluyen, entre otros aspectos, el conjunto de servicios y programas de orientación, empleo y formación dirigidos a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas –y, especialmente, de aquellos colectivos con más dificultades–, de conformidad con el artículo (art.) 23 de la Ley 56/2003⁸⁸⁸. Estos servicios y programas se diseñarán y desarrollarán por las Comunidades Autónomas y por el Servicio Pú-

⁸⁸⁸ Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (*BOE* 17 de diciembre de 2003), en la redacción dada por la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (*BOE* 17 de octubre de 2014) y, anteriormente, por el Real Decreto-ley (RDL) 8/2014, de 4 de julio (*BOE* 5 de julio de 2014).

blico de Empleo Estatal (SEPE) en el ámbito de sus competencias –teniendo en cuenta los contenidos comunes establecidos en la normativa estatal de aplicación– y darán cobertura a los Ejes establecidos en el art. 4 bis.4 de dicha Ley –precepto que regula la Estrategia Española de Activación para el Empleo⁸⁸⁹–, uno de los cuales (el Eje 2) es el relativo a la formación e incluye las actuaciones de formación profesional para el empleo y de formación en alternancia con la actividad laboral, incluidos los programas públicos de empleo y formación, que mejoren la cualificación y faciliten la inserción laboral de los beneficiarios⁸⁹⁰.

En este sentido, entre las actuaciones de formación profesional para el empleo (art. 26 Ley 56/2003)⁸⁹¹, se encuentra la formación en alternancia con el empleo, que es la que tiene por objeto contribuir a la adquisición de las competencias profesionales de la ocupación mediante un proceso mixto, de empleo y formación, que permite al trabajador compatibilizar el aprendizaje formal con la práctica profesional en el puesto de trabajo, según establece el art. 26.1 del Real Decreto (RD) 395/2007⁸⁹². Esta formación en alternancia incluye, además de las acciones formativas de los contratos para la formación y el aprendizaje, los programas públicos de empleo-formación realizados por las Administraciones Públicas (art. 26.2 RD 395/2007).

Los programas públicos de empleo-formación tienen como finalidad mejorar la cualificación y las posibilidades de empleo de determinados colectivos de desempleados, recibiendo los participantes, durante el desarrollo de estos programas, formación profesional adecuada a la ocupación a desempeñar en alternancia con el trabajo y la práctica profesional (art. 28.1 RD 395/2007). Constituyen, en definitiva, unas medidas mixtas de empleo y formación que implican la realización de un trabajo efectivo en un entorno real y que permiten adquirir formación

⁸⁸⁹ Véase el Real Decreto 751/2014, de 5 de septiembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016 (*BOE* 23 de septiembre de 2014) y la Resolución de 16 de septiembre de 2014, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de septiembre de 2014, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2014, según lo establecido en el artículo 4 ter de la Ley 56/2003.

⁸⁹⁰ Con anterioridad, la referencia a estos programas de empleo-formación quedaba incluida en el art. 25.1.d) de la Ley 56/2003, tanto en su redacción originaria, que se refería a los programas y medidas que persiguieran la creación y fomento del empleo, como en la posterior dada por el RDL 3/2011, de 18 de febrero (*BOE* 19 de febrero de 2011), que se refería a las acciones y medidas en el ámbito de las oportunidades de empleo y formación. Por su parte, la antigua Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo (*BOE* 17 de octubre de 1980), contemplaba en su art. 5 el establecimiento periódico de programas de fomento del empleo por parte del Gobierno, dentro de los que se entendían incluidos estos programas de empleo y formación.

⁸⁹¹ En la redacción dada por el Real Decreto-ley (RDL) 4/2015, de 22 de marzo, para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral (*BOE* 23 de marzo de 2015).

⁸⁹² RD 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo (*BOE* 11 de abril de 2007).

y experiencia profesional dirigidas a la cualificación e inserción laboral de los beneficiarios.

En concreto, estos programas públicos de empleo-formación, que se rigen por lo establecido en su normativa específica, son los programas de Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo. Bajo el lema de “aprender trabajando y trabajar aprendiendo”, dichos programas se vienen desarrollando con notable éxito desde hace treinta años y se han consolidado como eficaces medidas de integración en el mercado de trabajo de desempleados jóvenes o con especiales dificultades de acceso al empleo mediante la formación en alternancia con la práctica profesional⁸⁹³.

Téngase en cuenta, por último, que la gestión de estos programas corresponde a las Comunidades Autónomas que tengan asumidas las competencias en el ámbito del trabajo, del empleo y de la formación (art. 28.5 RD 395/2007)⁸⁹⁴.

2. Normativa reguladora de los programas de Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo

El programa de Escuelas Taller inició su actividad en 1985, con carácter experimental, bajo la dirección y control del Instituto Nacional de Empleo, en el marco de la política del Gobierno dirigida a combatir el desempleo juvenil. Fue concebido como una medida de fomento del empleo de los jóvenes a través de la alternancia de formación y trabajo en actividades relacionadas con la rehabilitación del patrimonio y la recuperación de oficios artesanales.

A la vista de sus resultados, dicho programa fue regulado por la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 29 de marzo de 1988⁸⁹⁵. Dicha norma clarificó su ámbito de actuación como programa de empleo-formación, unificó la dispersa normativa que lo regulaba hasta el momento y estableció un programa de

⁸⁹³ A título de ejemplo, los datos de estos programas en Andalucía pueden consultarse en: http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo/web/websae/portal/es/informacion/programasSAE/programaFomentoEmpleo/ET_CO_TE/?ticket=nocas; y la evaluación de los mismos en Asturias puede verse en: DE MIGUEL DÍAZ, M., PEREIRA GONZÁLEZ, M., PASCUAL DíEZ, J. Y CARRIO FERNÁNDEZ, E. M.: *Los programas de empleo-formación en Asturias. Evaluación de las escuelas taller, casas de oficios y talleres de empleo*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 2010.

⁸⁹⁴ Las transferencias de las competencias en esta materia a las distintas Comunidades Autónomas pueden consultarse en: www.sepe.es/LegislativaWeb/buscarInformacionLeg.do?tipo=espTRANSEMP. En cuanto a la normativa reguladora de la gestión autonómica de los programas de Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo, puede verse, por ejemplo, la Orden de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía de 5 de diciembre de 2006 (BOJA 15 de diciembre de 2006), modificada por la de 21 de noviembre de 2008 (BOJA 5 de diciembre de 2008).

⁸⁹⁵ BOE 30 de marzo de 1988. Modificada por la Orden de 28 de febrero de 1994 (BOE 8 de marzo de 1994).

Casas de Oficios. Delimitó el campo de aplicación de las Escuelas Taller, orientándolo a la formación de desempleados, especialmente jóvenes menores de veinticinco años con especiales dificultades para la incorporación al empleo, para su colocación en actividades de recuperación del patrimonio artístico, histórico, cultural, natural o urbano, así como de oficios artesanales. Por otra parte, se configuraron las Casas de Oficios como centros de cualificación ocupacional y animación del empleo juvenil dirigidos a proporcionar formación a desempleados en profesiones u oficios relacionados con la rehabilitación de los entornos urbanos o del medio ambiente, la mejora en la condiciones de vida de las ciudades a través de la dotación de servicios sociales y comunitarios y la recuperación de oficios artesanos o tradicionales mediante la incorporación de nuevas técnicas. Y ambos programas se inscribieron en el marco de las iniciativas generadoras de empleo que podían ser impulsadas por los entes locales, las Comunidades Autónomas, las sociedades estatales, los diferentes organismos de la Administración del Estado o las instituciones privadas sin fines de lucro.

Posteriormente, la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 3 de agosto de 1994⁸⁹⁶, derogatoria de la anterior, completó la regulación de los programas de Escuelas Taller y Casas de Oficios y estableció la actuación de las Unidades de Promoción y Desarrollo para asegurar la ejecución de estas tareas (configurándolas como instrumentos de colaboración en la preparación, acompañamiento y evaluación de los proyectos de Escuelas Taller y Casas de Oficios y de fomento de la inserción laboral de los jóvenes participantes en dichos proyectos) y creó los Centros de Iniciativa Empresarial (cuya función era la de asesorar a los jóvenes para su establecimiento como trabajadores por cuenta propia o para su colocación por cuenta ajena).

Las modificaciones normativas producidas en los años siguientes aconsejaron dotar de una nueva regulación a este programa, contenida en la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 14 de noviembre de 2001 por la que se regula el programa de Escuelas Taller y Casas de Oficios (OMETCO)⁸⁹⁷, que continúa vigente en la actualidad⁸⁹⁸.

⁸⁹⁶ BOE 11 de agosto de 1994. Modificada por la Orden de 6 de octubre de 1998 (BOE 29 de octubre de 1998).

⁸⁹⁷ Orden de 14 de noviembre de 2001 por la que se regulan el programa de Escuelas Taller y Casas de Oficios y las Unidades de Promoción y Desarrollo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas a dichos programas (BOE 21 de noviembre de 2001). Fue modificada por Orden TIN/3434/2011, de 12 de diciembre (BOE 20 de diciembre de 2011), y por Orden ESS/1271/2013, de 24 de junio (BOE 6 de julio de 2013), en lo referente al ámbito y a la cuantía de las subvenciones aplicables.

⁸⁹⁸ Téngase en cuenta que esta Orden fue derogada por la disposición derogatoria única, apartado 1, del Real Decreto-ley (RDL) 3/2011, de 18 de febrero (BOE 19 de febrero de 2011), recuperando su

Por su parte, el programa de Talleres de Empleo tuvo su origen en el Plan Nacional de Acción para el Empleo para 1998 del Reino de España, elaborado de acuerdo con los criterios establecidos por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea en la Cumbre sobre el Empleo de Luxemburgo de 1997 (que supuso la aplicación del nuevo Título de Empleo del Tratado de Ámsterdam). Dicho Plan previó, entre otras medidas para crear más empleo y de mayor calidad, y dentro de la orientación general de fomentar la empleabilidad de los desempleados e incrementar la oferta de políticas activas de empleo, la creación de un nuevo programa de Talleres de Empleo, complementario del de Escuelas taller y Casas de oficios, que siguiera su filosofía, pero que no tuviera la limitación de edad de éste.

Este programa de Talleres de Empleo fue establecido por RD 282/1999, de 22 de febrero⁸⁹⁹. Esta medida se concibió como un programa mixto que combinaba acciones de formación y empleo, dirigidas a desempleados de veinticinco o más años, en actividades relacionadas con nuevos yacimientos de empleo de interés general y social, promovidas por entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro. Con el nuevo programa se pretendía mejorar las posibilidades de empleo del colectivo de desempleados a partir de veinticinco años, especialmente de aquellos grupos con especiales dificultades de inserción, y para ello se consideró conveniente seguir la misma metodología de empleo-formación de los programas de Escuelas Taller y Casas de Oficios, con los que comparte muchos rasgos comunes. Para la adecuada aplicación del citado RD 282/1999, se dictó la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 9 de marzo de 1999⁹⁰⁰, que desarrollaba los preceptos contenidos en aquél. Esta Orden fue derogada y sustituida por la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 14 de noviembre de 2001 por la que se regula el programa de Talleres de Empleo (OMTE)⁹⁰¹, de igual fecha que la OMETCO, que procedió a la actualización y adecuación de distintos aspectos del programa.

vigencia por la disposición derogatoria única, apartado 1, del RDL 3/2012, de 10 de febrero (*BOE* 11 de febrero de 2012) –que derogó la disposición derogatoria única del RDL 3/2011–, en relación también con la disposición final duodécima del mismo RDL 3/2012 –que recoge expresamente dicha Orden (así como las normas reguladoras de los Talleres de Empleo) como medida de ámbito estatal en la Estrategia Española de Empleo a efectos de su aplicación para el conjunto del Estado, por parte de las Comunidades Autónomas y el SEPE, en sus respectivos ámbitos competenciales–, preceptos que se reiteran, posteriormente, en la disposición derogatoria única, apartado 1, y en la disposición final duodécima, apartado 1, de la Ley 3/2012, de 6 de julio (*BOE* 7 de julio de 2012). Además, la disposición transitoria tercera del citado RDL 3/2011 estableció que las normas derogadas por su disposición derogatoria única permanecerían en vigor hasta la aprobación de la Estrategia Española de Empleo y el Plan Anual de Política de Empleo para el ejercicio 2012 (que fue aprobado mediante Resolución de 24 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de Empleo [*BOE* 4 de agosto de 2012]) y que las acciones y programas iniciados antes de dicha fecha se desarrollarían hasta su finalización de conformidad con lo establecido en las disposiciones derogadas.

⁸⁹⁹ *BOE* 23 de febrero de 1999. Sobre su derogación y posterior recuperación de vigencia, véase lo dicho en la nota anterior sobre la OMETCO.

⁹⁰⁰ *BOE* 23 de marzo de 1999.

⁹⁰¹ Orden de 14 de noviembre de 2001 por la que se desarrolla el Real Decreto 282/1999, de 22 de

II. OBJETIVOS, ENTIDADES PROMOTORAS Y BENEFICIARIOS DE LOS PROGRAMAS DE ESCUELAS TALLER, CASAS DE OFICIOS Y TALLERES DE EMPLEO

1. Objetivos

Los programas de Escuelas Taller y Casas de Oficios y de Talleres de Empleo se configuran como unos programas mixtos de empleo y formación que tienen como objetivo mejorar la ocupabilidad de jóvenes desempleados –menores de veinticinco años (en el caso de las Escuelas Taller y Casas de Oficios) y de veinticinco o más años (en el caso de los Talleres de Empleo)– a través de su formación en alternancia con la práctica profesional, con la finalidad de facilitar su integración en el mercado de trabajo (art. 1 OMETCO y art. 1 OMTE).

Las Escuelas Taller y las Casas de Oficios son proyectos de carácter temporal en los que el aprendizaje y la cualificación se alternan con un trabajo productivo en actividades relacionadas con la recuperación o promoción del patrimonio artístico, histórico, cultural o natural, con la rehabilitación de entornos urbanos o del medio ambiente y con la recuperación o creación de infraestructuras públicas (en el caso de las Escuelas Taller) y en actividades relacionadas con el mantenimiento y cuidado de entornos urbanos, rurales o del medio ambiente y con la mejora de las condiciones de vida de pueblos y ciudades a través de la prestación de servicios sociales y comunitarios (en el caso de las Casas de Oficios), así como con cualquier otra actividad de utilidad pública o social que permita la inserción a través de la profesionalización y adquisición de experiencia de los participantes (arts. 3 y 4 OMETCO). Por su parte, los Talleres de Empleo son proyectos de carácter temporal en los que los participantes adquirirán la formación profesional y práctica laboral necesaria realizando obras y servicios de utilidad pública o interés social, relacionados con nuevos yacimientos de empleo (art. 1 RD 282/1999 y art. 1 OMTE).

En general, ambos programas pretenden formar y cualificar en el ámbito de los nuevos yacimientos de empleo (art. 15 OMETCO y art. 11 OMTE), identificados como los relacionados con servicios de utilidad colectiva (rehabilitación del patrimonio artístico, histórico, cultural o natural, revalorización de espacios públicos y urbanos, gestión de residuos, gestión de aguas, protección y mantenimiento de zonas naturales, control de la energía, etc.), servicios de ocio y culturales (promoción del turismo, desarrollo cultural y local, animación sociocultural, monitoriza-

febrero, por el que se establece el Programa de Talleres de Empleo, y se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas a dicho Programa (*BOE* 21 de noviembre de 2001). Fue modificada también por Orden TIN/3434/2011 y por Orden ESS/1271/2013 en cuanto al ámbito y cuantía de las subvenciones aplicables. Sobre su derogación y posterior recuperación de vigencia, véase lo dicho en las notas precedentes.

ción de tiempo libre, etc.) y servicios personalizados de carácter cotidiano (cuidado de niños, prestación de servicios a domicilio a personas discapacitadas o mayores, ayuda a jóvenes en dificultades y con desarraigo social, etc.).

Las obras o servicios de utilidad pública o de interés social que se desarrollen en las Escuelas Taller, Casas de Oficios o Talleres de Empleo deberán posibilitar a los alumnos trabajadores la realización de un trabajo efectivo que, junto con la formación profesional ocupacional recibida, que estará relacionada directamente con dicho trabajo, procure su cualificación profesional y favorezca la inserción posterior de los participantes tanto en el empleo por cuenta ajena como mediante la creación de proyectos empresariales o de economía social.

2. Entidades promotoras

Por lo que se refiere a la iniciativa para llevar a cabo estos programas, los proyectos de Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo podrán ser promovidos por entidades públicas y entidades privadas sin ánimo de lucro, que deberán ser competentes para la ejecución de las correspondientes obras o servicios y disponer de la capacidad técnica y de gestión suficientes. En concreto, su promoción o iniciativa corresponde a: órganos, organismos autónomos y otros entes públicos de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas; entidades locales, sus organismos autónomos y entidades con competencias en materia de promoción de empleo, dependientes o asimiladas a las mismas, cuya titularidad corresponda íntegramente a dichas entidades locales; consorcios; y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro (art. 2 OMETCO y art. 2 OMTE).

3. Beneficiarios

Los beneficiarios del programa de Escuelas Taller y Casas de Oficios son los jóvenes desempleados menores de veinticinco años, es decir, los que tengan edades comprendidas entre los dieciséis y los veinticuatro años de edad, ambos inclusive (art. 1 OMETCO). Los destinatarios del programa de Talleres de Empleo son los desempleados de veinticinco o más años que tengan especiales dificultades para insertarse en el mercado de trabajo –tales como parados de larga duración, mayores de cuarenta y cinco años, mujeres y personas con discapacidad– o que se determinen como colectivos preferentes de actuación en los Planes de ejecución de la Estrategia de Activación para el Empleo de cada año, es decir, en los Planes Anuales de Política de Empleo –antes, Planes Nacionales de Acción para el Empleo– (art. 1 OMTE).

III. DURACIÓN DE LOS PROYECTOS, FORMACIÓN Y CONTRATACIÓN DE LOS PARTICIPANTES

1. Duración y etapas de los proyectos

Los proyectos de Escuelas Taller constarán de dos etapas, una primera etapa de carácter formativo de iniciación –en la que recibirán formación profesional ocupacional– y otra etapa de formación en alternancia con el trabajo y la práctica profesional –en la que serán contratados por las entidades promotoras–. La duración de ambas etapas no será inferior a un año ni superior a dos, dividida en fases de seis meses (art. 3 OMETCO). Una vez transcurrido el plazo de duración previsto en la correspondiente resolución aprobatoria se entenderá finalizado el proyecto de Escuela Taller. En el caso de que la resolución inicial fuera por un período inferior a dos años, se podrá prorrogar la Escuela Taller por períodos mínimos de seis meses, hasta agotar la duración máxima de dos años.

Los proyectos de Casas de Oficios constarán igualmente de una primera fase formativa de iniciación y otra segunda de complemento de su formación en alternancia con el trabajo y la práctica profesional, recibiendo cualificación profesional ocupacional en la primera y siendo contratados durante la segunda. Cada una de las etapas tendrá una duración de seis meses (art. 4 OMETCO). La duración de las Casas de Oficios será, por tanto, de un año y, transcurrido dicho plazo, se entenderán finalizados los proyectos.

Los Talleres de Empleo tendrán una duración mínima de seis meses y máxima de un año (art. 3 OMTE). Una vez concluido el tiempo previsto, se entenderá finalizado el proyecto. En el caso de que la duración inicial fuera inferior a un año, se podrá prorrogar el Taller de Empleo hasta agotar la duración máxima. Estos proyectos no se dividen, por tanto, en dos etapas, sino que los alumnos trabajadores son contratados por las entidades promotoras desde el inicio del Taller de Empleo y reciben formación profesional ocupacional durante el desarrollo del mismo.

2. Formación de los participantes

a) Formación profesional ocupacional durante los proyectos

Es característica principal de estos programas la recepción de formación profesional para el empleo. Durante la primera etapa, los alumnos de Escuelas Taller o Casas de Oficios recibirán formación profesional adecuada a la ocupación a desempeñar, según el plan formativo incluido en la memoria del proyecto. Los alumnos tendrán la obligación de asistir y seguir con aprovechamiento las enseñanzas teórico-prácticas que se impartan, siendo causa de exclusión de los proyectos y de pérdida, en su caso, del derecho a la percepción de beca, el incurrir en tres faltas

no justificadas de asistencia en un mes o nueve faltas de asistencia no justificadas en toda la fase, o no seguir con aprovechamiento las mencionadas enseñanzas a juicio del responsable de la Escuela Taller o Casa de Oficios (art. 5 OMETCO).

Durante esta primera fase formativa, los alumnos tendrán derecho a percibir una beca, que será incompatible con la realización de trabajos por cuenta propia o ajena y con la percepción de prestaciones o subsidios por desempleo. La cuantía de dicha beca es de 6,01 euros diarios por día lectivo y los alumnos no percibirán las becas correspondientes a los días lectivos que, sin causa justificada, no hayan asistido a la Escuela Taller o Casa de Oficios (art. 17 OMETCO). Los alumnos perceptores de prestaciones o subsidios por desempleo mantendrán su percepción y, tras su agotamiento, podrán recibir, a partir de dicha fecha, la beca correspondiente. Asimismo, los alumnos que cesen en su trabajo, por cuenta propia o ajena, podrán percibir beca a partir de ese momento, siempre que no tengan derecho a obtener prestaciones o subsidios por desempleo.

Por su parte, durante el desarrollo de los Talleres de Empleo los trabajadores participantes recibirán formación profesional para el empleo adecuada a la ocupación a desempeñar, en alternancia con el trabajo y la práctica profesional (art. 3 OMTE). El tiempo destinado a la formación se determinará en función de las características del proyecto formativo y de las necesidades individuales de los participantes en el mismo.

Los contenidos de la formación de estos programas públicos estarán vinculados a la oferta formativa de las unidades de competencia de los certificados de profesionalidad de la ocupación relacionada con el oficio o puesto de trabajo previsto en el contrato laboral que se suscriba con los alumnos trabajadores. De no existir certificado de profesionalidad, la formación teórica estará constituida por los contenidos mínimos orientativos establecidos en el fichero de especialidades formativas para las ocupaciones o especialidades relativas al oficio o puesto de trabajo contemplados en el contrato y, en su defecto, por los contenidos formativos que se aprueben por los Servicios Públicos de Empleo competentes para cada proyecto de empleo-formación (art. 28.2 RD 395/2007).

b) Formación básica

Para los alumnos trabajadores participantes en una Escuela Taller, Casa de Oficios o Taller de Empleo que no hayan alcanzado los objetivos de la educación secundaria obligatoria previstos en las leyes educativas, se organizarán programas específicos con el fin de proporcionarles una formación básica y complementaria que les permita incorporarse a la vida activa o proseguir sus estudios en las distintas enseñanzas, de conformidad con lo que establezca la legislación reguladora del sistema educativo (art. 28.2 RD 395/2007, art. 8 OMETCO y art. 5 OMTE).

c) Alfabetización informática y formación preventiva

Con el fin de permitir el acceso de los alumnos trabajadores participantes en Escuelas Taller, Casas de Oficios o Talleres de Empleo a las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, en todos los proyectos se impartirá un módulo de alfabetización informática. El contenido de dicho módulo tendrá una duración de, como mínimo, treinta horas y se incluirá dentro del plan formativo, de acuerdo con los contenidos y tiempos de impartición que, en su caso, determinen el SEPE o los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia (art. 7 OMETCO y art. 4 OMTE).

Del mismo modo, los alumnos trabajadores habrán de recibir, entre los módulos a cursar durante estos proyectos, conocimientos básicos de medidas de seguridad y de prevención de riesgos laborales.

d) Certificación de la formación y cualificación

Al término de su participación en una Escuela Taller, Casa de Oficios o Taller de Empleo, los alumnos trabajadores recibirán un certificado expedido por la entidad promotora. En dicho certificado constará la duración en horas de su participación en el programa, así como el nivel de formación teórico-práctica adquirida y los módulos formativos cursados (art. 9 OMETCO y art. 6 OMTE).

La cualificación o competencia profesional adquirida a través de los programas públicos de empleo-formación será objeto de acreditación de acuerdo con la normativa reguladora de las cualificaciones profesionales, del subsistema de formación profesional para el empleo y de los certificados de profesionalidad, en los términos establecidos en los arts. 11 y 28.4 del RD 395/2007.

3. Contratación de los participantes

En el caso de las Escuelas Taller o Casas de Oficios, durante la segunda etapa del proyecto, los alumnos trabajadores complementarán su formación en alternancia con el trabajo y la práctica profesional y serán contratados por las entidades promotoras, utilizándose al efecto como modalidad contractual la del contrato para la formación y el aprendizaje, por lo que deberán reunir los requisitos establecidos en el art. 11.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y en sus normas de desarrollo (art. 6 OMETCO). En cuanto a los Talleres de Empleo, los alumnos trabajadores serán contratados desde su inicio por las entidades promotoras, empleándose también la modalidad de contrato para la formación y el aprendizaje (art. 3 OMTE). En ambos casos, la duración de los contratos de trabajo suscritos con los alumnos trabajadores no podrá exceder de la fecha de finalización del proyecto de Escuela Taller, Casa de Oficios o Taller de Empleo.

Durante la etapa de formación en alternancia con la práctica profesional de las Escuelas Taller y Casas de Oficios y desde el inicio del Taller de Empleo, los alumnos trabajadores percibirán la retribución salarial que les corresponda de conformidad con lo previsto en la normativa aplicable al contrato para la formación y el aprendizaje (art. 11.2, letra g), en relación con la letra f), del ET), que habitualmente será el 75 por 100 del Salario Mínimo Interprofesional (SMI).

Téngase en cuenta que los contratos para la formación y el aprendizaje suscritos en los programas de Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de empleo presentan algunas particularidades. Por una parte, el límite de edad (particularmente, por lo que se refiere a los Talleres de Empleo) y de duración para los contratos para la formación y el aprendizaje no será de aplicación cuando se concierten en el marco de estos programas, sino que se adecuarán a la normativa reguladora de los mismos; asimismo, en estos casos, las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad no interrumpirán el cómputo de la duración del contrato (disposición adicional 19.^a ET, en la redacción dada por la Ley 3/2012). Por otra, la acción protectora de la Seguridad Social en los contratos para la formación y el aprendizaje suscritos con alumnos trabajadores en estos programas públicos no comprenderá la protección por desempleo (disposición adicional 3.^a Ley 35/2010⁹⁰²), y tampoco les serán de aplicación las reducciones de cuotas previstas para estos contratos (art. 3 Ley 3/2012).

IV. OTROS ASPECTOS DE LOS PROYECTOS: SELECCIÓN, ORIENTACIÓN Y FINANCIACIÓN

1. Selección de los alumnos trabajadores, director, docentes y personal de apoyo

La selección de los alumnos trabajadores de las Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo, así como la del director, docentes y personal de apoyo, será efectuada por un grupo de trabajo mixto que se constituirá para tal fin entre la entidad promotora y la Dirección Provincial del SEPE u órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas, procurando la mayor adaptabilidad de los seleccionados a las especialidades y a las particulares circunstancias de dificultad de las mismas (art. 10 OMETCO y art. 7 OMTE).

La selección de los alumnos trabajadores irá precedida, en todo caso, de la tramitación de oferta de actividad o de empleo por la correspondiente Oficina de Em-

⁹⁰² BOE 18 de septiembre de 2010.

pleo. Los candidatos deberán cumplir, como requisitos mínimos, los siguientes: ser menor de 25 años (en el caso de las Escuelas Taller y Casas de Oficios) o tener 25 o más años (en el caso de los Talleres de Empleo); ser desempleados –entendiéndose como tales a los demandantes de empleo no ocupados–, registrados en los Servicios Públicos de Empleo y disponibles para el empleo; y cumplir los requisitos establecidos para formalizar un contrato para la formación y el aprendizaje.

Además, y teniendo en cuenta la adaptabilidad a la oferta de puestos a desempeñar, se considerarán los beneficiarios, los colectivos prioritarios y los criterios de selección que se determinen por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, por el SEPE y por las Comunidades Autónomas que tengan transferidas estas competencias, de acuerdo con lo que establezcan las directrices de empleo europeas y nacionales.

Para la selección del personal directivo, docente y de apoyo, el grupo mixto establecerá el procedimiento de selección, utilizándose preferentemente oferta de empleo tramitada por la Oficina de Empleo o convocatoria pública, o ambas. También se podrá tener en cuenta a personas incluidas previamente en ficheros de expertos existentes en las Direcciones Provinciales del SEPE o de las Comunidades Autónomas.

2. Orientación, información profesional, formación empresarial y asistencia técnica

Durante todo el proceso formativo, los alumnos trabajadores recibirán orientación, asesoramiento, información profesional y formación empresarial, para lo cual las Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo deberán contar con personal y métodos adecuados (art. 11 OMETCO y art. 8 OMTE).

Una vez finalizados los proyectos, las entidades promotoras prestarán asistencia técnica a los trabajadores participantes, tanto para la búsqueda de empleo por cuenta ajena como para el establecimiento por cuenta propia, de forma individual o en proyectos de economía social. Para ello actuarán a través de sus propias unidades u organismos de orientación y asesoramiento, en colaboración con el SEPE u organismo correspondiente de las Comunidades Autónomas. En el caso de existir iniciativas emprendedoras de autoempleo, se podrá promover su inclusión en viveros de empresas, centros de iniciativa empresarial o actuaciones similares. A estos fines, las entidades promotoras podrán solicitar a los Servicios Públicos de Empleo y a otras Administraciones Públicas las ayudas establecidas para los distintos programas de apoyo a la creación de empleo.

3. Financiación de los proyectos

Los programas públicos de empleo-formación se financiarán mediante subvenciones otorgadas a las entidades promotoras de los mismos, con cargo a la par-

tida prevista para los programas de fomento del empleo en el presupuesto del SEPE (art. 28.3 RD 395/2007), y serán gestionadas por las Comunidades Autónomas que tengan asumidas las competencias en materia de empleo y formación. Los gastos también podrán ser cofinanciados por el Fondo Social Europeo.

La aportación económica de los Servicios Públicos de Empleo para cada Escuela Taller, Casa de Oficios o Taller de Empleo se determinará en la resolución aprobatoria de las subvenciones correspondientes y se destinará exclusivamente a sufragar los costes de la formación y los salariales (art. 16 OMETCO y art. 12 OMTE).

Por una parte, se financian los costes de formación profesional ocupacional y educación complementaria durante todo el proyecto de Escuela Taller, Casa de Oficios o Taller de Empleo. Las subvenciones compensarán los costes salariales y de Seguridad Social del profesorado, director y personal de apoyo, los gastos en medios didácticos, material escolar y de consumo y otros gastos de funcionamiento que se consideren justificados. Además, durante la primera fase formativa en las Escuelas Taller y Casas de Oficios, se compensará el coste del seguro de accidentes de los alumnos. El cálculo de la subvención se efectuará por hora/alumno de formación y por los módulos establecidos en la normativa reguladora.

Por otra parte, también se sufragan los costes salariales derivados de los contratos que se suscriban con los alumnos trabajadores participantes en estos proyectos, en las fases de formación en alternancia en el caso de las Escuelas Taller y Casas de Oficios o durante todo el proyecto en el caso de los Talleres de Empleo. En los contratos para la formación y el aprendizaje suscritos, el SEPE subvencionará un importe equivalente al 75 por 100 del SMI anualmente establecido, incluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, en los programas de Escuelas Taller y Casas de Oficios y un importe equivalente al del SMI en el programa de Talleres de Empleo (anteriormente, hasta la modificación de la OMTE por la Orden ESS/1271/2013, se subvencionaba 1,5 veces el SMI). Asimismo, se subvencionarán la totalidad de las cuotas a la Seguridad Social por todos los conceptos a cargo del empleador.

El importe de las subvenciones en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con subvenciones o ayudas de otras Administraciones Públicas o de otros entes públicos o privados, nacionales o internacionales, supere el coste del proyecto de Escuela Taller, Casa de Oficios o Taller de Empleo.

Las entidades promotoras deberán aportar, directamente o mediante aportaciones de otras entidades u organismos, la parte del coste del proyecto que no subvencione el SEPE o la Comunidad Autónoma (instalaciones, maquinaria, bienes de equipo, materiales necesarios para la ejecución de la obra o la prestación del servicio correspondiente, etc.).

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que, cuando las Escuelas Taller, Casas de Oficios o Talleres de Empleo, en el desarrollo de su actividad, produzcan bienes susceptibles de comercialización, podrán enajenarse, siempre que no se incurra en competencia desleal y se disponga de las autorizaciones necesarias. Los ingresos procedentes de tales transmisiones o de la prestación de servicios deberán aplicarse a las actividades de la Escuela Taller, Casa de Oficios o Taller de Empleo, debiendo quedar constancia documental y contable tanto de los ingresos obtenidos como del destino dado a los mismos.

V. OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS

Sin perjuicio de otros deberes específicos que las Administraciones competentes impongan a las entidades promotoras, éstas quedarán sujetas a las siguientes obligaciones: a) realizar la actividad para la que se conceda la subvención; b) contratar a los trabajadores participantes y formarles en los aspectos teóricos y prácticos de las actividades profesionales u oficios objeto del programa; c) acreditar ante el organismo que conceda la subvención la realización de la actividad, así como el cumplimiento de los requisitos exigidos para su concesión; d) someterse a las actuaciones de comprobación a efectuar por el Servicio Público de Empleo competente y por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como a las actuaciones de control financiero que correspondan a la Intervención General de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas en relación con las subvenciones y ayudas económicas recibidas y al Tribunal de Cuentas u órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas (igualmente deberán someterse a las actuaciones de comprobación y control que puedan efectuar la Comisión y el Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas, en el supuesto de cofinanciación por el Fondo Social Europeo); e) comunicar al organismo que conceda las subvenciones la obtención de otras subvenciones o ayudas para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera otras Administraciones o entes públicos, nacionales o internacionales; y f) identificar convenientemente, a efectos de difusión pública, las actividades, obras y servicios que se realicen mediante estos proyectos de empleo-formación (art. 23 OMETCO y art. 15 OMTE).

El incumplimiento por parte de las entidades promotoras de lo establecido en la normativa reguladora de estos programas originará, a la vista de la naturaleza y causas del incumplimiento y teniendo en cuenta su incidencia en la formación y cualificación profesional de los alumnos trabajadores, el reintegro total o parcial de las cantidades que se hubieran recibido (art. 24 OMETCO y art. 16 OMTE), sin perjuicio de las sanciones que correspondan por la comisión de las infracciones previstas en los arts. 14 a 16 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (últimamente modificados por el RDL 4/2015).

8.6. UNIDADES DE PROMOCIÓN Y DESARROLLO

SUSANA DE LA CASA QUESADA

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social
Universidad de Jaén*

MARÍA ROSA VALLECILLO GÁMEZ

*Profesora Asociada acreditada para Contratada Doctora de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén*

I. LAS UNIDADES DE PROMOCIÓN Y DESARROLLO

1. Concepto y competencias

Las Unidades de Promoción y Desarrollo (en adelante UPD) tienen por objeto el desarrollo de proyectos de carácter temporal destinados a colaborar en la preparación, acompañamiento y evaluación de los proyectos de Escuelas Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo así como en tarea de promoción e inserción del alumnado trabajador, y actividades en prevención de riesgos laborales. También tienen como fin descubrir las potencialidades de desarrollo y empleo de su territorio, elaborando planes integrales de intervención y proyectos de desarrollo, fomentando la inserción laboral y colaborando en los planes de formación de expertos.

Asimismo, en base a lo establecido por la D.F. 5ª y el art. 18 de la Orden de 28 abril de 2011⁹⁰³, las UPDs:

- Programarán anualmente al menos dos acciones de movilidad laboral destinadas a facilitar al alumnado-trabajador de proyectos de Escuelas Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo la exposición de las habilidades laborales adquiridas así como el conocimiento de otras experiencias laborales en el sector donde se desarrollan las especialidades impartidas, mediante la participación en ferias, encuentros y eventos de carácter regional, interregional o transnacional.

⁹⁰³ BOJA nº 93, de 13 de mayo.

- Impartirán un taller de empleabilidad joven en el ámbito geográfico que les correspondan, dirigido a fomentar la cultura del trabajo y de la formación durante toda la vida, proporcionando información sobre la oferta formativa en el sistema educativo, así como sobre los certificados de profesionalidad existentes en el ámbito profesional en el que se desarrolle el proyecto. Este taller tendrá una duración de 10 horas, y será impartido por el personal adscrito al proyecto de la UPD.

2. Fines

Como ya se ha citado anteriormente, consisten en proyectos de carácter temporal que facilitan la inserción del alumnado trabajador, en los que el aprendizaje y la cualificación se alternan con un trabajo productivo en actividades relacionadas con obras o servicios de utilidad pública o de interés social y con los nuevos yacimientos de empleo, recuperación de oficios artesanales que potencien los recursos endógenos de las zonas de actuación, entre los que se puede citar:

- Servicios de utilidad colectiva (rehabilitación del patrimonio artístico, histórico, cultural o natural, revalorización de espacios públicos y urbanos, gestión de residuos, gestión de aguas, protección y mantenimiento de zonas naturales y aquellos que incidan directa o indirectamente en el control de la energía).
- Servicios de ocio y culturales (promoción de turismo, desarrollo cultural y local).
- Servicios personalizados de carácter cotidiano (cuidado de niños, prestación de servicios a domicilio a personas con discapacidad o mayores, ayuda a jóvenes en dificultades y con desarraigo social), etc...

3. Formación

En relación con el objeto del proyecto, las Especialidades en las que se forma el alumnado trabajador, están dentro de un área profesional y una familia profesional, que se vinculará, en la medida de lo posible, y en función del oficio o puesto de trabajo a desempeñar, a la oferta formativa de las unidades de competencia de los certificados de profesionalidad de la ocupación relacionada con el oficio o puesto de trabajo a desempeñar, de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, y en el Real

Decreto 34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los certificados de profesionalidad. De no existir certificado de profesionalidad, la formación teórica estará constituida por los contenidos mínimos orientativos establecidos en el fichero de especialidades formativas y, en su defecto, por los contenidos formativos que se aprueben por el Servicio Andaluz de Empleo, para el respectivo proyecto.

Además de los contenidos propios impartidos en la fase formativa, en los que se forma el alumnado trabajador según la especialidad de cada proyecto, también se incluyen dentro del plan formativo los siguientes módulos obligatorios:

- a) Módulo de alfabetización informática, cuya duración será de al menos 30 horas, salvo que el contenido del proyecto requiera una duración menor.
- b) Módulo de prevención de riesgos laborales, cuya duración será de 30 horas, salvo cuando la especialidad del proyecto esté incluida en el Anexo I del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se establece el Reglamento de los Servicios de Prevención, en cuyo caso la duración será de 50 horas.
- c) Módulo de sensibilización medioambiental, cuya duración será de 10 horas.
- d) Módulo de fomento para la actividad emprendedora, de 10 horas de duración, salvo para los proyectos de Talleres de Empleo en los que tendrá una duración de 30 horas⁹⁰⁴.
- e) Módulo de igualdad de género, de 10 horas de duración.
- f) Módulo de igualdad para colectivos desfavorecidos, de 10 horas de duración
- g) Un Taller de empleabilidad joven cuya duración será de 10 horas⁹⁰⁵.

Para el alumnado trabajador participante en los proyectos que no hayan alcanzado los objetivos de la educación secundaria obligatoria, previstos en la normativa vigente en materia de educación, y de conformidad asimismo con lo establecido en el artículo 11.2.e) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se organizarán programas específicos con el fin de completar dicha formación, y que les permitan ampliar sus competencias básicas para proseguir sus estudios en las distintas enseñanzas reguladas en las normas educativas vigentes.

Esta formación básica se realizará dentro de las horas de formación del proyecto de Escuela Taller, Casa de Oficio y Taller de Empleo.

4. Orientación, información profesional, formación empresarial y asistencia técnica

El alumnado trabajador recibe durante todo el proceso formativo a través de la Entidad Promotora orientación, asesoramiento para la búsqueda de empleo, información laboral y profesional, así como formación empresarial.

Durante al menos seis meses desde la finalización del proyecto, las entidades promotoras prestan asistencia técnica al alumnado trabajador, tanto para la búsqueda de empleo por cuenta ajena como para el establecimiento por cuenta propia.

⁹⁰⁴ Modificado por D.F. 5ª de la Orden de 28 abril de 2011 -BOJA nº 93, de 13 de mayo.

⁹⁰⁵ Introducido por D.F. 5ª de la Orden de 28 abril de 2011 -BOJA nº 93, de 13 de mayo.

Para ello contarán con la Red de servicios que pone a su disposición la consejería competente en materia de Formación Profesional para el Empleo.

5. Personas beneficiarias

Personas desempleadas que sean demandantes de empleo no ocupadas, registradas en las oficinas del Servicio Andaluz de Empleo y que estén disponibles para el empleo.

La selección del alumnado trabajador será precedida, de la tramitación de oferta de actividad o empleo por la correspondiente oficina del Servicio Andaluz de Empleo, y se practicará a través de la constitución de una Comisión Mixta integrada por miembros de la entidad promotora y la administración competente.

6. Entidades promotoras

Los proyectos de Unidades de Promoción y Desarrollo podrán ser promovidos por Corporaciones Locales y Entidades de Derecho Público de la Comunidad Autónoma de

Andalucía. En ambos supuestos deberá tratarse de una entidad de ámbito geográfico regional o provincial.

7. Inserción

Las entidades promotoras de entidades de Escuelas Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo deben aspirar a conseguir un mínimo del 30% de inserción laboral del alumnado trabajador, dado que en el supuesto de no alcanzarlo, quedarían excluidas para solicitar y ejecutar proyectos similares en futuras convocatorias. Esta causa de exclusión no se apreciará cuando la entidad promotora pertenezca a un municipio de hasta 5.000 habitantes o cuando exista un convenio específico firmado con la Consejería de Cultura.

8. Colectivos preferentes

- Mujeres, al menos el 50% de las personas integrantes del alumnado trabajador seleccionado.
- Personas usuarias de Andalucía Orienta, que tengan incluida en su itinerario de inserción la especialidad de la Escuela Taller, Casa de Oficio o Taller de Empleo.
- Personas demandantes de empleo de larga duración.
- Personas demandantes de empleo en riesgo de exclusión, entendiéndose por tales quienes pertenezcan a alguno de los colectivos señalados en el ar-

título 3 del Decreto 85/2003, de 1 abril, por el que se establecen los Programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía.

- Personas con un grado de discapacidad de al menos el 33%. El 5% del cómputo total plazas del alumnado trabajador a cubrir en la convocatoria anual de los proyectos que se ejecuten al amparo de los programas
- Minorías étnicas.
- Personas inmigrantes legalmente documentados.
- En los Programas de Escuelas Taller y de Casas de Oficio, la juventud mayor de dieciséis años y menor de 25 años sin formación reglada en la ocupación en la que van a ser posteriormente contratados (con “déficit formativo”).
- No haber participado anteriormente como alumno o alumnado trabajador en más de uno de los Programas establecidos en la Orden.

Sin perjuicio de las anteriores preferencias, se establece como objetivo de referencia que el 60% de las plazas de los programas establecidos se destine a favor de personas de entre 18 y 29 años, especialmente con déficit de formación, y el 20% a personas mayores de 45 años, especialmente desempleados de larga duración.

9. Certificaciones de la formación y cualificación

El alumnado trabajador recibirá un certificado expedido por la entidad promotora y un diploma por las Delegaciones Territoriales, en el que constará la duración en horas de su participación en el programa, el nivel de formación teóricopráctica adquirida, los módulos formativos cursados, así como el nivel de cualificación profesional obtenido.

Este certificado podrá servir total o parcialmente, y previos los requisitos que se determinen, para ser convalidado en su momento por el certificado de profesionalidad previsto Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los certificados de profesionalidad⁹⁰⁶.

II. LAS UNIDADES DE PROMOCIÓN Y DESARROLLO Y LA POLÍTICA DE COHESIÓN 2014-2020

La Estrategia Europea de Empleo orienta las acciones de todos los estados miembros en materia de empleo y de cohesión social. Dicha Estrategia fijó una serie de objetivos para el conjunto de la UE en el horizonte del 2010, y así lo ha hecho también para el 2020. Un principio rector básico de la Estrategia Europea de

⁹⁰⁶ BOE n° 27, de 31 de enero de 2008.

Empleo es el paradigma de la activación, a partir del cual se tiende a responsabilizar al individuo de su situación respecto al empleo⁹⁰⁷. La activación es, igualmente, el elemento que guía la aplicación de políticas activas de empleo, cuya concreción se lleva a cabo en el territorio, en el ámbito local. El ámbito local es, precisamente, el lugar donde puede delimitarse mejor el objetivo de las políticas activas, la adecuación entre la oferta y la demanda de trabajo; también es donde pueden satisfacerse mejor las necesidades del tejido productivo, al tiempo que se atiende a las características y expectativas de las personas. Las políticas activas de empleo locales, negociadas y articuladas por los agentes sociales presentes en el territorio pueden, asimismo, favorecer la cohesión social y eludir alguno de los elementos negativos que se asocian al paradigma de la activación. En él se subraya la importancia de la especificidad local en las actuaciones sobre el empleo y su lejanía de buena parte de las premisas de la activación impulsada por la Estrategia Europea de Empleo.

La Política de cohesión económica, social y territorial forma parte del núcleo central de las políticas de la Unión Europea. No se trata únicamente de una política compensatoria, sino que ha contribuido a proteger el crecimiento y la prosperidad a través de la Unión, reduciendo al mismo tiempo las disparidades económicas, sociales y territoriales. Apoya la creación de empleo, la competitividad, el crecimiento económico, la mejora de la calidad de vida y el desarrollo sostenible. Estas inversiones contribuyen a la consecución de los objetivos de la Estrategia Europa 2020. En esta parte del trabajo nos centramos en analizar, en un primer lugar, cómo las peculiaridades territoriales van a determinar un nuevo modelo de Unidades de Promoción y Desarrollo dentro de la Política de Cohesión de la UE en el nuevo período 2014-2020. Para alcanzar los objetivos de empleo perseguidos por la Estrategia Europa 2020 las estrategias de desarrollo local a cargo de las Comunidades Locales se presentan como herramienta clave, configurándose las Estrategias de Desarrollo Local Participativo como el instrumento facilitador de la puesta en marcha de estrategias de creación de empleo, siendo este un principio central de las Unidades⁹⁰⁸. Además, se analiza brevemente cómo va a ser la aplicación de la Política de Cohesión de la UE a nivel nacional para el período 2014-2020 en lo que concierne al nuevo diseño de las UPyD, tomando en consideración las especialidades que plantea el modelo de desarrollo local español.

⁹⁰⁷ LÓPEZ PEÑA, A., *La lejanía de la acción local sobre el empleo respecto a las premisas de la activación: Dos ejemplos locales de política de empleo*. Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales. Vol. 1. 2013. Págs- 91-110.

⁹⁰⁸ RODRÍGUEZ CRESPO, M.J.; VALLECILLO ORELLANA, A., *La creación de empleo a través de la política de cohesión económica, social y territorial. El papel del ámbito local*. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. N° 39. Pág. 50.

1. Las nuevas Unidades de Promoción y Desarrollo en las estrategias integradas de desarrollo urbano sostenible 2014-2020

Las Unidades de Promoción y Desarrollo se enmarcarían en las políticas activas del mercado de trabajo si bien, a la vista del nuevo marco comunitario y con su carácter de política territorial, tendrán que formar parte tanto de la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016 como del Plan anual de Política de Empleo. Igualmente deberán de formar parte de la modernización y refuerzo de las instituciones del mercado de trabajo.

La Estrategia española de Activación para el Empleo 2014-2016 es el marco plurianual para la coordinación de los Servicios Públicos de Empleo, estatal y autonómicos, para el seguimiento y evaluación de sus iniciativas y para, de forma acorde, determinar su financiación. Es un modelo, basado en la coordinación de los Servicios Públicos de Empleo, que ha previsto nuevos marcos normativos para reforzar la comparabilidad, la coordinación y el mantenimiento de garantías y estándares en las iniciativas de los distintos Servicios Públicos de Empleo, que se publican en una Cartera Común de Servicios a la que se incorporan las vías de colaboración con otros agentes del mercado de trabajo. Si bien aún se ha avanzado poco en su desarrollo.

1.1. El nuevo marco comunitario

El Reglamento 1301/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, sobre el Fondo europeo de Desarrollo Regional (FEDER), establece en su artículo 7.1 “el FEDER apoyará, mediante programas operativos, el desarrollo urbano sostenible a través de estrategias que establezcan medidas integradas para hacer frente a los retos económicos, ambientales, climáticos, demográficos y sociales que afectan a las zonas urbanas, teniendo en cuenta al mismo tiempo la necesidad de promover los vínculos entre el ámbito urbano y el rural”. En este marco comunitario han de desarrollarse las estrategias integradas de desarrollo urbano sostenible para el período 2014-2020.

La Unión Europea ha dejado de financiar proyectos específicos y las iniciativas que se diseñen han de ir integradas en un proyecto de territorio en el que se aborden todos los ámbitos de crecimiento. Siendo así, al menos un 5% de los recursos del FEDER asignados a nivel nacional en virtud del objetivo “inversión en crecimiento y empleo” se asignarán a medidas integradas para el desarrollo urbano sostenible. Por tanto, en un proceso de recuperación de las políticas territoriales de empleo y de un diagnóstico de los territorios, si se quiere diseñar un programa que recupere las funciones de las extintas Unidades de Promoción y Desarrollo, ha de ser encuadrado en un proyecto integral de recuperación económica y social del territorio.

Los proyectos diseñados en el anterior período de programación 2007-2013 son la base y el punto de partida para la definición de las Actuaciones Integradas de Desarrollo Urbano Sostenible, con la nueva concepción de la Red de Iniciativas Urbanas como mecanismo de coordinación y de apoyo a la gestión a lo largo del período 2014-2020. En este período constituye una novedad el fortalecimiento del papel de las redes sectoriales, a las que el Acuerdo de Asociación⁹⁰⁹, marco en el que se fijan las actuaciones de España, parece otorgar una mayor relevancia que en períodos anteriores. La Red de Iniciativas Urbanas se configura como un mecanismo de coordinación, impulso, orientación, capacitación de los gestores locales, apoyo a la gestión y evaluación de las actuaciones.

Las actuaciones de Desarrollo Urbano sostenible tienen como objetivo elaborar y ofrecer unas bases u orientaciones para facilitar el desarrollo por parte de las entidades locales, de sus respectivas estrategias integradas que servirán de soporte de las actuaciones de desarrollo urbano sostenible objeto de financiación en el período 2014-2020. Se obliga así, a trabajar de manera coordinada dentro de cada territorio.

1.2. Los contenidos del nuevo diseño territorial de las políticas de empleo

No es un marco desconocido para el desarrollo de iniciativas como las UPyD porque en la concepción de estas siempre estuvieron presentes estos principios: coordinar, impulsar y orientar⁹¹⁰ las políticas territoriales de empleo en general y las de empleo-formación en particular como hemos podido comprobar en el análisis del trabajo realizado por estas durante sus años de vigencia y plenitud.

Es sabido que no existe una solución única que pueda ser válida para todos los entornos. Sin embargo, sí se identifican determinados elementos comunes que deben ser considerados en su elaboración y desarrollo.

En la nueva concepción de las UPyD que planteamos de acuerdo con este nuevo período de acceso a la financiación tendremos que tener en cuenta lo siguientes elementos que obligatoriamente estarán presentes en la Estrategia, y cuya elaboración y desarrollo han de tener carácter flexible y adaptarse a la realidad territorial y a la estructura institucional y de gobernanza, si bien pueden señalarse determinados elementos básicos, de aplicación general: identificación inicial de problemas, análisis integrado, diagnóstico y definición de prioridades y objetivos, delimita-

⁹⁰⁹ Acuerdo de Asociación entre la Comisión y España sobre la utilización de los Fondos Estructurales y de Inversión de la Unión Europea para el crecimiento y el empleo en 2014-2020. La Ley Unión Europea. Mes 20, 2014. Pág. 73.

⁹¹⁰ FERNÁNDEZ PÉREZ, A., *Principios rectores para el presente sexenio de la política regional y de cohesión europea*. La Ley Unión Europea. Mes 16, 2014. Págs. 5-21.

ción del ámbito de actuación, programación de actuaciones y definición de indicadores de seguimiento y evaluación, contando a lo largo de todo el proceso con participación pública y buscando la máxima implicación de los agentes locales⁹¹¹.

En lo que se refiere a la financiación es importante señalar que una de las principales novedades en este nuevo diseño es que el FEDER apoya estrategias de desarrollo urbano sostenible y no actuaciones u operaciones específicas no integradas en un contexto más amplio, lo que debe implicar una elaboración pormenorizada y rigurosa de dicha estrategia como un elemento central, debiéndose justificar y demostrar la capacidad de dicha estrategia para asegurar un desarrollo durable e integrado del área territorial. Por tanto, las nuevas UPyD no contarán con una financiación específica, sino que serán un elemento más dentro del conjunto de acciones que componen la estrategia y será esta la que determine su forma, contenido y funciones.

La sostenibilidad⁹¹² hace referencia a la mejora duradera y a largo plazo de las condiciones sociales, económicas, ambientales, en un territorio singular. Para conseguirlo es necesario disponer de una estrategia coherente, equilibrada y con una visión del largo plazo y no únicamente de proyectos para abordar problemáticas específicas. Los proyectos son, por tanto, un conjunto de actuaciones interrelacionadas que tienen como objeto contribuir a los fines de la estrategia.

1.3. La importancia del concepto de Área Urbana Funcional

Para llevar a cabo actuaciones integradas de desarrollo urbano sostenible tiene gran relevancia el concepto de área urbana funcional. Comprende un conjunto de núcleos de población que mantienen entre sí una serie de vínculos socioeconómicos que permiten identificarlos de manera diferenciada, configurándose habitualmente en torno a los mercados de trabajo. Esta dimensión funcional deviene más significativa en tanto que fuente de movilidad obligada y cotidiana (commuting) y de la creciente sub-urbanización de nuestras ciudades (urban-sprawl).

El área de movilidad laboral no es el único indicador del área de influencia de una ciudad. De este modo el policentrismo parece consolidarse como un elemento imprescindible de la ordenación territorial, como herramienta para la planificación, como forma de estructura urbana y como objetivo de las políticas socioeconómicas. Se mide en términos de intensidad de las relaciones – intercambios de trabajo, ca-

⁹¹¹ ROMERO LUNA, I., FERNÁNDEZ SORIANO, J., *The European Comision policy and the promotion of entrepreneurship. The case of Andalousia*. Investigaciones Regionales. N° extra 29. 2014. Págs. 215-236.

⁹¹² BRANDSMA, A., DI COMITÉ, F., DIUKANOVA, O; D'ARTIS, K., LÓPEZ RODRIGUEZ, J., PERSYN, D., POTIERS, L., *Assessing policy options for the cohesion Policy 2014-2020*. Investigaciones Regionales. N° extra 29. 2014. Págs. 17-46.

pital, productos, servicios, ideas... - entre los espacios considerados. A nivel regional y local el policentrismo ocurre cuando dos o más ciudades tienen funciones que se complementan entre sí. Las ciudades cooperan entre ellas con el fin de poder actuar conjuntamente como una ciudad mayor. Es el caso de las políticas planteadas por parte de las diputaciones, en la materia que nos ocupa, puesto que fueron estas las gestoras de las UPD.

2. A modo de conclusión/proposición: Las nuevas políticas de desarrollo local como impulso del empleo y la inclusión social

Entre las líneas de actuación que recogerían los nuevos elementos “sustitutivos” de las Unidades de Promoción y Desarrollo, es fundamental el análisis económico, en tanto que debería recoger aspectos como la caracterización del mercado de trabajo local, así como la oferta y demanda de empleo. Es importante aproximarse a la distribución y localización de la actividad económica y del tejido empresarial, analizando la estructura empresarial del municipio y, específicamente, la situación de las PYMEs en el área urbana. Se deberían presentar los principales sectores productivos así como los factores de competitividad local, analizando el papel del ámbito en el conjunto de la economía regional, incluso nacional. Además, debería analizarse la situación económica de las personas y hogares a través de variables tales como la renta per cápita, la renta bruta disponible o el número de hogares afectados por el desempleo.

ANEXO NORMATIVA ESPECÍFICA

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

- Orden de la Consejería de Empleo de 5 de diciembre de 2006 (BOJA 241 de 15 de diciembre de 2006), por la que se regulan los Programas de Escuela Taller, Casas de Oficios, Talleres de Empleo y Unidades de Promoción y Desarrollo en la Junta de Andalucía, y donde se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas a dichos programas.
- Orden de 21 de noviembre de 2008, relativa a la modificación de la Orden de 5 de diciembre de 2006 (BOJA 242, de 5 de diciembre)
- Resolución de 14 de julio de 2004 de la entonces Dirección General de Fomento del Empleo del SAE, por la que se aprueba el Reglamento Marco de Régimen Interior de Escuelas Taller, Casas de Oficios, Talleres de Empleo y Unidades de Promoción y Desarrollo (BOJA nº 155, de 9 de agosto de 2004), en aquello que no contradiga a la propia Orden 5 de diciembre de 2006, citada más arriba.
- Resolución de 10 de septiembre de 2008 de la entonces Directora General de Fomento e Igualdad en el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo (BOJA nº 215, de 29 de octubre de 2008), actualización importes becas alumnos ET y CO.

- Artículos 80 y 83- de la Orden de la Consejería de Empleo de 23 de octubre de 2009, por la que se desarrolla el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, (BOJA 214, de 3 de noviembre de 2009) por el que se regula la ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía.
- Orden de 28 de abril de 2011 (BOJA nº 93, de 13 de mayo), por la que se aprueba el Programa Integral de Empleo para Personas Jóvenes en Andalucía.
- Orden de 28 de abril de 2011, por la que se aprueba el Programa Integral de Empleo para Personas Mayores de 45 años en Andalucía (BOJA nº 94, de 16 de mayo) y su corrección de errores posterior.

ESTADO

- Real Decreto 467/2003, de 25 de abril, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo en el ámbito del trabajo, empleo y formación.
- Texto vigente y actualizado de la Orden de 14 de noviembre de 2001 por la que se regulan el programa de Escuelas Taller y Casas de Oficios y las Unidades de Promoción y Desarrollo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas a dichos programas.
- Texto vigente y actualizado de la Orden de 14 de noviembre de 2001, por la que se desarrolla el Real Decreto 282/1999, por el que se establece el Programa de Talleres de Empleo, y se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas a dicho Programa.
- Texto vigente y actualizado de la Real Decreto 282/1999, de 22 de febrero, por el que se establece el programa de talleres de empleo.
- Texto vigente y actualizado de la Orden ESS/1271/2013, de 24 de junio, por la que se modifican sendas Órdenes de 14 de noviembre de 2001.

UNIÓN EUROPEA (Normativa y Fondo Social Europeo)

- Reglamento (CE) Nº 1083/2006, del Consejo, de 11 de julio de 2006, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión y se deroga el Reglamento (CE) Nº 1260/1999. (En especial lo establecido en sus artículos 55, 56, 78).
- Reglamento (CE) Nº 1828/2006 de la Comisión de 8 de diciembre de 2006 y su corrección de errores por el que se fijan normas de desarrollo para el Reglamento (CE) nº 1083/2006 del Consejo, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión. (En especial lo establecido en su art. 8).
- Reglamento (CE) Nº 1081/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativo al Fondo Social Europeo y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1784/1999. (En especial lo establecido en su art. 11.3.a))
- Reglamento (CE) 448/2004, de 10 de marzo, que modifica el Reglamento

(CE) 1685/2000, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) N° 1083/2006 (que sustituye al 1260/1999), en lo relativo a la financiación de gastos de operaciones cofinanciadas por los Fondos Estructurales.

- Orden de 23 de julio de 2008 de la entonces Consejería de Economía y Hacienda, por la que se establecen normas para la gestión y coordinación de las intervenciones cofinanciadas con Fondos Europeos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el período de programación 2007-2013.
- Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.
- Programa Operativo: 2007ES05UPO001 (2007-2013. “Adaptabilidad y Empleo”), dentro del Eje 2, (Convergencia: “phasing-out”): “Fomento de la empleabilidad, la inclusión social y la igualdad entre hombres y mujeres”.
- Estrategia Europea para el Empleo y los planes de ejecución de la misma, integrados en el Plan Nacional de Reformas.
- Estrategia Europea 2020.

8.7. “VÍAS DE PROGRESO” EN UNA POLÍTICA DE EMPLEO AGOTADA: BALANCE Y PERSPECTIVAS PARA LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

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

“(…)...para mí una indagación se parece a una especie de camino. Vale más volver al que los poetas nos han abierto, porque los poetas hasta cierto punto son nuestros padres y nuestros guías en cuanto a sabiduría. (...). ¿... no ignoras la opinión de los sabios, que han dicho..., poco más o menos, que es de toda necesidad que lo semejante sea amigo de lo semejante? Probablemente son los mismos que han escrito y razonado sobre la naturaleza y sobre el universo. Tienes razón, respondió. (...) Ahora ya sabemos quiénes son los verdaderos amigos, porque de este razonamiento resulta, que los verdaderos amigos son los hombres [y mujeres] de bien (...).” Platón. Diálogo Lisis o de la amistad. Traductor Patricio Azcárate Corral (1871). pp. 32-35.

I. INTRODUCCIÓN: AGOTAMIENTO DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO EN ESPAÑA Y VÍAS DE INNOVACIÓN

Tanto en el plano institucional interno como internacional existe una difundida convicción de que no sólo las medidas, sino también el propio modelo o paradigma dominante, de políticas activas de empleo o políticas de mercado de trabajo, hace tiempo que cumplieron su ciclo de vida útil -juicio de eficacia-, manifestando síntomas de agotamiento. De un lado, así se aprecia respecto de una cuestión fundamental, pero que no es objeto de este breve estudio, homenaje merecido a mi colega y sin embargo amiga, Rosa Quesada, como es la elección del paradigma de la devaluación salarial como principal política de reactivación-modernización del mercado de trabajo. Al margen de la valoración que merece, crítica desde luego en mi caso, la devaluación ha supuesto una clara y formalizada inversión de las relaciones entre “política económica” y “política de empleo”, pues, para afrontar el Crack 2008, el Gobierno habría puesto ésta al servicio de aquélla, esto es, al servicio del crecimiento económico y no viceversa, como debería ser, es decir, el crecimiento al servicio de más -y mejor- empleo, de modo que el principal estímulo para animar a las empresas a recontratar es el saber que ahora podrán hacerlo a precios más bajos (*modelo labor low-cost*). En última instancia, no es sino reactualizar hasta el extremo el viejo paradigma neoliberal del mercado de trabajo: el volumen de empleo sería una variable, una función directa de su precio -salarios-, por tanto, a menor precio mayor empleo.

Pero, de otro, y mucho más relevante aquí, se ha seguido usando y abusando de una técnica de incentivo basada en la reducción de ese precio del factor trabajo no ya a través de la devaluación salarial, sino de la rebaja de su coste social, mediante medidas de diverso tipo que bien eximen, bien reducen, bien bonifican las cuotas de Seguridad Social a pagar por el empresario por la contratación. De este modo, además, y como un efecto colateral nada desdeñable, la política de fomento de empleo se asienta, una y otra vez, sobre un paralelo debilitamiento de los ingresos del Sistema de Seguridad Social, que se asienta básicamente, en su dimensión contributiva, sobre las cotizaciones. Por lo tanto, el extendido juicio de eficacia muy limitada, cuando no de ineficacia sin más, de buena parte de esos incentivos, exige una ponderación mayor si se tiene en cuenta que esa ineficiencia conllevará no sólo inequidad sino también riesgo de inestabilidad para el Sistema. De ahí, que no sólo el Parlamento español y el Consejo Económico y Social -CES-, sino la Comisión Europea, recelen de esta vía. El Dictamen 7/2015, de 13 de mayo, del CES, relativo al Anteproyecto de reforma del autoempleo, así lo constata.

En suma, pese a lo que parece creer el Gobierno -que el problema es tan sólo de técnica reguladora, de dispersión y deslocalización del marco regulador, de ahí que a cada nuevo incentivo que reconoce se auto-imponga (el uso intensivo del RDL hace que la intervención legislativa sea tan sólo connivente o de complicidad

con la decisión de autoridad gubernamental, por el juego de las mayorías absolutas), la obligación de reordenación de los incentivos por razones de seguridad jurídica: disposición adicional 8ª RDL 16/2013, para el empleo asalariado y art. 121 de la Ley 18/2014, para el autoempleo-, la realidad es mucho más grave. Sí, por supuesto que hay un factor de caos extremo en esta regulación, pero hay bastante más, y es la evidencia científica, políticamente negada, de que cuánto más se universalicen esos incentivos no sólo más ineficaces e ineficientes se vuelven, sino que más amenazan al propio sistema de la Seguridad Social. Consecuentemente, no sólo hay que seleccionar mejor a quiénes van dirigidas estas políticas de incentivo ocupacional, debiéndose centrar en las personas y en los grupos con especiales dificultades de inserción socio-económica por el empleo, sino que, además hay que renovar o innovar profundamente las propias técnicas, e incluso las políticas, de fomento del empleo (por cuenta ajena y/o por cuenta propia -autoempleo, individual y colectivo-).

Precisamente, en este contexto de creciente convicción de la necesidad, incluso de la urgencia, de innovación en políticas de empleo, tanto desde el fomento cuanto desde la formación, emerge con gran fuerza la referencia a la “Economía Social” como uno de los ámbitos por explorar más a fondo en torno a sus virtudes de creación no solo de más empleo, sino de lo que ahora importa más, de mejor empleo, de empleo de más calidad, esto es, de mayor estabilidad o seguridad. Al margen de algunos desajustes, e incluso de ciertas contradicciones, y también del arrastre histórico de varios mitos sobre esta capacidad del “macro-sector de la economía social o solidaria” para proponerse como la más útil, por eficiente -razón económica- y equitativa -razón social-, alternativa a las empresas y a los empleos típica o convencionalmente “mercantiles”⁹¹³, no es dudoso que representa una meritoria vía de solución, de forma parcialmente alternativa porque parece primar a las personas sobre el capital, los grandes retos económicos y sociales actuales. La “empresa de economía social”, que responde a formas jurídicas distintas, soportaría mejor los momentos de recesión, combinando los principios de eficiencia -función competitiva-, con los de solidaridad -función de seguridad para las personas-.

Esta convicción social, sostenida por evidencias científicas⁹¹⁴, sin perjuicio de la necesidad de matices y contrastes, habría llegado a las instituciones políticas. Así, ya el Parlamento Europeo ha pedido que constituya una componente esencial de la política de empleo comunitaria, clave para hacer realidad el eje de la inclu-

⁹¹³ AA.VV. (Coordinación: María Fuensanta Gómez- María Magnolia Pardo). *Economía Social y Derecho. Problemas jurídicos actuales de las empresas de economía social*. Comares. Mercatara. Granada. 2014.

⁹¹⁴ El informe “*La Economía Social 2009-10*”, presentado por la Confederación Empresarial Española de la Economía Social (CEPES), analiza cuáles son los sectores emergentes en la generación de empleo y revisa la aportación de las empresas de Economía Social a todos esos sectores de futuro.

sión de los mercados de trabajo, rasgo irrenunciable del modelo económico de crecimiento en la Europa de la Unión -hoy un tanto resquebrajada-. Al tiempo, también el Gobierno español parece que ha decidido reforzar significativamente su apoyo a la economía social como una “gran esperanza” de solución, cuantitativa y cualitativa, a la crisis, construyendo sobre ella un poderoso motor de crecimiento del empleo de calidad. Inequívocamente, esta visión o esta convicción político-institucional se reflejan en el Preámbulo del Proyecto de Ley por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social -*BOCG, Serie A, n. 157-1, de 22 de mayo de 2015*-. Un Proyecto que, al margen de su suerte efectiva en este incierto y convulso devenir del final de la X Legislatura, tienen la extraordinaria virtualidad de reactualizar un cuerpo de Leyes-símbolo para el cacareado “nuevo modelo productivo”, como fue la Ley de Economía Social de 2011, que, junto con la Ley de Economía Sostenible, pero también el Estatuto del Trabajo Autónomo, habían quedado, sin embargo, en el mayor de los ostracismos, casi sin superar el formal escenario de las páginas del BOE.

Pues bien, en este contexto de reforma y modernización de la economía social como sistema de técnicas y oportunidades de innovación económico-ocupacional, un pequeño espacio de protagonismo readquirirán también unos sujetos de derecho y unos actores socio-ocupacionales que, en 2007, encontraron un significativo reconocimiento normativo, pero que, como otros tantos, quedaron silenciados o relegados por los ajustes presupuestarios de la política de consolidación fiscal. Me refiero ahora a las “empresas de inserción”, esas empresas que dejarían en un segundo plano la idea del beneficio para ponerse al servicio preeminentemente de la inserción por una oportunidad de empleo de las personas con mayores dificultades de integración, no sólo económica, sino también social, por su vulnerabilidad adicional. Las reformas propuestas pretenden satisfacer, en diverso grado, reivindicaciones históricas de este micro-sector de economía social y, por lo tanto, merecen un particular comentario, siquiera sea breve.

II. ECONOMÍA SOCIAL Y MERCADOS DE TRABAJOS INCLUSIVOS: “DERECHO A LA INSERCIÓN” Y “TÉCNICAS DE GARANTÍA”

Conforme al artículo 5 de la, hasta ahora, olvidada, por inaplicada, quizás por inaplicable, “Ley de Economía Social” -Ley 5/2011- se incluyen, como recordábamos, las “*empresas de inserción*” dentro del heterogéneo y abierto catálogo de actividades económico-empresariales que integran aquel innovador y ¿alternativo? modelo de desarrollo productivo, caracterizado por primar “el interés colectivo” de los sujetos que las prestan y el “interés general económico o social”. Se trata de un conjunto igualmente diversificado de “sujetos de Derecho” -todos tienen personalidad jurídica, pero no asumen una única y misma forma, por tanto tampoco tiene

un régimen jurídico uniforme-, que comparten entre sí un fin y un modo. El “fin” se concretaría básicamente en el diseño y puesta en práctica de una *actividad productiva para realizar el derecho a la inserción* ocupacional de las personas y colectivos con más dificultades de acceso al mercado de trabajo -inserción social por lo económico-. El “modo” se identificaría, en lo sustancial, sin perjuicio de la diversidad de modelos de concreción, con una *función educativa-formativa profesional* en el puesto de trabajo -aprendizaje en alternancia-, a través de un programa de acompañamiento individualizado, mediante itinerarios personalizados, con suficiente solvencia económica, pero sin “ánimo de lucro” -la rentabilidad no se mide en beneficios a repartir en dividendos, sino en autosuficiencia-.

Actualmente, en España son alrededor de 200 empresas de inserción, integrantes de una red de unas 2400 en toda Europa, que darían trabajo en nuestro país a unas 5.000 personas. Sin embargo, en España los auténticos actores protagonistas de la economía social, las cooperativas y sociedades laborales -formulas centrales para el autoempleo colectivo solidario-, darían empleo directo a casi 340.000 personas, mientras que los Centros Especiales de Empleo -para las personas con discapacidad-, emplearía a más de 70. 000 trabajadores. En un plano cualitativo, el empleo cooperativo parece, además, más seguro, pues entre el cuarto trimestre de 2007 y el cuarto trimestre de 2013 la destrucción de empleo en las cooperativas habría sido, según reconoce el Preámbulo del citado Proyecto de reforma de la Ley de Economía Social, casi seis puntos inferior, en términos de afiliación a la Seguridad Social, al del resto de las empresas. Datos que, para el Gobierno, serían ilustrativos de la conveniencia de impulsar la Economía Social para que su Ley salga del papel del BOE en el que ha permanecido, y gane más vida. El empleo que crean las Empresas de Inserción es transitorio por definición, inestable.

Entonces, ¿si su impacto ocupacional es muy reducido y el tipo de empleo que propicia es provisional, porque debería merecer una atención especial, incluso muy destacada, en este nuevo proceso de reformas incentivadoras de la economía social en un horizonte de intensificación de la creación de empleo de calidad? Precisamente, porque su trascendencia no es tanto cuantitativa como más bien cualitativa, y ello sea en términos sociales -constituye una técnica más equitativa de inserción para personas con mayores dificultades de empleabilidad-, sea en términos económicos -es una técnica de fomento de empleo más eficiente-. Al respecto, de una parte, favorece la adopción de medidas más adecuadas para personas en riesgo de exclusión social, de mucha más difícil ocupación por motivos adicionales a los de una parte significativa de las personas en desempleo en España -garantiza una política selectiva y personalizada realmente de empleo-. De otra, favorece que esa medida de favor hacia su inserción no se haga en detrimento de los sistemas de protección social, tanto de la Seguridad Social, como, incluso, de la acción social, pues a menudo los beneficiarios de estas medidas integran el ámbito de personas asistidas mediante “rentas mínimas” de inserción, con lo que una mayor difusión

de este tipo de empresas primaría la vertiente de política activa que tiene sobre la de política pasiva, que también presenta y que hoy resulta, lamentablemente, dominante. Así lo ha entendido la STCO 228/2012, como se verá.

En efecto, un estudio detenido de los “perfiles” más prototípicos de personas en inserción socio-económica mediante este tipo de empresas de economía social, nos evidencia que 1 de cada 3 son perceptoras de rentas de inserción, concretamente el 34 por cien, según la Memoria social de FAEDEI 2013, eran personas perceptoras antes de la contratación de las Rentas Mínimas de Inserción -RMI-. Otro porcentaje amplio, en torno al 20 por cien estaría constituido por personas inmigrantes económicas, y los otros colectivos más incorporados las mujeres, bien con cargas familiares, bien víctimas de violencia de género, minorías étnicas, población ex reclusa o ex toxicómana. Por tanto, frente al enfoque tradicional, eminentemente “asistencialista” y “pasivo”, las empresas de inserción proponen un re-pensamiento, apostando por un enfoque más pro-activo y “contractual-institucionalista”. Frente a la idea de protección por la ayuda propone la de protección por un empleo basado, aún con un proceso de acompañamiento o aprendizaje socio-laboral, en una actividad económica productiva, solvente y sostenible. En suma, haría partícipes a estas personas en riesgo de exclusión social, “eslabones” últimos de la cadena de mercado, del paradigma de crecimiento sostenible e integrador de la *Europa 2020*, que todas las empresas deberían de tratar de alcanzar para el periodo 2014-2020.

Ciertamente, del total personas trabajadoras en este tipo de empresas, no todas son de inserción, por lo que su crecimiento también beneficiará la creación de empleo en el sector de las empresas de servicios a personas. De las 5.141 personas que en 2013 trabajaban en empresas de inserción, 2.646 lo eran de inserción -PTI-. Dato relevante si se tiene en cuenta que esa cifra de personas constituye un 18,59% más que en el año 2012 (4.335). Ahora bien, es manifiesto que ese número nos informa igualmente de que unas 2.500, esto es, prácticamente la mitad, no son personas de inserción, sino personas técnicos de acompañamiento socio-productivo, *unos en la producción* en sentido estricto y otros en el *proceso de inserción social*. A ello debería sumarse, cómo no, la Gerencia. La distribución de la plantilla se conforma, pues, casi por mitades, entre personas en procesos de inserción -el 51,47%, (2.646)- y personas de acompañamiento a esa inserción -el 48,53% (2.495)-.

Aunque los datos demuestran que ese reparto o distribución no es igual en todos los territorios en los que se implantan, mostrando diferencias importantes -por ejemplo, en Andalucía y Castilla-La Mancha predominan significativamente el personal técnico de acompañamiento; en País Vasco, Navarra y Cataluña, intensifica mucho el personal de inserción-, queda claro en todos los casos el factor de supervivencia de este modo alternativo de inserción de las personas en riesgo de exclusión social: su mejor, a veces única, garantía de supervivencia a medio plazo,

cumpliendo sus fines sociales, es tener una creciente autonomía económico-financiera. Y para eso hay que trabajar la “ventaja competitiva” en mercados muy concurrentes, vital para adquirir autonomía mercantil. Hoy, ese porcentaje de auto-financiación se situaría en el 80 por cien - la facturación puede estar en torno a los 82 millones de euros (una gota de agua si se compara con los miles de millones de euros del conjunto de la economía social)-, habiéndose reducido las “ayudas públicas”, que siguen cayendo -en torno a los 18 millones-⁹¹⁵.

III. EL MARCO REGULADOR ESPAÑOL DE LAS “EMPRESAS” Y SUS “CONTRATOS” DE INSERCIÓN: UN CUADRO CLAROSCURO

Aunque no fue una condición necesaria para su nacimiento, pues le precedieron, ni tampoco ha sido una condición suficiente para su mejor desarrollo, la aparición de un marco normativo estatal específico sí que marcó un hito, al darle mayor visibilidad y, a partir de ahí, una mayor consideración para la política de fomento. El marco legal estatal de referencia está integrado, a día de hoy, por dos piezas o componentes básicas⁹¹⁶, la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de Empresas de Inserción -que ha experimentado alguna modificación parcial (Disposición adicional duodécima de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, sobre Fomento del Empleo), pero poco relevante- y Real Decreto 49/2010, de 22 de enero, por el que se crea el Registro Administrativo de Empresas de Inserción. Precisamente, la STCO 228/2012, de 29 de noviembre, declaró inconstitucionales las disposiciones transitorias primera, apartado segundo, y tercera de la Ley 44/2007, por no respetar la potestad autonómica en materia de registro, cuestión de mera ejecución, si bien entendió que el título competencial adecuado para dictar la Ley es el de legislación laboral, no el de asistencia social -como pedía la Generalidad de la Comunidad Valenciana-, lo que evidencia esa dimensión activa y de innovación ocupacional⁹¹⁷.

Por supuesto, no faltan otras normas de relieve que incluyen referencias, directas o indirectas a ellas -Ley Orgánica 5/2002, de 19 de Junio, de las Cualifica-

⁹¹⁵ Estos datos pueden observarse en las diferentes “Memorias Sociales” presentadas, desde 2009, por FAEDEI. La última disponible es de 2013. Vid. Empresas de inserción en España. Memorial Social 2013. Madrid. Diciembre de 2014. Disponible en <http://faedei.org/images/docs/documento48.pdf>.

⁹¹⁶ No es posible aquí ni siquiera listar las CCAA que tienen su propia regulación, incluso legislativa. La mayor parte, no obstante, cuentan con una normativa reglamentaria donde regulan la certificación, registro y medidas de apoyo a las mismas. Vid. in extenso M.R. Vallecillo-C. Molina. *Empresas de Inserción y mercados de trabajo inclusivos*, Comares, Granada, 2008, Pp.116 y ss.

⁹¹⁷ La STCO 228/2012 cuenta con un interesante voto particular que entiende que la materia es propia de la asistencia social, apelando a la STCO 36/2012, por lo que las empresas de inserción serían un «mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad Social, y que opera mediante técnicas distintas de las propias de ésta» (STC 36/2012, de 15 de marzo, FJ 4).

ciones y de la Formación Profesional; Eje 3 de la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016, aprobada por Real Decreto 751/2014, de 5 de septiembre, que refiere a la inserción de las personas en riesgo de exclusión social-. Del mismo modo que la Ley 3/2012, de reforma laboral, ha hecho alguna incursión por este instrumento de inserción ocupacional, en particular respecto de los contratos para la formación y el aprendizaje a realizar por las empresas de inserción, de modo que el art. 11.2 ET exime del límite máximo de edad también a los colectivos en situación de exclusión social.

Pese a todo, queda de manifiesto que la referencia principal, es la Ley Estatal, sin perjuicio de reconocer que en lo que realmente cuenta, el marco de las políticas de promoción, son más relevantes las ayudas autonómicas, al menos hasta que se produzca la reforma impulsada por el Gobierno, ya anunciada y que explicaremos de inmediato de forma abreviada. La norma legal reconoce claramente la especificidad de su fin, que la singulariza como una “empresa de economía social” cuyo objeto se centra en la inserción mediante la formación socio-laboral a personas en situación de riesgo de exclusión –definidos rígidamente por la propia Ley–, buscando no su perpetuación en formas de empleo protegido sino como vía óptima de “transición” hacia el denominado “empleo ordinario” -art.3.1 Ley-. La actividad debe acompañarse de itinerarios de inserción laboral de manera que estas personas encuentren un trabajo en empresas convencionales o proyectos de auto-empleo, por lo que en este rasgo se diferenciaría de los tradicionales “Centros Especiales de Empleo”, para personas con discapacidad.

No pueden ser, pues, tampoco empresas mercantiles convencionales, de ahí que ni tienen posibilidad legal de reparto de dividendos por beneficios, que deben reinvertir en un 80 por cien en la compañía -por tanto sí que tienen un cierto margen de beneficio-, ni tiene opción de ser socialmente responsables, como hacen las empresas que se acogen a realizar funciones de inserción en el marco de su modelo se responsabilidad social corporativa, pues deben serlo, dado que esa es su finalidad esencial. Otra cosa es que su modo de realización exija desarrollar estrategias y paradigmas de gestión típicos del mercado –no debe olvidarse que más del 80 por cien de las empresas de inserción asume forma de sociedad mercantil limitada, y menos de cooperativa o sociedad laboral, pese a encuadrarse en la economía social–, incluido el marketing y la creación de redes para mejorar su posición en los mercados en los que compete, incluidas “ferias empresariales”(ej.: “INSERCIÓN” 2015, configurada como un foro o espacio de encuentro empresarial, por tanto “cita de negocios”, en el que se exponen productos y servicios a sus potenciales clientes -empresas y Administraciones Públicas-).

La singularidad de sus sujetos-fin, esto es, la vulnerabilidad de las personas que dan razón de ser a su existencia, poniendo a su servicio el capital que necesitan para llevar a cabo el proceso de inserción con éxito, requiere también beneficios para que se pueda

compensar esas barreras o dificultades en el mercado competitivo. Si en el plano de los incentivos aparecerán medidas específicas -art.16-, sobre todo para socializar una parte del coste del acompañamiento, también se reconocerá en el plano de las técnicas contractuales, admitiéndose una modalidad especial, el contrato de inserción.

El art. 15, en efecto, le habilita para celebrar el contrato regulado en la Disposición adicional primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, con las peculiaridades establecidas en este artículo. El período del contrato tendrá que ser mínimo de 1 año y máximo de 3, siendo su objeto una prestación de servicios en la empresa de inserción como parte básica del itinerario de inserción personalizado. Como límite, y en aras de asegurar que hay transición hacia el empleo ordinario, la empresa no podrá contratar a trabajadores que durante los dos años anteriores hayan prestado servicios en la misma o en otra empresa de inserción, salvo que, como se previó en la reforma de 2009, *“en el supuesto de fracaso en un proceso previo de inserción o en el de recaída en situaciones de exclusión, se considere lo contrario por el Servicio Social Público competente a la vista de las circunstancias personales del trabajador”*.

En el balance social de 2013 de FAEDEI, el 54,64% de los contratos realizados durante el 2013 han sido bajo la modalidad especial del contrato de fomento de empleo temporal, el 40,20% a través de otras modalidades -obras y servicios- y el 5,16% de contrato de formación. Del total de personas que durante el año 2013 estuvieron en proceso de inserción, el 21,54% han finalizado su proceso, un 10,73% finalizó su contrato con la empresa, el 6,27% lo abandonó y el 61,45% ha continuado. Frente al riesgo de perpetuación en el empleo protegido, los informes revelan datos alentadores como el relativo a la tasa de inserción en el mercado laboral ordinario. Esta tasa, que se situaba en el 37% para el año 2009, ha pasado en 2013 en un esperanzador 45 por cien. En algunas ocasiones ese tránsito se produce dentro de la propia empresa de inserción, de modo que pasarían de persona de inserción a persona de acompañamiento⁹¹⁸. No obstante, es evidente que sigue siendo un índice bajo, pues son empresas de servicios consistentes en la actuación de *procesos de transición, social y económicamente eficientes, desde una situación de riesgo de exclusión social a otra de integración*, razonablemente segura, en el mercado ordinario de trabajo.

IV. LA VERDADERA “ASIGNATURA PENDIENTE”: CLÁUSULAS SOCIALES Y “MERCADOS RESERVADOS” PARA LA INSERCIÓN

Pero esto nos conduce, en el final de este trabajo, al auténtico punto doliente de estas empresas, como en general de todas: la garantía de financiación suficiente, no

⁹¹⁸ Memoria social 2013, pp. 34 y ss. <http://faedei.org/images/docs/documento48.pdf>

ya sólo en cuantía sino regular, para asegurar liquidez y una gestión solvente y fiable. Esto no sucede a menudo con las subvenciones públicas que, además de cada vez menores, no se reciben en tiempo útil para el funcionamiento de una empresa, de economía social, sí, pero empresa al fin y al cabo, que necesita sobrevivir en un mercado competitivo.

Al respecto, del amplio y abierto abanico de medidas de promoción que prevé el art. 16 de la Ley, ésta sólo concreta una, la habitual, la que ha sido y sigue siendo, lamentablemente, el centro de las políticas de empleo: la rebaja de cuotas sociales, aquí mediante bonificaciones -art. 16.3 a)-. Pero, sin despreciarlo, no es esto lo que esperaban, no lo que esperan, las empresas del sector, que desde antaño tienen su mirada centrada en un instrumento bien diverso, el de las “*cláusulas sociales*” en la contratación pública y, más aún, en la técnica más específica dentro de ellas de las “*cuotas de mercados reservados*” -como para los Centros Especiales de Empleo.

Hasta ahora, esta era una cuestión vista con extraordinario recelo, por lesionar, según ciertas, y erróneas, convicciones, los principios del todopoderoso Derecho de la Competencia. Por eso, las CCAA, que tienen en su mano la posibilidad de instrumentar al servicio de las empresas de inserción una parte significativa de su volumen capacidad de contratación pública, menguada durante la época de crisis pero relevante en todo caso y momento, decidieron, salvo excepciones, mantener restrictiva esta política de compra pública socialmente responsable, en este caso al servicio de la inserción. A cambio, asumieron ampliar a tal fin la clásica potestad subvencional.

Por ejemplo, para Andalucía, destaca la Orden de 18 de febrero de 2014, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas en régimen de concurrencia competitiva, para la integración socio-laboral de las personas pertenecientes a colectivos en situación de exclusión social a través de empresas de inserción, y se efectúa su convocatoria para el año 2014. Partiendo del derecho social al empleo, reconocido por el art. 9 Estatuto de Autonomía, y desarrollado por el RDL 8/2013 para la actual situación de crisis, dedicará apenas 2 millones de euros para las 30 empresas de inserción que constan en el Registro andaluz -Decreto 193/2010-. Y por citar otro ámbito de acción promocional autonómica, más evolucionada, destaca la RESOLUCIÓN de 25 de marzo de 2015, del Director General de Lanbide-Servicio Vasco de Empleo, por la que se procede a la publicación de la convocatoria para el año 2015 de las ayudas previstas en la Orden de 4 de mayo de 2009, del Consejero de Justicia, Empleo y Seguridad Social, por la que se regulan las ayudas para la creación y el sostenimiento de las empresas de inserción -BOPV, 26 de marzo 2015-. Tiene una dotación de 8 millones y medio de euros y cubre un listado muy amplio de aspectos de la gestión y contratación de las Empresas de Inserción.⁹¹⁹

⁹¹⁹ FAEDEI-AERESS. El acompañamiento en las empresas de inserción. Diciembre. 2014. <http://www.faedei.org/images/docs/documento49.pdf>

Pues bien, aquí es donde se producirá un salto cualitativo de ver la luz el citado Proyecto de reforma del autoempleo, en especial de la Ley de Economía Social. Así:

1. Se reconoce a los Centros Especiales de Empleo, a las Empresas de Inserción, a las cooperativas y a las sociedades laborales como entidades prestadoras de servicios de interés económico general. Ello hará posible que las subvenciones concedidas puedan ampliarse -art. 3 del Proyecto que modifica el art. 5 Ley Economía Social-.
2. Nuevas bonificaciones, tanto para las empresas de inserción que contrato a personas en procesos de integración - nuevo art. 9.1 b) Ley de Economía Social-, si bien serán incompatibles con las previstas en el art. 16.3 a) Ley 44/2007, cuanto para las empresas convencionales que contraten a trabajadores que hayan finalizado su proceso en las empresas de inserción - nuevo párrafo tercero del apartado 2, art. 5 de la Ley 43/2006-.
3. Apertura a las empresas de inserción de los procedimientos de contratación con el sector público para mercados reservados, limitados antes a los Centros Especiales de Empleo -nuevo tenor literal propuesto para la Disposición adicional quinta del RD Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Ley de Contratos del Sector Público-.

V. CONCLUSIÓN

Durante mucho tiempo estancadas, las turbulencias que en esta época se están produciendo en la regulación del mercado de trabajo en particular, y de la economía social en general, parecen que desplegarán un efecto colateral muy positivo para dar un salto en la promoción de las empresas de inserción. Sin entrar ahora en honduras sobre las limitaciones y problemas que presenta la nueva regulación, sea de la economía social y del autoempleo, sea de las empresas de inserción, emitiendo una seria crítica el propio Dictamen 7/2015 del CES, ya referido, entiendo especialmente oportuno valorar de forma positiva esta iniciativa, que ojalá sí culmine. En un tiempo en el que domina el principio de ajuste de todas las cosas y relaciones bajo el totalitario y reductor modelo o paradigma del mercado económico y su inexorable ley del precio -oferta y demanda-, ver que hay espacio, aunque residual, para instrumentos de inserción por lo económico de los colectivos vulnerables, dentro de un tipo de economía que tiene como centro a la persona y el bien común, no el capital, siempre es muy, muy saludable.

9. PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y SU REGULACIÓN JURÍDICA

9.1. CONDICIONANTES SOCIOECONÓMICOS DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

JESÚS R. MERCADER UGUINA

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

I. LAS CAUSAS DEL DESEMPLEO EN LA LITERATURA ECONÓMICA: UN BREVE RESUMEN

El desempleo es, probablemente, uno de los problemas de las sociedades contemporáneas que mayor interés ha suscitado entre las distintas ramas de las ciencias sociales. De ellas, quizá sea la Economía a la que más le ha ocupado y preocupado el problema del paro, hasta tal punto que se ha llegado a decir que “el “descubrimiento del desempleo” es atribuible a los economistas”⁹²⁰.

Aunque en los albores del nacimiento de la revolución industrial el fenómeno del desempleo resultaba algo extraño a la ciencia económica, hasta tal punto que el hecho de que un determinado individuo no trabajara resultaba del todo incomprensible desde la perspectiva del funcionamiento esperado del mercado, ello no impidió que, desde sus orígenes mismos, la Economía haya tratado de esclarecer la causa última por la cual algunos sujetos carecían de empleo. Así, son muy escasas las referencias que encontramos en Adam Smith y otros economistas clásicos al problema del desempleo. Smith se refiere tangencialmente al desempleo al explicar las distintas variables que inciden en la cuantía de los salarios, entre las que se encuentra, dice, el número de trabajadores disponibles, pero sin referirse expresamente a las causas que llevan a esa disponibilidad. También se refiere, como lo hicieron Malthus o Ricardo, al efecto negativo que sobre el empleo tenían las Leyes de Pobres, pues “inmovilizaba a la gente e impedía a los individuos encontrar trabajos útiles, al tiempo que impedía al capitalista encontrar trabajadores”⁹²¹.

⁹²⁰ VOGEL-POLSKY, E., *El problema del desempleo*, en HEPPLER, B. A. (ed.) *La formación del Derecho del Trabajo en Europa: análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, p. 195.

⁹²¹ POLANYI, K., *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Endimión, 1997, p. 195.

Tampoco Marx se refiere expresamente al fenómeno del paro, aunque de su preocupación por el trabajo y su remuneración puede deducirse su particular visión del desempleo. Para Marx, el desempleo es fundamentalmente una forma de explotación del capital sobre el trabajo. El paro es descrito como un fenómeno generalizado y persistente de las economías capitalistas, que da lugar a la conformación de un auténtico «ejército industrial de reserva», cuyo principal efecto es contribuir a una mayor acumulación de capital⁹²².

Pero, sin lugar a dudas, es el keynesianismo el que puso el desempleo en el centro del debate económico. Es más, su nacimiento ha dado lugar a las dos grandes explicaciones que del fenómeno del paro coexisten en nuestros días.

De una parte, nos encontramos con el enfoque que pone un especial énfasis en las interrelaciones existentes entre los distintos elementos que integran la economía. Desde esta perspectiva, el empleo no vendría dado simplemente por las vicisitudes de la interacción entre oferta y demanda en el mercado de trabajo, sino por la demanda agregada, determinada por el nivel de consumo e inversión. Así las cosas, se establece un razonamiento inverso al tradicional de la economía clásica, que arranca del conjunto de la economía y la fijación de la cantidad a producir (consumir) para descender al mercado de trabajo y fijar empleo y salarios. De esta forma, el problema del paro trasciende el mercado de trabajo y, por este mismo motivo, cobra una mayor importancia que en planteamientos teóricos ortodoxos. El paro es, fundamentalmente, una consecuencia del mal funcionamiento de la economía en su conjunto.

De otra, desde los puntos de vista más ortodoxos, el desempleo no es más que la consecuencia de un mal ajuste del mercado de trabajo, por lo que su resolución resulta sencilla: la eliminación de las barreras o rigideces que dificultaban su correcto funcionamiento. Desde esta postura, la desconexión entre mercado de trabajo y mercado agregado es total, de tal forma que ante cualquier nivel de demanda agregada, el mercado de trabajo se ajustaría automáticamente vía salarios. En un mundo de precios flexibles, el punto de equilibrio de pleno empleo no existe, por lo que el paro no puede ser explicado como una consecuencia natural del funcionamiento del conjunto de los mercados, sino por las rigideces e imperfecciones del mercado de trabajo. Dentro de estos factores determinantes de la tasa de paro natural estaría la regulación laboral y las políticas propias del Estado del bienestar y, en particular, las prestaciones por desempleo.

⁹²² MARX, K., *El capital: crítica de la economía política. Libro primero*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2002, pp. 787-788.

II. EL CARÁCTER MULTICAUSAL DEL DESEMPLEO

Los principales condicionantes que determinar el incremento del nivel de paro de un país se han sintetizado en torno a los siguientes tipos básicos⁹²³.

Así, se ha distinguido un desempleo friccional que es aquél que se produce como consecuencia de la dinámica continua de contrataciones y despidos, así como consecuencia de la población activa al mercado laboral que no ha encontrado un empleo. Ciertamente, “la ausencia de perfecta información sobre la situación de la demanda y la oferta de trabajo en cada momento provoca periodos transitorios de desempleo entre personas que buscan trabajo de forma activa y la existencia de vacantes de empleo sin cubrir”⁹²⁴.

En segundo lugar, un desempleo cíclico derivado del estancamiento y la reducción de la producción de bienes y servicios, característicos de los periodos en que la demanda total no genera trabajo suficiente para los trabajadores disponibles. Finalmente, el desempleo estructural, constituye aquella parte del desempleo que no es imputable ni a problemas de información ni a situaciones de caída de actividad económica y que, por tanto, deriva de factores que con carácter más o menos permanente, distorsionan el ajuste entre la oferta y la demanda. En primer lugar, problemas de ajuste cualitativo entre oferta y demanda de trabajo por cambios en el sistema productivo; problemas de ajuste cuantitativo entre oferta y demanda de trabajo, derivados de un crecimiento de la oferta de trabajo superior al ritmo de generación de puestos de trabajo en el sistema productivo y, en fin, situaciones de desajuste salarial entre oferta y demanda de trabajo derivados de la presencia de niveles salariales excesivamente elevados, en relación con el salario de equilibrio para poder dar empleo a toda la población activa disponible, existiendo trabajadores cuyas cualificaciones o demandas de remuneración no se corresponden con los requerimientos de los empleadores⁹²⁵.

El debate sobre las causas del desempleo adopta formas y modos distintos en cada período histórico en función de los factores sociales y económicos de cada momento en cada país⁹²⁶. El carácter multifactorial del desempleo es un hecho, de modo que no es posible acudir a explicaciones monocausales para dar respuesta las motivaciones que favorecen en un determinado sistema económico la existencia de elevados niveles de desempleo.

⁹²³ Como magistralmente resumiera, ALONSO OLEA, M., *El paro forzoso. Clases y aseguramiento*, RPS, 1985, n° 145, pp. 13 a 17.

⁹²⁴ PALACIO MORENA, J.I., ÁLVAREZ ALEDO, C., *El mercado de trabajo: análisis y políticas*, Madrid, Akal, 2004, p. 67.

⁹²⁵ Como resumen PALACIO MORENA, J.I., ÁLVAREZ ALEDO, C., *El mercado de trabajo: análisis y políticas*, cit., p. 67-68.

⁹²⁶ LAYARD, R., NICKELL, S., JACKMAN, R., *La crisis del paro*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, p. 20.

Según las estimaciones de la Organización Mundial del Trabajo, la crisis internacional ha supuesto un incremento del desempleo de 30 millones de personas en todo el mundo, situándose la cifra global de desempleados en 210 millones de personas a mediados de 2010. También en el caso del mercado de trabajo se observa un comportamiento diferenciado entre economías emergentes y desarrolladas. La mayor parte del incremento del desempleo desde 2007 (20 millones de personas) se concentra en los países desarrollados. Y son las economías emergentes (excepto Sudáfrica) las que durante 2010 han registrado crecimiento del empleo y reducción del desempleo. El último dato disponible para la zona euro indica una destrucción de empleo del 0,2% interanual en el tercer trimestre de 2010. El escenario central de los principales organismos internacionales apunta a la continuidad del proceso de recuperación mundial a partir de 2011 (4,5% en promedio desde 2011 a 2015), manteniéndose el liderazgo de las economías emergentes y en desarrollo (6,5%) y siendo más moderado el crecimiento en las economías avanzadas (2,5%). La paradoja se hace patente y son los países desarrollados en los que más se ha sufrido la recesión económica y en los que la recuperación resultará más lenta y dolorosa.

Los factores que han contribuido al anterior resultado son múltiples y han sido objeto de numerosos estudios. No obstante, ha sido, principalmente, el declive del crecimiento económico que ha caracterizado la crisis una de las razones que explica los niveles de desempleo. Así, el descenso de la demanda de bienes y servicios ha generado un descenso de la actividad económica y, por lo tanto, de la producción de empleo, así como un incremento en la destrucción de empleo, lo cual explicaría el incremento del desempleo.

En el momento actual, desde una perspectiva técnico-productiva, las características de la sociedad postindustrial (con la intensificación de los procesos de automatización, incorporación de nuevas tecnologías, etc.) ejercen en sí mismas -como factor de base objetiva de aumento del desempleo- una fuerza de expulsión de mano de obra y una reducción de la fuerza de trabajo necesaria en la producción. A medida que la economía lentamente se reactiva, este componente de desempleo tecnológico puede pesar más de la cuenta: muchos puestos de trabajo que se destruyeron ya no volverán jamás; serán sustituidos por máquinas más eficientes.

Además del argumento del desempleo tecnológico, existe otra tesis muy extendida, según la cual tal incapacidad sería consecuencia de la globalización de la economía. El incremento de la competencia mundial por mor de los procesos de mundialización sería la razón explicativa de la destrucción de empleo industrial en las economías avanzadas. La producción a bajo coste de bienes industriales por parte de las nuevas economías capitalistas habría dejado en clara desventaja competitiva al sector secundario en los países desarrollados. Con el crecimiento del comercio internacional, derivado del proceso de globalización, la demanda de mano

de obra cualificada en dichos países aumenta y la de la no cualificada disminuye. Esto hace que los trabajadores con menores cualificaciones tienen una mayor probabilidad de quedarse sin empleo.

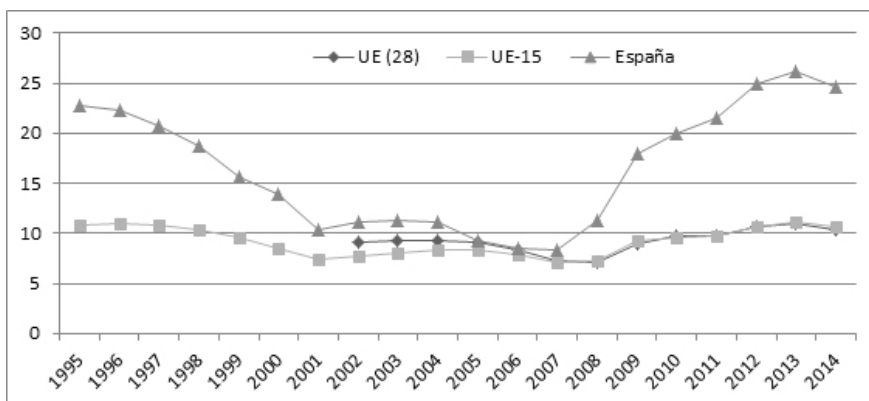
La cualificación profesional resulta, en este escenario, un factor fundamental que puede actuar como barrera o incentivo al desempleo. Sabido es que la mejor protección de los trabajadores frente a una desaceleración económica es el capital humano que atesoran, es decir, su formación y sus conocimientos. La mayor preocupación por la calidad, la integración de tareas y la flexibilidad exigen la polivalencia de los trabajadores que se traduce en aumentos en los requerimientos de formación de los trabajadores. De hecho, es bien conocido que la población más formada se caracteriza por presentar una menor tasa de paro.

No obstante, cada país posee características propias y rasgos singulares que llevan consigo específicas explicaciones para los niveles de desempleo existentes. Por ello, conviene analizar las razones que han explicado en nuestro país tales resultados.

III. ¿POR QUÉ ES TAN ALTO EL PARO EN ESPAÑA?

Como los economistas nos han demostrado, el mercado de trabajo español es muy dependiente del ciclo económico. Ante recesiones con orígenes diversos: *shocks* petrolíferos (1975, 1979), reducciones de la demanda (1990), factores financieros y burbuja inmobiliaria (2007): la economía española siempre reacciona a las perturbaciones destruyendo empleo masivamente. Los economistas consideran incomprensible que España tenga una tasa de paro tres veces más volátil que la zona euro. Se ha dicho que es como una montaña rusa impulsada por los ciclos.

Ciertamente, el componente cíclico del desempleo puede deberse a factores tales como las fluctuaciones de la demanda o la política macroeconómica seguida, pero el nivel y la tendencia histórica que caracteriza a nuestro país en relación con la tasa de desempleo se encuentra en razones estructurales. Tradicionalmente, el sistema productivo español se ha caracterizado por una limitada capacidad para crear empleo y el origen de esa situación estaría tanto en la estructura del sistema productivo español, como en el marco regulatorio. En nuestro caso, el mercado de trabajo es volátil porque se ajusta a la estructura productiva y una economía históricamente basada en la construcción y el turismo refleja de manera muy intensa los cambios de ciclo. Pero a ello cabe añadir, según los estudios económicos, factores institucionales vinculados con la tradicional rigidez salarial ajena a las condiciones de mercado, la baja productividad, la segmentación del mercado de trabajo o el modelo de negociación colectiva.

Tasas de desempleo (1995-2014)

Fuente: Elaboración propia con datos de Eurostat

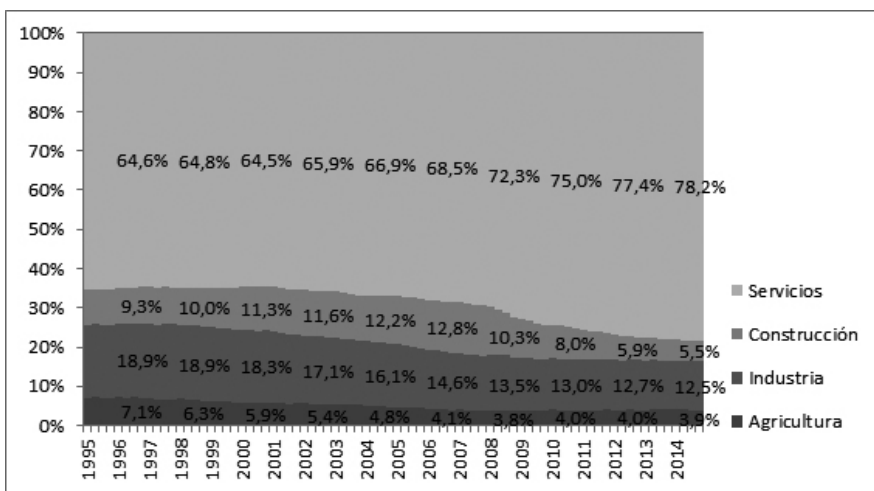
A lo largo de los años se han producido cambios significativos en nuestra estructura productiva. La creciente importancia de las actividades terciarias supone uno de los elementos clave en la dinámica de la economía española. La mayor parte de la producción nacional está vinculada a este sector y más de dos tercios de los trabajadores están englobados dentro de alguno de sus subsectores. Si tomamos el primer trimestre de 1995 como referencia, y realizamos una comparación con el tercer trimestre de 2014, podemos comprobar como la producción del sector servicios se mantiene relativamente estable (e incluso en crecimiento, junto a la producción agrario), mientras que la del sector industrial experimenta un considerable decrecimiento y, finalmente, se produce el colapso del sector de la construcción. Esta dinámica ha supuesto que, en la distribución de la producción total de la economía española, aunque en la etapa de crecimiento el sector servicios se mantuvo en el entorno del 65%-67% del total, desde el primer trimestre de 2008 al tercero de 2014, su peso total se ha incrementado desde el 68,47% hasta el 74,22%.

Este proceso ha venido acompañado por una reducción muy notable de las actividades primarias y una progresiva reducción de las secundarias. A lo largo de este período se observa la caída del peso del sector de la construcción que llegó a representar el 11 % del PIB español. La terciarización de la sociedad española tiene fiel reflejo en la evolución del empleo. De los activos, el 78,2% pertenecen al sector servicios, mientras que la construcción (5,5%) y la industria (12,5%) han sufrido una rebaja significativa.

A lo anterior debe unirse la pequeña dimensión de las empresas españolas. El 80% del empleo depende de las pequeñas y medianas empresas y éstas son las más vulnerables en caso de una crisis económica. Las empresas con más de 500 trabajadores son las que mejor aguantaron la crisis en España y la mayoría de las em-

presas desaparecidas fueron pymes⁹²⁷. Algunos estudios han puesto de manifiesto que las empresas españolas son igual de productivas que las extranjeras de su mismo tamaño pero que la economía española es globalmente menos competitiva por el predominio de empresas muy pequeñas y la menor abundancia de medianas y grandes. Solo Portugal, Italia y Grecia arrojan un desequilibrio mayor.

Cambios en la composición de la estructura productiva (1995-2015): El incremento del sector servicios y la reducción de la construcción



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de la Población Activa

La altísima tasa de temporalidad laboral es uno de los rasgos más conocidos y persistentes de la realidad española, un rasgo que permite hablar de un “modelo español de empleo” o presentar a nuestro país como ejemplo de lo que la literatura académica viene denominando “mercado de trabajo dual”. Nuestro mercado de trabajo, como Jano, el Dios de la “doble faz”, que metafóricamente ayuda a representar el anverso y el reverso de todo problema, posee también una doble dimensión en la que coexiste el empleo estable e indefinido con esa forma de empleo débil que conduce a la precariedad laboral que es el temporal.

Las empresas de alto crecimiento en el mundo utilizan sobre todo contratos permanentes, lo cual cuestiona un modelo como el nuestro. El comportamiento diferencial de la economía española se explica por la interacción entre una legislación contractual que favorece un uso excesivo de los contratos temporales generadores

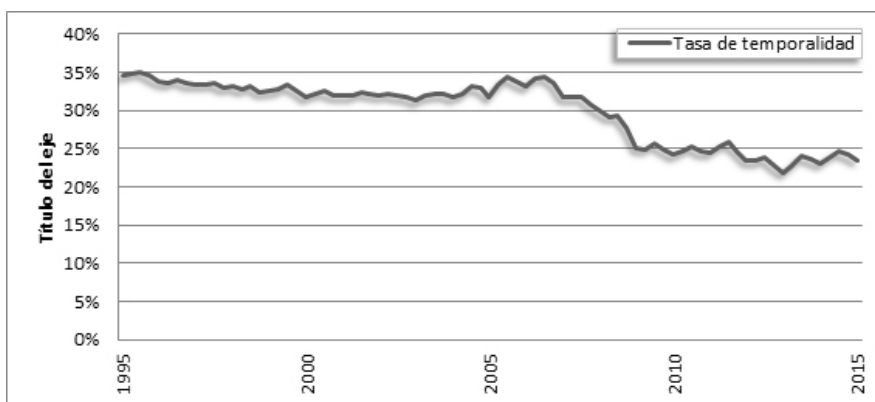
⁹²⁷ Extensamente, P. GIMENO, *La situación de la pyme en el mercado de trabajo de España*, en J.R. MERCADER (Dir.), *Las relaciones laborales en las pequeñas y medianas empresas. Problemas actuales y perspectivas de futuro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 16 a 44.

de empleos de escaso valor añadido y la existencia de un modelo de relaciones laborales que impide que las empresas puedan poner en funcionamiento respuestas a la caída de la demanda que vayan más allá de la destrucción de empleo e, incluso, de la liquidación empresarial.

A ello se une la elevada tasa de rotación, que tiene consecuencias negativas sobre los trabajadores y sobre las empresas, afectando muy negativamente al bienestar y al crecimiento a largo plazo. Los trabajadores temporales cobran menos y tienen más accidentes de trabajo. Suelen alternar trabajos con periodos de desempleo, enfrentándose a un elevado grado de precariedad que afecta negativamente a su productividad y a su bienestar. Además, el empresario no tiene incentivos para invertir en su formación y genera pocas economías de experiencia y de aprendizaje. Estas características afectan negativamente a la productividad y, por ende, a la competitividad de las empresas.

A este respecto, no cabe argumentar que la elevada tasa de temporalidad en España se deba a una estructura productiva con un peso desorbitado de sectores con puestos de trabajo de “duración determinada” (construcción, hostelería, turismo, etcétera). En primer lugar, la inestabilidad laboral es mucho mayor que en el resto de la UE para todos los sectores de actividad y también lo es para los trabajadores de casi todas las edades, niveles educativos y ocupaciones. En segundo lugar, existen contratos indefinidos que permiten acomodar la estacionalidad de la demanda en determinados sectores (contrato a tiempo parcial, trabajadores fijos discontinuos) cuyo uso se ha visto gravemente limitado por el recurso excesivo a los contratos temporales, ya que éstos parecen ser la única fuente operativa de flexibilidad que los empresarios perciben tener a su disposición.

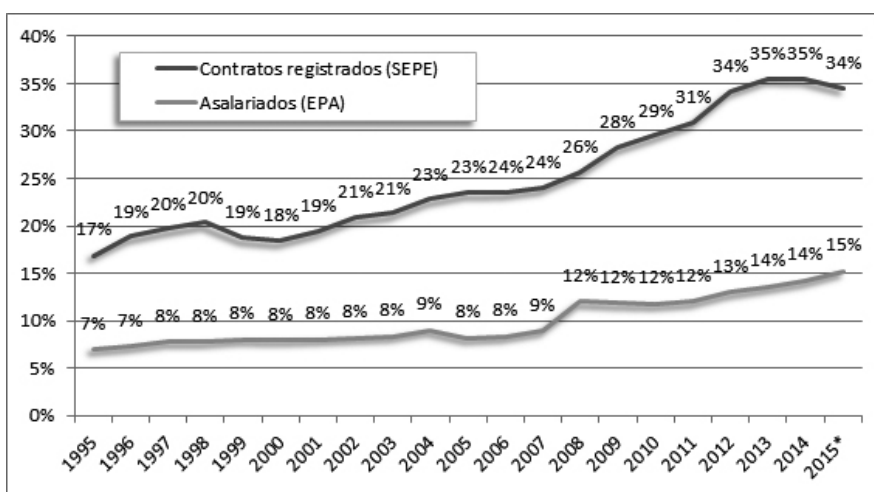
Temporalidad (1995-2015)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de la Población Activa

La tasa de trabajo a tiempo parcial, definida como el cociente total del número de ocupados en esta clase de jornada y el número total de ellos, ha mantenido a lo largo de los años de los que hacemos balance una tendencia sostenida y creciente, que no parece verse particularmente afectada por los aumentos o descensos del desempleo. Así, puede observarse con claridad como la tasa pasó de un 5,4% a un 8,7% en el período que va desde 1987 hasta 2004, y como desde 2005 se ha mantenido este incremento del peso del trabajo a tiempo parcial, hasta llegar al 15% actual. Las consecuencias de la mayor tasa de tiempo parcial no se limitan, sin embargo, a la menor jornada y consiguientemente a los ingresos proporcionales, sino que los datos muestran un elevado grado de precariedad.

Incremento del trabajo a tiempo parcial



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de la Población Activa

La crisis ha provocado una concentración de la destrucción de empleo en los colectivos con menor nivel de cualificación y, de esta forma, ha elevado sustancialmente el grado de desajuste educativo entre oferta y demanda de trabajo. Así, el porcentaje de ocupados con estudios primarios o menos se ha reducido del 18% en 2007 al 10,3% en 2014, mientras que el peso de los ocupados con estudios universitarios ha aumentado desde el 23,1% en 2007 hasta el 29,4% en 2014. Por su parte, entre los desempleados se observa la tendencia opuesta, con un 22,2% del total con estudios primarios o menos y únicamente un 13,7% con estudios universitarios. Este desajuste educativo podría dificultar la empleabilidad de los grupos menos cualificados, dado que las probabilidades de salida del desempleo son crecientes con el nivel educativo.

Otro factor a la hora de valorar los elementos determinantes del desempleo son los costes de despido. Aunque son un elemento necesario en un mercado laboral equitativo y eficiente, si son demasiado altos, pueden provocar problemas para aumentar el empleo, especialmente bajo el tipo de contrato por tiempo indefinido. Asimismo, altos costes de despido dificultan enormemente la reestructuración de las empresas que tienen que adaptarse a la mayor competencia derivada de la globalización. España ha sido, tradicionalmente, uno de los países con costes de despido reales más elevados, no tanto por su monto oficial en sí mismo, como por las dificultades burocráticas y judiciales que hacen que terminen siendo mucho mayores en la práctica que los legales.

Pero también otros factores aparentemente alejados como el diseño de la estructura de la negociación colectiva tienen también consecuencias sobre la creación y la destrucción de empleo en un contexto en el que no todas las empresas tienen diferentes niveles de productividad. Dado que los convenios colectivos sectoriales fijan las mismas condiciones salariales para todas las empresas de un mismo sector, cuando tienen lugar perturbaciones que afectan negativamente a la productividad de algunas empresas se puede generar una mayor destrucción de empleo que la que se produciría bajo la negociación colectiva en el ámbito de la empresa. Y, por el contrario, cuando las perturbaciones de productividad son positivas, no necesariamente producen una mayor creación de empleo en una economía con negociación colectiva sectorial, porque las expectativas de beneficios generadas por dicho aumento de productividad no afectan de manera homogénea a todos los puestos de trabajo.

En definitiva, la mayor compresión salarial entre empresas dentro de la negociación sectorial puede contribuir al incremento del desempleo⁹²⁸. Las conclusiones alcanzadas por Jimeno y Thomas a este respecto, son las siguientes: primero, que la tasa de paro siempre es menor bajo negociación en el ámbito de la empresa que bajo negociación sectorial. Esto sucede porque bajo negociación sectorial, la aplicación de un acuerdo salarial común para todas las empresas hace que, a medida que decrece la productividad, los beneficios se reduzcan más rápido que bajo negociación descentralizada. Como resultado, el umbral de rentabilidad de las empresas se vuelve mucho más elevado, y así la tasa de destrucción de empleo es mucho mayor. Y con respecto a la creación de empleo, las expectativas de beneficios son menores para puestos de trabajo con productividad relativamente baja, pero son mayores para los de productividad relativamente alta. No obstante, se demuestra que el primer efecto domina sobre el segundo, con la consiguiente destrucción neta de empleo; segundo, que bajo las mismas condi-

⁹²⁸ JIMENO, J. F. Y THOMAS, C., *Collective bargaining, firm heterogeneity and unemployment*, Documentos de Trabajo, 2011, nº 1131, Banco de España

ciones, y partiendo de un esquema de negociación sectorial, si se permite un descuelgue salarial acordado entre empresa y trabajadores (descuelgue eficiente), el nivel de empleo resultante sería similar al que se obtendría si cada empresa tuviese su propio convenio.

IV. DOS DIMENSIONES DEL DESEMPLEO CON CAUSALIDAD PROPIA

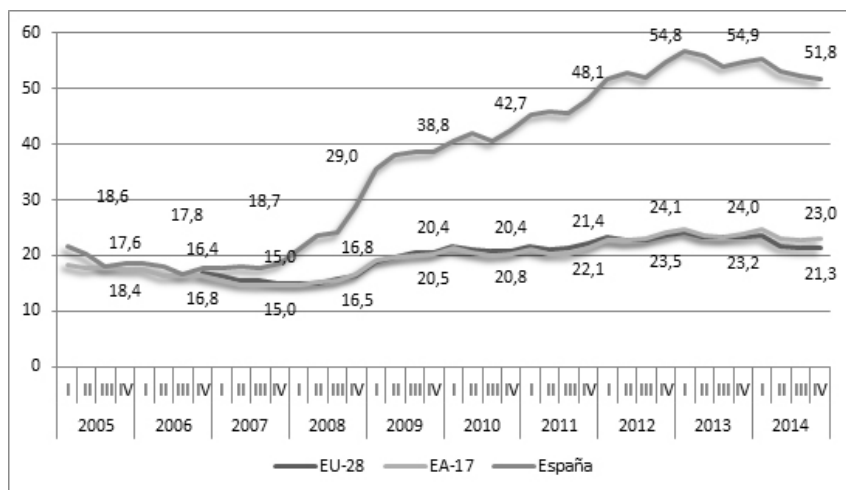
Dos dimensiones del problema del desempleo poseen una causalidad propia. De un lado, el desempleo juvenil y de otro, el desempleo de larga duración.

1. Las causas del desempleo juvenil

El desempleo juvenil constituye una de las principales disfunciones del mercado de trabajo en España, con implicaciones directas sobre la situación económica presente y futura de los jóvenes parados y su entorno e indirectas sobre el conjunto de la economía.

La tasa de paro para estos menores de 24 empieza 1984 en un 45,47%, viniendo desde un 9,87 en el tercer trimestre de 1976 (primero de la muestra), y un 20% a principios de 1979. El máximo lo alcanzó en el primer trimestre de 1985 (47,96%). No es sólo que estuviera muy alta, sino que se había disparado, aunque ahora ha sido parecido: el dato más bajo antes de la crisis para este grupo de edad se consigue en el tercer trimestre de 2006 (16,92%), es decir, que ha subido 38 puntos en siete años hasta el 55% actual. En el 84 subió 36 puntos en 8 años.

La tasa de paro entre los menores de 25 años en España supera el 51%. Esto significa que uno de cada dos jóvenes no tiene trabajo, superando en más de 40 puntos a países como Austria, Alemania y Holanda (con tasas en torno al 5%) y nos sitúa en tasas próximas a Estonia, Lituania y Grecia (que rondan el 37%). La tasa de desempleo juvenil española es tres veces mayor que la de Dinamarca, cuatro veces y media la de Alemania, cinco veces la de Austria y Holanda, y dieciocho puntos mayor que la de Francia. De los datos aportados por la EPA se desprende que el desempleo se concentra en aquéllos jóvenes que tienen escasa formación, muchos de ellos, simplemente, con la Educación Primaria terminada. La tasa de abandono escolar temprano (población de entre 18 y 24 años que únicamente ha completado la educación secundaria y no cuenta con ninguna formación adicional) es del 27% lo que dobla la media de la UE-27, que se sitúa en el 13,5%). El alto porcentaje de jóvenes que abandonan prematuramente los estudios sigue creciendo frente a la tendencia decreciente de la mayor parte de los estados miembros de la Unión Europea.

Tasa de paro entre 15 y 24 años

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de la Población Activa

Es cierto que la tasa de desempleo juvenil crece exponencialmente cuando la economía española se desacelera o se contrae pero no es totalmente correcto decir que España tiene un problema de desempleo juvenil. La media de la ratio de desempleo juvenil sobre desempleo general en la OCDE está en torno a dos, que es el mismo cociente que presenta el caso español. Los países que tienen un problema de desempleo juvenil son aquellos en los que este cociente supera el 2,5 o se aproxima al 3, que no es el caso español. Una tasa de desempleo juvenil algo superior al 50% se corresponde con una tasa de desempleo general también superior del 25% que es exactamente la situación de España. Por tanto el problema no es el desempleo juvenil. El problema es el elevado nivel del desempleo general, que en gran parte es de carácter estructural.

La prolongada crisis económica también obliga a la generación actual de jóvenes a ser menos selectivos con los empleos que están dispuestos a aceptar, una tendencia que ya era evidente antes de la crisis. El número de jóvenes que está aceptando trabajos a tiempo parcial o que se encuentra confinado en empleos temporales es cada vez mayor. De este modo, se observa una alta temporalidad, con un 82,3% de jóvenes que trabajan de forma temporal involuntariamente y un alto nivel de contratación parcial no deseada, con un 51% de jóvenes que trabajan de forma parcial a la espera de suscribir un contrato a tiempo completo.

El desajuste de las competencias en los mercados de trabajo de los jóvenes se ha convertido en una tendencia constante cada vez más acusada. La sobreeducación

y el exceso de competencias coexisten con la subeducación y la escasez de competencias y cada vez más con el desgaste de la formación adquirida por causa del desempleo de larga duración (casi el 35% de los jóvenes desempleados en España se encuentran sin trabajo desde hace 12 meses o más). Este desajuste hace que las soluciones a la crisis del empleo juvenil sean más difíciles de encontrar y más lentas de poner en práctica. El paro juvenil está provocando tres fenómenos dramáticos: en unos casos, los jóvenes pierden la motivación así como el uso de conocimientos y habilidades aprendidas («brain waste»); en otros, deciden abandonar el país («brain drain»), lo cual dificulta el potencial de crecimiento económico por la fuga de talento; y, en otro último, deciden integrarse en la antisocial economía sumergida.

A los anteriores factores se une el efecto sobre el empleo de la crisis del sector de la construcción. Dicho sector se caracterizó por una demanda de trabajo de baja cualificación, con predominio de trabajadores manuales (trabajadores no cualificados, operadores de instalación y trabajadores manuales cualificados), que representaban a casi el 90% del total. Ello supuso el abandono prematuro, en muchos casos, del sistema educativo, con el resultado de que, en la actualidad, muchos de estos trabajadores se encuentran sin empleo y sin cualificación. Esto explica que, junto a jóvenes desempleados cuyo principal problema es la carencia de una cualificación adecuada para ocupar puestos de trabajo de calidad, exista otro colectivo de jóvenes con titulación o próximos a obtenerla, suficientemente formados, que tienen entre 20 y 29 años, que están desempleados y que o bien no han tenido un empleo anterior o bien el que han tenido es un empleo precario, para el que no son necesarios los estudios realizados por estos jóvenes.

Las causas del desempleo juvenil en España hay que buscarlas, finalmente, en deficiencias tanto del sistema educativo como del mercado de trabajo. Entre las primeras, destacan la magnitud del abandono escolar temprano y la polarización de la educación: la tasa de abandono escolar prematuro entre los 18 y 24 años duplicó en 2012 la media de la Unión Europea (24,9% frente al 12,8%), si bien la reducción en los últimos años ha sido importante, pues hasta 2009 se mantuvo estable en torno al 30%. Entre las segundas, sobresalen la segmentación del mercado laboral y la ineficacia de las políticas activas de empleo. La cuestión a resolver es, pues, la de cuáles son las posibles soluciones a los problemas de desempleo juvenil. Para atenuar el problema del desempleo juvenil se debe actuar conjuntamente en los ámbitos educativo y laboral.

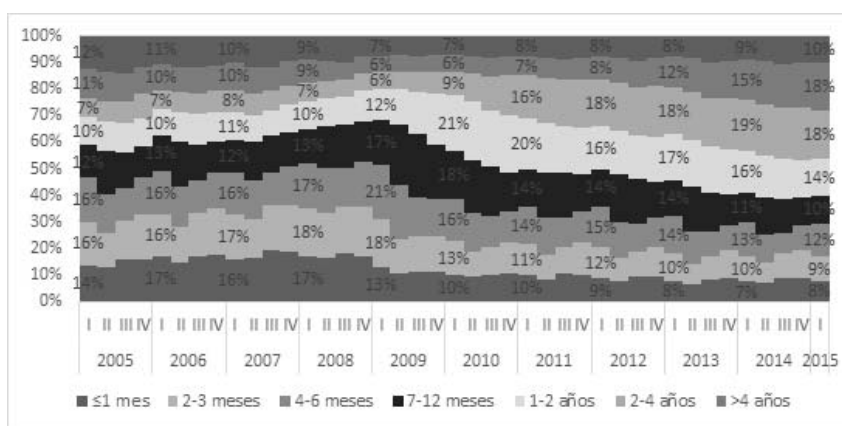
2. Las causas del paro de larga duración

El INE considera como parado de larga duración a la persona que, de manera constante a lo largo de un periodo superior a 12 meses, se encuentre inscrita en busca de empleo en los servicios de empleo estatales, independientemente del

perfil de edad o profesional que acredite. Así mismo se aclara el concepto de parado de larga duración según la definición realizada en el Reglamento (CE) N° 2204/2002 de la Comisión, de 12 de diciembre, de ayudas al empleo, “toda persona que haya estado sin trabajo durante 12 de los anteriores 16 meses o durante 6 meses de los anteriores 8 meses si fuera menor de 25 años”.

Desde el inicio de la recesión económica en 2008, la proporción de parados de larga duración en España respecto al total de población activa (alrededor del 2%) se mantenía por debajo de la media europea (poco menos del 3%), en 2012 la tasa de parados de larga duración en España había escalado hasta el 12%, mientras que la media de la UE-28 no llegó al 5%⁹²⁹. En 2014, el número de parados que dejó su empleo hace tres años o más aumentó un 9,5%, hasta alcanzar los 1.397.000. Durante la crisis han pasado de 263.000 a casi 1,4 millones. En el 4° Trimestre de 2014, la duración promedio de la situación de desempleo había aumentado hasta los 23 meses.

Desempleo de larga duración



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de la Población Activa

El crecimiento del desempleo de larga duración o, en términos más generales, de la duración esperada de la situación de paro, no sólo supone una mayor pérdida transitoria de rentas para el trabajador, sino que reduce notablemente la posibilidad de encontrar un nuevo puesto de trabajo, lo que posiblemente se asocia a una depreciación de sus capacidades. Cuanto mayor es el periodo de búsqueda, menor es la tasa de salida del paro. Las causas de este “singular” desempleo son diversas.

⁹²⁹ DE LA RICA, S. Y ANGHEL, B. *Los parados de larga duración en España en la crisis actual*, Documento de trabajo 185/2014, Laboratorio de Alternativas.

La persistencia en el paro está causada, según una inicial explicación económica, por una pérdida de cualificaciones profesionales durante recesiones prolongadas y la subsiguiente escasez de capital humano. La probabilidad de obsolescencia en los conocimientos de los trabajadores que sufren situaciones prolongadas de paro es, obviamente, mayor en una época de cambios radicales en la tecnología como la que estamos viviendo.

El anterior dato se recrudece cuando el mismo se proyecta sobre trabajadores de edad madura. La constante innovación tecnológica hace que queden rápidamente desfasadas las soluciones formativas adoptadas en las empresas con vistas al reciclaje del personal a corto plazo, lo que, en situaciones de paro prolongadas, conduce inevitablemente a una notable obsolescencia profesional. Por otra parte, el trabajador maduro, pese a su experiencia, deja de ser una inversión para la empresa y se convierte en una carga. Concurren aquí, de un lado, razones tecnológicas, que motivan un incremento de los costes de adaptabilidad, resultando la inversión en formación de un trabajador maduro más costosa que en los jóvenes, por cuanto su permeabilidad a las enseñanzas es más lenta, al margen de la fuerte inadaptación al nivel profesional exigido derivada de la reducción de capacidad mental y física; y, de otro, razones económicas -la caída en desuso de los conocimientos que poseía el trabajador- con lo que la devaluación de estos trabajadores es constante.

La anterior consideración puede ser, no obstante, matizada, pues entendemos que observa ciertas quiebras en su proyección práctica y ello por un doble orden de razones. En primer término, no está claro que las cualificaciones se pierdan a la suficiente velocidad como para que la referida hipótesis se cumpla. Y, por otro lado, en determinados colectivos de parados de larga duración influye, más que la descalificación, la dificultad para acomodarse a un sistema precario de contratación como el actual procediendo de un empleo fijo en el que se ha estado trabajando durante años.

El “efecto desánimo” en los trabajadores constituye una segunda causa que explica del paro de larga duración. Varias fuentes coinciden en indicar que las tasas de salida del desempleo hacia el mercado de trabajo decrecen en función de la antigüedad de la inscripción en el paro. De hecho, a medida que se prolonga la situación de desempleo, la búsqueda de empleo baja de intensidad, tanto por características de declive de la oferta de empleo en determinados ámbitos y zonas, como las rurales; por problemas personales (edad, estado de salud...); así como por los gastos que esto origina al desempleado (coste de los desplazamientos a las entrevistas, envío de correo, compra de periódicos para seguir los anuncios...).

Finalmente, los desempleados de larga duración llevan consigo un estigma laboral que no se deriva directamente de su desempeño personal, sino que se infiere

a menudo a partir de la situación general del colectivo. Este problema, conocido como la “discriminación racional”, supone no solo que el empresario o el empleador pueda formarse un estereotipo negativo a partir de la realidad de que una persona lleve desempleada por mucho tiempo.

V. ¿ES LA PROTECCIÓN DEL DESEMPLEO SU CAUSA?

Desde, probablemente, la crisis económica mundial de los setenta se ha venido cuestionando la eficacia de las políticas públicas en el campo económico y social y, sobre todo, la idea de que la mayor parte del desempleo generado por el sistema tenía carácter involuntario. La sombra de la duda se ha cernido, inquietante, sobre el uso y abuso de esta prestación del sistema de Seguridad Social y es, a partir de ese momento, cuando ha tendido a reprochar a los sistemas de seguro de desempleo que “prolongan artificialmente la situación de paro por su efecto psicológico anestesiante del interés del desempleado en la búsqueda de ocupación”. En todo caso, es evidente que “la idea de que las garantías sociales fomentan la holgazanería es tan vieja como el propio capitalismo” y que la sospecha de su uso desviado se encuentra bastante generalizado.

Todavía pesa con frecuencia en la idea que la sociedad tiene del desempleado la tendencia maltusiana a considerar al paro como “ocio voluntario” y a los desempleados como un grupo peligroso. Pero, sin llegar tan lejos, desde una óptica conservadora, se atribuye el desempleo prolongado al exceso de generosidad en el sostenimiento de la renta de los desempleados. Para este enfoque, el seguro de desempleo si bien no crea la situación de paro, sí la prolonga. Según esta perspectiva económica, es dudoso que el desempleo creciente en la actualidad sea involuntario y se mantiene que todo desempleo por encima del friccional tiene su origen en el lado de la oferta de trabajo, toda vez que se produce por aquellos que buscan empleo y tratan de maximizar su utilidad. Desde este modo de pensar, el desempleo sería, ante todo, un problema de oferta laboral relacionado -más allá de los problemas reales de adaptación del sistema de cualificaciones profesionales a las exigencias de la demanda de trabajo- con las actitudes derivadas de la “posición de fuerza” adquirida por los parados con base en un sistema de protección ante el desempleo demasiado generoso.

Por todo ello, se viene sosteniendo por ciertas corrientes políticas y económicas que la relación entre las prestaciones y la renta o tasa de sustitución o de reemplazo -relación entre la cuantía del subsidio y el último salario recibido por el trabajador estando en activo- es un factor que influye de algún modo sobre la búsqueda de empleo, pues, pasando por alto el dato innegable, que puede ser perfectamente compartido, de que normalmente el desempleo prolongado desmoraliza al individuo, suele aducirse que la atribución al desempleado de una elevada tasa

de sustitución desincentiva su voluntad de búsqueda de empleo. Ello permitiría justificar aquellas políticas públicas encaminadas a la reforma in peius del sistema institucional de protección contra el desempleo. Significativamente, se suele considerar desde un enfoque liberal del problema que las principales instituciones sociales que influyen sobre el paro son el sistema de seguro de desempleo y el sistema de determinación salarial.

Las consecuencias sociales y económicas de esta situación son las siguientes:

En primer lugar, la protección por desempleo plantea lo que los economistas denominan una situación de riesgo moral –concepto inicialmente acuñado en el sector del seguro para referirse a la influencia de un seguro en los comportamientos estratégicos de quien lo posee-. Proyectando la anterior idea sobre el sistema de protección por desempleo, si éste es duradero y económicamente generoso, la gente aprende a vivir con subsidios y además conseguir ingresos suplementarios en la economía sumergida. Por ello, las prestaciones por desempleo inciden negativamente y de forma muy significativa en el proceso de salida del paro hacia el empleo.

En segundo lugar, la duración del subsidio podría producir un efecto sobre la duración del paro, convirtiéndose, como lo ha calificado algún autor, en una “subvención a la ociosidad”. Y ello porque el efecto disponibilidad del subsidio tiende a transformar el desempleo en un fenómeno estructural ya que, cuanto más tiempo permanece una persona parada, mayores dificultades tiene para conseguir un puesto de trabajo. Si se eleva el precio que se paga por el desempleo, se está favoreciendo el aumento de la oferta de gente desempleada. Precisamente para contrarrestar este efecto perverso, en algunos países los subsidios se agotan en un año, por lo que no es frecuente que se produzcan situaciones de paro de mayor duración. En cambio, en los principales países de la UE, los subsidios suelen ofrecerse durante períodos prolongados o incluso indefinidos. En suma, el crecimiento de los sistemas de protección social, que elevan los salarios de reserva, podría servir para explicar el anterior resultado. De este modo, la extensión del estado del bienestar sería el responsable del aumento del paro.

Finalmente, se afirma por determinados autores que la existencia de un subsidio por desempleo produce un efecto directo sobre el proceso de selección del empleo. Para sostener esta tesis, algún sector doctrinal se apoya en que existe un pequeño sector secundario en el mercado de trabajo que está integrado por empleos menos atractivos económica y/o socialmente (v. gr., limpieza, hostelería, mantenimiento y reparaciones, el comercio y la construcción). Muchos parados -se dice- deciden no optar por esos empleos y prefieren ocupar los “buenos” puestos de trabajo en el sector “primario”, pero no pueden conseguirlos. Entonces, algunas personas prefieren vivir del seguro de paro que del sector secundario.

Las anteriores explicaciones han recibido numerosas críticas y los “efectos perversos” que efectivamente puede producir un sistema de seguro de desempleo sobre la voluntad de buscar un empleo no son, ni mucho menos, incontestables. Puede así señalarse que la teoría económica también ha descrito efectos positivos de un sistema de prestaciones por desempleo bien diseñado. En primer lugar, tiene un indudable efecto contracíclico, pues evita que los trabajadores desempleados bajen drásticamente sus niveles de consumo como consecuencia de la pérdida de empleo. Por otra parte, incluso en épocas de bonanza puede mejorar la calidad de los “emparejamientos” entre trabajadores y empresarios: dado que la búsqueda de empleo no es inmediata, el lograr que en un mercado un determinado trabajador encuentre la vacante que más se ajusta a sus capacidades requiere que le dedique tiempo a este proceso. En ausencia de seguro de desempleo, el trabajador se verá urgido a obtener alguna renta, con lo que aceptará la primera oferta de empleo que pueda obtener; por el contrario, si dispone de la garantía de rentas temporal que supone la prestación podrá ser más paciente para encontrar un emparejamiento óptimo, lo que generará una ganancia neta de productividad para la economía.

En todo caso, es evidente que cabe identificar, tanto económica, como jurídicamente, como desempleado a aquél que busca un empleo para mejorar su situación económica y que esa decisión de búsqueda puede quedar condicionada por plurales factores. La situación de desempleo protegida viene definida por tres elementos subjetivos (capacidad, disponibilidad y voluntad para el trabajo) y uno objetivo (la falta de empleo). Una de las dificultades de la noción de desempleo protegible deriva de la relación entre el riesgo y el comportamiento asegurado. La preocupación por el fraude y la lucha frente a la posibilidad de instalación en el desempleo acaban afectando a la propia delimitación de la situación protegida. La atención a estos aspectos se encontraba ya en el informe Beveridge, cuyo párrafo 326, señala que: “la persona asegurada para seguir obteniendo la prestación, habrá de acudir a un centro de trabajo o de capacitación”. Surgen en este contexto las denominadas técnicas de la “activación” como una serie de medidas dirigidas a eliminar los supuestos desincentivos a la búsqueda de empleo.

No obstante, las anteriores no son concluyentes y variarían en función del tipo de prestación o de su duración, por lo que no es del todo correcto afirmar, sin más, que la protección por desempleo desincentiva la vuelta al empleo, sino que es preciso concretar en qué casos. A este respecto, la mayoría de las investigaciones parecen poner de manifiesto un distinto efecto según se disfrute de una prestación contributiva o una asistencial, el tipo de subsidio en este segundo bloque y las relaciones entre todos ellos.⁹³⁰

⁹³⁰ Un amplio análisis de estas cuestiones puede verse en PÉREZ DEL PRADO, D., *Prestación por desempleo: intensidad, duración y control. Los efectos económicos de la protección frente al paro*, Valladolid, Lex Nova y Thomsom Reuters, 2014.

9.2. CONFIGURACIÓN JURÍDICO-LEGAL DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y NIVELES DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES DESEMPLEADOS (PERSPECTIVA DE CONJUNTO)

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AEISS) Director de la “Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum”

I. EL PARADIGMA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA

La técnica protectora y sus rasgos constitutivos se han cristalizado evolutivamente, no obedeciendo a un programa definido de reforma social, sino a variadas decisiones de política legislativa, que han venido cristalizando en una superposición de procesos de reforma sucesivos, a menudo oscilantes y sin una nítida coordinación y racionalización entre sí. Se echa en falta una planificación adecuada y se aprecia una falta de consideración o atención a las interconexiones existentes con el conjunto del Sistema de Seguridad Social y en general con el sistema público de protección social. Ciertamente, esta materia siempre ha sido compleja, pero en la última década se ha producido una extraordinaria proliferación de normas de emergencia o de urgencia y casi siempre a través de un inicial Real Decreto Ley (al menos amparada en la situación de crisis del empleo producida por la crisis económica, pero también las medidas de apoyo del sistema de protección por desempleo a las reestructuraciones empresariales)⁹³¹. Se han adoptado irreflexivamente medidas coyunturales inconexas cuando, en realidad, era necesario establecer medidas de carácter estructural y acomodar a ellas precisamente posibles medidas coyunturales de ajuste transitorio o provisional. Pero ello exigiría una planificación coherente, que evidentemente no se ha llevado a cabo. Por otra parte, y en relación a ello, en la orientación de las reformas no se ha sabido o querido buscar un satisfactorio equilibrio entre la racionalidad económica de los mercados y la racionalidad social, que es la razón de la sociedad. De ahí que se visualice que a me-

⁹³¹ Resulta especialmente oportuna la doctrina restrictiva sobre el uso y abuso del instrumento del real decreto ley, que se contiene en la importante STC 27/2015, de 19 de febrero, RTC/2015/27, 199/2015, de 24 de septiembre, BOE, núm. 260, de 30 de octubre de 2015.

nudo las reformas acometidas sean restrictivas de derechos en aras de la “sostenibilidad” financiera del Sistema, como suele decirse reiteradamente en las Exposiciones de Motivos de la legislación de urgencia. Pero no es menos grave que desde el punto de vista de la eficacia (y no sólo de la equidad) estas medidas no han tenido un efecto positivo en los niveles de empleo –como se pretendía y explicitaba en las Exposiciones de Motivos-. Y este relativo fracaso y la persistencia de las insuficiencias estructurales del sistema en términos de organización jurídico-política de las políticas “activas” y “pasivas” muestra que el camino seguido no es el adecuado en términos de conjunto; y que es precisa una reorientación y racionalización (v.gr., entre muchas aporías y anomalías desde el punto de vista de la racionalización, eficiencia y equidad, la superposición de ámbitos y programas asistenciales; la desarticulación que produce la distinta entidad pública que reconoce el derecho y la que diseña y ejecuta las políticas activas de empleo) de las políticas de empleo y de protección por desempleo en nuestro país. Lo cual exige repensar el modelo antes de acometer reformas estructurales y de tipo coyuntural, de manera que se recupere la finalidad protectora como eje central, ponderada con la atención a los problemas de mercado y sostenibilidad del Sistema. Pero estas reformas tienen que articularse con la reformulación de las reformas laborales: pues de lo contrario la política de protección por desempleo se verá condenada a ser ante todo reactiva ante un modelo de relaciones laborales que lejos de impulsar el trabajo decente –digno de la persona que trabaja– favorece el trabajo precario. Al final si no se corrigen las políticas de precarización laboral puestas en práctica en la legislación de emergencia (pero que peligrosamente tienden a estabilizarse), esa precarización se traducirá también en *precarización (e inducidamente en problemas de sostenibilidad) de los sistemas de protección social* como es el sistema público de protección por desempleo.

Se puede decir, en una valoración jurídica global (estructural y funcional), que en buena parte de sus rasgos constitutivos esenciales ha permanecido el modelo legal dibujado en 1984, pero no se puede ignorar que ese modelo no ha quedado intacto en su forma de articulación funcional entre los niveles contributivo y asistencial dentro del sistema integrado de protección por desempleo. En efecto, del régimen jurídico de esta rama de protección social y de sus relaciones dinámicas en el cuadro del sistema de Seguridad Social en que se inserta se desprende no sólo un mayor protagonismo del legalmente considerado nivel asistencial clásico en el conjunto del sistema protector, sino también un proceso creciente de asistencialización del sistema *global* de protección contra el desempleo. Es decir, que “lo asistencial” impregna al propio nivel contributivo, que por ello mismo deja de ser un nivel contributivo “puro”. Hay que decir también que en lo que atiende a la intensidad de la protección, que se trata de un proceso de asistencialización en grado mínimo de subsistencia, cuando no de pobreza en términos relativos, naturalmente. Esto no significa que se consagre un sistema asistencial de protección por desempleo, sino un modelo mixto con una presencia_cada vez mayor de las téc-

nicas asistenciales de organización de la cobertura. (El nivel contributivo está basado en la “técnica de previsión social” y reconoce prestaciones sustitutivas —y proporcionales a— las rentas dejadas de percibir como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior o de la reducción de la jornada —art.263.2 TRLGSS (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social). Por su parte, el nivel asistencial, en cambio, se articula mediante las “técnica de ayuda”; de ahí que tenga por objeto atender a situaciones reales de necesidad, objetivamente acreditadas por encontrarse por debajo de determinados umbrales de rentas e incluidos en los concretos supuestos previstos legalmente. No cumple, pues, una función de sustitución de rentas, sino meramente compensatoria de carencias de ingresos, por lo que limita su objeto a la garantía de un mínimo de subsistencia)⁹³². Pero no se puede decir que el modelo legal haya dejado de ser predominantemente contributivo, para pasar a ser prevalentemente asistencial, porque a su vez el considerado ámbito asistencial se impregna de lógica contributiva (v.gr., subsidio de prolongación, exigencia de períodos de cotización previa...); y además este ámbito asistencial se conjuga en plural. Estamos, pues, ante una modelo mixto ciertamente singular que parte de la combinación e interdependencia de técnicas contributivas y asistenciales. En el fondo, salvando las distancias oportunas, el modelo de protección del desempleo acaba reflejando las tendencias imperantes en el propio sistema general de Seguridad Social que parece alejarse de fórmulas puras no realizadas hoy día en la experiencia comparada de los países desarrollados. El llamado “nivel asistencial” de protección por desempleo no asume una función de sustitución de rentas de activo, sino una función esencialmente compensatoria de la falta o carencia de ingresos. En este sentido se puede hablar de una tendencia hacia la asistencialización de la

⁹³² En nuestro Derecho, como regla general, el nivel asistencial clásico está subordinado a la existencia previa del nivel contributivo (haber agotado la prestación por desempleo) o al cumplimiento de requisitos contributivos (que no hayan alcanzado el nivel de carencia exigido para obtener la protección del nivel contributivo pero acrediten un período de cotización mínimo aun sin responsabilidades familiares). En consecuencia, no se trata de un nivel asistencial puro y autónomo, salvo en contadas situaciones —liberados de prisión—. Así pues, no se articula realmente un doble sistema de protección, sino un sistema complejo —e incoherente—, donde los niveles se articulan entre sí no como compartimentos estancos, sino como vasos comunicantes. Por otro lado, la distinción entre ambos niveles no puede encontrarse en la financiación, pues ambos se financian mediante las cotizaciones de trabajadores y empresarios y la aportación del Estado (art. 293 TRLGSS), por lo que los dos tienen, en principio, atendiendo al origen de sus recursos financieros, dimensión contributiva (art. 109 TRLGSS). Aparte de ello hay que tener en cuenta la naturaleza específica asistencial del “tercer” nivel asistencial (RAI) y de los subsidios extraordinarios por desempleo.

El favor por una política de contención del gasto en el nivel contributivo ha supuesto una ampliación subjetiva del ámbito asistencial. El efecto expulsión del nivel contributivo, derivado del endurecimiento de los requisitos para acceder al mismo y de la mayor limitación del tiempo de duración, se ha visto acompañado por una ampliación de la cobertura del ámbito asistencial, entre otras vías por el recurso a las «rentas activas de inserción» (RAI). Así, una mayor precariedad en el empleo se ha respondido con una asistencialización de la protección y con una mayor precariedad en la protección social dispensada.

protección legal por desempleo. El art.41 CE mantiene una lógica universalista en el diseño del campo de aplicación y una dimensión asistencial. El modelo legal ha progresado en esa dirección con la introducción de los ámbitos asistenciales y, de algún modo, complementarios. Dicho modelo ha estado caracterizado por un dualismo esencial: la contención en el nivel contributivo y la expansión controlada en el ámbito asistencial plural. Pero teniendo en cuenta que no estamos ante un segundo nivel asistencial puro y autónomo, con algunas excepciones, como ocurre en el caso de la protección por desempleo de los liberados de prisión. Cuestión distinta ocurre con el “tercer” nivel (RAI) y los subsidios asistenciales extraordinarios. De este modo, no se establece legalmente un doble sistema de protección por desempleo, sino un sistema complejo, donde los niveles se articulan entre sí, no como compartimentos estancos, sino como *vasos comunicantes*, que se relacionan e interactúan complejamente entre sí. El nivel asistencial se articula legalmente como un ámbito complementario del nivel contributivo (art. 263. 3 TRLGSS), manteniendo elementos contributivos, pero con un subsidio de reducida intensidad protectora.

Es así que *formalmente* la protección por desempleo se estructura complejamente en dos niveles: el nivel contributivo y el nivel asistencial. Se trata de un modelo complejo integrado, en cuyo marco el nivel contributivo garantiza prestaciones básicas y el nivel asistencial prestaciones complementarias o autónomas, si bien es cierto que tiende a reforzarse esa funcionalidad autónoma (es decir: con independencia del nivel contributivo, sin que este sea necesariamente la antesala del asistencial). Para ambos niveles, contributivo (art. 265 TRLGSS) y asistencial (art. 265 TRLGSS) se satisfacen prestaciones económicas indirectas relativas al abono de la cotización durante la percepción de la prestación o del subsidio. El factor de complejidad se acrecienta porque a partir del año 2000 se introdujo otro ámbito o nivel asistencial de protección por desempleo vinculado a la inserción laboral. Se trata de la Renta Activa de Inserción en el marco de la protección general por desempleo. Su misma introducción refleja el relativo fracaso del “segundo” nivel asistencial clásico dentro de la protección legal por desempleo. La Renta Activa de Inserción se inserta en el marco de la protección por desempleo. En efecto, la Disposición Final 5.^a, apartado 4 del TRLGSS de 1994 —«habilitaciones al Gobierno en materia de protección por desempleo»— en su punto 4 habilita al Gobierno para establecer, con el régimen financiero y de gestión establecido con carácter general para la protección por desempleo —Título III TRLGSS—, la denominada «Renta Activa de Inserción». Por tal se entiende «una ayuda específica» dirigida a «desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo», siempre y cuando «adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral». Exigencia esta última que no deja de ser una tautología, porque la LGSS exige a todo desempleado que aspire a beneficiarse de una prestación pública comprometerse activamente en la búsqueda de empleo. La renta activa de inserción se inserta dentro de la acción protectora por desempleo (Tí-

tulo III TRLGSS), integrándose como un ámbito específico y diferenciado vinculado al nivel asistencia. Es un subsidio asistencial no universalista respecto a todas las personas sin empleo, con capacidad y voluntad de trabajar, en situación de situación de necesidad porque se encuentren privados de empleo. En definitiva, jurídicamente es un subsidio asistencial para colectivos específicos (mayores de 45 años, parados de larga duración, minusválidos, emigrantes retornados, víctimas de la violencia doméstica) y de estructura prestacional compleja que pretende asumir, acumulativamente, funciones de compensación —garantía de rentas mínimas de subsistencia mediante una prestación económica— y de reinserción al empleo —garantía de una oportunidad de empleo mediante prestaciones técnicas o en especie típicas de la política de empleo— para aquellas personas que, con especiales dificultades para encontrar empleo —colectivos en riesgo de exclusión no sólo ocupacional, sino social—, no tengan derecho a la prestación o a los subsidios típicos —carácter subsidiario—. Es, pues, una «última red de protección por desempleo» interna al Sistema de Seguridad Social, siendo una auténtica prestación de la Seguridad Social. Materialmente aparece como un “tercer nivel”, que hace frente —complementándolo— a las insuficiencias protectoras del llamado legalmente nivel asistencial. Pero dentro de la acción protectora por desempleo de la Seguridad Social presenta un carácter específico y diferenciado de los niveles contributivo y asistencial.

Aunque por estructura y función entronca con las «rentas mínimas de inserción», reguladas en el marco de la moderna asistencia social —acción social— autonómica, estamos ante una subespecie o subnivel asistencial subsidiario del básico, o mejor ante un “tercer” nivel, como éste básico lo es del nivel contributivo. Ahora bien, a diferencia del que podemos denominar nivel asistencial básico (pero que no es “puro”, porque está impregnado de contributividad), la RAI prescinde de las técnicas contributivas que están presentes, en mayor o menor medida en aquél, que son aquí sustituidas por un reforzamiento del compromiso del beneficiario con la búsqueda activa de empleo, a través del de la suscripción y cumplimiento del denominado «plan personal de inserción», a elaborar por los Servicios Públicos de Empleo, estatal o autonómicos (arts. 3, 7 y 9 del RD). Los colectivos beneficiarios⁹³³ pueden variar año a año, periodicidad anual con que se viene regulando esta medida, si bien parecen haber adquirido actualmente una cierta estabilidad. El programa de Rentas Activas de Inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo se regula en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, el cual fija el régimen jurídico, cuyos aspectos básicos vienen a coincidir, en lo sustancial, con el nivel asistencial. Las directrices sobre el empleo de la Unión Europea (aludidas por la misma Exposición de Mo-

⁹³³ Véase STS ROJ: 5329/2013, de 2 de octubre de 2013, que admite la acreditación de la situación de violencia de género a efectos de la inclusión de la víctima en el programa de RAI (art. 2.c) del RD. 1369/2006).

tivos del RD 1369/2006), cuyo objetivo es precisamente coordinar las políticas de empleo de los Estados miembros, vienen destacando la idea de que una política eficaz frente al desempleo no se debe basar exclusivamente en la garantía de ingresos, sino en la combinación de esta con medidas adecuadas de inserción laboral y, por ello, proponen que los sistemas de prestaciones sociales fomenten activamente la capacidad de inserción de los parados, particularmente de aquellos con mayores dificultades. Este nuevo subsidio no hacía sino poner de relieve las insuficiencias de los dos niveles clásicos de protección por desempleo para alcanzar el objetivo de la reinserción profesional de la persona desempleada; insuficiencia desde luego estructural, pero también agravada por razones coyunturales derivada de la grave crisis económica.

La renta activa de inserción forma parte así de la acción protectora por desempleo del régimen público de Seguridad Social, si bien con carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial, a lo que el art. 265.1 TRLGSS, pero a la que es de aplicación el apartado 2 del art. 265 TRLGSS, cuando establece que esa acción protectora comprenderá acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión o inserción profesional en favor de los trabajadores desempleados. El art.1 del RD. 1369/2006, de 24 de noviembre, *estabiliza y normaliza en el Sistema* la figura de la Renta Activa de Inserción (RAI), sin el límite de la programación anual y configurada como un derecho social condicionado y sometido a la misma financiación que las demás prestaciones y subsidios por desempleo. El paso de la excepción a la normalización refleja perfectamente el carácter estructural y permanente del problema de la nueva fisonomía del desempleo como nueva cuestión social, lo que a nivel institucional se estaba percibiendo ya por la Unión Europea (Estrategia Europea de Empleo)⁹³⁴ enfatizando la dimensión de activación de la tutela orientada hacia la reinserción profesional del desempleado. Se trata de superar la tradicional separación entre políticas pasivas de empleo y políticas activas de empleo, combinando e integrando sus funciones de atribución de rentas de subsistencia y de establecimientos de medidas encaminadas a la reinserción profesional. Y lo hace atribuyéndola como un derecho subjetivo perfecto (art. 8.1 del RD 1369/2006, de 24 de noviembre) a la integración, de carácter no universal y de carácter asistencial “*imperfecto*” por la presencia/impregnación de elementos de contributividad (pues, entre otras cosas, exige haber extinguido la prestación por desempleo y no tener derecho a la protección por dicha contingencia; art. 2.1, respecto de los trabajadores mayores de 45 años desempleados de larga duración y a las personas discapacitadas, RD 1369/2006) y exigiendo también la suscripción –condición necesaria– de un compromiso de actividad que propicie la inserción laboral de la persona desempleada

⁹³⁴ Véase el cambio de percepción en COMISIÓN EUROPEA: *EUROPA 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Bruselas, 2010 [COM(2010) 2020].

(art. 1 del RD 1369/2006, en relación con los artículos 300 TRLGSS y 29 TRLE, RD.-Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo). Con esa estabilización y normalización de la Renta Activa de Inserción se acaba por construir jurídicamente (aunque no se refleje así expresa y literalmente en la LGSS) un “tercer nivel” de la protección por desempleo de la Seguridad Social. Siendo ello así estamos ante una manifestación de la Seguridad Social “Asistencial” sujeta a un régimen especial (Disp. Final 5ª.4 TRLGSS de 1994, que enmarca la RAI en la acción protectora por desempleo de la Seguridad Social) (Pues no puede asimilarse a la asistencia social interna ex artículos 64 y 65 TRLGSS, ni tampoco a las prestaciones no contributivas de carácter general). Por lo demás, la RAI se somete al típico sistema de control social y disciplinario propio del subsidio asistencial general (Incluidas las obligaciones jurídicas instrumentales de comparecencia en la fecha prefijada a la convocatoria para participar en el itinerario laboral. Véase STS 22 de julio de 2014, rcud. 2930/2013, exigiendo la reiteración del aviso por parte del SPEE).

Se pensó en que fuera una última red de protección por desempleo, pero al final fueron surgiendo otras redes ante la misma realidad del relativo fracaso de los dos niveles asistenciales (subsidio asistencial genérico y RAI). De ahí, la Renta Agraria (regulada en el RD 426/2003, de 11 de abril, que regula la renta agraria para los trabajadores eventuales del campo residentes en las CCAA de Andalucía y Extremadura) el Plan Prepara (regulado en el RD.-Ley 23/2012, de 24 de agosto) y el Programa Extraordinario de Activación para el Empleo por el RDL 16/2014, de 19 de diciembre, y previamente pactado en el Acuerdo Político-Social de 15 de diciembre de 2014)⁹³⁵ (Monereo Pérez, J.L., 2015, 15 ss.). De *lege ferenda* todos estos subsidios deberían unificarse buscando una mayor racionalización, homogeneidad, eficiencia y equidad, tanto más cuanto se ha comprobado su normalización (programa permanente) o estabilización en nuestro sistema de Seguridad Social. La RAI y estos Programas se sitúan bajo la idea-fuerza de las Directrices europeas que entienden que una política eficaz de lucha frente al desempleo no se debe basar tan sólo en la garantía de ingresos económicos, sino en la combinación de ésta con medidas activas adecuadas de inserción profesional. Como ocurre en general con todas las prestaciones por desempleo ordinarias o extraordinarias tampoco ninguno de estos subsidios son capaces de crear empleo, sino que tan sólo tratan de atender a la situación de defecto de ingresos y facilitar la reinserción profesional de la persona desempleada.

⁹³⁵ El Real Decreto-Ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo. El Programa de Activación para el Empleo es un programa específico y extraordinario de carácter temporal, dirigido a personas desempleadas *de larga duración* que cumplan con una serie de requisitos. Los beneficiarios del programa se delimitan a partir del colectivo de desempleados de larga duración con responsabilidades familiares que han agotado su protección por desempleo y que, precisamente por este motivo, se enfrentan hoy a mayores dificultades de colocación y especiales necesidades de protección (art. 1 RD.-Ley 16/2014).

Por lo que respecta a los beneficiarios de la RAI, esta regulación (art. 2 del RD) enfatiza el carácter subjetivamente selectivo que tiene esta medida de protección — se aleja, pues, de la idea de una renta básica universal —, de modo que en su determinación prima un criterio de oportunismo o coyunturabilidad social en orden a la tutela de colectivos específicos, tanto por su exclusión del mercado de trabajo como por su «desarraigo social». Éstos, para ser beneficiarios del programa de inserción, deberán suscribir el compromiso de actividad, al que se refiere el artículos 300 y 301 TRLGSS, en virtud del cual realizarán las distintas actuaciones que se determinen por el servicio público de empleo, en el plan de inserción individualizado, que se desarrollarán mientras el trabajador se mantenga incorporado al programa. Lo que se le exige, simplificando la idea-fuerza, es la búsqueda activa de empleo. Corresponde a los servicios públicos de empleo delimitar las acciones de inserción laboral a aplicar a los trabajadores, concretando, entre otras cuestiones, el desarrollo del itinerario personalizado de empleo; esto es, la elaboración y actualización de un plan personal de inserción profesional (artículos 3 y 7 del RD. 1369/2006). Como medida de “activación” hay que entender que la RAI es compatible con el trabajo a tiempo parcial, con la reducción proporcional del importe del la cuantía del subsidio asistencial (art. 10.2.b) del RD 1369/2006) y, empero, resulta incompatible con el trabajo por cuenta ajena a tiempo completo o por cuenta propia (art. 10.1 RD 1369/2006). Adviértase que la RAI —como la distinta, pero conexas, figura de la renta mínima de inserción— presenta una estructura jurídica compleja, dual, al incorporar una renta económica de subsistencia digna y un “*de-recho función*” a la reinserción profesional (pues el sujeto protegido adquiere un compromiso activo de asumir un itinerario personalizado o individualizado de inserción socio-laboral establecido por los poderes públicos, participando así en su propia “empleabilidad” positiva; lo que abunda en la tendencia hacia la “contratualización” de la protección por desempleo también en este nivel específico y diferenciado). (Monereo Pérez, J.L., 2015, 727-728).

II. EL ESTADO SOCIAL “ACTIVO” Y LA “ACTIVACIÓN” GARANTISTA DE LA PROTECCIÓN PÚBLICA DEL DESEMPLEO

Resulta innegable que se han de superar los límites detectados del Estado Social “pasivo”, para que más allá de la cobertura reparadora pueda atender satisfactoriamente a las situaciones de riesgo estructural. En esta atención al riesgo estructural, cabe señalar que la “inserción por el trabajo” aparece como el elemento central de toda lucha contra la exclusión. Lo relevante es garantizar la ciudadanía activa, de manera que se consagre efectivamente el derecho a la utilidad social y no simplemente el derecho a recibir ingresos por inactividad. En un sistema democrático debe garantizarse el derecho a la existencia digna (artículos 10 y 35.1 CE). Este es el sentido del reconocimiento constitucional del derecho al trabajo. Debe recorrerse el camino que va de la indemnización a la inserción profesional.

De ahí la centralidad del trabajo como ámbito idóneo para la eficiente acción pública. Esto convierte al derecho al trabajo en un derecho social de preferente atención por parte de los poderes públicos, los cuales deben contribuir a crear las condiciones para su realización con todos los medios posibles a su alcance, toda vez que las situaciones de inactividad forzosa debida a una falta de trabajo está determinada por disfuncionalidades del mercado y por falta de adaptación de los trabajadores a las transformaciones en curso. El Estado Social “Activo” rehúsa asumir la idea de culpabilizar de la situación de desempleo al propio parado y también la consideración de la protección pública por desempleo como un mecanismo de desincentivación de la búsqueda activa de empleo.

Existe un cambio de perspectiva como consecuencia del perceptible agotamiento del Estado Social “pasivo”. Esto nos devuelve a la noción revisada de asistencia (asistencia social “activa”), un tipo de intervención pública que vincula la protección social con el derecho a la reinserción a través del trabajo, afrontando así la creciente exclusión social y el aumento de la “infraclase”. Es nueva gestión de la cuestión social del desempleo supone establecer una nueva relación entre el Estado social y el Empleo, con un compromiso tanto del Estado como del trabajador desempleado. Ese de actividad supone la elaboración dinámica de un de “derecho individualizado”. De este modo, el itinerario de inserción se acomoda a las exigencias de la persona y a las posibilidades reales de la oferta de inserción (Rosanvallon, P., 1995, 60 ss.). No obstante, existe la tendencia en la política del Derecho legal a convertir el compromiso de actividad (que incluye el deber de aceptar una oferta de empleo adecuada o, cada vez más, estimada como simplemente “conveniente”) en un deber “coactivo” que incorpora o presume un “juicio de reproche” al parado, cuando en realidad se constata que las causas del desempleo no residen tanto en el voluntad del trabajador como principalmente en las disfuncionalidades del mercado. De manera que normalmente el desempleado no es responsable de su situación. Es, propiamente hablando, un “parado *forzoso*”. Sucede, criticablemente, que desde posiciones neoliberales se tiende a reconceptualizar el paro “forzoso” como paro “inducido” por la renuencia del desempleado a trabajar e instalarse “cómodamente” en el sistema protector por desempleo (ampliamente, Monereo Pérez, J.L., 1996 y 1997, 21 y ss., 2003). El Estado Social “Activo” garantista rehúsa asumir el postulado ideológico de culpabilizar de la situación de desempleo al parado forzoso y también la consideración de la protección pública por desempleo como un mecanismo desincentivador de la búsqueda de empleo. En esa lógica interna –coherente con los postulados del Estado Social de Derecho- la protección pública frente al desempleo atiende a la doble finalidad de atribución de rentas y de procura de todos los medios necesarios para la reinserción profesional de la persona desempleada. Para ello se articulan medidas “pasivas” (prestaciones y subsidios) y “activas” (medidas de activación) que faciliten la incorporación del trabajador desempleado al mercado de trabajo. De lo que se trata es de una “activación” no sólo objetiva (incentivos a la contratación, compatibilización de prestación y tra-

bajo, etc.), sino de una “*activación subjetiva*”, es decir, una activación de los desempleados protegidos que asumen determinadas obligaciones de hacer en aras de su reinserción profesional (individualizados en el marco del compromiso de actividad, el itinerario de inserción y bajo la obligación de aceptar una oferta de empleo adecuado o conveniente, por utilizar los términos del Convenio de la OIT, núm. 102, de 1952, Parte IV: “La contingencia cubierta deberá comprender la suspensión de ganancias ocasionada por la imposibilidad de obtener un *empleo conveniente* en el caso de una persona protegida que sea apta para trabajar y esté disponible para el trabajo”). Es de realzar que ese compromiso de actividad más que ser objeto de negociación propiamente dicha entre el desempleado y la entidad gestora se le impone legalmente, convirtiéndose en un acto de adhesión a las condiciones unilateralmente prefijadas por la entidad pública. En este sentido, nuestro modelo es merecedor de crítica, porque debería garantizarse un mayor protagonismo de la autonomía de la voluntad de la persona desempleada en la formulación del contenido del compromiso de actividad, el cual determina un conjunto de deberes vinculados a la situación jurídica de desempleo protegido.

En todo caso, no se puede ignorar que este no viene siendo el enfoque dominante en la presente coyuntura, pues la “activación” es contemplada preferentemente desde una perspectiva disciplinaria por las políticas liberalizadoras que tienden a imputar al “parado” la responsabilidad de su propia situación y a percibir las prestaciones por desempleo como un desincentivo para la búsqueda de trabajo⁹³⁶. Esa obsesión refuerza la posición jurídica de deber del trabajador desempleado hasta límites insospechados y poco razonables, que suponen un desequilibrio respecto de las obligaciones positivas que han de asumir los SPE a través de su compromiso para la empleabilidad y la elaboración y aplicación de las políticas activas de empleo⁹³⁷. Y tiende a asumir una concepción negativa respecto de las prestaciones económicas dispensadas por el sistema de protección por

⁹³⁶ Lo que subyace, paradigmáticamente, al excesivo énfasis en el control y sanción que se refleja en los artículos 29.3 y 41.4 TRLE, conforme al cual: Los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo inscritos en los servicios públicos de empleo, una vez hayan suscrito el compromiso de actividad, deberán participar en las políticas activas de empleo que se determinen en el itinerario de inserción, sin perjuicio de lo dispuesto en el último párrafo del art. 299.1 TRLGSS. Los servicios públicos de empleo competentes verificarán el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la suscripción del compromiso de actividad de los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo, comunicando la sanción impuesta, en su caso, en el momento en que se imponga, al Servicio Público de Empleo Estatal para su ejecución por éste. Los servicios públicos de empleo competentes verificarán, asimismo, el cumplimiento de la obligación de dichos beneficiarios de mantenerse inscritos como demandantes de empleo, debiendo comunicar los incumplimientos de esta obligación al Servicio Público de Empleo Estatal en el momento en que se produzcan o conozcan. Dicha comunicación podrá realizarse por medios electrónicos y será documento suficiente para que el Servicio Público de Empleo Estatal *inicie el procedimiento sancionador* que corresponda. De ahí la nueva redacción del apartado 5 del art. 48 de la LISOS.

⁹³⁷ Así en el art. 299.e) TRLGSS se impone entre las obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo: “Buscar activamente empleo, participar en ac-

desempleo. Este enfoque es una proyección específica de la más amplia consideración del Derecho Social como un sector del ordenamiento jurídico en exceso protector (unilateralmente tuitivo cuando históricamente es bien sabido que se trata de una ramificación del orden jurídico que siempre ha buscado un equilibrio difícil entre la protección de los trabajadores y la legitimación de los poderes del empleador) y por ello rígido. Ello impondría la “flexibilización” (eufemismo que oculta la realidad de una mayor “liberalización”) de manera que el Derecho Social se convierte en un unilateral Derecho Flexible del Trabajo. Desde esta perspectiva, el discurso de la “flexiseguridad” no sólo no ha compensado la mayor “mercantilización” de trabajador subordinado, que efectivamente se ha producido, sino que tampoco ha impedido una sistemática reducción del sistema de garantías sociales (incluidas las aportadas por el sistema de protección por desempleo). Es más: lo que se verifica en los hechos es que la protección de los trabajadores en situación de paro forzoso ha venido descendiendo a tasas de cobertura más bajas a medida que se han ido aplicando las normas de emergencia (de acompañamiento a la aplicación de las políticas de austeridad) que han acabado teniendo un efecto expulsivo (En el momento presente hay cerca de dos millones y medios de beneficiarios con derecho a prestaciones por desempleo de un total de desempleados reales de más de cuatro millones y medio que se han inscrito como demandantes de empleo en los servicios públicos de empleo). Y hay que tener en cuenta que el principal factor de pobreza, exclusión y desigualdad social en Europa es el elevado índice de personas desempleadas.

El requisito de suscribir el compromiso de actividad se introdujo formalmente en nuestro ordenamiento jurídico por el RDL.5/2002, de 24 de mayo, en la prestación contributiva por desempleo, y se plasma en la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. El compromiso de actividad es un innovador instrumento negocial anudado a la situación jurídica del desempleo protegido, un contrato de inserción coligado *ex lege* a la relación jurídica de protección

ciones de mejora de la ocupabilidad, *que se determinen* por los servicios públicos de empleo competentes, en su caso, dentro de un itinerario de inserción (Nótese la unilateralidad del enfoque y cómo se relega la participación activa de los trabajadores desempleados). Los beneficiarios de prestaciones acreditarán ante el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo autonómicos, cuando sean requeridos para ello, *las actuaciones que han efectuado dirigidas a la búsqueda activa de empleo*, su reinserción laboral o a la mejora de su ocupabilidad (como si ello fuera lo realmente determinante y una la eficiencia de la actuación de los propios SPE). Esta acreditación se efectuará en la forma en que estos organismos determinen en el marco de la mutua colaboración. La no acreditación tendrá la consideración de incumplimiento del compromiso de actividad”. A lo que se añade un “periodo de gracia” cuando se indica a continuación que: “Sin perjuicio de la búsqueda activa de empleo, la participación en las acciones de mejora de la ocupabilidad que se correspondan con su profesión habitual o sus aptitudes formativas según lo determinado en el itinerario de inserción será voluntaria para los beneficiarios de prestaciones contributivas durante los treinta primeros días de percepción, y la no participación en las mismas no conllevará efectos sancionadores”.

por desempleo (Monereo Pérez, J.L., 2003, 68). De manera que a la lógica distributiva clásica se adiciona la lógica de la reinserción laboral. La activación institucional de las prestaciones de desempleo (y subjetivamente del desempleado) aproxima las clásicas prestaciones por desempleo a la figura de las rentas de inserción, incorporando un compromiso de actividad acompañado de una amplia paño de medidas activas encaminadas preferente a la reinserción laboral del parado forzoso⁹³⁸. El compromiso de actividad se configura como uno de los requisitos legales para el nacimiento del derecho a las prestaciones (art. 266.c) TRLGSS). Hasta tal punto es así que, en coherencia, es caracterizado como un elemento configurador de la situación legal de desempleo (art. 267.2.b) TRLGSS: “No se considerará en situación legal de desempleo a los trabajadores que se encuentren en los siguientes supuestos: ...b). Cuando, aun encontrándose en alguna de las situaciones previstas en el apartado 1 anterior, no acrediten su disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada, a través del compromiso de actividad”).

En este sentido al derecho social de prestación por desempleo se vincula un deber contractual de inserción laboral del desempleado, lo que se sitúa en la tendencia hacia la “contractualización” del modelo de protección por desempleo. El compromiso de actividad es *bilateral*, lo que significa que en él se produce un haz de *obligaciones mutuas* entre el desempleo y la Administración actuante. Ello comporta que el trabajador tiene que cumplir con las obligaciones inherentes al compromiso de actividad, pero también que los Servicios Públicos de Empleo deben cumplir a su vez con sus obligaciones y con las exigencias correspondientes que comportan el derecho del trabajador a la reinserción profesional.

⁹³⁸ Conforme al art. 300 TRLGSS, “se entenderá por compromiso de actividad el que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en este artículo”. Por otra parte, “el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo autonómicos requerirán a los beneficiarios de prestaciones por desempleo para que acrediten ante ellos, en la forma que determinen en el marco de la colaboración mutua, la realización de actuaciones dirigidas a su reinserción laboral o a la mejora de su ocupabilidad. La no acreditación tendrá la consideración de incumplimiento del compromiso de actividad” (art. 300 TRLGSS). El art. 3 del RD 1369/2006, de 24 de noviembre, que regula la renta activa de inserción, hace remisión expresa al compromiso de actividad exigido por el art. 300 TRLGSS. El mismo compromiso de actividad viene exigido para el cese de actividad de los trabajadores autónomos (art. 4 de la Ley 32/2010, reguladora del Estatuto del Trabajo Autónomo). Los “programas extraordinarios” también contienen esa exigencia normativa de activación para la inserción en el empleo, sin perjuicio de ciertas peculiaridades. Así, el subsidio enmarcado en el Plan Prepara (art. 1.2 de la Ley 14/2009, prorrogado sucesivamente por el RDL 12/2010, de 20 de agosto, por RDL 10/2011, de 26 de agosto, y el RSL 20/2011, de 30 de diciembre) y el plan extraordinario de activación para el empleo, que regula el RD.-Ley 16/2014, de 19 de diciembre.

Esta técnica contractual instrumenta una política jurídica orientada a aumentar la “empleabilidad” positiva de los trabajadores desempleados aunando los esfuerzos colectivos/públicos –señaladamente a través de los Servicios Públicos de Empleo– y los individuales/privados, a través de la combinación de las medidas “pasivas” y “activas” para, sin perjuicio de la protección económica, se realice el derecho a la reinserción laboral del trabajador desempleado protegido (Por el contrario la concepción de “empleabilidad” negativa remite a la concepción liberal de imputar la situación de desempleo al propio parado como responsabilidad más individual que colectiva o pública). Si bien parece criticable que la regulación legal de compromiso de actividad realce más la posición de deber del trabajador que la de titular de un derecho social de prestación pública, dicho compromiso negocial supone que el sujeto protegido debe estar en actitud de plena disponibilidad para trabajar durante toda la vigencia de la relación jurídica protectora (Monereo Pérez, J.L., 2003, 66 ss.). Pretende la que se ha dado en llamar “activación del desempleado”, mediante la imputación a éste de un haz de deberes de conducta activa (obligaciones de hacer sujetas a especificación dinámica). Instrumentos jurídicos de activación típicos son los representados por el compromiso de actividad y el itinerario de inserción personalizado. El compromiso de actividad es aquí fuente de la obligación jurídica de búsqueda activa de empleo. Está delimitado legalmente y bajo la dirección Administrativa, configurándose en lo principal como una especie de contrato de adhesión, en el cual el desempleado es, sin lugar a dudas, el contratante más débil en cuanto a su posición jurídico-contratual anudada a la situación jurídica de desempleo protegido. Pero es una “activación heterónoma”, que obedece a una filosofía político-jurídica que acentúa el “deber de trabajar” en detrimento del derecho al trabajo ex art.35.1 CE; esto es, del trabajo como deber del ciudadano, cuyo incumplimiento puede ser objeto de control social y de sanción. El riesgo es que esta configuración legal de la activación del desempleado puede ser susceptible de transformar la lógica del derecho a trabajar en imposición de deberes de hacer, con aumento del subempleo o la desprotección social de los desempleados que rechazan ofertas de colocación inapropiadas para su perfil profesional. Y con ello producir un desequilibrio en la posición jurídica ostentada frente a la Administración actuante, puesto que, por un lado, se está ante un contrato más bien de adhesión prefijado administrativamente, y por otro, es el trabajador el que asume el riesgo de que su incumplimiento se traduzca en la imposición de sanciones de mayor o menor entidad, cuando se constata que los SPE no acaban de asumir adecuadamente la parte de deber que le corresponde, es decir, gestionar adecuada y eficazmente la empleabilidad del trabajo y encauzarlo hacia la facilitación de inserción en el mercado de trabajo. Es criticable la tendencia a sustituir el principio de solidaridad social basada en los derechos de ciudadanía, por el reforzamiento de una suerte de derecho discrecional, basado en una ética del trabajo como eje que fundamenta el derecho a recibir la protección social. Es, ésta, en gran medida la filosofía política asentada en el *workfare*, que prioriza el objetivo de alcanzar niveles elevados de empleabilidad cuantitativa, respecto de lo cual el trabajo tiende a convertirse más

en un deber civil que un derecho social de participación activa en la sociedad. Esta moralización de la protección social “reactualiza una ética del trabajo superada por las transformaciones tecnológicas y el paro masivo, y a su vez produce un efecto negativo y contradictorio en los objetivos perseguidos, al expulsar a un número importante de ciudadanos a la inactividad, al subempleo o, directamente, a la pobreza” (Quesada Segura, R., 2004, 170).

Para facilitar oportunidades de empleo para todas las personas que deseen incorporarse al mercado de trabajo, la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, estableció la referida figura del “compromiso de actividad”. Desde el inicio de la prestación (contributiva) existirá un compromiso de actividad en virtud del cual el desempleado tendrá derecho a que los Servicios Públicos de Empleo determinen el mejor itinerario de inserción, de acuerdo con sus capacidades profesionales y aptitudes para el trabajo. A su vez, todos aquellos beneficiarios de prestaciones que deseen trabajar en otros lugares con mejores oportunidades de empleo dispondrán de ayudas para facilitarles la movilidad geográfica. En tal sentido se modifica el art.266 TRLGSS, que establece los requisitos para el nacimiento del derecho a las prestaciones por desempleo, indicando que el solicitante ha de encontrarse en situación legal de desempleo, acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad, al que se refiere el art. 300 de esta Ley (cfr. arts. 267 y 268 TRLGSS). Se establece (artículos 299, 300 y 300.1 del TRLGSS) que son obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo: Suscribir y cumplir las exigencias del compromiso de actividad. Buscar activamente empleo, participar en acciones de mejora de la ocupabilidad, que se determinen por los Servicios Públicos de Empleo competentes, en su caso, dentro de un itinerario de inserción. Sin perjuicio de la obligación de acreditar la búsqueda activa de empleo, la participación en las acciones de mejora de la ocupabilidad será voluntaria para los beneficiarios de prestaciones contributivas durante los cien primeros días de percepción, y la no participación en las mismas no conllevará efectos sancionadores.

El compromiso de actividad (que opera como requisito condicionante del derecho durante toda la vigencia de la relación protectora) supone que el sujeto protegido debe estar en actitud de plena disponibilidad para trabajar. Se exige que el sujeto acredite su disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad al que se refiere el art.299 TRLGSS (art.266.c) TRLGSS). El compromiso de actividad es el instrumento que permite verificar, materializándola, la disponibilidad del desempleado para trabajar, y de articulación jurídica del sistema de obligaciones y derechos del sujeto protegido que dicho compromiso público lleva inherente (la relación jurídica que formaliza es de naturaleza pública o jurídico-administrativa). Ya se había señalado, a propósito de la consideración de las nuevas orientaciones

de las políticas de protección y de lucha contra el desempleo, la tendencia a combinar las políticas activas y las políticas pasivas de empleo, hasta el punto de que aquí las políticas pasivas pueden aparecer como un medio funcional para la realización de las consideradas políticas activas. El compromiso de actividad es un innovador instrumento negocial anudado a la situación jurídica de desempleo protegido, un contrato de inserción coligado a la relación jurídica de protección por desempleo. En esta dirección el compromiso de actividad formaliza jurídicamente las obligaciones (pero también los derechos) que asumen los sujetos implicados en el programa de inserción. De este modo el derecho a la reinserción laboral combina derecho social y nexo contractual. La exigencia de que el desempleado mantenga una posición activa de búsqueda de empleo, incide no sólo en la delimitación técnica de la situación legal de desempleo, sino también, y más significativamente, en la propia naturaleza del riesgo asegurado: el desempleo sigue siendo un paro involuntario, pero esta involuntariedad se ha de apreciar tanto en el origen como en la dinámica de la relación jurídico-prestacional constituida. Se exige y se refuerza aquí en sentido propio el “querer y no poder trabajar” en y durante la situación de desempleo, de manera que en el nivel contributivo la situación de desempleo establece un “continuum” entre período de cotización exigido y compromiso de actividad, en el sentido de disponibilidad permanente para trabajar (jurídicamente exigible como *condictio iuris* para el acceso y permanencia en la situación de desempleo protegido) dentro de los límites y condiciones legalmente establecidos.

Precisamente uno de los objetivos principales de la Ley de Empleo estriba en la pretensión de generalizar la exigencia del compromiso de actividad. En este sentido, se proporciona un concepto amplio de compromiso de actividad entendiendo por tal el que adquiere con carácter obligatorio (necesario legal) con los Servicios Públicos de Empleo el desempleado, demandante, solicitante o beneficiario de prestaciones de buscar activamente empleo, de aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad. Su contenido incluirá previsiones específicas para quienes lo suscriban en función de sus circunstancias personales y profesionales y será único para todo el territorio estatal. Se atribuye al Servicio Público de Empleo, el establecer tras entrevistarse al desempleado, un Itinerario personalizado que comprenderá las medidas y acciones necesarias para la inserción laboral (artículos 29 y 37 del TRLE). Adviértase, por cierto, la posición esencialmente pasiva que asume aquí el desempleado, ya que el Itinerario de inserción parece ser fijado unilateralmente por el Servicio Público de Empleo competente. Esa unilateralidad es, por supuesto, merecedora de crítica.

La cuestión ciertamente no es nueva, al menos en términos absolutos e impropios, porque la protección por desempleo nunca ha sido meramente “pasiva” al tener funciones activas tanto respecto de los colectivos protegidos (prestaciones

accesorias de formación, esto es, línea de capacitación; exigibilidad de trabajos de colaboración social, aceptación de oferta de trabajo adecuado... Cfr. Convenios OIT, núm. 44 y 168), como respecto a la regulación de apoyo de los procesos de reorganización empresarial (amortiguación de los despidos por circunstancias empresariales, prejubilaciones donde el desempleo aparece como prestación “puente”, movilidad laboral, paro friccional, etcétera) y regulación de los flujos de mano de obra. Esa línea activa se refleja también en la compatibilidad entre percepción de la prestación y realización de una actividad laboral. Pero es de realzar que el compromiso de actividad va mucho más allá del planteamiento “defensivo” tradicional de la aceptación de una oferta de empleo adecuado (que en sí misma incorpora una clásica obligación de activación, cuyo alcance ha ido extendiéndose negativamente para la profesionalidad del trabajador y la calidad del empleo que ha de aceptar disciplinariamente en sucesivas reformas. Cfr. art. 300 TRLGSS), aunque la estrategia de la OCDE ha sido la de fomentar ese condicionante al entender que tal exigencia puede permitir que el paro de larga duración no persita innecesariamente (Informe OCDE, 2002, 349), premisa que puede ser harto discutible porque estigmatiza la posición jurídica del desempleado protegido presuponiendo que su voluntad ha de ser activa por su pretendida tendencia a instalarse cómodamente en la percepción pasiva de las prestaciones por desempleo. Aunque en nuestro país no ha llegado a plantearse abiertamente el debate, no deja de resultar muy significativa la controversia que se ha suscitado en el Reino Unido sobre si los desempleados protegidos tenían o no el deber jurídico de aceptar un trabajo “gratis” (no lucrativo) en el *sector privado* como pretendida condición exigible para poder permanecer disfrutando de las medidas pasivas y activas de protección por desempleo (Críticamente, Arufe Varela, A., 2013, 153 ss.). Lo cual constituiría sin duda una aberración que contradiría frontalmente los Convenios de la OIT que hablan de la aceptación de una oferta de “empleo conveniente” o adecuada (Convenio OIT, núm.44, ratificado por España en 8 de abril de 1971, y la Recomendación OIT, núm.44, precisan que el empleo ofertado ha de ser “conveniente”), y desde luego esa no sería una oferta adecuada por su carácter no retributivo y constituiría un enriquecimiento injusto para las empresas privadas beneficiarias de la prestación de sus servicios. Por el contrario, el compromiso de actividad incorpora una línea “ofensiva” que trata de garantizar más incisivamente la reinserción laboral del desempleado mejorando su posición como oferente en el mercado laboral. Por otra parte, es más controlable internamente desde la Administración actuante.

En realidad, las políticas de reinserción laboral tratan de replantear en los términos (y los supuestos) en que se había planteado tradicionalmente la política de reforma social, recuperando la idea de que la garantía del derecho al trabajo al trabajo de calidad es el cauce más adecuado para que el individuo pueda integrarse dignamente en la sociedad democrática. Es el derecho social a un trabajo decente o digno. Pero el objetivo constitucional de garantía del derecho al trabajo y el de-

recho a la reinserción profesional (artículos 35 y 40 CE)⁹³⁹, encuentra sus bases propias de legitimidad, como el mismo derecho a las prestaciones económicas de desempleo dispensadas por la Seguridad Social (art. 41 CE). Es importante enfatizar el “lenguaje” de los derechos”. En este sentido, el punto de partida deber ser en el plano jurídico la referencia a esas bases fundamentales del derecho al trabajo, la política de empleo y la protección por desempleo. En ambos casos estamos ante dos derechos sociales fundamentales, a saber: el derecho al trabajo que se realiza a través de la reinserción laboral (imprescindible para alcanzar una verdadera reinserción e integración social) y el derecho a una renta sustitutiva o compensatoria dispensada por el sistema de desempleo de la Seguridad Social. Ciertamente, debe realizarse la concepción de la activación como un derecho del trabajador a la reinserción profesional que involucra para los poderes públicos la realización de obligaciones positivas, que requieren de los recursos económicos y del personal adecuado para llevarlas a cabo. Por lo demás, las prestaciones por desempleo son de estructura jurídica compleja al implicar vertientes económicas (prestaciones económicas) y prestaciones públicas de servicios vinculadas a aquéllas y que han de realizar los poderes públicos. Siendo así, la activación presenta un carácter “transicional”, porque facilita el tránsito del empleo al desempleo y de esta posición jurídica a un nuevo empleo, al mismo tiempo que constituye un mecanismo para propiciar la mejora de la capacitación de las personas vinculada a la dinámica de los mercados y la competitividad de las empresas. En una perspectiva estructural, las políticas activas de empleo son una pieza fundamental para garantizar las “transiciones” impulsadas por los cambios tecnológicos, ambientales y sociales, proporcionando nuevas oportunidades para mejorar las capacidades profesionales y contribuyendo a la construcción de un sistema económico más productivo, competitivo, inclusivo y justo (López Gandía, J., 2014, 229, 232).

En tal sentido, asaltan serias dudas sobre si la Estrategia de la Unión Europea (más allá de las grandes declaraciones retóricas, como las expresadas en la Estrategia comunitaria Europa 2020, aprobada por el Consejo Europeo de 26 de marzo de 2010, y las diversas Directrices Integradas para el empleo formuladas por la Comisión Europea) se vincula a una concepción de las políticas económicas y de empleo realmente orientadas hacia un modelo de competitividad por la innovación y la calidad del empleo, y no hacia un modelo de competitividad por la reducción de costes del factor trabajo y la precariedad en el empleo al menos para los países de la “Europa del Sur” (Ya en sí misma resulta harto significativa la fragmentación entre la “Europa del Norte” y la “Europa del Sur”, la cual en el plano geopolítico va más allá del elemento geográfico, pues incluye también a los “países del Este europeo”). En contraste, resultan expresivas las políticas europeas –impulsadas por

⁹³⁹ Art. 1 de la Carta Social Europea Revisada (1996); art. 15 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; artículos 127.2 y 136 del TFUE.

la Comisión Europea- económicas de “austeridad” (que inciden en la minoración del gasto social de las prestaciones económicas y en la disponibilidad de recursos para los servicios públicos, incluyendo a los propios Servicios Públicos de Empleo) y las políticas laborales de “modernización” (eufemismo que encubre un “desmantelamiento” selectivo y gradual del modelo de Derecho del Trabajo clásico y garantista como especificación legal coherente del constitucionalismo democrático-social) (Monereo Pérez, J.L., 2011, *passim*). Estos enfoques dominantes sobre el modelo de relaciones laborales y de competitividad de la economía cuestionan en sus propios cimientos la orientación de las políticas públicas hacia la realización del pleno empleo y el trabajo garantizado *de calidad* (sería paradójico pensar en alcanzar una situación de pleno empleo basado en la precariedad y por tanto en la desigualdad social institucionalizada), y asimismo la realización eficiente y equitativa de las políticas “activas” de empleo. Y es que la realidad histórica del Estado del presente es la que se centra más que en el empleo –y en la política realmente orientada al pleno empleo- en el factor de competitividad de la economía y de las grandes empresas y en las políticas de flexibilidad laboral y competitividad por la reducción de costes del factor trabajo. Los “Estados de competencia” o “Estados mercado” asumen la autoimagen de promotores proactivos de la competitividad en sus respectivos espacios económicos frente a la más intensa competencia internacional. Lo cual implica la subordinación de la constitución social, los derechos sociales, a las necesidades construidas de competitividad en la actual fase de desarrollo del capitalismo avanzado.

En consecuencia, se insiste, no se trata de sustituir prestaciones de Seguridad Social por reinserción laboral, sino de combinar medidas de prestación económica y medidas encaminadas a la reinserción laboral de la persona desempleada. Es harto significativo que conforme al art. 36.2 TRLE, se indique que “la acción protectora por desempleo a que se refiere el art. 265 del TRLGSS... *comprende* las prestaciones por desempleo de nivel contributivo y asistencial y las acciones que integran las políticas activas de empleo”. De este modo, las políticas activas de empleo se asumen en la “lógica interna” de la protección por desempleo de la Seguridad Social. Ese es en gran medida el sentido de la constatación de la quiebra de los supuestos tradicionales de la política social moderna y de la búsqueda de nuevos modelos de regulación de “lo social” alternativos a los sistemas “defensivos” clásicos. Ello es tanto más necesario al hundirse los fundamentos sociales del cálculo de riesgos y las limitaciones (sino inoperatividad) de los sistemas de aseguramiento tradicionales. Se refuerza, así, el derecho del trabajador a ser recolocado en un nuevo empleo y la conversión de la protección social por desempleo de ser un mecanismo de reparación “a posteriori” de los perjuicios ocasionados por las disfuncionalidades del mercado (protección pasiva) en instrumento que dote al sujeto protegido de cauces de seguridad activa frente a los riesgos de la inactividad forzosa. La Renta Activa de Inserción no es pura técnica de ayuda “pasiva” limitada a la cobertura de la situación objetiva de necesidad: es una especie de “ayuda ac-

tiva”. En esta perspectiva de largo alcance es donde ha de encontrarse la comprensión explicativa de la conjunción del doble derecho a la renta y a la inserción socioprofesional dentro de una misma categoría jurídica (sea, en distinto plano, la RMI, o sea la llamada “Renta Activa de Inserción”), instrumentada a través de programas de actuación caracterizados por un mayor contenido pro-activo o de activación del empleo. El mismo art. 9.2 CE impone la obligación positiva a los poderes públicos de remoción de todos los obstáculos que impiden la libertad, la igualdad y la participación del individuo en la sociedad en coherencia con el respeto de la dignidad humana y su desarrollo en la presente sociedad fragmentada. Es oportuno señalar que esta obligación –en lo que aquí interesa– tiene que ponerse en relación no sólo con instrumentales políticas activas de empleo, sino con el deber constitucional de los poderes públicos de orientar sus políticas hacia la realización del pleno empleo (art. 40 de la Carta Magna). En otras palabras: la política de pleno empleo es un asunto de responsabilidad político-institucional en el marco de un Estado Social de Derecho; ni puede, ni debe ser una responsabilidad individual (el individuo carece de los factores base de poder para atender a este problema que incumbe a la sociedad democráticamente organizada).

Se establece *ope legis* una definición del compromiso de actividad (art. 300 TRLGSS), indicando que se entiende “por compromiso de actividad el que adquiere el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en este artículo”. Esta noción jurídica se conforma a través de tres elementos: la búsqueda activa de empleo, la aceptación de colocación adecuada y la participación activa en acciones específicas de formación e inserción profesional. Todos ellos encaminados a aumentar la ocupabilidad, la cual viene a ser la traducción a estos efectos de la idea-fuerza de la “empleabilidad”. Cabría añadir la naturaleza pública, sin duda, del compromiso contraído. Se introduce, de este modo, en el mismo interior de la protección contra el desempleo la dimensión activa de búsqueda de empleo por el sujeto protegido. Se “injerta” una nueva lógica jurídico-social en el sistema protector, de manera que la protección social por desempleo se hace más completa y diversificada en sus objetivos, donde se tiende a garantizar el derecho a la reinserción profesional de los trabajadores desempleados. Es así que las medidas de activación imponen al parado un “obligación” en el marco de un trato personalizado de cada desempleado.

Por otra parte, la renta (activa) de inserción queda condiciona por una forma pública de *control social de los comportamientos del individuo*. La RAI (como la RMI) rompe con la visión tradicional en el tratamiento de “lo social” en la lógica de instaurar un derecho social de “de tercer tipo”, que no pertenece ni a la forma tradicional de la *ayuda social* (que toma a su cargo, caso por caso, a los margi-

nados, a los “casos sociales”) ni al registro clásico de la “protección social” (que atribuye mecánicamente prestaciones públicas “pasivas”). Implica, en cierta medida, superar la cultura de la dependencia permanente. Pretende garantizar no sólo el derecho a la subsistencia digna, sino también, y al propio tiempo, el derecho al trabajo como modo de ser socialmente útil. Es así, que este enfoque hacia la reinserción socioprofesional trata a la persona protegida en su verdadera condición de ciudadano (el “empoderamiento” propio de una ciudadanía activa) y no solamente como personas preceptoras de prestaciones. En la sociedad del trabajo los individuos tienen derecho realizar un trabajo útil como modo de participar en la vida democrática. Este enfoque se sitúa en la línea de enriquecer y redefinir la protección por desempleo, de manera que la protección social dispensada no se limite a la reparación ulterior de los perjuicios ocasionados de las disfuncionalidades del mercado, sino que sea un instrumento adecuado para atribuir a la persona una seguridad activa frente a los riesgos derivados de la inactividad profesional en un contexto de previsible incremento de la movilidad laboral ocupacional. La orientación hacia la reinserción a través de políticas activas permite que la persona pueda adaptarse continuamente a las constantes modificaciones en curso (especialmente el cambio tecnológico y las nuevas formas de organización de la producción y del trabajo). Es rasgo característico de las políticas activas del mercado de trabajo el incremento de las tasas de inserción laboral de los trabajadores desempleados, pero también la productividad de los trabajadores ocupados mediante mejoras de su cualificación profesional. Se puede decir, en términos generales, que existe una tendencia a favorecer las medidas activas de empleo y orientar en este sentido la propia política de protección contra el desempleo, la cual asumiría también como objetivo propio y preferente la reinserción de la persona al mercado. Ello supone también la normalización de la práctica político-legislativa de condicionar la participación activa del trabajador en los programas de inserción (que incorporan un compromiso del desempleado de participar activamente en la búsqueda de empleo y su disponibilidad permanente para intervenir en el desarrollo de los programas de activación).

Ello plantea una individualización de lo social, en el sentido de que se tiende a pasar de la consideración de las “poblaciones” relativamente homogéneas (grupos o clases) a las “situaciones concretas” de los individuos en particular (esto es, en la singularidad de su situación social), a fin de afrontar el reto de la exclusión. Es el caso de los desempleados de larga duración, situación que obedece a factores difícilmente generalizables porque suele depender de la biografía individual.

Todo esto supone replantear el principio de la “igualdad de oportunidades”, porque el nuevo Estado social no puede ser únicamente una instancia de distribución de prestaciones y de gestión de reglas universales y generalizables de protección social. Debe convertirse en un “*Estado de servicio*”, aportando los medios específicos para la plenitud de la “vida activa” de los individuos. Ello supone una nueva opción del reformismo jurídico-social como condición de la persistencia del

principio de solidaridad. Con ello se redescubre que el trabajo es un elemento integrador en la sociedad contemporánea. Lo que debe convertir en objetivo prioritario la reinserción laboral (que supera en este objetivo la versión tradicional de la asistencia social), pero evitando que la política de inserción se convierte en una simple apología de la empresa en cuanto “portadora de empleos” y de riqueza que hay que incentivar y subvencionar. Por otra parte, debe evitarse que la política de inserción reactive la antigua dicotomía entre buenos y malos pobres, como nueva estrategia de moralización de las clases y personas desfavorecidas (el “buen pobre” vale decir ahora el “buen excluido”). Por ello se puede afirmar que en ciertos aspectos, las políticas de inserción se parecen a las estrategias de moralización de la clase obrera que proliferaron en el siglo XIX, con la diferencia de que a la clase obrera moralizada se la recompensaba asegurándole su integración. Esa “moralización” está presente en la exigencia legal de la obligación de buscar trabajo como condición para la permanencia en el sistema protector (para recibir prestaciones los parados deben demostrar que están buscando trabajo activamente y que están dispuestos a llevar a cabo los comportamientos necesarios para encontrar trabajo). También lo está cuando se argumenta que las medidas de activación no sólo reducen el paro sino que reducen la “dependencia” de la protección pública; o la otra vertiente, que afirma una protección social no debe “disuadir” de participar en la vida activa.

Es relevante hacer notar que la lógica de la reinserción penetra y se combina con la lógica de la protección “pasiva” en las diversas ramas de protección social pública que contemplan el fenómeno de la inactividad. En particular en la rama de protección por desempleo ello ha dado lugar a la articulación de medidas pasivas (satisfacción de prestaciones económicas como indemnización sustitutiva o compensatoria) y activas (orientación hacia la reinserción socio-laboral) dentro de la integración de la política de Seguridad Social en el marco de la política de empleo de la sociedad del trabajo. En realidad, la expresión “sociedad del trabajo” es oponible a la de “mercado de trabajo”, pues la primera tiene la virtud de resaltar el aspecto social y humano sobre el aspecto puramente mercantil (Márquez Prieto, A., 2001).

Tal concepción del derecho a la reinserción socio-económica, deducible del texto constitucional (arts. 35.1 y art.40 CE, ambos en relación con el art. 9.2 de la norma fundamental), supone el inicio de un camino necesario hacia una nueva concepción del pleno empleo en los países industrializados. Una función que la protección por desempleo asume en el marco de la realización de las políticas de fomento y de reparto del empleo. Aquí se puede apreciar la fundamentación jurídico-política de la protección por desempleo orientada hacia la reinserción, esto es, en un sentido “pro-activo”. La protección por desempleo, en efecto, se inscribe dentro de una política orientada hacia la realización del pleno empleo, y no sólo por imperativo de la constitución jurídica “interna” (art.40, en relación con el art.35

CE), sino también por aplicación de la misma normativa internacional. Se inscribe también en el programa constitucional de garantizar el derecho al trabajo (artículos 35.1 y 40 CE) y la calidad de vida especialmente en las situaciones de desempleo, a través de la satisfacción de prestaciones públicas “suficientes” para disfrutar de una vida digna que permita la integración en el sistema democrático y la inserción en la vida social y profesional (art.41 CE). Preceptos que deben ser objeto de una interpretación sistemática con toda la normativa reguladora de los derechos sociales fundamentales, como impone deducir del art. 10.2 CE⁹⁴⁰. No estamos ante unas normas constitucionales “programáticas”, ni simplemente “declarativas” de derechos, aunque tienen, sin duda, una textura abierta hacia distintas opciones de política legislativa, también aportan condicionantes limitativos de la discrecionalidad legislativa en el desarrollo de las previsiones constitucionales, como normas de garantía de derechos y normas directivas fundamentales respecto al comportamiento activo que han de observar los poderes públicos. En este sentido no son preceptos de “estricta” configuración legal por el mero hecho de estar relegados en el Capítulo III, de los principios rectores de la política económica y social, y, por tanto, no sólo “ubicados sistemática” en él, sino también petrificados sin hacer el reclamo hermenéutico a que obliga el propio texto constitucional ex art. 10.2, precisamente como obedeciendo a la necesidad de garantizar efectivamente el principio de la dignidad humana garantizado en el apartado primero de la referida disposición constitucional. La posición muy restrictiva –y que no ha tenido una evolución interpretativa renovadora al respecto– de nuestro Tribunal Constitucional (paradigmáticamente, la doctrina restrictiva del TC que defiende el “garantismo débil” respecto de los derechos de Seguridad Social –incluido el desempleo– consagrados en el art. 41 establecida reiteradamente en SSTC 65/1987, de 21 de mayo⁹⁴¹, fj. 17, 37/1994, de 10 de febrero, fj.3, 126/1994, de 25 de abril, 215/1994, de 14 de julio⁹⁴², 197/2003, de 30 de octubre, 44/2004, de 23 de marzo, 53/2004, de 15 de abril, 234/2005, de 26 de septiembre, 213/2005, de 21 de julio, 128/2009, de 1 de junio, entre otras) ha impedido un mayor avance del *garantismo constitucional* respecto de los derechos sociales fundamentales, incluido los derechos de Seguridad Social, que se contemplan (y devalúan) como derechos incompletos o imperfectos que adquieren su virtualidad operativa tan sólo con el necesario desarrollo discrecional del legislador infraconstitucional (Monereo Pérez, J.L., 1999; 2002). Las debilidades visibles de la garantía constitucional ex art. 41 CE –pero también la interpretación aislacionista y excesivamente formalista y rígida de

⁹⁴⁰ Lo que remite, paradigmáticamente, a la Carta Social Europea Revisada de 1996, art. 12; al Convenio OIT, núm. 102, “Norma mínima de Seguridad Social”, etcétera.

⁹⁴¹ La cual declara que la Seguridad Social “es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél”.

⁹⁴² Que en términos más amplia establece que “Las normas que contienen derechos sociales o de prestación (...) únicamente cobrarán peso específico autónomo en la medida en que su contenido se lleve a la práctica en aplicación o desarrollo del postulado de Estado social...”.

nuestro Alto Tribunal, que rechaza aquí operar con la interpretación evolutiva inherente a la “cultura de los derechos”- ha determinado la dificultad en no pocos casos de establecer una verdadera tutela garantista efectiva de derechos como el desempleo, aparte de plantear adicionalmente dificultades serias respecto a la misma efectividad –más allá del formalismo en su proyección- de los principios constitucionales respecto de la protección por desempleo conferida por el Sistema de Seguridad Social (Resulta ilustrativo el análisis realizado por Quesada Segura, R., 2004, *passim*).

Es la propia Constitución la que vincula “suficiencia” y “calidad” de la protección, al mismo tiempo que la protección por desempleo (como técnica específica de Seguridad Social) se coordina necesariamente desde sus propios fines (y sin perder, en consecuencia, su identidad) con la política de empleo. Exponente de esa conexión funcional es la renta activa de inserción, la cual como derecho de ciudadanía sociolaboral combina e integra la lógica reparadora y la lógica de inserción profesional. Es de señalar que la renta de asistencia activa (subsidio activo) puede estructurarse (y la experiencia interna e internacional así lo confirma) dentro y fuera del sistema institucional de Seguridad Social, como un conjunto de acciones y técnicas de protección social. El Tribunal Constitucional ha admitido ese doble encuadramiento en nuestra Constitución: una asistencia social “fuera” del sistema de la Seguridad Social como competencia de las Comunidades Autónomas ex art.148.1.20 CE (SSTC 13/1992, 6 de febrero, fj.14, 171/1998, 27 de julio, fj.2º) y una asistencia “dentro” del sistema institucional de la Seguridad Social ex art.41 CE y 149.1.17 CE, esto es, como sistema de protección social interno a la Seguridad Social) (cfr. STC 76/1986, 9 de junio). En cualquier caso, se enmarca dentro del modelo de Estado social como ámbito de acción y servicio público específico de finalidad social. Este último tipo y modalidad de organización de la asistencia social forma parte de la Seguridad Social (arts.42.1, 64 y 65 del TRLGSS).

La misma Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, garantiza a todo individuo el derecho de trabajar y de ejercitar una profesión libremente elegida o aceptada (lo que debe tenerse en cuenta ya para una valoración jurídico-reflexiva del “compromiso de actividad” y de la “oferta de empleo adecuado”). A este instrumento se le ha dotado de fuerza jurídico-normativa vinculante con rango asimilable al del sistema de los tratados fundacionales (art. 6.1 TUE). No obstante, no parece posible que este reconocimiento pueda producirse, en relación a ello, sin establecer un orden jurídico europeo no construido limitativamente –como el actual- desde el eje de la racionalidad económica y, en general, de la “cultura del mercado”, lo que dificulta –sino impide abiertamente- el necesario equilibrio (propio del constitucionalismo social) entre derechos sociales y mercado. Los derechos sociales, en efecto, no tienen un pleno reconocimiento en el sistema de los tratados fundamentales (que siguen siendo, ante todo, una gran constitución económica), y los precarios “objetivos” de política social quedan enteramente subordinados a la

consecución de los objetivos de la política económica comunitaria (asentados plenamente en la constitución jurídico-económica europea), y a sus exigencias de funcionamiento en los términos conocidos de máxima liberalización, flexibilidad y competitividad. Con estas reglas de juego prefijadas los derechos sociales, de cohesión e integración, no pueden actuar como límites “externos” al mercado europeo. De ahí el intento “interesado” desde orientaciones ideológico-liberales de desplazar el derecho al trabajo digno y de calidad por la más difusa noción de “empleabilidad”, entendida ésta, restrictivamente, como orientación y aceptación flexible hacia cualquier empleo aún en detrimento de la profesionalidad del trabajador. Es una “actualización” del viejo principio de *funcionalización permanente* de la persona del trabajador a las exigencias del sistema económico. Sin embargo, esta concepción liberalizadora de la “empleabilidad” no es la única posible, porque puede ser contemplada en una perspectiva más conforme con la concepción del derecho al trabajo en el constitucionalismo democrático-social, de manera que la empleabilidad supondría una “activación” de un empleo de calidad a través de la realización del derecho al trabajo en términos de políticas activas encaminadas a la reinserción.

Necesario es precisar el sentido de los conceptos que se utilizan. Existen, pues, dos modelos de “empleabilidad”: la empleabilidad liberal (que tiende a contraponerse a la concepción del derecho al trabajo como garantía de una ocupación acorde con la profesionalidad del trabajador ex art.35.1 CE; que refuerza la subalternidad del trabajador respecto a las exigencias del mercado) y la empleabilidad democrático-social (que tiende, por el contrario, a articular políticas activas encaminadas a que la persona del trabajador se incorpore a una actividad congruente con su profesionalidad; un trabajo, pues, de calidad y adaptado a las características del trabajador; lo que, sin duda, es más coherente con la formulación del derecho al trabajo en el constitucionalismo social en los términos de los arts.35.1 y 40 CE; mira, pues, a la tutela efectiva de la posición subjetiva del trabajador demandante de un empleo adecuado). La noción ideológico-liberal (liberalizadora) coloca al derecho al trabajo “devaluado” en términos de empleabilidad en una relación de subsidiariedad o subalternidad respecto a las exigencias del mercado y la misma fijación unilateral por parte del poder público del compromiso de actividad y del itinerario de inserción contradice la idea participativa de los interesados que es consustancial a un sistema democrático de Estado social “activo”. Se hace primar las intervenciones públicas de apoyo al “buen funcionamiento” del mercado a través de una ordenación jurídica de las reglas de competencia y de flexibilización de la mano de obra disponible, sobre las políticas sociales garantizadoras de derechos sociales de calidad. Tanto más cuando se aprecia que la política de empleo (y, en general, de las políticas sociales) es un ámbito preferente más de *coordinación* a través de la convergencia de objetivos y medios predispuestos por los Estados miembros que propiamente de *integración* en el marco de la Unión Europea, mediante una política comunitaria integrada, no limitada a la convergencia de objetivos y su coordinación intracomunitaria.

En definitiva, la política de empleo es entendida ampliamente como un conjunto integrado de medidas activas y pasivas orientadas a la realización del derecho al trabajo mediante la búsqueda de un equilibrio en el mercado entre oferta y demanda de empleo. De ahí que la Ley de Empleo defina la política de empleo de un modo integrador de las políticas activas y pasivas, partiendo de la necesaria combinación de ambas. En efecto, conforme al art.1 TRLE, “la política de empleo es el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las comunidades autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación de la oferta y demanda de empleo, a la reducción de las situaciones de desempleo y a la debida protección en las situaciones de desempleo”. De este modo, ciertos ámbitos de la Seguridad Social se configuran como *instrumentos interdependientes* de la política de empleo, pero sin detrimento de su función específica en calidad de técnicas de protección social dispensadora de prestaciones económicas y de apoyo a la integración social de los sujetos protegidos (art. 36.2 TRLE). De cualquier modo, con este enfoque lo que se combina es la función indemnizatoria con la función “empleativa” de la protección por desempleo. Se puede hablar de acoplamiento estructural y funcional de medidas reparadoras y de medidas de reinserción socio-profesional dentro del mismo sistema público de protección social por desempleo.

III. REFLEXIÓN JURÍDICO-CRÍTICA DE CONJUNTO SOBRE EL SISTEMA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

El actual modelo de protección contra el desempleo no es reconducible a modelos puros, es un modelo que combina las técnicas contributivas y asistenciales. Ya no parece posible sostener que los niveles asistenciales sean siempre una mera extensión del sistema contributivo (hay supuestos normativos en que tal prolongación no existe), aunque este “segundo” y “tercer” escalón no se basan sólo en algunos principios asistenciales. Hoy no existen tres sistemas sino uno integrado, complejo y mal estructurado, situado en un mismo sistema normativo (se trata de “niveles” dentro de un sistema normativo de protección que ya no obedecen a una única lógica pura)⁹⁴³.

⁹⁴³ De cualquier modo, el problema dogmático de delimitación entre previsión y asistencia social ha quedado más delimitado en las relaciones contemporáneas. En realidad, como indicara Paul Durand la oposición entre Seguro y Asistencia no subsiste más que en la medida en que el pago de las ayudas asistenciales sigue estando subordinado a la constatación de una situación de necesidad. En puridad, en el esquema asistencial el título jurídico para adquirir y disfrutar las prestaciones sería pura y simplemente el del ciudadano necesitado por causa de desempleo sin más; es decir, atendiendo preferentemente a la situación de necesidad objeto de protección en este ámbito de cobertura. Si esa misma condición se exigiera para el pago de las prestaciones de Seguridad Social desaparecería toda diferencia sustancial

Una observación atenta de estas dificultades de calificación y delimitación precisa en los ámbitos correspondientes a la previsión y a la asistencia social (y su proyección en la protección por desempleo) refleja que son el reflejo individualizado de un fenómeno de más amplias dimensiones; a saber: la problemática (y difícil) integración de técnicas de previsión y de asistencia (técnica de ayuda) en el sistema contemporáneo de Seguridad Social, entendida ésta como “aquel complejo sistema a través del cual la Administración Pública u otros entes públicos realizan el fin público de la solidaridad por medio de la distribución de prestaciones de bienes (en dinero o en especie) y de servicios, a los ciudadanos que se encuentran en situaciones de necesidad por causa de la verificación de determinados riesgos”. Precisamente esa complejidad reside en que el sistema “resulta formado por la previsión social y la asistencial, puestas en contacto en base a la consideración de su fin, consistente en realizar la solidaridad entre todos los componentes de la sociedad a favor de los que se encuentran en situación de necesidad” (Persiani, M., 1965, 64-65; Vida, J., 1968). Este es el sentido general de la garantía constitucional de la Seguridad Social (cfr. art. 41 CE). Pero en el cuadro general del sistema de Seguridad Social la asistencia y la previsión social no permanecen intactas sino que se redefinen dinámicamente. Expresión de la historicidad de las categorías jurídicas y de su constante evolución. Es cierto que dentro de la noción jurídica de Seguridad Social evolucionada están comprendidas tanto la previsión social como la asistencia social “interna”. Los dos sistemas y técnicas tradicionales se integran para que a través de ellos los ciudadanos reciban prestaciones de bienes y servicios en el caso de que se verifiquen eventos que dan lugar a situaciones objetivas de necesidad. Los dos sistemas tradicionales han tenido origen y evolución distintos y responden a exigencias varias (Persiani, M., 1965, 65-66). Pero más allá de la ambiciosa aspiración de política constitucional de Seguridad Social, la asistencia y la previsión sociales no han sido superadas y absorbidas en un nuevo y más amplio sistema unitario, inspirado en los principios de la Seguridad Social. El actual sistema jurídico-positivo de la Seguridad Social desmiente el ensamblaje indiferenciado de los sistemas existentes de previsión y asistencia sociales. Es cierto que el desarrollo actual refleja la cada vez más acentuada intervención del Estado y la tendencia generalizadora de la protección contra las situaciones objetivas de necesidad, pero “esta evolución, si bien las aproxima, no es suficiente para cambiar radicalmente las estructuras de la previsión y la asistencia social, transformándolas o confundiendo en un único y nuevo sistema. Consecuencia de la realización de

entre asistencia social y Seguridad Social. Ambas técnicas no son más que dos formas complementarias de un Sistema Único de garantía social (Duran, P., 1991, 714-715). Mientras la técnica de seguro social (previsión social) garantiza el derecho a prestaciones reparadoras al verificarse la contingencia prevista, antes de que los daños puedan determinar el estado de necesidad, las privaciones de la persona afectada. La asistencia interviene sólo en la medida en que, como consecuencia de contingencias previstas o no, se actualice un estado de necesidad, de privación, cuyo fin es combatirlo (Venturi, A., 1995, 283).

los principios de la seguridad social puede ser sólo una evolución ulterior de los sistemas existentes que, si bien profunda, no ha eliminado todavía sus características específicas” (Persiani, M., 1965, 67).

No obstante la inserción de ambos sistemas en el complejo sistema unitario de la seguridad social, no sólo da lugar a una mayor coordinación orgánica, sino también, y como consecuencia de esta inserción, sufren una modificación en su estructura, desde el mismo momento en que el sistema de seguridad venga a ser considerada en función de los nuevos principios acogidos por el ordenamiento (Persiani, M., 1965, 68). Ahora bien, como se ha dicho antes, ambos sistemas de protección no permanecen estáticos en el sistema de Seguridad Social, sino en permanente evolución, pudiendo deducirse del Derecho positivo las tendencias evolutivas de los institutos considerados. La evolución, que se produce como consecuencia de la inserción de cada uno de los sistemas dentro del de Seguridad Social, viene afectando tanto a la previsión social (algo menos advertido) como a la asistencia social. Muy especialmente, a la estructura (y a veces incluso en la función) de esta última.

Transitando ahora desde el punto de vista de la técnica protectora (o medio de protección) a la consideración de la tasa o nivel de cobertura (en extensión e intensidad), se puede decir que el actual sistema de protección del desempleo refleja una opción política restrictiva en la tasa de protección en comparación con la dirección de política del Derecho que informó el ciclo expansivo de la Ley 31/1984 y el Real Decreto-Ley 3/1989, de 31 de marzo, de Medidas Adicionales de Carácter Social, que continua la tendencia marcada por la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, el RD.-Ley 1/1992, de 3 de abril, de Medidas Urgentes de Fomento del Empleo y Protección por Desempleo, la Ley 22/1992, de 30 de julio, de convalidación y modificación del Decreto precedente, y, en fin, la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de protección por desempleo. Es esta dirección de política de Seguridad Social la que se refleja en el TRLGSS. En este sentido, se puede decir que por lo que se refiere a la extensión subjetiva de la protección el sistema tiende a universalizarse (aunque se ponen trabas contributivas realmente duras para el acceso), mientras que por lo que se refiere a la intensidad de la cobertura, la calidad de la protección tiende sin duda a reducirse en términos absolutamente concluyentes. De manera que por lo que se refiere a la tasa de cobertura el modelo se caracteriza por esa doble presencia entre la mayor universalización y la menor intensidad de la protección que se confiere. En esa menor intensidad es donde es pertinente retener el indicado proceso de asistencialización en grado mínimo de subsistencia de la protección global por desempleo.

Esta dialéctica entre universalización-menor intensidad de la cobertura, sólo se puede comprender y explicar si se tiene en cuenta la fundamental tensión político-

económica subyacente, que no es otra que la existente entre la presión que ejerce la contención del gasto y la mayor demanda social de protección pública generada por el desempleo generalizado. La opción adoptada es de carácter racionalizador y selectivo. Lo que es dudoso es que esta orientación racionalizadora haya logrado equilibrar la eficacia económica y la eficacia y equidad social del modelo de protección en su conjunto. Más aún parece que ha prevalecido la lógica económica en la reducción de la intensidad de la protección sobre la lógica de la protección social. Tras las sucesivas reformas será necesario repensar el modelo normativo resultante, como se verá más adelante (infra, apartado 5).

Es obvio, por otra parte, que no toda la regulación que cristaliza en el TRLGSS, merece una valoración negativa. En primer lugar, se debe destacar el “regreso” formal del desempleo a la Ley de ordenación general del sistema de Seguridad Social en la línea prevista en el art.41 CE (Aunque nunca estuvo fuera de él desde el punto de vista de su *fundamentación* constitucional y desde la perspectiva conceptual que siempre lo situaba en la esfera de la Seguridad Social). Destacar también, en segundo lugar, que la actual normativa, que continúa siendo muy dispersa, y por ello generadora de graves problemas aplicativos, ha sido objeto de una mayor racionalización y sistematización en el proceso de reforma operado en los últimos años. En fin, es de realzar que, con todas las matizaciones que se quiera, era necesario mejorar los instrumentos de control del cumplimiento de las normas y en particular de lucha contra el fraude realmente existente. Pero ese control deberá ir dirigido hacia el comportamiento de las empresas de la economía irregular y, con menor impacto, a los trabajadores individuales perceptores de prestaciones por desempleo. No parecer ser esta, en los hechos, la prioridad legislativa (cfr. artículos 297 y 298 y sigs. del TRLGSS).

Pero, ahí se ha quedado el modelo legal. Falta en nuestro sistema el establecimiento de un conjunto de medidas de reforma en profundidad. Unas de carácter “interno”, encaminadas: a) a clarificar los respectivos campos de actuación y las conexiones existentes entre los tres niveles de protección; b) a dotar de mayor coherencia a cada uno de los niveles atendiendo a sus propias lógicas de funcionamiento (si se quiere “filosofías sociales”), la contributiva y la asistencial; c) a lograr que el nivel contributivo satisfaga rentas sustitutivas de los salarios dejados de percibir guardando un razonable criterio de proporcionales renta de sustitución y salario de actividad; d) y, en fin, a que el ámbito asistencial tienda garantizar progresivamente una cobertura universal de las personas en situación real de desempleo (lo que entre otros colectivos determinaría la inclusión de las personas que buscan su primer empleo, como la posibilidad de establecer un periodo mínimo de espera en función de las circunstancias concurrentes), y ha de hacerlo realizando transferencias sociales que garanticen el principio constitucional de suficiencia. En términos de principio, el subsidio, y tanto más la prestación, por desempleo no debería ser inferior al salario mínimo interprofesional vigente en

cada momento. Y e) Es necesario reorganizar el ámbito asistencial actualmente disperso e inorganizado.

Las insuficiencias son también de carácter “externo”, en el sentido de que las medidas de protección contra el desempleo deben coordinarse con la realización prioritaria de políticas activas de mano de obra (la previsión normativa existe –artículos 265.2 TRLGSS, y 36 y Capítulo III, artículos 41 y 42 del TRLE, pero todavía su diseño y ejecución en la práctica son ineficientes) y sobre todo las realización de una política orientada al pleno empleo –en la línea del trabajo garantizado postulada ya en el ámbito internacional por la ONU y la OIT (ver infra estas dirección de política del Derecho del empleo, apartado 5).

Es un aspecto importante a señalar en el modelo vigente es que los niveles asistenciales ha dejado ser en algunos casos un mero apéndice complementario del nivel contributivo, existiendo en el sistema positivo una interpenetración compleja y diversificada entre “lo complementario” (relación de complementaria) y “lo autónomo” (posición de independencia en la protección asistencial) en la confrontación entre los niveles integrados con aras de conseguir el objetivo global de atender a la situación de necesidad derivada del desempleo. Esta integración de sistemas determina también una combinación de técnicas protectoras: la técnica de previsión (en el ámbito contributivo) y la técnica de ayuda pública (en el ámbito asistencial) impregnada ésta de rasgos contributivos. Sin embargo en ese modelo integrado existen aún importantes distorsiones (disfuncionalidades) que no encajan bien con las respectivas lógicas contributivas y asistenciales que sería deseable esperar.

El “modelo de empleo” dominante afecta a todo el Sistema, ámbito contributivo y ámbitos asistenciales de protección por desempleo. En verdad, el sistema de protección por desempleo está encontrando serias dificultades para articular una respuesta razonable y justa en relación a la expansión del trabajo precario o atípico (esencialmente, los contratos temporales, el trabajo en régimen de subcontratación, el trabajo a tiempo parcial respecto del cual se propone desde las más recientes políticas iuslaborales su normalización o estabilización en el sistema de contratación laboral, aunque hay que advertir que hoy el trabajo a tiempo parcial, como también el autoempleo, tienen en la mayoría de las ocasiones un carácter involuntario o impuesto por la contraparte para la cual se trabaja) y en general del mercado secundario, donde a pesar de todos los esfuerzos se aprecia una insatisfactoria protección y atención en general al subempleo, y existe el riesgo de que los trabajadores con empleo precario caigan en la pobreza. Es de señalar que las reformas realizadas en la última década lejos de luchar eficazmente contra la precariedad laboral la han fomentado a través de una panoplia de medidas autocalificadas de flexibilidad laboral y de fomento de la contratación de jóvenes y desempleados de larga duración. Ello ha determinado una expansión extraordinaria y generalizada del trabajo precario. Con ello parece asumirse, lamentablemente, un modelo de relaciones labo-

rales y de competitividad basado más en la reducción de costes del factor trabajo que en la innovación y en la calidad. Ciertamente, de los dos modelos de competitividad (competitividad por la innovación y la calidad del producto y del trabajo; competitividad por la reducción de costes del factor trabajo), se ha optado (especialmente para los países del sur mediterráneo del espacio de la Unión Europea) por un modelo de competitividad a través de la reducción de costes del factor trabajo, la reducción de los derechos laborales y el debilitamiento de las organizaciones sindicales y de sus instrumentos de acción, a saber: la negociación colectiva y la huelga. Es necesario hacer prevalecer el modelo de competitividad por la innovación y la calidad del producto y del empleo (Monereo Pérez, J.L., 2011; 2009). En estas coordinadas de política del Derecho hay que tener en cuenta la garantía de empleo y un trabajo decente para los desempleados que refleja un compromiso con el derecho al trabajo y con el compromiso del Estado Social de Derecho con el pleno empleo (art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, art. 23; Convenio OIT, núm. 122, sobre la política de empleo; Objetivos de Desarrollo del Milenio acordados por la ONU en 2015, en cuya Meta 1B se hace referencia expresamente a la necesidad de “alcanzar el empleo pleno y productivo y un trabajo decente para todos”, de manera que el pleno empleo de calidad aparece como un elemento central de las políticas públicas; el “Pacto Mundial para el Empleo (PME)”, aprobado en la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra el 19 de junio de 2009; las iniciativas de la OIT sobre el Trabajo Decente: Recomendación OIT núm. 198 (2006), sobre la relación de trabajo, la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008). Estas orientaciones que plantean una redefinición del Derecho social de Trabajo y de la Seguridad Social se han plasmado jurídicamente en la Recomendación OIT, núm. 202 (2012), relativa a los “pisos nacionales” de protección social, que en su art. 9.2 impulsa que los Estados miembros incluyan garantías de empleo y de Seguridad Social facilitadas por regímenes públicos en los “pisos nacionales” de protección social pública. La Recomendación OIT, núm. 202 (2012), entre otras cosas, “reafirma que el derecho a la Seguridad Social es un derecho humano”; reconoce que “el derecho a la Seguridad Social es, junto con la promoción del empleo, una necesidad económica y social para el desarrollo y el progreso” y considera “que la priorización de políticas destinadas a promover un crecimiento sostenible a largo plazo, asociadas a la inclusión social, contribuye a superar la pobreza extrema y a reducir las desigualdades y diferencias sociales dentro de las regiones y entre ellas” (Preámbulo). Delimita los “pisos de protección social” indicando que “constituyen conjuntos de garantías básicas de Seguridad Social definidos a nivel nacional que aseguran una protección destinada a prevenir o aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión Social” (Apartado I.2). Por otra parte, entiende que reconociendo la responsabilidad general y principal del Estado de poner en práctica la presente Recomendación, los Miembros deberían aplicar un conjunto de principios: universalidad de la protección, basada en la solidaridad social; derecho a las prestaciones prescrito por la legislación nacional; inclusión social; sostenibilidad financiera,

fiscal y económica, teniendo debidamente en cuenta la justicia social y la equidad; coherencia con las políticas sociales, económicas y de empleo; servicios públicos de alta calidad que mejoren el desempeño de los sistemas de Seguridad Social (Apartado 2.3). Los Estados miembros, en función de sus circunstancias nacionales, deberían establecer lo más rápidamente posible y mantener pisos nacionales de protección social propios que incluyan garantías básicas en materia de Seguridad Social. Estas garantías deberían asegurar como mínimo que, durante el *ciclo de vida*, todas las personas necesitadas tengan acceso a una atención de salud esencial y a una Seguridad Social básica del ingreso que aseguren conjuntamente un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional” (Apartado II.4. En el Apartado II.5 a 12 se concreta el contenido preciso de las garantías básicas de Seguridad Social, pero siempre subrayando que “la seguridad básica del ingreso debería permitir vivir con dignidad”).

Pero también se ha de realzar que no sólo se trata de mantener sino de extender y colmar lagunas de la protección social pública. En tal sentido, se regulan las “Estrategias Nacionales para *extender* la Seguridad Social” (Apartado III.13 a 18), indicando, entre otras cuestiones, que al formular y aplicar estrategias nacionales para extender las estrategias de Seguridad Social, los Estados miembros deberían “*completar la Seguridad Social con políticas activas del mercado de trabajo*, inclusive mediante formación profesional u otras medidas, según proceda” [Apartado III. 14.d)]. Los “pisos de protección social” promueven la universalidad desde un enfoque de derechos y capacidades de las personas. El objetivo es proteger a todas las personas a lo largo del ciclo vital, pero teniendo en cuenta que el “piso de protección social” deberá diseñarse considerando las situaciones de desigualdad inicial de las personas tanto en términos socio-económicos, como de género. En una perspectiva de conjunto, los “pisos de protección social” involucran componentes contributivos, asistenciales y universales, entendiendo que el derecho a la Seguridad Social es para la OIT parte de un objetivo más amplio, es decir, uno de los ejes fundamentales del concepto de “Trabajo Decente”, que implica un trabajo garantizado; un trabajo con derechos sociolaborales y por tanto sometido a un estatuto jurídico-protector de la persona que trabaja. De manera que la garantía del trabajo decente o digno constituye una responsabilidad de los poderes públicos. En realidad, el trabajo decente es el *punto de convergencia* de varios objetivos estratégicos: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo; la protección social y el diálogo social. El trabajo decente es un trabajo que goza de una “relativa desmercantilización” a través de la garantía jurídica de los derechos sociales (Monereo Pérez, J.L., 1995, 1996). Precisamente, el “Pacto Mundial para el Empleo (PME)” (2009), propone una “respuesta a la crisis basada en el trabajo decente” y el “establecimiento de sistemas de protección social y protección de las personas”, que, entre otras medidas, incluya “la seguridad del ingreso combinada con sistemas públicos de garantía del empleo para los desempleados y los trabajadores pobres”. Por otra parte, reafirma el papel positivo que para la economía tienen los sistemas

de protección social: “Los países que cuentan con sistemas de protección social sólidos y eficazmente gestionados disponen de un valioso mecanismo estructural para estabilizar sus economías y afrontar los efectos sociales de la crisis. Estos países tal vez necesiten reforzar los sistemas de protección social existentes. Para los demás países, la prioridad es atender las necesidades urgentes mientras se van asentando los cimientos de sistemas más fuertes y eficaces”.

Con ese objetivo, la vinculación de las políticas de empleo y de Seguridad Social permitiría aplicar políticas eficientes orientadas al pleno empleo, políticas de lucha contra la precariedad laboral y de protección frente al desempleo. En definitiva, trabajo decente para todas las personas que trabajan y protección por desempleo de calidad para los desempleados. En esta dirección debe caminar el Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social en una sociedad democrática, que como tal ya no puede dejar de ser de democracia social y sustancial.

Estos colectivos muy diversificados encuentran graves dificultades para acreditar los períodos de cotización exigidos, ingresando en los ámbitos asistenciales por el endurecimiento del principio de contributividad. Donde las prestaciones por desempleo se insertan en el circuito de la movilidad extraempresarial. Al respecto se han defendido distintas propuestas como la flexibilización de los requisitos de cotización previa, mejorar la prestación, facilitar el acceso al resto de prestaciones del sistema de protección social, o reducir la precariedad laboral. De todas ellas, la más correcta, por adecuación a la finalidad pretendida, es sin lugar a dudas la de acabar o reducir al mínimo el empleo precario y el llamado “mercado secundario” de empleo, menos protegido por el ordenamiento laboral y por las políticas de protección social. Se trata de resolver el problema en la “fuente” (origen o causa determinante) y no tanto en ámbito de las consecuencias. La persistencia del empleo precario distorsiona en sí el correcto funcionamiento del sistema de protección del desempleo, ya que el sistema de protección social (por muy “proactivo” que sea) tiene que hacerse cargo de la excesiva rotación laboral y la ruptura de una razonable continuidad en el empleo.

Pero es que, por lo demás, esa dualización del mercado de trabajo y su proyección en el sistema de protección por desempleo tiene efectos sobre el equilibrio financiero ante todo del nivel asistencial clásico, de manera que se multiplica el gasto en el nivel asistencial, lo cual plantea problemas inducidos de ineficiencia y de sostenibilidad financiera (Pérez del Prado, D., 2014, 448). En todo caso, las soluciones tienen que producirse no sólo atendiendo a los efectos o consecuencias negativas en el campo de la protección social, como en la fuente o factores determinantes de dicha fragmentación de los mercados de trabajo. En este sentido, debe reclamarse la puesta en práctica coherente de las políticas garantistas del “trabajo decente” o digno de la persona que trabaja, lo que conduciría a elevados niveles de “desmercantilización” del trabajo y al establecimiento de un “estatuto jurídico-protector

del trabajador” homogéneo al menos en lo que se refiere a los derechos sociolaborales básicos, de manera que ese estatuto protector lejos de reflejar la fragmentación tendiera a superarla bajo la lógica de la homogeneidad social. Pero, además de actuar desde la Seguridad Social, se debería actuar, asimismo, desde el Derecho Laboral, neutralizando por vía del Derecho legal las fórmulas jurídicas que actualmente contribuyen a “construir” y reforzar el segmentación de los mercados de trabajo. La dirección idónea es aquí, igualmente, la del “trabajo decente”, es decir, la del trabajo protegido con igualdad de derechos básicos, que neutraliza la dualización laboral y desincentiva el uso y abuso de los “mercados secundarios” de trabajo. Este planteamiento es coherente con la referida normativa internacional y es objeto actualmente de reforzamiento tanto en la ONU como en la OIT.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁZAR RUIZ, I.: “La prestación asistencial por desempleo. Un estudio de los requisitos de acceso”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 89 (2010).
- ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “El desempleo: niveles de protección y régimen de las prestaciones”, en VV.AA.: *Comentarios la Nueva Legislación Laboral*, Madrid, Ed. Tecnos, 1985.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Distintas posibilidades para compatibilizar el trabajo y la prestación por desempleo”, en VV.AA.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- ARUFE VARELA, A.: “Trabajar gratis como medida pública de fomento de la empleabilidad: ¿una nueva forma de esclavitud?”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160 (2013).
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (AESSS): *La protección por desempleo en España*, XII Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, los días 20-21 de Octubre de 2015, Murcia, Ed. Laborum, 2015 (Con un enfoque exhaustivo a través de diversas Ponencias y numerosas comunicaciones).
- BECK, U.: *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Ed. Paidós, 1998.
- BEVERIDGE, W.: *Pleno empleo en una sociedad libre*, trad. P. López Mañez, Madrid, MTAS, 1989.
- CABEZA PEREIRO, J.: *La extinción del desempleo*, Granada, Ed. Comares, 1997.
- “El nuevo régimen jurídico del desempleo”, en VV.AA.: *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 2004.
- “El pago único de la prestación de desempleo a los inmigrantes que retornen: primeras notas”, en *Actualidad Laboral*, núm. 21 (2008).

- “El pago único de la prestación por desempleo en el contexto de las políticas de activación”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 1 (2014).
- CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “La protección de los derechos en el sistema universal de derechos humanos”, en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014.
- CASTEL, R.: *L’insécurité sociale. Qu’est-ce qu’être protégé?*, París, Éditions du Seuil, 2003.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Compatibilidad entre protección por desempleo y trabajadores agrícolas por cuenta propia orientados al autoconsumo familiar”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 5 (2015).
- CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “La protección social por desempleo en el sistema constitucional de relaciones laborales”, en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y MARTÍN JIMÉNEZ, R.(Coord.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, MTAS, 2003.
- DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, Granada, Ed. Comares, 2008.
- “La respuesta de la protección por desempleo ante la crisis económica”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y SÁNCHEZ MONTTOYA, R. (Dirs.): *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Granada, Ed. Comares, 2010.
- DE LA CASA QUESADA, S. y MOLINA HERMOSILLA, O.: “La renta activa de inserción: una cierta incursión estatal en el ámbito de las políticas de inserción”, en *RTSS*, núm. 224 (2001).
- CHARRO BAENA, P. y SÁCHEZ TRIGUEROS, C.: “Las políticas públicas a favor del retorno voluntario de inmigrantes”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 28 (2012).
- CHARRO BAENA, P.: “El retorno voluntario de extranjeros extracomunitarios: Configuración general y medidas adoptadas en el contexto de crisis económica: La capitalización del desempleo”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 105 (2013).
- COLLADO GARCÍA, L. y PIQUERAS PIQUERAS, M.C.: *El subsidio por desempleo. Un estudio del nivel asistencial de protección*, Madrid, Trotta, 1997.
- CUADERNOS DE INFORMACIÓN SINDICAL: “El Sistema de Protección Social en España 2015”, Madrid, Ed. Confederación Sindical de Comisiones Obreras, 2015.
- DESDENTADO BONENTE, A. y MERCADER UGUINA, J.R.: *El desempleo como situación protegida*, Madrid, Civitas, 1996.
- DURAND, P.: *La política contemporánea de Seguridad Social*, traducción y Estudio Preliminar, “La recuperación de un clásico de la doctrina de la Seguridad Social, de José Vida Soria, Madrid, MTSS, 1991.

- ESPÍNG-ANDERSEN, G.: *Fundamentos sociales de las economías post-industriales*, Barcelona, Ariel, 2000.
- ESTEBAN LEGARRETA, R.: *La renta activa de inserción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- EUZEBY, CH.: “El Ingreso Mínimo Garantizado: experiencias y propuestas”, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 106, núm. 3 (1987).
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “El programa de renta activa de inserción para el año 2002”, en *REDT*, núm.114 (2002).
- FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “La noción jurídica de empleo adecuado”, en *Rev. Tribuna Social*, 2003.
- “La reposición del derecho a la prestación por desempleo en situaciones de suspensión y reducción de jornada por causas empresariales: puntos críticos”, en VV.AA.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *La situación legal de desempleo*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 2005.
- FERNÁNDEZ ORRICO, J.: “Un año de vigencia de la prestación por desempleo para trabajadores extranjeros que retornan a sus países”, en *Relaciones Laborales*, núm. 14 (2009).
- “La protección por desempleo en la Unión Europea a partir de la entrada en vigor de los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 89 (2010).
- “Iniciativas establecidas en la protección por desempleo durante la crisis: comentarios y propuestas”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 60 (2013).
- FRAZER, H.y MARLIER, E.: *Minimum Income Schemes Across EU Member States (Los regímenes de renta mínima en los Estados miembros de la UE)*, Informe de Síntesis, Red de la UE de Expertos Independientes sobre Inclusión Social, Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades, Bruselas, 2009.
- GARCÍA MURCIA, J.: “Jurisprudencia constitucional en materia de Seguridad Social: la protección por desempleo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 37 (1993).
- “Cambio y continuidad en la protección por desempleo: a propósito de las reformas de 1992”, en *REDT*, núm. 61 (1993).
- “Desempleo”, en *XIV. Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 2004.
- “GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A.: “Algunas cuestiones sobre las modificaciones operadas en los requisitos de acceso a la protección por desempleo en el nivel contributivo de prestaciones”, en *Tribuna Social*, núm. 150 (2003).
- GARCÍA ROMERO, B.: “La garantía de ingresos mínimos en la protección social española”, en VV.AA.: *Crisis económica, reformas laborales y protección*

- social. Homenaje al Profesor Jesús María Galiana Moreno*, Cavas Martínez, F. y Luján Alcaráz, J. (Dirs.), Murcia, Universidad de Murcia, 2014.
- GARCÍA VIÑA, J.: “La coordinación de prestaciones de desempleo en el Reglamento 883/2004”, en SÁNCHEZ RODAS NAVARRO, C. (Dir.): *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Murcia, Ed. Laborum, 2010.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La protección por desempleo”, en *RL*, 1993/II.
- “La funcionalidad de los instrumentos de protección social en los procesos de reestructuración empresarial”, en *Reestructuraciones de Empresas. XXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas*, Sevilla, CARL, 2009.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Protección por desempleo en un escenario de crisis de empleo”, en *Temas Laborales*, núm. 112 (2011).
- ILLUECA BALLESTER, H.: “Reconocimiento internacional del trabajo garantizado”, *Público*, 28 de junio de 2015.
- KALECKI, M.: “Aspectos políticos del pleno empleo”, en HUNT, E.K. y SCHWARTZ, J.G.: *Crítica de la teoría económica*, México, FCE, 1977 (reeditado en *Revista de economía crítica*, núm. 12, 2011).
- TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *El nivel asistencial de protección por desempleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- “La exigencia de residencia en las prestaciones por desempleo y las consecuencias de desplazamientos al extranjero”, en *Revista de Derecho Social. Laborum*, núm. 3 (2015).
- LÓPEZ GANDÍA, J.: *Una propuesta de reforma de las prestaciones por desempleo*, Documento de trabajo 19/2003, Fundación Alternativas, 2003.
- “La dimensión de la activación en las prestaciones de desempleo”, en VV.AA.: *Crisis económica y medidas ante el desempleo*, Roqueta Buj, R. (Dir.), Rodríguez Pastor, G.E. (Coord.), Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2015.
- LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2ª ed., 2014.
- “Prestaciones por desempleo y crisis económica. Algunas propuestas de reforma”, en VV.AA.: *Crisis y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2010.
- LÓPEZ INSUA, B. M.: “El fraude en las prestaciones por desempleo”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 3 (2015).
- “El empleo juvenil en la Ley de Emprendedores”, en VV.AA.: *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil*, Monereo Pérez, J.L. (Coord.), Sevilla, CARL, 2014.
- “Empleo irregular, fraude y crisis de financiación del sistema de protección por desempleo”, VV.AA.: *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social. Libro Homenaje a Antonio Ojeda Avilés*, Murcia, Ed. Laborum, 2014.
- LUELMO MILLÁN, M.A.: “La prestación contributiva de desempleo”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 89 (2010).

- LUJÁN ALCARAZ, J.: “La noción de “colocación adecuada” ante la reforma de la protección por desempleo”, en *Aranzadi Social*, núm. 5 (2002).
- “Políticas públicas frente al desempleo”, Ponencia en VV.AA.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- McLUHAN, M.: *Understanding Media: The Extensions of Man* (1964), Corte Madera (Canadá), Gingko Press (Original word Published in 1964), 2003. Es el Título del Primer Capítulo (“El medio es el mensaje”).
- MALDONADO MOLINA, J.A.: “Pago anticipado del desempleo a los inmigrantes: ¿fomento de empleo o del retorno?”, en VV.AA.: *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, García Castaño, J. y Kressova, N. (Coords.), Granada, Instituto de Migraciones, 2011.
- MÁRQUEZ PRIETO, A.: *La protección por desempleo en España y otros Estados Europeos*, Madrid, MTAS, 2001.
- MARTÍNEZ BARROSO, M^a. DE LOS R.: “Mejora de la empleabilidad a través de la sustitución de medidas pasivas por políticas activas de empleo. Fortalezas y debilidades”, en VV.AA.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- MELLA MÉNDEZ, L.: “La prestación por desempleo en el Derecho social comunitario”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 77 (2008).
- MERCADER UGUINA, J.R. y DÍAZ DE ATAURI, P.G.: “La capitalización de la prestación por desempleo”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 89 (2010).
- MIRANDA BOTO, J.M.: “El sistema español de protección por desempleo en la jurisprudencia comunitaria”, *AL*, núm. 19, 2005.
- “Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes (II). Prestaciones”, en VV.AA.: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- MOLINA HERMOSILLA, O.: *La dimensión jurídica de la política de empleo. El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática*, Sevilla, Mergablum Edición, 2005.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Las rentas activas de inserción: un viaje inacabado desde la “marginalidad” a la “centralidad” del sistema”, en *RL*, núm. 4/2003.
- MOLINA, C., CUEVAS, J., DE LA CASA, S.y MOLINA, O.: “La “contrarreforma” del sistema de protección por desempleo: continuidades y discontinuidades tras la Ley 45/2002, 12.12”, en *RTSS*, núm. 2-3 (2003).
- MONEREO ATIENZA, C.: *Desigualdades de género y capacidades humanas*, Granada, Ed. Comares, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y TOMÁS JIMÉNEZ, N.: “Derecho a la protección por

- desempleo”, en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996.
- El sistema de protección por desempleo en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- “El derecho a la Seguridad Social. Comentario al art. 41 de la Constitución”, en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Ed. Comares, 2002.
- Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2003.
- “El modelo español de protección contra el desempleo”, en VVAA.: *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, López, J. (Coord.), Madrid, Ed. Marcial Pons, 1996.
- “El Derecho de los españoles a la Seguridad Social (Artículo 1º de la LGSS)”, y “Fines de la Seguridad Social (Artículo 2º de la LGSS)”, ambos en VV.AA.: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, Mª.N. (dirs.), Granada, Ed. Comares, 1999.
- “La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social”, en *Relaciones Laborales*, núm. 24 (2001).
- Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007
- “El modelo de protección por desempleo: configuración técnica y orientaciones de la reforma”, VV.AA.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Libro Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su Jubilación*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª.N. (Coords.), Granada, Ed. Comares, 2008.
- “El trabajo precario”, en VV.AA.: *Juan Rivero Lamas, “In memoriam”*, Murcia, Ed. Laborum, 2009.
- “Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº Extra 74 (2008).
- “Estrategias de ajuste, reestructuración y flexibilidad laboral: modelos normativos”, en *Tribuna Social*, núm. 227 (2009).
- “Eres, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº. Extra 1 Seguridad Social (2009).
- La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.
- “Crisis empresariales, despidos y prejubilaciones”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y SÁNCHEZ MONTTOYA, R. (Dirs.): *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Granada, Ed. Comares, 2010.

- La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2011.
 - “Los derechos a la Seguridad Social y a la Ayuda Social (Artículo 34)”, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012.
 - “El Derecho del Trabajo y el Legislador de la crisis económica. Técnica legislativa y Política del Derecho Social”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 38 (2014).
 - “El derecho al trabajo”, en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014.
 - “La renta de “subsistencia”. En especial, la Renta de Inserción como derecho social”, en VV.AA.: *Jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro Homenaje a María Emilia Casas*, Baylos Grau, A., Cabeza Pereiro, J., Cruz Villalón, J. y Valdés-Dal-Ré, F. (Coords.), Madrid, Ed. La Ley, 2015.
 - “Desempleo de larga duración y medidas activas de “empleabilidad” e inserción laboral: a propósito del Acuerdo Político-Social de 15 de diciembre de 2014 y del RDL 16/2014, de 19 de diciembre, sobre Programa Extraordinario de Activación para el empleo”, en *Trabajo y Derecho: Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 3 (2015).
 - “William Henry Beveridge (1879-1963): La construcción de los modernos sistemas de Seguridad Social”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 4 (2015). 22
- MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “El desempleo de los trabajadores autónomos”, Ponencia General en VV.AA.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos. Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Ediciones Laborum, 2007.
- *Los derechos de protección social de los trabajadores autónomos*, Granada, Ed. Comares, 2009.
 - “El sistema de protección por cese de actividad: Régimen de financiación y gestión”, en *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, Vol. 5, Nº 2 (2012).
- MONEREO, J.L., MONEREO, M. y OCHANDO, C.: “Keynesianismo y políticas económicas y sociales: una aproximación crítica a las políticas de empleo”, en *Revista Sistema*, núms. 155-156 (2000).
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Granada, Ed. Comares, 1999.
- “El derecho al trabajo y la política de pleno empleo. Comentarios a los artículos 35.1 y 40 de la Constitución”, en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Ed. Comares, 2002.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y ROMERO CORONADO, J.: “La nueva configuración jurídica de la protección asistencial por desempleo de los trabajadores agra-

- rios por cuenta ajena”, en Monereo Pérez, J.L. y Romero Coronado, J.: *La Seguridad Social Agraria. La reforma de su régimen jurídico en una sociedad en transformación*, Granada, Ed. Comares, 2013.
- JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, J.L. y S ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ, A. L.: “Derecho al trabajo y a la seguridad social (Artículo 10)”, en VV.AA.: Monereo Pérez, J. L., Fernández Avilés, J. A. y Triguero Martínez, L. Á. (dirs. y coords.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Granada, Ed. Comares, 2012.
- “Derecho a la seguridad social y a los servicios sociales (Artículo 14)”, en VV.AA.: Monereo Pérez, J. L., Fernández Avilés, J. A. y Triguero Martínez, L. Á. (dirs. y coords.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Granada, Ed. Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y VIÑAS ARMADA, J.M^a: “Comentario al artículo 205 LGSS”, en VV.AA.: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M^a.N. (dirs.), Granada, Ed. Comares, 1999.
- MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: *El Nuevo Régimen Jurídico de la Renta de Inserción*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007.
- OIT.: *El trabajo decente y la economía informal, Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 90.ª sesión*, Oficina Internacional del trabajo, Ginebra, 2002.
- NUSSBAUM, M.C.: *Crear capacidades: propuestas para el desarrollo humano*, Barcelona, Ed. Paidós, 2012.
- OJEDA AVILÉS, A.: “Los modelos europeos de Seguridad Social en la perspectiva comparada”, en VV.AA.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Libro Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su Jubilación*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y MorenoVida, M^a.N. (Coords.), Granada, Ed. Comares, 2008.
- “El final de un principio (El de estabilidad en el empleo)”, en VV.AA.: *Estudios de Derecho del Trabajo en Memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, Ed. Tecnos, 1980.
- OLARTE ENCABO, S.: *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades. La “Subjetivización” de las políticas activas de empleo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2008.
- PANIZO ROBLES, J.A.: “Medidas laborales contenidas en el RDL 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas”, en *Tribuna Social*, núm. 220 (2010).
- PAREDES RODRÍGUEZ, J.M.: “La reforma del delito contra la Seguridad Social operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre”, en A.S., núm. 4 (2013) (BIB 2013/1516).

- PÉREZ DEL PRADO, D.: *Prestación por desempleo: intensidad, duración y control. Los efectos económicos de la protección frente al paro*, Valladolid, Lex Nova/Tromson Reuters, 2014.
- La compatibilidad del trabajo con la protección por desempleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- PERSIANI, M.: “El sistema jurídico de la previsión social”, trad. y Est.preliminar José Vida Soria, Madrid, 1965.
- PIETERS, D.: *Social Security: An Introduction to the Basic Principles*, 2ª ed., Kluwer Law International (Alphen aan den Rijn), 2006.
- QUESADA SEGURA, R.: *Los principios constitucionales y el modelo legal de protección por desempleo*, CARL-Mergablum, Sevilla, 2004.
- “De nuevo sobre el Sistema Especial de Seguridad Social de personas empleadas de hogar: puntos críticos”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 3 (2015).
- ROBINSON, J.: “Ensayos sobre la teoría de la ocupación”, en *Ensayos de economía postkeynesiana*, Buenos Aires, 1959.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “La normalización de la renta activa de inserción”, en *RL*, núm.3 (2007).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M, VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, Mª.E.: “La huida del derecho del trabajo hacia el “emprendimiento”. La reforma laboral de 2012 y otras reformas: la Ley 11/2013 y el RD Ley 11/2013”, en *Relaciones Laborales*, núm. 15 (2013).
- ROMERO CORONADO, J.: “Subsidio por desempleo, subsidio agrario y renta agraria”, en *Sistema Especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios*, en Hierro Hierro, F. J. (Coord.), Murcia, Ed. Laborum 2012.
- ROMERO BURILLO, A.Mª. y MORENO GENÉ, J.: *El nuevo régimen jurídico de la Renta Activa de Inserción (A propósito del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre)*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2007.
- ROSANVALLON, P.: *La Nouvelle Question Sociale*, París, Éditions Seuil, 1995 (trad., *La Nueva Cuestión Social*, Buenos Aires, Eds. Manantial, 1995).
- SALAS PORRAS, M.: *El servicio público de empleo y el proceso jurídico de colocación*, Sevilla, CARL, 2010.
- SÁNCHEZ RODAS NAVARRO, C.: “Modernización y simplificación de la coordinación de los regímenes de protección social en la Unión Europea”, en VV.AA.: *El futuro europeo de la protección social*, Murcia, Ed. Laborum, 2010.
- “La Exportación de la Renta Activa de Inserción, ¿Buena Práctica Jurídica?”, en VV.AA.: *Buenas prácticas Jurídico procesales para reducir el gasto social*, Murcia, Ed. Laborum, 2015.
- SARAGOSSÀ SARAGOSSÀ, J.V.: “Las reformas de la Ley de Empleo”, en VV.AA.: *Crisis económica y medidas ante el desempleo*, Roqueta Buj, R. (Dir.), Rodríguez Pastor, G.E. (Coord.), Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2015.
- “Comentarios a la Renta Activa de Inserción”, en VV.AA.: *Puntos críticos en la*

- protección por desempleo y el cese de la actividad autónoma*, Roqueta Buj, R. (Dir.), Tatay Puchades, C. (Coord.), Cizur Menor (Navarra), Lex Nova/Ed. Aranzadi, 2015.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria: el Reglamento (CE) 883/2004”, en *Aranzadi Social*, núm. 9 (2004).
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y CARDENAL CARRO, M. (Coords.): *La reforma del despido y del desempleo. Análisis del RD Ley 5/2002*, Murcia, Ed. Laborum, 2002.
- SENNETT, R.: *La corrosión del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo* (1998), trad. Daniel Najmías, Barcelona, Ed. Anagrama, 2000.
- SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo e intermediación laboral en las Comunidades Autónomas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La política de colocación*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2006.
- SUÁREZ CORUJO, B.: “Una prestación de renta mínima garantizada: reflexiones sobre su encaje competencial en el marco constitucional”, en *Revista Información Laboral*, núm. 10 (2014).
- TATAY PUCHADES, C.: “Modificaciones en la protección por desempleo con ocasión de la crisis económica”, en VV.AA.: *Crisis económica y medidas ante el desempleo*, Roqueta Buj, R. (Dir.), Rodríguez Pastor, G.E. (Coord.), Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2015.
- “Salidas al extranjero y realización de trabajos: ¿Suspensión, extinción, delito o compatibilidad con la protección por desempleo?”, en VV.AA.: *Puntos críticos en la protección por desempleo y el cese de la actividad autónoma*, Roqueta Buj, R. (Dir.), Tatay Puchades, C. (Coord.), Cizur Menor (Navarra), Lex Nova/Ed. Aranzadi, 2015.
- TORTUERO PLAZA, J.L.: “Supuestos legales de desempleo protegidos en el ordenamiento español: una valoración crítica”, en *RL*, 1994/II.
- Aspectos jurídicos de las prestaciones: el desempleo y las pensiones*, Madrid, Fundación BBV, 1996.
- El marco conceptual de la inactividad laboral: aspectos económicos*, Bilbao, Fundación BBV, 1996.
- “La inseguridad en el empleo: causas, instrumentos y políticas legislativas”, en *Aranzadi Social*, 1999-V.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *El subsidio de prejubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- El nivel asistencial de protección por desempleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- “La exigencia de residencia en las prestaciones por desempleo y las consecuencias de desplazamientos al extranjero”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 2 (2015).
- TRIGUERO MARTÍNEZ, L.: “La regulación jurídica del nuevo modo de capitalización de la prestación por desempleo: análisis jurídico-político del

- RDL 4/2008, de 19 de septiembre. La mercantilización de los trabajadores extranjeros inmigrantes”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y SÁNCHEZ MONTROYA, R. (Dirs.): *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Granada, Ed. Comares, 2010.
- *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Granada, Ed. Comares, 2012.
 - “Crisis de empleo y nueva política jurídica de protección por desempleo para extranjeros”, en VV.AA.: *Reestructuraciones de empresas, XXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, CARL, 2010.
 - “La Seguridad Social y la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares. A propósito de la STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007 (AS 2007, 900)”, en La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares: las SSTs de 18 de marzo, de 12 de noviembre de 2008 y el anteproyecto de Ley de Reforma de la LO 4/2000, de 19 de diciembre de 2008”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 21 (2009).
- VALARNAL, A.L.: “El Derecho de la Seguridad Social en la Unión Europea como instrumento al servicio de la libre circulación de los trabajadores comunitarios”, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 147/1997.
- VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la seguridad social*, trad. G. Tudela Cambroner, Madrid, MTSS, 1995.
- VALDÉS DAL-RE, F.: “Las tendencias de contractualización en el sistema español de protección social”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 20 (2002).
- VALLECILLO GÁMEZ, M.y R, C.: “El régimen de estabilidad de la renta activa de inserción como subsidio no contributivo de la Seguridad Social: ¿realidad o pretensión? (Impacto jurídico y social del RD 1369/2006, de 24 de noviembre)”, en *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º. 286 (2007).
- VIDA SORIA, J.: “Régimen jurídico del subsidio por desempleo en los casos de agotamiento de la prestación contributiva: el subsidio por responsabilidades familiares”, en *Prestación por desempleo*, Madrid, 1993.
- “Artículo 41. Seguridad Social”, en ALZAGA VILLAMIL, O. (dir.): *Comentario a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Edersa, 1984, 2ª edición 1996.
 - “Asistencia en el ordenamiento de la Seguridad Social española”, en “RT”, núm. 21 (1968).
 - “Régimen del subsidio por desempleo en los casos de agotamiento de la prestación contributiva: el subsidio por responsabilidades familiares”, en VV.AA.: *Prestación por desempleo*, Madrid, CGPJ, 1993.
- VIZCAÍNO RAMOS, I.: “La regulación de la protección por desempleo en Europa y en Estados Unidos. Un estudio de Derecho comparado”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 4 (2015).
- VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La prestación por desempleo*, Valencia, Tirant lo blach, 1990.

- La protección por desempleo derivada del despido*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- VV.AA.: *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 2004 (con cuatro Ponencias a cargo de J. García Murcia, V.A. Martínez Abascal, J. Cabeza Pereiro y R. Roqueta Buj, y numerosas Comunicaciones).
- VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo/Molina/Moreno (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2002.
- Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, 2 vols., Monereo/Moreno (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 1999.
- VV.AA.: *Lecciones de Derecho del Empleo*, 2ª ed., Rodríguez-Piñero Royo (Dir.), Madrid, Ed. Tecnos, 2006.
- VV.AA.: *Trabajar por tiempos mejores. Repensar el trabajo en el siglo XXI*, Madrid, MTAS-Informes OIT, 2007.
- VV.AA.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Libro Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su Jubilación*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª.N. (Coords.), Granada, Ed. Comares, 2008.
- VV.AA.: *El Derecho del Empleo. El Estatuto Jurídico del Empleo*, Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, Mª.N. y Fernández Aviles, J.A. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2011.
- VV.AA.: *Manual de Política y Derecho del Empleo*, Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C. (Dirs.), Madrid, Ed. Tecnos, 2011.
- VV.AA.: *Comentarios a la Ley de Empleo*, Valdés Dal-ré, F. (Dir.), Lahera Forteza, J. (Coord.), Madrid, Ed. La Ley, 2012.
- VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012.
- VV.AA.: *El sistema de negociación colectiva en España*, Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, Mª.N. (Dirs.), Tomás Jiménez, N. (Coord.), Ed. Aranzadi/Thomson Reuters, 2013.
- VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014.
- VV.AA.: *100 Sentencias seleccionadas de distintos Tribunales Superiores de Justicia. Monográfico sobre prestaciones por desempleo*, en *Revista de Derecho Social*, núm. 70 (2015). CD-ROM nº 52/2015.
- VV.AA.: *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil. XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Monereo Pérez, J.L. (Coord.), Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), 2014.

9.3. REGULACIÓN DESDE LA PRESUNCIÓN DE FRAUDE. UN DESEMPLEO CONTRIBUTIVO CADA VEZ MÁS COACTIVO

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cantabria*

Este libro rinde homenaje a una compañera, colega y amiga, Rosa Quesada. Una universitaria dedicada, intelectualmente honesta y comprometida con los valores sociales y laborales. Cuando se analiza el imperio romano, su grandeza no suele ir unida a la reflexión. Cualquier detención de la acción, cualquier retirada, ya fuera para el estudio o para la política, contrariaba a los líderes romanos. El *otium* -la demora que uno se concede o el descanso que uno se toma- se considerará un conquista en la Roma clásica que sólo admitirá una justificación, la eficacia. El ocio de los griegos -con sus reflexiones, discusiones y análisis hasta el punto que dotaron de contenido a la expresión para definir la “escuela”- generaba recelo y una gran desconfianza a los romanos. Se imponía, para ellos, el *negotium* [*primum vivere (agere) deinde philosophare*]. Pero los textos indican que la civilización griega “cautivó” a sus vencedores y la apertura de la inteligencia aprendida se impuso a la búsqueda de la eficacia inmediata. Y, sí, la jubilación es sinónimo de ocio, de retiro, de descanso, pero, como con inusitada belleza expresa la poetisa Carolina Coronado Romero de Tejada (apodada el “Bécquer” femenino), “...Fuentes marchitas, de estudiar cansadas;/ánimos nobles, de luchar rendidos;/poéticos espíritus caídos,/generosas ideas desmayadas;/yo, que del campo, allá, en las retiradas/soledades, guardé de mis sentidos/el entusiasmo, consolaros puedo,/porque se va mi sombra pero yo me quedo” (“Se va mi sombra, pero yo me quedo”, 1843).

I. PROGRESIVA RESTRICCIÓN EN EL ACCESO Y EN LA COBERTURA DISPENSADA EN EL NIVEL CONTRIBUTIVO DE LA PRES-TACIÓN POR DESEMPLEO

1. Proteger al desempleado se ha convertido en una máxima de los países desarrollados cuando, su evolución, tecnificación, internacionalización y globalización provocan, cada vez, mayor inestabilidad en el empleo. España lidera tasas de desempleo, inasumibles en un entramado de Estados como es la Unión Europea (22.5% frente al 11.1% de la zona euro; con diferencias significativas con el 4.7 % de Alemania o el 5.6% de Reino Unido, por ejemplo).

Evidentemente, las diferentes crisis, también la actual, derivaron en un incremento considerable de desempleados como consecuencia de la destrucción masiva de empleo y una correlativa disminución de ingresos fruto de la ralentización de la contratación laboral. No extraña, pues, que buena parte de los recursos en materia de protección social se destinen a la cobertura -contributiva o asistencial- de esta contingencia. De hecho, las dotaciones presupuestarias destinadas a la protección por desempleo han pasado de 15 millones de euros aproximadamente hace diez años a los 25 millones del año en curso (25.300.040, 46, de acuerdo con la Ley 36/14, 26 dic., BOE, 30).

2. Desde que se admitiera la cobertura de desempleo como tal por primera vez [RD de 18 de marzo de 1919 sobre el seguro de paro forzoso y en el que se hacía constar que “*De todos los aspectos en los cuales el problema social puede considerarse, no hay ninguno que la opinión pública acoja con tan unánime simpatía como el relativo a evitar el paro forzoso o disminuir, por lo menos, en la medida de lo posible, sus lamentables efectos*”] hasta nuestros días (Título III, arts. 203 y ss, LGSS), la regulación de la protección por desempleo ha venido condicionada por dos factores: el aumento o la disminución de la tasa de desempleo y los recursos económicos del sistema. No en vano, cuando los constituyentes redactan el artículo 41 de la Constitución -elemento nuclear, como es sabido, de nuestro sistema de protección social- tan sólo hacen referencia explícita a una prestación, la de desempleo (“*Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo...*”).

Sin embargo, y aun cuando inicialmente la cobertura de esta contingencia no se hallara integrada en el sistema de Seguridad Social sino en las normas y gestión del empleo, desde su inclusión en la Ley General de Seguridad Social tras la refundición operada por el RD-Leg. 1/94, 29 jun., BOE, 29, vigente en la actualidad, se observa que no existe una relación directa entre su regulación y el contexto económico. Y, así, una regulación más o menos restrictiva de la prestación no depende de un mayor o menor número de desempleados ni del volumen de recursos del sistema sino que, bien al contrario, las tendencias restrictivas en épocas de crisis no revierten en etapas de bonanza, convirtiéndose en una regulación estructural y no coyuntural.

Como también deviene en estructural la utilización de esta protección -con la aquiescencia empresarial y sindical- como mecanismo de reestructuración empresarial, permitiendo que las empresas solventen sus dificultades económicas transitorias con la colaboración de este tipo de protección, suspendiendo contratos o reduciendo jornadas a sus trabajadores mientras la empresa recupera su competitividad, utilizando el sistema de protección social como aval económico y social de

estos procesos. En ocasiones, con un coste importante para el sistema por cuanto, algunas de estas medidas, contemplan la reposición de la prestación ante otras vicisitudes contractuales (por lo que la prestación abonada no “consume” cotizaciones para una protección futura) con una clara traslación de costes puramente empresariales a la tesorería de la Seguridad Social.

3. Desde que se implantara la protección por desempleo hasta hoy, las reformas en esta materia -en general pero, sobre todo, del nivel contributivo, único al que, por lo demás, se circunscribe este análisis- han estado dirigidas a restringir el acceso a esta prestación mediante la exigencia de requisitos más gravosos y, a su vez, han pretendido desincentivar la permanencia en la misma reduciendo duración y cuantía de la cobertura contributiva de esta contingencia. La idea más elocuente es aquella que señala que si la cobertura contributiva resultara atractiva para el desempleado, éste tendería a “instalarse” en la misma, desincentivando la búsqueda de un nuevo empleo y generando una distorsión del sistema. La consecuencia ha sido una legislación cada vez más restrictiva que expulsa a buena parte de los trabajadores desempleados hacia el nivel asistencial. Un nivel manifiestamente insuficiente para quienes han cotizado (contribuido) a un sistema al que, cuando recurren, no responde adecuadamente, ofreciéndoles niveles mínimos de cobertura. Todo ello provoca, ineludiblemente, una insatisfacción entre los beneficiarios, desincentivo en su contribución y, por qué no, un incremento de actividades ilícitas o de economía sumergida ⁹⁴⁴.

Mas, constituyendo ésta una perspectiva de análisis interesante, el estudio que se desarrolla a continuación se circunscribe a la revisión de una legislación que, basada en la presunción de fraude en la actuación de los perceptores de la prestación contributiva de desempleo, tiende a regular de forma coactiva dentro de un régimen que, contradictoriamente, se define como “protector” de los desempleados.

Conviene subrayar, para situar la reflexión que se desarrolla en las siguientes líneas, cómo, a principios del mes de agosto de este mismo año, el Gobierno anunciaba, en la presentación del Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016, su intención de dar de baja a 410.000 perceptores de desempleo por fraude. Esta actuación deberá suponer, según sus cálculos, un ahorro de 2.100 millones de euros, ya recogidos en el Programa de Protección al Desempleo que acompaña a los Presupuestos de 2016.

⁹⁴⁴ LÓPEZ CUMBRE, L., “El trabajo prohibido”, en AA.VV., *El trabajo*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., pp. 431-463.

II. LA PRESUNCIÓN DE FRAUDE DEL BENEFICIARIO OPERA COMO PRINCIPAL REQUISITO DE DENEGACIÓN DE LA PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA. UNA APROXIMACIÓN A LOS SUPUESTOS MÁS DESTACADOS

Procede reconocer en este punto que los supuestos de fraude en la protección contributiva por desempleo se han sucedido y reconocido por los tribunales del orden social en numerosas decisiones judiciales. La casuística es amplia y difícil de compendiar. De hecho, y por regla general, el Tribunal Supremo resuelve a través de Auto los conflictos sometidos mediante recurso de casación en unificación de doctrina en esta materia, reconociendo que no cabe apreciar contradicción entre las sentencias de contraste. En una fórmula acuñada desde antiguo, el Tribunal aprecia cómo *“la valoración casuística de circunstancias individualizadas y variable en cada supuesto no es materia propia de la unificación de doctrina y ello no sucede sólo en materia de calificación de incapacidades sino también en las apreciaciones sobre la existencia de fraude de ley que se fundan en una valoración de intenciones”* (desde la STS 11 oct.1991, Ar. 8659 hasta las más recientes de 4 may.10, Ar. 6817, FJ 2).

Con todo, se destacan a continuación algunos supuestos recogidos en diferentes Autos del Tribunal Supremo que, si bien no apuntan una unificación de doctrina jurisprudencial por la razón expuesta, suponen un laboratorio privilegiado de las diferentes tesis barajadas por los Tribunales Superiores de Justicia en situaciones si no idénticas, sí de similar factura.

1. Fraude en la situación legal de desempleo

A) Supuestos en los que el fraude deriva de la estrecha relación entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia del beneficiario

1. Se considera que el fraude está presente en aquellas relaciones en las que coexisten o se suceden relaciones de trabajo por cuenta ajena con relaciones de trabajo por cuenta propia. Así, se estima fraudulento el supuesto en el que, tras un despido, el trabajador causa alta en el RETA y suscribe un contrato mercantil con su antigua empleadora. En este sentido, se entiende que el despido objetivo se ha producido sin causa, existiendo acuerdo previo entre las partes para que el trabajador continúe prestando servicios para la misma empresa y mediante un contrato mercantil (Auto 29 mar.12, Ar. 184377, FJ 1, que no entra en el fondo por no apreciar contradicción entre las sentencias de suplicación aportadas).

La relación mercantil también está presente cuando, constituida una sociedad limitada laboral, forman parte de la misma la trabajadora, otra socia y las madres de ambas. Las dos hijas fueron nombradas administradoras solidarias. Cuando se

acuerda la disolución de la sociedad, las dos socias son despedidas con sendas cartas de despido. El Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante, SPEE) deniega la prestación al estimar que, si bien su condición de socias trabajadoras con participación que no supera la tercera parte del capital social, permitiría considerarlas como trabajadoras por cuenta ajena protegidas por el desempleo, la conclusión ha de ser la contraria si el desempeño del cargo de dirección y gerencia es retribuido. Y, aun cuando los estatutos sociales indican que el cargo de administrador solidario es gratuito, las características de la sociedad laboral hacen suponer que los beneficios obtenidos alcanzan al resto de las funciones desempeñadas por las solicitantes. De ahí que la figura jurídica utilizada por las dos socias enmascaren un cese voluntario en el que llegan a confundirse quienes despiden y quien son despedidas por lo que no cabe aludir a situación legal de desempleo alguna (Auto 18 may.10, Ar. 236616, FJ 1, que no entra en el fondo por no apreciar contradicción entre las sentencias de suplicación aportadas).

También se aprecia fraude de ley cuando el trabajador ha venido prestando servicios para una empresa dedicada a comercio al por mayor de equipos electrónicos de la que es despedido. Pocos días después, el actor y su empleador suscriben acuerdo de colaboración para la comercialización de los equipos y sistemas informáticos, adquiriendo el primero material por una cantidad determinada. El actor, ya como trabajador autónomo, se dedica a la actividad de informático. Se entiende, no obstante, que no es legalmente posible y, por tanto, ha de considerarse en fraude de ley, simular un despido que permita acudir al desempleo para continuar -que no iniciar- la misma actividad pero por cuenta propia ya que se trata de una actividad idéntica a la desarrollada con anterioridad al despido. Para el tribunal *a quo*, se considera evidente que se trató de una situación expresamente buscada con la exclusiva finalidad de obtener un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico (Auto de 30 abr.4, Ar. 169867, FJ 1, que no entra en el fondo por no apreciar contradicción entre las sentencias de suplicación aportadas).

Del mismo modo, cuando existen indicios tales como la aceptación del trabajador de su despido, la adopción de idéntica medida con otros compañeros con los que precisamente constituiría una sociedad mercantil para la explotación de medios mecánicos (camiones) procedentes de la anterior empresa, el uso de la propia nave o local de aquella empresa que actuaba, además, de proveedora, para la carga y descarga de mercancía y, finalmente, la distribución de los productos por las mismas zonas que con anterioridad realizaba aquella empresa, no puede si no apreciarse fraude de ley en la percepción de la prestación por desempleo. (Auto 11 sep.13, Ar. 323404, FJ 1, que no entra en el fondo por no apreciar contradicción entre las sentencias de suplicación aportadas).

En el mismo sentido se pronuncian los tribunales cuando el trabajador presta servicios como taxista para un familiar (hijo del titular de la licencia). Cuando se

le concede una licencia propia es despedido por la empresa familiar, reconociendo la improcedencia del despido. El SPEE considera fraudulenta la actuación del trabajador a la vista de la relación paterno filial con la última empleadora de lo que se deduce que se efectuó una apariencia de despido con el fin de constituir la situación de desempleo que le permitiera el inicio de la nueva actividad antes desempeñada, bien que como autónomo. Se trata de una situación expresamente buscada con la exclusiva finalidad de obtener un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico (Auto 18 dic.12, Ar. 40135, FJ 1, que no entra en el fondo por no apreciar contradicción entre las sentencias de suplicación aportadas).

2. Curiosamente, otros tribunales, sin embargo, entienden que no se aprecia fraude de ley cuando el solicitante de la prestación es hermano del titular de la licencia de taxi y es despedido. A diferencia del supuesto anterior se estima que no puede demostrarse que el solicitante, antes de colocarse en situación legal de desempleo, hubiese preparado su futura actividad profesional, a sabiendas de que el cese en la empresa se iba a producir, conformando entre él y su hermano –como empleador– una apariencia de despido que le permitiera acceder a las prestaciones por desempleo. Como es sabido, el fraude de ley no se presume y en el presente caso cabría pensar que lo ocurrido fue que el trabajador, conociendo la intención de la empresa de proceder a la extinción de su contrato y sin mediar connivencia, hubiera comenzado a preparar lo necesario para iniciar una nueva actividad por cuenta propia, causando alta en el RETA y solicitando licencia propia (Auto 18 dic.12, Ar. 40135, FJ 1, que no entra en el fondo por no apreciar contradicción entre las sentencias de suplicación aportadas).

Tampoco se admite el fraude de ley cuando el actor es despedido de una aseguradora con la que firma al día siguiente un precontrato sobre cesión de cartera por precio cierto y contrato de agencia, con alta en el RETA en el epígrafe de agente de seguros. No hay apariencia de despido ya que éste fue real y el actor percibió la indemnización correspondiente por transferencia bancaria. *“Ninguna ley impide a un trabajador despedido de una empresa formalizar con aquella con posterioridad contratos civiles o mercantiles, sobre materia de la que ya tuviera conocimiento adquirido por su trabajo como asalariado”* (Auto de 30 abr.14, Ar. 169867, FJ 1, que no entra en el fondo por no apreciar contradicción entre las sentencias de suplicación aportadas).

B) Sucesión de contrato indefinido con baja voluntaria y contrato temporal (normalmente de escasa duración) con despido

1. La sucesión de contratos (indefinido con baja voluntaria y temporal -generalmente de corta duración- con extinción involuntaria) también presupone la existencia de fraude de ley.

Así ocurre cuando el trabajador cesa voluntariamente en una empresa iniciando a los cinco días la prestación para otra en la que se mantuvo sólo quince días, cesando con un despido conciliado, dándose la circunstancia de que el cambio de empresa fue sólo nominal al tratarse, en verdad, del mismo empresario. La Sala estima que la última prestación de servicios tiene como objetivo único permitir al actor causar prestación por desempleo y obviar por esta vía artificial el obstáculo real legal que al efecto representaba su cese laboral voluntario precedente (Auto 14 jun.11, Ar. 354462, FJ 1, que no entra en el fondo por no apreciar contradicción entre las sentencias de suplicación aportadas).

2. Sin embargo, la solución es bien distinta en el supuesto en que el trabajador, socio de una cooperativa, solicita excedencia voluntaria y durante la misma presta servicios como conductor repartidor, por cuenta y dependencia de otra empresa, con la que suscribe un contrato eventual en el que causa baja veinte días más tarde. Se estima que, según los hechos probados, lo único que consta es que existen dos contratos, uno de carácter indefinido y con cierta antigüedad y otro de índole temporal y de duración más breve, sin que concurren indicios de entidad suficiente para interpretar que la conducta del actor fue fraudulenta y encaminada a conformar una realidad puramente formal que le habilitara para percibir prestación por desempleo. *“Y la declaración de fraude de ley no puede realizarse con apoyo en simples conjeturas sino que debe estar fundamentada en hechos concretos e incorporados al relato de los hechos probados”* (Auto 14 jun.11, Ar. 354462, FJ 1, que no entra en el fondo por no apreciar contradicción entre las sentencias de suplicación aportadas).

C) Necesidad de acudir a otra figura distinta a la que se contempla

1. En ocasiones, el fraude no se deriva tanto de haber simulado una situación para obtener el beneficio de la prestación sino por haber recurrido a una figura inidónea para tal objetivo.

Así, cuando se considera que el fraude se produce no tanto por entender que, tras un despido no puede haber una nueva contratación, incluso en el mismo puesto de trabajo, sino por el hecho de que, para que esto ocurra, debería producirse una situación de cambio de la empresa pues, si se trata de una mera situación coyuntural, cabría acudir a la suspensión del contrato y no a la extinción del mismo. *“No hay que excluir que tras un despido del art. 51 LET se produzcan nuevas contrataciones de los trabajadores despedidos si cambia la situación de la empresa. Es ésta una eventualidad que suele pactarse incluso en los denominados compromisos de recolocación. Pero en el presente caso las nuevas contrataciones se producen en un período relativamente breve y no se ha acreditado ningún cambio de situación, ni ningún compromiso de esta clase. Más bien parece, a la vista de la evolución posterior, que se estaba ante una coyuntura que hubiera podido determinar*

una suspensión de los contratos más que la extinción de los mismos" (STS 10 dic.13, Ar. 8028, FJ 3).

2. En idéntico sentido actúan los tribunales cuando se requiere modificar la jornada del trabajador. Es evidente que la menor prestación que se produjo en el servicio que tenía adjudicado la empresa afectaba al tiempo de trabajo, lo que debería haber provocado una reducción de jornada definitiva si bien esta reducción no generaría situación legal de desempleo y, por ende, impediría el acceso a la prestación. Sin embargo, la conversión del contrato en fijo discontinuo a la que ha procedido la empresa sí permite obtener dicha prestación. Pero no se trata de una modificación sustancial de condiciones de trabajo tales como la jornada y el salario sino de una auténtica novación contractual por lo que ha de analizarse si se entiende ajustada a derecho o si, por el contrario, lo único que se pretende es facilitar el acceso al desempleo de forma fraudulenta. *"No hay explicación alguna razonable por la que justificar esa novación contractual cuando la actividad solo ha cambiado en el nivel de horas contratadas por la Administración adjudicataria del servicio de forma que si antes de esa reducción no estaba la actividad considerada como actividad que se repite en fechas ciertas no se justifica esa alteración de la naturaleza de los contratos si no es para no perjudicar a los trabajadores y que puedan acceder a la protección por desempleo. No es posible entender que la limpieza de los locales de la Universidad de Alcalá de Henares sólo deba coincidir con el curso académico cuando es un servicio de permanente necesidad y no depende del propio curso a diferencia, por ejemplo, de otros servicios que pueden prestarse en centros de enseñanza tales como el servicio de comedor que, lógicamente, está más vinculado a la presencia de alumnos y profesores"* (STSJ Madrid 16 feb.15, Ar. 693 y 24 abr.15, Ar. 133257, FJ 3).

2. Fraude en la capitalización de la prestación contributiva de desempleo

1. Bien es cierto que, buena parte de los supuestos considerados fraudulentos, se derivan de la petición de capitalización de la prestación contributiva o pago único de la misma.

Así ocurre cuando el trabajador, tras cesar su relación laboral con una sociedad limitada por despido contra el que no reclama, se le deniega el pago único por entender que iba a constituir una comunidad de bienes con el anterior empleador, padre del recurrente, socio y coadministrador de la empresa (Auto 29 ene.15, Ar. 81655, FJ 1, que no entra en el fondo por no apreciar contradicción entre las sentencias de suplicación aportadas).

Idéntica solución se arbitra para el trabajador, despedido de su empresa dedicada a instalaciones telefónicas, en la que no sólo era trabajador sino también socio con un tercio del capital social y administrador mancomunado junto con los otros

dos socios. Ante la disminución de la actividad empresarial la empresa se dio de baja como tal, cesando en su actividad y procediendo al despido de sus trabajadores. Al trabajador se le reconoce la prestación y a los tres meses solicita la prestación por pago único, como autónomo, para constituir otra empresa para instalación telefónica junto a uno de los socios de la empresa anterior. Esta última petición se deniega al estimar que no se trata de una situación de fomento del empleo -razón esencial de la prestación por pago único- sino del reflote de una empresa, que si bien desaparece con un nombre, ahora surge con otro pero ambas dedicadas a la misma actividad, con el mismo objeto social y con el actor y otro socio, antiguo empleado, por lo que se ha construido una situación de desempleo con la finalidad de financiar un proyecto empresarial que, salvo la reducción de un socio, viene a crearse con los otros que ya figuraban en la anterior empresa. Por tanto, *“la prestación por desempleo no atendió a una necesidad de quien pierde su trabajo y salario por desaparición de la empresa en la que trabajaba y decide reiniciar su actividad profesional mediante la creación de una nueva empresa”*, obteniéndose la prestación con una finalidad distinta a la pretendida por la ley (Auto 4 dic.14, Ar. 59336, FJ 1, que no entra en el fondo por no apreciar contradicción entre las sentencias de suplicación aportadas).

Del mismo modo, la conducta se califica como fraudulenta ante el despido de un gerente con reconocimiento del desempleo. Tras solicitar el pago único de la prestación para establecerse como autónomo se le deniega al encontrarse inscrito en el RETA para suscribir un contrato mercantil con la empresa en la que había sido despedido, circunstancia que ocultó cuando se le reconoció el desempleo. La Sala entiende que existe fraude en la actuación del trabajador ya que *“habría continuado la relación anteriormente mantenida con la misma empresa si bien bajo la forma de contratación mercantil tras el despido, existiendo circunstancias que determinan la existencia de fraude como son la voluntad de continuación de una actividad por parte del trabajador en la que en teoría había sido cesado mediante la extinción de una relación laboral indefinida y la suscripción al día siguiente del cese en un contrato mercantil”* (Auto 29 oct.14, Ar. 29371, FJ 1, que no entra en el fondo por no apreciar contradicción entre las sentencias de suplicación aportadas).

En el mismo sentido, se aprecia fraude de ley cuando se aparenta la inversión total de la prestación para desarrollar una suerte de externalización del servicio que realizaban con su anterior empleadora, *“frustrando los objetivos de la especial medida social”* que es el pago único de la prestación por desempleo (Auto 11 sep.13, Ar. 323404, FJ 1, que no entra en el fondo por no apreciar contradicción entre las sentencias de suplicación aportadas).

2. Pero también, como en epígrafes anteriores, en supuestos similares, los tribunales han descartado la presencia del fraude de ley. En unos casos, por entender

que los elementos constatados son escasamente significativos para derivar las consecuencias del mismo. Así ocurre en el supuesto de una trabajadora que presta servicios para una comunidad de bienes cuyo objeto social es el asesoramiento contable a empresas y se la despide por causas objetivas. Cuando solicita la prestación por desempleo con pago único, el SPEE lo deniega. La trabajadora formaba parte de una sociedad limitada laboral en la que uno de los socios integraba también la comunidad de bienes anterior. Su objeto social era la prestación de servicios financieros y contables. La sentencia rechaza el fraude de ley valorando el hecho de que el socio coincidente tiene una participación poco significativa en la nueva empresa (50 participaciones de un total de 500 ante el resto de socios que disponen de 150) además de no coincidir el domicilio social y de existir tan sólo coincidencia parcial en el objeto social de ambas empresas (Auto 29 mar.12, Ar. 184377, FJ 1, que no entra en el fondo por no apreciar contradicción entre las sentencias de suplicación aportadas).

Se admite el desempleo en pago único, y por tanto se descarta el fraude de ley, cuando, si bien es cierto que la recurrente constituyó en un breve lapso temporal una comunidad de bienes con otro de los socios de la sociedad que la despidió cuya actividad coincidía sustancialmente con la constitutiva del objeto social de aquella, fijando su domicilio social en el mismo inmueble que la anterior y coincidiendo su denominación en siglas con la abreviatura de cada una de las palabras que constituía la identificación de la anterior sociedad, a pesar de ello, de tales datos no puede inferirse la existencia de continuidad en la actividad de la mercantil disuelta y, por ende, la concurrencia de un fenómeno sucesorio. No existe constancia alguna de transmisión de elementos patrimoniales, materiales ni inmateriales, por mucho que el domicilio de esta última se instalase en el mismo local que la anterior, pues para ello acudieron la demandante y otro comunero a la fórmula de alquiler con el propietario del local, ajeno a la actividad desempeñada por aquéllos. Tampoco consta que se haya transmitido clientela u otros elementos indiciarios tales como logotipo, sello comercial, proveedores comunes, conservación de la página web, número de teléfono, etc. (Auto 4 dic.14, Ar. 59336, FJ 1, que no entra en el fondo por no apreciar contradicción entre las sentencias de suplicación aportadas).

Del mismo modo, cuando se solicita la capitalización para constituir una cooperativa con su antiguo empresario y otro socio, ubicada en el mismo domicilio y dedicada a la actividad de la construcción se descarta fraude de ley considerando que el antiguo empleador se convertiría en un socio cooperativista más y, de no ser votado y elegido, carecería de poder empresarial alguno y sería uno más de los trabajadores. La coincidencia de local y actividad sólo acredita la utilización de los medios disponibles para hacer viable un medio que conocen pero resulta de todo punto insuficiente para calificarlo como fraude de ley (Auto 29 ene.15, Ar. 81655, FJ 1, que no entra en el fondo por no apreciar contradicción entre las sentencias de suplicación aportadas).

3. En una orientación más moderna y flexible sobre la interpretación de los requisitos exigidos para obtener esta prestación capitalizada, se entiende que se trata *“sin duda de un tema complejo pero sobre el que, por diversas razones que son de absoluta actualidad, incluidas las de promoción del autoempleo, con evitación de situaciones de mero perceptor pasivo de prestaciones sociales, entiende esta Sala que debe hacerse una interpretación no rígida de los aspectos de hecho que en cada caso puedan concurrir en esa dirección social y políticamente promovida de apoyar en la medida en que no se incurra con ello en la burla legal de clase alguna, lo que debe sin duda ser tenido en cuenta a efectos interpretativos de aplicación de la norma y de propia congruencia de la misma. Pues, si se quiere promover la creación de empleo y de autoempleo para intentar, cuando menos, paliar los efectos sociales negativos de la crisis, no se puede al mismo tiempo cuestionar, sin mayor prueba eficaz, la legalidad de los proyectos a ello encaminados, como consecuencia de pretender dedicarse a precisamente la actividad que más se conoce y domina. Pues esa no es sino una reacción lógica, lo anómalo sería pretender realizar una actividad para la que se tiene un desconocimiento absoluto o una falta de preparación suficiente, que no puede ser presumida como fraudulenta con apoyo en meras elucubraciones no muy consistentes. Lo que, además, es actitud loable del demandante, que intenta realzar una actividad, pese a los riesgos de toda índole que tales proyectos pueden comportar, se debe insistir, en lugar de quedarse reducido a mero perceptor pasivo de la prestación aportando así un esfuerzo a la recuperación social y económica... sin que el que la adquisición del vehículo se haga a su anterior empleador tenga más repercusión, en principio, de la existencia de un conocimiento mutuo entre ambas personas, de un conocimiento del propio vehículo y posiblemente de un mejor trato en la adquisición del mismo. Circunstancias normales que no pueden constituir tan solo por eso una manifestación indiscutible de una actividad fraudulenta que bajo una apariencia legal pretenda burlar la norma”* (STSJ Castilla-la Mancha 29 jun.15, Ar. 180177, FJ 3).

III. REGULAR EN FUNCIÓN DE LA PRESUNCIÓN DEL FRAUDE: UNA TÉCNICA LEGISLATIVA CONFLICTIVA. ALGUNOS EJEMPLOS DE REGULACIÓN DESDE LA PRESUNCIÓN DE FRAUDE

Partiendo de las más recientes reformas, algunas precisiones legales del nivel contributivo de la prestación por desempleo sólo se entienden desde la desconfianza del legislador tanto en el trabajador -potencial beneficiario- como en el empleador -posible beneficiado- y en la actuación individual o conjunta (en connivencia) de ambos. Intentando contener estas actuaciones, el legislador ha decidido operar desde la prevención del fraude más que desde la ordenación social de una contingencia y de la necesidad ajustada de su cobertura.

1. Incompatibilidad entre la prestación y el trabajo. Regla general con excepciones

1. En términos generales, la prestación por desempleo resulta incompatible con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social y, por tanto, con independencia del número de horas que se dediquen a la actividad y de los resultados económicos obtenidos, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se efectúe a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación la parte proporcional al tiempo trabajado (art. 221.1 LGSS). Se considerará, a estos efectos, trabajo toda actividad que genere o pueda generar retribución o ingresos económicos, por cuenta ajena o propia, que sea incompatible con la prestación, de tal modo que se tomarán como días de actividad los declarados y acreditados documentalmente por el trabajador y si el número de días no puede acreditarse, entonces, se estará al que resulte de dividir las percepciones íntegras derivadas de la actividad entre el importe de la base máxima de cotización al RETA.

Asimismo se considera incompatible la prestación por desempleo con la obtención de pensiones o prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social, salvo que éstas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación por desempleo (*ex* art. 221.2 LGSS).

2. Existen, con todo, dos excepciones a esta regla general de incompatibilidad. Por un lado, y como se anticipara, la excepción contemplada en el art. 221.1 LGSS en virtud de la cual la prestación por desempleo resulta compatible con el trabajo retribuido por cuenta ajena a tiempo parcial. En tal caso se deducirá del importe de la prestación la parte proporcional al tiempo trabajado. Esta deducción se producirá tanto cuando el trabajador esté percibiendo la prestación como consecuencia de la pérdida de un trabajo a tiempo completo o parcial y obtenga un nuevo trabajo a tiempo parcial como cuando realice dos contratos a tiempo parcial y pierda uno de ellos.

Por otra parte, la prestación por desempleo se entiende compatible con el trabajo por cuenta ajena a tiempo completo realizado por determinados colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo cuando así lo establezca algún programa de fomento del empleo (art. 228.4 LGSS). En tales supuestos, la entidad gestora podrá abonar al trabajador el importe mensual de las prestaciones en la cuantía y duración que se determinen, sin incluir la cotización a la Seguridad Social. Durante el período de percepción de la prestación, el empresario deberá abonar al trabajador la diferencia entre la prestación y el salario que le corresponda siendo, asimismo, responsable de cotizar a la Seguridad Social por el total del salario indicado, incluido el importe de la prestación (art. 228.6 LGSS).

Así ocurre, cuando, con el fin de hacer efectivo el derecho a la formación de trabajadores ocupados e incrementar las posibilidades de empleo de los trabajadores desempleados, se determinen programas que permitan a las empresas sustituir a los trabajadores en formación por otros trabajadores desempleados beneficiarios de prestaciones por desempleo. En este caso, los trabajadores podrán compatibilizar las prestaciones con el trabajo, *ex art. 228.4 LGSS*.

Del mismo modo, y en virtud de lo previsto en el art. 3 de la Ley 11/13, 26 jul., BOE, 27, los beneficiarios de la prestación que se constituyan como trabajador por cuenta propia podrán compatibilizar la percepción mensual de la prestación que les corresponda con el trabajo autónomo por un máximo de 270 días o por el tiempo inferior pendiente de percibir. Deberá tratarse de un beneficiario menor de 30 años en la fecha de inicio de la actividad por cuenta propia y no tener trabajadores a su cargo. Además, deberá solicitar la compatibilidad a la entidad gestora en el plazo de 15 días a contar desde la fecha de inicio de la actividad por cuenta propia, pues, de lo contrario, perderá el beneficio de la compatibilidad. Durante este período no se le exigirá al beneficiario de esta prestación el cumplimiento de la obligación de permanecer como demandante de empleo y ni la suscripción del compromiso de actividad previstos en el art. 231 LGSS.

Señálese, a este respecto, dos cuestiones de interés. La primera, aunque resulte una obviedad, que ha de tratarse de menores de 30 años que ya hayan trabajado y cotizado más de 360 días pues, de lo contrario, no podrán acceder a la prestación por desempleo ni beneficiarse, por tanto, de esta compatibilidad. No es que se promueva el emprendimiento de los menores de 30 años sino de los menores de 30 años con prestación por desempleo, lo que reduce considerablemente el núcleo de beneficiarios, trabajadores por cuenta ajena con anterioridad. Y, en segundo término, que cabría la posibilidad de que se les obligara a convertirse en trabajadores autónomos, incluso económicamente dependientes (TRADE), para prestar servicios como tales en empresas de las que han sido despedidos por cuanto, al menos en el caso del trabajador autónomo, la cobertura de los riesgos profesionales es optativa (no así en los trabajadores autónomos económicamente dependientes) por lo que el coste de la Seguridad Social se reduce considerablemente.

2. Percepción de la indemnización o reclamación contra el despido

1. Para eludir un fraude tan frecuente que ha llegado a normalizarse [(simulación de despido en conciliación a efectos de cumplir la extinción involuntaria que se exige como situación legal de desempleo], el art. 229 LGSS dispone (tras la reforma introducida en el mismo por el RD-L 5/13, 15 mar., BOE, 16) que *“la entidad gestora podrá exigir a los trabajadores que hayan sido despedidos en virtud de las de las letras c) (despido), d) (despido objetivo) y e) (resolución voluntaria por parte del trabajador) del 208.1 acreditación de haber percibido la indemnización legal correspondiente”*.

Si la indemnización no se hubiera percibido o no se hubiera interpuesto demanda judicial en reclamación de la misma o no se hubiera impugnado la decisión extintiva o cuando la extinción de la relación laboral no lleve aparejada la obligación de abonar una indemnización al trabajador, “*se reclamará la actuación de la Inspección a los efectos de comprobar la involuntariedad del cese en la relación laboral*”. En tal caso, la entidad gestora podrá suspender el abono de las prestaciones por desempleo cuando se aprecien indicios suficientes de fraude en el curso de las investigaciones realizadas por los órganos competentes en materia de lucha contra el fraude.

2. No en vano, y sin perjuicio de las facultades de los servicios competentes en cuanto a inspección y control en orden a la sanción de las infracciones que pudieran cometerse en la percepción de las prestaciones por desempleo, corresponde a la entidad gestora controlar el cumplimiento de los requisitos exigidos para obtener y mantener la prestación por desempleo, comprobando toda situación de fraude que pudiera cometerse.

3. Extinciones sucesivas de contratos temporales

1. Cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo (SPEE) constate que, en los cuatro años inmediatamente anteriores a una solicitud de prestación, el trabajador hubiera percibido prestaciones por finalización de varios contratos temporales con una misma empresa, podrá dirigirse de oficio a la autoridad judicial demandando que el empresario sea declarado responsable del abono de la misma, salvo de la prestación correspondiente al último contrato temporal, si la reiterada contratación temporal fuera abusiva o fraudulenta, así como la condena al empresario a la devolución a la entidad gestora de aquellas prestaciones junto con las cotizaciones correspondientes (art. 147.1 LRJS).

A la comunicación, que tendrá la consideración de demanda, deberá acompañarle copia del expediente o expedientes administrativos en que se fundamente y, en la misma, se consignarán los requisitos generales exigidos por la ley para las demandas de los procesos ordinarios. Dicha comunicación podrá dirigirse a la autoridad judicial en el plazo de los seis meses siguientes a la fecha en que se hubiera formulado la última solicitud de prestaciones en tiempo y forma. Todo ello no conllevará la revisión de las resoluciones que hubieren reconocido el derecho a las prestaciones por desempleo derivadas de la finalización de los reiterados contratos temporales, que se considerarán debidas al trabajador.

2. Una vez admitida la demanda a trámite, el empresario y trabajador que hubieran celebrado los reiterados contratos temporales tendrán la consideración de parte en el proceso, si bien no podrán solicitar su suspensión. Aún sin su asistencia, el proceso continuará de oficio. Ha de tenerse en cuenta que la afirmación de he-

chos que se contenga en la comunicación base del proceso hará fe, salvo prueba en contrario, incumbiendo la carga de la prueba al empresario demandado. La sentencia que estime la demanda de la entidad gestora será inmediatamente ejecutiva. Cuando adquiera firmeza será comunicada a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

4. Presentación documental y comparecencia personal

1. El art. 212.1 LGSS impone la suspensión de la prestación por parte de la entidad gestora en los supuestos de traslado de residencia al extranjero en los que el beneficiario declare que es para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, por un período continuado inferior a doce meses, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto para la exportación de prestaciones en el ámbito de la Unión Europea.

En los supuestos de estancia en el extranjero por un período, continuado o no, de hasta noventa días como máximo durante cada año natural, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora, también procederá la suspensión de la prestación. No tendrá consideración de estancia ni de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales por una sola vez cada año, cuando se cumplan las obligaciones establecidas en la ley. En caso contrario, si se supera lo establecido, se impone la extinción de la prestación, *ex art. 213.1.g) LGSS*.

2. En estos mismos términos, el incumplimiento por parte del beneficiario de la prestación por desempleo de la obligación de presentar, en los plazos establecidos, los documentos que les sean requeridos, siempre que los mismos puedan afectar a la conservación del derecho a las prestaciones, podrá dar lugar a que por la entidad gestora se adopten las medidas preventivas necesarias, mediante la suspensión del abono de las citadas prestaciones, hasta que dichos beneficiarios comparezcan ante aquella acreditando que cumplen los requisitos legales establecidos para el mantenimiento del derecho, que se reanudará a partir de la fecha de la comparecencia (art. 212.3 LGSS).

Asimismo, la entidad gestora suspenderá el abono de las prestaciones durante los períodos en los que los beneficiarios no figuren inscritos como demandantes de empleo en el servicio público de empleo y se reanudará a partir de la fecha de la nueva inscripción previa comparecencia ante la entidad gestora acreditando dicha inscripción, salvo que proceda el mantenimiento de la suspensión de la prestación o su extinción por alguna de las causas previstas en ésta u otra norma (art. 212.3 LGSS).

IV. FRAUDE: UNA INCORRECTA NOCIÓN OMNICOMPRESIVA DE CUALQUIER INCUMPLIMIENTO

1. *La adaptación del concepto de “fraude de ley” a las prestaciones de Seguridad Social, en especial a la prestación contributiva de desempleo*

1. El art. 6.4 del Código Civil, al regular la eficacia general de las normas jurídicas estima, como es sabido, que *“los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”*.

Este precepto tiene su origen en la Ley 3/73, 17 mar., BOE, 21, con su correspondiente desarrollo en el Decreto 1836/74, 31 may., BOE, 9 jul. En el preámbulo de este último se reconoce cómo *“en la configuración del fraude prepondera la idea de considerar el ordenamiento jurídico como un todo; por eso es reputada fraudulenta la sumisión a una norma llevada a cabo con el propósito de obtener un resultado prohibido o contrario al conjunto del ordenamiento. Por otra parte, si frente a la norma elegida aparece otra tratada de eludir, habrá de aplicarse la última. Ello quiere decir que la consecuencia correspondiente no queda circunscrita a la nulidad del acto a través del cual pretendiera lograrse un resultado fraudulento, sino que ha de comprender también la efectiva aplicación de la norma pertinente, aunque no queden excluidas ciertas consecuencias anulatorias”*.

Una consideración aplicable, como indica el Tribunal Constitucional, no sólo al ámbito civil en el que nace sino en todos los órdenes jurisdiccionales, también el orden social. *“El fraude de ley, en cuanto institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento o contrarios al mismo, es una categoría jurídica que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del ordenamiento jurídico. En rigor, ni siquiera podría sostenerse hoy que el art. 6.4 del Código Civil, que contempla con carácter general el fraude de ley, es una norma exclusiva de la legislación civil. El citado precepto, como la mayor parte de los que integran el título preliminar, es aplicable a todo el ordenamiento, y sólo por tradición histórica, sin duda respetable, conserva en el Código Civil, su encaje normativo.”* (STC 37/87, FJ 8)

Como ha señalado el Tribunal Supremo *“el fraude de ley supone una modalidad de fraude, que no puede confundirse con el simple engaño o fraude en sentido de acción contraria a la verdad y la rectitud a que se refiere el Diccionario de la Lengua. El fraude es una noción más compleja: la vulneración de una norma prohibitiva o imperativa que se produce una manera oblicua, es decir, mediante un acto amparado formalmente en el texto de una norma (la denominada norma de cobertura) que persigue en realidad un resultado contrario al ordenamiento jurí-*

dico que, como tal, no queda protegido por aquella norma” (STS 10 dic.13, Ar. 8028, FJ 3). Abuso de derecho y fraude de ley constituyen el epicentro de la aplicación de la eficacia de las normas jurídicas sin cuyo estudio en profundidad carece de rigor cualquier análisis sobre las mismas ⁹⁴⁵.

2. Con referencia sólo a la jurisprudencia social y a la aplicación de este concepto en el orden sociolaboral, existen una serie de consideraciones que, principalmente el Tribunal Supremo, entiende consolidadas.

Así, desde las primeras sentencias, ha optado más por el elemento volitivo, intencional o subjetivo que por el alcance objetivo del fraude. A su juicio, en la concepción del derecho español *“el fraude de ley es algo integrado por un elemento subjetivo o de intención. Para que pueda hablarse de fraude, es necesario que la utilización de determinada norma del ordenamiento jurídico persiga, pretenda o muestre el propósito de eludir otra norma del propio ordenamiento. Lo que no equivale a desconocer que, en la doctrina científica, haya posiciones que se inclinen por una configuración del fenómeno fraudulento como un resultado objetivo que queda al margen de las intenciones o el propósito del autor”* (SSTS 6 feb.03, Ar. 3086, FJ 3 y 12 may.09, Ar. 3252, FJ 2).

Por esa razón, *“el fraude de ley no puede presumirse ni basarse en meras sospechas, si bien la convicción judicial sobre su existencia puede formarse sobre la base de una prueba indiciaria cuando se cumpla la doble condición de que los indicios se extraigan de hechos que aparezcan como probados en el relato fáctico de la sentencia y de que de ellos se derive, de manera razonada y fundada, la intención fraudulenta del asegurado, en los términos del art. 386.1 LEC”* (Auto del Tribunal Supremo 6 feb.03, Ar. 57987, FJ 2). Sólo podrá declararse si existieran indicios suficientes para ello que necesariamente deberán extraerse de hechos que aparezcan como probados por quien lo alega. Como señala la norma procesal indicada, esto es, el art. 386.1 LEC, a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La sentencia en la que se aplique deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.

3. La prueba es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del juez de instancia o al de suplicación por la vía revisoria instando la convicción de que el dato o elemento en cuestión existe o no existe. Como es sabido, y en virtud del art. 217.2 LEC, corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de

⁹⁴⁵ Un estudio único en CARRASCO PERERA, A., *Tratado del abuso del derecho y del fraude de ley*, Madrid, 2015 (en prensa).

probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprende, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente o las pretensiones de la demanda y de la reconvención.

En este terreno poco es lo que compete a un tribunal de casación. Sin embargo, considera el Tribunal Supremo que procede su intervención pues no se trata de *“desconocer, contradecir o reformular la convicción que esos jueces han manifestado, en cuanto a los concretos acontecimientos que notician. Se trata, en rigor, de algo completamente diferente y que transforma el problema en materia dotada de contenido casacional. Nos estamos refiriendo a la aplicación de normas jurídicas, utilizadas por los tribunales inferiores, campo en el que sí es dable buscar y establecer una mínima unificación, aunque las normas concernidas sean procesales, pues, como es bien sabido, a las mismas alcanza, con ciertas condiciones, esta tarea”* (STS 6 feb.03, Ar. 3086, FJ 3). Forma parte de su función *“apreciar el rigor lógico en las argumentaciones de los tribunales en suplicación para justificar la existencia o inexistencia de fraude de ley, aún a pesar de que la apreciación de fraude sea facultad primordial del órgano judicial de instancia, por cuanto que en la materia juegan decisoriamente las normas sobre carga de la prueba (art. 217 LEC) y las reglas sobre presunciones (arts 385 y 386 LEC)”* [STS 20 may.15, Ar. 189339, FJ 2].

4. Un aspecto importante, en este punto, es el de la determinación de la intencionalidad o el ánimo de defraudar como fin para obtener prestaciones por desempleo [intencionalidad cualificada ⁹⁴⁶]. Descartada la prueba directa -reconocimiento expreso de la actitud fraudulenta por el sujeto infractor-, la base indiciaria o mediante deducción lógica -prueba indirecta- será la forma de conseguir la calificación sobre el fraude de ley en las prestaciones sociales, también en la de desempleo. Resultará aplicable, aquí, el juego de las presunciones del art. 386.1 LEC; y, así, a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, según las reglas del criterio humano *praesumptio hominis*. Con una dificultad añadida en este caso y es la especial dificultad de proceder desde una situación presunta en la que ha de demostrarse que, en la sucesión de actos que discurren hasta alcanzar la prestación por desempleo, ha existido una intención fraudulenta del sujeto infractor ⁹⁴⁷.

⁹⁴⁶ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, núm.1, 2014, pág. 5.

⁹⁴⁷ GUTIÉRREZ PÉREZ, M., “Principales situaciones fraudulentas en el acceso a la prestación por desempleo”, en AAVV, *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social. Libro homenaje al profesor Antonio Ojeda Avilés*, Murcia, Laborum, 2014, pág. 365.

No se oculta el especial valor que, en este sentido, cobran las actas elaboradas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en las que se constata y da fe de unos hechos irregulares (presunción imperativa de certeza) de los que cabrá derivar una serie de conclusiones lógicas⁹⁴⁸. Y, a partir de éstas, podrá deducirse la falacia en la actuación del presunto sujeto infractor. En definitiva, y por mandato legal, se consideran veraces los hechos que el Inspector de Trabajo y Seguridad Social afirma en el acta haber comprobado y tal y como los describe.

Normalmente será la entidad gestora (SPEE) la que inicie de oficio el procedimiento ante la autoridad judicial y es a quien corresponde demostrar fehacientemente la actuación fraudulenta. Pero, en tanto se demuestra el fraude de ley, podrá suspender el abono de las prestaciones por desempleo cuando se aprecien indicios suficientes de fraude en el curso de las investigaciones realizadas por los órganos competentes en materia de lucha contra el fraude (medida introducida por la DF 1 RD-L 5/13, ya citado). Obsérvese que no se opta únicamente por un expediente sancionador, como ocurriría con cualquier infracción, sino que, aquí, el mero indicio de fraude conlleva una medida preventiva o cautelar como es la suspensión de la prestación amén de todas las sanciones que sobre este tipo de comportamientos recoge la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social [arts. 20 y ss y 39 y ss, principalmente]⁹⁴⁹.

5. No procede entrar en este análisis en la calificación penal de estos comportamientos. No obstante, conviene subrayar que el nuevo art. 307 ter del Código Penal zanja la polémica sobre si el fraude en las prestaciones de Seguridad Social debía ser considerado como un delito contra la Administración Pública o como un delito de estafa, más favorable para el sujeto infractor.

Ahora, el art. 307 ter (incorporado por LO 7/12, 27 dic., BOE, 28) considera como delito contra la Seguridad Social aquel comportamiento de quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del sistema de Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo o cuando facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública. La pena oscilará entre seis meses a tres años de prisión. Cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial

⁹⁴⁸ Por todos, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *La Inspección de Trabajo frente al fraude en las prestaciones de Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Empleo y de Seguridad Social, 2014 y DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., *Actas, informes y requerimientos de la Inspección de Trabajo*, Pamplona, Aranzadi, 2004.

⁹⁴⁹ Por todos, AAVV, *Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social*, Pamplona, Lex Nova-Thomson, 2013.

gravedad, serán castigados con una pena de multa del tanto al séxtuplo. Además de estas penas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.

No obstante, quedará exento de responsabilidad criminal en relación a estas conductas quien reintegre una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección y control en relación con las mismas o antes de la interposición de la correspondiente querrela o denuncia.

En todo caso, la existencia de un procedimiento penal no impedirá que la Administración competente exija el reintegro por vía administrativa de las prestaciones indebidamente obtenidas. El importe que deba ser reintegrado se entenderá fijado provisionalmente por la Administración y se ajustará después a lo que finalmente se resuelva en el proceso penal.

2. Fraude “propiciado” o, al menos, no impedido desde la legislación

1. No se oculta, además, que el fraude, lejos de ser impedido, en cierto modo se “propicia” desde la regulación legal. No cabe otra conclusión tras analizar los supuestos revisados por la jurisprudencia. Capitalizar la prestación contributiva de desempleo constituye un incentivo para la creación de empresas pero también para el fraude. Trabajadores asalariados se trasladan al régimen de autónomos, unas veces como autónomos reales -en la menor parte de las ocasiones-, otras como autónomos económicamente dependientes o TRADES -en algunos casos- y, finalmente, como falsos autónomos, esto es, como trabajadores que deberían prestar servicio por cuenta ajena pero no lo hacen -en buena parte de las situaciones analizadas y, en gran medida, por los beneficios de naturaleza social-.

La posibilidad de obtener todo el importe de la prestación contributiva del desempleo en un pago único se fijó en el programa de fomento de empleo autónomo recogido en la DT 4ª de la Ley 45/02, 12 dic., BOE, 13. Han sido numerosas las modificaciones del mismo, la última, de hecho, introducida en el art. 4 de la Ley 11/13, 26 jul., BOE, 27. En la actualidad, el programa permite que la entidad gestora pueda abonar el valor actual del importe de la prestación contributiva a los beneficiarios cuando pretendan incorporarse, de forma estable, como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o sociedades laborales, aunque hayan mantenido un vínculo contractual previo con las mismas, independientemente de su duración, o constituir las, o cuando dichos beneficiarios pretendan constituirse como trabajadores autónomos y se trate de personas con discapacidad igual o superior al

33%. Se abonará como pago único la cuantía de la prestación, calculada en días completos, de la que se deducirá el importe relativo al interés legal del dinero.

Asimismo, la entidad gestora podrá abonar mensualmente el importe de la prestación por desempleo para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social. En este caso, la cuantía de la subvención, calculada en días completos de prestación, será fija y corresponderá al importe de la aportación íntegra del trabajador a la Seguridad Social en el momento del inicio de la actividad sin considerar futuras modificaciones, salvo cuando el importe de la subvención quede por debajo de la aportación del trabajador que corresponda a la base mínima de cotización vigente, en cuyo caso se abonará esta última. El abono se realizará mensualmente por la entidad gestora al trabajador, previa comprobación de que se mantiene en alta en Seguridad Social.

Ambas posibilidades se aplicarán también a los beneficiarios de la prestación que pretendan constituirse como trabajadores autónomos y no se trate de personas con discapacidad igual o superior al 33%. En el caso de la primera regla, el abono de una sola vez se realizará por el importe que corresponde a la inversión necesaria para desarrollar la actividad, incluido el importe de las cargas tributarias para el inicio de la actividad, con el límite máximo del 60% del importe de la prestación por desempleo contributiva pendiente de percibir, siendo el límite máximo del 100% cuando los beneficiarios sean hombres jóvenes menores de 30 años de edad o mujeres jóvenes menores de 35 años de edad a fecha de la solicitud. También cabrá su aplicación a los beneficiarios de la prestación por desempleo de nivel contributivo menores de 30 años, cuando capitalicen la prestación para destinar hasta el 100% de su importe a realizar una aportación al capital social de una entidad mercantil de nueva constitución o constituida en un plazo máximo de doce meses anteriores a la aportación, siempre que desarrollen una actividad profesional o laboral de carácter indefinido respecto de la misma, e independientemente del régimen de la Seguridad Social en el que estén encuadrados. Los jóvenes menores de 30 años que capitalicen la prestación por desempleo, también podrán destinar la misma a los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de una entidad, así como al pago de las tasas y el precio de servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad a emprender.

Para las personas que realicen una actividad por cuenta ajena de carácter indefinido, ésta deberá mantenerse por un mínimo de 18 meses. No se incluirán en este supuesto aquellas personas que hayan mantenido un vínculo contractual previo con dichas sociedades, ni los trabajadores autónomos económicamente dependientes que hayan suscrito con la misma sociedad como cliente un contrato registrado en el SEPE.

2. Sin embargo, resulta curioso que el legislador no considere fraude sino que “legalice” con su intervención la exclusión como trabajo por cuenta ajena de “los

trabajos de colaboración social que la entidad gestora puede exigir a los perceptores de prestaciones por desempleo“. En efecto. De conformidad con lo dispuesto en el art. 213.3 LGSS, esta prestación de servicios no implicará la existencia de relación laboral entre el desempleado y la entidad en que se presten dichos trabajos, manteniendo el trabajador el derecho a percibir la prestación o el subsidio por desempleo que le corresponda.

De hecho, será la entidad gestora la que promueva la celebración de conciertos con Administraciones Públicas y entidades sin ánimo de lucro en los que se identifiquen, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, dichos trabajos de colaboración social que, en todo caso, deberán ser de utilidad social y redundar en beneficio de la comunidad, tener carácter temporal, coincidir con las aptitudes físicas y formativas del trabajador desempleado y siempre que no supongan cambio de residencia habitual para el trabajador.

Pese a este interés por “deslaborizar” este tipo de prestación, su utilización no ha resultado pacífica y, en un cambio de criterio jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha considerado que, si se trata de actividades normales y permanentes de la Administración, no existe justificación alguna ni para excluir la laboralidad de esta prestación de servicios ni para imponer la temporalidad de la misma, considerando a estos desempleados como trabajadores por cuenta ajena a todos los efectos (STS 27 dic.13, Ar. 1257, FJ 5).

4.3. Fraude o incumplimiento legal: una misma consecuencia (denegar o extinguir la prestación) para dos actuaciones dispares (incumplir una norma o impedir que se cumpla otra)

1. Quizá se emplee el concepto de fraude para definir lo que exclusivamente constituye un incumplimiento legal. Y, así, en gran medida, en los supuestos analizados, la concesión de la prestación resulta correcta por cuanto se cumplen todos los requisitos (especialmente el de la extinción contractual que conlleva la situación legal de desempleo) que determinan el acceso a la prestación. Pero se entiende, especialmente en los ejemplos referidos a la capitalización de la prestación, que existe fraude de ley cuando, realmente, se trata de una fase ulterior en la que no se cuestiona la validez o no de la concesión sino la procedencia o no de la concesión en la modalidad de pago único, que es una cuestión ciertamente distinta. La extensión del concepto de “fraude” a cualquier incumplimiento y no, como precisa la norma civil, a la ejecución de una actuación al amparo de una norma no aplicable, condiciona, como ha podido comprobarse, una técnica legislativa cada vez más restrictiva en una prestación social.

Buena parte de su vida, Hart, defensor del positivismo analítico, la dedicó a la definición del concepto jurídico convencido de que la manera habitual de formular

definiciones de conceptos jurídicos no era la adecuada. Consideraba que su uso había generado una separación (casi irresoluble) entre la ciencia del derecho y la aplicación jurisprudencial. En su opinión, la razón se halla en que los conceptos jurídicos no dejan de ser anómalos pues describen una realidad únicamente observable en el ámbito jurídico pero no en la realidad. En su famoso *Concept of Law*⁹⁵⁰, Hart defiende su tesis sobre el Derecho y afirma que este último no constituye un ente singular sino un *compositum*. Un ente complejo integrado por entidades que reflejan acciones humanas. De ahí que la teoría del derecho sea necesariamente una teoría de “orden” jurídico. El Derecho se diferencia de los demás sistemas de normas sociales porque posee como rasgo característico ser institucional y sistémico. Es institucional porque sus entidades (normas) se crean y se aplican por instancias sociales dotadas de autoridad; pero es sistémico porque depende de la interrelación entre ellas. En la combinación de estos dos elementos se halla la “clave de la ciencia de la jurisprudencia”⁹⁵¹.

2. Tal vez, el planteamiento de por qué existe tanta divergencia en un mismo ordenamiento jurídico sobre la consideración y la aplicación del fraude de ley requiera una reflexión más detenida. El Código Civil, y la concepción de fraude de ley integrada en el mismo, responden a una función del Derecho que tiende a la generación de normas jurídicas abstractas y generales que sirvan para proporcionar y proteger la autonomía, objetivo al que responde la esencia de toda codificación, también la del ordenamiento civil. Este último persigue la idea de un derecho perfecto, sin fisuras, sin lagunas, sin contradicciones, un sistema pleno y coherente de normas que contengan soluciones para cualquier supuesto, basándose en la abstracción de sus normas. Sin embargo, las normas sociales responden a la necesaria intervención del Estado con fines redistributivos y asistenciales para compensar las insuficiencias y desequilibrios creados y derivados del sistema capitalista. El Estado interviene para regular los valores e intereses que deben orientar las relaciones sociales, lo que genera, ineludiblemente, un entramado más represor, tendente a controlar y corregir cualquier situación disfuncional que suponga un riesgo para la estabilidad social⁹⁵².

Como es sabido, en el Derecho ha prevalecido tanto la tesis de que se trata de un conjunto de normas cuya eficacia se halla reforzada mediante la amenaza del uso de la fuerza contra los transgresores (coacción) como la convicción de que el Derecho no es tanto un conjunto de normas reforzadas por la fuerza como el conjunto

⁹⁵⁰ HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961.

⁹⁵¹ Una expresión creada por AUSTIN, J., en *The Province of Jurisprudence Determined*, London, Dumond, 1861 (con reimpresión en Nueva York, Brut Franklin, 1970).

⁹⁵² BECK, U., “De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo. Cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica”, *Revista de Occidente*, 150, 1993, pp. 61-90.

de normas que regulan el uso de la fuerza. En el primer caso, mandato, deber y sanción se interrelacionan. El mandato alude a la expresión del deseo y su recepción por los destinatarios; el deber hace referencia a la posibilidad del perjuicio y sólo indirectamente aludiría a la expresión del deseo; por su parte, la sanción señala el mal en sí mismo, el daño que se deriva del incumplimiento. En el segundo, la fuerza no sería el argumento esgrimido para asegurar la observancia de la norma jurídica sino constituiría el objeto de la regulación jurídica. Esta última, de hecho, no tendría otra función que la de establecer las condiciones de legitimidad del uso de la fuerza, designando a quiénes la pueden utilizar y en qué casos y modalidades puede ser empleada ⁹⁵³.

Sin embargo, regular coactivamente desde la reacción a la presunción de un fraude de ley que, como se comprueba, no resulta probado en circunstancias aparentemente iguales, no supone una técnica pacífica. La contención del gasto público no justifica cualquier comportamiento de la Administración Pública, agudizando medidas de represión al iniciar expedientes e incluso suspender prestaciones por meros indicios, ni avala la actuación del legislador, interviniendo no para regular un orden social “desviado” sino unas conductas, en ocasiones, propiciadas por la deficiente técnica legislativa. Reconocer con un año de antelación en el presupuesto público la existencia -y, por tanto, el conocimiento de la situación y, por ende, la ineficiencia del control puesto que aún no han sido perseguidas ni sancionadas- de prestaciones contributivas de desempleo indebidamente percibidas (unas fraudulentamente y otras no), tan sólo explicita una disfunción del sistema. Pretender resolverla con una regulación represiva por presunción manifiesta lamentablemente una debilidad ordenadora.

⁹⁵³ Kelsen, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma, 1983, pág. 15.

9.4. RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN Y PROGRAMAS ASISTENCIALES EXTRAORDINARIOS⁹⁵⁴

JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid*

I. LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN

1. Introducción

La denominada «renta activa de inserción» forma parte de los instrumentos para la promoción del empleo y, en particular, para mejorar las aptitudes profesionales y las condiciones de «ocupabilidad» de los desempleados. Con antecedentes en las políticas de ciertas Comunidades Autónomas, en función de sus competencias en materia de empleo⁹⁵⁵, lo cierto es que su implantación en el ámbito del Estado se conecta con el primer Plan de Empleo confeccionado por el Reino de España dentro de las directrices de la Comunidad Europea, que han venido fijando entre sus objetivos la mejora de la capacidad de inserción laboral de los desempleados, la combinación de las prestaciones y ayudas a desempleados con medidas de inserción en el trabajo. En definitiva, se prioriza la utilización de «medidas activas» de empleo frente a las tradicionales “políticas pasivas”, que se centran básicamente en la cobertura del estado de necesidad medido en la pérdida de ingresos.

La finalidad principal de estas medidas no es otra que combatir la situación de «exclusión social» - principal objetivo en la política de la Unión Europea- de los colectivos o grupos de población más perjudicados o desfavorecidos, en una doble dirección, por un lado, facilitando su inserción en la sociedad y, por otro, apoyando su reincorporación en el mercado de trabajo⁹⁵⁶

⁹⁵⁴ Participar en este Libro Homenaje a la Profesora ROSA QUESADA constituye para mí mucho más que un acto de reconocimiento y cortesía académica. En lo profesional está el reconocimiento de su vocación y dedicación a la academia, su reconocido rigor científico en todos los ámbitos de su labor investigadora y, singularmente, su destacable compromiso social. En lo personal, mi gratitud por su amistad y generosidad sin límites, en definitiva, por formar parte de ese grupo de “buena gente” que a todos nos gustaría tener cerca.

⁹⁵⁵ Un profundo estudio, tanto desde la órbita competencial, como desde las políticas en Andalucía, en QUESADA SEGURA, R. *La política de empleo andaluza y su integración en el Marco Europeo Nacional*, Rev. Temas Laborales Vol. III. núm. 100/2009. Págs. 819-839.

⁹⁵⁶ Una valoración de estas políticas en RODRÍGUEZ CABRERO, G. *Valoración de los programas de rentas mínimas en España*, www.ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=9043...es. Igualmente puede

El antecedente de este instrumento con aplicación general a todo el territorio del Estado se articuló en el RD 236/2000, de 18 diciembre, que diseñó un programa de esas características para el ejercicio 2000, dirigido especialmente a los parados de larga duración y en situación de mayor necesidad, y configurado esencialmente en torno a «un itinerario de inserción laboral a partir de un compromiso de actividad», con tutoría individualizada, y «una renta, como ayuda económica» complementaria de las medidas laborales. El programa utilizaba una especie de intercambio entre una renta básica o salario social, con un compromiso de plena disponibilidad para trabajar y participar en acciones formativas. Este primer programa fue sustituido y continuado en el año 2001 por el RD 781/2001, de 6 julio.

El cambio de mayor calado, se produce al incorporar el programa de renta activa de inserción en la DA 1ª de la Ley 45/2002, de 12 diciembre (procedente del RDL 5/2002, de 24 mayo), que añadió un apartado 4 a la DF 5ª de la LGSS, en el que se habilita al Gobierno «a regular dentro de la acción protectora por desempleo y con el régimen financiero y de gestión establecido en el Capítulo V del Título III de esta Ley el establecimiento de una ayuda específica denominada renta activa de inserción, dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo que adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral». De esta forma, la renta activa de inserción pasa a ser definitivamente una modalidad más en la acción protectora del desempleo, con el régimen financiero y de gestión propio de la referida contingencia.

Finalmente en el año 2006 se suscribe el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo, el 9 de mayo de 2006, entre el Gobierno y las Organizaciones empresariales y sindicales más representativas, a cuyo amparo, y dentro de las medidas acordadas para potenciar las políticas activas de empleo y mejora de la protección de los trabajadores desempleados, se dicta el RD 1396/2006, de 24 de noviembre⁹⁵⁷. Las modificaciones más importantes que incorpora el programa contenido en este real decreto, en relación con los programas anteriores es que no se configura con una duración anual, sino que se ordena con carácter permanente estableciendo una garantía de continuidad en su aplicación como un derecho más y con la misma financiación que el resto de las prestaciones y subsidios por desempleo, también se establece la cotización a la Seguridad Social durante la percepción de la renta, en la forma recogida en el artículo 218.1.4. de la LGSS.

verse el reciente VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España (2014). http://www.foessa2014.es/informe/uploaded/descargas/VII_INFORME.pdf

⁹⁵⁷ Sobre la normativa referida, MORENO I GENÉ, J Y ROMERO BURILLO, A Mª. *Nuevo régimen jurídico renta activa de inserción (A propósito del RD 1369/2006, de 24 de noviembre)*, Pamplona, edit. Aranzadi, 2007. ESTEBAN LEGARRETA, R. *La Renta activa de inserción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

2. Beneficiarios

2.1. Requisitos generales

Con una estructura innecesariamente compleja, pero habitual en los preceptos del Título III de la LGSS, el artículo 2 del RD 1369/2006, modificado por RDL 16/2014, de 19 diciembre, identifica beneficiarios directos, añadidos, otros posibles..., requisitos, excepciones a éstos según los colectivos...en una especie de puzle a conformar por el intérprete.

Con carácter general, podrán ser beneficiarios del programa de renta activa de inserción los trabajadores desempleados menores de 65 años que, a la fecha de solicitud de incorporación al mismo, reúnan los siguientes requisitos:

1º) Ser mayor de 45 años.

2º) Ser demandante de empleo, con una inscripción ininterrumpida como desempleado en la oficina de empleo, durante al menos 12 meses⁹⁵⁸.

Durante la inscripción el demandante de empleo, y con la suscripción del compromiso de actividad, deberá buscar activamente empleo y no deberá rechazar una oferta adecuada de empleo ni negarse a participar en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, u otras para incrementar la actividad, salvo causa justificada. Igualmente deberá dar cumplimiento al «plan personal de inserción laboral». La realización de estas búsquedas de empleo deberá acreditarse en

⁹⁵⁸ A estos efectos se considerará interrumpida la demanda de empleo por la realización de un trabajo durante un período acumulado de 90 o más días en los 365 anteriores a la fecha de la solicitud de incorporación al programa, así como la salida al extranjero por cualquier motivo o duración (salvo que la salida se haya producido por matrimonio o nacimiento de hijo, fallecimiento o enfermedad grave del cónyuge o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o por el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, y siempre que la estancia haya sido igual o inferior a 15 días; o se haya realizado a países del Espacio Económico Europeo o a Suiza para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, y siempre que la estancia sea inferior a 90 días). En supuestos de interrupción de la demanda de empleo, se exigirá un nuevo período ininterrumpido de doce meses desde la nueva inscripción.

Téngase en cuenta dada su importancia cuantitativa que, la condición de desempleado es aplicable a aquellas situaciones de empleo parcial marginal por el que se percibe un salario inferior al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional y que de acceder con posterioridad no harían perder su condición de demandante de empleo conforme al art. 11.2 b) del RD 1369/2006 (STS 3-3-2010 [RJ 2010,1479]) La cuestión no es nueva, ver al respecto, HIERRO HIERRO, FJ. *Acerca de la consideración de interrumpida de la demanda de empleo por haber trabajado en los setecientos treinta días anteriores a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto 781/2001, de 6 de julio, y a la solicitud de incorporación al programa de Renta Activa de Inserción en un período acumulado de noventa o más días en cada año*. Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 10/2004, BIB 2004\1527

el momento de la solicitud y en tanto no se regule reglamentariamente la forma de acreditarse se estará a lo establecido en el art. 3 del RDL 16/2014.

3º) Haber extinguido las prestaciones de desempleo del nivel contributivo y/o asistencial⁹⁵⁹, salvo que la extinción hubiera sido por sanción, y no tener derecho a la protección por dicha contingencia. Este requisito no se exige en los supuestos de trabajadores emigrantes retornados y víctimas de violencia de género o doméstica a lo que se alude más adelante.

4º) Carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

Aunque el solicitante carezca de rentas, en estos términos, si tiene cónyuge y/o hijos menores de 26 años, o mayores incapacitados o menores acogidos, se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas cuando la suma de las de todos los integrantes de la unidad familiar, incluido el solicitante, divididas por el número de miembros que la componen no supere el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias⁹⁶⁰.

5º) No haber sido beneficiario del programa de renta activa de inserción en los 365 días naturales anteriores a la fecha de la solicitud, salvo que acrediten la condición de minusválido (grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento) o la condición de víctima de violencia de género (art. 2.4 a) RD 1369/2006).

⁹⁵⁹ No sería desacertado incorporar estos colectivos a los programas de sustitución de trabajadores que realizan cursos de formación, a este respecto ver, QUESADA SEGURA, R. Derechos de formación profesional y contratos formativos, Rev. Temas Laborales núm. 115/2012. Págs. 165-191.

⁹⁶⁰ Se considerarán rentas a estos efectos «cualesquiera bienes, derechos o rendimientos de que disponga o pueda disponer el desempleado derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional, salvo las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo y salvo el importe de las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social. También se considerarán rentas las plusvalías o ganancias patrimoniales, así como los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 50 por 100 del tipo de interés legal del dinero vigente, con la excepción de la vivienda habitualmente ocupada por el trabajador y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas, todo ello en los términos que se establezcan reglamentariamente» (art. 215.3.2 LGSS).

También se computará como renta el importe de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas (art. 2.1) del RD 1369/2006).

Por el contrario, no se computará como renta el importe correspondiente a la indemnización legal que en cada caso proceda por la extinción del contrato de trabajo, con independencia de que el pago de la misma se efectúe de una sola vez o de forma periódica (art. 215.3.2 LGSS).

6º) No haber sido beneficiarios de tres programas de renta activa de inserción anteriores (art. 2.4 b) del RD 1369/2006).

2.2. Otros beneficiarios

También podrán ser beneficiarios del programa de renta activa de inserción los trabajadores desempleados menores de 65 años que a la fecha de solicitud de incorporación al mismo se encuentren en alguna de las situaciones siguientes (art. 2.2 RD 1369/2006):

1º) Acreditar la condición de minusvalía en grado igual o superior al 33%, o tener reconocida una incapacidad que suponga una disminución en su capacidad laboral del referido porcentaje, siempre que se reúnan los requisitos exigidos con carácter general, salvo el relativo a la edad y al de no haber sido beneficiario de la renta activa de inserción en los 365 días naturales anteriores a la fecha de solicitud.

2º) Ser trabajador emigrante retornado del extranjero en los 12 meses anteriores a la solicitud, siempre que se haya trabajado, como mínimo, seis meses en el extranjero desde la última salida de España, que se esté inscrito como demandante de empleo, y que se reúnan los requisitos exigidos con carácter general, salvo el relativo a la inscripción ininterrumpida como demandante de empleo.

3º) Tener acreditada por la Administración competente⁹⁶¹ la condición de víctima de violencia doméstica y estar inscrita como demandante de empleo, salvo cuando conviva con el agresor y reúna los requisitos exigidos con carácter general, salvo los relativos a la edad, a la inscripción ininterrumpida como demandante de empleo y al de no haber sido beneficiario de la renta activa de inserción en los 365 días naturales anteriores a la fecha de solicitud⁹⁶².

4º) También pueden incorporarse a ese programa los pensionistas de invalidez no contributiva que reúnan en el momento de la solicitud todos los requisitos exigidos con carácter general a excepción de la carencia de rentas contemplado en el art. 2.1d) del RD 1369/2006, por percibir, precisamente, la pensión de invalidez. A estos efectos deberán acreditar que dejarán de percibirla, mediante una certificación de la Administración competente relativa a la suspensión de la misma a partir de la fecha en que se inicie el devengo de la renta activa (art. 2.3 del RD 1369/2006).

⁹⁶¹ Se entiende acreditada mediante resolución judicial en la que se adopta medida cautelar de alejamiento de su pareja, sin que tal acreditación deba hacerse necesariamente mediante la “orden de protección” prevista en la LO 1/2004 y que regula la Ley 23/2003, de 31 de julio (STS 2-10-2013 [JUR 2013, 346381]).

⁹⁶² Ver al respecto, DEL OLMO DEL OLMO, JA. : *La renta activa de inserción para las víctimas de violencia de género*. Revista de Información Laboral núm. 4/2015. BIB 2015\1378.

II. PROGRAMA EXTRAORDINARIO DE ACTIVACIÓN PARA EL EMPLEO

1. Introducción

La estructura del sistema productivo español – que a pesar de las evidencias durante la crisis no hemos conseguido reconstruir, incluso insistimos en los mismos errores- y especialmente la denominada “cultura del ladrillo”, instalada durante años en una espiral desproporcionada, conocida y aceptada, ha provocado que la intensa crisis económico-financiera dibujara un mapa de la población parada, con características propias en relación con el resto de países de la UE, tanto en términos cuantitativos, como cualitativos. A las elevadísimas cifras de paro, se une la existencia de un porcentaje elevado de parados de larga duración, e incluso, de complejísima reintegración al mercado laboral, en función de sus características singulares y del sector económico de procedencia⁹⁶³.

La incipiente y desigual reactivación de la economía, así como el marco referido, propicio que, el 29 de julio de 2014, el Gobierno, las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y los sindicatos CCOO y UGT adoptaron el Acuerdo de propuestas para la negociación tripartita para fortalecer el crecimiento económico y el empleo, que recogía la voluntad de impulsar medidas en distintos ámbitos, desde un renovado protagonismo del diálogo social, destinadas a intensificar la evolución positiva de la economía y del empleo. Y, en particular, la incidencia del desempleo de larga duración supone un reto que debe abordarse para que la recuperación no deje un lastre de exclusión social, o al menos, sea el menor posible.

En atención a este objetivo, una de las iniciativas recogidas en el Acuerdo tripartito con carácter prioritario era el diseño, con la colaboración de las comunidades autónomas, de un programa de activación para el empleo con un contenido específico de orientación, formación, recualificación y/o reconocimiento de la experiencia laboral que, acompañado de una medida de protección, contribuyera a facilitar la reinserción laboral a los desempleados de larga duración con cargas familiares.

En desarrollo de esta previsión, el 15 de diciembre de 2014, Gobierno e Interlocutores Sociales firmaron el Acuerdo sobre el Programa Extraordinario de Activación para el Empleo, destinado a mejorar la empleabilidad y dotar de nuevas oportunidades al citado colectivo de trabajadores desempleados, dadas sus mayores dificultades de colocación.

⁹⁶³ Un análisis reciente de los datos, en PEREZ DEL PRADO, D. *Del paro registrado al de la EPA y de la tasa de cobertura a la tasa de protección de los parados*. Revista de Información Laboral núm. 1/2015. BIB 2015\231.

En este marco se inserta las medidas contenidas en el RDL 16/2014, de 19 diciembre, que ha puesto en marcha un programa específico de carácter extraordinario de activación para el empleo, en el marco de la Estrategia de activación del empleo diseñada por la Ley de Empleo y conforme a las Recomendaciones de la Unión Europea de 8 de julio de 2014.

El programa se aplica con carácter temporal (del 15 de enero de 2015 al 15 de abril de 2016), y va dirigido a desempleados de larga duración. Comprende acciones de política activa de empleo e intermediación laboral y una ayuda económica de acompañamiento, quedando su gestión a cargo del SEPE. Tiene carácter extraordinario y se configura como último recurso respecto de los restantes mecanismos de protección de las situaciones de desempleo: protección ordinaria mediante prestaciones o subsidios, protección específica a través de la renta activa de inserción (RD 1369/2006 y normas complementarias), y protección de carácter especial a través de programas de inserción o recualificación (RDL 10/2009 y RDL 1/2011).

1. Beneficiarios

El programa va referido a los desempleados de larga duración con responsabilidades familiares que hayan agotado tiempo atrás las ayudas de protección del desempleo disfrutadas a través de otros programas⁹⁶⁴. No se considera desempleado a estos efectos quien se encuentre trabajando por cuenta ajena a tiempo parcial (art. 2.2 RDL 16/2014). Para la incorporación deben reunir los siguientes requisitos en la fecha de la solicitud (art. 2.1 RDL 16/2014):

a) transcurso de un plazo mínimo de seis meses desde el agotamiento de alguna de las siguientes ayudas o prestaciones:

- Renta Activa de Inserción (RAI), regulada en RD 1369/2006, de 24 de noviembre, o en alguna de las normas que le precedieron.

- Ayudas del Programa Temporal de Protección e Inserción (PRODI), regulado por RDL 10/2009, de 13 de agosto.

⁹⁶⁴ Sobre estos programas pueden verse, MARTÍN JIMÉNEZ, R. *La tercera prórroga de la ayuda de acompañamiento a los desempleados*. Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 848/2012. BIB 2012\3007; BLASCO RASERO, C. *La protección social del Estado: ayudas asistenciales a favor de los ciudadanos sin recursos suficientes para vivir*, en Revista Española de Derecho del Trabajo, Núm. 154, abril-junio 2012.

-Ayudas del Programa de Recualificación Profesional de las Personas que Agoten su Protección por Desempleo (PREPARA), regulado por RDL 1/2011, de 11 de febrero), y sus sucesivas prórrogas⁹⁶⁵.

b) Transcurso de un plazo mínimo de seis meses desde el agotamiento de cualquier tipo de renta mínima, salario social o ayuda análoga percibida con cargo a cualquier Administración Pública

c) Inscripción como demandante de empleo en el Servicio Público de Empleo competente a fecha 1 de diciembre de 2014. Se entiende cumplido este requisito cuando el trabajador, aun no estando inscrito como demandante de empleo en dicha fecha, tenga interrumpida la inscripción por la realización de un trabajo por cuenta ajena, de duración inferior a 90 días.

d) Inscripción como demandante de empleo durante 360 días en los dieciocho meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de incorporación al programa.

e) Carencia del derecho a la prestación contributiva o asistencial por desempleo, o a la renta activa de inserción.

⁹⁶⁵ Este programa forma parte de las medidas de carácter coyuntural contempladas en el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, suscrito el 2 de febrero de 2011, dentro del denominado plan de choque para el 2011, que han sido desarrolladas por RDL 1/2011, de 11 febrero (RCL 2011, 222) de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas.

Se trata de un nuevo programa, basado en políticas activas de empleo y una ayuda económica de acompañamiento que permitan la recualificación profesional del trabajador desempleado y su posterior recolocación (art. 2 RDL 1/2011). Su aplicación, prevista inicialmente durante seis meses, ha sido objeto de sucesivas prórrogas, la última de ellas por RDL 1/2013, de 25 de enero (RCL 2013, 99), en el que se prevé su prórroga automática por períodos de seis meses en tanto la tasa de desempleo, según la Encuesta de Población Activa (EPA) publicada con anterioridad a la prórroga que corresponda, fuera superior al 20 por ciento (Disposición adicional segunda RDL 1/2013).

La primera prórroga del programa duró hasta el 16 de febrero de 2012 (art. 6 RDL 10/2011, de 26 agosto); la segunda hasta el 16 de agosto de 2012 por la disp. adic. 13ª RDL 20/2011 (en la redacción dada por DF 18 Ley 2/2012), desarrollada por Res. 15-2-2012; la tercera, hasta el 16 de febrero de 2013 por RDL 23/2012, de 24 de agosto, desarrollado por Resolución de 30 de agosto de 2012, la cuarta, hasta el 16 de agosto de 2013 (art. 1 RDL 1/2013, de 25 de enero), Res. 13-2-2013. A partir de aquí las prórrogas han operado automáticamente. A su vez, la Res de 1-8-2013, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación de las ayudas económicas de acompañamiento incluidas en este programa, ha sido objeto de tres prórrogas: la primera por un período de seis meses a partir del 16 de febrero de 2014 (Res. 24 de enero de 2014, la segunda a partir del 16 de agosto de 2014 (Res. 30 de julio 2014 y la tercera a partir 16 de febrero de 2015 (Res. 13-2-2015). La regulación original de este programa ha sufrido diversas modificaciones con cada una de sus prórrogas. No obstante, para las últimas de ellas se mantienen las modificaciones incorporadas por el RDL 23/2012.

f) Cese involuntario en un trabajo por cuenta ajena previamente al agotamiento del último derecho de los contemplados en el apartado a), o, en su caso, cese involuntario en el trabajo que se hubiera realizado tras el agotamiento de dicho derecho.

g) Carencia de rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Se consideran rentas e ingresos computables las definidas en el art. 215.3 2) de la LGSS y se excluyen las rentas derivadas de las actividades compatibles con la ayuda.

h) Acreditar responsabilidades familiares en los términos previstos en el art. 215.2 LGSS

2. Incorporación al programa y ayuda económica de acompañamiento

Las solicitudes para la admisión al programa y reconocimiento de la ayuda económica de acompañamiento deben presentarse en la correspondiente oficina del SPEE entre el 15 de enero de 2015 y el 15 de abril de 2016. Sólo se podrá acceder al mismo una sola vez (art. 4 RDL 16/2014). La solicitud, debe contener el compromiso de actividad suscrito por el solicitante y debe ir acompañada de la documentación acreditativa de que se reúnen los requisitos exigidos (art. 2 RDL 16/2014)

De la solicitud se dará traslado al servicio público de empleo competente, a fin de que inicie las actuaciones necesarias para el diagnóstico del perfil del solicitante. Para ello, con carácter previo a la admisión debe asignarse a cada beneficiario un tutor para la elaboración del itinerario individual y personalizado de empleo a partir de una entrevista individualizada (art. 4 y 6 RDL 16/2014). Corresponde al tutor el seguimiento del itinerario, la propuesta de las medias de activación para posibilitar la inserción laboral del trabajador y el control de las restantes obligaciones adquiridas en la suscripción del compromiso de actividad, la gestión de los servicios y programas de orientación e intermediación y formación profesional y el seguimiento de las colocaciones que se produzcan durante la vigencia del programa.

La cuantía de la ayuda económica de acompañamiento es igual al 80 por ciento del IPREM vigente en cada momento. Se percibe durante seis meses, sin perjuicio de que las acciones de inserción previstas en el programa pueden continuar realizándose con posterioridad (art. 7 RDL 16/2014).

III. PROGRAMA DE RECUALIFICACIÓN PROFESIONAL

El programa de recualificación profesional de las personas que agoten su prestación por desempleo, forma parte de las medidas de carácter coyuntural contempladas en el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, suscrito el 2 de febrero de 2011, dentro del denominado plan de choque para el 2011, que han sido desarrolladas por RDL 1/2011, de 11 febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas.

Constituye un nuevo programa, basado en políticas activas de empleo y una ayuda económica de acompañamiento que permitan la recualificación profesional del trabajador desempleado y su posterior recolocación (art. 2 RDL 1/2011). Su aplicación, prevista inicialmente durante seis meses, ha sido objeto de sucesivas prórrogas, la última de ellas por RDL 1/2013, de 25 de enero (RCL 2013, 99), en el que se prevé su prórroga automática por períodos de seis meses en tanto la tasa de desempleo, según la Encuesta de Población Activa (EPA) publicada con anterioridad a la prórroga que corresponda, fuera superior al 20 por ciento (Disposición adicional segunda RDL 1/2013).

La primera prórroga del programa duró hasta el 16 de febrero de 2012 (art. 6 RDL 10/2011, de 26 agosto); la segunda hasta el 16 de agosto de 2012 por la disp. adic. 13ª RDL 20/2011 (en la redacción dada por DF 18 Ley 2/2012), desarrollada por Res. 15-2-2012; la tercera, hasta el 16 de febrero de 2013 por RDL 23/2012, de 24 de agosto, desarrollado por Resolución de 30 de agosto de 2012, la cuarta, hasta el 16 de agosto de 2013 (art. 1 RDL 1/2013, de 25 de enero), Res. 13-2-2013. A partir de aquí las prórrogas han operado automáticamente. A su vez, la Res de 1-8-2013, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación de las ayudas económicas de acompañamiento incluidas en este programa, ha sido objeto de tres prórrogas: la primera por un período de seis meses a partir del 16 de febrero de 2014 (Res. 24 de enero de 2014), la segunda a partir del 16 de agosto de 2014 (Res. 30 de julio 2014) y la tercera a partir 16 de febrero de 2015 (Res. 13-2-2015).

Para ser beneficiarios del programa se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos (art. único RDL 23/2012, art. 3 Res. 1 agosto 2013 y Res. 13-2-2015):

- Llevar inscritos como demandantes de empleo al menos doce de los últimos dieciocho meses.

- Ser persona desempleada por extinción de la relación laboral.

- Haber agotado las prestaciones de desempleo del nivel contributivo o algunos de los subsidio por desempleo, incluidas sus prórrogas, en el período comprendido entre el 15 de febrero y 15 agosto de 2015, ambos inclusive.

- No tener derecho a cualquiera otro de los subsidios por desempleo establecidos legalmente.

- Tener responsabilidades familiares en los términos definidos por el art. 215.2 LGSS.

- Carecer el solicitante por sí mismo de rentas de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias. Si el solicitante convive con los padres, cónyuge, hijos menores de 26 o mayores con un grado de discapacidad de, al menos, el 33 % o menores acogidos se exige, además, que la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar, incluidas las del solicitante, no superen el 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias. A estos efectos, se consideran rentas las recogidas en el art. 215.3.2 LGSS, así como los salarios sociales, rentas mínimas de inserción y otras de naturaleza análoga concedidas por las administraciones públicas.

Quedan excluidos : a) quienes hubieran disfrutado del programa extraordinario temporal de protección por desempleo e inserción; b) quienes hubieran sido o pudieran ser beneficiarias del programa de recualificación profesional previsto en el RDL 1/2011 (PREPARA), incluidas todas las prórrogas; c) quienes hubieran agotado o pudieran tener derecho a la renta activa de inserción; d) quienes hubieran agotado la renta agraria o el subsidio de desempleo agrario; e) personas en las que concurra alguna de las circunstancias previstas en el art. 13.2 Ley 38/2003, General de Subvenciones.

Los beneficiarios deben solicitar la inclusión en el programa en el plazo de dos meses desde la finalización de la prestación o subsidio de desempleo y en ese plazo deberán realizar, durante un período mínimo de treinta días, acciones de búsqueda activa de empleo entre las que se consideran la realización de trabajos por cuenta propia o ajena, que deberán acreditarse en el momento de la solicitud.

IV. RECAPITULACIÓN

Posiblemente las conclusiones sobre el conjunto de medidas que se han descrito, sobrepasan el ámbito jurídico y se centrarían en otro tipo de trabajo que analizara su efectividad desde la perspectiva de la integración de los colectivos en el mercado laboral y en qué condiciones, así como, sobre el alcance de las ayudas económicas.

9.5. PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES EVENTUALES AGRARIOS

JUAN ROMERO CORONADO

NATALIA TOMÁS JIMÉNEZ

*Profesores Ayudantes de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

I. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES EVENTUALES AGRARIOS

El proceso reformista en el sistema de protección por desempleo que se llevó a cabo en el año 2002 afectó de forma decisiva a la vigencia temporal del subsidio por desempleo de los trabajadores eventuales de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura. Se inició un proceso de transformación de la protección por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios que tuvo como resultado la supresión progresiva del Subsidio del que habían sido beneficiarios desde hacía dos décadas. Con estos postulados se dio comienzo a un proceso de transformación normativa en el que bajo la apariencia de una racionalidad funcional e instrumental se estableció un régimen de restricción en el acceso al subsidio⁹⁶⁶.

El Capítulo III del Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad supuso una transformación sustancial en el sistema de protección por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios que ha afectado decisivamente a la vigencia Temporal del subsidio agrario. Esta nueva organización de la protección por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios se estableció sobre la base de la Estrategia Europea por el Empleo y se justificó en el intento de lograr unos objetivos de accesibilidad al empleo⁹⁶⁷.

En el artículo 3 se estableció la progresiva eliminación del subsidio para trabajadores eventuales de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura. El citado artículo determinó que sólo podían ser perceptores del subsidio los trabajadores eventuales agrarios de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Ex-

⁹⁶⁶ ROMERO CORONADO, J.: "Subsidio por desempleo, subsidio agrario y renta agraria", en VV.AA.: *Sistema especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios: comentarios a la Ley 28/2011, de 22 de septiembre*, HIERRO HIERRO, J. (Dir.), Murcia, Ediciones Laborum, 2012, págs. 247 y ss.

⁹⁶⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La Reforma de la Seguridad Social: Aspectos formales e instrumentales", *TL*, núm. 66, 2002, pág. 73.

tremadura, que al haber incurrido en situación de desempleo, hubieran sido beneficiarios del subsidio en alguno de los tres años naturales inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud. En consecuencia, desde el 27 de mayo de 2002 se imposibilitó el acceso de nuevos perceptores al subsidio agrario⁹⁶⁸.

Por su parte, la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad obligó a introducir algunas modificaciones al Real Decreto que, en sustancia, trataban de mantener el grueso de las medidas adoptadas, no dejando de ser meros retoques para tratar de minimizar el coste político y social. Se mantuvo el sistema de futuras incorporaciones a la novedosa estructura de protección por desempleo, establecida por el RD 5/2002 sobre la base de la prestación contributiva para trabajadores eventuales agrarios de todo el conjunto del territorio español, pero se permitió a los trabajadores de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, que a raíz de la entrada en vigor de dicha normativa habían quedado excluidos de la percepción del subsidio agrario, acceder a la nueva renta activa de inserción, por una duración igual a la que hubiera correspondido en caso de ser desempleado agrario subsidiado.

Se puso así de manifiesto el carácter sorpresivo y perentorio del proceso que llevó a la inclusión particular de estos trabajadores eventuales dentro del Programa de Renta Activa de Inserción, máxime cuando a no muy tardar, transcurridos tan sólo cinco meses, en virtud del RD 426/2003, de 11 de abril, se creó una alternativa específica de protección por desempleo para este colectivo, la Renta Agraria⁹⁶⁹.

Con el RD 864/2006, para la mejora del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios se mantuvo la estructura del sistema de protección por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura tal y como había quedado tras la creación de la Renta Agraria por el RD 426/2003 pero se produjeron significativas modificaciones. Por una parte, el subsidio por desempleo para los trabajadores que habían sido perceptores del mismo durante los tres años anteriores a la solicitud y para el resto, es decir, para los que no pudieran acceder al subsidio, la Renta Agraria. A pesar del mantenimiento de las restricciones temporales las nuevas posibilidades subjetivas de extensión del subsidio introducidas por el RD 864/2006 aumentaron las perspectivas de aplicación del subsidio tanto en términos cuantitativos como cualitativos.

⁹⁶⁸ LÓPEZ GANDÍA, J.: "La protección por desempleo de los trabajadores del Régimen Especial Agrario", *Actualidad Laboral*, núm. 14, 2003, pág. 257.

⁹⁶⁹ MOLINA NAVARRETE, C., CUEVAS GALLEGOS, J., DE LA CASA QUESADA, S. Y MOLINA HERMO-SILLA, O.: "La «contrarreforma» del sistema de protección por desempleo: continuidades y discontinuidades tras la Ley 45/2002, de 12 de diciembre". *Estudios Financieros*, núm. 238, 2003, pág. 53.

El RD 864/2006 permitió que los trabajadores fijos-discontinuos agrarios pudieran optar por acceder al subsidio por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura. De esta forma, se amplió el número de perceptores y, además, al aumentar las posibilidades de percepción también aumentaron las expectativas de durabilidad del mismo. A pesar de ello, el mantenimiento de las limitaciones establecidas por el RD 5/2002 supuso que la sucesiva extinción de las causas determinantes del acceso al subsidio de cada uno de los perceptores actuales provocase el mantenimiento la progresiva desaparición del subsidio agrario, por tanto, el subsidio se siguió perfilando como una prestación de carácter transitorio, a extinguir⁹⁷⁰.

Finalmente, la Ley 28/2011 por la que se integró el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social dentro del Régimen General mantuvo el mismo régimen que hasta ahora se había venido aplicando para los trabajadores eventuales agrarios residentes en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura. De esta forma, tienen derecho bien al subsidio por desempleo en favor de los trabajadores eventuales regulado por el Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, o bien a la renta agraria para los trabajadores eventuales agrarios, prevista en el Real Decreto 426/2003, de 11 de abril siempre que acrediten su condición de trabajadores agrarios y reúnan los requisitos exigidos en dichas normas.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SUBSIDIO

El RD 5/1997 establece en su artículo 1.2 una delimitación de la aplicación territorial del subsidio atendiendo a la superioridad del paro estacional de los trabajadores eventuales agrarios en relación con la media nacional y siempre y cuando el número de estos trabajadores sea también proporcionalmente superior al de otras zonas geográficas. Esta delimitación pone de manifiesto la justificación social del subsidio en la medida en la que atiende al riesgo que supone para la colectividad la existencia de un elevado número de trabajadores sometidos a una situación de desempleo. La situación individual de desempleo de un trabajador agrario eventual no es tan relevante a estos efectos como la pluralidad de situaciones de ese tipo que se pueden desarrollar en una determinada zona. Está claro, pues, que, además de la paliación de un concreto estado de necesidad, lo manifiestamente predominante es minimizar las situaciones de riesgo proclives a la generación de una situación de conflictividad social que de no prevenirse por la vía del ordenamiento jurídico social sólo podría ser encauzada mediante la utilización de medidas de carácter represivo⁹⁷¹.

⁹⁷⁰ GARCÍA ROMERO, B.: *Seguridad Social Agraria: Acción Protectora*, Cizur-Menor (Navarra), Thomson- Civitas, 2006, pág. 148.

⁹⁷¹ Sobre la importancia del contexto territorial en cuanto al remedio y agravación de la situación de necesidad se ha manifestado la STC 90/1989, de 11 de mayo. Por ello se entiende que en el caso de

Las comunidades autónomas en donde la mayor eventualidad agraria es proclive a una situación de desestabilización social son las de Andalucía y Extremadura. Varios son los factores de carácter cuantitativo, económico y sociológico que refuerzan esta consideración. El índice de desempleo de los trabajadores eventuales agrarios de Andalucía y Extremadura es muy superior al de otras Comunidades Autónomas siendo a su vez el número de estos trabajadores muy superior al de otras zonas agrarias. La eventualidad agraria ha dado lugar en estas regiones a una estructura dicotómica de la sociedad que ha sido la causa fundamental de la tensión de la conflictividad campesina de este ámbito geográfico. La tradicional situación de la economía agraria andaluza y extremeña caracterizada por el absentismo y el subarriendo han venido consolidando a lo largo del tiempo una percepción de malestar en el campesinado andaluz y extremeño que se ha venido explicando por la insuficiencia histórica de los terrenos cultivados, la concentración de la propiedad, los salarios de hambre y las paupérrimas condiciones de trabajo⁹⁷².

El menor desarrollo económico de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura repercute en las menores expectativas de encontrar un puesto de trabajo por parte de los trabajadores eventuales agrarios lo que contribuye a agravar aún más las dificultades generadas por la situación de desempleo. De ello se deduce que la aplicación del subsidio no se realiza solamente en función de que las necesidades de los trabajadores agrarios andaluces sean superiores a las de los trabajadores agrarios de otras Comunidades Autónomas sino porque en el caso de estos trabajadores agrarios las posibilidades de poder encontrar un empleo sustitutivo son más limitadas. La pervivencia de estos factores, aunque con una intensidad desigual, justifica todavía a día de hoy la necesidad de mantenimiento del subsidio agrario⁹⁷³.

En cuanto a los requisitos para el acceso al subsidio, los trabajadores agrarios deben suscribir en la fecha de la solicitud del subsidio el compromiso de actividad del artículo 231 de la LGSS⁹⁷⁴. Desde el 26 de mayo del 2002 sólo han podido ser beneficiarios los desempleados que hubiesen sido beneficiarios en alguno de

los trabajadores eventuales de Andalucía y Extremadura lo determinante no es la situación aislada de necesidad del trabajador una vez que se queda en paro sino las posibilidades o perspectivas que el contexto ofrece al trabajador para poder salir de esa situación.

⁹⁷² GONZÁLEZ DE MOLINA, M. Y GÓMEZ OLIVER, M.: *Historia contemporánea de Andalucía. Nuevos contenidos para su estudio*. Junta de Andalucía, Granada, 2000, págs. 384-387.

⁹⁷³ GARCÍA GARCÍA, J.M.: «La protección por desempleo de nivel contributivo para los trabajadores eventuales del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social», *Información Laboral*, núm. 15, 2003, pág. 9.

⁹⁷⁴ QUESADA SEGURA, R.: *Los principios constitucionales y el modelo legal de protección por desempleo*, CARL-Mergablum, Sevilla, 2004, pág.170.

los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud del mismo. En cuanto a los requisitos para ser beneficiario el trabajador tiene que tener su domicilio en Andalucía o Extremadura, tiene que estar dado de alta en el sistema especial de trabajadores agrarios por cuenta ajena del Régimen General, tener cubierto un mínimo de treinta y cinco jornadas reales cotizadas en los doce meses inmediatamente anteriores a la situación de desempleo, no haber cumplido la edad mínima para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, estar al corriente en el pago de la cuota fija por contingencias comunes en los doce meses inmediatamente anteriores a la solicitud del subsidio o, en su caso, por el período inferior en el que haya permanecido en alta. En relación con el requisito de las treinta y cinco jornadas reales cotizadas hay que tener en cuenta que ha venido siendo una práctica gubernamental la reducción de este límite cuando por determinadas circunstancias excepcionales: heladas, sequías o inundaciones se haya producido una reducción considerable de las cosechas y consecuentemente de la actividad agraria.

La cuantía del subsidio es del 80% del indicador público de renta de efectos múltiples mensual vigente en cada momento. Así se estableció por el artículo 3º del Real Decreto Ley 3/2004, de 25 de junio, que modificó el artículo 4 del Real Decreto 5/1997. También comprende la aportación del trabajador al REA, sin embargo, la disposición derogatoria única de la ley 28/2011 deroga esta posibilidad para compatibilizar la regulación del subsidio con las características del sistema especial. La duración del subsidio es variable según la edad del trabajador en la fecha de la solicitud, la existencia o no de responsabilidades familiares y el número de jornadas reales trabajadas. Con carácter general es de 180 días.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RENTA AGRARIA

La Renta Agraria reproduce los mismos parámetros de especificidad que el subsidio. Así, la exposición de motivos del RD 426/2003 justifica precisamente la aplicación específica para las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura sobre la base establecida por la STCo 90/1989 dadas las especiales circunstancias de mayor volumen de trabajadores eventuales agrarios y de paro agrario.

La restricción de estas medidas coincide precisamente con el objetivo que se pretende por parte de las mismas. El objetivo de esta prestación es cubrir la carencia de rentas en la época de inactividad de los eventuales agrarios y tratar de mejorar su colocación. Se entiende que esta mejora en la empleabilidad no se da en los trabajadores agrarios eventuales de otras comunidades por cuanto que en ellas hay sectores económicos sustitutivos que permiten la contratación de dichos trabajadores. Es por ello, que esta medida en otras Comunidades Autónomas

resultaría residual porque apenas se dan las condiciones para que existan trabajadores eventuales agrarios con las mismas características en las que se encuentran los trabajadores andaluces⁹⁷⁵.

La especificidad andaluza y extremeña viene dada precisamente por la idea de empleabilidad que ya tuvo su origen en el subsidio pero que se hace más evidente en la Renta Agraria como consecuencia de las reformas operadas por el RD 5/2002 y la Ley 45/2002. Los mecanismos específicos establecidos en el ámbito agrario para lograr la inserción laboral de los trabajadores eventuales hacen que estas medidas se entiendan como un instrumento esencial para conseguir el acceso al empleo de amplios sectores de la población andaluza y extremeña. A ello, se deben añadir los mecanismos generales de activación para todas las prestaciones por desempleo, compromiso de actividad, acciones de inserción laboral con asesoramiento individualizado, e incorporación a planes de empleo o formación⁹⁷⁶.

Así, la Renta agraria introduce elementos importantes destinados a facilitar la inserción laboral e incentivar el empleo del colectivo. No sólo tiene un efecto sustitutivo de rentas sino que trata de hacer frente a una serie de carencias de orientación, formación y experiencia profesional que dificultan el acceso al trabajo y el funcionamiento del mercado laboral. Según la propia exposición de motivos del Real Decreto 426/2003 se trata de una protección reforzada en relación con el subsidio en la medida en que incentiva la incorporación y permanencia en el mercado de trabajo. Se puede entender por tanto que la renta agraria tiene un carácter complementario del subsidio por cuanto que técnicamente su regulación no se diferencia del subsidio salvo en la introducción de los elementos de activación. Es decir, se trata de una prestación a medio camino entre el subsidio y la Renta de inserción⁹⁷⁷.

La especificidad se manifiesta de forma sustancial en los requisitos de acceso. Se exige ser trabajador por cuenta ajena de carácter eventual de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, estar de alta en el sistema especial durante 12 meses sólo cuando el desempleado no haya sido perceptor de la renta con anterioridad, estar contratado con carácter temporal para la realización de actividades agrarias, encontrarse en situación de desempleo y subscribir el compromiso de ac-

⁹⁷⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: El modelo de protección pro-desempleo: Configuración técnica y orientaciones de la Reforma», en VV.AA.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas, pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M.N. (Dir. y Coord.), Granada, Comares, 2008, pág. 1025.

⁹⁷⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pág.93

⁹⁷⁷ OJEDA AVILÉS, A.: «La renta agraria para los trabajadores eventuales en el Régimen Especial Agrario», en VV.AA.: *Veinte años de relaciones laborales en Andalucía*, Monografías de Temas Laborales, núm. 14, 2003, págs. 170 y ss.

tividad, haber residido y estar empadronado al menos diez años en alguna localidad de la comunidad correspondiente. Con este último requisito se introduce una limitación temporal inexistente en el subsidio con el que se pretende evitar el denominado efecto llamada. Mientras que el objetivo fundamental del subsidio era el mantenimiento de la población activa en las zonas agrarias de Andalucía y Extremadura, por eso no se establecía límite de duración en el acceso, en el caso de la renta agraria ese objetivo desaparece. Este requisito tiene un claro componente expulsivo. Se particulariza más la medida para sectores de población con un amplio arraigo en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, evitando el acceso a la prestación del trabajador agrario inmigrante.

También se exige no haber sido beneficiario del subsidio agrario en los tres años inmediatamente anteriores a la solicitud, tener cubierto un mínimo de 35 jornadas reales cotizadas en los 12 meses naturales inmediatamente anteriores a la situación de desempleo y, en el caso de que el trabajador tenga más de 45 años. Con anterioridad al segundo Acuerdo para la mejora del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios, de 15 de diciembre de 2005, existía un requisito ya derogado según el cual no se podía acceder a la renta agraria si con anterioridad se había sido seis veces perceptor de la misma.

En cuanto al requisito de las 35 jornadas reales hay que tener en cuenta las modulaciones ya analizadas en el caso del Subsidio agrario que pueden ser efectuadas por el gobierno para hacer frente a la disminución de la actividad agraria provocada por catástrofes como las heladas, inundaciones y sequías.

Dentro de la dimensión pro-activa, el artículo 6 del RD 426/2003 establece que se tiene derecho a acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional a favor de los trabajadores desempleados, y aquellas otras que tengan por objeto el fomento del empleo estable. En este sentido contempla como colectivo prioritario el de los beneficiarios que no hayan conseguido su incorporación en el plazo de 45 días siguientes al reconocimiento de la Renta Agraria. La cuantía de la renta agraria se fija en función del número de jornadas reales cotizadas para el acceso a la prestación aplicando un porcentaje que oscila entre el 80% y el 107% sobre el IPREM. Hasta ahora también se comprendía la aportación de la cuota fija del trabajador al REA. Sin embargo, la disposición derogatoria única de la ley 28/2011 deroga esta posibilidad para compatibilizar la renta con las características del sistema especial⁹⁷⁸.

⁹⁷⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: El modelo de protección pro-desempleo: Configuración técnica y orientaciones de la Reforma», en VV.AA.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas, pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M.N. (Dir. y Coord.), Granada, Comares, 2008, pág. 1024.

IV. CONCLUSIONES

La progresiva sustitución del Subsidio Agrario por parte de la Renta Agraria no ha supuesto que sus elementos estructurales desaparezcan por completo. En muchos aspectos se puede afirmar que la Renta Agraria es sucesora del Subsidio Agrario sobre todo tras la eliminación por parte del RD 864/2006 de los límites temporales que impedían el acceso a la misma más de seis veces. Ahora se puede obtener tantas veces como sea necesario, siempre que se reúnan los requisitos exigidos para ello.

El RD 426/2003 puso de manifiesto el carácter sustitutivo de la Renta Agraria en relación con el subsidio manteniendo los presupuestos que sirvieron para la determinación de aquél. Se llega a afirmar en esta norma que la protección otorgada por la Renta Agraria se ordena atendiendo a «unos requisitos y una acción protectora similar a la que dispensa el subsidio por desempleo» establecido por el RD 5/1997. Por tanto, existe un paralelismo cuando no correspondencia en los requisitos del subsidio y de la renta agraria.

Entre estas correspondencias destacan el requisito de la condición de trabajador por cuenta ajena de carácter eventual, el que desarrolle la actividad agraria de forma habitual, la residencia en el ámbito geográfico protegido, la carencia de rentas dentro de unos límites y la disponibilidad para acceder al empleo. Sin embargo, la correspondencia más significativa es que en la Renta Agraria se permite la subsistencia de la aplicación limitada del subsidio a un ámbito territorial concreto en consideración a las especiales circunstancias de mayor volumen de trabajadores eventuales agrarios y de paro agrario. De esta forma todos los presupuestos normativos y precisiones jurisprudenciales que se han hecho del subsidio en relación con estos elementos subsistirán tras la extinción del subsidio ya que de lo contrario se haría imposible la aplicación de la Renta Agraria.

9.6. TERRITORIALIDAD, RESIDENCIA Y EXPORTACIÓN DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

I. INTRODUCCIÓN

Ante la crisis económica que atraviesan no sólo España sino todos los países de nuestro entorno, a lo que se une incremento de la competitividad internacional en un mercado globalizado se ha reabierto el debate sobre la sostenibilidad financiera del Estado del Bienestar.

El Gobierno español, en el marco de una política de contención del gasto social ha llevado a cabo en los últimos años reformas de gran calado que afectan a los derechos sociales de los migrantes, tanto españoles como extranjeros restringiendo o suprimiendo, en particular, la exportación de prestaciones económicas de Seguridad Social cuando el beneficiario o el sujeto causante dejan de residir en el territorio nacional. Sin embargo en nuestro país, como Estado miembro de la Unión Europea, la aplicación del Derecho emanado de las instituciones europeas tiene primacía sobre el ordenamiento nacional.

Es por eso que en este capítulo se analizará la cuestión de si las normas de territorialidad aplicables a las prestaciones por desempleo son conformes con las disposiciones contenidas en el Reglamento 883/2004 sobre coordinación de sistemas de Seguridad Social.

II. RESIDENCIA LEGAL EN ESPAÑA PRESUPUESTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO

Con carácter general el principio de territorialidad es aplicable a todas las prestaciones de Seguridad Social, tanto contributivas como no contributivas. Consecuencia de lo anterior es que el ámbito de aplicación personal de la legislación española de Seguridad Social comprenda a los españoles que residan en España y a los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional (artículo 7.1 TRLGSS).

Por aplicación del Derecho de la Unión Europea los nacionales de Estados miembros y de aquellos Estados en los que se aplica el Derecho de la Unión Europea (Islandia, Noruega y Liechtenstein y Suiza) gozan igualdad de trato con los españoles por lo que se refiere al acceso al trabajo y a las prestaciones de Seguridad Social

Respecto a los nacionales de Terceros Estados el elemento clave para determinar el alcance de sus derechos de Seguridad Social será el de si residen o se encuentran legalmente en España. Y es que el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo (artículo 36.5 de la Ley Orgánica 4/2000).

Pero incluso encontrándose legalmente en España no pueden ser beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo los estudiantes e investigadores nacionales de Terceros Estados en situación administrativa de estancia (Disposición Adicional 16ª del Real Decreto 557/2011).

III. PRESTACIONES POR DESEMPLEO Y AUSENCIAS DEL TERRITORIO NACIONAL

La residencia en España es un requisito necesario tanto para el reconocimiento como para el mantenimiento del derecho a las prestaciones y subsidios económicos por desempleo.

Requisito que ya conocía importantes excepciones -como indica entre otras la STS de 3.6.2014 (JUR.188834) y las que en ellas se citan- que estaban contenidas en el artículo 6.3 del Real Decreto 625/1985: "el derecho a la prestación o al subsidio por desempleo quedará suspendido en los supuestos de traslado de residencia al extranjero en los que el beneficiario declare que es para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional, o cooperación internacional, por un período continuado inferior a doce meses, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en los Convenios o Normas comunitarias.

En otro caso, el traslado de residencia al extranjero incumpliendo alguno de los requisitos anteriores supondrá la extinción del derecho. No tendrá consideración de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a 15 días naturales por una sola vez cada año, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 231.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio".

Tras las reformas introducidas por el Real Decreto-ley 11/2013 y la Ley 1/2014, entre las causas que provocan la suspensión del abono de la prestación por desempleo por la Entidad Gestora, el artículo 212.1 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social en su apartado f) establece que: “en los supuestos de traslado de residencia al extranjero en los que el beneficiario declare que es para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, por un período continuado inferior a doce meses, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea”.

Por su parte, el apartado f) del precepto anteriormente citado indica que “en los supuestos de estancia en el extranjero por un período, continuado o no, de hasta 90 días como máximo durante cada año natural, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora. No tendrá consideración de estancia ni de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales por una sola vez cada año, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 231.1”.

El artículo 213.1.g) del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social prevé como causa de extinción del derecho a la prestación por desempleo “el traslado de residencia o estancia en el extranjero, salvo en los supuestos que sean causa de suspensión recogidos en las letras f) y g) del artículo 212.1.”

Las mismas reglas se aplican a la prestación asistencial por desempleo puesto que así lo establece el artículo 219.2 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social que señala que “serán de aplicación al subsidio por desempleo las normas sobre suspensión y extinción previstas en los artículos 212 y 213”.

Como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2014, la reforma tiene por objetivo “garantizar una mayor seguridad jurídica” y se aclara expresamente en la ley que en “los supuestos de salida ocasional al extranjero por un período máximo de quince días naturales dentro de un año natural, se mantiene la condición de beneficiario y se sigue percibiendo la prestación o el subsidio por desempleo. Además, se incorporan de forma expresa como supuestos de suspensión de la prestación por desempleo la estancia en el extranjero hasta un período de 90 días, o el traslado de residencia al extranjero por un período inferior a doce meses para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, debiéndose comunicar previamente la salida a la entidad gestora, que deberá autorizarla, extinguiéndose en caso contrario”.

ÁLVAREZ CORTÉS⁹⁷⁹ destaca cómo esta reforma legislativa está claramente inspirada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que resolvió la laguna sobre la “línea divisoria entre la estancia y la residencia” que ni la Ley ni el Real Decreto 200/2006⁹⁸⁰ aclaraban. Según el citado autor “para cubrir la laguna de regulación el Tribunal Supremo utiliza la legislación de extranjería, que distingue la residencia temporal de la estancia, empezando a partir de los 90 días de permanencia”.

Semejante criterio, que podría ser ajustado y proporcionado para resolver los recursos concretos planteados ante el Tribunal Supremo no nos parece afortunado y ello debido, en primer lugar, a que la propia Ley Orgánica 4/2000 se regulan supuestos de “estancias” en territorio nacional cuya duración supera los 90 días. Y a la inversa, existen también supuestos en los que la residencia o estancia en España no se extingue por ausencias superiores a 90 días.

En segundo lugar, porque la legislación de extranjería cuando marca plazos para considerar a una persona en situación de residencia o estancia lo hace desde la perspectiva de la persona que no residiendo previamente en España ha entrado en territorio nacional, y a la cual se le van a reconocer un status jurídico diferente en función de la duración de su permanencia en España.

En tercer lugar, porque los criterios para marcar la frontera entre residencia y estancia (y sus excepciones) regulados en la Ley Orgánica 4/2000 no pueden ser aplicados indiscriminadamente a ciudadanos españoles que residiendo en España se ausentan temporalmente, por la sencilla razón de que no están incluidos en el ámbito de aplicación personal de la Ley Orgánica 4/2000, cuya rúbrica es de por sí suficiente expresiva de sus destinatarios: “Sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”.

En cualquier caso hay que destacar que el régimen aplicable a las ausencias del territorio nacional en materia de prestaciones y subsidios por desempleos constituye una excepción frente a la regla general contenida en la Disposición Adicional 65ª del TRLGSS -introducida por la Ley 22/2013 de Presupuestos Generales del Estado-.

⁹⁷⁹ ÁLVAREZ CORTES, J.C.; “La Condición de Residencia como Causa de Suspensión o Extinción de la Protección por Desempleo: La Influencia de la Doctrina Judicial en el Legislador”. *Temas Laborales* nº 124; pp.247-258.

⁹⁸⁰ Real Decreto 200/2006, de 17 de Febrero, por el que se modifica el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, que desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de Agosto, de protección por desempleo.

La Disposición Adicional 65ª establece que: “a efectos del mantenimiento del derecho de las prestaciones económicas de la Seguridad Social en las que se exija la residencia en territorio español, se entenderá que el beneficiario de dichas prestaciones, incluidos los complementos a mínimos, tiene su residencia habitual en España aún cuando haya tenido estancias en el extranjero siempre que éstas no superen los 90 días a lo largo de cada año natural, o cuando la ausencia de territorio español esté motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas”. Sin embargo, como la propia D.A. 65ª TRLGSS dispone en el último inciso del apartado primero “a efectos de las prestaciones y subsidios por desempleo será de aplicación lo que determine su normativa específica” y no, por tanto, la citada D.A. 65ª.

IV. EL REGLAMENTO 883/2004 Y LA EXPORTACIÓN DE LAS PRESTACIONES Y SUBSIDIOS POR DESEMPLEO

Al margen de las disposiciones nacionales sobre cuándo se extingan o suspendan las prestaciones por desempleo por trasladarse el beneficiario de las mismas al extranjero, hay que tener presente, una vez más, la primacía del Derecho de la Unión Europea.

Por tanto hay que hacer hincapié en que todas las prestaciones españolas de desempleo

-contributivas y asistenciales- son prestaciones exportables conforme al Reglamento 883/2004.

Es por ello que los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo podrán exportar la prestación reconocida cuando se trasladen a otro Estado donde se aplique el citado Reglamento en busca de trabajo y durante un plazo máximo de seis meses (artículo 64.1.c) Reglamento 883/2004).

V. LA PRESTACIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD: PRESTACIÓN COORDINADA Y EXPORTABLE CONFORME EL REGLAMENTO 883/2004 COMO PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

La prestación por cese de actividad fue introducida en el sistema español de Seguridad Social por obra de la Ley 32/2010, de 5 de agosto y, en puridad, no puede ser calificada a nivel de Derecho interno como prestación de desempleo.

Sin embargo, el que el Real Decreto 1541/2011 prevea para la misma la aplicación de “las normas de exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea” es un reconocimiento explícito de que la prestación por cese de actividad

es una prestación coordinada por el Reglamento 883/2004 y le serán de aplicación las disposiciones aplicables a las prestaciones por desempleo ya que el “cese de actividad” como tal no es una contingencia listada en el artículo 3 del Reglamento 883/2004 que en su artículo 3.1 -al delimitar su ámbito de aplicación material- menciona el desempleo en el apartado h).

Conforme a la normativa nacional contenida en el artículo 11.1.f) de la Ley 32/2010 es causa de extinción del derecho de esta prestación “el traslado de residencia al extranjero, salvo en los casos que reglamentariamente se determinen”.

El Real Decreto 1541/2011, que desarrolla la Ley 32/2010, establece en su artículo 15.1.b): “en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.1.f) de la Ley 32/2010, 5 de agosto, el derecho a la protección por cese de actividad quedará suspendido en los supuestos de traslado de residencia al extranjero en los que el beneficiario declare que es para la búsqueda o realización de trabajo, o perfeccionamiento profesional, o cooperación internacional, por un periodo continuado inferior a doce meses, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea. En otro caso, el traslado de residencia al extranjero incumpliendo alguno de los requisitos anteriores supondrá la extinción del derecho.

También, suspenderá el derecho la salida ocasional al extranjero por tiempo no superior a 30 días naturales por una sola vez cada año, siempre que esa salida esté previamente comunicada y autorizada por el órgano gestor.”

El Real Decreto 1541/2011 diferencia entre “salida ocasional” y “traslado de residencia”. Ambos supuestos pueden conllevar la suspensión del derecho a la prestación por cese de actividad pero las dudas interpretativas surgen porque no especifica realmente el legislador cuál ha de ser la ausencia temporal del territorio nacional que implique “traslado por residencia”. Es más, existe un vacío normativo respecto a las consecuencias jurídicas de una salida por tiempo superior a 30 días naturales e inferior a 90 días que no implique traslado de residencia.

Pero al margen de la normativa nacional, puesto que a la prestación por cese de actividad le es de aplicación el Reglamento 883/2004, dicha prestación podrá ser exportada a otros Estados en los que se aplique el Derecho de la Unión Europea durante un plazo máximo de seis meses (artículo 64.1.c) Reglamento 883/2004).

VI. TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS Y PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

El artículo 43.1 de la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000 establece que “los trabajadores extranjeros que, residiendo en la zona limítrofe, desarrollen su actividad en España y regresen a su lugar de residencia diariamente deberán obtener la correspondiente autorización administrativa, con los requisitos y condiciones con que se conceden las autorizaciones de régimen general, siéndoles de aplicación en cuanto a los derechos de Seguridad Social lo establecido en el artículo 14.1 de esta Ley”. El Reglamento de Extranjería -Real Decreto 557/2011- dedica a este colectivo su Título X.

De la definición a nivel de Derecho interno se infiere que el concepto de trabajador transfronterizo pivota, por un lado, sobre un elemento temporal: se exige imperativamente que el trabajador/a que realice actividades por cuenta ajena o por cuenta propia en zonas fronterizas de España abandone diariamente el territorio español.

Y, de otro lado, el segundo elemento a resaltar es que han de regresar diariamente al Estado limítrofe con el nuestro en el que tengan tener fijada su residencia.

Se trata, pues, de trabajadores que a pesar de carecer de autorización de residencia o estancia en España trabajan, sin embargo, legalmente en nuestro país⁹⁸¹.

La vigente definición española de trabajador transfronterizo no sólo ya no coincide con la aplicable en el ámbito del Derecho de la Unión Europea sino que es mucho más restringida que la contenida en el artículo 1.f) del Reglamento 883/2004: aquel “que realiza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y reside en otro Estado miembro al que regresa normalmente a diario o al menos una vez por semana.

Dada la primacía y efecto directo que se predica del Derecho de la Unión Europea frente a la legislación nacional, el ámbito de aplicación de la legislación española de extranjería se circunscribe, por tanto, a los trabajadores transfronterizos que residan en un Estado limítrofe con España que no sean a su vez Estados de la Unión Europea: Andorra y Marruecos. Respecto a Andorra, el vigente Convenio de Seguridad Social que entró en vigor el uno de enero de 2003 no incluye en su ám-

⁹⁸¹ “La validez de la autorización de trabajo estará limitada al ámbito territorial de la Comunidad o Ciudad Autónoma en cuya zona limítrofe resida el trabajador, así como a una ocupación en el caso de trabajo por cuenta ajena o a un sector de actividad en el de trabajo por cuenta propia” (artículo 184.1 del Real Decreto 557/2011).

bito de aplicación material las prestaciones por desempleo. Tampoco el Convenio bilateral hispano-marroquí de 8 de noviembre de 1979 incorpora las prestaciones por desempleo en su ámbito de aplicación⁹⁸².

Durante la vigencia del anterior Reglamento de Extranjería -el derogado Real Decreto 2393/2004- su Disposición Adicional 13ª expresamente excluía a los trabajadores transfronterizos de la cotización por desempleo. Para comprender esta exclusión había que tener en cuenta que en España antes de la Orden de 4.10.1979 los trabajadores transfronterizos sólo gozaban de protección frente a los riesgos profesionales. A partir de esa fecha fueron incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen General con los mismos derechos que el resto de los trabajadores protegidos, excepción hecha de la prestación por desempleo. Esta diferencia se justificaba por la propia normativa española que contempla como causa de extinción del derecho el traslado de la residencia al extranjero.

El vigente Reglamento de Extranjería -Real Decreto 557/2011- no excluye a los trabajadores transfronterizos de la cotización por desempleo. Y no se trata de un lapsus, sino que consultado el Servicio Público de Empleo Estatal éste organismo confirma la obligatoriedad de la cotización por desempleo también para este colectivo.

Pero dadas las férreas limitaciones a la que la legislación española somete actualmente la exportación de prestaciones de Seguridad Social, hay que concluir que cuando únicamente la legislación española sea aplicable a los trabajadores transfronterizos los mismos no podrán cobrar prestación por desempleo por el hecho de residir en un Estado limítrofe con España.

Sorprende, por tanto, que aunque España obligue a cotizar por una prestación que no va a poder ser lucrada, no se haya generado una fuerte contestación social por parte del colectivo afectado.

VII. LA EXPORTACIÓN DE LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN

Fue instaurada por el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

De conformidad con la legislación nacional se trata de una prestación no exportable puesto que el traslado al extranjero para la búsqueda o realización de tra-

⁹⁸² STSJ de Andalucía de 23.2.1996 (AS. 294).

bajo o perfeccionamiento profesional o cooperación internacional por un periodo inferior a seis meses es causa de baja temporal (art. 9.3 d) RD 1369/2006).

Sobre su naturaleza jurídica se ha afirmado que “forma parte de la acción protectora del desempleo del régimen público de Seguridad Social, si bien con carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial, a los que se refiere el apartado 1 del artículo 206 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, pero a la que es de aplicación el apartado 2 del citado artículo 206, cuando establece que esa acción protectora comprenderá acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión o inserción profesional a favor de los trabajadores desempleados. Con otras palabras la naturaleza jurídica de esta prestación tiene un carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial”⁹⁸³.

Ahora bien, dado que todas las prestaciones por desempleo españolas están coordinadas por el Reglamento 883/2004, y que la Renta Activa de Inserción no ha sido notificada en el Anexo X del citado Reglamento como prestación especial no contributiva inexportable, la única solución que puede alcanzarse es que al igual que la prestación contributiva y el subsidio asistencial por desempleo podrá ser exportada hasta un máximo de 6 meses en el territorio en el que Derecho de la Unión Europea resulte aplicable (artículo 64.1.c) Reglamento 883/2004).

VIII. CONCLUSIÓN

Dada la primacía del Derecho de la Unión Europea en materia de coordinación de sistemas de Seguridad Social sobre la normativa nacional, a todas las prestaciones y subsidios por desempleo les son de aplicación las reglas de exportación de prestaciones previstas específicamente para esta contingencia en el artículo 64.1.c) del Reglamento 883/2004. La misma conclusión se predica para la prestación económica por cese de actividad y para la Renta Activa de Inserción. De lege ferenda los trabajadores transfronterizos no deberían cotizar por desempleo ya que al no residir en España no reúnen un requisito imprescindible para lucrar la correspondiente prestación.

⁹⁸³ STSJ de Cantabria de 17.4.2009 (AS.1159) y STSJ de Madrid de 5 de mayo de 2005 (AS. 1178).

10. POLÍTICAS DE EMPLEO DE DETERMINADOS COLECTIVOS

10.1. ORIENTACIONES Y RECOMENDACIONES EN MATERIA DE EMPLEO DIRIGIDAS A ESPAÑA POR PARTE DE LA UNIÓN EUROPEA – 2015

MARGARITA I. RAMOS QUINTANA

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna*

I. EL AUMENTO DE LA DESIGUALDAD EN LA UE: ALTAS TASAS DE DESEMPLEO Y PROCESOS DE DEVALUACIÓN SALARIAL

La publicación de algunos informes a finales de 2014 procedentes de tres ámbitos internacionales relevantes, esto es, el Banco Mundial⁹⁸⁴, de la OCDE⁹⁸⁵ y por la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁹⁸⁶ coincidían en una de sus conclusiones respectivas más relevantes: preocupación y alarma por el enorme deterioro del mercado de trabajo en la mayoría de países de las denominadas economías avanzadas. Estos informes también coinciden en que uno de los factores más influyentes en las previsiones negativas de crecimiento de 2014 ha estado representado por el conjunto de dificultades experimentadas por las propias economías avanzadas para activar la economía y crear empleo en el primer semestre de dicho año. De tales dificultades, según señalan estos informes, no están exentos los países de la UE.

En los últimos años, los niveles de desigualdad económica y social en la UE han crecido de forma alarmante debido a que los rendimientos del capital han sido superiores al crecimiento de la economía, aportando la crisis mayores beneficios al capital que a las rentas del trabajo: “En Europa, la mayor fuente de desigualdad procede del desempleo”⁹⁸⁷, siendo la disparidad creciente de las rentas uno de los efectos más visibles de la crisis post 2008. La desigualdad provoca en los ciuda-

⁹⁸⁴ Riesgo y oportunidad: La administración del riesgo como instrumento de desarrollo (2014).

⁹⁸⁵ Social Justice in the EU-A Cross-national Comparison. Social Inclusion Monitor Europe (SIM). Index Report (Schraad Tichler, D. and Kroll, Ch.), (2014).

⁹⁸⁶ Trabajo en el Mundo. El desarrollo a través del empleo. OIT. Ginebra. (2014).

⁹⁸⁷ PIKETTY, T., El País, 11 de enero de 2015.

danos desconfianza en el proyecto europeo, en sus gobernantes y en la democracia. Disparidad y aumento de la desigualdad constituyen una de las cuestiones más acuciantes que precisa de respuestas eficaces en la gobernanza de Europa.

El Consejo Europeo de 23 y 24 de octubre de 2014 analizó la situación económica y de empleo de la UE partiendo de datos macroeconómicos negativos. El interrogante acerca de si podrá Europa salir del escenario de la crisis y cuáles serían las medidas más adecuadas a adoptar, representó, sin duda, uno de los ejes centrales de discusión en dicho Consejo. El modelo de cohesión social diseñado entre finales de los años 90 y comienzos del siglo XXI ha comenzado a resquebrajarse, enfrentado a un contexto de crisis sistémica y a una economía mundial globalizada con elevadas presiones competitivas y cada vez más reducido gasto público y con enormes déficit de equidad e igualdad económica, social y territorial entre los diferentes Estados miembros de la UE. Bajo estos desafíos, aumentan las dudas acerca de si el diagnóstico efectuado acerca de las verdaderas causas de la crisis y el posterior tratamiento aplicado por las instituciones europeas para superarla, a base de políticas de austeridad, son correctos o si, por el contrario, ha llegado el momento de apostar por un crecimiento con un fuerte compromiso en materia de inversiones.

Desde el año 2008 el desempleo ha aumentado progresivamente: los datos de Eurostat revelan que en 2008 había 16,93 millones de europeos desempleados; en el año 2013, se registraron 26,57 millones, lo que representa unos 10 millones más. Y por lo que a la tasa de desempleo se refiere, estaba situada en el 7,1% en 2008 y se ha elevado al 10,9% en 2013. El desempleo juvenil registra cifras alarmantes: en 2013, quedaron registrados 5,6 millones de jóvenes sin empleo (menores de 25 años) frente a 1,4 millones en 2008. La tasa de desempleo juvenil escaló de un 15,8 al 23,5% en 2013. Por países, significativamente, las tasas de desempleo registradas en Grecia y España fueron las más elevadas de Europa (27 y 26,4% respectivamente en 2013). Para el año 2014 la Comisión contempló un nuevo incremento del desempleo con una leve disminución en 2015. Bajo esta perspectiva, resulta difícil pensar en descensos significativos del desempleo en la UE próximamente.

Los datos empíricos han venido poniendo de manifiesto la estrecha relación existente entre condiciones de trabajo y evolución de los salarios⁹⁸⁸: elevadas tasas de desempleo provocan debilitamiento y erosión de la capacidad negociadora de los sindicatos en general respecto de todas las condiciones laborales, pero especialmente de las relativas al salario (la contención de aumentos retributivos y los recortes del

⁹⁸⁸ SCHULTEN, T., "Desempleo y salarios en Europa: tendencias de desarrollo actuales en el marco de la crisis", en D. LÓPEZ GARRIDO, (Dir.), *El estado de la Unión Europea. La ciudadanía europea en tiempos de crisis*, Fundación Alternativas y Friedrich-Ebert-Stiftung, Madrid, 2014, especialmente, pág. 121 y ss.

salario se convierten en la moneda de pago a cambio del mantenimiento o creación de empleo en tiempos de crisis). Una de las consecuencias apreciables del cambio estructural experimentado en Europa en los últimos años ha sido la emergencia de “un nuevo patrón de desarrollo de las políticas salariales”⁹⁸⁹. Si hasta el comienzo de la crisis la evolución salarial reflejaba una línea ascendente de mejora con mayores o menores niveles de crecimiento, desde el año 2010 en los países de la UE la tendencia dominante está representada por la rebaja de los salarios reales.

En el caso de Grecia, este país ha registrado un recorte de casi un 24%, seguido de Chipre, con un 20%. España, Portugal e Irlanda han alcanzado niveles de recorte comprendidos entre un 6 y un 8%, contrastando con algunos países como Suecia, Polonia, Estonia y Alemania que han experimentado incrementos entre el 3 y el 7%. El reciente Informe Mundial sobre Salarios 2014/2015 de la OIT señala a España como el país desarrollado en el que más ha crecido la desigualdad debido al paro, identificando el desempleo como principal causa de la ampliación de la desigualdad. La caída de los salarios en el año 2013 fue de un 1,3%, mientras que antes del comienzo de la crisis, en 2007, los salarios crecían al 1,1 %.

Lo verdaderamente significativo de la evolución y tendencias registradas viene representado por el nuevo paradigma de debilitamiento generalizado de los salarios en Europa, que gana fuerza en los países más afectados por la crisis y donde se registran tasas más elevadas de desempleo (sur y este de Europa). En cifras, la media de crecimiento salarial en la UE en el año 2013 fue de 0,0 % con respecto al año anterior, que, a su vez, había experimentado una caída del -0,6% (2012) con respecto al anterior, y éste otra recaída del -0,9% (2011).

II. EL PLAN “JUNCKER”, ¿UN VERDADERO CAMBIO DE ORIENTACIÓN HACIA EL CRECIMIENTO ECONÓMICO Y LA CREACIÓN DE EMPLEO?

Coincidiendo con el inicio de su mandato al frente de la institución europea, el pasado 26 de noviembre de 2014, en su discurso de investidura ante la Eurocámara, el nuevo Presidente de la Comisión Europea lanzó un mensaje que pretendía ofrecer confianza y optimismo ante el panorama de estancamiento económico que sufren los países miembros de la UE y el deterioro social a causa del desempleo. En el marco de ese discurso fue presentado un Plan económico de inversión para Europa (Plan “Juncker”), el cual había sido aprobado por la Comisión el día anterior, siendo finalmente validado por el Consejo Europeo de 19 de diciembre. El mismo día 26 de noviembre se publicaba la Comunicación de la Comisión al Par-

⁹⁸⁹ *Idem*, p. 123.

lamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones, sobre “Un Plan de Inversiones para Europa” (COM (2014) 903 final).

Con la presentación de esta iniciativa se produce una implícita rectificación frente a la orientación que hasta ese momento representaban las políticas de austeridad aplicadas en Europa, cuyas consecuencias sociales no fueron bien valoradas, como el propio FMI ha reconocido. Desde marzo de 2010, la Estrategia “Europa 2020” había contemplado como uno de sus objetivos prioritarios alcanzar una tasa de empleo del 75% para las personas comprendidas entre 20 y 64 años. Sin embargo, la acentuación de la crisis económica no ha hecho más que ralentizar y aplazar el cumplimiento de tal objetivo, produciéndose, en cambio una línea imparable de tendencia de destrucción de empleo, especialmente de empleo estable y de calidad, comenzando a ser sustituido por un incipiente “nuevo empleo precario”. Las políticas restrictivas orientadas a conseguir la reducción del déficit público y ofrecer confianza a los mercados financieros para evitar su volatilidad, desterrando todo tipo de medidas de expansión dirigidas a la creación de empleo, se encuentran en la base del estancamiento económico que registra la eurozona. Frente a esa realidad, el Plan “Juncker” pretende impulsar la inversión para facilitar la creación de empleo.

El Plan propone llevar a cabo un proyecto de inversión público-privada capaz de movilizar 315.000 millones de euros para los ejercicios 2015-2017 (el equivalente al 2% del PIB europeo). Su financiación se realizará mediante fondos estructurales europeos y determinados instrumentos del Banco Europeo de Inversiones (BEI). A través de dicho Plan se crea el Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas (FEI), gestionado por el BEI y cofinanciado por éste y la contribución de los Estados miembros, que no contabilizará a efectos de déficit público. Del presupuesto total del Plan y tras algunas revisiones, 21.000 millones serán de origen público (16.000 millones con cargo a asignaciones de los presupuestos de la UE y 5.000 millones serán aportaciones del BEI (institución financiera orientada a financiar proyectos al desarrollo) dirigidos a PYMES. Se acompaña de un factor de apalancamiento que va de 1 a 15: por cada euro invertido con fondos UE deberá arrastrar, por el efecto multiplicador esperado, 15 euros aportados a través de programas de inversión. Se pretende, en definitiva, favorecer que con los 21.000 millones el BEI pueda captar más fondos en los mercados financieros mediante emisión de bonos y concesión de préstamos hasta 63.000 millones de euros. Tales préstamos financiarán los proyectos expuestos a mayor riesgo, mientras que los restantes 252.000 millones han de provenir de fuentes privadas. Finalmente, la concreción del grado de inversión con la adjudicación de fondos a proyectos seleccionados no será conocida hasta mediados de 2015.

En el origen del Plan se encuentra la preocupación del dirigente de la Comisión Europea por el estancamiento de la economía y la pérdida de cohesión social como

consecuencia del aumento del desempleo: en septiembre de 2014 se habían registrado 24,5 millones de parados en la UE y 18,3 millones en la eurozona (Datos Eurostat). La tasa de desempleo de la UE fue del 9,7% en el tercer trimestre de 2014 (casi 3 puntos porcentuales por encima del nivel registrado en el mismo trimestre de 2007) y el 50% es desempleo de larga duración. Con el Plan de inversiones se espera crear entre 1 millón y 1,3 millones de empleo en los próximos tres años y, según estimaciones recientes de la OIT, el Plan podría crear más de 2,1 millones de empleo extendiendo el umbral temporal hasta 2018.

El Plan “Juncker” contempla la necesidad de reformar el plan europeo contra el paro juvenil y extenderlo a los jóvenes hasta 30 años, superando la barrera de los 25, límite de edad hasta ahora considerado. En la presentación del Plan figura, asimismo, un compromiso por la promoción en la UE de un Salario Mínimo y una Renta de Inserción Mínima, un asunto que ha preocupado y obligado a trabajar con intensidad al Comité Económico y Social Europeo, que en febrero de 2013 ya había presentado su Dictamen “Renta mínima europea e indicadores de pobreza”.

III. LAS ORIENTACIONES SOBRE POLÍTICA DE EMPLEO EN EL SEMESTRE EUROPEO 2015 Y EL INFORME DE LA COMISIÓN SOBRE ESPAÑA: SITUACIÓN ECONÓMICA Y MERCADO DE TRABAJO

El 26 de febrero de 2015, dando continuidad a los trabajos del Semestre Europeo, la Comisión publicó una serie de informes por países de la UE, los cuales aparecen relacionados en la Comunicación (2015) 85 final. Tales informes contienen un análisis de las políticas económicas de los Estados miembros. En este caso, se han formulado exigencias de determinadas revisiones a los 16 países que presentan desequilibrios macroeconómicos, entre ellos, España.

Los aspectos puestos de manifiesto por la Comisión a través de su Informe específico para nuestro país ponen de manifiesto que, frente a las manifestaciones del gobierno relativas a la superación de la crisis y la recuperación del empleo, el crecimiento económico que comienza a apreciarse es aún muy frágil y vulnerable.

El Informe presentado por la Comisión ha sido objeto de recepción por el gobierno de España, por ser objeto de orientaciones y propuestas de revisión, dados los desequilibrios persistentes en su economía y mercado de trabajo, quedando emplazado a presentar medidas de acomodación a las recomendaciones que la Comisión le plantea.

El Informe comienza señalando que, a finales de 2014 y a principios de 2015, es constatable una cierta tendencia hacia la estabilización económica: el crecimiento de la economía española se acompaña, entre otros factores, de una rápida creación

de empleo y unas condiciones de financiación menos restrictivas, respaldando el crecimiento a corto y medio plazo, a pesar de que los altos niveles de deuda pública y privada continúan ralentizando el crecimiento. En cuanto al mercado de trabajo, aun cuando está produciéndose una mejora de sus condiciones, el desempleo sigue siendo muy elevado y los indicadores sociales muestran signos de deterioro.

El Informe de la Comisión da cuenta de una serie de aspectos que permiten ratificar el diagnóstico general de cautela y prudencia a la hora de valorar los movimientos realizados en relación con la creación de empleo, de una parte, y el alto nivel de desempleo persistente, por otra. Continúan apreciándose en el mercado de trabajo español una serie de deficiencias, entre las que cabe destacar las siguientes: a) se constata una reactivación de la economía acompañada de una moderada subida de los salarios, pero el desempleo sigue siendo muy alto; b) mejoran las tasas de actividad tras el cambio de tendencia de los flujos migratorios y el hecho de que los jóvenes adultos permanecen más tiempo en el sistema educativo; c) el desempleo juvenil y el desempleo de larga duración siguen siendo los retos más acuciantes; d) persiste el desempleo de larga duración, causante del empeoramiento de los indicadores de pobreza, particularmente entre los trabajadores poco cualificados, las personas sin experiencia laboral y la población de más edad; e) persisten elevados niveles de segmentación del mercado de trabajo (trabajadores indefinidos frente a trabajadores temporales: el porcentaje de empleo temporal empezó a remontar de nuevo en 2014, situándose en el 24,6 %, pese a la reforma laboral emprendida); f) el empleo a tiempo parcial ha ampliado su presencia en el mercado de trabajo español, aun cuando continúa por debajo de la media de la UE: a finales de 2014 representaba el 16,1 % del empleo global (media de la UE: 19,3 %); g) aproximadamente la mitad de los nuevos contratos indefinidos lo son a tiempo parcial, lo que refleja en parte el uso de nuevos instrumentos introducidos a finales de 2013 para promover el empleo estable a tiempo parcial. Los contratos a tiempo parcial suelen ser más comunes entre los trabajadores poco cualificados y las mujeres.

El Informe contiene, asimismo, un análisis detallado del comportamiento de los salarios en el mercado de trabajo español. Algunos aspectos merecen especial atención: en 2014, los salarios nominales siguieron siendo limitados. También prosiguió en 2014 el ajuste a la baja de los costes laborales unitarios como resultado de la débil dinámica de los salarios y de la mejora de la productividad, contribuyendo así a la absorción de los desequilibrios externos. Seguramente, la reforma de 2012 y el acuerdo interconfederal de los interlocutores sociales de 2012-14 contribuyeron a esta moderada evolución salarial. Como se recordará, la subida de los salarios acordada para 2014, calculada provisionalmente a partir de la información disponible sobre los convenios colectivos registrados hasta noviembre de 2014, se situaba en el 0,57 % (0,43 % para los convenios a nivel de empresa, que cubren a 319.186 trabajadores, y 0,58 % para los convenios celebrados a más alto nivel, que cubren a 4.098.945 trabajadores). La práctica de la inaplicación salarial se ha ex-

tendido de forma muy apreciable, especialmente, en relación con los salarios y las horas de trabajo, como forma de adaptarse a las circunstancias de la crisis, según indica el Informe de la Comisión.

No resultan ajenas al proceso de devaluación de los salarios en España las reformas del sistema de negociación colectiva emprendidas, reformas que se han convertido en el verdadero artífice de la adaptación de los salarios a las condiciones de desempleo. La subida de los salarios sigue un ritmo decreciente a medida que crece el desempleo. Esta circunstancia podría reflejar un incremento del desempleo estructural, de modo que una alta tasa de paro no corresponda a una intensificación de la competencia por los puestos vacantes entre los trabajadores aptos, ni a reivindicaciones salariales más moderada. Es probable que una cierta parte del desempleo sea cíclica, incluso con un desempleo estructural más elevado. Este extremo se ve corroborado por el hecho de que los salarios negociados respondieron al nivel de paro durante el período 2009-2014, lo que obedeció, entre otros, a la política de negociación colectiva como consecuencia de las reformas del mercado de trabajo de 2010 y 2012.

Tras un largo y difícil proceso de negociaciones, los interlocutores sociales acaban de cerrar el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para los años 2015, 2 y 2017 (BOE de 20 de junio de 2015), contemplando ligeros incrementos salariales respecto al anterior, pero tales incrementos no se corresponden con el discurso económico de la reactivación estable del crecimiento económico: frente a un escenario del corto plazo con un umbral de crecimiento al 3% del PIB -que es el dato económico de referencia-, el III AENC contempla para 2015 una subida de 4 décimas y para 2016, de 9 décimas, frente al AENC anterior, siempre bajo reglas establecidas en función del crecimiento del PIB. La dificultad de lograr ajustes del mercado impulsados por la evolución de los salarios en un entorno de baja inflación pone de relieve hasta qué punto es importante que la evolución salarial sea coherente con el objetivo de promoción del empleo.

A modo conclusivo, el Informe de la Comisión para España como país miembro de la UE, resalta que el actual sistema de incentivos a la contratación presenta aún un grado de complejidad y de heterogenidad contrarios a su eficiencia. La estructura de los incentivos que se aplican a distintas formas contractuales sigue siendo muy compleja, aumenta la carga administrativa para las empresas y su eficacia real no ha quedado demostrada en todos los casos; la falta de racionalización del sistema de incentivos a la contratación es una crítica no velada a la política de empleo seguida en los dos últimos años en España

Se trata de un sistema basado, fundamentalmente, en un “sacrificio” de ingresos a las arcas de la Seguridad Social, por lo que el Informe destaca que el carácter temporal e indiscriminado de la reducción de las cotizaciones a la Seguridad So-

cial puede disminuir o retrasar su incidencia en la creación de empleo, ya que los salarios nominales tienden a ajustarse más lentamente a la baja como consecuencia de restricciones nominales.

En respuesta a este Informe por países de la Comisión Europea, en abril de este mismo año, los países afectados –España también lo hizo con fecha de 30 de abril– presentaron sus Programas de Estabilidad 2015, incluyendo el conjunto de reformas a llevar a cabo para alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020.

IV. LAS RECOMENDACIONES FINANCIERAS, FISCALES, ECONÓMICAS, LABORALES Y SOCIALES DE LA COMISIÓN EUROPEA DIRIGIDAS A ESPAÑA

En mayo de 2015, la Comisión Europea ha presentado su Comunicación dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones, titulada “Semestre Europeo 2015: Recomendaciones específicas por países” (Bruselas 13.5.2015 COM (2015) 250 final). Dicha Comunicación contiene las recomendaciones que en materia económica, laboral, fiscal, financiera y jurídica formula la Comisión para que sean acometidas por los distintos Estados miembros de la Unión Europea, una vez superadas las etapas anteriores relativas al procedimiento de elaboración del Semestre Europeo 2015.

La Comunicación señala que el crecimiento está volviendo a la UE, crecimiento que se relaciona con la disminución del precio de combustibles, un crecimiento global constante, la depreciación del euro y políticas económicas de apoyo y crecimiento. No obstante, esta evolución positiva se extiende tan solo en un escenario de corto plazo, enfrentándose aún a debilidades subyacentes y a tendencias de crecimiento bajas en el largo plazo.

En el mercado laboral se aprecia una cierta mejoría de su comportamiento, debido a las reformas estructurales acometidas en varios Estados miembros en los últimos años, pero el desempleo continúa siendo un lastre social para el progreso de la Unión Europea (una tasa de paro del 9,6%), al tiempo que la pobreza y marginación han aumentado.

Tras este análisis, sucintamente expuesto, la Comisión recuerda que “Se necesitan mayores esfuerzos para superar estas debilidades y construir una sólida y equilibrada recuperación que sea sostenible más allá del corto plazo” (p. 2). Las recomendaciones 2015 específicas para cada país y la nueva recomendación a la zona del euro, finalmente, se centran en potenciar los factores de crecimiento que permitan hacer la recuperación sostenible. Entre las recomendaciones dirigidas a los

países europeos y, en particular, a España, particularmente en materia de empleo y dinamización del mercado de trabajo, cabe destacar las dos siguientes: primera, necesidad de apoyar las inversiones asegurando la sostenibilidad del crecimiento futuro, recurriendo a una rápida aplicación del Plan Europeo de Inversiones, segunda, mejorar la política de empleo y la protección social para ofrecer apoyo y protección a las personas y garantizar una mayor cohesión social, como componentes clave de un crecimiento económico sostenible. Esta última recomendación explícita representa un giro importante en la política de empleo en la UE, al poner el énfasis en la necesidad de robustecer las políticas pasivas de empleo, aspecto no atendido desde el inicio de la crisis; el aumento de los niveles de pobreza en toda Europa ha obligado a reconsiderar la importancia de la protección social como amortiguador de los efectos devastadores de la crisis y el desempleo.

La Comisión anuncia una nueva perspectiva tratando de hacer más racional el proceso de propuestas de reformas por los países de la UE en materia económica e instrumentos de ordenación del mercado de trabajo y los Informes por países y recomendaciones finales. Como resultado de estos nuevos vientos que corren en el marco del impulso del “Plan Juncker” y las medidas para su efectiva implantación, la Comisión advierte de la necesidad de centrarse en determinadas prioridades, entre las que cabe destacar algunas de ellas.

En primer lugar, como fórmulas para hacer más ágil el funcionamiento del Semestre Europeo, se propone atender a las prioridades detectadas a través del Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento (estudio anual realizado por países a finales del año anterior, COM (2014) 902), que marca el inicio del Semestre Europeo, y adelantar los trabajos de análisis por cada país y de la zona euro. En segundo lugar, dar mayor difusión y realizar una discusión más profunda entre los miembros de la Comisión, las autoridades nacionales y los interlocutores sociales de la aplicación de las recomendaciones.

Para el año 2015 la Comisión insta a responder a dos prioridades fundamentales: a) corregir desequilibrios macroeconómicos en determinados países, entre los que se encuentra España; b) recuperar el empleo. Y entre los objetivos fundamentales a alcanzar en conjunto por los países de la UE a partir de sus recomendaciones, indica algunos de entre los que cabe destacar, al menos, cuatro.

Primero. Remover los obstáculos para promover y apoyar la inversión.

Segundo. Mejorar el entorno de los negocios y la productividad: el Plan Europeo de Inversiones, el Fondo de Inversiones Estratégicas combinado con los Fondos Estructurales de Inversión Europeos pueden ser herramientas decisivas para efectuar el cambio a un entorno propicio a los negocios. A España se le recomienda sobre este aspecto efectuar reformas sobre servicios profesionales y asociaciones

profesionales, considerando que aún perviven elementos impositivos o barreras para la promoción de negocios y actividad económica.

Tercero. Mejorar la política de empleo y la protección social. La Comunicación vuelve a recetar medidas neoliberales que merecen una observación crítica, indicando que rígidas reglas sobre despidos y largos conflictos laborales pueden estar en la base de dificultades para contratar por tiempo indefinido, así como de las restricciones a la movilidad profesional y el uso excesivo de la contratación temporal. Recomienda, asimismo, estabilizar los salarios reales en línea con la productividad y reflejar las diferencias entre los sectores productivos y dentro de ellos, indica que deberían ser establecidos con la participación de los interlocutores sociales de acuerdo con la práctica y tradición de cada país.

Cuarto. El papel de los servicios públicos de empleo también necesita ser adaptado en algunos Estados miembros, utilizando herramientas dirigidas más eficientemente hacia el apoyo a la inclusión de las personas más alejadas/excluidas del mercado de trabajo. El paro de larga duración necesita ser atendido combinando protección social efectiva con empleabilidad. Esta es, como ya se expresó, una línea específica de recomendación que, tras constatar el aumento de niveles de pobreza en dirección contraria a los objetivos fijados por la Estrategia UE 2020, trata de reorientar medidas públicas de protección social, lo que, en definitiva, no es más que una invocación a reconsiderar la pertinencia de adecuadas políticas pasivas de empleo para facilitar las “transiciones laborales” de quienes entran y abandonan el mercado de trabajo.

Para centrarse en las prioridades establecidas, este año la Comisión ha reducido el número de recomendaciones con respecto a años anteriores, tratando de concentrar todos los esfuerzos en corregir los desequilibrios macroeconómicos e impulsar el empleo y la protección social. Da la impresión de que, finalmente, el comportamiento de la economía y del mercado de trabajo han puesto de manifiesto con toda evidencia el fracaso de las políticas de estricta austeridad impuestas como receta para hacer frente a la crisis. Las recomendaciones de la Comisión Europea, aun no siendo totalmente consecuentes con las claves extraídas de la aplicación del dogma de la austeridad y sus nefastos efectos económicos y sociales, muestran una tendencia hacia la “reconsideración” y “reorientación” de ese tipo de soluciones: impulso a la inversión productiva, crecimiento del empleo y protección social, algo que las organizaciones sindicales y las orientaciones políticas “alternativas” a las medidas neoliberales han venido postulando desde el comienzo del ciclo recesivo.

Las recomendaciones de la Comisión Europea dirigidas a España para el año 2015 han sido objeto de Recomendación final por parte del Consejo de la UE, con fecha de 13 de mayo de 2015 (COM (2015) 259 final) que se mantienen en los términos ya adelantados por el trabajo realizado por la Comisión. Dichas Recomen-

daciones finales por parte del Consejo de la UE continúan centradas en cuatro aspectos fundamentales:

1. Garantizar una corrección duradera del déficit excesivo, a más tardar, en 2016. Mayor grado de transparencia y rendición de cuentas de las haciendas públicas de las Comunidades Autónomas. Mejorar la relación coste-eficacia de gasto sanitario y farmacéutico.
2. Completar la reforma del sector de las cajas de ahorros.
3. Promover la adecuación de los salarios a la productividad, en consulta con los interlocutores sociales y de acuerdo a las prácticas nacionales (de ahí la relevancia del cierre definitivo del III AENC), teniendo en cuenta las diferencias en las cualificaciones y las condiciones de los mercados laborales locales, así como las divergencias en los resultados económicos entre regiones, sectores y empresas. Tomar medidas para aumentar la calidad y eficacia de la ayuda y del asesoramiento para la búsqueda de empleo, especialmente como parte de la lucha contra el desempleo juvenil. Racionalizar los regímenes de renta mínima y de ayuda familiar y fomentar la movilidad regional.
4. Suprimir los obstáculos al crecimiento de las empresas, tales como las disposiciones que dependen del tamaño de las empresas; adoptar la reforma planeada de los servicios profesionales; acelerar la aplicación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

Como puede apreciarse, las recomendaciones de la UE para España (2015) en relación con la economía y el mercado de trabajo continúan sin apartarse de la senda de la orientación neoliberal hasta ahora utilizada hasta la extenuación: mayor control del déficit, más recorte de gasto público en sectores como el sanitario y de la salud en general, vinculación de salarios con productividad (nada cambia), políticas activas de empleo centradas en la orientación laboral, especialmente, para los jóvenes (más de lo mismo), más ajustes en los sistemas de protección social a través de la renta mínima y ayuda familiar (las únicas fuentes de ingreso para afrontar la exclusión del mercado de trabajo, pobreza y exclusión social de numerosos colectivos sociales, especialmente, de los parados de larga duración) y más medidas para facilitar la actividad económico empresarial.

Mientras el “Plan Juncker” parece mostrar un nuevo rostro de la UE a través de un compromiso con la inversión para el crecimiento, las recetas que se cuecen dentro de la Comisión y del Consejo Europeo continúan castigando a los sectores más desfavorecidos de la ciudadanía con medidas que les privan del acceso a servicios públicos esenciales y pidiendo “racionalización” en los sistemas de renta mínima y ayuda familiar.

La Unión Europea continúa sin reaccionar frente a los reclamos de los ciudadanos de los países del Sur: se necesita empleo, se necesita trabajo, fortalecer

los sistemas de protección social, asegurar las prestaciones de los servicios públicos esenciales. Estas, son las pretensiones básicas de la ciudadanía. ¿Es mucho pedir?

10.2. REGULACIÓN LEGAL DEL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS

LUIS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ

*Profesor Contratado Doctor (Acreditado al cuerpo de
Profesores Titulares de Universidad) de Derecho del Trabajo y de
la Seguridad Social
Universidad de Granada*

JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ

*Profesor Sustituto Interino (Acreditado al cuerpo de Profesores
Contratados Doctores de Universidad) de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

I. OPCIONES JURÍDICO-LEGALES DE ACCESO AL EMPLEO DE LA PERSONA EXTRACOMUNITARIA

Teniendo presentes los tres regímenes de acceso al empleo y al mercado de trabajo para las personas inmigrantes de nacionalidad diferente a la española -el general, el de los comunitarios y el de los comunitarios b⁹⁹⁰-, en el caso de la persona extracomunitaria, es de aplicación el régimen general.

Para el acceso al empleo en el marco de éste último, la premisa desde la que se ha de partir es que las personas inmigrantes extracomunitarias que escogen España

⁹⁹⁰ Claramente diferenciados por un sector de la doctrina, MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “Artículo 10. Derecho al trabajo y a la Seguridad Social”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), Comares, Granada, 2001, pp. 197-198. Asimismo, *vid.* QUESADA SEGURA, R.: “La política de empleo andaluza y su integración en el marco europeo nacional”, *Temas Laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 100, 3, 2009, pp. 819 y ss.

como destino, se encuadran en lo que se conoce como inmigración económico-laboral⁹⁹¹. El trabajo adquiere, por tanto, un rol esencial y trascendental, como medio para una vida más digna y como fin para su integración social⁹⁹². Sin embargo, el acceso al empleo y al mercado de trabajo nacional de estas personas no es en igualdad de condiciones con los nacionales, sino que se encuentra condicionado a un régimen administrativista en el que tanto el permiso de residencia como la autorización de trabajo son nucleares.

La autorización de trabajo se transforma, en consonancia, en un medio de control y de protección del mercado de trabajo nacional⁹⁹³. Muestra de ello es que no le será de aplicación este régimen administrativista establecido legalmente –*ex* artículo 2 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social-, a: los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares; los representantes, delegados y demás miembros de las Misiones permanentes o de las Delegaciones ante los Organismos intergubernamentales con sede en España o en Conferencias internacionales que se celebren en España, así como sus familiares; y a los funcionarios destinados en Organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en España, así como sus familiares.

Sin embargo, sí le es de aplicación el marco jurídico-legal de la vigente Ley Orgánica 4/2000 a un conjunto de personas concretas relacionadas en el artículo 41 de la misma, pero con la particularidad de no tener necesidad de obtener la autorización de trabajo para el ejercicio de sus actividades. Es el caso de: técnicos y científicos extranjeros, invitados o contratados, por el Estado, las comunidades autónomas o los entes locales o los organismos específicos en la materia; profesores extranjeros invitados o contratados por una universidad española; personal directivo y profesorado extranjeros, de instituciones culturales y docentes dependientes de otros Estados, o privadas, de acreditado prestigio, oficialmente reconocidas por España, que desarrollen en nuestro país programas culturales y docentes de sus países respectivos, en tanto limiten su actividad a la ejecución de tales programas;

⁹⁹¹ En este sentido, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Comares, Granada, 2012, pp. 111-114.

⁹⁹² MOLINA HERMOSILLA, O. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La centralidad del trabajo como factor de integración social”, en *Inserción sociolaboral y empleabilidad de la población inmigrante extranjera en Andalucía: balance y perspectivas de futuro*, AA. VV., MOLINA HERMOSILLA, O. Y MOLINA NAVARRETE, C. (dir.), Litorialia, Jaén, 2009, pp. 13 y ss.

⁹⁹³ Desde esta perspectiva, *vid.*, QUESADA SEGURA, R.: “Hacia una inmigración más controlada: la posibilidad legal de registro de entradas y salidas de los extranjeros del territorio español. Significado político-jurídico”, en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000* AA.VV. MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), La Ley, Madrid, 2010, pp. 423 y ss.

funcionarios civiles o militares de las Administraciones estatales extranjeras que vengan a España para desarrollar actividades en virtud de acuerdos de cooperación con la Administración española; corresponsales de medios de comunicación social extranjeros, debidamente acreditados para el ejercicio de la actividad informativa; miembros de misiones científicas internacionales que realicen trabajos e investigaciones en España, autorizados por el Estado; artistas que vengan a España a realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada; ministros, religiosos o representantes de las diferentes iglesias y confesiones, debidamente inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, en tanto limiten su actividad a funciones estrictamente religiosas; extranjeros que formen parte de los órganos de representación, gobierno y administración de los sindicatos homologados internacionalmente, siempre que limiten su actividad a funciones estrictamente sindicales; y menores extranjeros en edad laboral tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social.

Al margen de estas excepciones, pero también siendo reflejo de ellas y su sentido y alcance, la inspiración de la política jurídica desarrollada en el marco de este régimen general -cuyo eje central lo constituye la autorización de trabajo y el permiso de residencia-, en su articulación parte de la estrecha conexión entre inmigración y mercado de trabajo. La relación entre ambos supone la subordinación de la política jurídica de inmigración y extranjería -a través del marco jurídico-legal regulador de la misma- a la racionalidad económica. *A priori*, el necesario sentido social y humanitario en la regulación del acceso al empleo de las personas inmigrantes extracomunitarias, queda en un segundo plano. Es así porque con este régimen, estas personas son instrumentalizadas -mercantilizadas-, regulando -o más bien controlando- su acceso, permanencia e, incluso, retorno -o salida- atendiendo a la situación económica nacional de cada momento, en relación directa y conexa con las necesidades del mercado de trabajo. En esta dirección, y también derivado de esta última lógica, la política jurídica de inmigración se laboraliza: el Estado interviene activamente en el control de los flujos migratorios determinando la capacidad de acogida atendiendo a las necesidades del mercado laboral⁹⁹⁴.

⁹⁹⁴ ROJO TORRECILLA, E. Y CAMAS RODA, F.: "Las reformas en materia de extranjería en el ámbito laboral: consolidación del modelo con reformulación de políticas", *Revista Temas Laborales*, núm. 104, 2010, p. 15. Asimismo, ORTEGA PÉREZ, N. Y PÉREZ ROPERO, V.: "Inmigración y crisis económica en España. Entre la consolidación y el mantenimiento: análisis del cambio de la política", en *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, AA. VV., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. Y MORENO VIDA, M. N. (DIRS.), ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUIZ, F. J. Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), Comares, Granada, 2011, pp. 35 y ss. En la misma lógica, incidiendo en que se pretende que la inmigración contribuya a la creación de riqueza y no consuma excesivos recursos públicos, CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Estudio preliminar. Veinticinco años de Legislación sobre Extranjería e Inmigración en

El paradigma de esta circunstancia lo constituye el artículo 2 *bis* de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que regula la política migratoria y, más concretamente, relaciona una serie de principios de la misma⁹⁹⁵. La premisa inspiradora en la configuración y relación de los mismos fue el interés explícito por la puesta en marcha de una política de inmigración legal y ordenada con fundamento en dichos principios. Esta especificación implica que el legislador muestra interés concreto y apuesta en y por una inmigración extracomunitaria sólo en la medida necesaria para España. Se impone, pues, una lógica de control sociopolítico de la inmigración en la que se insta a la ordenación y canalización legal de la inmigración atendiendo a la capacidad de acogida de la sociedad española y a las necesidades reales del mercado de trabajo: así lo reafirma el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprobó el reglamento de desarrollo del texto legal reformado de la Ley Orgánica 4/2000, pues la misma –lógica y consecuentemente– es también una de sus fuentes de inspiración. Para ello, no sólo sigue teniendo una trascendencia importantísima la autorización de trabajo y el permiso de residencia atendiendo a la propia legalidad para el estatuto jurídico de derechos de la persona inmigrante, sino que también la misma se tendrá que ajustar –principalmente– a las necesidades del mercado de trabajo nacional para acceder, permanecer y/o reincorporarse a él desde la más estricta legalidad.

Adquiere así una dimensión esencial la plena efectividad y adecuación a la realidad social de la inmigración que ha de tener en nuestro país el conjunto de medidas jurídico-políticas articuladas para la entrada y permanencia de estas personas. A tal fin, el Real Decreto 557/2011 trata de regular exhaustiva y concisamente las situaciones jurídicas de los extranjeros inmigrantes, tanto de los que se encuentran en España como de los que están fuera y tienen intenciones de emigrar con idéntico destino. Sigue imperando, por ende, la esencia controladora de la inmigración extracomunitaria y no la social.

España”, en *Comentarios a la Ley de Extranjería y su Nuevo Reglamento*, AA. VV., CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), Thomson Reuters Civitas, 2011, cit., p. 29.

⁹⁹⁵ Se establecen los siguientes: *a) la coordinación con las políticas definidas por la Unión Europea; b) la ordenación de los flujos migratorios laborales, de acuerdo con las necesidades de la situación nacional del empleo; c) la integración social de los inmigrantes mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía; d) la igualdad efectiva entre mujeres y hombres; e) la efectividad del principio de no discriminación y, consecuentemente, el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que vivan o trabajen legalmente en España, en los términos previstos en la Ley; f) la garantía del ejercicio de los derechos que la Constitución, los tratados internacionales y las Leyes reconocen a todas las personas; g) la lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas; h) la persecución de la trata de seres humanos; i) la igualdad de trato en las condiciones laborales y de Seguridad Social; j) la promoción del diálogo y la colaboración con los países de origen y tránsito de inmigración, mediante acuerdos marco dirigidos a ordenar de manera efectiva los flujos migratorios, así como a fomentar y coordinar las iniciativas de cooperación al desarrollo y codesarrollo.*

Una mayor concreción de este carácter, se halla en el artículo 2 *bis*. 2 b) de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, al fijar *la ordenación de los flujos migratorios laborales, de acuerdo con las necesidades de la situación nacional de empleo*. Esta última constituye un principio preferencial del trabajador nacional y comunitario sobre el inmigrante extracomunitario que viene de fuera, pues para que este acceda a un puesto de trabajo, primeramente se tiene que comprobar y corroborar por los Servicios Públicos de Empleo correspondientes que no existe en el mercado de trabajo ningún nacional, ni comunitario, ni extranjero en situación administrativa regular, que se ajuste al perfil deseado y solicitado para el desarrollo de la actividad laboral. En vez de una libre concurrencia de personas de igual condición –trabajadoras- ante una oferta para un puesto de trabajo a cubrir, se considera al inmigrante extracomunitario como segunda opción, con fundamento en un condicionante adicional –el ser nacional de un tercer Estado-. Se condiciona y sujeta a la lógica del mercado, el material derecho humano a inmigrar, a ser inmigrante.

Obviamente, para que este principio adquiriera mayor relevancia, sentido y alcance en clara concordancia con la inmigración necesaria, deben de funcionar con la mayor eficacia de las posibles el conjunto de mecanismos articulados para el acceso al mercado de trabajo, tratando sobre todo de que los mismos se aproximen al máximo a la realidad social actual de la inmigración. Tanto la gestión colectiva de las contrataciones en origen, como diferentes catálogos de ocupaciones de difícil cobertura publicados a lo largo del año, han de responder certera, acertada y verdaderamente a las necesidades del mercado de trabajo nacional, atendiendo a especificidades concretas según Comunidades Autónomas, con lo que éstas también serán responsables del correcto funcionamiento de la nueva lógica de la política de inmigración. Sin embargo, *a sensu contrario*, la elaboración de éstos últimos – los catálogos de ocupaciones de difícil cobertura- se ha visto complejizada en el Real Decreto 557/2011, en su artículo 65, tanto por las ocupaciones a incluir –mayores requisitos de las mismas para incluirlas en el catálogo- como para el empleador que pretenda incluir alguna actividad en el mismo –demostración efectiva de una oferta de trabajo para un puesto análogo ya cubierto⁹⁹⁶. Sólo desde este planteamiento, y a pesar de la incidencia reglamentaria advertida, mediante el acercamiento y convergencia efectiva de la realidad social con la norma, el derecho se aproximará a la política del mismo y no como hasta ahora en relación a este aspecto. Es así porque los mecanismos citados de acceso al empleo de personas extracomunitarias, en su regulación, se encontraban totalmente alejados de la realidad so-

⁹⁹⁶ En este sentido, MOLINA HERMOSILLA, O. Y VELA DÍAZ, R.: “El esperado reglamento de extranjería: principales novedades en la regulación de la residencia temporal y trabajo por cuenta ajena del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril”, *Revista Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 344, 2011, pp. 107-110.

cial, haciendo que la política de inmigración, en cierto sentido y al respecto, fracasase, sobre todo, en su efectividad.

Teniendo presente esta circunstancia, así como el contexto de crisis financiera y económica a nivel internacional imperante aproximadamente desde 2008, la respuesta político-jurídica española a la inmigración extranjera por parte del poder público ante su acceso al empleo, se ha producido en una doble dirección: restrictiva y selectiva⁹⁹⁷. Por una parte, restrictiva, porque, de un lado, coyunturalmente ha restringido drásticamente y cuantitativamente las necesidades del mercado de trabajo nacional respecto a la inmigración extranjera, tal y como queda manifestado en el escaso número de ocupaciones ofertadas progresivamente en la gestión colectiva de contrataciones en origen hasta el año 2011 –antiguo contingente anual– como en los sucesivos catálogos de ocupaciones de difícil cobertura de esos mismos años, hasta llegar a no aprobar contrataciones de puestos de trabajo de carácter estable desde el año 2012 hasta la actualidad, por medio de la primera, originando así una gestión colectiva de contrataciones en origen cero⁹⁹⁸; y, de otro lado, mercantilizando a las propias personas inmigrantes extranjeras impulsando el retorno a sus países de origen, tanto a través de la capitalización de la prestación por desempleo (Real Decreto-ley 4/2008, de 19 de septiembre), como mediante los demás programas existentes al respecto sustentados en ayudas estatales o por parte de Organizaciones No Gubernamentales.

⁹⁹⁷ En esta dirección se defiende que se ha tratado de contener la llegada de personas inmigrantes extranjeras, drenar el mercado de trabajo nacional y dirigir selectivamente la inmigración para atender de un modo flexible las necesidades del mercado laboral, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “El régimen de la autorización de trabajo por cuenta ajena tras la Ley Orgánica 2/2009. Hacia un infra-estatuto de ciudadanía social para el trabajador inmigrante”, en *Inmigración, mujeres y menores*, AA. VV., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (dir.), Laborum, Murcia, 2010, pp. 97-99.

⁹⁹⁸ Ilustrativos de esta tendencia son los sucesivos contingentes o gestión colectiva de contrataciones en origen que se han ido aprobando desde el año 2009, pues las posibles contrataciones en el marco de los mismos se redujeron significativamente hasta, finalmente, erradicarlas. Para el año 2009, por resolución de 26 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, se aprobaron 901 ofertas de empleo. Por medio de la Orden TIN/3498/2009, de 23 de diciembre de 2009, se aprobaron para 2010, tan sólo 168 contrataciones en origen. Por Orden TIN/3364/2010, de 30 de diciembre, de 2010, se aprobaron para el año 2011 exclusivamente 14 contrataciones en origen, referidas todas ellas a la Comunidad Autónoma de Castilla y León. A través de la Orden ESS/1/2012, de 5 de enero, no se aprobaron contrataciones de puestos de trabajo de carácter estable por medio de esta vía, amparándose para ello en el artículo 169.3 del Real Decreto 557/2011, por el que se establece la posibilidad de que, atendiendo a la situación nacional de empleo, no se establezca cifra de puestos de trabajo a cubrir ni una delimitación de ocupaciones laborales. La norma de 2012 (Orden ESS/1/2012) fue prorrogada para 2013 (Orden ESS/2825/2012, de 27 de diciembre), 2014 (Orden ESS/2445/2013, de 23 de diciembre) y 2015 (Orden ESS/2505/2014, de 23 de diciembre). En el texto publicado en ésta última norma se justifica la decisión de prórroga continuada de la Orden de 2012 como consecuencia enlazada a la situación de crisis económica. Se mantiene, pues, la consideración de que España no es país para trabajadores extranjeros extracomunitarios manteniéndose con criterio residual que la contratación en origen habrá de quedar de nuevo limitada a las campañas agrícolas de temporada y sólo dirigida a los

Además, en esta misma dirección, no se ha de obviar que, por medio de la Orden PRE/2072/2011, de 22 de julio, se publicó el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se estableció la reactivación del período transitorio en relación con la libre circulación de los trabajadores de Rumanía. Atendiendo a ésta, las personas inmigrantes nacionales de Rumanía -que desde comienzos de 2009 no necesitaban ni el permiso de residencia ni la autorización de trabajo-, que llegasen a España desde el 22 de julio de 2011 o que, encontrándose ya en territorio español, no figurasen como dados de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o inscritos como demandantes de empleo en los Servicios Públicos de Empleo a dicha fecha, para poder trabajar por cuenta ajena, se les requerirá la autorización de trabajo regulada en la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Precisamente, la decisión fue argumentada por el Gobierno español sobre la base del impacto de la población trabajadora rumana en el mercado de trabajo español y la difícil situación del mismo. Al respecto, fundamentó jurídicamente la misma en el Anexo VII del Acta Relativa a las Condiciones de Adhesión y a las adaptaciones de los Tratados en los que se basa la Unión Europea, que prevé que los Estados miembros adopten esta medida cuando sufran perturbaciones en su mercado de trabajo que puedan poner en grave peligro el índice de empleo. Este régimen provisional ha quedado definitivamente despejado desde el día 1 de enero de 2014, fecha en la que la Unión Europea ha levantado las restricciones a los movimientos de trabajadores procedentes de Bulgaria y Rumanía. Desde ese momento, en nuestro país, estos trabajadores dejaron de precisar de la autorización de trabajo para emplearse por cuenta ajena.

Por otra parte, es de destacar igualmente la dirección selectiva de esta política jurídica, porque ante la apuesta por un nuevo modelo productivo en el que predomine la innovación y el conocimiento, transponiendo la Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a la entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, en la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000 se introdujo el artículo 38 *ter*, titulado *residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados*, que ha sido desarrollado específicamente en el capítulo V –artículos 85 a 96- del título IV, sobre residencia temporal, del Real Decreto 557/2011. El mismo establece, para estas personas, mecanismos de entrada, permanencia y salida más flexibles y garantistas que los fijados de un modo general y clásicos ya, atendiendo a la consideración de éstos como trabajadores extranjeros autorizados a desempeñar una actividad laboral para la que se requiere contar con cualificación de enseñanza superior o, excepcionalmente,

países con los que España tuviera suscritos acuerdos de regulación de flujos migratorios. Se defiende, al respecto, que se trata de una práctica positiva de migración circular que consigue reforzar la cooperación con los países de origen.

acreditar un mínimo de cinco años de experiencia profesional susceptible de considerarse equiparable a dicha cualificación. Por tanto, frente y junto a la restricción de la inmigración clásica de años anteriores a la crisis, se añade e impulsa la nueva tendencia y orientación selectiva en la entrada, permanencia y salida de estas personas extranjeras extracomunitarias –también inmigrantes- pero cualificadas⁹⁹⁹.

Todo ello sin olvidar, de forma paralela y sin interconexión técnica-jurídica alguna, el impulso a la llegada de personas extracomunitarias con recursos económicos, inspirado en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización¹⁰⁰⁰. Es así porque, en el capítulo IV, sección segunda, artículos 61 y siguientes, se encuentra regulada, en el marco de la movilidad internacional, la entrada y permanencia de extracomunitarios sobre la base del interés económico para España. Es así porque hace referencia a inversores, emprendedores –en esencia, trabajadores por cuenta propia-, profesionales altamente cualificados, investigadores y trabajadores que ejerzan su movilidad dentro una empresa o grupo de empresas.

De esta manera, la regulación jurídico-legal de la inmigración extracomunitaria en relación al mercado de trabajo y de acceso al mismo, debería de valorarse y enjuiciarse o bien desde el nuevo derecho antidiscriminatorio o bien se debería cambiar la concepción económico-laboral de la inmigración de escasa cualificación presente en nuestra sociedad. En esta dirección, ante el carácter global y permanente de las migraciones –independientemente a que varíen la cantidad de los flujos en determinados momentos coyunturales-, así como económico-laboral, claramente se ha de apostar por la cualificación y formación de las personas inmigrantes extracomunitarias¹⁰⁰¹, a fin de que el trabajo sea digno, estable y de calidad –trabajo decente-. Se dotaría así del necesario sentido social y humanitario a las migraciones y no simplemente de control social en torno no ya solo a las autorizaciones admi-

⁹⁹⁹ Desde la perspectiva de su consideración como un instrumento de la gestión activa comunitaria de las migraciones, USHAKOVA, T.: “La directiva de la tarjeta azul de la Unión Europea como instrumento de política activa de gestión migratoria”, *Revista Tribuna Social*, núm. 236-237, 2010, pp. 57-69. Adicionalmente, considerando que en la misma está latente una contradicción entre la necesidad de atraer a la inmigración altamente cualificada y el deseo de preservar los intereses del mercado de trabajo nacional, USHAKOVA, T.: “Los grandes retos de la migración altamente cualificada: las perspectivas internacional y europea”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 22, 2011, p. 109.

¹⁰⁰⁰ Ilustrativamente, VELA DÍAZ, R.: “El nuevo modelo migratorio de acceso privilegiado tras la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores: hacia una inmigración selectiva de carácter económico”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 37, 2014, pp. 85 y ss.

¹⁰⁰¹ En este sentido, un sector de la doctrina ha defendido la política de recolocación frente a la de retorno, por las mayores oportunidades reales que se pueden abrir a nuevos empleos y de mayor valor añadido, MOLINA NAVARRETE, C.: “La regulación del trabajo de las personas inmigrantes extranjeras: clave de gestión de la diversidad cultural en el trabajo”, en *Inserción sociolaboral y empleabilidad de la población inmigrante extranjera en Andalucía: balance y perspectivas de futuro*, AA. VV., MOLINA HERMOSILLA, O. Y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), cit., pp. 87-96.

nistrativas, sino también a las necesidades económicas de los países y de su mercado de trabajo. Si esto no es así, se produciría una brecha social en el seno de los movimientos migratorios entre la inmigración extracomunitaria económico-laboral sin cualificación o con ésta más baja –clásica y consolidada hasta ahora-, con condiciones un tanto precarias y empleada en segmentos laborales peores del mercado de trabajo, y otra inmigración específicamente cualificada y reconocida como tal con condiciones más beneficiosas en su entrada, residencia y estatuto jurídico-social de derechos¹⁰⁰².

A su vez, el sentido y alcance de estos planteamientos político-jurídicos y su carácter en relación al acceso al empleo, están manifestando una contradicción relevante entre, de una parte, el derecho social al trabajo reconocido universalmente y configurado jurídico-legalmente y, de otra parte, el acceso al empleo -en cuanto manifestación efectiva del anterior- de la inmigración extracomunitaria, pues éste último produce resultados sobre el plano concreto de la economía nacional¹⁰⁰³. A tal fin, para salvaguardarla, se utilizan barreras administrativas –controladas estatalmente y, en algunos casos, autonómicamente- a superar con la intención clara y expresa de ordenar la inmigración, sometiéndola a la legalidad en forma de autorizaciones administrativas y las necesidades estrictas del mercado de trabajo. Esta situación es fruto de que el trabajo ha dejado de ser concebido, como en épocas anteriores, como un factor de producción más, junto a la tierra y el capital, para pasar a estar configurado como un elemento de riqueza. Hecho que en muchas ocasiones se concreta en un discurso xenófobo por parte de personas trabajadoras nacionales –normalmente con dificultades para su inserción sociolaboral- articulado sobre la idea de que los trabajadores extranjeros inmigrantes reducen los puestos de trabajo para los nacionales¹⁰⁰⁴. Cuando realmente, a lo mejor, lo que generan es mayor competitividad y desarrollo, por más que éstos estén ocupando trabajos poco cualificados que, en muchos casos, no suelen ni ser demandados ni ocupados por los nacionales, originando así nichos laborales.

II LA IGUALDAD EN LAS CONDICIONES DE EMPLEO DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS

Una vez que la persona extracomunitaria ha accedido al empleo, en el desarrollo de la actividad laboral y, por ende, en sus condiciones de trabajo, ésta, jurídico-

¹⁰⁰² En este sentido, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, cit., *passim*.

¹⁰⁰³ Vid., al respecto, FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a B.: “Las políticas activas de empleo durante la crisis actual y su aplicación a los inmigrantes como colectivo prioritario”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 377-378, 2014, pp. 59 y ss.

¹⁰⁰⁴ OLIVÁN LÓPEZ, F.: *Constitución y extranjería. La dialéctica de la integración*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 79.

formalmente tiene reconocida una plena igualdad para con el resto de trabajadores. Prima en ello su condición de persona trabajadora sobre la de extranjera y extracomunitaria y, consecuentemente, la validez del contrato de trabajo sobre la autorización administrativa de trabajo. De hecho, el artículo 10 Ley Orgánica 4/2000 respecto de estos extranjeros establece que “tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de la seguridad social, de conformidad con la legislación vigente”. La actividad laboral no admite diferencias fundamentadas en la nacionalidad, pues de la materialidad del trabajo que se realiza se deriva el reconocimiento y ejercicio efectivo de los derechos resultantes del propio trabajo. Consecuentemente, es objeto de aplicación toda la legislación sociolaboral. La igualdad en su vigencia, así como su sentido y alcance, se tiene que materializar de idéntica forma entre todas las personas trabajadoras, indistintamente a su nacionalidad y/o condición. Rige un principio de igualdad de trato, sin posibilidad de establecer discriminación alguna por razón de nacionalidad.

En esta política jurídica, paradigmático es, al respecto, que con fundamento jurídico-constitucional y legal concreto¹⁰⁰⁵, específicamente la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, incluye, en los términos apuntados, este momento del trabajo de los extranjeros extracomunitarios en España y esta circunstancia, al introducir entre los principios de la política inmigratoria –*ex* artículo 2 bis. 2- *la igualdad de trato en las condiciones laborales y de Seguridad Social*. Su implicación más inmediata y relevante, derivada de su conexión con el artículo 13.1 de la Constitución, es que una vez que la persona extranjera extracomunitaria inmigrante ha entrado en España, ha accedido al mercado de trabajo y cumple los requisitos previstos al efecto, el ejercicio efectivo del derecho al trabajo genera automáticamente el reconocimiento, titularidad y posibilidad de ejercicio del conjunto de derechos fundamentales directamente vinculados a él. Implícitamente, el trabajador de nacionalidad española se convierte en canon de medida de la aplicación de la legislación sociolaboral y la persona extranjera extracomunitaria se rige por la misma normativa y en condiciones de igualdad que y con las que se rige el trabajo del nacional¹⁰⁰⁶. No cabe ni tiene justificación formal y material una diferencia de trato en la aplicación y vigencia de la misma por razón de nacionalidad.

¹⁰⁰⁵ Ilustrativamente, *vid.*, al respecto, el artículo 14 de la Constitución, los artículos 17, 24.2 y 28 del Estatuto de los Trabajadores, los artículos 3 y 23 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, o el artículo 8.12 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

¹⁰⁰⁶ VIDAL FUEYO, M^a C.: *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 301-302.

10.3. FOMENTO DEL EMPLEO JUVENIL

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social Universidad de Granada*

JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ BERNAT

*Profesor Asociado Doctor de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social
Universidad de Granada*

I. INTRODUCCIÓN

Desde que la crisis llamó a nuestra puerta a principios del año 2008, todos hemos sido testigos de los efectos devastadores que este fenómeno económico ha originado y aún continúa causando tanto a nivel nacional, comunitario e internacional. Constantemente vemos como son más y más las personas que ven extinguidos sus contratos de trabajo o, incluso, el cese de su actividad por el cierre de la empresa en la que trabajaban, y como ahora se encuentran en las largas listas del paro. Esta crispada situación se ha traducido en un crecimiento exponencial y de larga duración de los niveles de desempleo, debido todo ello a la caída de la actividad productiva.

La crisis económica ha golpeado en todas las capas de sociedad, pero sin duda ha sido el colectivo de los jóvenes el más afectado por esta lacra. La situación ha sido particularmente aguda en ciertas regiones y Estados miembros en donde las tasas de desempleo juvenil se han visto incrementadas significativamente, habiéndose con todo ello experimentado una lamentable pérdida de inmensos costes humanos y sociales¹⁰⁰⁷. Lo cual ha supuesto una seria amenaza para la cohesión social, así como un incremento de la inestabilidad política¹⁰⁰⁸.

El predominio de la precariedad laboral, la desorientación, la falta de formación y la desmotivación¹⁰⁰⁹, son problemas que están latentes a día de hoy en el grupo

¹⁰⁰⁷ Véase las conclusiones del Consejo de Europa de 27 y 28 de junio del 2013 (EUCO 104/2/13 REV 2).

¹⁰⁰⁸ En palabras del presidente del Concilio Europeo, HERMAN VAN ROMPUY, en la Cumbre europea de 27 y 28 de junio de 2013 (press.office@consilium.europa.eu <http://www.consilium.europa.eu>).

¹⁰⁰⁹ Se observa en el mercado de trabajo una marcada polarización. Así pues, jóvenes con una escasa cualificación abandonan pronto sus estudios, mientras que otros altamente cualificados, están subempleados.

de jóvenes que forma parte de la Unión Europea. De ahí que a la hora de adentrarnos en la identificación del desempleo juvenil, tengamos que hablar de dos subgrupos de jóvenes con importantes riesgos de exclusión social: de un lado, aquellos que ni estudian, ni trabajan, ni tienen, ni buscan un empleo (los “ni-ni”); y de otro lado, los trabajadores pobres, cuyas condiciones salariales son extremadamente precarias y cuyos contratos de trabajo tienen un carácter de temporalidad limitada¹⁰¹⁰.

II. RESPUESTAS E INICIATIVAS COMUNITARIAS: LA DENOMINADA “GARANTÍA JUVENIL”

La economía comunitaria se encuentra atravesando un momento muy delicado debido al alto nivel de endeudamiento y al deterioro de sus fundamentos, lo que se refleja en una elevada tasa de desempleo. La clave para eliminar esa segmentación de los mercados laborales sólo será posible cuando Europa se haya sobrepuesto a la crisis económica. Para lo cual resultará imprescindible la puesta en marcha de cuatro elementos “claves” que frenen dicha caída, a saber: 1) mantener una estabilidad financiera; 2) construir un sistema económico más fuerte a través del saneamiento de las finanzas públicas y mejora de la competitividad; 3) reforzar la unión económica y monetaria, y en particular, la unión bancaria; y 4) luchar contra el desempleo y apoyar el crecimiento a corto plazo¹⁰¹¹.

Actualmente, la problemática del empleo juvenil constituye uno de los temas que más preocupan al colectivo comunitario. Es por ello que ocupe un lugar prioritario dentro del propio plan de trabajo de la Comisión Europea¹⁰¹², habiéndose así diseñado una serie de estrategias que buscan actuar a modo de plan de choque contra el desempleo, tratando además de favorecer la creación de empresas y la inserción de jóvenes en el mercado de trabajo¹⁰¹³.

¹⁰¹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Bomarzo, 2009, pág. 111. HERNÁNDEZ BEJARANO, M: “La inserción de los jóvenes en el mercado laboral: un difícil reto para las políticas activas de empleo”, en VV.AA: *Políticas de Empleo*, CABEZA PEREIRO, J Y FERNÁNDEZ PROL, F (Coord), Navarra, Aranzadi, Universidad de Vigo y Xunta de Galicia, 2013, págs 281-282.

¹⁰¹¹ Véase la Carta del Presidente Herman Van Rompuy a los miembros del Consejo Europeo sobre el Empleo Juvenil, publicada en Bruselas a fecha de 24 de mayo del 2013 (<http://www.european-council.europa.eu/the-president>). Y *European Council -27/28 June 2013 –Factsheet on youth employment* (<http://www.consilium.europa.eu>).

¹⁰¹² Ver Carta del Presidente Herman Van Rompuy a los miembros del Consejo Europeo sobre el Empleo Juvenil.

¹⁰¹³ SEMPERE NAVARRO, A.V: “Novedades Legislativas: Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo”, *Noticias Breves*, Julio del 2013, pág. 1.

Procurando hacer justicia a ese ambicioso objetivo, en 2010 se aprueba en la Unión Europea (UE) la “*Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*” (ISI)¹⁰¹⁴. En este relevante documento, la Comisión propone a la UE una serie de pautas a largo plazo (a realizar durante el periodo 2014-2020) para hacer guiar los procesos y objetivos a conseguir por cada uno de los estados miembros¹⁰¹⁵, entre los cuales se encuentra: el empleo, la educación y la lucha contra la pobreza¹⁰¹⁶. Se trata, por tanto, de un ideal perfectamente alcanzable, pero que si bien requiere de la participación de todos los estados miembros, agentes sociales e instituciones europeas para obtener ese triunfo.

La alarmante e inaceptable cifra de jóvenes¹⁰¹⁷ desempleados debe paliarse gracias al establecimiento tanto a escala nacional, como regional de la UE de un catálogo de iniciativas comunitarias, entre las que destacan: 1) “Juventud en movimiento”¹⁰¹⁸ (de 15 de septiembre de 2010); 2) “Unión por la innovación”¹⁰¹⁹

¹⁰¹⁴ Publicado en Bruselas a 3 de marzo del 2010, COM (2010) 2020 final.

¹⁰¹⁵ Los objetivos que marca el ISI son representativos de las tres prioridades de crecimiento inteligente, sostenible e integrador, pero no son exhaustivos, pues precisan de una amplia gama de acciones a nivel nacional, comunitario e internacional para sustentarlos. Véase páginas 5 y 6 del texto publicado por la Comisión Europea (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:ES:PDF>).

¹⁰¹⁶ En esta Estrategia ISI la UE define el lugar que quiere ocupar en 2020, para ello se fija como reto a conseguir para entonces: 1) un incremento del 75% del empleo entre la población de entre 20 a 64 años, mediante, entre otras cosas, una mayor participación de las mujeres y los trabajadores más mayores, y una integración de los inmigrantes en la población activa; 2) el porcentaje de abandono escolar debe ser inferior al 10%; y 3) se pretende que al menos el 40% de la generación más joven haya cubierto su nivel de estudios universitarios o de Formación Profesional (FP). Véase en este sentido “la Agenda de nuevas cualificaciones y empleos” de 23 de noviembre de 2010.

¹⁰¹⁷ Según la definición que ofrecen las Naciones Unidas de “juventud”, ésta comprende desde los 15 a los 24 años de edad. Sin embargo en la práctica, la definición operativa de gente joven varía ampliamente de un país a otro, dependiendo de factores culturales, institucionales y políticos. O’HIGGINS, N: *Desempleo juvenil y políticas de empleo. Una perspectiva global*, Madrid, Colección Informes OIT núm. 54, 2001, pág. 11.

¹⁰¹⁸ En líneas generales se busca aquí: 1) mejorar los programas de movilidad, universidad e investigación (como Erasmus, Erasmus Mundus, Tempus y Marie Curie) y ligarlos a los programas y recursos nacionales; 2) modernizar la educación superior, incluyendo la evaluación comparativa de los resultados de las universidades y de los sistemas educativos en un contexto general; 3) explorar nuevas formas de promover el espíritu emprendedor mediante programas de movilidad para jóvenes profesionales; 4) promover el reconocimiento del aprendizaje no formal e informal; y 5) lanzar un Marco de Empleo de los Jóvenes que subraye las políticas destinadas a reducir la tasa de desempleo de los jóvenes. Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, a la Comisión, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comités de las Regiones de 15 de septiembre de 2010 –Juventud en movimiento– Una iniciativa destinada a impulsar el potencial de los jóvenes para lograr un crecimiento inteligente, sostenibles e integrador en la UE, COM (2010) 477 final.

¹⁰¹⁹ Entre sus objetivos llama muy especialmente la atención: a) la racionalización de los mecanismos administrativos para facilitar el acceso a la financiación por parte de las PYMES, mejorando el entorno empresarial mediante contrataciones públicas que incentiven la innovación; b) la promoción de

(publicado el 6 de octubre de 2010); 3) “Agenda de nuevas cualificaciones y empleos”¹⁰²⁰ (23 de noviembre de 2010); y 4) “Oportunidades para la juventud”¹⁰²¹ (20 de diciembre de 2011).

Todas estas declaraciones de buenas intenciones deberán estar plenamente interconectadas para garantizar que los jóvenes adquieran la formación necesaria que demanda el mercado, facilitando además su inserción laboral. Siendo, a tal fin, imprescindible que los Estados amplíen la inversión pública destinada a educación y formación, dirigiéndose de forma adecuada para lograr la máxima rentabilidad¹⁰²². No obstante, para que puedan ponerse en marcha estos programas la Comisión reclama que el Consejo de Europa apoye este inicial plan marco. Se espera pues que éste último concrete, a la mayor brevedad posible, los detalles de la Estrategia incluyendo las directrices integradas y los objetivos nacionales.

La respuesta del Consejo de Europa se hace esperar, llegando finalmente a ver la luz en la cumbre de 27 y 28 de junio de 2013. Efectivamente, tal y como reconoce abiertamente el Consejo, la lucha contra el desempleo juvenil debe ocupar un papel prioritario en el programa a desarrollar por la UE. Se trata de un problema que afecta con especial intensidad a millones de jóvenes en la Eurozona y que está causando gravísimas repercusiones en el desarrollo de estas generaciones¹⁰²³, por no hablar de las consecuencias que a largo plazo va tener en el campo de la Seguridad Social (empobrecimiento y debilitamiento de las prestaciones, alargamiento de la edad de jubilación, disminución de los niveles de cotización a causa de la rotación en el empleo a tiempo parcial y/o temporal y el disfrute del subsidio por desempleo...etcétera).

la cooperación de conocimientos y reforzar los vínculos entre educación, empresa, investigación e innovación; y c) del espíritu emprendedor por medio del apoyo a jóvenes empresas innovadoras. Ver el documento: Una “Unión por la innovación”: convertir las ideas en empleo, crecimiento ecológico y progreso social, publicado en Bruselas, IP/10/1288.

¹⁰²⁰ Se desea aquí modernizar los mercados laborales y potenciar la autonomía de las personas mediante el desarrollo de capacidades a lo largo de su vida con el fin de aumentar la participación laboral y adecuar mejor la oferta y demanda de trabajos, en particular mediante la movilidad laboral. Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, a la Comisión, al Comité Económica y Social Europeo, y al Comités de las Regiones –Agenda de nuevas cualificaciones y empleos: una contribución europea hacia el pleno empleo- publicada en Estrasburgo, COM (2010) 682 final.

¹⁰²¹ Básicamente persigue: 1) facilitar el desarrollo de capacidades y apoyar la transición de la educación al trabajo; b) apoyar la movilidad en el mercado laboral, y 3) reforzar la aplicación de políticas en el marco. Ver Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, a la Comisión, al Comité Económica y Social Europeo, y al Comités de las Regiones sobre la “Iniciativa de oportunidades para la juventud”, publicado en Bruselas a fecha de 20 de diciembre de 2011, COM(2011) 933 final.

¹⁰²² HERNÁNDEZ BEJARANO, M: “La inserción de los jóvenes en el mercado laboral: un difícil reto para las políticas activas de empleo”... op.cit., pág. 283-284.

¹⁰²³ Cuanta más tarde es la incorporación al mercado de trabajo, más se retrasa la proyección de un futuro plan de vida familiar, debiendo los jóvenes convivir con sus progenitores hasta que consigan un empleo estable que les permita vivir dignamente y de forma independiente. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*... op.cit., pág. 116.

Principalmente, el enfoque global de choque contra el desempleo juvenil se sustenta en las siguientes medidas: 1) aceleración de la Iniciativa sobre Empleo Juvenil (hasta un total de 6.000 millones de euros) y concentración del esfuerzo al comienzo del periodo 2014¹⁰²⁴; 2) aceleración en la ejecución de la Garantía Juvenil; 3) aumento de la movilidad juvenil¹⁰²⁵; y 4) participación de los interlocutores sociales.

Con vistas a lograr los mejores resultados, la UE pone a disposición de aquellos Estados con una tasa de desempleo juvenil superior al 25% (entre los que se encuentra España, Portugal, Grecia, Italia, Francia y Eslovenia) los fondos comunitarios (especialmente los del FSE y otros instrumentos de cohesión provenientes de la reprogramación de fondos estructurales sin gastar) destinados a la creación de empleo, formación profesional y prevención del abandono escolar, reforzando así la nueva iniciativa sobre el Empleo juvenil (2014-2020)¹⁰²⁶. Los Estados miembros que sean beneficiarios de la Iniciativa sobre Empleo Juvenil deberán adoptar un plan para abordar el paro de los jóvenes, en particular, mediante la aplicación de la “Garantía Juvenil”. De este modo, se evitará que ningún joven de hasta 25 años se quede más de cuatro meses sin trabajo, formación o periodo de prácticas¹⁰²⁷. Asimismo, el Banco Europeo de Inversiones (BEI) contribuirá también en la lucha contra el desempleo a través de su iniciativa “Trabajo para jóvenes” y su programa “Inversión en la Capacitación”.

Finalmente, destaca la puesta en marcha de un nuevo “Plan de Inversiones” para fomentar el crecimiento y el empleo gracias al apoyo financiero de las PYME. Y es que, resulta fundamental potenciar el emprendimiento y el trabajo por cuenta propia¹⁰²⁸, como se verá a continuación en el siguiente apartado.

¹⁰²⁴ Este plan de estar preparado para su puesta en funcionamiento en enero de 2014, debiendo ejecutarse entre 2014 y 2015, en lugar de distribuirlo entre el periodo 2014 a 2020 tal y como preveía la Estrategia Europa 2020 (ISI).

¹⁰²⁵ Se está trabajando para impulsar la movilidad de los jóvenes solicitantes de empleo, por medio del refuerzo del programa “tu primer trabajo EURES” (*your first EURES job*). Para lo cual los Estados miembros podrán hacer uso de parte de las asignaciones que destine el Fondo Social Europeo (FSE) para el apoyo de los regímenes de movilidad transfronteriza. En este sentido, y de igual modo, el programa “Erasmus+”, deberá estar plenamente operativo a partir de enero del 2014.

¹⁰²⁶ De los 6.000 millones de euros que la UE destina para la lucha contra el desempleo juvenil, España recibirá: a) 918 millones de euros, procedentes de la partida presupuestaria específica para Empleo juvenil y b) 932 millones de euros, procedentes del FSE.

¹⁰²⁷ En aras de acceder a estos fondos de financiación, el Gobierno español ha enviado a la Comisión Europea, en diciembre de 2013, el “Plan Nacional de Implantación de la Garantía Juvenil en España”. En este documento se recogen, entre otros, los mecanismos de instrumentación de la “Garantía Juvenil” en nuestro país a través de las medidas de mejora de la intermediación, la empleabilidad, el emprendimiento y la contratación.

¹⁰²⁸ Véase las conclusiones del Consejo de Europa de 27 y 28 de junio del 2013 (EUCO 104/2/13 REV 2), páginas: 3 a 5.

III. EL ESTABLECIMIENTO DE UN MARCO JURÍDICO-POLÍTICO PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO JUVENIL EN ESPAÑA

3.1. Plan de medidas de políticas de empleo en España

De conformidad con el marco jurídico que establece la actual Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (BOE núm. 301 de 17 de diciembre de 2003): “*La política de empleo (en España) se desarrollará, dentro de las orientaciones generales de la política económica, en el ámbito de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*” (artículo 1.1). Por lo que, desde un primer momento, se deja claro que la política de empleo nacional queda condicionada a lo dispuesto por la política de integración europea¹⁰²⁹.

Haciendo gala del ejercicio de competencias que se atribuyen por el art. 3.1 de la Ley del Empleo, se publica en 2011 la Estrategia Española de Empleo 2012-2014¹⁰³⁰. Normativa que ha constituido desde entonces el nuevo paradigma estratégico de las políticas de empleo que se han de fijar en nuestro territorio (con carácter general) a través del Sistema Nacional de Empleo, señalando para ello, una serie de metas (tanto de carácter económico, como político) y acciones a alcanzar a corto plazo¹⁰³¹.

El fin último que se pretende no es otro que el de: “*fomentar el empleo de la población activa y aumentar la participación de hombres y mujeres en el mercado de trabajo, mejorando la productividad y la calidad en el empleo en un mercado de trabajo sostenible, basado en la igualdad de oportunidades, la cohesión social y territorial*”¹⁰³². O dicho en otras palabras, de lo que se trata es de hacer justicia al tenor literal del art. 35.1 de la Constitución Española (CE), esto es, al “*derecho al trabajo*”¹⁰³³, en armonía con lo previsto por el art. 40.1 del mismo cuerpo legal:

¹⁰²⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral...* op.cit., págs. 6- 49.

¹⁰³⁰ Aprobada como Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014 (BOE núm. 279, de 19 de noviembre de 2011). Normativa que se inserta dentro del Plan Nacional de Reformas.

¹⁰³¹ En particular, se determinan seis objetivos de política de empleo: 1) elevación de la tasa de empleo al 74% para la población de entre 30-64 años en el horizonte de 2020, con un sub-objetivo de tasa de empleo femenino para el mismo grupo de edad del 68,5%; 2) reducir la temporalidad y la segmentación del mercado de trabajo; 3) reforzar el trabajo a tiempo parcial y la flexibilidad interna de las empresas; 4) mejorar y adecuar las competencias profesionales a las necesidades del mercado; 5) promover una rápida y adecuada reinserción de las personas en el mercado laboral; y 6) promover la igualdad de género en el mercado.

¹⁰³² Véase apartado 3.1 “La estrategia española de empleo 2012-2014 y la estrategia Europa 2020”, página: 22 del texto legal.

¹⁰³³ Como bien señala el profesor J.L. Monereo Pérez, de lo que se trata es de garantizar “... la protección de la persona del trabajador en el empleo y en el mercado de trabajo..., pero también fuera o

“los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”; y lo dispuesto por el artículo 14 de la CE¹⁰³⁴. Ahora bien, no será posible la consecución de dicha meta, si antes no se han asentado las bases para la confección de los instrumentos jurídicos que van a servir de orientación a las políticas públicas hacia la obtención de un empleo estable, de calidad y que asegure plenas garantías laborales a todos los trabajadores¹⁰³⁵.

Para la Estrategia Española, la cualificación e inserción laboral de los jóvenes se alza en un plano preferente. No obstante, teniendo en cuenta la heterogeneidad de edades, se han previsto distintas acciones dependiendo de la etapa y el nivel de formación en la que este colectivo se encuentre¹⁰³⁶. Asimismo, se impulsa el empleo del contrato para la formación y el aprendizaje como doble vía para la inserción laboral y la formación¹⁰³⁷.

al margen del mercado de trabajo a través de las políticas de protección de Seguridad Social por desempleo”. En MONEREO PÉREZ, J.L.: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral...op.cit.*, págs. 9- 12.

¹⁰³⁴ En esta línea, no debemos olvidar la previsión recogida en los arts.21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Así pues, mientras que el primero de ellos versa sobre el principio de no discriminación por razón de sexo, el segundo, evoca el principio de igualdad entre mujeres y hombres. Para un análisis más exhaustivo en esta materia, véase los estudios que realiza la profesora C. Monereo Atienza a dichos preceptos en VV.AA: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO ATIENZA, C Y MONEREO PÉREZ, J.L., Granada, Comares, 2012, págs: 463-480 y 503-529.

De igual modo, debe tenerse presente lo dispuesto por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre del 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (EUR- 32000L0078) y en concreto, sus artículos 2 (en donde se propugna el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres) y 25 (“*La prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo*”).

Téngase en cuenta también la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de julio de 2011 (TJCE/2011/277), en donde se realiza una interpretación de las circunstancias que pueden dar lugar a llevar a cabo diferencias de trato por motivos de edad.

¹⁰³⁵ Punto en el que también insiste la Comisión Europea al hablar de la necesidad de elaborar un marco de calidad para evitar que se utilice a los jóvenes como mano de obra barata y gratuita, fomentando así una espiral viciosa de empleo precario. A este respecto, hacen saltar las alarmas de la UE acerca de las condiciones en las que trabajan muchos jóvenes en Europa, los hechos ocurridos a fecha de 20 de agosto de 2013 en la ciudad de Londres, lugar en donde muere un becario del Bank of América de 21 años tras estar 72 horas seguidas trabajando (<http://www.thetimes.co.uk/tto/news/uk/article3848066.ece>).

¹⁰³⁶ Para los jóvenes menores de 20 años no titulados, las medidas se focalizan hacia la reincorporación al sistema educativo, de la misma manera que para aquellos con edades comprendidas entre 20 y 25 años.

¹⁰³⁷ Véase también el Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el con-

Tanto los poderes públicos, como los agentes sociales están preocupados por la situación económica y política del empleo juvenil. Por lo que, a la vista de los resultados alcanzados, el Gobierno Español ha elaborado un elenco de medidas para favorecer la participación laboral de este grupo, evitando así un incremento del desempleo juvenil y potenciando además el crecimiento de la actividad económica que permita crear empleo. Son muestra de todo ello, por matizar en algunas de estas iniciativas: 1) la Resolución de 30 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014¹⁰³⁸; 2) el Acuerdo para el progreso económico y social de Andalucía¹⁰³⁹; 3) la Resolución de 28 de agosto de 2013, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 2013, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2013¹⁰⁴⁰; 4) el Real Decreto 751/2014, de 5 de septiembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016¹⁰⁴¹ y 5) la Resolución de 22 de abril de 2015, de la Dirección General de Migraciones, por la que se convocan ayudas para 2015, del Programa de Jóvenes de la Orden ESS/1650/2013, de 12 de septiembre (BOE 14 de mayo 2015). Para esta última se han contemplado un listado de acciones y/o medidas a ejecutar, entre las que se encuentra la de “mejora de la empleabilidad de los jóvenes y el apoyo al emprendimiento”¹⁰⁴². Regla que, si bien, se encuentran en la misma línea que las de aquellas otras que recoge la Ley 3/2012, de 6 de agosto de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: 1) como fomento de la empleabilidad; 2) garantía del empleo y de la contratación indefinida; y 3) facilitación del autoempleo. Concretamente, sobre estas últimas se enmarcan las actuales estrategias de fomento y apoyo al emprendimiento.

3.2. Medidas y leyes de apoyo al emprendimiento

Recientemente, a nivel nacional se han publicado dos importantes normas en esta materia (las cuales podrán ser aplicables tanto para el ámbito de la empresa pri-

trato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual (BOE núm. 270 de 9 de noviembre de 2012).

¹⁰³⁸ BOE núm. 31 de 6 de febrero de 2012. Acuerdo suscrito a fecha de 25 de enero del 2012, de una parte, por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME) y, de otra parte, por las Confederaciones Sindicales de CCOO y UGT.

¹⁰³⁹ Firmado a fecha de 20 de marzo del 2013 por UGT, CCOO y la Confederación de Empresarios de Andalucía (CEA). Tienen como destinatarios preferentes, entre otros, a las personas jóvenes menores de 35 años.

¹⁰⁴⁰ BOE núm. 217 de 10 de septiembre de 2013.

¹⁰⁴¹ BOE núm. 231 de 23 de septiembre de 2013.

¹⁰⁴² Junto a esta se encuentran también: a) la mejora de la empleabilidad de otros colectivos especialmente afectados por el desempleo; b) la mejora de la calidad de la formación profesional en el empleo y; 3) la mejora de la vinculación de las políticas activas y pasivas de empleo. Véase apartado 5 “Estructura y objetivos” de esta resolución.

vada, como para el caso de que la contratación se realice en el sector público), de un lado la Ley 11/2013, de 26 de julio de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo¹⁰⁴³; y de otro lado la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internalización¹⁰⁴⁴. En todas las CCAA se han creado y publicado también leyes de emprendedores como respuesta a esa iniciativa nacional para el fomento del empleo juvenil.

La Ley 11/2013 de 26 de julio, se caracteriza, principalmente, por ser una regulación muy heterogénea en la que confluyen todo un elenco de disposiciones de carácter laboral, de Seguridad Social, fiscal, de sector (hidrocarburos, ferroviario...), de lucha contra la morosidad...etc. En lo referente al ámbito profesional, la normativa busca impulsar un conjunto de medidas orientadas a una doble dirección: a) el autoempleo y emprendimiento, y b) la inserción laboral por cuenta ajena. Haciendo además, partícipes de estas disposiciones tanto a instituciones públicas y privadas, como empresas y organizaciones que deseen colaborar¹⁰⁴⁵.

Para incentivar el autoempleo de los más jóvenes (1º bloque de medidas) deberá, previamente, incentivarse a todos los niveles de nuestra sociedad un espíritu emprendedor. Encontrándose a este fin la clave de éxito en la reforma del sistema educativo¹⁰⁴⁶. En esta línea de pensamiento, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre incorpora ahora en todas las etapas de la Educación Básica (Primaria y Secundaria), Formación Profesional (FP) y Bachillerato; un revolucionario mecanismo que persigue sin ambages reforzar las competencias y habilidades necesarias para despertar en los jóvenes ese espíritu emprendedor. Para lo cual el personal docente habrá de adquirir las competencias y habilidades necesarias, a través de la formación inicial y permanente, cumpliendo así de forma eficaz con dicho objetivo. De

¹⁰⁴³ BOE núm. 179, de 27 de julio del 2013. Previamente a esta, sale a la luz el Real Decreto, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2013). Normativa que trata de dar respuesta y se inserta entre las medidas que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social están llevando a cabo, dentro de la llamada “Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016”.

¹⁰⁴⁴ BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

Esta última normativa ha sido objeto de aclaración por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal a la vista de las dudas interpretativas que le han surgido a una pluralidad de órganos de contratación del Sector Público desde su entrada en vigor. Recordemos que esta Ley 14/2013, de 27 de septiembre, modifica algunos preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público –BOE núm. 276 de 16 de noviembre de 2011-), entre los que cabe destacar el art. 146. Para un conocimiento más exhaustivo en esta materia véase la Recomendación de 26 de noviembre de 2013 (JUR/2013/356789).

¹⁰⁴⁵ Véase Preámbulo de la Ley 11/2013, de 26 de julio.

¹⁰⁴⁶ En esta línea, VV.AA: *Empleo Juvenil en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, págs. 55-81.

igual modo las Universidades no pueden quedar exentas, siendo necesarias en ellas la ejecución de tareas de información y asesoramiento para que los estudiantes se inicien en el emprendimiento¹⁰⁴⁷.

Al margen de estas medidas de las que muchos jóvenes no han podido actualmente beneficiarse, llaman poderosamente la atención, en primer lugar, un conjunto de reducciones y bonificaciones a la Seguridad Social que mediante Ley 11/2013 se han previsto que puedan ser de aplicación a los menores de 30 o de 35 años (en el caso de las mujeres) que deseen iniciar su actividad profesional por cuenta propia¹⁰⁴⁸ y no empleen a trabajadores por cuenta ajena¹⁰⁴⁹. Entre las primeras se encuentran las que enumera el artículo 1 de esta ley y que pretenden incentivar a los jóvenes con la atribución de una reducción (durante 15 meses) de las cuotas a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondientes, en función de la base de cotización elegida y el tipo aplicable. Reducción que será equivalente al 30% de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima de cotización aplicable al tipo mínimo de cotización vigente en cada momento (incluida la incapacidad temporal)¹⁰⁵⁰. Asimismo, durante los 15 meses siguientes al término del periodo de reducción se podrán obtener una bonificación por el mismo importe que la antedicha reducción.

¹⁰⁴⁷ Véase Título I. “Apoyo a la iniciativa emprendedora”, concretamente en su capítulo I. “Educación en emprendimiento” (artículos 4, 5 y 6). Como consecuencia de ello, el legislador ha encomendado a las administraciones educativas la revisión y adecuación de los currículos de las enseñanzas regladas a estos nuevos fines.

Ya en la Universidad de Granada se ha iniciado esta tarea gracias a la apertura de un curso para el fomento de la capacidad emprendedora a través del Centro de Promoción de Empleo y Prácticas (CPEP). A este respecto, puede consultarse el anuncio que realiza el periódico Ideal de Granada a fecha de 29 de octubre de 2013 en su página 12.

¹⁰⁴⁸ En opinión del profesor A. Sempere Navarro: “*Contrasta la voluntad legislativa de la reforma laboral de 2012 que pretendía racionalizar a través de la supresión de las bonificaciones a la Seguridad Social la creación dispersa de estos incentivos con la creciente promulgación de normativa diversa que vuelve a fomentarlos y que crea una confusión en los empresarios ante el cúmulo de normas en materia de bonificaciones y reducciones a la Seguridad Social*”. Véase SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Novedades Legislativas: Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo”... op.cit., pág. 1.

¹⁰⁴⁹ “*Las bonificaciones y reducciones de cuotas previstas en la presente ley se financiarán con cargo a la correspondiente partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) y se soportará por el presupuesto de ingresos de la Seguridad Social, respectivamente*” (Disposición adicional primera, apartado 1 de la Ley 11/2013).

“*Las bonificaciones y reducciones de cuotas de la Seguridad Social se aplicarán por los emprendedores con carácter automático, sin perjuicio de su control y revisión por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por la Tesorería General de la Seguridad Social y por el SPEE, en sus respectivos ámbito de competencia*” (Disp. adicional 1ª, apartado 2 de la Ley 11/2013).

¹⁰⁵⁰ Para las personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33% que se establezcan como trabajadores autónomos, la reducción y bonificación será del 50% (en las mismas condiciones).

En el caso de los menores de 30 años que causen alta inicial en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) o que no hubiesen estado en situación de alta en los cinco años inmediatamente anteriores, se podrán aplicar ciertas reducciones y bonificaciones sobre la cuota por causas comunes hasta un periodo máximo de 30 meses.

En segundo lugar, cabe destacar un conjunto de medidas que posibilitan para compatibilizar la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia cuando así lo establezcan los programas de empleo destinados a colectivos con mayores dificultades de inserción laboral. Así pues, en tanto el programa de fomento al empleo lo permita, podrán los menores de 30 años que no tengan trabajadores a su cargo beneficiarse de esta posibilidad durante un máximo de 270 días y siempre que lo soliciten antes del plazo de 15 días desde el inicio de la actividad por cuenta propia (art. 2 y 3 de la Ley 11/2013).

En cuarto lugar, aparecen en esta ley de 26 de julio del 2013 una ampliación de las posibilidades de aplicación de la capitalización de la prestación por desempleo. A este respecto, el artículo 4 permite que los menores de 30 años (o 35 años en el caso de mujeres) puedan percibir de una sola vez el 100% del importe de la prestación por desempleo para su aportación al capital social de una mercantil de nueva constitución o constituida en un plazo máximo de 12 meses anteriores a su aportación. Ahora bien, será requisito indispensable que éstos desarrollen en la mercantil su actividad laboral con carácter indefinido¹⁰⁵¹.

En quinto lugar, se podrá suspender o reanudar el cobro de la prestación por desempleo cuando el trabajador autónomo haya realizado un trabajo por cuenta propia inferior a 24 meses o en el caso de los menores de 30 años, inferior a 60 meses (artículo 5 de la Ley 11/2013).

En sexto lugar, el legislador ha permitido que los menores de 30 años puedan voluntariamente decidir si cotizar o no por contingencias profesionales, incluida la cobertura por cese de la actividad (art. 6 de la Ley 11/2013).

En séptimo lugar, para no penalizar excesivamente a los trabajadores pluriempleados, se reducen las cuotas de la Seguridad Social para aquellos que coticen en el Régimen General y en otro Régimen a tiempo completo cuando realicen una actividad económica alternativa. Se pretende de este modo de estimular nuevas altas en el RETA (arts. 28 y 29 –Título II– de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre).

¹⁰⁵¹ A este respecto, resulta interesante destacar que en por medio de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, se han creado dos nuevas figuras mercantiles: de un lado, “el emprendedor de Responsabilidad limitada” (Capítulo II, artículos 7 a 11); y de otro lado, “la Sociedad Limitada de Formación Sucesiva” (Capítulo III, en su arts. 12).

Un 2º bloque de medidas lo conforman aquellos estímulos que se destinan hacia la inserción laboral de jóvenes por cuenta ajena y de creación de empleo (Título I, Capítulo III). Constituyen todos ellos mecanismos complementarios al anterior grupo, puesto que en la medida en que quede garantizado el crecimiento de los mercados (es decir, cuanto la tasa de desempleo en España se sitúe por debajo del 15%) se podrá entonces incentivar la contratación por cuenta ajena de trabajadores noveles. No obstante permiten también que, actualmente, empresas ya constituidas puedan contratar a jóvenes en desempleo al tiempo que adquieren una formación o una primera experiencia profesional.

En primer lugar, como mecanismo de estímulo hacia el empleo de carácter coyuntural se inserta la figura del contrato a tiempo parcial (art. 9 de la Ley 11/2013). Aunque la nueva ley no modifica en absoluto el régimen jurídico previsto para este tipo de contratación por el art. 12 del Estatuto de los Trabajadores (ET)¹⁰⁵², sí pretende aparentar, bajo la atribución de una serie de variantes a cumplir por la empresa para la obtención de beneficios, que el fin último no es otro que el de fomento del empleo de los más jóvenes a través de la formación¹⁰⁵³.

Se combinan en este modelo formación con empleo¹⁰⁵⁴, no obstante, claramente la preferencia es a favor del segundo frente al primero. Efectivamente, la formación podrá no estar vinculada a la actividad a desarrollar¹⁰⁵⁵ y, de igual modo, no necesitará atribuírsela al trabajador durante el desempeño de la relación laboral¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵² Pudiendo éste ser por tiempo indefinido o por duración determinada, no debiendo la jornada ser superior al 50% de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable (art. 9.4 de la Ley 11/2013).

¹⁰⁵³ A este respecto véase el estudio que realiza la profesora LLEÓ CASANOVA, B en “Novedades en materia de contratación laboral introducidas por el RD-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 34, 2013, pág. 15-18. En esta misma línea, SEMPERE NAVARRO, A.V: “Novedades Legislativas: Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo”... op.cit., pág. 3. SIERRA BENÍTEZ, E.M: “Las medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: aspectos laborales tras la promulgación de la Ley 3/2012”, en VV.AA: *Economía Española y Protección Social*, Madrid, Asociación de Actuarios, Estadísticos y Economistas de la Seguridad Social, 2013, pág. 224 -225.

¹⁰⁵⁴ “Los trabajadores deberán compatibilizar el empleo con la formación...” (Art. 9.3 apartado primero de la Ley 11/2013).

¹⁰⁵⁵ “La formación, no teniendo que estar vinculada específicamente al puesto de trabajo objeto del contrato, podrá ser: a) Formación acreditable oficial o promovida por los servicios públicos de empleo; b) Formación en idiomas o tecnologías de la información y la comunicación de una duración mínima de 90 horas en cómputo anual” (Art. 9.3 apartado segundo de la Ley 11/2013).

Téngase en cuenta también el RD 34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los certificados de profesionalidad (BOE núm. 27 de 31 de diciembre de 2008).

¹⁰⁵⁶ “... o justificar haberla cursado en los seis meses previos a la celebración del contrato” (Art. 9.3 apartado primero de la Ley 11/2013).

En segundo lugar, se presenta el contrato indefinido para microempresas y empresarios autónomos (art. 10 de la Ley 11/2013), el cual queda orientado hacia la contratación de menores de 30 años sin experiencia laboral en empresas de 9 o menos trabajadores. Por lo que a efectos de motivar dicha contratación, las empresas podrán beneficiarse de una reducción del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes durante el primer año.

En tercer lugar, aparecen los incentivos a proyectos de emprendimiento joven (art. 11, Ley 11/2013). Destinados, básicamente, a aquellos emprendedores menores de treinta años y sin trabajadores asalariados que a fecha de 24 de febrero de 2013 contraten por primera vez y de forma indefinida (ya sea a tiempo completo o parcial) a personas desempleadas mayores de 45 años.

Con el título de “primer empleo joven” se enuncia, en cuarto lugar, uno de los instrumentos contractuales más criticados por la doctrina¹⁰⁵⁷ a causa de la temporalidad en el empleo contractual (art. 12, Ley 11/2013)¹⁰⁵⁸. En efecto, el legislador al introducir como causa justificativa para la contratación temporal la obtención de una primera experiencia profesional, en realidad lo que pretende es establecer la figura del contrato temporal no como mecanismo para responder a las necesidades temporales de trabajo en las empresas, sino como vía o trampolín de acceso al mercado de trabajo para los jóvenes menores de 30 años que carezcan de nula experiencia laboral o cuando sea ésta inferior a tres meses¹⁰⁵⁹.

Se trata por tanto, de un contrato temporal propio con las excepciones establecidas por el art. 15.1 b) ET y que consta de una duración mínima de tres meses y una máxima de seis meses, ampliable a 12 meses cuando así se establezca por convenio colectivo sectorial (art. 12.2 de la Ley 11/2013)¹⁰⁶⁰. Ahora bien este con-

¹⁰⁵⁷ LLEÓ CASANOVA, B: “Novedades en materia de contratación laboral introducidas por el RD-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo”... op.cit., págs.1-12. SEMPERE NAVARRO, A.V: “Novedades Legislativas: Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo”... op.cit., pág. 3.

¹⁰⁵⁸ Se supone que uno de los aspectos que más se han criticado a nivel europeo es el excesivo recurso a la temporalidad en el empleo de los más jóvenes. Y es que con frecuencia se emplea esta vía de forma abusiva, gracias al concierto de condiciones laborales precarias.

¹⁰⁵⁹ Recordemos que los contratos coyunturales no responden a una necesidad organizativa o productiva de la empresa, sino que su finalidad es el fomento del empleo. Hasta hoy día, los únicos contratos temporales coyunturales que encontrábamos en nuestro ordenamiento jurídico son los previstos por el art. 15 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción (BOE núm. 299 de 14 de diciembre de 2007), modificado por la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas (BOE núm. 315 de 31 de diciembre de 2009).

¹⁰⁶⁰ Véase a este respecto LLEÓ CASANOVA, B: “Novedades en materia de contratación laboral introducidas por el RD-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo

trato podrá transformarse en indefinido al término del periodo mínimo de tres meses¹⁰⁶¹, lo que otorgará a la empresa ciertas bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social¹⁰⁶².

En quinto lugar y como novedad, el art. 13 de la Ley 11/2013 ha modificado el régimen previsto para los contratos en práctica por el art. 11.1 del ET. Así pues, de un lado se ha eliminado el límite temporal (de 5 años de manera general o de 7 en caso de discapacitados) para la obtención del título o certificado de profesionalidad habilitante para el desempeño del contrato en prácticas por menores de 30 años y de otro lado se ha concedido a los empresarios una bonificación del 50% de la cuota empresarial por contingencias comunes durante la vigencia del contrato de trabajo. Ahora bien cuando se trate de trabajadores que al tiempo de dicha contratación estuviesen realizando prácticas no laborales en la empresa, la reducción será del 75% (art. 13.2, Ley 11/2013)¹⁰⁶³.

En sexto lugar, se incorporan una serie de incentivos a la contratación de jóvenes en entidades de economía social (art. 14). Constituyen éstas bonificaciones a las cuotas empresariales de la Seguridad Social aplicables: a) a las cooperativas o sociedades laborales que incorporen trabajadores desempleados menores de 30 años como socios trabajadores o de trabajo y; b) a las empresas de inserción cuando dichos contratos sean suscritos por personas menores de 30 años en situación de exclusión social incluidas en el art. 2 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, en caso de contratación indefinida. Bonificaciones que no serán compatibles con las previstas en el art. 16.3 a) de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre.

En lo que se refiere a los contratos para la formación y aprendizaje, la Ley 11/2013 ha modificado la prohibición que se establecía por el art. 10.2 de la Ley 14/1994 de 1 de junio, al permitir ahora que las Empresas de Trabajo Temporal (ETTs) puedan celebrar estas fórmulas de contratación a las que antes no tenían

del crecimiento y de la creación de empleo"... op.cit., pág. 10. Para esta autora resulta incomprensible cómo mientras que en las prácticas no laborales en empresa la duración máxima es de nueve meses, en el tipo contractual establecido por el art. 12.2 la duración del contrato es inferior, a pesar de que la finalidad en ambas es la misma, esto es, la adquisición de una primera experiencia profesional en donde no se tiene en cuenta el nivel de cualificación del joven.

¹⁰⁶¹ "El contrato es ciertamente un periodo de prueba ampliado...", véase SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Novedades Legislativas: Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo"... op.cit., pág. 3.

¹⁰⁶² Véase art. 12.4 de la Ley 11/2013: "Las empresas..., que, una vez transcurrido un plazo mínimo de tres meses desde su celebración, transformen en indefinido los contratos a que se refiere este artículo tendrán derecho a una bonificación en las cuotas empresariales a la Seguridad Social... durante tres años".

¹⁰⁶³ Téngase en cuenta también la Disposición final segunda de esta Ley 11/2013, por la que se modifica el art. 11.1 c) del ET para el contrato en prácticas.

acceso. De este modo las ETTs podrán poner a disposición de una empresa usuaria a trabajadores contratados para la formación y aprendizaje conforme a lo previsto en el art. 11.2 del ET (Disposición adicional tercera y cuarta)¹⁰⁶⁴, pudiendo además beneficiarse de las bonificaciones y reducciones previstas para el primer empleo joven en el art. 12 de esta ley (Disposición adicional quinta). Por lo que la empresa usuaria actuará como si fuese la empleadora desde el inicio¹⁰⁶⁵.

También se han previsto por la Ley 11/2013 una serie de medidas para la mejora de la intermediación laboral¹⁰⁶⁶ y seguimiento y evaluación de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven a través de la creación de una Comisión Interministerial¹⁰⁶⁷.

IV. CONCLUSIONES

En lo que respecta a las medidas de estímulo de empleo en las empresas se observa cómo se han incrementado los contratos temporales, en lugar de la contratación indefinida, lo cual es contrario a la razón de existencia misma de la Garantía Juvenil de la UE y a la exposición de motivos de la las leyes de emprendedores. Efectivamente, si el fin que persigue la UE es incentivar la el mantenimiento del empleo de los jóvenes, claramente se puede afirmar que este objetivo no se ha conseguido, pues todo ese conjunto de bonificaciones temporales no logrado todavía modificar la cultura empresarial española. Los contratos temporales más notables son el contrato a tiempo parcial, el contrato de primer empleo joven, el contrato en prácticas y el contrato para la formación y aprendizaje:

- El contrato a tiempo parcial ofrece las mismas condiciones previstas por el ET, con el consecuente predominio del empleo sobre la formación. Así tomará el papel de mero elemento de inserción ocupacional de jóvenes al ámbito laboral, favoreciendo el abuso sobre los mismos, tal y como sucede en la práctica hoy día.

- El contrato de primer empleo joven no es más que una mascarada, que oculta la realidad de su naturaleza. Bajo este término de contrato de primer empleo joven se esconde lo que normalmente se conoce como periodo de prueba, con lo que se

¹⁰⁶⁴ Y también, por supuesto, en el RD 1529/2012, de 8 de noviembre, antes citado.

¹⁰⁶⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V: "Novedades Legislativas: Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo"... op.cit., pág. 4.

¹⁰⁶⁶ Véase el Título I, Capítulo IV. Las medidas consisten, básicamente, en: a) la suscripción de acuerdos marco entre los servicios públicos de empleo y las entidades empresariales para la contratación de servicios que faciliten la intermediación laboral y b) la creación de un portal único de empleo, como garantía de transparencia y unidad de mercado.

¹⁰⁶⁷ Ver la Disposición Adicional segunda de la Ley 11/2013.

favorece que las empresas produzcan la rotación en un mismo puesto de trabajo, deshaciéndose de cada “contratado” al término de este contrato temporal.

- El contrato en prácticas es igual al recogido en el ET, pero sin imponer límites que eviten el encadenamiento entre contratos temporales, concretamente entre el de formación y aprendizaje y el de prácticas, ya que el certificado de profesionalidad que se adquiere con el primero permite el acceso al segundo. En este caso los jóvenes profesionales se convierten en marionetas de la empresa o empresas correspondientes, entrando en una enloquecedora y funesta espiral en la que su vida laboral será, en el mejor de los casos, un rico compendio de contratos temporales.

- El contrato para la formación y aprendizaje está sujeto a las mismas condiciones del ET, sólo que en este caso se permite que las ETTs puedan concertar esta fórmula contractual, mecanismo al que no tenían acceso previamente. Además se concretan algunos aspectos de distribución de obligaciones de formación derivadas del marco de relaciones triangulares puestas en funcionamiento en virtud del contrato de puesta a disposición.

En definitiva, las leyes de emprendedores producidas a nivel estatal y autonómico en España como consecuencia de la Estrategia de Garantía Juvenil elaborada por la UE son elementos jurídicos interesantes que pretenden alcanzar objetivos loables, pero que cuentan con las mismas lagunas características de la normativa laboral vigente en España. Muy a nuestro pesar no parece que vayan a tener repercusiones positivas, sino que va a incrementar la precariedad laboral juvenil y la temporalidad en el empleo de uno de los sectores más indefensos y vulnerables de nuestra población activa. El futuro de nuestra sociedad será tan bueno como el trato que demos a las generaciones llamadas a sostener nuestra realidad social.

10.4. LAS POLÍTICAS DE INCENTIVACIÓN Y MEJORA DEL EMPLEO FEMENINO: ENTRE LA INADECUACIÓN Y LA INSUFICIENCIA

TERESA PÉREZ DEL RÍO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCA

Resulta difícilmente rebatible que en un sistema de economía de mercado, la posición que cada individuo ocupa en el mercado determina su posición social. Dado que la mayor parte de la ciudadanía solo puede vender al mercado su fuerza de trabajo, la exclusión o la forma de integración de cada individuo en el mercado de tra-

bajo influyen de forma determinante en su posición social, en definitiva en su posición de empoderamiento tanto subjetivo como objetivo. La integración en el mercado de trabajo garantiza (en mayor o menor nivel) la libertad del individuo ya que la autosuficiencia constituye el fundamento de la libertad y las posibilidades de autodeterminación, permitiendo o dificultando el ejercicio del resto de los derechos fundamentales que constituyen el estatuto de ciudadanía. En otras palabras, en un sistema de economía de mercado, el empoderamiento tanto subjetivo como objetivo de cada individuo depende en gran manera, tanto en óptica cuantitativa como cualitativa, de su posición en el mercado de trabajo. De todo lo señalado se puede deducir que la peor posición posible es la de excluido del mercado de trabajo porque de la exclusión deriva sin duda una posición de dependencia, por tanto, de ausencia de libertad y una mayor dificultad para el ejercicio del resto de los derechos de ciudadanía, pudiendo finalmente determinar una situación de exclusión social. Coherentemente con lo afirmado, la integración laboral de un individuo en el mercado de trabajo, formando parte de un colectivo discriminado en el mismo, determina frecuentemente una situación de discriminación social.

La situación de las mujeres respecto del mercado de trabajo ha estado caracterizada históricamente, de un lado por la exclusión: la tasa de actividad femenina ha sido siempre inferior a la masculina. En España no ha llegado hasta hace poco tiempo a significar el 50%. En concreto la última EPA señala que la tasa de actividad femenina se encuentra en el 53,90%. Aun aceptando este hecho, como Amparo Ballester ha puesto recientemente de manifiesto (“Del trabajo al trabajo de calidad: los nuevos retos de las políticas de empleo femenino” 2015), el problema del empleo de las mujeres no es en la actualidad de tipo cuantitativo o no solo, sino eminentemente de carácter cualitativo. Las mujeres han accedido en los últimos años al mercado de trabajo en cantidades muy apreciables, que además no han disminuido de forma importante por causa de la crisis. Según datos de la EPA, en 2006 la tasa de paro de los hombres era del 7,5%, y la de las mujeres, del 12%; En 2009, en plena crisis, la tasa de paro masculina ascendió al 17% y la de las mujeres al 18% (en este momento es cuando el incremento del paro masculino fue más intenso). Actualmente (EPA cuarto trimestre 2014) la tasa de desempleo española es del 23,7% (22,8% para los hombres y 24,7% para las mujeres). En otros términos, problemas de carencia de empleo tienen tanto mujeres como hombres y la diferencia de la tasa de paro no se ha disparado en el caso de las mujeres tampoco durante la crisis. En otras palabras, casi la mitad de las mujeres muestran y han mostrado históricamente su interés en encontrar un empleo remunerado y legalmente controlado, lo que significa que la otra mitad no lo hace por unas u otras razones. Otra cosa es que lo encuentren, de un lado y la otra es que se controle realmente dada su mayor inclusión en la economía sumergida que siempre ha sido mayoritariamente femenina.

De otro lado, las mujeres que se han integrado en el mercado de trabajo lo han hecho en situación de discriminación: el mercado de trabajo es un mercado segre-

gado tanto verticalmente como horizontalmente en función del sexo. Respecto de la *segmentación vertical*, tradicionalmente han ocupado los lugares más bajos de las clasificaciones profesionales y siempre ha existido el denominado y tantas veces estudiado “techo de cristal” o “suelo pegajoso”. Respecto de la *segmentación horizontal*, las mujeres aparecen casi de forma exclusiva en el sector servicios y especialmente en los servicios a las personas; además ha tenido y sigue teniendo un nivel más alto de atipicidad en su contratación, es decir, una mayor temporalidad y una mayor presencia en el trabajo a tiempo parcial. En otras palabras, el problema como se señaló mas arriba es de calidad del trabajo. Tradicionalmente las mujeres han sido mayoritarias en sectores como el servicio doméstico, deprimido en cuanto a condiciones de trabajo minusvalorado económicamente, presenta altas tasas de presencia en el trabajo negro, es decir, no declarado, y en el trabajo a tiempo parcial. Durante la crisis, los puestos feminizados han resistido mejor la crisis económica que los puestos masculinizados (por ejemplo, construcción e industria) (Informe sobre “Empleo y desarrollo social en Europa 2013”, elaborado por la Comisión Europea, Dirección General para el Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, Diciembre 2013), pero las condiciones de trabajo ha empeorado notablemente por causa de la reforma laboral.

Por ejemplo, se ha incrementado notablemente la denominada “brecha salarial”. Los últimos datos oficiales sobre brecha salarial según la Comisión Europea muestran que la brecha media de todos los países de la UE es de 16,4%, lo que significa que las mujeres de la UE ganan en su conjunto un 16,4% menos que los hombres. España no muestra en este Informe una desviación grande: la brecha salarial española sería del 17,8% pero es necesario tener en cuenta que los datos de la Comisión Europea provienen de la Encuesta Cuatrianual de Estructura Salarial que se publicó en 2012 y que partía de datos de 2010. Desde entonces los datos anuales indican leves repuntes en todos los países de la Unión Europea y un gran repunte en España. Los datos de Eurostat correspondientes a 2013 indican que la brecha salarial fue ese año de 19,3%. Otros estudios que se han realizado en nuestro país con datos más extensos y más recientes de los que maneja Eurostat dan como resultado una brecha salarial incluso más alta, que llega en 2015 al 24% (Informe de UGT “Trabajar igual, cobrar igual” Febrero de 2015). Si estos datos se confirmaran pasaríamos a tener una de las brechas salariales más altas de la UE y, además, uno de los incrementos más repentinos. Así pues, el gran incremento de las desigualdades sociales que ha sufrido la sociedad española durante los años de la crisis, constatado, por ejemplo, por la propia OCDE, coincide con los años en los que se ha desarrollado este incremento de la brecha salarial entre hombres y mujeres. No sería arriesgado concluir en que la crisis económica ha afectado fundamentalmente al trabajo de la mujer y que ella ha sido la principal víctima del incremento de la desigualdad en España.

La situación de creciente discriminación de la mujer resulta incompatible con el derecho a igual dignidad, trato y oportunidades que nuestra Constitución con-

sagra como uno de los valores esenciales de nuestro sistema político y de nuestro ordenamiento jurídico en el **Art. 1** de la Constitución y en el **Art. 14**; además la Constitución española en el **Art. 9.2** impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que dificultan el ejercicio de todos los derechos que reconoce, incluido el derecho al trabajo. De su parte la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, dedica su Título IV completo a garantizar *El derecho al trabajo en igualdad de oportunidades*; en su Capítulo I “Igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral”, Artículo 42 señala que “1. *Las políticas de empleo tendrán como uno de sus objetivos prioritarios aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y avanzar en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Para ello, se mejorará la empleabilidad y la permanencia en el empleo de las mujeres, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo*”.

En un contexto como el descrito, en el que la realidad laboral contrasta seriamente con los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados legalmente, las políticas cualitativas de empleo resultan fundamentales para corregir los desfases naturalmente vinculados al mundo de los estereotipos, que se refuerzan siempre en tiempos de crisis económica. Estas políticas, exigidas constitucional y normativamente solo pueden ser eficaces si funcionan en una dimensión cualitativa que a su vez requiere acciones a dos niveles: el acceso a puestos de calidad y el mantenimiento en la carrera profesional. La segunda de las políticas de empleo (la de mantenimiento) resulta fundamental, porque la mayor rotación femenina es la que más claramente dificulta su promoción, es decir, refuerza el techo de cristal, incrementa la brecha salarial, y hace que la fuerza de trabajo femenina se encuentre en una situación permanente de vulnerabilidad, de desempleo o de infraempleo. Las políticas de la UE apuntan precisamente hacia el objetivo de reforzar la calidad del trabajo femenino y hacia su estabilización, a través de la adopción de medidas de acción positiva, sin embargo, el legislador español no parece haber comprendido adecuadamente este mensaje.

Para entender la exigibilidad de adopción de este tipo de políticas de reforzamiento de la igualdad cualitativa del empleo masculino y femenino, resulta necesario comprender primero que se entiende por *acción positiva* puesto que de la adopción de este tipo de medidas estamos hablando. Es mayoritariamente compartida la concepción de la acción positiva como el conjunto de medidas que tienen por finalidad garantizar la igualdad de oportunidades, eliminando los obstáculos que se oponen a la igualdad real o de hecho entre hombres y mujeres, corrigiendo situaciones de victimización mantenidas a lo largo de los años en todo tipo de culturas y sea cual sea el nivel de desarrollo de los distintos Estados. La compatibilidad del principio de igualdad con las medidas de acción positiva, e incluso la

necesidad de adoptarlas si se quiere hacer realidad el principio de igualdad, o convertir el principio de igualdad formal en una realidad social, ha sido ampliamente reconocida y justificada en el ámbito del Derecho Internacional. La Convención de las Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer aprobada el 18 de diciembre de 1979, señala que no deben entenderse discriminatorias “*aquellas medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer*”. Por lo que se refiere al Derecho comunitario al tema de la compatibilidad entre acción positiva e igualdad se refiere el Art.157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Art.23 párrafo 2º de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE del año 2000. En ambos textos normativos, parece que el derecho originario de la UE, “*permite*”, pero no obliga, a los EEMM a la adopción de medidas de acción positiva. Sin embargo es necesario tener en consideración que el Art.16 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de 1989 y también la D/2006/54/CE relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo referido al empleo, la formación y promoción profesional y las condiciones de trabajo, que señala en el N° 22 de su Exposición de motivos que “*De conformidad con el artículo 141, apartado 4, del Tratado, y con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impide a los Estados miembros mantener o adoptar medidas que prevean ventajas específicas para facilitar a las personas del sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o para evitar o compensar las desventajas que sufran en sus carreras profesionales. Dada la situación actual, y teniendo en cuenta la Declaración n° 28 del Tratado de Ámsterdam, los Estados miembros deben, en primer lugar, aspirar a mejorar la situación de la mujer en la vida laboral*” añadiendo en el Art.31.2: “*...los Estados miembros notificarán cada cuatro años a la Comisión los textos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas correspondientes a medidas adoptadas de conformidad con el apartado 4 del Art.141 del Tratado, así como la información sobre dichas medidas y su aplicación. Basándose en esa información, la Comisión aprobará y publicará cada cuatro años un informe en el que se establezca una evaluación comparativa de dichas medidas a la luz de la Declaración n° 28 anexa al Acta final del Tratado de Ámsterdam*”. Teniendo en cuenta estos dos textos y sobre todo el segundo, parece clara la voluntad del legislador comunitario no solo de declarar compatible la acción positiva con la prohibición de discriminación por razón de género, sino la de incentivar la adopción de este tipo de medidas. Ciertamente, de estas últimas disposiciones no deriva una obligación estricta para los Estados miembros de adoptar medidas de acción positiva, pero sí una compulsión moral ya que parecería poco aceptable que en el preceptivo informe cuatrianual, algún Estado miembro hiciese constar que no ha adoptado medida alguna.

Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la acción positiva. En todas las sentencias adoptadas en la

materia, la mayoría de las cuales hacen referencia al género como causa determinante de la posición social de la mujer, que el TC califica como “...*no solo desventajosa sino abiertamente contraria a la dignidad de la persona que reconoce el Art.10 de la Constitución*”, señala expresamente que esta situación resulta incompatible con los postulados constitucionales, entendiendo que de la Constitución deriva una “*explícita interdicción*” de su mantenimiento (Art.14 segundo inciso). Añade que de la propia Constitución se deduce que no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad (Art.14), sino por el contrario, “*el tratamiento diverso de situaciones distintas puede incluso venir exigido en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento como son la justicia y la igualdad (Art.1)*”. Señala expresamente que “*La actuación de los Poderes Públicos para remediar la situación de determinados grupos sociales... colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aún cuando establezca para ellas un trato mas favorable pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas*”. Insiste el TC que las medidas promocionales de aquellas categorías de trabajadores que estén sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo y su permanencia en él, no podrán considerarse opuestas al principio de igualdad, sino, por el contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación preexistentes (STC 128/1987).

A pesar de citar como punto de referencia de su doctrina interpretativa en la materia las normas internacionales (como de otro lado exige el Art.10.2 CE), el TC ha ido desde el principio mas allá del alcance de las mismas y, de forma clara, de la D/76/207/CEE, que, como ya señalamos, contemplaba la acción positiva como una excepción a la prohibición de discriminación formal, cuya adopción era planteada como meramente potestativa para los poderes públicos, mientras que el TC parece entender su adopción como una actuación necesaria, incluso exigida por la Constitución, en concreto por el Art.14 inciso 2º en el que se señala “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de...sexo...*” y en el Art.9.2 que obliga a los poderes públicos a “*...promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas...*” y a “*remover los obstáculos que impidan o dificulten...*” el ejercicio en plenitud de estos derechos. El TC entiende que el principio de igualdad material o esencial recogido en el Art.9.2, concreta y precisa el significado del derecho a la igualdad (consagrado en el Art.14) ordenando a los poderes públicos la adopción de medidas encaminadas a la eliminación de todas las situaciones de discriminación constatadas, especialmente, la existente entre hombres y mujeres y derivada del género. Como señala la STC.216/1991 y repite la STC.28/92, no puede reputarse discriminatoria y consti-

tucionalmente prohibida, antes al contrario, en cierto modo exigida por los principios informadores del Estado Social de Derecho que la Constitución consagra, la acción de favorecimiento que los poderes públicos emprendan en beneficio de determinados colectivos históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que mediante un trato especial mas favorable, vean compensada y eliminada su situación de desigualdad sustancial. En definitiva, la acción positiva no solo es que sea compatible con el derecho a la igualdad tal como viene reconocido en el Derecho comunitario como se ha visto mas arriba, sino que según la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional, es incluso “...exigida por el Art.9.2, en un Estado social y democrático de derecho como el que nuestra Constitución consagra...” (STC.128/1987 y muchas otras posteriores en el mismo sentido) y ello tanto en el ámbito público como en el privado.

No obstante, la actuación promocional de los poderes públicos no carece de límites o requisitos. Constituye este un tema tratado de forma dispersa por el TC en sus Sentencias, de tal forma que en ninguna de ellas se analizan de forma conjunta y suficientemente aclaratoria las condiciones y los límites en los cuales una determinada medida de acción positiva debe ser considerada justificada. Señala el TC en primer lugar que el legislador “*cuenta con una amplia libertad de configuración*” (STC.109/1993) de las medidas de acción positiva que considere oportunas. De la doctrina sentada en sus fallos se deduce que las condiciones o límites dentro de los que el legislador se debe mover son: 1.- la constatación de la existencia de una situación de discriminación social que se pretende eliminar (STC.128/1987); 2.- la temporalidad de la medida, que sólo puede persistir hasta la eliminación de la situación constatada (STC.128/1987) y 3.- la razonabilidad, proporcionalidad y efectividad de la misma, de tal manera que, a) una determinada medida de acción positiva, será razonable si tiene por objetivo eliminar la situación de discriminación probada; b) una vez determinada la razonabilidad, es necesario analizar si la medida es proporcional, esto es, si es adecuada y necesaria para el logro de los objetivos propuestos; c) finalmente, debe analizarse si puede asegurar o al menos colaborar en el establecimiento de la situación de igualdad del colectivo favorecido, evitando efectos indeseados (SsTC.229/1992 y 269/1994).

Por lo que se refiere a la posible afectación a otros derechos fundamentales, es una cuestión que deberá solucionarse casuísticamente, atendiendo a la naturaleza y el contenido esencial de cada derecho y las circunstancias particulares de cada caso. El único supuesto analizado por el Tribunal Constitucional problemático en este sentido, ha sido el contemplado en la STC.269/1994, en el que se trataba sobre la confrontación entre el derecho contemplado en el Art.23.2 CE al acceso a la función pública en condiciones de igualdad de mérito y capacidad y el establecido en los Art.14 y 9.2 a la igualdad formal y real y la prohibición de discriminación, cuestión que había sido alegada por las partes en su recurso. El Tribunal entendió que en el caso enjuiciado, no existía violación del Art.23 CE porque la medida de ac-

ción positiva no establecía una diferencia arbitraria sino que era proporcional y adecuada para la consecución del objetivo propuesto.

En definitiva, la doctrina sentada por el TC hasta el momento, justificaría la adopción legal de un modelo de acción positiva obligatorio para el sector público y voluntario para el sector privado, que de otro lado es de señalar, es el modelo adoptado por la mayoría de los ordenamientos jurídicos que han regulado la acción positiva *vr.gr.*, la Ley italiana 125/91 que cuenta con idéntica base constitucional y que es exactamente el que adoptan el ET y la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. La LOIEMH manifiesta su objetivo en su propia denominación. Su finalidad es conseguir la igualdad *efectiva*, es decir, real, sustancial, entre mujeres y hombres en todos los ámbitos que trata de forma transversal y para conseguir dicha finalidad, entiende absolutamente imprescindible la adopción de medidas y programas de acción positiva, adopción que resulta obligatoria para el sector público y voluntaria, pero fuertemente incentivada, en el privado (Art.11 LOIEMH).

Una de las medidas de acción positiva mas frecuentemente adoptadas con el fin de incentivar y diversificar el empleo femenino, ha venido siendo el favorecimiento de la formación femenina en general, o la especialmente dirigida a ciertas profesiones en las que las mujeres se encontraban subrepresentadas ya que parecía una medida adecuada para fomentar su mejor integración en el mercado laboral. Sin embargo, en la actualidad y según el Informe de la OCDE de 17 de diciembre de 2012 titulado “Cerrando la brecha salarial” en general, las mujeres en España se han formado y han sido emprendedoras, tal y como se les proponía para afrontar la crisis y para luchar contra el desempleo. De hecho, el esfuerzo en formación que han hecho las mujeres en España es sensiblemente más alto que el de los hombres. Por tanto actualmente este tipo de política no tiene sentido: de un lado, las mujeres suelen estar más formadas que los hombres; de otro lado, aunque se ha incrementado su participación en las profesiones típicamente masculinizadas, se siguen advirtiendo reticencias a su contratación en determinados sectores o en los puestos de trabajo de mayor nivel, cuya explicación no es ya en modo alguno su carencia de formación.

Una segunda medida de acción positiva utilizada aunque con menos frecuencia (desde luego con mucha mas antes de la crisis) es el sistema de “cuotas” o “preferencias”. En España, el art. 17.4 ET, admite la validez de las cuotas de reserva para la contratación de mujeres en aquellos puestos de trabajo en los que las mujeres se encuentren subrepresentadas en el supuesto de que diversos candidatos de distinto género posean “iguales condiciones de idoneidad”, es decir, solo en caso de empate (lo que viene exigido por la jurisprudencia de TJUE). El problema es cuándo se entiende que dos candidatos están en situación de empate; para que la medida funcione es necesario que los méritos a tener en consideración no pongan de partida

en situación de desigualdad a las mujeres lo que pasaría si se desprecia el nivel o el tipo de formación reglada frente a la experiencia porque las mujeres suelen tener más formación pero menos experiencia, particularmente en las actividades en las que se encuentran subrepresentadas. De hecho, en España no es habitual el establecimiento de cuotas femeninas a la contratación por medio de la negociación colectiva, ni siquiera por la vía de los planes de igualdad. Cuando aparecen suelen ser meramente recomendaciones u objetivos, pero no implican obligaciones rotundas para los empresarios. Sin embargo, el sistema de cuotas suele ser mas frecuente en aquellas empresas que pretenden ser contratadas por la Administración. Es necesario tener en cuenta a este respecto lo señalado en el Art.34 de la LOIEMH: *“1.- Anualmente, el Consejo de Ministros, a la vista de la evolución e impacto de las políticas de igualdad en el mercado laboral, determinará los contratos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos que obligatoriamente deberán incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, conforme a lo previsto en la legislación de contratos del sector público. En el Acuerdo a que se refiere el párrafo anterior podrán establecerse, en su caso, las características de las condiciones que deban incluirse en los pliegos atendiendo a la naturaleza de los contratos y al sector de actividad donde se generen las prestaciones. 2.- Los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del apartado anterior, siempre que estas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación y respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio”*. De todas formas es preciso reconocer que si en tiempo de bonanza económica la consecución del objetivo de igualdad entre mujeres y hombres no constituye un objetivo prioritario a conseguir mediante la contratación pública, en tiempo de crisis deviene un lujo inasumible ya que la consecución de la obra o servicio de que se trate, al menor coste (aunque este sea ficticio y después precise de revisiones al alza como es frecuente), se convierte en el objetivo esencial.

En materia de contratación de personal, ha de reconocerse que existe una tradición de reserva de puestos de trabajo en la oferta de empleo público para discapacitados que hace que la cuestión de la reserva de puestos de trabajo para determinados colectivos resulte normalizada, sin embargo, las cuotas femeninas en la Administración Pública, cuando existen, suelen ser inoperantes: en primer lugar, porque suelen estar configuradas con carácter muy general, sin recoger qué ha de entenderse por subrepresentación, lo que dificulta notablemente su aplicación; en segundo lugar, porque precisamente es la Administración Pública el casi único

sector en el que no existen problemas de subrepresentación femenina y en tercer lugar, porque el mecanismo de acceso a la Administración Pública garantiza un sistema matemático que mide exactamente la capacidad y el mérito (por ello es precisamente por lo que no se produce subrepresentación femenina) y por tanto, resulta difícil encontrar los supuestos de empate técnico en los que resultaría aplicable la preferencia femenina conforme a la doctrina del TJUE.

Un segundo sistema de carácter cualitativo para la incentivación de la contratación es el de bonificaciones, tradicionalmente utilizado en España (menos en otros países). El sistema de bonificaciones a la contratación existente en España es verdaderamente complejo a pesar de las críticas a su insuficiencia e incluso a su ineficacia. Las bonificaciones que tradicionalmente ha sido adoptadas serían las siguientes:

1. Bonificaciones para la contratación de mujeres en las profesiones en las que se encuentran subrepresentadas. Se trata de un tipo de bonificación tradicionalmente mantenido desde los primeros Planes españoles para la Igualdad y se estableció por primera vez en la ley 22/1992, de 30 de Julio. El principal problema, determinar las profesiones en las que concurría esta subrepresentación, se solucionó por medio de la Orden de 6 de Agosto de 1992, en cuyo Anexo III se contenía el listado de las mismas. Posteriormente, la ley 64/1997 de 26 de Diciembre volvió a establecer una bonificación para la contratación indefinida de mujeres en puestos en los que estuvieran subrepresentadas, lo que volvió a dar lugar a una Orden Ministerial que establecía el elenco (esta vez en negativo) de las actividades que no admitían la bonificación establecida por no existir en ellas subrepresentación femenina (OM de 16 de Septiembre de 1998). En ambas ocasiones se constató el fracaso de la medida, aunque no se determinaron las causas del mismo. La ley 3/2012 hizo desaparecer este tipo de bonificación, que fue sustituida por otra mas sorprendente: en el caso de la contratación llamada de *apoyo a los emprendedores*, la prevista bonificación de 3 años se incrementa respecto a los colectivos en los que procede (jóvenes entre 16 y 30 años; y mayores de 45 años), si la contratada es una mujer, y lo es para una profesión u oficio en la que se encuentre subrepresentada. En otras palabras, se está incentivando el acceso de mujeres a una forma especialmente degradada e inestable de contrato, dado que el periodo de prueba de un año posibilita su extinción sin causa durante ese tiempo, razón por la que ha sido intensamente criticada por la doctrina por lo que difícilmente cumple el objetivo de mejorar cualitativamente el trabajo femenino.

2. Bonificaciones para la contratación de mujeres en determinadas circunstancias. Por ejemplo, para la contratación temporal o indefinida de mujeres discapacitadas (ley 43/2006); incremento de la bonificación de la transformación en indefinido de un contrato temporal, en primer empleo joven, cuando recae en una mujer discapacitada (RDL 4/2013 y Ley 11/2013) así como en caso de transfor-

mación en contrato indefinido del contrato de formación y aprendizaje, en prácticas, de relevo o de sustitución cuando la contratada es mujer (ley 3/2012); bonificaciones para el caso de contratación de mujeres víctimas de violencia de género (Ley 43/2006). Todas ellas indudablemente positivas pero de ámbito aplicativo muy reducido.

3. Bonificaciones para el afloramiento del trabajo negro: En los últimos años el sistema de bonificaciones se ha utilizado para promover el afloramiento de trabajo sumergido, no declarado. Dada la mayoritaria presencia femenina en este tipo de trabajos (por ejemplo el trabajo de colaboración en el negocio familiar, el trabajo al servicio doméstico). Aunque es indudable que su principal finalidad es puramente recaudatoria, estas medidas pueden servir para una mejora cualitativa de la inserción laboral de las mujeres, si fueran efectivas, que no lo son. Se trataría las siguientes: bonificación del 50% de la base mínima de la cotización al RETA en las nuevas altas de familiares colaboradores de autónomos (Ley 3/2012); reducción del 20% de la cotización empresarial por contingencias comunes de los empleados/as de hogar (Ley 36/2014), a tener en cuenta que no procede en caso de empleados/as de hogar que trabajen menos de 60 horas mensuales y que asuman directamente las obligaciones de encuadramiento, cotización y recaudación conforme a lo establecido en el RDL 29/2012, con lo cual se reduce bastante su ámbito de aplicación; bonificación del 45% en la cotización empresarial por contingencias comunes cuando se contrata aun cuidador/a por parte de una familia numerosa (Ley 40/2003 y Ley 36/2014), que no procede en caso de cuidadores/as que trabajen menos de 60 horas mensuales y que asuman directamente las obligaciones de encuadramiento, cotización y recaudación conforme a lo establecido en el RDL 29/2012.

Este sistema de bonificaciones para el afloramiento del trabajo sumergido tiene el grave problema de su carácter temporal o su duración imprecisa, lo que unido a las exclusiones derivadas del trabajo a tiempo parcial, que es el ámbito en el que el nivel de trabajo no declarado es superior, nos lleva a la conclusión de que, salvo excepciones, las bonificaciones establecidas no servirán para cumplir eficazmente el objetivo señalado en su denominación.

4. Bonificaciones para el mantenimiento en el empleo: El alargamiento de la vida laboral se ha convertido a nivel europeo en objetivo prioritario y por ello, el ordenamiento español ha establecido importantes beneficios para el mantenimiento en el empleo una vez cumplida la edad de jubilación. El sistema de bonificación en las cotizaciones se ha venido utilizando como instrumento para la consecución de esta finalidad. Sin embargo, no se ha mostrado el mismo interés en asegurar el mantenimiento del empleo femenino: la reforma operada por la ley 3/2012 hizo desaparecer la bonificación establecida para incentivar la reincorporación del trabajador/a después de la suspensión de paternidad/ maternidad, o después de haber

disfrutado de una excedencia por cuidado de hijos o familiares. Se trataba con ella de beneficiar al empresario por el mero hecho de cumplir con su obligación de readmitir al trabajador/a que se reincorporaba después de un permiso por cuidado de dependientes, y llevaba implícito el reconocimiento de la dificultad de conseguir que, en esta situación, el empresario cumpliera dicha obligación legal. Las bonificaciones que en la actualidad asumen el objetivo de facilitar el mantenimiento de la mujer en el empleo son realmente escasas. Serían las bonificaciones por cambio de puesto en caso de riesgo durante el embarazo o la lactancia y las procedentes en caso de contratación de interinos/as en sustitución de trabajadores en situación de maternidad/paternidad/riesgo durante el embarazo o la lactancia/permisos parentales o situación de cuidado de hijos del trabajador autónomo/a. La primera, dada su cuantía, a penas sirve para amortiguar la tendencia a pasar directamente al tercer nivel de protección, es decir, a declarar a la trabajadora en situación de suspensión protegida y subsidiada por la Seguridad Social, con el subsiguiente riesgo tras el parto o la lactancia en su caso para su reincorporación. Respecto de la segunda, plantea el grave problema de que la bonificación solo procede cuando se contrata a un trabajador/a interino/a, lo que limita considerablemente su aplicación, razón por la cual esta bonificación ha tenido una aplicación reducida. En definitiva, comparto con Amparo Ballester (op.cit.) la opinión de que el sistema de bonificaciones con el objetivo de incentivar el mantenimiento del trabajo femenino presenta importantes deficiencias. Y sobre todo, no es el adecuado para corregir problemas de inserción cualitativa en el mercado de trabajo de las mujeres cuando el ordenamiento presenta deficiencias importantes en otros ámbitos que ponen en riesgo el mantenimiento en sus puestos de trabajo, sobre todo tales deficiencias derivan de la insuficiencia e inadecuación de la regulación referida a los derechos de conciliación entre la vida profesional, personal y familiar.

Puesto que es el género (es decir la asignación de roles sociales de cuidado casi en exclusiva a las mujeres) la causa de su situación de discriminación laboral, uno de los ámbitos en los que la acción positiva es mas necesaria es el de la conciliación, por ello es necesario a este respecto tener en cuenta que una atribución exclusiva o preferentemente femenina de derechos que faciliten la conciliación, el cuidado de hijos o de dependientes, puede implicar la perpetuación de esta situación que además sería contraria al objetivo del reparto de las responsabilidades de cuidado, es decir, del principio de corresponsabilidad que asume actualmente tanto el derecho comunitario (el propio TFUE y especialmente la Directiva 2010/18, de 8 de Marzo de 2010, de permisos parentales) como la normativa española, especialmente el Art.44 de la LOIEMH que señala que *“Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio”*. Como ya he señalado en otras ocasiones, el principio de corresponsabilidad se constituye en uno de los ejes fundamentales y principios básicos de toda la Ley Orgánica 3/2007 de

Igualdad efectiva entre mujeres y hombres y por tanto las medidas mas efectivas en este ámbito serían aquellas que incentiven la asunción de sus responsabilidades de cuidado por parte de los hombres, como ejemplo el alargamiento del permiso de paternidad, que constituyendo la “joya de la corona” de la LOIEMH en materia de conciliación, tantas veces ha visto pospuesta su aplicación por razones presupuestarias. A este respecto es necesario tener en cuenta que hace relativamente poco tiempo, el TJUE, en el asunto *Roca Alvarez* (30 de septiembre de 2010, C-104/09) que surgió a partir de una cuestión prejudicial procedente de un órgano jurisdiccional español acerca del permiso de lactancia previsto en el art. 37.4 ET, ha establecido una nueva interpretación que considera discriminatoria una norma que establezca la preferencia femenina, y declare como secundario el derecho paterno a un permiso parental. En esta sentencia no se consideró que existiera discriminación contra el hombre sino contra la mujer, dado que este tipo de previsiones normativas provocan la perpetuación de roles y perjudican la situación laboral del colectivo femenino, en base a ello, el TJUE obligó en España a un cambio normativo (que tuvo lugar por medio de la ley 3/2012, de 6 de Julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral) que atribuyó el permiso de lactancia en igualdad de condiciones a ambos progenitores. En definitiva, como constata muy mayoritariamente la doctrina, la normativa española en materia de conciliación ha sido tradicionalmente insuficiente e inadecuada y por ello, la asignación de los roles de cuidado a las mujeres, se ha convertido en la causa esencial de su situación discriminatoria.

Finalmente señalar que el gran problema para la mejora de la calidad de la integración de las mujeres en el mercado de trabajo es la carencia de instrumentos efectivos para garantizar una situación igualitaria entre mujeres y hombres en este ámbito. Resulta imprescindible garantizar la efectividad de la tutela antidiscriminatoria ante situaciones generadoras de segregación, que parecería en teoría garantizada en nuestro ordenamiento, pero que en su aplicación práctica presenta algunas deficiencias importantes, más relacionadas con la falta de implicación de algunos Poderes Públicos que con la inexistencia de medidas tutelares, como ha demostrado la doctrina, (por todos Lousada Arochena “El principio de igualdad entre mujeres y hombres en especial en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social” 2015). La insuficiente formación de la Magistratura Social y de la Inspección de Trabajo en materia de discriminación, su escaso interés en detectar y solucionar los incumplimientos discriminatorios y sobre todo los escasos medios de que tanto una como la otra institución disponen para su trabajo debido a los recortes realizados en los últimos años, hacen que muchos de los escasos derechos reconocidos no sean respetados y su violación sancionada de forma adecuada y disuasoria como exigen la normativa y la jurisprudencia comunitarias. Y lo peor es que muchas personas parecen comprender esta situación y compartirla.

10.5. EMPLEO Y DISCAPACIDAD: ¿ANTE UN CAMBIO CULTURAL?

SOFÍA OLARTE ENCABO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Granada*

I. INTRODUCCIÓN. HACIA UN MERCADO DE TRABAJO INCLUSIVO

El objeto de estas reflexiones es “el empleo”, en sentido amplio, en relación con las personas con discapacidad. Un tema complejo y poliédrico, lo que, en un trabajo de estas características, impone optar por analizar, bien un aspecto muy concreto, bien hacer una reflexión de tipo general, sin descender en exceso al detalle. Tras sopesar ambas, he considerado más oportuno hacer una especie de balance reflexivo del ordenamiento jurídico, su evolución y las medidas puestas en marcha desde el marco constitucional de 1978, hasta el momento presente, con la finalidad de valorar los avances y, sobre todo, de identificar los obstáculos que impiden o dificultan la consecución de la plena y efectiva igualdad de derechos y oportunidades en el empleo de personas que tienen capacidades que no se acomodan a los estándares físicos, psíquicos, mentales o sensoriales.

El hecho de que la tasa de actividad de estas personas se sitúe en nuestro país –según datos del INE de 2014- casi hasta 45 puntos por debajo de la tasa de aquellas personas que no tienen estas características –en el lenguaje más extendido, con o sin una “discapacidad”- justifica que nuestro ordenamiento las considere un “grupo vulnerable” o un “grupo con especiales dificultades” en el acceso al empleo – y en la permanencia y progreso en él-. Concretamente lo reconoce de forma expresa la Ley 56/2003, que incluye a las personas con discapacidad como uno de los “colectivos prioritarios” –art. 19 octies-

A partir de la Constitución Española de 1978 se puede decir que se inició un lento proceso –y aun inacabado- hacia la plena dignidad e igualdad de todas las personas; un proceso que llevaría, en la materia que nos ocupa, a un cambio, aun deficiente, importante. Progresivamente se fue desterrando el término “minusvalía” –menos valía- y se adoptó el de “discapacidad” o de “personas con necesidades especiales”, lo que, como veremos, no sólo ha sido un cambio de lenguaje, sino que se ha traducido en la adopción un enfoque nuevo de esta realidad social. No obstante, la reconsideración del empleo en relación con las personas con discapacidad no supone ni puede suponer la contracción de la dimensión protectora en el Sistema de Seguridad Social ni en la Asistencia Social, sino un avance hacia la igualdad de derechos y oportunidades plena y efectiva de todos, de modo que las personas con dis-

capacidad no se vean abocadas a ser perceptoras de pensiones, subsidios y ayudas cuando quieren y pueden trabajar si el entorno es inclusivo. Y ello más aún en el actual contexto tecnológico que propicia la expansión del teletrabajo y facilita la ejecución de tareas de personas con tipologías de discapacidad sensorial. Por tanto, el derecho al trabajo es un derecho también de las personas con discapacidad, que es parte esencial de su dignidad humana, en cuanto este derecho es determinante de su autonomía y desarrollo personal, incluso más si cabe, que para una persona sin discapacidad. Esta es la línea que siguen normas internacionales como las adoptadas por la OIT –Convenios núms. 111, 122 y 159 y Recomendaciones 99 y 168–, el Consejo de Europa –Carta Social Europea, art. 15– y la Unión Europea –arts. 145 y 146 TFUE y arts. 26, 29 y 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE–.

En el último eslabón evolutivo de esta mutación se sitúa la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas –en adelante, CPD–, de 13 de diciembre de 2006 que, pese a no operar cambios terminológicos muy novedosos, representa la implantación progresiva de un nuevo paradigma, de una nueva forma de percepción o valoración social de discapacidad, que obliga a un replanteamiento profundo de lo que se considera “especial” o “normal” o estándar. Según la Convención, la discapacidad no es sino el resultado de la interacción de una condición personal con un determinado entorno. En efecto, el artículo 1 establece que las personas con discapacidad incluyen a aquéllas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con el entorno encuentran diversas barreras, que impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás. Por tanto, la funcionalidad o no de una persona depende del medio, lo que supone que lo se considera “normal” no sea sino el resultado del ejercicio del poder excluyente de una mayoría sobre una minoría, lo que es inaceptable en cualquier Estado que se encuadre en el modelo del Estado Social y Democrático. Además entre los conceptos nuevos –y sus correspondientes definiciones en el artículo 2– son aquí especialmente relevantes dos: el de “ajustes razonables” de los lugares y entornos y el de “diseño universal”, que alcanza a los lugares de trabajo, servicios públicos de empleo y otros agentes de intermediación laboral.

La Convención establece- art.3- ocho principios fundamentales que reflejan el abandono del modelo “paternalista” y la adopción de un modelo de igualdad plena en la diferencia: en primer lugar, el respeto a la dignidad, la autonomía individual, la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia. En segundo lugar, la no discriminación. En tercer lugar, la participación e inclusión plenas y efectivas. En cuarto lugar, el respeto a la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y condición humanas. En quinto lugar, la igualdad de oportunidades. En sexto lugar, la accesibilidad. En séptimo lugar, la igualdad entre el hombre y la mujer (dimensión de género) y en octavo lugar, el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y su

derecho a preservar su identidad. Dejando en este momento el análisis de cuestiones como el reconocimiento de la capacidad jurídica, interesa destacar que este nuevo modelo de equiparación plena desde la diferencia y la aceptación de la diversidad de la condición humana, pasa por el derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad –art. 19-, lo que comporta necesariamente garantizar el derecho a la educación –art. 24- y el empleo –art. 27-.

Este modelo social de discapacidad comporta que, en el ámbito del empleo, que se parte de la premisa de que las mayores dificultades de estas personas se explicarían por la interacción entre sus características y el entorno, en este caso, el mercado de trabajo y la empresa. Por tanto, el problema no reside en la persona sino en el entorno, estructurado de forma excluyente. Por ello, el art. 27.1 establece que *“Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y en un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación”*.

Los derechos al trabajo y al empleo se garantizan mediante la adopción de una serie de medidas: prohibición de discriminación por discapacidad, protección de los derechos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, en particular, igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso y la reparación por agravios sufridos; también se ha de asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales en igualdad de condiciones que las demás, el acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua, alentar oportunidades de empleo y promoción profesional en el mercado laboral y apoyarlas en la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo, promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de sociedades cooperativas y de inicio de empresas propias; emplear personas con discapacidad en el sector público, promover su empleo en el sector privado mediante políticas y medidas adecuadas, que pueden consistir en medidas de acción afirmativa o positiva, incentivos y otras medidas; velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo y promover la adquisición de experiencia laboral de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo abierto.

La idea de una “sociedad inclusiva” sustituye a la de “integración”, de la misma idea que la de “discapacidad” sustituye a la de “minusvalía”, lo que supone una

conformación social adaptada a todos, y no una adaptación de la persona a una sociedad de la que está excluido *ab initio*. En otras palabras, se supera el concepto de “estándar de normalidad² y se adopta el de diversidad.

II. EVOLUCIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. Marco constitucional y su desarrollo

El artículo 49 CE establece un mandato a los poderes públicos para que realicen una política de *“previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”*. Se puede decir que este precepto, en relación con lo establecido en los artículos 9.2, 35.1, 40 y 41 CE, consagra de forma específica el derecho a la igualdad de derechos de las personas con discapacidad extensible al empleo y al derecho al trabajo, lo que pone de manifiesto la existencia de una realidad discriminatoria que los poderes públicos están llamados a combatir, pero lo hace adoptando una lógica de tipo paternalista –“amparán”– y un lenguaje que es reflejo de una concepción hoy superada –“disminuidos”– que apunta hacia la integración (adaptación de la persona a una sociedad que le excluye), en lugar de la conformación de una sociedad inclusiva y sin barreras, sean cuales sean las características de las personas.

El texto constitucional representó, un avance importante, desde la exclusión institucionalizada hasta el derecho a la plena integración, principio integrador que regiría los primeros desarrollos normativos de esta primera etapa (integradora y paternalista) que abre el propio Estatuto de los Trabajadores (art, 17), no solo reconociendo la igualdad y no discriminación, sino estableciendo la posibilidad de adoptar medidas de reserva o de preferencia en el empleo. Pero el primer desarrollo legal propiamente dicho del texto constitucional específicamente fue la Ley 13/1982, de Integración Social del Minusválido, que, en esta lógica de integración introdujo la cuota del 2% en las empresas con 50 o más trabajadores. Posteriormente, ante las dificultades de la integración en el denominado “mercado de trabajo ordinario”, se abrió paso, como una vía de tránsito hacia éste, la idea de empleo protegido, que se articuló principalmente a través de la figura de los centros especiales de empleo mediante el Real Decreto 2273/1985 y la relación laboral especial de minusválidos en centros especiales de empleo, regulado mediante el Real Decreto 1368/1985 –posteriormente modificado mediante Real Decreto 427/1999, de 12 de marzo).

La segunda etapa se puede definir como la de transición hacia un nuevo modelo y de apuesta por el empleo protegido. Se inició con la Ley 51/2003, de 2 de di-

ciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, con un carácter más transversal, pero más centrada en factores ambientales y personales dirigidos a facilitar la accesibilidad e igualdad efectiva de las personas con discapacidad. Esta ley marca el inicio de un cambio de paradigma, no ya sólo por el abandono del modelo paternalista, sino también porque supera el modelo de “integración”, adelantando los primeros pasos hacia el modelo propiamente inclusivo basado en la diversidad de la condición humana. No obstante, la vertiente sancionadora de los incumplimientos de esta ley no se adoptó hasta tres años más tarde –Ley 49/2007, de 26 de diciembre- de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad-.

En el ámbito más específico del Derecho del Empleo, destaca en este momento, la creación de los enclaves laborales mediante el RD 290/2004, figura con la que se pretendería preparar la salida al “mercado abierto” u ordinario de trabajo desde los centros especiales de empleo, así como la superación de los prejuicios negativos por parte de las empresas. Sin embargo, ante el elevado grado de incumplimiento de las normas de empleo preferente –cuotas-, se optó por admitir, excepcionalmente –al menos, en teoría- la adopción de medidas alternativas al cumplimiento de la cuota, mediante el Real Decreto 364/2005, entre las que se ha incluido la figura del enclave laboral, lo que resulta cuando menos paradójico, teniendo en cuenta que los enclaves implican la prestación de servicios en empresas, en el mercado de trabajo “ordinario”, que incumplen la obligación de la cuota por imposibilidad y luego emplean a personas con discapacidad provenientes de centros especiales de empleo.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre de promoción de la autonomía personal y atención de las personas en situación de dependencia, pretendió facilitar apoyos y garantizar la autonomía y ejercicio de derechos por personas dependientes –la mayoría, personas con discapacidad-. Aunque esta norma no incide en el empleo, sino en la dimensión asistencial, es importante destacarla por su perspectiva conceptual, ya que contribuye a la progresiva implantación del nuevo paradigma de la discapacidad, incidiendo en la necesidad de garantizar la autonomía personal.

La tercera etapa, se puede situar a partir de la ratificación por el Estado español de la Convención Internacional de Naciones Unidas y su Protocolo Facultativo de 13 de diciembre de 2006, en 2007 –entrando en vigor el 3 de mayo de 2008-, momento en el que se procedió a adoptar la legislación necesaria para dar cumplimiento interno a dicho Tratado. Esta tercera etapa puede ser calificada como la de apuesta clara por un mercado de trabajo inclusivo. En este período se dictamos en primer lugar, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y, posteriormente el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación

normativa de la Convención, que al introducir en nuestro ordenamiento interno las obligaciones derivadas de este tratado internacional, comportan la opción clara por el modelo inclusivo, de discapacidad activa-.

La Estrategia Global para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012 –acordado por el Ministerio de Trabajo y el movimiento asociativo representado por CERMI, al igual que los Acuerdos de 1997 y 2002-, cuyo objetivo ha sido fomentar la inserción laboral de las personas con discapacidad, mejorando la calidad del empleo y dignificando las condiciones de trabajo de estas personas. Al margen del contenido de estos compromisos, su importancia radica en la consolidación de un diálogo social específico con implicación y participación de los propios interesados.

Finalmente, dada la amplitud y complejidad de la normativa en la materia se aprobó mediante el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, que ha procedido a la integración de las leyes básicas (TRLGD).

El desarrollo normativo del empleo y la discapacidad, cuya evolución hemos sintetizado aquí, además de las implicaciones teórico-conceptuales ya señaladas, pone de manifiesto que la discapacidad como factor de discriminación se ha pretendido combatir por el Estado mediante medidas de reserva –cuotas-, de preferencia, de empleo protegido –centros especiales de empleo, enclaves laborales- y de fomento del empleo ordinario –a través de diversos tipos de incentivos económicos-. Pese a que la norma ha apostado por el empleo ordinario como opción prioritaria, los resultados ponen de manifiesto que la mayor parte de los logros en la inserción laboral de personas con discapacidad se sitúan en el empleo preferente y protegido y muy escasamente en el mercado ordinario, pese a los fuertes incentivos económicos que se han adoptado a tal efecto por el Estado, lo que vendría a respaldar la tesis de que el trabajo de estas personas se percibe –indebidamente– como un trabajo de menor valor por parte de las empresas y de la sociedad en general, sin que haya avanzado mucho el nuevo paradigma de discapacidad que desde la ONU se está tratando de implantar, tal y como pone de manifestó el último Informe del CERMI de 2012 para la Convención en calidad de organismo independiente designado para el seguimiento de la Convención en nuestro país en el que concluye que es necesario adoptar medidas positivas, especialmente para las personas con discapacidad auditiva y sordo-ciegas, poniendo de manifiesto la falta de accesibilidad en lugares de trabajo para las personas usuarias de lenguaje de signos. Además, el Informe insiste en la necesidad de concreción de las “medidas de ajuste razonable” para la adaptación de puestos de trabajo y la accesibilidad en las empresas. Conclusiones que evidencian la subsistencia de dificultades en el lento progreso hacia un mercado de trabajo plenamente inclusivo.

La Estrategia Española de Activación para el Empleo y el Plan Anual de Empleo, como instrumentos determinantes de las políticas de empleo, aunque hagan alguna mención específica, adoptan un concepto genérico: el de “colectivos de especiales problemas de ocupabilidad”, como destinatarios de las políticas activas de empleo. Colectivos entre los que implícitamente están incluidas las personas con discapacidad, claro está. Esta delimitación subjetiva, entiendo, no contribuye a la consecución de la igualdad en el acceso al empleo de éstas porque diluye la categoría y puede traducirse en una reducción de medidas de acción positiva, lo que se explicaría en el contexto de reducción de déficit público y tasas de desempleo elevadísimas de personas sin discapacidad en España.

Si hoy por hoy parece claro que el nuevo paradigma de discapacidad impone: 1º) la equiparación en el mercado de trabajo abierto u ordinario –sin excluir su combinación con formas de empleo protegido-, 2ª) la preferencia de las medidas de empleo activas –dejando un lugar subsidiario a las medidas de protección social- también para las personas con discapacidad, 3ª) el mantenimiento transitorio de las medidas de acción positiva –mientras persista la gran brecha diferencial-; 4ª) la necesidad de un tratamiento diferenciado de la accesibilidad y ajustes razonables en función de las características concretas de la persona y del lugar de trabajo (puesto-empresa-organización), no resulta tan clara la opción entre políticas transversales inclusivas y políticas subjetivamente diferenciadas. Es decir, analizando el marco normativo, desde el internacional, al autonómico, en este punto, no parece haber una apuesta clara ni en uno ni en otro sentido, ya que, por ejemplo, en la opción por servicios públicos de empleo indiferenciados no está claro que sea más eficiente que la de servicios públicos especializados o que la oferta formativa haya o no de ser diferenciada. Es cierto que mientras se diseñen políticas segregadas se admite que no hay una normalización plena de la discapacidad, pero no es menos cierto que difícilmente se pueden diseñar ni articular medidas eficientes sin tener en cuenta la diversidad –capacidad y discapacidad-; de la misma manera que el tipo, el grado, el género o la edad son a su vez variables importantes dentro del amplio concepto de discapacidad como factor diferenciador en materia de empleo.

El dilema entre las medidas selectivas y las más genéricas reproyecta no tanto sobre los incentivos y apoyos económicos al empleo (por cuenta propia, por cuenta ajena o de economía social), ni sobre las cuotas, que como medidas de acción positiva hoy son más necesarias que nunca, sino, fundamentalmente, sobre las medidas de mejora de la empleabilidad y los servicios que prestan los Servicios Públicos de Empleo y demás agentes de intermediación laboral. La Ley de Empleo –art. 38.2- establece la obligación de éstos de elaborar un registro especial de trabajadores con discapacidad, incluido en el registro de trabajadores desempleado, siendo opcional para las personas con discapacidad, que, además, han de prestar su consentimiento. La realidad pone de manifiesto que estas previsiones no dan resultados de intermediación relevantes, ya que el empresario

solo solicita trabajadores con discapacidad en caso de optar a incentivos por contratación o de dirige al Servicio Público para obtener una declaración de inexistencia de demandante de empleo con discapacidad al objeto de poder utilizar las medidas alternativas a la obligación de cuota de reserva. Y tampoco existen muchas agencias de colocación especializadas –algunas fundaciones–, pese a haberse producido un ligero incremento. De ello se desprende que la intermediación laboral de trabajadores con discapacidad adolezca de una opción política clara, manifestando, por el contrario, la inexistencia de un criterio claro en orden a procurar la inserción laboral de personas con discapacidad en el mercado laboral ordinario o abierto, ya que no hay una apuesta clara por los registros especiales ni por crear un catálogo de servicios y una red específica, ni por mejorar la colaboración de los Equipos Multiprofesionales.

2. El empleo de las personas con discapacidad en la Unión Europea

La UE cuenta con 80,5 millones de personas con discapacidad, lo que supone el 16% de la población total de la UE. Partiendo de esta realidad, es claro que los objetivos de la UE pasan por la consideración de la discapacidad desde una perspectiva transversal. De hecho, la Estrategia Europea de Discapacidad 2010-2020, como instrumento básico y específico de las políticas de la UE en materia de discapacidad, se puede decir que está directamente emparentada con la general Estrategia Europa 2020 pues tal y como dispone aquélla la Comisión se compromete a explotar el pleno potencial de la Estrategia Europa 2020 y de su “Agenda de nuevas cualificaciones y Empleos”, facilitando a los Estados miembros análisis, orientaciones, políticas, intercambios de información y otro tipo de apoyo para “posibilitar que muchas personas con discapacidad tenga ingresos por actividades laborales en el mercado de trabajo abierto”. La Estrategia Europa 2020 tiene como objetivos principales el empleo, la educación y la reducción de la pobreza y la Estrategia Europea de Discapacidad 2010-2020 se propone hacer un seguimiento de estos objetivos en relación con la situación de las personas con discapacidad.

En el plano normativo destaca la Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre, sobre establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíbe la discriminación en el empleo por razón de discapacidad y promueve la adopción de medidas de acción positiva, así como la adopción de ajustes razonables que remuevan las barreras u obstáculos en el acceso al empleo, selección, contratación, promoción, formación profesional para el empleo y en las condiciones de trabajo en todos los ámbitos, incluida la Administración Pública –a la que más adelante haré referencia–.

El Informe de 2014 de la Comisión Europea sobre la puesta en práctica de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,

analiza la legislación y medidas adoptadas en el período 2011-2013, poniendo de manifiesto la existencia de una amplia brecha en el empleo entre personas con y sin discapacidad en todos los Estados Miembros de la UE, ya que la tasa de empleo de personas sin discapacidad entre 20 y 64 años supera el 70%, mientras que en el caso de personas con discapacidad no llega al 50% (la Estrategia Europa 2020 tiene como objetivo alcanzar en 2020 una tasa de empleo del 75%). Adicionalmente, la situación es muy variable en cada estado miembro, lo que pone de manifiesto que las legislaciones y políticas nacionales distintas dan lugar a resultados distintos en relación con las personas con discapacidad.

La UE parece haber apostado en el último período, como herramienta inclusiva en el mercado de trabajo abierto, por la consideración de la discapacidad en la contratación pública, a través de la adopción de dos Directivas sobre contratación pública, a Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y que deroga la Directiva 2004/18/CE y la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre adjudicación de contratos y concesiones, que deberán ser transpuestas al ordenamiento español antes del 16 de abril de 2016. Muy sucintamente, estas Directivas permiten a las autoridades contratantes una mayor capacidad de decisión, teniendo en cuenta otros criterios que se refieren directamente a la discapacidad y exigen el respeto del principio de accesibilidad; concretamente destacan tres: establecimiento de contratos reservados a talleres protegidos –en nuestro caso, centros especiales de empleo- para personas con discapacidad y a empresas sociales que dan trabajo a colectivos desfavorecidos; en las especificaciones técnicas se ha de tener en cuenta, salvo casos debidamente justificados, los criterios de accesibilidad para personas con discapacidad y el “diseño para todos”-; enumeración, entre los motivos de exclusión de acceso a los contratos públicos, del incumplimiento por parte de los licitadores de las obligaciones establecidas por la legislación europea en el ámbito social, laboral o medioambiental.

III. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL ACCESO AL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO

El empleo público merece una especial consideración en relación con las personas con discapacidad en la medida que las Administraciones Públicas en su condición de empleadoras están especialmente llamadas a garantizar la igualdad de oportunidades, pues, tal como establece el art. 23.3 CE, los ciudadanos, sin exclusión, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes y según los principios de mérito y capacidad (objetividad). Principios que se desarrollan en los artículos 19 a 22 de la Ley 30/1984, de Medidas de Reforma para la Función Pública. Pese a

ello, la realidad muestra la existencia de una brecha importante, aun ligeramente menor que la del sector privado¹⁰⁶⁸.

Los datos contrastan con las reforzadas medidas adoptadas para garantizar la igualdad en el acceso al empleo público, no sólo en materia de cuotas sino específicamente en todas las fases del proceso (selección, adaptación de las pruebas, especialización de los órganos de selección, formación, adjudicación y adaptación de puestos de trabajo, carrera profesional o medidas de apoyo). Pero para hacer un juicio de adecuación, es preciso hacer alusión a las medidas específicas adoptadas en el empleo público.

El artículo 38.1 de la LISMI establece que las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores “vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad” y, además, garantiza el principio de igualdad de condiciones para el acceso al empleo público debiendo acreditar el discapacitado las condiciones personales de aptitud previas a la realización de las pruebas selectivas –art. 38.3-. Posteriormente, la Ley 23/1998, de 28 de julio modificó la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, incluyendo la disposición adicional decimonovena que preveía la reserva en todas las ofertas de empleo público de una cuota no inferior al 3% de las vacantes para ser cubiertas por personas con discapacidad, de modo que progresivamente se alcance el 2% de la plantilla. Con posterioridad, la Ley 53/2003 elevó dicha cuota al 5% de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad. Junto a la cuota o cupo de la oferta pública de empleo, también se ha procedido a desarrollar el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, introduciendo medidas positivas según los principios de no discriminación, accesibilidad universal y compensación de desventajas. Y el Estatuto Básico del Empleado Público –Ley 7/2007, de 12 de abril- estableció que las Administraciones Públicas proveerán los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 78.2), garantizando en las convocatorias la publicidad, la transparencia, la imparcialidad, la profesionalidad, la independencia y discrecionalidad de los órganos de selección y la agilidad en los procesos de selección (art. 55.2 EBEP). De otro lado, el RD 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, procedió a la transposición de la Directiva 2000/78/CE y desarrollo de las previsiones de la Ley 53/2003, regulando la reserva de plazas, la adaptación

¹⁰⁶⁸ El Informe del mercado de trabajo de las personas con discapacidad de 2013 elaborado por el Observatorio Ocupacional de Servicio Público de Empleo del Estado, señala que a finales de 2013 el número de contratos a personas con discapacidad en la Administración Pública era sólo de 9.024.

y ajustes razonables de tiempos y medios en los procesos selectivos, entre otros aspectos. Y, finalmente cada una de las ofertas anuales de empleo público incorporan reglas específicas sobre acceso al empleo público de las personas con discapacidad, en relación con los procedimientos selectivos, cuota reservada en las ofertas de empleo público –actualmente el 7%- siempre que estas personas superen los procesos selectivos y acrediten tanto su discapacidad como la compatibilidad en el desempeño de las tareas, de modo que se alcance el objetivo del 2% del total de efectivos en cada Administración. A tal efecto, el reglamento admite tanto convocatorias conjuntas con las plazas ordinarias como convocatorias independientes. También se regula de forma pormenorizada la adaptación y ajustes razonables en el desarrollo del proceso de selección y, para el caso de superación del proceso selectivo, el proceso de adjudicación del puesto de trabajo, estableciendo la posibilidad de alteración del orden de prelación por motivos de dependencia personal, dificultades de desplazamiento u otras análogas –no especificadas en el reglamento-; e, incluso, la adaptación de los puestos de trabajo a la persona. Pese a los avances, no se han eliminado los obstáculos y, de hecho, está pendiente de aprobación un nuevo reglamento de desarrollo, actualmente en fase de proyecto, que pretende una actualización y corrección de las deficiencias observadas.

IV. CONCLUSIONES

Pese a los avances en el plano normativo y en la realidad, la brecha diferencial entre personas con o sin discapacidad en el empleo subsiste en lo esencial en España, en contraste con otros países en los que se ha logrado un acortamiento de la misma, lo que permite pensar en que es posible mejorar nuestra realidad. Desde luego cabe adoptar medidas más constrictivas, lo que no es descartable, pero la asignatura realmente pendiente, entiendo, es un cambio cultural y social sobre la discapacidad que penetre en las empresas. La crisis económica y de empleo es un serio obstáculo pero, el cambio tecnológico está contribuyendo a eliminar barreras hasta ahora impensables. Para seguir avanzando es urgente incidir más intensamente en la educación y sensibilización –general y particularmente dirigida a las empresas- sobre la sociedad inclusiva y, consecuentemente, alcanzar un mercado de trabajo inclusivo. Una sociedad inclusiva e igualitaria a la que la profesoras Rosa. Quesada Segura, a quien rindo mi homenaje con estas páginas, ha contribuido decididamente en el ámbito científico y académico.

10.6. LA ADAPTACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO Y LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS Y DE PROTECCIÓN NECESARIAS DEL TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD

JOSÉ LUIS RUIZ SANTAMARÍA

*Abogado y Auditor en Prevención de Riesgos Laborales
Doctorando en Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Málaga*

I. CUESTIONES PRELIMINARES

El derecho a un trabajo digno, constituye un hito fundamental histórico para el desarrollo integral de las personas. En el caso de las personas con discapacidad¹⁰⁶⁹, este derecho se hace aún más necesario y se materializa en la oportunidad de poder ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laboral abierto, inclusivo y accesible. Por lo tanto, el derecho al trabajo de este colectivo es “dual”¹⁰⁷⁰. Por un lado, es una libertad -la persona es libre para trabajar- y, por otro, es un derecho social ya que vivimos en un Estado social de Derecho -la persona puede y debe exigir que se establezcan las condiciones reales y efectivas para poder acceder al empleo, y “no vale cualquier empleo; es necesario incorporarse a empleos de mayor calidad”¹⁰⁷¹-. En este sentido, la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), supone la consagración del enfoque de derechos de estas personas,

¹⁰⁶⁹ ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: “La protección social de las personas con discapacidad”, Madrid, *Temas para el debate*, 2015, págs.26-26. Según la legislación española, persona con discapacidad es aquella “que presenta deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Además de ello, debe tener reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%. Por lo tanto, no basta con que una persona padezca una discapacidad y esta le provoque limitaciones, sino que es necesario que haya un reconocimiento legal de tal condición para poder solicitar ayudas o algún tipo de protección social pública. Ver también en este sentido el artículo 2.a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad.

¹⁰⁷⁰ GARCÍA PRESAS, I.: “El acceso al trabajo de las personas discapacitadas”, la Coruña, *AFDUC*, núm. 17, 2013, pág. 303.

¹⁰⁷¹ LORENZO GARCÍA, R.: “El futuro de los discapacitados en el mundo: el empleo como factor determinante para la inclusión”, Madrid, *Revista del Ministerio e Inmigración*, núm. 50, 2004, pág. 87.

ya que considera a las mismas como sujetos titulares de derechos; y obliga a los poderes públicos, a garantizar el pleno y efectivo ejercicio de estos derechos. La ratificación de esta Convención por España el 3 de diciembre de 2007 y su posterior entrada en vigor el 3 de mayo de 2008, llevaba aparejada, la adaptación y reforma de la normativa española sobre los derechos de las personas con discapacidad y ha tenido como consecuencia inmediata la elaboración del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social –en adelante LGD-. Este Real Decreto, deroga expresamente –por refundirlas en este texto- las siguientes leyes: Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad (LISMI); Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU) y Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. En referencia a la Igualdad de oportunidades y no discriminación, se describen las medidas contra la discriminación y las medidas de acción positiva. Se incluye, también por primera vez, las definiciones de todos los tipos de discriminación, directa e indirecta, ya contempladas, a las que se añaden la discriminación por asociación y acoso¹⁰⁷², con el fin de completar el marco jurídico de prohibición de la discriminación en cualquiera de sus manifestaciones¹⁰⁷³. Si bien la nueva ley no añade cambios sustanciales, sin duda simplifica y clarifica la dispersión existente hasta ahora en las leyes derogadas, y elimina las posibles contradicciones conceptuales que pudieran producirse entre textos tan dispares y alejados en el tiempo.

A pesar de los avances legislativos en esta materia, este colectivo tiene aún muchas dificultades, no solo para integrarse en el mercado de trabajo, sino que una vez alcanzado el puesto de trabajo, puedan disfrutar de los mismos derechos que el resto de trabajadores –salarios, promoción en el empleo, etc... En el año 2013 en España¹⁰⁷⁴, 1.428.300 personas de edades comprendidas entre los 16 y los 64 años y residentes en hogares familiares tenía certificado de discapacidad, esta cifra representa el 4,7% de la población española en edad laboral. La baja tasa de actividad, junto a la situación de desempleo que padecen estas personas, es muy preocupante (como puede verse en la tabla de la figura 1). El 37,4% de las per-

¹⁰⁷² En este sentido el artículo 27.1, a) de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. También en derecho comunitario, la Directiva 2000/43/CE sobre igualdad de trato de las personas independiente de su origen racial o étnico, en su artículo 2.3; Directiva 2000/78/CE sobre igualdad en el empleo, en su artículo 2.3 y la Directiva 2006/54/CE sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, en su artículo 2.1(c). En jurisprudencia comunitaria STJUE, de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, caso Coleman.

¹⁰⁷³ En relación a la no discriminación en las relaciones laborales, el artículo 17 del ET.

¹⁰⁷⁴ Según consta en la Base de Datos Estatal de las Personas con Discapacidad del INE.

sonas con discapacidad legalmente reconocida eran activos, esta tasa de actividad era casi 40 puntos inferior a la de la población sin discapacidad. La tasa de paro para el colectivo fue del 35,0%, lo que supone nueve puntos más que la de la población sin discapacidad. Sin duda, nos encontramos ante un gran problema que requiere la adopción de medidas urgentes que ayuden a paliar esta difícil situación. En este sentido, es imprescindible y necesario orientar el conjunto de acciones públicas¹⁰⁷⁵ y de producción legislativa en esta materia, hacia la eliminación de todo tipo de barreras o impedimentos que excluyan a estas personas del acceso al trabajo; al mismo tiempo que hagan posible -como sujetos activos titulares de derechos- su participación en iguales condiciones que el resto de los ciudadanos.

Figura 1 (fuente INE)

Empleo de las personas con discapacidad - Año 2013		
	Valor	Variación
Tasa de actividad	37,4	0,7
Tasa de empleo	24,3	-0,2
Tasa de paro	35,0	1,8

Al hilo de todo lo expuesto, el artículo 40.1 de la LGD¹⁰⁷⁶, establece que: “*Para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad*”. En este sentido, interesa señalar que la pretensión de este capítulo es abundar en el análisis jurídico de dos medidas concretas como son: la adaptación del puesto de trabajo de personas con discapacidad y la adopción de medidas preventivas y de protección necesarias del trabajador con discapacidad. Estudio, no exento de complejidad, por las características propias de los diferentes cuerpos jurídicos en los que se encuentran insertados ambos preceptos; es decir, el carácter

¹⁰⁷⁵ En este sentido, *vid.* Informe Olivenza sobre la situación de la discapacidad en España (2014) del Observatorio estatal de la discapacidad, <http://www.odismet.es/es/biblioteca/informe-olivenza-2014-sobre-la-discapacidad-en-espana/103/>, acceso: 06 – 05 -2015. Igualmente, Estrategia española sobre la discapacidad (2012 – 2020), <http://sid.usal.es/libros/discapacidad/26112/8-4-1/estrategia-espanola-sobre-discapacidad-2012-2020.aspx>, Acceso: 01 – 07 -2015 y su Plan de acción (2014 – 2016), http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/documents/2014/refc20140912e_7.pdf, Acceso: 01 – 07 -2015.

¹⁰⁷⁶ En consonancia con ello, el artículo 27 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, dedicado al “trabajo y empleo”. También, la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

transversal¹⁰⁷⁷ de la discapacidad y la naturaleza interdisciplinar y multidisciplinar¹⁰⁷⁸ de la Prevención de Riesgos Laborales.

II. LA ADAPTACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El artículo 40.2 de la LGD, dice en su primer párrafo que: *“Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”*.

Conviene advertir como paso previo, que los términos “discapacidad” o “persona con discapacidad”¹⁰⁷⁹, a menudo se confunden con otras realidades sociales como la “deficiencia”, la “incapacidad” -sea temporal o permanente- y la “invalidez”, que aunque pudieran tener algunas conexiones, tienen su propia identidad y una específica protección y regulación¹⁰⁸⁰. Esta “autonomía conceptual de la discapacidad, con el ánimo de mantener una realidad social que ha de ser protegida por todos, especialmente por el legislador”¹⁰⁸¹, estará presente en este estudio. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁰⁸², nos ayuda a clarificar esta situación siguiendo la línea argumental de la distinción de estos términos, enfatizando los *“distintos propósitos de protección que persiguen las normas de protección de la discapacidad y la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de la incapacidad permanente”*, pues *“la definición de los grados de incapacidad permanente a efectos de Seguridad Social atiende exclusivamente a consideraciones de empleo y trabajo; en cambio, la definición de la minusvalía*

¹⁰⁷⁷ DOMÍNGUEZ ALONSO, A.: “Los principios generales del Derecho en el ámbito de la protección de las personas con discapacidad”, Madrid, *Aletheia: Cuadernos críticos del Derecho*, núm. 2, 2011, pág. 42. También, sobre el “principio de transversalidad de la discapacidad”, en la primera función del Consejo Nacional de la Discapacidad, regulado por el Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre.

¹⁰⁷⁸ MORENO JIMÉNEZ, B.: “Los Servicios de Prevención: la gestión multidisciplinar del riesgo laboral”, Madrid, *Medicina Preventiva*, III, 1,1, 1997, págs. 2-3.

¹⁰⁷⁹ *Vid.* nota (1) y también para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.

¹⁰⁸⁰ *Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, el Título I del Capítulo IV dedicado a la Acción protectora de la Seguridad Social. También en el Título II, el Capítulo IV dedicado a la Incapacidad Temporal y el Capítulo V dedicado a la Invalidez.*

¹⁰⁸¹ ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Madrid, Cívitas, 1997, págs.54-63.

¹⁰⁸² Sentencias del Tribunal Supremo (Sala IV), 20 de junio de 2007; 18 y 26 de diciembre de 2007; 22 de enero y 5 de diciembre de 2008.

incluye como se ha visto otras dimensiones de la vida social, como son la educación y la participación en las actividades sociales, económicas y culturales”, y sigue diciendo, “La coincidencia de los respectivos campos de cobertura de una y otra legislación puede ser amplia; y el legislador puede establecer una asimilación o conjunción de los mismos, como sucede en el art. 2.1. Ley 51/2003. Pero, junto a estos espacios de coincidencia, hay otros que corresponden privativamente bien a la Seguridad Social bien a la protección de los discapacitados, y cuyos beneficiarios han de ser determinados, en principio, mediante los procedimientos establecidos en uno y otro sector del ordenamiento social”.

Pero, el problema fundamental –a mi juicio–, que se plantea en el estudio de la adaptación del puesto de trabajo de personas con discapacidad, es la falta de concreción entre la obligación del empresario y los límites difusos que establece el legislador a esta obligación, que califica de “ajustes razonables”¹⁰⁸³ y “carga excesiva” para el empresario¹⁰⁸⁴; pues es lógico preguntarse si la consideración de carga excesiva para el empresario, anula el carácter razonable del ajuste y deja sin efecto el deber de llevarlo a cabo. Es evidente, que existe una gran ambigüedad en la redacción de ambos preceptos y que estos términos, son conceptos amplios que están impregnados de subjetividad, ya que, lo que es “razonable” o “supone una carga excesiva” para unos, puede no serlo para otros. Aunque nuestra LGD, respecto al concepto de “carga excesiva”, establece algunos criterios orientativos¹⁰⁸⁵ para su delimitación, éstos quedan lejos de cumplir su función, dejando la noción demasiado abierta, difusa; y por tanto incierta, sin llegar a delimitarla. Se precisa por tanto, el establecimiento por parte del legislador, de unos criterios claros y precisos, que puedan ayudar al trabajador y empresario a la hora de determinar el ajuste del puesto de trabajo, tal vez la complejidad descansa sobre el principio de que no existen discapacidades, sino personas con discapacidad.

En el derecho comparado, podremos encontrar referencias legales, que intentan acotar y definir el concepto de “ajustes razonables”. Así por ejemplo, en EEUU en “*The Americans with Disabilities Act of 1990*”, se establecen las garantías de no discriminación para las personas con discapacidad y el derecho a u ajuste razonable del puesto de trabajo; en el Reino Unido, en “*Disability Discrimination Act*

¹⁰⁸³ El legislador, define este concepto en el artículo 2. m) LGD: “*son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos*”.

¹⁰⁸⁴ Vid. art 40.2 LGD.

¹⁰⁸⁵ “coste de las medidas específicas”; “tamaño y el volumen de negocio de la empresa” y “cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades”.

1995”, el “*equal opportunities*” es un derecho para las personas con discapacidad y regula el derecho al ajuste del puesto de trabajo; también en Italia, la Ley 4/2004 “*Legge Stanca*”, en ella se define la accesibilidad y la ayuda técnica, también se establecen los sistemas de verificación accesibilidad y mecanismos de reclamación ante la administración. Pero, sin duda, hay que señalar a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, como el instrumento jurídico internacional de mayor relevancia, en cuyo artículo 2 se recoge una noción de ajustes razonables¹⁰⁸⁶, como norma superior.

En el derecho comunitario, a partir de la Directiva 2000/78/CE¹⁰⁸⁷, la igualdad de trato en el empleo y la ocupación no se concibe sin los “ajustes razonables”; de hecho, se puede afirmar que tienen un carácter obligatorio –formando parte del contenido de los Derechos Humanos–, con lo que superan la condición de recomendaciones o de meras indicaciones para instalarse en el corazón de la política antidiscriminatoria de los Estados miembros. Pero es sin duda, la Jurisprudencia comunitaria y concretamente, la STJUE, de 11 de abril de 2013, en los asuntos acumulados C-335/11 y C337/11, asunto Ring, la que ha contribuido recientemente a clarificar algunos aspectos concretos, estableciendo un criterio amplio de “ajustes razonables”; lo que supone un giro importante en la doctrina jurisprudencial mantenida hasta ahora, señalando que el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse “*en el sentido de que la reducción del tiempo de trabajo puede constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere dicho artículo. Corresponde al juez nacional apreciar si, en las circunstancias de los asuntos principales, la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste supone una carga excesiva para el empleador*”. Por lo tanto, el concepto amplio de “ajustes razonables” defendido por el TJUE, entiendo que se podría extender también al cambio de funciones o de puesto de trabajo, si bien, como matiza el propio Tribunal, “*la Directiva 2000/78 no obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad*”.

En definitiva, tal y como se desprende de la Convención de la ONU y de la propia Directiva 2000/78/CE, los “ajustes razonables” deben interpretarse en sentido amplio incluyendo medidas no sólo materiales sino también organizativas, como, por ejemplo, la reducción del tiempo de trabajo.

¹⁰⁸⁶ Señalar que en España, mediante el art 7 de la Ley 51/2003 LPD, se introducen los ajustes razonables en la legislación genérica española sobre discapacidad, incluso antes del Tratado internacional citado.

¹⁰⁸⁷ Del análisis del artículo 5, podemos observar esta igualdad formal, se trata de asegurar un trato carente de discriminación en el ámbito del empleo, “*mediante los ajustes razonables para las personas con discapacidad*”.

III. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS Y DE PROTECCIÓN NECESARIAS DEL TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD

El artículo 15.d) de la LPRL, establece como principio de la acción preventiva: *la adaptación del puesto de trabajo a la persona*. Es obligación del empresario, y, por tanto, correlativo derecho del trabajador¹⁰⁸⁸, la adaptación del puesto de trabajo a sus circunstancias personales. El régimen jurídico de protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos derivados del trabajo, se encuentra regulado en el Capítulo III de la LPRL¹⁰⁸⁹. Hay que señalar, que el legislador –con cierta falta de homogeneidad y precisión en la redacción de estos preceptos–, distingue cuatro grupos de trabajadores¹⁰⁹⁰; aunque nuestra atención se centra en el colectivo de los trabajadores con discapacidad, por ser éste el objeto del mismo. En este sentido, nos interesa el análisis de los contenidos del artículo 25.1¹⁰⁹¹ de la LPRL, que dice: *“El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias.*

Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”.

En primer lugar, nos interesa determinar el ámbito subjetivo del artículo 25.1 de la LPRL. Se establecen varios supuestos diferentes de trabajadores, a los que el

¹⁰⁸⁸ En este sentido, el artículo 4.2.d) del ET establece como derecho básico de los trabajadores el derecho a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.

¹⁰⁸⁹ En los artículos 25, 26, 27 y 28 de la LPRL.

¹⁰⁹⁰ Estos grupos son 1º) Trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo; 2º) trabajadoras embarazadas y situaciones asociadas al embarazo; 3º) Trabajadores menores de edad y 4º) Trabajadores con relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal.

¹⁰⁹¹ En concordancia con el artículo 15 de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo; el artículo 189 de la LGSS; artículos 19.1 y 36 del ET; artículos 6.1.f); 14.2; 15.1; 16; 17 y 22 de la LPRL; art 4 del RD de Servicios de Prevención y artículos 12.7, 13.4 y 40.2 de la LISOS.

legislador ha calificado como “especialmente sensibles”: aquellos que por sus propias características personales o estado biológico conocido; los que tengan debidamente reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial y por último, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias. Como se ha expresado antes, la redacción de este artículo, es desafortunada e imprecisa, utilizando términos como “conocida” y “manifiesta”, que si bien tienen en común el carácter de hacer referencia a una situación indubitada, presentan mayor dosis de incertidumbre y subjetividad a la hora de determinar la forma o los medios en que el hecho o la situación referida llega a ser conocida o manifestada. Por otra parte, la expresión: “debidamente reconocida” que se emplea para las discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales, parece aludir a la exigencia de un reconocimiento oficial¹⁰⁹² que acredite la discapacidad de que se trate y por lo tanto un interpretación restringida del término. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de la LGD y de la STJUE de 11 de abril de 2013, asunto Ring, se produce un cambio hacia una interpretación amplia del concepto de “persona con discapacidad”, entendiendo que en el ámbito subjetivo del art 25 de la LPRL, se incluyen tanto los trabajadores con discapacidad reconocida como los que no. Esta tesis, se fundamenta también, en la interpretación combinada de los contenidos del art 63.2 y 64 de la LGD, estableciendo que ante cualquier situación de vulneración de la igualdad de oportunidades, incluida la denegación de ajustes razonables, cualquier persona con discapacidad podrá recabar la protección de las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial previstas en la ley, con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad.

En referencia a las obligaciones del empresario con respecto a este colectivo de trabajadores, la LPRL establece dos obligaciones específicas, que son: personalizar las evaluaciones¹⁰⁹³ que haya de efectuar, y no emplearles en aquellos puestos de trabajo en que puedan originar un peligro para ellos mismos, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa, ahora bien, se aprecia una gran indeterminación por parte del legislador, a la hora de establecer estas obligaciones, lo que nos llevaría a preguntarnos si existe una verdadera limitación por parte del empresario a la hora de poder contratar trabajadores con discapacidad —en aquellos que puedan ponerse en situación de peligro ellos mismos o a otros trabajadores, o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo— y por otra parte, cabría preguntarse ¿qué ocurre en estos mismos supuestos de trabajadores que ya se encuentran incorporados en la empresa? Sin duda, para poder dar respuestas a estos problemas, tendríamos que re-

¹⁰⁹² *Vid.* nota (11).

¹⁰⁹³ INSHT: NTP 1003 (2014) y NTP 1004 (2014).

alzar un estudio de la jurisprudencia social al respecto. Sin embargo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no se ha pronunciado al respecto y el análisis de los pronunciamientos judiciales de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, sobre este particular no es pacífico, existiendo de dos grandes líneas de tendencia en la doctrina judicial: la primera¹⁰⁹⁴, que considera que, el art. 25 LPRL impone al empresario la mera adaptación, de ser posible, de las condiciones de trabajo ligadas al puesto de trabajo desarrollado por la persona trabajadora, así como la no adscripción temporal del trabajador a puestos de trabajo que resulten incompatibles con su estado de salud o que pongan en riesgo la salud de terceros. Esta línea, niega que el citado precepto legal imponga al empresario un cambio de puesto de trabajo o de funciones, salvo que así se prevea en convenio o pacto colectivo o individual. La segunda¹⁰⁹⁵ línea interpretativa seguida a nivel judicial considera que el art. 25 LPRL impone también al empresario el cambio de puesto de trabajo, de ser éste técnica y objetivamente posible, cuando la adaptación de las condiciones de trabajo no sea posible o suficiente para evitar los riesgos. Se trata, por tanto, de dos interpretaciones del artículo 25 LPRL totalmente opuestas. Sin embargo, en los tres últimos años, parece abrirse paso con mayor fuerza la tesis interpretativa que considera que el empresario debe adoptar todas las medidas preventivas a su alcance, incluyendo, en su caso, el cambio de puesto de trabajo.

Otro problema adicional se nos plantea, cuando en la empresa no exista un puesto adecuado a la situación del trabajador afectado, en este supuesto la STSJ de Navarra, de 25-3-2009, establece que respecto del cambio del puesto de trabajo, no existe un derecho ilimitado del empleado de rotar por cualquier puesto de la empresa, sino que la variación de sus funciones deberá producirse en el marco de la profesión para la que fue contratado. *La sentencia razona que esa obligación de salud y seguridad no puede llevarse a sus últimas consecuencias obligando al empresario al cambio o adaptación del puesto de trabajo en cualquier caso, creando para la actora un “trabajo a la carta”*. Y es que, en el supuesto enjuiciado la empresa ofreció a la actora distintas alternativas para que el desempeño de su trabajo le resultase más liviano, lo que no resulta admisible es imponer al empresario la asignación de un puesto de trabajo que no existe, ya que dentro de la categoría profesional que ostenta la actora todos los trabajadores de la empresa desempeñan las mismas funciones asistenciales, o asignarle funciones en el centro de día cuando no existe actualmente vacante.

¹⁰⁹⁴ STSJ de Castilla y León, de 3-1-2001 y 24-4-2001; STSJ de Castilla La Mancha, de 21-03-2002; STSJ de País Vasco, de 9-7-2002; STSJ de Cataluña de 30-10-2006 y STSJ de Madrid, de 29-1-2008.

¹⁰⁹⁵ STSJ de Asturias, de 7-7-2014.

IV. VALORACIÓN CONCLUSIVA

En materia de empleo y discapacidad, el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, -como derecho esencial para el desarrollo integral de estas personas-, se configura como un derecho dual -libertad y derecho social-.

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006), supone la consagración del enfoque de derechos de estas personas, ya que considera a las mismas como sujetos titulares de derechos; y obliga a los poderes públicos, a garantizar el pleno y efectivo ejercicio de estos derechos. La ratificación por España de esta Convención y su posterior entrada en vigor, introduce en nuestro ordenamiento jurídico un avance legislativo sobre esta materia, provocando la adaptación y reforma de la normativa española sobre los derechos de las personas con discapacidad -Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social-. Sin embargo, a pesar de los avances legislativos en esta materia, este colectivo tiene aún muchas dificultades para integrarse en el mercado de trabajo. En este sentido, es imprescindible y necesario orientar el conjunto de acciones públicas y de producción legislativa en esta materia, hacia la eliminación de todo tipo de barreras o impedimentos que excluyan a estas personas del acceso al trabajo; al mismo tiempo que hagan posible -como sujetos activos titulares de derechos- su participación en iguales condiciones que el resto de los ciudadanos. Por este motivo, es imprescindible que el empresario, adopte las medidas necesarias para la adaptación del puesto de trabajo y las de protección y prevención, teniendo presente la yuxtaposición del carácter transversal de la discapacidad con la naturaleza interdisciplinar y multidisciplinar de la Prevención de Riesgos Laborales.

Un estudio relacional del artículo 25.1 de la LPRL y del artículo 40.2 LGD, ha puesto de manifiesto la existencia de los problemas derivados de la interpretación de ambos preceptos; no solo a la hora de determinar su ámbito subjetivo, sino también sobre otros aspectos fundamentales de sus contenidos, como el alcance del cambio del puesto de trabajo.

El examen de la jurisprudencia social, nos ha desvelado: por una parte, la inexistencia de pronunciamientos del Tribunal Supremo Sala IV de lo Social; y por otra, la jurisprudencia de los distintos TSJ, que han generado dos líneas de interpretación antagónicas. Respecto a la jurisprudencia comunitaria, hay que señalar la importante aportación de la STJUE de 11 de abril de 2013 -asunto Ring-, que viene a ampliar considerablemente el concepto de “persona con discapacidad”, en línea con la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, y esta ampliación encierra una trascendental repercusión en la medida en que, de conformidad con la Directiva 2000/78/CE, el empresario estará obligado a llevar a cabo “ajustes razonables” respecto de todas las personas con discapacidad, entre

otros ámbitos, sobre las condiciones de trabajo, incluyendo la reducción del tiempo de trabajo. Desde esta perspectiva, y pese a la aparente dicción restrictiva del artículo 25 LPRL, el empresario deberá adaptar las condiciones de trabajo y, llegado el caso, cambiar de puesto de trabajo a la persona trabajadora afectada de una discapacidad – reconocida o no-, si tal cambio puede considerarse como razonable, por no ser imposible o excesivamente oneroso para el empresario.

Para dar una posible respuesta adecuada a los problemas planteados en el ámbito de la discapacidad y prevención de riesgos laborales, se debería asumir el desarrollo reglamentario por parte del Gobierno, de los “ajustes razonables” y de los contenidos del artículo 25 de la LPRL, en base a la DF 3ª de la LGD y al artículo 6.1.f de la LPRL. También, se debería fomentar y promocionar la introducción de mejoras en estas áreas, mediante la negociación colectiva.

10.7. FOMENTO DEL EMPLEO DE MAYORES, PARADOS DE LARGA DURACIÓN Y EN SITUACIÓN DE EXCLUSIÓN SOCIAL

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

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

JESÚS BARCELÓ FERNÁNDEZ

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona*

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales objetivos de cualquier economía es la maximización de sus recursos, entre los que se encuentra la fuerza de trabajo. La UE fija como uno de sus objetivos el pleno empleo¹⁰⁹⁶, para lo cual se garantizará la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros¹⁰⁹⁷ y una estrategia coordinada¹⁰⁹⁸, compatible con las orientaciones generales de las políticas económicas de

¹⁰⁹⁶ Art. 3 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (TUE).

¹⁰⁹⁷ Art. 5.2 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

¹⁰⁹⁸ Art. 145 del TFUE.

los Estados miembros¹⁰⁹⁹, apoyando y, en caso necesario, complementando, las distintas actuaciones, pero respetando las competencias de estos¹¹⁰⁰. En su ejecución, tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado y la lucha contra la exclusión social¹¹⁰¹. El objetivo de la UE es ambicioso, ya que plantea alcanzar el objetivo de una tasa de empleo femenina y masculina del 75 % de aquí a 2020¹¹⁰², puesto que la mejor manera de salir de la exclusión es con el empleo.

II. FOMENTO DEL EMPLEO DE MAYORES EN ESPAÑA

Las políticas de empleo en el Estado Español han estado condicionadas, sobre todo, por las crisis económicas y por los efectos de ésta en el mercado de trabajo, como son las altas tasas de desempleo y las bajas tasas de actividad u ocupación. Con la crisis del petróleo se dieron las primeras medidas para la creación del empleo, inicialmente dirigidas a la contratación temporal de desempleados y al fomento del empleo juvenil. En tal sentido, el artículo 17.3 del ET/ 1980¹¹⁰³, preveía la posibilidad de que el Gobierno pudiera regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo, con objeto de facilitar la colocación de trabajadores de edad avanzada, con capacidad laboral disminuida, desempleados y de quienes accedieran al primer empleo. En uso de esta previsión legal, ese mismo año el Gobierno establecería un programa de bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social¹¹⁰⁴ y autorizaría la contratación temporal como medida de fomento del empleo¹¹⁰⁵, dirigida, a Trabajadores mayores de 45 años.

Posteriormente, la Ley 51/1980, Básica de Empleo¹¹⁰⁶, en su Título I, reguló la política de fomento del empleo, estableciendo el compromiso de aplicar de forma periódica los programas de fomento del empleo y las acciones específicas con carácter temporal y de duración limitada, en tanto subsistieran las circunstancias que los motivaban. Preveía un programa para grupos específicos de trabajadores con dificultades de inserción en el mercado de trabajo, como eran, entre otros: trabaja-

¹⁰⁹⁹ Art. 146 del TFUE.

¹¹⁰⁰ Art. 147 del TFUE.

¹¹⁰¹ Art. 9 del TFUE.

¹¹⁰² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. La Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social: Un marco europeo para la cohesión social y territorial. COM/2010/0758 final. Punto 3.1.

¹¹⁰³ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. BOE de de 14 de marzo de 1980.

¹¹⁰⁴ Real Decreto 1364/1981, de 3 de julio, por el que se establecen normas de fomento del empleo para determinados grupos de trabajadores desempleados. BOE de 11 de julio de 1981.

¹¹⁰⁵ Real Decreto 1363/1981, de 3 de julio, por el que se autoriza la contratación temporal como medida de fomento del empleo. BOE de 11 de julio de 1981.

¹¹⁰⁶ Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo. BOE de 17 octubre 1980.

dores mayores de 45 años de edad. Los beneficios que se preveían para la contratación de estos trabajadores eran diversos, pudiendo consistir tanto en medidas de formación profesional subvencionada como acciones de asistencia técnica u orientación; subvenciones directas a las empresas, o bonificación en las cuotas de la Seguridad Social. Sin embargo, no se preveía ningún tipo de fomento del empleo para los trabajadores de mayor edad, bien al contrario, se reguló la anticipación de la edad de jubilación como medida de fomento del empleo de los más jóvenes, mediante el sistema de jubilación a los 64 años, establecido en el R. D. Ley 14/1981, de 20 de agosto¹¹⁰⁷, sustituido por el R.D. 1194/1985, de 17 de julio¹¹⁰⁸, que revisa su regulación debido a la escasa utilización que había tenido hasta ese momento.

La Ley 22/1992¹¹⁰⁹ introdujo incentivos a la contratación por tiempo indefinido de aquellos trabajadores de colectivos con mayores tasas de paro o de mayor duración, como eran, entre otros: los trabajadores mayores de 45 años.

Las políticas para favorecer la prolongación de la vida activa de los trabajadores de mayor edad en España verán la luz tras el «Pacto de Toledo»¹¹¹⁰, cuya recomendación 10ª señalaba la conveniencia de intensificar el apoyo a los trabajadores de mayor edad, limitando el recurso a prejubilaciones, desincentivando el abandono prematuro de la vida laboral, y señalando que las políticas de bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social habían de incentivar la prolongación voluntaria de la vida activa del trabajador, mediante la exoneración total o parcial de la obligación de cotizar en aquellos supuestos en que el trabajador optara por permanecer en activo con suspensión proporcional del percibo de la pensión.

Fruto del Acuerdo Interconfederal de Estabilidad en el Empleo de 1997, firmado por CEOE, CEPYME, CC OO y UGT, se aprobaría la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, la cual articuló, con carácter transitorio, una modalidad para el fomento de la contratación indefinida, dirigida a colectivos específicos de trabajadores desempleados singularmente afectados por el desempleo y la inestabilidad laboral, como eran, principalmente, entre otros, los mayores de 45 años de edad.

¹¹⁰⁷ Real Decreto-ley 14/1981, de 20 agosto, sobre jubilación especial a los sesenta y cuatro años en la Seguridad Social. BOE de 29 de agosto de 1981.

¹¹⁰⁸ Real Decreto-ley 1/1992, de 3 de abril, derogado y sustituido por el Real Decreto 1194/1985, de 17 de julio, por el que se acomodan al amparo de lo establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, modificada por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, las normas sobre anticipación de la edad de jubilación como medida de fomento del empleo.

¹¹⁰⁹ Ley 22/1992, de 30 de julio. Medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo. BOE de 4 agosto 1992.

¹¹¹⁰ Vid. Informes sobre el desarrollo del Pacto de Toledo, Volúmenes I y II. http://www.seg-social.es/Internet_1/LaSeguridadSocial/DocumentacionGeneral/PactoToledo/index.htm

La Ley 55/1999, de 29 de diciembre¹¹¹¹ contenía un programa de fomento del empleo para el año 2000 (art. 28) al que se podían acoger las empresas que contratasen indefinidamente, y de acuerdo con los requisitos y condiciones que se señalaban en esta norma, a trabajadores desempleados, inscritos en la Oficina de Empleo, incluidos, entre otros colectivos, el de desempleados mayores de 45 años, cuya contratación daría derecho, durante un período de 24 meses, a bonificaciones de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes, del 50 por 100 durante el primer año de vigencia del contrato y del 45 por 100 durante el resto de vigencia del mismo.

Hasta la ley 12/2001, de 9 de julio, no se establecería un programa para el fomento de empleo en el que se incentivara la contratación de trabajadores desempleados mayores de 45 años y hasta los 65, sin establecerse incentivos para la prolongación del trabajo tras cumplir la edad legal de jubilación, como recomendaba en el Pacto de Toledo.

Mediante la Ley 24/1997, de 15 de julio, se incorporaría en el TRLGSS/ 1994 una nueva Disposición Adicional, la vigésima sexta, mediante la cual se autorizaba al Gobierno para que, previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, pudiera otorgar desgravaciones, o deducciones de cotizaciones sociales, en aquellos supuestos en que el trabajador optara por permanecer en activo, una vez alcanzada la edad de 65 años, con suspensión proporcional al percibo de la pensión. En su consecuencia, en el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social, suscrito el 9 de abril de 2001 por el Gobierno, CC. OO, la COE y la CEPYME, el R.D.-Ley 16/2001, de 27 de diciembre –convalidado por Ley 35/2002, de 12 de julio –, se exoneraba del pago de cotizaciones sociales, por contingencias comunes, salvo en lo que se refería a la Incapacidad Temporal, correspondientes a los trabajadores de 65 o más años, que acreditasen 35 años efectivos de cotización, y que decidieran voluntariamente la continuación o la reiniciación de su actividad laboral, posibilitándose que el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación pudiera superar el 100 por 100, respecto de aquellos trabajadores que permanecieran en activo más allá de los 65 años de edad y acreditaran un mínimo de treinta y cinco años de cotización, a los cuales se les sumaría un 2 por ciento adicional por cada año completo entre la fecha en que cumplieron los 65 años y la del hecho causante de la pensión.

Asimismo, el citado R.D.-ley 16/2001, de 27 de diciembre (art.14)¹¹¹², añadió un nuevo apartado 4º a la Disposición Adicional cuarta de la Ley 24/2001, de 27

¹¹¹¹ Ley 55/1999, de 29 de diciembre. Medidas fiscales, administrativas y del orden social. BOE de 30 diciembre 1999.

¹¹¹² Real Decreto-ley 16/2001, de 27 de diciembre. Medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. BOE de 31 diciembre 2001.

de diciembre, en el que se estableció una bonificación en los contratos de trabajo de carácter indefinido, suscritos con trabajadores de 60 o más años de edad y con una antigüedad en la empresa de 5 o más años, del 50 por 100 de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por Incapacidad Temporal derivada de las mismas, incrementándose tal bonificación en un 10 por 100 en cada ejercicio hasta alcanzar un máximo del 100 por 100, siendo compatible con las bonificaciones establecidas con carácter general en los Programas de Fomento del Empleo, sin que en ningún caso la suma de las bonificaciones aplicables pudiera superar el 100 por 100, sobre las cuotas devengadas a partir del 1 de enero del año 2002¹¹¹³.

La Ley 62/2003, de 30 de diciembre¹¹¹⁴, que regulaba el programa de fomento del empleo para el año 2004 (art. 44) mantuvo la bonificación de los contratos de trabajo de carácter indefinido, suscritos con trabajadores de 60 o más años y con una antigüedad en la empresa de cinco o más años, que daría derecho a bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social en las contrataciones de desempleados mayores de 55 y hasta los 65 años: del 55 por ciento durante el primer año de vigencia del contrato y 50 por ciento durante el resto de la vigencia del mismo. Esta bonificación se mantuvo en el R.D. Ley 5/2006, de 9 de junio, de mejora del crecimiento y del empleo¹¹¹⁵ y en el artículo 4 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, de mejora del crecimiento y del empleo¹¹¹⁶ para, finalmente, suprimirse por el R. D.-ley 20/2012, de 13 de julio¹¹¹⁷.

La citada Ley 62/2003 alcanzaría a los inscritos en la oficina de empleo e incluidos, entre otros, en algunos de los colectivos siguientes: 1) Desempleados inscritos ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante seis o más meses. 2) Desempleados mayores de 45 años y hasta 55 y 3) Desempleados mayores de 55 años y hasta 65. También incluiría a las empresas y las entidades sin ánimo de lucro que contrataran, indefinidamente, incluida la contratación de trabajadores fijos discontinuos, o temporalmente, a trabajadores desempleados en situación de exclusión social, exigiéndose que la situación de exclusión fuera acreditada por los servicios sociales competentes y quedara determinada por la pertenencia a alguno de los diferente colectivos que allí se enumeraban. Las bonificaciones a la contratación de

¹¹¹³ Esta bonificación se mantuvo en el Real Decreto-ley núm. 5/2006, de 9 de junio, de mejora del crecimiento y del empleo. BOE de 14 junio 2006.

¹¹¹⁴ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. BOE de 31 de diciembre de 2003.

¹¹¹⁵ Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, de mejora del crecimiento y del empleo. BOE de 14 junio 2006.

¹¹¹⁶ Ley 43/2006, de 29 de diciembre, de mejora del crecimiento y del empleo. BOE de 30 diciembre 2006.

¹¹¹⁷ Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. BOE de 14 julio 2012.

desempleados mayores de 55 y hasta los 65 años consistían en: el 55 por ciento durante el primer año de vigencia del contrato; y el 50 por ciento durante el resto de la vigencia del mismo.

La Disposición Adicional 25ª de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre¹¹¹⁸, establecería unas reducciones de cuotas para el mantenimiento en el empleo en los contratos de trabajo de carácter indefinido de los trabajadores de 59 o más años, con una antigüedad en la empresa de cuatro o más años, que daría derecho a la reducción, a cargo del Presupuesto de la Seguridad Social, del 40% de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por Incapacidad Temporal derivada de las mismas, sobre las cuotas devengadas desde la fecha del cumplimiento de los requisitos anteriormente señalados, con una duración de un año, salvo que, en una fecha anterior, los interesados cumplieran los requisitos para ser beneficiarios de las bonificaciones reguladas en el artículo 4 del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, en cuyo caso se aplicarían desde dicha fecha estas últimas.

Por su parte, la ley 43/2006, de 29 de diciembre¹¹¹⁹ reguló la bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social a los empleadores que contrataran indefinidamente a tiempo completo, entre otros, a los trabajadores mayores de 45 años con 100 euros/mes (1.200 euros/año) durante toda la vigencia del contrato.

Ley 35/2010, de 17 de septiembre¹¹²⁰ mejora la política de bonificaciones a la contratación indefinida para mayores de 45 años con una permanencia prolongada en el desempleo, incentivando a las empresas que contraten, hasta el 31 de diciembre de 2011, de forma indefinida, a trabajadores desempleados mayores de 45 años, que hubieren estado inscritos en la Oficina de Empleo al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación, con el derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social, de 100 euros/ mes (1.200 euros/año), durante tres años o, en su caso, por su equivalente diario.

Con objeto de favorecer la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad legal de jubilación y evitar la expulsión temprana del mercado laboral de los trabajadores de más edad, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre¹¹²¹, mejoró (artículo 3) los incentivos para favorecer la demora voluntaria en el acceso a la ju-

¹¹¹⁸ Ley 42/2006, de 28 de diciembre. Presupuestos Generales del Estado para el año 2007. BOE de 29 diciembre 2006.

¹¹¹⁹ Ley 43/2006, de 29 de diciembre. Mejora del crecimiento y del empleo. BOE de 30 diciembre 2006.

¹¹²⁰ Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

¹¹²¹ Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. BOE 5 diciembre 2007.

bilación más allá de los 65 años, reconociendo un porcentaje adicional, consistente en un 2 ó 3% por cada año completo transcurrido entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante. El porcentaje dependía de los años cotizados, que era de un 2 por ciento adicional por cada año completo que transcurriera desde la fecha en que cumpliera los 65 años hasta la del hecho causante de la pensión, siempre que al cumplir los 65 años se reuniera el período mínimo de cotización. Para conseguir el 3% adicional por cada año completo deberá acreditarse, al menos, 40 años de cotización en la fecha en que cumpla los 65 años. Si la pensión está topada, el incremento adicional no utilizado para determinar la cuantía de la pensión se aplicaría sobre el importe vigente del límite máximo de pensión, abonándose junto con la pensión mensual en 14 mensualidades.

También se introduce la previsión de que en el caso de que fruto de los porcentajes adicionales la cuantía de la pensión de jubilación superase el límite máximo de la pensiones públicas, se le reconocería el derecho a percibir anualmente una cantidad cuyo importe sería equivalente a la cantidad no aplicada por aplicación del límite máximo, devengándose por meses vencidos y abonándose en 14 pagas, sin que la suma de este importe y de la pensión de jubilación anual reconocida pueda superar en cómputo anual la cuantía de la base máxima de cotización que corresponda a cada año. Se excluye de este beneficio los supuestos de jubilación parcial o flexible.

Este porcentaje se modificó por Ley 27/2011, de 1 de agosto (art. 4.5)¹¹²², que pasó a exigir 25 años de cotización en la fecha en que se cumpla la edad ordinaria de jubilación (65 años si tiene 38 años y 6 meses o más cotizados, o incrementándose progresivamente cada año hasta 2027, que será de 67 años para los que tengan cotizaciones inferiores a 38 años y 6 meses) para poder tener derecho a un 2 por 100 adicional por cada año que transcurra desde esa fecha y la del hecho causante de la pensión, cuando antes de la reforma sólo se exigían 15 años. Además, se exige entre 25 y 37 años para que este porcentaje sea del 2,75 por 100, o de más de 37 años para que sea del 4 por ciento. Ello supone reducir el número de pensionistas que tengan derecho a este porcentaje adicional, pero mejorando el porcentaje en aquellos trabajadores con amplias carreras de cotización que decidan seguir trabajando tras cumplir la edad ordinaria de jubilación, lo cual incentiva a estos últimos. Estas posibilidades se han extendido a los funcionarios públicos, pero por una interpretación muy restrictiva e ilegal, pues carece de toda fundamentación, de Clases Pasivas, no alcanza a los colectivos que tengan prevista la jubilación forzosa, como profesores universitarios, jueces y magistrados, fiscales, registradores, etc., aunque se jubilen con largas carreras de cotización a los 70 años, aunque tengan, como tienen, 40 o más años de cotización.

¹¹²² Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. BOE de 2 agosto 2011.

En cumplimiento del Acuerdo Social y Económico de febrero de 2011¹¹²³, de elevar la tasa de empleo y reducir el desempleo de los trabajadores de mayor edad, se aprobó el R.D.-ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas¹¹²⁴, aunque los objetivos de esta norma no eran específicamente los trabajadores de mayor edad, sino los desempleados de larga duración y los jóvenes desempleados.

El Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011¹¹²⁵, adoptó el Acuerdo por el que se aprobaría la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más), cuyo objetivo era adoptar un conjunto de acciones y medidas de orientación, empleo y formación dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, el mantenimiento del empleo y la promoción profesional de las personas ocupadas y el fomento del espíritu empresarial y de la economía social. Concretamente, los objetivos generales establecidos en la «Estrategia 55 y más», para el periodo 2012-2014 fueron: 1º) Elevar la tasa de empleo y reducir el desempleo de los trabajadores y las trabajadoras mayores de 55 años. 2º) Favorecer el mantenimiento en el empleo de los trabajadores y las trabajadoras mayores de 55 años para contribuir a la prolongación de la vida laboral y a la existencia de carreras de cotización a la Seguridad Social más largas. 3º) Mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores y las trabajadoras mayores de 55 años, con particular atención a la mejora de su seguridad y salud en el trabajo. 4º) Promover la reincorporación al mercado de trabajo de los trabajadores y las trabajadoras de más edad que pierden su empleo, asegurando una adecuada protección social durante la situación de desempleo.

La anterior Estrategia 55 y más, daría paso a la Estrategia Española de Empleo 2012-2014¹¹²⁶, entre cuyos incentivos se encontraban las bonificaciones en las cuotas a la seguridad social por la contratación de colectivos con mayores dificult-

¹¹²³ En el Acuerdo Social y Económico (ASE) para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones suscrito el 2 de febrero de 2011, el Gobierno, las organizaciones sindicales (CC. OO. y UGT) y las organizaciones empresariales (CEOE y CEPYME) comprometieron la elaboración de una Estrategia Global para el Empleo de las Personas Trabajadoras de Más Edad que incluya medidas en materia de empleo, formación y condiciones de trabajo, con los objetivos de favorecer el mantenimiento en el mercado de trabajo de dichas personas y promover la reincorporación al mismo de aquellas que pierden su empleo en los últimos años de su vida laboral.

¹¹²⁴ Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas. BOE de 12 febrero 2011.

¹¹²⁵ Resolución de 14 de noviembre de 2011, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011, por el que se aprueba la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más). BOE de 24 de noviembre de 2011.

¹¹²⁶ Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014. BOE 19 noviembre 2011.

tades de inserción, especialmente jóvenes y personas en paro de larga duración, así como para favorecer el mantenimiento de los puestos de trabajo, especialmente para las personas de más edad, trabajadores con contratos suspendidos por Expedientes de Regulación de Empleo y para favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral.

La Ley 3/2012, de 6 de julio¹¹²⁷, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, introduciría dos medidas para el mantenimiento en el empleo de los trabajadores de mayor edad: 1ª) la obligación de las empresas que realizaran despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 del ET, y bajo ciertas circunstancias, siempre que incluyeran a trabajadores de cincuenta o más años de edad, de efectuar una aportación económica al Tesoro Público y 2ª que serían nulas las cláusulas de los convenios colectivos que posibilitaran la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social.

El R.D.-ley 20/2012, de 13 de julio¹¹²⁸, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (Disp. Transitoria sexta), suprime todas las bonificaciones a excepción de las destinadas a la contratación de discapacitados, a la protección de la mujer en casos de violencia de género, así como a la contratación, a través de nuevo contrato de apoyo a los emprendedores, de jóvenes, mayores de 45 años parados de larga duración y mujeres, manteniéndose las bonificaciones a la contratación de jóvenes que se constituyan como autónomos, y personas que sustituyan a víctimas de violencia de género, etc.

El R.D. 5/2013, de 15 de marzo¹¹²⁹, modifica determinados aspectos de la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que regula las aportaciones económicas que tienen que efectuar las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de 50 o más años de edad, exigiendo la aportación económica exclusivamente a las empresas que utilicen la edad como criterio preferente de selección de los trabajadores objeto de despido, entendiéndose que se da el mismo cuando el porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años sobre el total de despidos sea superior al porcentaje que los trabajadores de esa edad representan sobre el total de la plantilla de la empresa. También introduce la consideración de colectivo prioritario para la aplicación de políticas activas de empleo, a los trabajadores mayores de 55 años que hayan agotado la pres-

¹¹²⁷ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE de 7 de julio de 2012.

¹¹²⁸ Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. BOE de 14 de julio de 2012.

¹¹²⁹ Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. BOE de 16 de marzo de 2013.

tación o subsidio por desempleo, o que no tengan derecho a los mismos, a fin de fomentar su permanencia en el mercado de trabajo prolongando su vida laboral.

El Gobierno de España elaboró y aprobó el Programa Nacional de Reformas 2013 y la actualización del Programa de Estabilidad de España 2013-2016, aprobándose el Plan Anual de Política de Empleo para 2013¹¹³⁰. Entre las acciones y medidas se encuentran, entre otros: los programas específicos para la formación de personas con necesidades formativas especiales o que tengan dificultades para su inserción o recualificación profesional; los programas para la inserción laboral de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo; mejora de la empleabilidad de otros colectivos especialmente afectados por el desempleo (larga duración, mayores de 55, perceptores de PREPARA¹¹³¹); la mejora de la calidad de la Formación Profesional para el Empleo; y la mejora de la vinculación de las políticas activas y pasivas de empleo.

Finalmente, en la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016¹¹³², se pone de manifiesto la necesidad de continuar prestando una especial atención a determinados colectivos como jóvenes y trabajadores mayores. Respecto a los trabajadores mayores de 55 años, señala la preocupación por este colectivo debido a la fuerte incidencia del paro de larga duración, en el cual en el primer trimestre de 2014 el 75,4% de los parados de más de 55 años llevaban más de un año en búsqueda de empleo y el 58,1% más de 2 años, proponiendo la mejora de la empleabilidad de los mayores de 55 años, aunque también de otros colectivos especialmente afectados por el desempleo, como los desempleados de larga duración y beneficiarios del PREPARA.

III. EL FOMENTO DEL EMPLEO DE LOS DESEMPLEADOS DE LARGA DURACIÓN

Por razones de espacio sólo se analizn las iniciativas estatales de fomento del empleo de los desempleados de larga duración. Ya en 1987, en los Programas del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional¹¹³³, se establecía la prioridad

¹¹³⁰ Resolución de 28 de agosto de 2013, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 2013, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2013. BOE de 10 de septiembre de 2013.

¹¹³¹ Programa de Recualificación Profesional (PREPARA), establecido en el Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, para la cualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, basado en acciones de políticas activas de empleo y en la percepción de una ayuda económica de apoyo.

¹¹³² Real Decreto 751/2014, de 5 de septiembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016. BOE de 23 de septiembre de 2014.

¹¹³³ Orden de 9 de febrero 1987. Programas del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional y cursos a impartir por Centros colaboradores del INEM. BOE de 13 febrero 1987.

de los colectivos de desempleados de larga duración para participar en cursos de Formación Profesional Ocupacional. Los primeros incentivos para este colectivo se encuentra en la Ley 22/1992, de 30 de julio¹¹³⁴, la cual regulaba los incentivos a conceder por la contratación indefinida de trabajadores desempleados, entre cuyos beneficiarios se encontraban los mayores de cuarenta y cinco años que llevaran inscritos como desempleados, al menos, un año, cuya contratación indefinida daba derecho a una subvención de 500.000 pesetas (3.000 euros) y a una bonificación del 50 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante toda la vigencia del contrato. Posteriormente, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre (art.4)¹¹³⁵ reguló el Programa de Fomento del Empleo para 1995 que, de conformidad con lo establecido en el art. 5 de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, y del art.17.3 del ET/1980, permitía a las empresas contratar a trabajadores desempleados incluidos en algunos colectivos, como era el de beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, que llevaran inscritos como parados al menos un año en la Oficina de Empleo, con una duración de estos contratos de entre doce meses a tres años y con derecho a bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes.

El R.D.-ley 8/1997, de 16 de mayo¹¹³⁶, después derogado y sustituido por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre¹¹³⁷, reguló el contrato para el fomento de la contratación indefinida, que podía concertarse con algunos colectivos de trabajadores, entre los que se encontraban los parados de larga duración que llevaran, al menos, un año inscritos como demandantes de empleo y para los mayores de 45 años de edad. El R.D. 282/1999, de 22 de febrero¹¹³⁸, estableció el programa de talleres de empleo, con objeto de mejorar la ocupabilidad de los desempleados, facilitando así su posterior integración en el mercado de trabajo. Serían beneficiarios los desempleados que tuvieran especiales dificultades para insertarse en el mercado de trabajo: parados de larga duración, mayores de cuarenta y cinco años, mujeres y personas con discapacidad.

¹¹³⁴ Ley 22/1992, de 30 de julio. Medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo. BOE de 4 agosto 1992.

¹¹³⁵ Ley 42/1994, de 30 de diciembre. Medidas fiscales, administrativas y de orden social. BOE de 31 diciembre 1994.

¹¹³⁶ Real Decreto-ley 8/1997, de 16 de mayo. Medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida. BOE de 17 mayo 1997.

¹¹³⁷ Ley 63/1997, de 26 de diciembre. Medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida. BOE de 30 diciembre 1997.

¹¹³⁸ Real Decreto 282/1999, de 22 de febrero. Establece el programa de talleres de empleo. BOE de 23 febrero 1999.

El programa de fomento del empleo para el año 2000¹¹³⁹ contenía bonificaciones a la que se podían acoger las empresas que contratasen indefinidamente, y de acuerdo con los requisitos y condiciones que se señalaban en esta norma, a trabajadores desempleados, inscritos en la Oficina de Empleo, incluidos, entre otros colectivos, los desempleados inscritos ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante doce o más meses, cuya contratación daría derecho, durante un período de 24 meses, a bonificaciones de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes, del 50 por 100 durante el primer año de vigencia del contrato y del 45 por 100 durante el segundo año. También en el año 2000, el programa de Inserción laboral para los trabajadores desempleados de larga duración en situación de necesidad, mayores de 45 años¹¹⁴⁰, tuvo como objetivo regular, para ese año, la incorporación del colectivo de desempleados de larga duración a un programa que comprendía políticas activas de empleo gestionadas por los servicios públicos de empleo con la finalidad de incrementar las oportunidades de retorno al mercado de trabajo y, en su caso, una ayuda económica gestionada por el Instituto Nacional de Empleo, denominada Renta Activa de Inserción, vinculada a la realización de las acciones en materia de políticas activas de empleo que no conllevaran retribuciones salariales. La cuantía sería igual al 75 por 100 del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, con una duración máxima diez meses.

Este mismo año, la Ley 14/2000, de 29 de diciembre (art. 24)¹¹⁴¹, habilitó al Gobierno a regular para el año 2001 el establecimiento de una ayuda específica, denominada Renta Activa de Inserción, dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo, siempre que adquirieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral. En cumplimiento de ese mandato el R. D. 781/2001, de 6 de julio¹¹⁴², extendió al año 2001 el programa de Renta Activa de Inserción para trabajadores desempleados de larga duración mayores de 45 años. Asimismo, se extendió al año 2002 por la Disposición adicional primera de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre¹¹⁴³, e incorporó un apartado 4 a la Disposición Final 5ª del TRLGSS/1994, con el que se ha-

¹¹³⁹ Artículo 28 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre. Medidas fiscales, administrativas y del orden social. BOE de 30 diciembre 1999.

¹¹⁴⁰ Real Decreto 236/2000, de 18 de febrero. Regula un programa para el año 2000, de inserción laboral para los trabajadores desempleados de larga duración en situación de necesidad, mayores de cuarenta y cinco años. BOE de 10 marzo 2000.

¹¹⁴¹ Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. BOE de 30 diciembre 2000.

¹¹⁴² Real Decreto 781/2001, de 6 de julio. Regula un programa para el año 2001 de renta activa de inserción para trabajadores desempleados de larga duración mayores de cuarenta y cinco años. BOE de 7 julio 2001.

¹¹⁴³ Ley 45/2002, de 12 de diciembre. Medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. BOE de 13 diciembre 2002.

bilitó al Gobierno a regular, dentro de la acción protectora por desempleo y con el régimen financiero y de gestión establecido, una ayuda específica denominada dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo que adquirieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral. Consecuentemente, el R.D. 945/2003, de 18 de julio¹¹⁴⁴, reguló para el año 2003 el programa de Renta Activa de Inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, el cual se prorrogaría anualmente, hasta que finalmente el R.D. 1369/2006, de 24 de noviembre¹¹⁴⁵, lo ordenaría con carácter permanente, estableciéndose una garantía de continuidad en su aplicación como un derecho más y reconociéndose la cotización a la Seguridad Social durante la percepción de la renta.

Por otro lado, la Ley de Empleo de 2003¹¹⁴⁶ incluyó, entre los objetivos generales de la política de empleo, el de adoptar un enfoque preventivo frente al desempleo, especialmente de larga duración, facilitando una atención individualizada a los desempleados, mediante acciones integradas de políticas activas que mejoren su ocupabilidad y aseguren políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a aquellos colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral, especialmente jóvenes, mujeres, discapacitados y parados de larga duración mayores de 45 años, para lo cual el Gobierno y las CCAA debían adoptar programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades de integración.

La citada Ley 62/2003, de 30 de diciembre¹¹⁴⁷, también regularía el programa de fomento del empleo para el año 2004 en el que se bonificaba la contratación indefinida, incluida la contratación de trabajadores fijos discontinuos, de acuerdo con los requisitos y condiciones que se señalaban en esta norma, de los trabajadores desempleados, inscritos en la oficina de empleo que fueran desempleados inscritos ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante seis o más meses o desempleados admitidos en el programa que contemplaba la ayuda específica denominada Renta Activa de Inserción. En el primer caso con derecho a una bonificación de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes del 20 por 100 durante el período de los 24 meses siguientes al inicio de la vigencia del

¹¹⁴⁴ Real Decreto 945/2003, de 18 de julio. Regula para el año 2003 el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo. BOE de 6 agosto 2003.

¹¹⁴⁵ Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre. Regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo. BOE de 5 diciembre 2006.

¹¹⁴⁶ Ley 56/2003, de 16 de diciembre. Ley de Empleo. BOE de 17 diciembre 2003.

¹¹⁴⁷ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 2003.

contrato y, en el segundo caso, del 65 por 100 durante 24 meses siguientes al inicio de la vigencia del contrato y del 45 por 100 durante el resto de vigencia del mismo en el caso de trabajadores mayores de 45 años y hasta los 55; o 50 por 100 durante el resto de vigencia del mismo en el caso de trabajadores mayores de 55 años y hasta los 65.

Posteriormente, la ley 43/2006, de 29 de diciembre¹¹⁴⁸, regularía la bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de los empleadores que contrataran indefinidamente a tiempo completo, entre otros, a trabajadores inscritos como desempleados ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante, al menos, seis meses, con 50 euros/mes (600 euros/año) durante 4 años.

Por otro lado, el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo¹¹⁴⁹, tendría por objeto regular las distintas iniciativas de formación que configuraban el subsistema de formación profesional para el empleo, destinadas a todos los trabajadores ocupados y desempleados, incluidos los que no cotizaban por formación profesional, en los términos que se establecían, pero con prioridad a los trabajadores con mayor dificultad de inserción o de mantenimiento en el mercado de trabajo que, entre otros, incluía a los desempleados de larga duración, mayores de 45 años y personas con riesgo de exclusión social, de acuerdo con lo previsto en cada caso por las prioridades establecidas en la política nacional de empleo, en los planes de ejecución de la Estrategia Europea de Empleo y en los Programas Operativos del Fondo Social Europeo.

Años después, el R.D.-ley 1/2011, de 11 de febrero¹¹⁵⁰, contemplará un programa excepcional de empleo para la transición hacia la contratación estable, que perseguirá incrementar las posibilidades de colocación de los jóvenes y personas en desempleo de larga duración mediante una reducción muy importante de las cuotas empresariales a la Seguridad Social -podría llegar al 100 %- para las empresas que creasen nuevos puestos de trabajo a tiempo parcial, siempre que la jornada oscilara entre el 50 % y el 75 % de la habitual y la duración del contrato no fuera inferior a seis meses. También, en el artículo 2 de esta misma norma, se reguló el Programa de recualificación profesional de las personas que agotasen su protección por desempleo (PREPARA), que incluye medidas de política activa de empleo y ayudas económicas de acompañamiento, que tendría una duración de seis meses desde su entrada en vigor, dirigido a personas inscritas en las Oficinas de

¹¹⁴⁸ Ley 43/2006, de 29 de diciembre. Mejora del crecimiento y del empleo. BOE de 30 diciembre 2006.

¹¹⁴⁹ Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo. Regula el subsistema de formación profesional para el empleo. BOE de 11 abril 2007.

¹¹⁵⁰ Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero.

Empleo como desempleadas por extinción de su relación laboral que agotasen, a partir del 16 de febrero de 2011, la prestación por desempleo de nivel contributivo sin derecho a cualquiera de los subsidios por desempleo establecidos en la ley, o bien hubieran agotado alguno de estos subsidios, incluidas sus prórrogas.

En la Estrategia Española de Empleo 2012-2014¹¹⁵¹, se advierte del aumento del número de personas con dificultades de inserción laboral por su baja empleabilidad, dadas las nuevas condiciones del mercado de trabajo, que se hace especialmente evidente en el colectivo de personas en situación de desempleo de larga duración, lo cuales son considerados como colectivos prioritarios en esta estrategia. Así, la Disposición transitoria sexta del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio¹¹⁵², de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, suprime todas las bonificaciones a excepción, entre otras, de las destinadas a la contratación de los mayores de 45 años parados de larga duración y mujeres. Actualmente, entre los objetivos de la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016¹¹⁵³ se encuentran la mejora de la inserción de los parados de larga duración. En el segundo trimestre de 2014, los desempleados que llevaban un año ininterrumpido o más en paro representaban el 62,1% y casi un 42,4% los que llevaban 2 años o más, ello exige favorecer la empleabilidad de todos los colectivos especialmente afectados por el desempleo (desempleados de larga duración, mayores de 55 años y beneficiarios del PREPARA). El reciente R.D.-ley 16/2014, de 19 de diciembre¹¹⁵⁴, reconoce el reto que supone abordar la incidencia del desempleo de larga duración y la reinserción laboral de los desempleados de larga duración, especialmente de aquellos con cargas familiares, para cuyo fin regula el Programa de Activación para el Empleo, que es un programa específico y extraordinario de carácter temporal, dirigido a personas desempleadas de larga duración que cumplan hasta ocho requisitos. Este programa comprende políticas activas de empleo, actuaciones de intermediación laboral, gestionadas por los Servicios Públicos de Empleo con la finalidad de incrementar las oportunidades de retorno al mercado de trabajo, y una ayuda económica de acompañamiento gestionada por el Servicio Público de Empleo Estatal vinculada a la participación en las mencionadas políticas de activación para el empleo, de una duración máxima de seis meses, si bien las acciones de inserción previstas en el programa pueden continuar realizándose con posterioridad a este plazo, y una ayuda económica de una cuantía igual al 80 por ciento del IMPREM mensual vigente en cada momento.

¹¹⁵¹ Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014. BOE de 19 noviembre 2011.

¹¹⁵² Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. BOE de 14 de julio de 2012.

¹¹⁵³ Real Decreto 751/2014, de 5 de septiembre. Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016. BOE de 23 septiembre 2014.

¹¹⁵⁴ Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre. Regula el Programa de Activación para el Empleo. BOE de 20 diciembre 2014.

Últimamente, el R.D.-ley 1/2015, de 27 de febrero (art. 8)¹¹⁵⁵, ha creado un nuevo incentivo que reduce en mayor medida las cotizaciones sociales por la contratación estable de trabajadores, con lo que se quiere favorecer a aquellos colectivos con más dificultades de inserción estable en el mercado laboral, tales como desempleados de larga duración, trabajadores con escasa formación y jóvenes sin experiencia laboral. El incentivo consiste en un mínimo exento de cotización a la Seguridad Social para favorecer la creación de empleo indefinido. El beneficio en la cotización se aplicará durante un período de 24 meses, computados a partir de la fecha de efectos del contrato (con ciertas exclusiones en algunos supuestos como en las relaciones laborales de carácter especial o la contratación de trabajadores que en los seis meses anteriores a la fecha del contrato hubiesen prestado servicios en la misma empresa o entidad mediante un contrato indefinido), y respecto de los celebrados entre la fecha de entrada en vigor del R.D.-ley que lo regula y el 31 de agosto de 2016. El beneficio en la cotización se mantendrá en las empresas que en el momento de celebrar el contrato, al que se aplique este beneficio en la cotización, contaran con menos de diez trabajadores, si bien en este nuevo período estarán exentos de la aplicación del tipo de cotización los primeros 250 euros de la base de cotización o la cuantía proporcionalmente reducida que corresponda en los supuestos de contratación a tiempo parcial.

IV. EL FOMENTO DEL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES CON RIESGO DE EXCLUSIÓN

La Ley 55/1999, de 29 de diciembre¹¹⁵⁶, contenía en su artículo 28 un programa de fomento del empleo para el año 2000 en el cual se incentivaba a las empresas y las entidades sin ánimo de lucro que contrataran, indefinida o temporalmente, trabajadores desempleados en situación de exclusión social que se encontraran en alguno de los siguientes colectivos: Perceptores de rentas mínimas de inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma, personas que no pudieran acceder a las prestaciones a las que se hace referencia en el párrafo anterior, por falta del período exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la unidad perceptora o hubieran agotado el período máximo de percepción legalmente establecido, Jóvenes mayores de dieciocho años y menores de treinta, procedentes de instituciones de protección de menores, personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encontraran en procesos de rehabilitación o reinserción social

¹¹⁵⁵ Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero. Mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. BOE de 28 febrero 2015.

¹¹⁵⁶ Ley 55/1999, de 29 de diciembre. Medidas fiscales, administrativas y del orden social. BOE de 30 diciembre 1999.

e Internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permitiera acceder a un empleo, así como liberados condicionales y ex reclusos.

Los Servicios Sociales que debían acreditar la situación de exclusión social, establecerían un itinerario de inserción sociolaboral que fijaría el conjunto de acciones más convenientes para conseguir su integración laboral y social, con la definición de las medidas de intervención y acompañamiento que fueran necesarias. Las empresas y las entidades sin ánimo de lucro que contratasen indefinida o temporalmente, bien mediante contrataciones a tiempo completo o parcial, a trabajadores desempleados en situación de exclusión social, podían aplicar una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes del 65 por 100, durante el resto del contrato, con un máximo de veinticuatro meses.

La Ley 12/2001, de 9 de julio, reguló las bonificaciones para las empresas y las entidades sin ánimo de lucro que contrataran, indefinidamente, incluida la contratación de trabajadores fijos discontinuos, o temporalmente, a trabajadores desempleados en situación de exclusión social. La situación de exclusión social debía ser acreditada por los servicios sociales competentes y quedaba determinada por la pertenencia a alguno de los colectivos que se detallaban en la citada Ley 55/1999, de 29 de diciembre. El incentivo a las empresas y las entidades sin ánimo de lucro consistía en la bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes del 65 por 100, durante el resto de la vigencia del contrato, con un máximo de veinticuatro meses.

Por su parte, la ley 43/2006, de 29 de diciembre¹¹⁵⁷ regulaba la bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social a los empleadores que contrataran indefinidamente a tiempo completo, entre otros, a trabajadores en situación de exclusión social, incluidos en los colectivos relacionados en la disposición adicional segunda de esta Ley, y que tuvieran acreditada esta condición por los servicios sociales u órganos competentes, con derecho a las bonificaciones mensuales de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario, por trabajador contratado, de 50 euros/mes (600 euros/año) durante 4 años. Si la contratación fuera temporal daría derecho a una bonificación de 41,67 euros/mes (500 euros/año), durante toda la vigencia del contrato.

El R. D. 395/2007, de 23 de marzo¹¹⁵⁸, tendría por objeto regular las distintas iniciativas de formación que configuraban el subsistema de formación profesional

¹¹⁵⁷ Ley 43/2006, de 29 de diciembre. Mejora del crecimiento y del empleo. BOE de 30 diciembre 2006.

¹¹⁵⁸ Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo. Regula el subsistema de formación profesional para el empleo. BOE de 11 abril 2007.

para el empleo, destinadas a todos los trabajadores ocupados y desempleados, incluidos los no cotizantes por formación profesional, en los términos que se establecían, pero con prioridad a los trabajadores con mayor dificultad de inserción o de mantenimiento en el mercado de trabajo que, entre otros, incluía a las personas con riesgo de exclusión social, de acuerdo con lo previsto en cada caso por las prioridades establecidas en la política nacional de empleo, en los planes de ejecución de la Estrategia Europea de Empleo y en los Programas Operativos del Fondo Social Europeo.

Con la aprobación de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre¹¹⁵⁹, se dio cumplimiento al mandato, contenido en la Disposición Final quinta de la ley 43/2006, de 29 de diciembre, de aprobar en el plazo de seis meses una norma con rango de ley para regular el régimen de las empresas de inserción, estableciendo un marco para la promoción de la inserción laboral de personas en situación de exclusión social a través de este tipo de empresas. Las empresas de inserción podrían contratar como trabajadores a personas en situación de exclusión social desempleadas e inscritas en los Servicios Públicos de Empleo, con especiales dificultades para su integración en el mercado de trabajo incluidas en alguno de los colectivos anteriormente señalados en la Ley 55/1999, de 29 de diciembre y en la Ley 12/2001, de 9 de julio, pero añadiendo tres colectivos más: 1) Menores internos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, cuya situación les permita acceder a un empleo y cuya relación laboral no esté incluida en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial a que se refiere el artículo 53.4 del Reglamento de la citada Ley, aprobado por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, así como los que se encuentran en situación de libertad vigilada y los ex internos; 2) Personas procedentes de centros de alojamiento alternativo autorizados por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla y 3) Personas procedentes de servicios de prevención e inserción social autorizados por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla.

Igualmente, la situación de exclusión de las personas pertenecientes a los colectivos señalados, debía ser acreditada por los Servicios Sociales Públicos competentes.

Las empresas de inserción deben aplicar itinerarios de inserción sociolaboral en función de los criterios que establezcan los Servicios Sociales Públicos competentes y los Servicios Públicos de Empleo, con el objetivo de promover su integración en el mercado laboral ordinario, definiendo las medidas de intervención y

¹¹⁵⁹ Ley 44/2007, de 13 de diciembre. Regulación del régimen de las empresas de inserción. BOE de 14 diciembre 2007.

acompañamiento que sean necesarias, las cuales consistirán en un conjunto de servicios, prestaciones, acciones de orientación, tutoría y procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado, formación en el puesto de trabajo, habituación laboral y social encaminados a satisfacer o resolver problemáticas específicas derivadas de la situación de exclusión que dificultan a la persona un normal desarrollo de su itinerario en la empresa de inserción.

10.8. EL FOMENTO DEL AUTOEMPLEO Y DE LA CULTURA DEL EMPRENDIMIENTO

JUAN LÓPEZ GANDÍA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Politécnica de Valencia*

I. INTRODUCCIÓN. DE LAS CLÁSICAS FIGURAS DEL AUTÓNOMO Y DE EMPRESARIO HACIA LA DEL EMPRENDEDOR. EL FOMENTO DE LA “CULTURA DEL EMPRENDIMIENTO”

Aunque hay experiencias nacionales puede decirse que a nivel europeo es el informe de Delors el que lanza la idea del fomento del autoempleo.

En España desde los años ochenta se ha fomentado el autoempleo individual o colectivo a través de diversas medidas. Una de las más importantes ha ido ligada a las políticas de activación de los desempleados perceptores de prestaciones por desempleo mediante la figura del pago único. Sin embargo, el impulso del autoempleo, tanto individual como colectivo, ha sido uno de los ejes de las políticas que en los últimos años se han llevado a cabo en materia de empleo. Hasta tal punto que la expresión trabajo autónomo, autoempleo, se ha transfigurado en un concepto más amplio, el de emprendedor, que incluye también en ocasiones la microempresa o la pequeña empresa, destinataria de medidas de apoyo, y que se ha consolidado como concepto más amplio. Se pretende así introducir una visión nueva, más allá de la del autónomo o pequeño empresario clásico, visto desde la perspectiva laboral, para adquirir unas valoraciones positivas como sujetos creadores de empleo y también de riqueza sin las connotaciones ligadas a la empresa como identificada con la explotación del trabajo asalariado. Se trata de cambiar esa visión negativa por otra positiva sobre todo cara a los jóvenes, que tradicionalmente han optado antes por itinerarios profesionales ligados más al empleo asalariado o preferentemente al empleo público. Se persigue con ello un cambio de mentalidad en el que la sociedad valore más la actividad emprendedora y la asunción de riesgos.

Se trata, como dice la Exposición de Motivos de la ley 14/2013, de colmar la ausencia de una mayor iniciativa emprendedora entre los más jóvenes que lleve, ante la falta de oportunidades de trabajo por cuenta ajena, a unos mayores niveles de autoempleo capaces, a su vez, de generar más empleo y de búsqueda de ideas innovadoras y de nuevos yacimientos de empleo, utilizando muchas veces los instrumentos proporcionados por las nuevas tecnologías de la información o del conocimiento. La piedra angular para que este cambio tenga lugar es, sin duda, el sistema educativo. Por otro lado, es necesario mejorar la eficacia de las políticas de apoyo institucional al emprendimiento, que abarcan todas aquellas iniciativas públicas que ofrecen servicios de asistencia, información, asesoramiento y fomento de la cultura emprendedora o impulsan la prestación de estos servicios con carácter privado a través de esquemas de colaboración o de la concesión de ayudas o financiación.

No obstante, hay que tener en cuenta que las dificultades para acceder a financiación son uno de los mayores problemas a los que se enfrentan estructuralmente las empresas, por ello resulta esencial impulsar canales de financiación, tanto bancarios como no bancarios, que contribuyan a suavizar los efectos sobre las empresas de la restricción en el crédito.

Por otro lado, existe margen para mejorar el entorno de la investigación, el desarrollo y la innovación, así como en la utilización de las tecnologías de la información y comunicaciones, esenciales para el crecimiento y la competitividad de un país. El esfuerzo en investigación y desarrollo del sector privado en España es inferior al de los países de nuestro entorno, y en un contexto de restricción presupuestaria como el actual, resulta esencial la creación de un marco adecuado que favorezca la inversión privada en este ámbito. Se pretende introducir medidas para que los jóvenes adquieran, a través del sistema educativo, las competencias y habilidades requeridas para emprender. La Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa prevé la estimulación del espíritu emprendedor a través de la posibilidad de elección de las trayectorias educativas más adecuadas y de la creación de las condiciones para que todos los alumnos puedan adquirir y expresar sus talentos.

La idea del emprendedor y de la cultura empresarial como elementos indispensables para el desarrollo económico y social de España se ha venido introduciendo de forma expresa en algunas etapas educativas, pero se considera necesario subrayar y ampliar este elemento, incorporándolo como objetivo específico en todas las etapas de la educación básica, así como en la Formación Profesional y en el bachillerato. Consecuentemente, se encomienda a las administraciones educativas la revisión y adecuación de los currículos de las enseñanzas regladas a estos nuevos objetivos.

Para fomentar la cultura del emprendimiento resulta necesario prestar especial atención a las enseñanzas universitarias, de modo que las Universidades lleven a

cabo tareas de información y asesoramiento para que los estudiantes se inicien en el emprendimiento.

Finalmente, el entorno normativo e institucional en el que se desenvuelven las actividades empresariales resulta de esencial importancia para impulsar ganancias de productividad y ahorrar recursos que actualmente se dedican al cumplimiento del marco jurídico.

El concepto de emprendedores se define de forma amplia en la ley 14/2013. Se consideran así a aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que van a desarrollar o están desarrollando una actividad económica productiva. Así, se pretende que las medidas de la Ley puedan beneficiar a todas las empresas, con independencia de su tamaño y de la etapa del ciclo empresarial en la que se encuentren. Ello sin perjuicio de que determinadas disposiciones de la Ley acoten el ámbito de algunas medidas a ciertos emprendedores, fundamentalmente en función de su tamaño o del estadio en el que se encuentren.

En este sentido se han implementado políticas que han dado lugar a la puesta en marcha de distintas actuaciones dirigidas a un colectivo, el trabajo autónomo, que presenta un importante peso específico en el mercado de trabajo que, si bien, durante los años de crisis experimentó un significativo descenso –entre enero de 2008 y diciembre de 2012 el número de autónomos afiliados a la Seguridad Social se redujo en 387.448 personas-, ha demostrado una importante capacidad de recuperación. Sólo en 2014 el número de autónomos creció en 75.465 personas y entre diciembre de 2011 y diciembre de 2014 el número de trabajadores por cuenta propia ha registrado un incremento de 54.137 afiliados. Con fecha 31 de diciembre de 2014, estaba compuesto por más de tres millones de trabajadores por cuenta propia (3.125.806) y que supone el 18,5% del total de los trabajadores dados de alta en la Seguridad Social. De ellos, 1.945.548 son autónomos personas físicas, de los cuales casi un 20,4% (398.477) tienen trabajadores contratados (775.590).

Además, los trabajadores por cuenta propia aglutinan un enorme potencial en cuanto a generación de empleo. Así lo demuestra el hecho de que, en los últimos tres años, el número de asalariados contratados por autónomos se ha incrementado en un total de 95.145 personas, lo que representa un crecimiento del 14%.

Por todos estos motivos, a los que se suma el hecho de que en España el tejido productivo está compuesto fundamentalmente por trabajadores por cuenta propia y pequeñas y medianas empresas, se ha tenido en cuenta a los autónomos y a los emprendedores en los principales proyectos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y de otros departamentos ministeriales.

En primer lugar la Ley 20/2007, de 11 de julio (LETA), en su artículo 27, ya

prevé que los poderes públicos adoptarán políticas de fomento del trabajo autónomo dirigidas al establecimiento y desarrollo de iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia.

Es más, en la ley 32/2010 La Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, se menciona en la letra a) del apartado 1 y el apartado 2 del artículo 3 que forma parte de la misma, además de las prestaciones económicas, medidas de formación, orientación profesional y promoción de la actividad emprendedora de los trabajadores autónomos beneficiarios del mismo. Estas medidas se financian con un 1 por ciento de los ingresos establecidos en este artículo y se gestionan como en las prestaciones de desempleo de los trabajadores por cuenta ajena y asimilados por el Servicio Público de Empleo de la Comunidad Autónoma competente y por el Instituto Social de la Marina, en proporción al número de beneficiarios que gestionen. También se ha tenido en cuenta el autoempleo en la modernización de las políticas activas de empleo y en el nuevo sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral.

Los autónomos y los emprendedores han ocupado, por tanto, un lugar destacado en las políticas de empleo en los últimos años. Unas políticas entre cuyos objetivos se encuentra también el fomento del emprendimiento colectivo y el apoyo e impulso a la Economía Social no solo a través de diversas medidas fiscales y laborales, incluyendo el pago único sino dentro del nuevo marco trazado por la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social. Estas entidades, además de dar cumplimiento al mandato constitucional del art.129 apartado 2, de promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa, a lo largo de la crisis económica, han demostrado una importante capacidad en cuanto a creación y mantenimiento de empleo llegando a convertirse incluso en alternativa para otras empresas que vieron en algunas de sus fórmulas la forma de evitar su desaparición.

En nuestro país las cooperativas y sociedades laborales dan empleo directo a casi 335.000 personas y los Centros Especiales de Empleo y las Empresas de Inserción emplean a más de 75.000 trabajadores. A todos estos trabajadores hay que sumar, además, los del resto de las fórmulas de la Economía Social como, por ejemplo, las fundaciones, las asociaciones, las mutualidades o las cofradías de pescadores.

Se trata además de un empleo estable, tal y como demuestra el hecho de que, entre el cuarto trimestre de 2007 y el cuarto trimestre de 2013, la destrucción de empleo en las cooperativas ha sido casi seis puntos inferior en términos de afiliación a la Seguridad Social al del resto de las empresas o los datos que señalan un incremento constante del número de trabajadores de las empresas de inserción durante los años de mayores dificultades.

Asimismo, las entidades de la Economía Social están teniendo un buen comportamiento en términos de empleo desde el inicio de la recuperación. Así lo indican los datos como los que apuntan que, en 2014, y después de 11 trimestres consecutivos de caída, las cooperativas han creado empleo en términos interanuales.

La Economía Social es, además, fuente de creación de empleo estable, de calidad y no deslocalizable y es una importante plataforma de acceso al empleo para aquellos que, por sus especiales circunstancias, encuentran mayores dificultades de inserción laboral y/o que se encuentran en riesgo de exclusión social. Constituyen, por tanto, un elemento clave de cohesión social muy necesario tras la larga crisis que ha atravesado nuestro país.

Es por esto por lo que, en los últimos años, el apoyo a las distintas fórmulas que engloba la Economía Social ha sido claro y a medidas como la capitalización de la prestación por desempleo y la tarifa plana para autónomos, cuyo objetivo es facilitar el emprendimiento, se han ido incorporando otras dirigidas a favorecer el crecimiento de las entidades de la Economía Social entre las que se encuentran la puesta en marcha de nuevos incentivos para la incorporación de socios trabajadores o la puesta en marcha de incentivos para que las cooperativas y sociedades laborales puedan contratar de forma indefinida. Es más la Ley 5/2011, de 29 de marzo en su disposición adicional cuarta, recoge la necesidad de que el Gobierno integre a las empresas de la Economía Social en las estrategias para la mejora de la productividad y en su disposición final segunda en la que habilita al Gobierno para dictar las disposiciones de aplicación y desarrollo de dicha norma.

Asimismo, se ha diseñado en el marco del periodo de programación del Fondo Social Europeo 2014-2020 el Programa Operativo de Inclusión Social y de la Economía Social de ámbito nacional. Un programa que es una novedad en nuestro país en lo que al apoyo de la Economía Social se refiere y que estará dotado con casi 1.200 millones de euros en coste total.

Todas estas medidas que se van a ir exponiendo tratan de coadyuvar a afianzar la hoja de ruta emprendida en los últimos años en materia de autoempleo, que se articula en torno a tres ejes: impulsar el autoempleo, individual o colectivo; apoyar a aquellos que ya han emprendido para que puedan consolidar y hacer crecer sus proyectos; y avanzar en la mejora de la protección social de los autónomos con el objetivo de salvar la brecha que existe entre los trabajadores por cuenta propia y los trabajadores asalariados.

Todas las actuaciones mencionadas han dado lugar a la configuración de un nuevo escenario que aumenta, si cabe, la ya detectada necesidad de actualización y sistematización de la normativa existente en materia de autoempleo y en el ám-

bito de la Economía Social. Y en este sentido el artículo 121 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, habilita al Gobierno a llevar a cabo una reordenación normativa de los incentivos al autoempleo en el ámbito de empleo y Seguridad Social, en las diversas normas mencionadas para incluir en un sola disposición todos los incentivos y las bonificaciones y reducciones en la cotización a la Seguridad Social vigentes y se procederá, en su caso, a la armonización de los requisitos y obligaciones legal o reglamentariamente previstos. Posteriormente, el artículo 121 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, ratifica esta habilitación.

De ahí el proyecto de ley de abril de 2015 por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, que codifica en un solo texto las medidas que sea ido exponiendo a lo largo de este trabajo e introduce nuevas. Pretende reunir en un solo texto las medidas e incentivos establecidos en favor de estos colectivos, mejorando, armonizando y ampliando las ya existentes, e implementando otras nuevas. Para ello, y en el ámbito específico del trabajo autónomo, se introducen nuevos incentivos y bonificaciones en la cotización al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y se mejoran algunos de los ya existentes, al tiempo que se unifica en un único texto los incentivos al autoempleo para dotar de transparencia y mayor seguridad jurídica al marco regulatorio vigente. También se procede de nuevo a una ampliación de las posibilidades de capitalización de la prestación por desempleo para la participación en sociedades cooperativas o las ayudas a la contratación para la sustitución de socios de dicho tipo de sociedades sin las limitaciones cuantitativas actuales.

Entre tanto procede aun sumariamente a exponer las medidas que se han ido implementando hasta que se produzca la reordenación en un solo texto legal.

II. FOMENTO DE LA ACTIVIDAD EMPRENDEDORA MEDIANTE MEDIDAS ESPECÍFICAS REFERIDAS A LA CONTRATACIÓN LABORAL

Es novedosa la vía indirecta de fomento de la actividad emprendedora mediante medidas específica referidas a la contratación laboral. Así, en el RDL 3/2012 y luego en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se introdujo el contrato de apoyo a los emprendedores dirigido a autónomos y empresas de menos de 50 trabajadores. Tiene por objeto facilitar el empleo estable a la vez que se potencia la iniciativa empresarial, aun precarizando más aun la posición laboral del trabajador a través de una figura especial de periodo

de prueba. Esta duración puede considerarse atípica y excepcional y no responde a la verdadera finalidad del periodo de prueba sino al fomento del empleo, encubriendo un despido libre o un falso contrato temporal cuya resolución no da derecho a indemnización alguna.

Es discutible la legalidad de este periodo de prueba en relación con el art. 35 de la Constitución, el convenio n. 158 de la OIT y la Carta Social europea pues no parece razonable ni que su finalidad sea la propia del periodo de prueba. Y también con la Directiva 1999/70 CE (art.3.1.) pues aunque formalmente se considere de duración indefinida en realidad aparece como una nueva modalidad de contrato funcionalmente temporal.

Sin embargo, y al objeto del presente trabajo interesa destacar que la STC 119/2014 de 16 de julio ha avalado tal duración especial del periodo de prueba precisamente alegando vagas y genéricas referencias a la política de fomento de empleo. Argumentos que a mayor abundamiento en la STC 8/2015 vienen a reconocer que se está recuperando de nuevo argumentos propios de contratos temporales de otras épocas como el de lanzamiento de nueva actividad pues la STC dice que es un incentivo para que las pequeñas empresas elijan la fórmula de la contratación indefinida, al ofrecérseles, como contrapartida, la oportunidad de rescindir libremente el contrato durante un año, permitiéndoles durante tal período de tiempo no sólo constatar las aptitudes profesionales del trabajador contratado, sino también “verificar si el puesto de trabajo que se crea con carácter indefinido resulta viable económicamente”. Tal circunstancia resulta particularmente relevante en el actual contexto económico, ya que, como apunta el Abogado del Estado, esta disposición permite que las pequeñas empresas puedan hacer uso de esta modalidad contractual para “ponderar los riesgos económicos asociados a la suscripción del contrato”.

También en el RDL 4/2013 la contratación laboral se pone al servicio del autoempleo al incentivar la contratación de un joven por microempresas (plantilla igual o inferior a nueve trabajadores) y empresarios autónomos (art.10). Se trata de incentivar la contratación indefinida de un joven desempleado menor de treinta años. Tendrán derecho a una reducción del 100 por cien de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado durante el primer año de contrato si se dan ciertos requisitos. Esta medida es incompatible con el contrato de emprendedores.

Sin embargo, estos empleos estables pueden ser precarios pues el art. 4 de la Ley 3/2012 ha sido objeto de modificación por el RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, en el sentido de permitir también la celebración a tiempo parcial de esta modalidad de contrato de trabajo. Y el segundo del RDL 4/2013 también.

También se contemplan en el art. 11 del RDL 4/2013 incentivos a la contratación en nuevos proyectos de emprendimiento joven. Se trata de incentivar que sean ahora los propios jóvenes trabajadores por cuenta propia sin trabajadores asalariados los que contraten por primera vez, de forma indefinida, mediante un contrato de trabajo a tiempo completo o parcial, a personas desempleadas de edad igual o superior a cuarenta y cinco años, inscritas ininterrumpidamente como desempleadas en la oficina de empleo al menos durante doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación o que resulten beneficiarios del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo. Tendrán derecho a una reducción del 100 por cien de la cuota empresarial de la Seguridad Social durante los doce meses. Para la aplicación de los beneficios contemplados en este artículo, se deberá mantener en el empleo al trabajador contratado, al menos, dieciocho meses desde la fecha de inicio de la relación laboral, salvo que el contrato se extinga por causa no imputable al empresario o por resolución durante el periodo de prueba, en cuyo caso se podrá celebrar un nuevo contrato al amparo de este artículo, si bien el periodo total de aplicación de la reducción no podrá exceder, en conjunto, de doce meses.

Todas las empresas, incluidas por tanto las constituidas por autónomos, pueden acogerse además, a la llamada tarifa plana del RDL 3/2014, incluidas las de economía social, las cooperativas y sociedades laborales tras el RDL 1/2015, el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de Segunda Oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, programa actualmente vigente, al contratar trabajadores incluso bajo la modalidad del contrato de emprendedores, si bien en tal caso sin las ventajas fiscales.

Sin embargo, la situación económica y las incertidumbres de la recuperación pueden llevar a que los autónomos y las microempresas y pequeñas empresas no acaben de ver clara estas modalidades de contratación a causa del compromiso de mantenimiento de empleo que conllevan.

III. MEDIDAS DE FOMENTO BASADAS EN BONIFICACIONES O REDUCCIONES DE COTIZACIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS AUTÓNOMOS COMO MEDIDA DE LANZAMIENTO O DE START UP. LA LLAMADA TARIFA PLANA DE AUTÓNOMOS

Estas medidas van dirigidas ya claramente al fomento del autoempleo interviniendo en los costes de lanzamiento (*start up*) en la línea trazada por la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016, que ha dado lugar a la puesta en marcha de medidas de fomento basadas en bonificaciones o reducciones de cotizaciones a la Seguridad Social por parte de los autónomos que causen alta inicial o que no hubieran estado en situación de alta en los cinco años inmediatamente an-

teriores. Se trata de la llamada “tarifa plana” de autónomos de 50 euros en la cotización a la Seguridad Social para nuevos autónomos, en el RDL 4/2013 luego tramitado como ley 11/2013 en principio menores de 30 años (o 35 en caso de mujeres) (disp.ad. 35 TRLGSS) y luego ya sin tal límite de edad tras la ley 14/2013 (actual disp. ad. 35 bis del TRLGSS).

Desarrolla la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016 que se enmarca en el objetivo de impulsar medidas dirigidas a reducir el desempleo juvenil, en este caso mediante la inserción laboral a través del autoempleo individual o colectivo y el emprendimiento. Y los ejes sobre los que se vertebra la Estrategia son: incentivar la contratación y la iniciativa empresarial entre los jóvenes, adecuar la educación y la formación que reciben a la realidad del mercado de trabajo y reducir la tasa de abandono escolar temprano. Así contempla la implantación de una cuota inicial reducida, la compatibilización de la prestación por desempleo con el inicio de una actividad por cuenta propia, individual o colectivo, en entidades de economía social o la ampliación de las posibilidades de aplicación de la capitalización de la prestación por desempleo. Se exige como requisito que se trate de trabajadores por cuenta propia que no empleen trabajadores por cuenta ajena.

Las medidas se mantendrán en vigor hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento, tal y como se establezca reglamentariamente por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social (disp. trans. 1ª del RDL 4/2013).

Las reformas futuras que plantea el gobierno en abril de 2015 persiguen introducir una mayor claridad respecto a la cuota a ingresar por el trabajador autónomo en aquellos supuestos en los que durante el inicio de su actividad, se acoja a la denominada “tarifa plana para autónomos”, al fijarse no como un porcentaje, sino como una cantidad fija y estable, que permita al profesional conocer en todo momento, y con seguridad y certeza, la cuantía a satisfacer, sin hacerla depender de las posibles modificaciones en las bases y los tipos de cotización durante el disfrute de esta medida. Además, se prevé la posibilidad de actualización de esta cifra a través de las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado, con el objeto de poder adecuarlo a las circunstancias de cada momento. De otra parte se pretende extender la tarifa plana también a autónomos aunque contraten trabajadores por cuenta ajena, una vez iniciada su actividad.

También se prevé incentivar el autoempleo de los llamados colaboradores familiares, el cónyuge y familiares de trabajadores autónomos por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, que se incorporen al RETA o REMAR, siempre y cuando no hubieran estado dados de alta en el mismo en los 5 años inmediatamente anteriores, y colaboren con ellos mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate, a través de una bo-

nificación durante los 24 meses siguientes a la fecha de efectos del alta, equivalente al 50 % durante los primeros 18 meses y al 25 % durante los 6 meses siguientes, de la cuota. También se prevé una reducción de cuotas para determinados familiares de titulares de explotación agraria.

IV. COMPATIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN DE DESEMPLEO Y LA DE JUBILACIÓN CON EL TRABAJO AUTÓNOMO Y LA INCIDENCIA DEL TRABAJO AUTÓNOMO COMO CAUSA SUSPENSIVA DE LA PRESTACIÓN

Una novedad importante ha sido extender medidas de compatibilidad de la prestación de desempleo con trabajos por cuenta ajena en ciertos supuestos ligados a la idea de activación, reforzada por la reforma de 2002, al autoempleo. El objetivo no es aquí tanto la activación sino permitir la compatibilización de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia durante un periodo determinado para ayudar al profesional al inicio de su actividad, periodo en el que los ingresos suelen ser más reducidos. Así, se añade por el RDL 4/2013 un nuevo apartado 6 en el artículo 228 del TRLGSS como excepción a lo establecido en el artículo 221 de dicha ley, mediante una clausula general según la cual «6. Cuando así lo establezca algún programa de fomento al empleo destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo, se podrá compatibilizar la percepción de la prestación por desempleo pendiente de percibir con el trabajo por cuenta propia, en cuyo caso la entidad gestora podrá abonar al trabajador el importe mensual de la prestación en la cuantía y duración que se determinen, sin incluir la cotización a la Seguridad Social.» Y en el art. 3 del RDL 4/2013 se contempla un supuesto para los menores de 30 años de compatibilizar la percepción de la prestación por desempleo con el inicio de una actividad por cuenta propia, por un máximo de 270 días, o por el tiempo inferior pendiente de percibir, siempre que además de la edad no tenga trabajadores a su cargo.

En la reforma en marcha propuesta por el gobierno en abril de 2015 se elimina también la barrera de la edad de 30 años para contemplarla ya con carácter general, para todos, sea cual sea su edad.

En esta misma línea se fomenta el autoempleo o la constitución de una empresa por los perceptores de prestaciones por desempleo (artículo 5). Se trata del supuesto de suspensión y reanudación del cobro de la prestación por desempleo tras realizar una actividad por cuenta propia modificando la letra d) del apartado 1 del artículo 212 y La letra d) del apartado 1 del artículo 213 del TRLGSS. Se trata de ampliar la duración de la suspensión de la prestación de 24 meses a sesenta meses en el supuesto de trabajadores por cuenta propia menores de 30 años de edad que causen alta inicial en el RETA y REMAR. Lo mismo debería aplicarse en caso de presta-

ción de cese de actividad si lleva a cabo una nueva actividad como autónomo, pues en la regulación actual el plazo que se fija es de 12 meses, salvo que el trabajador no genere derecho a una nueva prestación de cese de actividad en cuyo caso no se establece plazo alguno (art.10.2 y art.11.1.c de la ley 32/2010).

Las medidas del anteproyecto de abril de 2015 del gobierno plantean extender la duración máxima de 60 meses a los efectos analizados en este apartado no solo para jóvenes menores de 30 años sino para todos los perceptores de prestaciones de desempleo que lleven a cabo trabajos por cuenta propia.

Asimismo más bien como medida de incentivar la prolongación de la vida activa y retrasar la percepción total de la jubilación se contempla tras el RDL 5/2013 si se dan ciertos requisitos la posibilidad de compatibilizar el 50% de la pensión de jubilación con el trabajo autónomo.

V. LAS MEDIDAS A TRAVÉS DE LA AMPLIACIÓN DE LAS POSIBILIDADES DE APLICACIÓN DE LA CAPITALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Tradicionalmente en el sistema español y como medida de fomento del autoempleo ha sido posible desde los años ochenta (ley 31/1984 y RD 1044/1985, con reformas posteriores llevadas a cabo por la ley 45/2002 y RD 1413/2005) que el pago que normalmente se lleva a cabo por mensualidades vencidas, pudiera hacerse al menos en parte de una sola vez cuando así lo estableciera algún programa de fomento del empleo (art. 228.3 LGSS) y para que el perceptor se constituya como autónomo individual o colectivo, esto es, cuando acredite la constitución de una cooperativa de trabajo asociado o sociedad laboral siempre que no hayan mantenido un vínculo contractual previo con dichas sociedades sea cual sea su duración (disp.final 20ª ley 39/2010 LPE para 2011). El objetivo es fomentar el emprendimiento viable, por lo que el trabajador debe destinar el pago de la prestación a un proyecto de inversión a realizar y actividad a desarrollar por lo que debe presentar memoria explicativa y la documentación acredite la viabilidad del proyecto.

Incluye la cuota de ingreso, en el caso de las cooperativas, o al de la adquisición de acciones o participaciones del capital social en una sociedad laboral en lo necesario para acceder a la condición de socio, o a la inversión necesaria para desarrollar la actividad en el caso de trabajadores autónomos con discapacidad. En el caso del abono de una sola vez en los demás supuestos de autoempleo el pago se realizará por el importe que corresponde a la inversión necesaria para desarrollar la actividad, incluido el importe de las cargas tributarias para el inicio de la actividad, con el límite máximo del 60 por 100 del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo pendiente de percibir, siendo el límite máximo del

100 por cien (tras la ley 27/2011, disp. final 13^a) cuando los beneficiarios sean hombres jóvenes hasta 30 años de edad o mujeres jóvenes hasta 35 años, ambos inclusive, considerándose la edad en la fecha de la solicitud. En este caso además podrán destinar la misma a los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de una entidad, así como al pago de las tasas y el precio de servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad a emprender (RDL 4/2013).

Si no se obtiene la prestación por su importe total, la entidad gestora podrá abonar el importe de la prestación para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social, aportación íntegra del trabajador. En efecto la entidad gestora podrá abonar mensualmente el importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social.

La reforma en marcha en abril de 2015 pretende ampliar el colectivo de trabajadores por cuenta propia beneficiarios de la prestación por desempleo que pueden capitalizar el 100% de su prestación para destinarla a la inversión necesaria para el ejercicio de la actividad, al eliminar la barrera de edad existente hasta la fecha.

VI. ¿HACIA UNA SOCIEDAD DEL EMPRENDIMIENTO COMO NUEVO VALOR?

Toda esta cultura y su traducción en medidas legales de fomento del emprendimiento parece apuntar a que cada vez va a tener más importancia y peso económico en los posibles y futuros desarrollos de las diversas formas de trabajo el autoempleo como fuente de obtención de empleo y por tanto de medios de vida ante las dificultades que el sistema productivo va a tener para la creación de trabajo asalariado y menos aún con perfiles de calidad. A ello hay que añadir las perspectivas de creación de empleo en el ámbito del sector público, en retirada, si no lo hace a su vez una cierta recuperación del Estado del bienestar. De ahí el fomento de la cultura del emprendimiento, que implícitamente y sin negar sus valores dentro de la diversidad de las formas de trabajar, supone aceptar de alguna manera estas líneas de tendencia. De otra parte es un incentivo a continuar los procesos de huida del derecho del trabajo por la vía del autoempleo y de la externalización. Como se ha recordado¹¹⁶⁰ puede tratarse de una quimérica campaña en torno al emprendimiento, que oculta las verdaderas dificultades de desarrollo de una actividad empresarial en un contexto de absoluta restricción económica (problemas, entre otro, como la falta de financiación y acceso al crédito) y que promete una independencia

¹¹⁶⁰ MORÓN PRIETO, R., "El juego de trileros del PP en materia de empleo", *El diario.es Zona Crítica* de 25 de abril de 2015.

profesional que encubre, en gran parte de las ocasiones, la existencia de una dependencia económica real respecto de otras empresas que les explotan igualmente pero sin ninguna contrapartida laboral o social y sin que se evite la precariedad derivada ahora de la autoexplotación. En todo caso, en esta materia, los resultados de la estrategia del Gobierno no pasan de ser discretos, a pesar de la amplia batería de incentivos ofrecidos: desde febrero de 2013, fecha en la que el número de autónomos afiliados a la Seguridad Social tocó fondo, hasta febrero de 2015, solo se han recuperado 123.000 (existiendo actualmente en términos absolutos 274.000 autónomos menos que el mes record, mayo de 2008).

Pero además, la cultura y los valores del emprendimiento están calando también en las nuevas formas de abordar el trabajo por cuenta ajena en las sociedades donde predominan formas productivas basadas en el sector terciario y de carácter postfordista. En la sociedad globalizada la producción fordista con sus valores disciplinarios externos propios del sistema de fábrica se habría trasladado mayoritariamente a los países emergentes, mientras que en las sociedades de los servicios y otros sectores, el sistema de dominio disciplinario habría cedido paso o estaría cediéndolo a nuevas formas de disciplina y control basadas fundamentalmente en la autoexplotación y en el rendimiento. De sujeto de obediencia el ciudadano trabajador, el homo laborans, pasaría a ser sujeto de rendimiento, emprendedor de sí mismo¹¹⁶¹. A la obediencia y la solidaridad del sistema disciplinario fordista y de clase le sustituirían los valores de la iniciativa, el proyecto y la motivación, y la productividad, mayor que la conseguida mediante la técnica disciplinaria. Es una nota más de los procesos de individualización de la sociedad del trabajo que vendría a crear nuevas obligaciones, u obligaciones interiorizadas de nuevo tipo, autoimpuestas, que trasladan a la responsabilidad del propio trabajador el rendimiento, su éxito o su fracaso, y la culpa, frustración o depresión derivadas de tales procesos, de su rendimiento, al igual que ya ocurre en una determinada concepción de la activación en los trabajadores desempleados. El triunfo total del neoliberalismo es convertir al trabajador en empresario de sí mismo, en su autoexplotación, más aun si se le otorga cierta libertad y autonomía¹¹⁶² y trasladar la lucha de clases a una lucha consigo mismo. Se trata de alcanzar un dominio invisible, sin clases, de individuos aislados, basada en la motivación, el proyecto, la competencia, la iniciativa, la optimización del yo. De todas formas en ocasiones y en momentos de crecimiento del paro y de aumento del ejército de reserva la presión la ejerce la mano invisible del propio mercado que se alía con los valores antes mencionados.

¹¹⁶¹ BYUNG-CHUL HAN, "La sociedad del cansancio", Barcelona 2010, ed. Herder, pp.25 y ss. y "La agonía de Eros", Barcelona, 2014, ed. Herder, p.19 y ss.

¹¹⁶² BYUNG-CHUL HAN, "Psicopolítica", Barcelona, 2014, ed. Herder, p. 17.

10.9. EL PAPEL DE LAS MUTUAS EN LA GESTIÓN Y PROTECCIÓN DEL AUTOEMPLEO

FRANCISCO LOZANO LARES

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga*

I. LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL AUTOEMPLEO COMO ÁMBITO DE GESTIÓN DE LAS MUTUAS

La labor gestora de las mutuas en materia de protección social, tradicionalmente reservada al aseguramiento de las contingencias profesionales de los trabajadores por cuenta ajena, se vio ampliada hasta límites insospechados tras la reorganización del *mutualismo patronal* efectuada en la década de 1990. Entre las nuevas funciones atribuidas a las mutuas jugarían un papel nuclear, precisamente, las que afectaban al ámbito del autoempleo, ya fuese éste ejecutado por trabajadores autónomos, a través de cooperativas de trabajo asociado o bajo cualquier otra fórmula jurídica encuadrable en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, aprobado por RD 2530/1970, de 20 de agosto (en adelante RETA). Por orden cronológico, esas atribuciones funcionales fueron las siguientes:

a) Con la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que daba vida al vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), se introdujo una Disposición adicional undécima por la que se otorgaba a los trabajadores autónomos la posibilidad de cubrir en una mutua la *incapacidad temporal derivada de contingencias comunes*.

b) Por Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, la opción de cubrir en una mutua la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes se hizo extensiva también a los trabajadores autónomos integrados por entonces en el ya extinto *Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*¹¹⁶³.

¹¹⁶³ A partir de la entrada en vigor de la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, los trabajadores autónomos agrarios del extinto REASS han quedado integrados en el RETA, donde han constituido el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios.

c) A través de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, se añadió a la LGSS una Disposición adicional trigésimo cuarta que habilitaba a las mutuas para gestionar las *contingencias profesionales de los trabajadores autónomos* del RETA y del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar (RETMAR)¹¹⁶⁴.

d) El art. 16 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de *protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos*, atribuyó asimismo a las mutuas la gestión de esta peculiar prestación económica de los trabajadores por cuenta propia, que viene a ser la equivalente a la prestación por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena.

Todas estas modificaciones darían lugar a una continua reformulación normativa de las mutuas que culminarían en la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. De esta norma procede la vigente redacción de los artículos 68 a 76 de la LGSS, de donde conviene extraer algunas pinceladas de la peculiar naturaleza jurídica que el legislador otorga a las ahora rebautizadas como “*Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social*”.

El artículo 68.1 de la LGSS ofrece una definición legal de las mismas de la que se deduce, en primer lugar, que las mutuas son asociaciones de naturaleza jurídico-privada y no entidades gestoras públicas, como el INSS o el ISMAR, puesto que están constituidas exclusivamente por *empresarios*. Pero son unas asociaciones privadas *sui generis*, puesto que requieren autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social para poder constituirse, han de inscribirse en el Registro habilitado al efecto y sólo pueden tener como objeto social unos fines legalmente determinados, que no son otros, en resumen, que la colaboración en la gestión de la seguridad social y la realización de actividades de prevención de riesgos laborales integradas en el marco de la gestión de la seguridad social.

Una segunda conclusión que se extrae de la definición legal es que no está prevista la asociación a las mutuas de los trabajadores autónomos. Obviamente, sí que podrá ser empresario asociado el autónomo que contrate a trabajadores por cuenta ajena, pero será *socio* de la mutua por su condición de empleador y en relación a sus empleados pero no como sujeto protegido. Para ello, lo que ha de hacer el trabajador autónomo es *adherirse* a la mutua, formalizar el denominado “documento

¹¹⁶⁴ Que actualmente sigue estando regulado por el Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

de adhesión” en virtud del cual el trabajador por cuenta propia “se incorpora” al ámbito gestor de la mutua pero “de forma externa a la base asociativa de la misma y sin adquirir los derechos y obligaciones derivados de la asociación”, tal como indica el art. 72.b) LGSS.

Pese a ser asociaciones empresariales, las mutuas no puede tener ánimo de lucro, puesto que, en concordancia con lo dispuesto en el art. 4.3 LGSS, la ordenación de la Seguridad Social en ningún caso podrá servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil, de ahí que el propio art. 68.6 LGSS vuelva a reiterar esa elemental prevención normativa, añadiendo al mismo tiempo que la actividad de las mutuas tampoco podrá “*dar lugar a la concesión de beneficios de ninguna clase a favor de los empresarios asociados*”, ni a la sustitución de éstos en las obligaciones que les correspondan por su condición de empresarios. Y aunque son entidades privadas, las mutuas se financian no obstante con fondos públicos, puesto que todas las obligaciones económicas que se atribuyen a las mutuas “*serán pagadas con cargo a los recursos públicos adscritos para el desarrollo de la colaboración*” (art. 68.5 LGSS)¹¹⁶⁵.

II. LA GESTIÓN MUTUALISTA DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADA DE CONTINGENCIAS COMUNES DE LOS AUTOEMPLEADOS

Para que el trabajador autónomo pueda ser sujeto protegido en una mutua debe empezar por adherirse a la misma a efectos de cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. Prestación que, desde octubre de 2007 forma parte, con carácter obligatorio, de la acción protectora de los trabajadores autónomos integrados en el RETA, salvo que la tengan cubierta en otro régimen o se trate de autónomos agrarios incorporados al Sistema Especial de Trabajadores Agrarios por Cuenta Propia, para quienes tiene carácter voluntario¹¹⁶⁶.

¹¹⁶⁵ De esa naturaleza son, desde luego, las cuotas de la Seguridad Social adscritas a las mutuas para su “*sostenimiento y funcionamiento*” y para la realización de “*las actividades, prestaciones y servicios comprendidos en su objeto*”, e idéntico carácter tienen los rendimientos derivados de la inversión financiera de las cuotas y de la venta “*por cualquier título*” de los bienes muebles e inmuebles adscritos a las mutuas, así como, en general, cualquier otro ingreso que éstas obtengan “*en virtud del ejercicio de la colaboración o por el empleo de los medios de la misma*” (art. 70.1 LGSS).

¹¹⁶⁶ Así aparece estipulado en el art. 26.1 b) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo (en adelante LETA), en cuya Disposición adicional tercera, apartado 1, se excluye de ese carácter obligatorio a quienes tuvieran derecho a dicha prestación “*en razón de la actividad realizada en otro Régimen de la Seguridad Social*”, como sucedería, por ejemplo, en los casos de pluriactividad donde el trabajador autónomo realice otra actividad encuadrada en el Régimen General. Y es el apartado 3 de dicha disposición, por su parte, el que indica que para los autónomos agrarios la pro-

La adhesión a una mutua a efectos de formalización de la cobertura de esta prestación es obligatoria desde el 1 de enero de 1998, cuando se suprimió la posibilidad existente hasta entonces de optar entre una mutua o la entidad gestora competente¹¹⁶⁷, y el período de vigencia de la adhesión es de un año, prorrogable por períodos de igual duración (art. 72.1 b) LGSS).

Una vez formalizado el documento de adhesión, la mutua asumirá la gestión de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de los trabajadores autónomos en las condiciones establecidas en el Capítulo II del RD 1273/2003, de 10 de octubre¹¹⁶⁸, y como si se tratara de una auténtica entidad gestora pública, puesto que le corresponderá “la función de declaración del derecho a la prestación económica”, determinando el importe del subsidio, así como la “denegación, suspensión, anulación y declaración de extinción del mismo”¹¹⁶⁹. Estas actuaciones de las mutuas deberán ser motivadas y formalizadas por escrito, puesto que la eficacia de cualquiera de los actos derivados de estas funciones cuasi-administrativas queda supeditada a su notificación al autónomo adherido. Hay que tener en cuenta asimismo que las competencias de las mutuas en esta materia abarcan tanto los actos de control jurídico de los requisitos que condicionan el nacimiento o mantenimiento del derecho a subsidio (afiliación, alta, período de carencia y estar al corriente en el pago de las cuotas en el momento de la baja médica)¹¹⁷⁰, como los actos de control clínico de la situación de incapacidad temporal, entre los que cabría citar las

tección social de la incapacidad temporal seguirá siendo “de cobertura voluntaria”. En el caso de los autónomos del RETMAR, la cobertura de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes también es obligatoria, pero no está prevista la actuación de las mutuas en este ámbito, puesto que su gestión está reservada al Instituto Social de la Marina (ISMAR), tal como indica el art. 46.1 del Decreto 2864/1974, de 30 de agosto.

¹¹⁶⁷ De ahí que quienes, a partir de esa fecha, decidan cambiar de entidad, también tengan que hacerlo necesariamente con otra mutua. Sobre la supresión de esta opción y sus consecuencias vid., LOZANO LARES, F.: *El mutualismo patronal en la encrucijada. De la doctrina del riesgo profesional a la debida prevención de los riesgos laborales*, Sevilla, Mergablum, 2002, págs. 197-209.

¹¹⁶⁸ Por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia. Dichas condiciones son: percepción del 60 % de la base reguladora desde el día cuarto al vigésimo de la baja, y del 75 % desde el día vigésimo primero, siendo la base reguladora el módulo de cálculo diario que resulte de dividir por 30 la base de cotización del trabajador correspondiente al mes anterior al de la baja médica.

¹¹⁶⁹ Apartado 2 de la Disposición adicional undécima de la LGSS.

¹¹⁷⁰ En relación con el período de carencia, hay que tener en cuenta que resulta de aplicación lo dispuesto en el art.130 LGSS, al que se remite de forma implícita el artículo noveno del RD 1273/2003, de 10 de octubre, por lo que, cuando la incapacidad temporal derive de enfermedad común, será necesario que el trabajador autónomo acredite, como mínimo, un período de cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante. La necesidad de estar al corriente en el pago de las cuotas es exigido por el artículo duodécimo del propio RD 1273/2003, de 10 de octubre.

pruebas diagnósticas, reconocimientos médicos o tratamientos terapéuticos y rehabilitares que eviten la prolongación innecesaria de los proceso de incapacidad temporal e incluso la posibilidad de formular propuestas motivadas de alta médica ante la Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud. En cualquier caso, estas actuaciones de control clínico no supondrán “*la asunción de la prestación de asistencia sanitaria derivada de contingencias comunes*” ni dará lugar a la dotación de recursos destinados a dicha prestación¹¹⁷¹.

Esta gestión mutualista de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de los trabajadores autónomos adheridos a la mutua se financia con “*la fracción de cuota correspondiente*”, tal como advierte el segundo párrafo del art. 70.1 LGSS, lo que supone, siguiendo lo dispuesto a nivel reglamentario, que su financiación se efectuará mediante la entrega a las mutuas, a través de la TGSS, de “*la parte de cuota*” que determine el Ministerio de Empleo y Seguridad Social¹¹⁷². A tal fin, la vigente Orden ESS de cotización anual concreta que la “*fracción de cuota*” que han de percibir las mutuas queda fijada en “*el resultado de aplicar el tipo (...) del 3,20 por 100 a la correspondiente base de cotización*”¹¹⁷³.

Lo percibido en concepto de cuotas por contingencias comunes de los trabajadores autónomos no va a tener, sin embargo, un tratamiento contable diferenciado de las cuotas por contingencias comunes de los trabajadores por cuenta ajena contratados por las empresas asociadas a las mutuas, puesto que, pese a ser dos fuentes distintas de ingresos, ambas partidas constituirán, tal como se deduce de lo dispuesto en el art. 75.1.b) LGSS, un único *ámbito* de gestión financiera. En efecto, el legislador sólo ha previsto y exigido a las mutuas la constitución de una única *Reserva de Estabilización de Contingencias Comunes* cuyo destino será corregir las posibles desigualdades de los resultados económicos generados entre los diferentes ejercicios en este concreto ámbito de gestión (art. 75.2.b) LGSS)¹¹⁷⁴.

¹¹⁷¹ Vide, sobre todo ello, el extenso apartado 5 de la Disposición adicional undécima de la LGSS.

¹¹⁷² Art. 76.2 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre Colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (en adelante, RCM).

¹¹⁷³ Cuando el trabajador autónomo opte por cubrir la protección por contingencias profesionales o por cese de actividad, la fracción de cuota será medio punto inferior (el 2,70 %), puesto que el tipo de cotización es también un 0,50 % menor en estos casos (29,80 % con carácter general y 29,30 % cuando se haya optado por esas coberturas adicionales). Ello se debe a que esas coberturas adicionales se financian, como luego veremos, con sus propias cotizaciones.

¹¹⁷⁴ A nivel reglamentario, el art. 79.1 RCM viene a corroborar este régimen financiero unitario cuando indica que “*los ingresos y gastos*” de las mutuas en materia de gestión de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes a favor de los trabajadores autónomos adheridos “*se integrarán a todos los efectos*” con los demás ingresos y gastos obtenidos y realizados por las mutuas en la gestión de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes a favor de los trabajadores por cuenta ajena al servicio de las empresas asociadas. O sea, que el RCM de 1995 ya había previsto un ré-

III. LA GESTIÓN MUTUALISTA DE LAS CONTINGENCIAS PROFESIONALES DE LOS AUTOEMPLEADORES

A diferencia de lo que sucede con la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, cuya protección social es obligatoria, salvo excepciones, la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores autónomos es voluntaria de forma general, puesto que sólo resulta obligatoria para los autónomos económicamente dependientes (TRADE) y para los trabajadores por cuenta propia del RETMAR¹¹⁷⁵. Hay que tener en cuenta, por otro lado, que la formalización de la cobertura de las contingencias profesionales no tiene carácter autónomo, sino que depende de la previa adhesión a una mutua a efectos de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes¹¹⁷⁶, de ahí que sólo quienes tengan cubierta ésta como prestación obligatoria u opten por ella, en su caso, podrán optar a su vez por formalizar la protección de las contingencias profesionales con una mutua¹¹⁷⁷, y no con cualquier mutua sino precisamente con la misma mutua con la que tengan cubierta la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes¹¹⁷⁸. Además, el trabajador autónomo deberá realizar la propuesta de formalización de la cobertura de las contingencias profesionales en el momento de formalizar el documento

gimen financiero común para la gestión de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de los trabajadores por cuenta ajena y de los trabajadores autónomos que empezaría a tener cobertura legal tras la aprobación de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, de donde procede la redacción actual del art. 75 LGSS.

¹¹⁷⁵ En el primer caso por indicación del art. 26.3 LETA, que impuso a los TRADE el deber de “*incorporar obligatoriamente, dentro del ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social, la cobertura de la incapacidad temporal y de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social*” En el segundo caso por orden del art. 42 b) del Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, donde quedó establecido que para los trabajadores por cuenta propia del RETMAR era obligatoria “*la constitución de la adecuada y suficiente relación de protección para cubrir las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional*”. El art. 26.3 LETA también contempla la obligatoriedad de la cobertura de las contingencias profesionales para aquellas “*actividades profesionales desarrolladas por trabajadores autónomos que presentan un mayor riesgo de siniestralidad*”; previsión cuya efectividad depende de la previa determinación de esas actividades por parte del Gobierno.

¹¹⁷⁶ Tal como se desprende de lo dispuesto en el primer punto de la Disposición adicional trigésima cuarta de la LGSS, donde se indica que los autónomos podrán “*mejorar voluntariamente*” la acción protectora del RETA, incorporando la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, “*siempre que los interesados, previa o simultáneamente, hayan optado por incluir, dentro de dicho ámbito, la prestación económica por incapacidad temporal*”.

¹¹⁷⁷ Excepto en el caso de los autónomos del RETMAR, que pueden optar por proteger las contingencias profesionales con una mutua o con la correspondiente entidad gestora del ISMAR. La colaboración de las mutuas a tal efecto fue autorizada por el art. 46.2 del Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, y así aparece indicado en el concordante art. 72.1 b) LGSS.

¹¹⁷⁸ Salvo en el caso de los trabajadores autónomos integrados en el Sistema Especial de Trabajadores Agrarios por Cuenta Propia, que, al ser voluntaria su adhesión a una mutua en materia de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, podrían optar por cubrir exclusivamente las contingencias profesionales, en cuyo caso también tendrían que adherirse necesariamente a una mutua a tal efecto, tal como indica el art. 72.2 b) de la LGSS.

de adhesión con la mutua a efectos de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, por lo que la vigencia de aquélla va unida a la de éste: un año natural, prorrogable tácitamente por el mismo período¹¹⁷⁹, sin que la mutua pueda rechazar ninguna propuesta de adhesión que se le formule a efectos de contingencias profesionales.

Una vez formalizada la protección de las contingencias profesionales, la mutua competente tendrá que reconocer al trabajador autónomo adherido las mismas prestaciones que “*se conceden a los trabajadores incluidos en el Régimen general*”¹¹⁸⁰, lo que incluye tres grupos de prestaciones: a) asistencia sanitaria, incluida la rehabilitación profesional, prestación económica por incapacidad temporal, prestaciones económicas por incapacidad permanente, prestaciones económicas por muerte y supervivencia e indemnizaciones a tanto alzado por lesiones permanentes que no causen incapacidad¹¹⁸¹; b) prestaciones económicas por riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural¹¹⁸²; y c) actividades preventivas comprendidas en la acción protectora de la Seguridad Social¹¹⁸³.

¹¹⁷⁹ Así lo concreta el art. 85.2 RCM. Cuando ambas opciones no sean simultáneas, la protección de las contingencias profesionales se podrá solicitar antes del 1 de octubre de cada año, con efectos desde el día 1 de enero del año siguiente (art. 47. 4 3.ª del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social).

¹¹⁸⁰ En las condiciones reglamentariamente establecidas, tal como dispone el segundo punto de la Disposición adicional trigésima cuarta de la LGSS.

¹¹⁸¹ Que constituyen el conjunto de prestaciones clásicas que desde siempre ha venido cubriendo el *seguro social* de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, tal como se encarga de enumerar el artículo cuarto 1 del RD del RD 1273/2003, de 10 de octubre.

¹¹⁸² Dada su naturaleza legal de prestaciones derivadas de contingencias profesionales (arts. 134 y 135.4 LGSS, en relación con el subsidio por riesgo durante el embarazo, y 135 *ter* LGSS, a efectos del subsidio por riesgo durante la lactancia natural), por lo que, cuando el trabajador autónomo haya decidido cubrir las contingencias profesionales, la mutua tendrá que abonar también estos subsidios con cargo a las primas por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Cuando no se haya optado por cubrir las contingencias profesionales, los autónomos tendrán que efectuar una cotización adicional del 0,10 % de la base de cotización elegida para la financiación de estas prestaciones.

¹¹⁸³ En relación con estas actividades preventivas integradas en la acción protectora de la Seguridad Social hay que tener en cuenta que, desde enero de 2015, las mutuas tienen prohibido participar en “*actividades mercantiles de prevención*” a tenor de lo dispuesto en el art. 32 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, donde se indica que las mutuas no podrán “*desarrollar las funciones correspondientes a los servicios de prevención ajenos, ni participar con cargo a su patrimonio histórico en el capital social de una sociedad mercantil en cuyo objeto figure la actividad de prevención*”. A ello se debe, por tanto, el que estas actividades tengan la consideración de “*prestaciones asistenciales*” que “*no generan derechos subjetivos*” a favor de los autónomos adheridos, pero que van dirigidas a asistir a los mismos en el control y, en su caso, reducción de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Dichas actividades preventivas aparecen reguladas en la Orden TAS/3623/2006, de 28 de noviembre, y serán planificadas anualmente por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, que, a través del órgano de dirección y tutela de las mutuas, desarrolla sus criterios, contenido y orden de preferencia. Las Comunidades Autónomas con competencias de ejecución com-

La mutua competente ofrecerá dichas prestaciones a los autónomos adheridos en los términos y condiciones establecidos en la Sección II del Capítulo I del RD 1273/2003, de 10 de octubre, cuyo artículo tercero establece una conceptualización del accidente de trabajo y la enfermedad profesional que difiere en muchos aspectos de la establecida por la LGSS para los trabajadores por cuenta ajena. En cuanto al reconocimiento de las prestaciones, la mutua tendrá que comprobar que se cumplen los requisitos de afiliación, alta y estar al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social. En tales casos, tendrá que hacerse cargo de la asistencia sanitaria del trabajador autónomo accidentado, le abonará, desde el día siguiente al de la baja, un subsidio por incapacidad temporal equivalente al 75 % de su base reguladora diaria y tendrá que depositar en la TGSS capitales bastantes para hacer frente al pago de las prestaciones por incapacidad temporal y muerte y supervivencia que, en su caso, procedan. El importe de estas últimas prestaciones, ya sean pensiones o indemnizaciones, se calculará tomando como base reguladora *“la base de cotización del trabajador en la fecha del hecho causante de la prestación”* y aplicándole el porcentaje establecido en cada caso por la LGSS para los trabajadores por cuenta ajena.

Según lo dispuesto en el art. 70.1 LGSS, para financiar la gestión mutualista de todas esas prestaciones derivadas de contingencias profesionales de los trabajadores autónomos, la TGSS *“entregará”* a las mutuas las *“cuotas por accidente de trabajo y enfermedades profesionales ingresadas en aquélla (...) por los trabajadores por cuenta propia adheridos”*. Dichas *“cuotas”* por contingencias profesionales se obtienen, como en el caso de los empresarios asociados a la mutua, mediante la aplicación de la *“tarifa”* establecida por la Disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre¹¹⁸⁴, donde a cada tipo de actividad económica, clasificada según el Código CNAE-2009, se le asigna un determinado tipo de cotización que varía en función de la peligrosidad de la actividad de que se trate¹¹⁸⁵. Se establece así un mecanismo de financiación basado en *“primas”* variables que resulta similar al empleado en el ámbito de los seguros privados, con la única diferencia de que la mutua, que actúa como *entidad aseguradora*, no tiene potestad recaudatoria

partida en materia de actividades de prevención de riesgos laborales, como en el caso de Andalucía, podrán comunicar al Ministerio de Empleo y Seguridad Social *“las actividades que consideren que deban desarrollarse en sus respectivos ámbitos territoriales para que se incorporen a la planificación de las actividades preventivas de la Seguridad Social”* [segundo párrafo del art. 68.3 c) LGSS].

¹¹⁸⁴ De Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, pero con la redacción dada, sucesivamente, por Disposición final décima séptima de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, y Disposición Final Décima novena de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, que le ha dado vigencia indefinida.

¹¹⁸⁵ En cualquier caso, cuando los trabajadores por cuenta propia realicen varias actividades que den lugar a una única inclusión en el RETA, el tipo de cotización aplicable será *“el más elevado de los establecidos para las actividades que lleve a cabo el trabajador”*.

alguna por tener dichas *primas* la consideración de fondos públicos. De ese modo, la TGSS, en su condición de caja única del sistema de Seguridad Social, actúa pues, en primera instancia, como órgano recaudador de las mutuas, a las que transferirán las *primas* recaudadas para que gestionen el aseguramiento de las contingencias profesionales de los trabajadores autónomos adheridos.

Estas *primas* abonadas por los trabajadores autónomos a la TGSS para la cobertura de sus contingencias profesionales también se mezclarán a efectos contables con las *primas* recaudadas a las empresas asociadas para cubrir las contingencias profesionales de sus trabajadores asalariados, puesto que, con el resultado económico positivo obtenido anualmente con ambas fuentes de ingresos, cada mutua se dotará de una única *Reserva de Estabilización de Contingencias Profesionales* cuya cuantía mínima tendrá un importe equivalente al 30 % de la media anual de las primas transferidas a cada mutua en el último trienio[art. 75.2.a) LGSS].

IV. LA PROTECCIÓN MUTUALISTA DEL CESE DE ACTIVIDAD DE LOS AUTOEMPLEADORES

Una vez adheridos a una mutua a efectos de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, el trabajador autónomo también podrá optar por cubrir en la misma mutua, de forma voluntaria, la protección por cese de actividad, en cuyo caso tendrán que suscribir el “*Anexo correspondiente al documento de adhesión*”¹¹⁸⁶. En la regulación originariamente establecida por Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, la gestión mutualista de este “*sistema específico de protección*” estaba subordinada a la gestión de las contingencias profesionales, puesto que sólo podían acceder a la protección por cese de actividad aquéllos autónomos que tuvieran “*cubierta la protección dispensada a las contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*”¹¹⁸⁷. Dicha situación varió sustancialmente tras la entrada en vigor de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se desvinculó la gestión de la protección del cese de actividad de la gestión de las contingencias profesionales, dado que, a partir de entonces, basta con que estén “*afiliados a la Seguridad Social y en alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta propia o Autónomos*”¹¹⁸⁸, para que

¹¹⁸⁶ Art. 72.1 c) LGSS. En el caso de los autónomos del RETMAR, tendrán que formalizar la protección por cese de actividad con la Entidad Gestora o con la mutua “*con quien protejan las contingencias profesionales*”.

¹¹⁸⁷ Redacción originaria del art. 2.1 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto.

¹¹⁸⁸ O al RETMAR, como indica el art. 1.1 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, con la redacción dada por Ley 35/2014, de 26 de diciembre.

los autónomos puedan formalizar la protección por cese de actividad, cuya gestión ha quedado reservada a las mutuas.

Con la suscripción de la protección por cese de actividad, que surtirá efectos “*a partir del primer día del mismo mes en que sea formalizada*” (art. 14.1 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto), los trabajadores autónomos tendrán derecho, cuando cumplan los requisitos previstos en la Ley 32/2010, de 5 de agosto, a “*las prestaciones y medidas establecidas en esta ley ante la situación de cese total en la actividad que originó el alta en el Régimen Especial, no obstante poder y querer ejercer una actividad económica o profesional a título lucrativo*”¹¹⁸⁹. Pese a tan pomposa declaración, ello sólo incluye prestaciones económicas por cese total, temporal o definitivo, de la actividad, puesto que las medidas de formación, orientación profesional y promoción de la actividad emprendedora de los autónomos son gestionadas por los Servicios Públicos de Empleo de cada Comunidad Autónoma.

Esta prestación se “*financiará exclusivamente con cargo a la cotización por dicha contingencia*”, lo que entraña un sistema de cotización similar al establecido para la protección por contingencias comunes, actuando como base de cotización la que el trabajador autónomo haya elegido “*como propia*” al causar alta en el RETA o en el RETMAR. A dicha base de cotización se le aplicará el tipo de cotización fijado anualmente¹¹⁹⁰, que en este ejercicio económico es del 2,20 %, por lo que, a diferencia de lo que sucede con la gestión de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, que se financia, como vimos, mediante la *fracción de cuota* correspondiente, la protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos se financia a través de la “*cuota*” abonada por éstos a la TGSS para su *entrega* a las mutuas, tal como indica el art. 70.1 LGSS.

A partir de esta fuente de ingresos y teniendo en cuenta que la mutua actúa en este ámbito *exclusivamente* como un organismo gestor, el régimen financiero de la gestión de la protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos sí que tiene carácter autónomo, puesto que, cuando los resultados económicos obtenidos anualmente sean positivos, como presume el legislador, la cantidad resultante “*se destinará a la constitución de una Reserva de Estabilización por Cese de Actividad*” cuyo nivel mínimo de dotación equivaldrá “*al 5 por ciento de las cuotas ingresadas por esta contingencia durante el ejercicio*” (art. 75.2 c LGSS).

¹¹⁸⁹ Art. 1.1 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, con la redacción dada por Ley 35/2014, de 26 de diciembre.

¹¹⁹⁰ Sobre todo ello, *vide* el art.14 de la Ley 30/2010, de 5 de agosto.

EPÍLOGO

“LOS DERECHOS DE LOS POBRES... ¡POBRES DERECHOS!”

JOSÉ VIDA SORIA

El título de estas reflexiones (finales desde el punto de vista personal), breves, superficiales y limitadas en el fondo a la observación de la dinámica de las normas jurídicas de protección social actuales, está tomado de un artículo, que un alto cargo de la División de Derechos Sociales del Consejo de Europa (Estrasburgo), publicó en la Revista de Derecho Público de Francia, hace ya bastantes años (P.H. IMBERT, «Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s)?», *Revue de Droit Public*, mayo-junio 1989). En su momento ese título me pareció un hallazgo en sí mismo para describir una realidad ya entonces asentada. Prefiero seguir con él, porque las conclusiones son equivalentes (más generales y más negativas aquí, más referidas a temas organizativos y de política internacional allí).

En la diferencia de tiempo que hay entre éste y aquél ocurre lo mismo que en el mundo de entonces y el de ahora: que los peligros de la desaparición de una civilización “social” que se preveían ya se han hecho realidad; y que no tienen vuelta atrás. Es posible que el “modelo socio-político” que surja después (que tiene que surgir, pero que ni siquiera se atisba todavía) sea más adecuado para el proseguir una civilización que ya está aquí. Una civilización que desde luego tendrá que elaborar un concepto de justicia social distinto del todo al actual; y los correspondientes conceptos de ética, de moral, de progreso,... y de bienestar. Los estudios que ahora se hacen (y se publican profusamente) no son satisfactorios al respecto; los más patéticos son los de óptica jurídica, pero todos comparten la misma insuficiencia, las mismas carencias y muchas veces la misma ininteligibilidad; ni siquiera los que se dedican simplemente a “dictaminar” aparentemente impávidos sobre la crisis del actual modelo de Estado “social” (Unos dicen Estado de bienestar -y se confunden-; y otros -los que se criaron a sus pechos y les fue bien - dicen despreciativamente el “papá Estado”).

Me limito a una reflexión jurídica sobre a una parte de lo que solemos denominar ese “Estado de bienestar” —el sistema de protección social— y a su crisis; y al “mundo occidental” (en rigor a una parte del mundo occidental), que es donde ese Estado de Bienestar ha tenido un cierto arraigo; lejos de los, desenfada y cruelmente, llamados países del Tercer Mundo, y parte del resto.

El modelo de Estado de Bienestar, ahora en crisis irreversible, y que nunca estuvo bien definido, nació en Reino Unido con la política social de postguerra; y fue W. CHURCHILL quien promovió sus primeras configuraciones que se pueden denominar, ahora y en conjunto, como la “Lucha contra los Cinco Gigantes” (penuria, enfermedad, ignorancia, miseria y vagancia), (El Ministerio de trabajo hace ya tiempo publicó el libro inglés con ese título y con el subtítulo “Una biografía del Estado de Bienestar”), –dicho en positivo y con terminología de eslogan político de postguerra–, la “protección de los ciudadanos desde la cuna hasta la tumba”). Dentro de ese contexto político encajaban los estudios de J. M. KEYNES y el “pobre” Informe BEVERIDGE.

Obsérvese que el famoso Estado de Bienestar (versión primera; o versión originaria inglesa) no se limitó en todo caso en los aspectos de protección social, sino que se extendió a temas de vivienda, educación, sanidad aparte etc... No se trató apenas el tema de las relaciones contractuales de trabajo (salario, salario mínimo, descansos flexibilidad laboral, control de despidos, etc.). Pero sí que es cierto que es en ese contexto en el que nace la política de intervencionismo estatal en el funcionamiento de la economía capitalista, es decir, la política de provocar el consumo de los ciudadanos mediante el protagonismo económico de los poderes públicos (Aquella frase célebre “*Hay que activar la inversión pública, haciendo lo que sea aunque eso sea una pirámide*”... Las secuelas de ello se hicieron notar años después con la nueva “política social” y el re-nacimiento del otro denominado “Derecho del Trabajo”.

En ese contexto, y promovida también por W. CHURCHILL (ironías), nace la Convención Europea de Derechos Humanos, de progreso lento, pero continuado, y de mucha envergadura política y jurídica hoy día... Y la “Carta Social Europea”, saludada como un gran progreso social y ya prácticamente, colocada en el olvido, incluyendo en él la “Nueva Carta Social” (Carta Social revisada), que España no ha ratificado y quizá ya nunca lo haga.

(La Carta Social Europea, fue aprobada en Turín el 18 de octubre de 1961. Y fue ratificada por España por Instrumento de ratificación, de 29 de abril de 1980 –Un poco tarde ciertamente...–)

Creo que es incuestionable que la Carta Social Europea construyó un modelo de Estado de Bienestar, quizá el mejor que se conozca a nivel esquemático-normativo internacional. (El original modelo inglés era más completo pero nunca se tradujo a texto normativo).

Pero la Carta tiene varias particularidades reseñables, aparte de lo que se pueda deducir de un análisis jurídico estricto. Brevemente enunciadas y sin ánimo de exhaustividad:

1.- La primera es el de su retraso respecto de la ya citada Convención Europea de Derechos Humanos (diez años). (Algo análogo a los dos Cartas paralelas de la ONU –por lo que aquí interesa 1966–, pero con la misma ambición, si bien en el caso de las de la ONU ambición “universal” –¡¡¡¡???)–).

2.- La segunda que los trabajos de las Comisiones que la redactaron fueron declarados “secretos” durante un periodo de treinta años. Cuando se levantó el “secreto” vimos que fue una cautela absolutamente inútil, o mejor ingenua (según se decía, aunque no consta fidedignamente, ese “secreto” fue violado alguna vez).

3.- La tercera particularidad –y quizá la más relevante– es que la Carta no es *self-executing*, y que su texto normativo va acompañado de una cantidad de trámites, que lo hacen en realidad inoperante (no se entra en detalles; valga esto: el cumplimiento de la Carta se revisa para cada país, cada dos años; se tarda en concluir la revisión como mínimo otro año; se pasa por dos órganos revisores; y al final las conclusiones se pasan al Comité de Ministros del Consejo, y a la Asamblea Parlamentaria, que decide, en el mejor de los casos con una especie de conclusión negativa, (Una regañera o menos) que se comunica al Estado que incumple (?).

Creo que desde entonces estas formas de inoperatividad que luce la Carta han sido trasvasadas a los demás textos internacionales de materia social-laboral posteriores (Convenio sobre Derechos Económicos y Sociales de 1966 de la ONU, Carta Social Europea de la UE de 2007...).

[Y, ya dentro de sus preceptos normativos, no debemos dejar de subrayar uno, muy pertinente para los momentos en que vivimos, que es el contenido en el artículo 12 de la I y de la II parte.

El apartado 12 de la parte I de la Carta Social Europea dispone, que «*todos los trabajadores y las personas a su cargo tienen derecho a la seguridad social*»; y el artículo 12 de la parte II concreta que «*Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes Contratantes se comprometen:*

1. a establecer o mantener un régimen de seguridad social.

2. a mantener el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio internacional del trabajo (número 102) sobre normas mínimas de seguridad social.

Y literalmente

3. a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social» (el texto original en francés –que es una de las dos únicas lenguas

oficiales— dice “a hacer el régimen de seguridad social “cada vez más liberal”).

.....

Este artículo va acompañado en la Carta de otros preceptos como el artículo 11 sobre el derecho a la protección de la salud, el artículo 13 sobre el Derecho a la asistencia social y médica, y artículo 14 relativo al derecho a los beneficios de los servicios sociales.

Y esos artículos se encuadran en su Parte primera que dispone como principios generales, y objetivos de la política social de los Estados miembros, el reconocimiento como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecer aquellas condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes:

.....

13. Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a la asistencia social y médica.

14. Toda persona tiene derecho a beneficiarse de servicios de bienestar social.

Todo esto se refiere a la protección por Seguridad Social, pero al introducir la referencia a la asistencia social y a los servicios sociales, los redactores sólo hicieron una pirieta conceptual, que dejó a la Seguridad Social, casi como exclusivamente como el sistema de pensiones, que efectivamente es en lo que ahora se está quedando].

No es incorrecto recomendar a los lectores (de la Carta) una sonrisa al respecto.

Pero es que las normas constitucionales de los diversos países siguen un rumbo paralelo.

Por lo que afecta a España, las normas constitucionales del texto de 1978, (nuestro texto que organiza un “Estado social y democrático de Derecho”), estudiadas afanosamente hasta la náusea, y siempre confiando en las facultades retóricas del intérprete de turno, poco nuevo se ha decir de ellas aquí, salvo lo que ya tengo escrito hace años en otro sitio: que se trata de un texto ininterpretable, y sólo interpretado por mor de la famosa Teoría de la “naturaleza de las cosas” (de la tópica) que avala en mayor o menor medida por el Tribunal Constitucional.

Desde la perspectiva que nos da el tiempo se pueden subrayar dos observaciones:

a) La primera, que el artículo 41 ha llegado incluso a ser interpretado por una

Ley ordinaria... que “decidió” lo que tenía que ser “Seguridad social” y qué sea “Asistencia social” (todo para con toda ingenuidad o malaintención, para salvar como se sabe la dificultad que supuso la interferencia de competencias del Estado y de las CCAA); con poco éxito por otra parte.

b) y la segunda, más general, es recordar que estos preceptos constitucionales no poseen más que una fuerza “persuasiva”, como todos los de este Título III del texto constitucional (fuerza programática... es mucho decir, si se recuerda la patética la exhibición de hipocresía y de cinismo en el proceso de redacción de estos preceptos).

Decir que estos preceptos han entrado en crisis es un lugar común, todo el mundo lo sabe, pero nadie (o casi) en política lo expresa.

La privatización de su gestión ha corroído parte del sistema de las prestaciones (accidentes de trabajo y enfermedad profesional) (Ha sido el gran triunfo de las Mutuas “patronales”, que derivan al sector privado cuantiosísimos recursos); los recortes se han llevado las prestaciones de incentivos familiares, hasta un futuro incierto; y las pensiones tienen, con casi certeza aritmética actuarial, su final ya decidido. Muchos han señalado ahora, recordando a BEVERIDGE, con más firmeza que toda la Seguridad Social era un sistema de protección para poder volver a trabajar.

O un simple sistema de ayuda transitorio para modificar el ciclo económico y crear un consumo que generara demanda y mantuviera la “rueda” de ese ciclo.

Lo que ocurrió es que la fórmula ideada por KEYNES para eso, tuvo también efectos. No ya en lo económico sino en lo social, en lo cotidiano: creó nada más y nada menos que la clase media, basada en el nivel de consumo. Ya algún economista advirtió que la clase media tendrá dificultades en el porvenir (que es ahora) porque es relativamente fácil subirse un nivel de gasto que y casi imposible bajarse de ese nivel. El Estado de bienestar se ha encontrado con la alianza de la clase poderosa y la clase media, rampante en la pirámide del gasto y el consumo –apoyándose muchas veces en un cierto punto de vista del principio de igualdad–. Quizás, hoy por hoy, en alianza con los poderosos sea esa misma clase media una de las claves de la destrucción del Sistema.

Es ésta la época, que nació con el famoso título de un libro (*La crisis fiscal del Estado*), y que ha continuado profundizándose progresiva y silentemente. En cualquier caso todo lo que se diga aquí sería repetir lo ya sabido. Está lejos la argumentación de la “irreversibilidad de los derechos sociales”, que ahora parece querer despertar en cierto sector doctrinal. (Y naturalmente queda en el olvido el debate sobre la posibilidad o no de validez de la “*derogatio in peius*”, que se refería a los preceptos de los convenios colectivos fundamentalmente, pero se extendía a los derechos de protección social).

La crisis del sistema de protección social (y del Estado de Bienestar del que aquél es parte) no tiene vuelta atrás.

Sí puede tenerla la apreciación de esa crisis por parte de la clase media ya aludida.

Y en eso es en lo que está trabajando el capitalismo.

El paro no va a bajar, ni mucho menos va a bajar la tasa de desempleo. Para ello tendría que crecer la economía y no hay ninguna pista que permita pensar en ello (No la hay); las privatizaciones ya se agotaron. Las necesidades de asistencia médica, hospitalaria y farmacéutica, crecerá aún más y se va a privatizar, según permiten razonablemente atisbar las enormes inversiones que en ese sector se están haciendo y contra todo lo que permite considerar como razonable dentro mismo de la lógica capitalista. La gestión de prestaciones de corta duración por accidente de trabajo ya se he privatizado por parte del protagonismo concedido a las Mutuas (Patronales). Las ayudas familiares ha sido dismanteladas y sustituidas por subsidios dependientes del mercado de trabajo y los índices demográficos... Y el problema de las pensiones, tampoco se va a resolver en un horizonte todavía lejano, pero de curso ineluctable. En cualquier caso reducirán su eficacia protectora (Hay mucho –demasiado– escrito al respecto y su final está ya sentenciado, sin que se sepa la alternativa, que en ningún caso serán los Planes de pensiones, cuya quiebra está ya en el 66%...

La cuestión parece radicar ahora en que fórmula pueda idearse para enmendar esa situación.

Y no hay respuesta: ni en la bibliografía, mucho menos en la política, ni en las leyes: El tiempo de la Seguridad Social parece haberse acabado, por encima de las nauseabundas proclamas de todo tipo negando esa evidencia.

Todo parece indicar que es el tiempo de una vaga y oscilante Asistencia Social errabunda, inestable a merced de las decisiones de los poderosos, y de sus presupuestos económicos...

En fin, la situación de los derechos de los pobres recuerda el epigrama de J. de IRIARTE.

*El Señor don Juan de Robres
Con caridad sin igual
hizo este santo hospital
Y también hizo los pobres*

José Vida Soria

El Empleo, que ha venido constituyendo una de las principales líneas de investigación de la Profesora Quesada Segura, resuena en esta obra monográfica con sonido coral polifónico. Ochenta autores ofrecen en este libro, de forma coordinada, equilibrada y completa, un tratamiento del mayor interés académico y de transferencia científica al ámbito de la aplicación jurídico-técnica, mediante un abordaje teórico y concreto de la problemática del Empleo en la actual sociedad del trabajo, caracterizada por cambios de enorme importancia.

La obra plantea, en su Primera Parte (más genérica) el objetivo del empleo, perseguido a la vez por la Política y el Derecho, que son los dos principales ejes de este estudio conjunto. Dentro de esta Parte se analiza la Política de Empleo (con carácter general, así como su institucionalización y organización concretas), el trabajo en sí (visto en su dimensión social de fuerza, en su dimensión económica de mercado y en su dimensión jurídica de relación), además del Derecho Social del Empleo (en sus ámbitos nacional, europeo e internacional). La Segunda Parte de la obra aborda (de forma más concreta) los instrumentos de política de empleo y su marco jurídico. Entre dichos instrumentos (con su correspondiente regulación jurídica) se analizan de forma amplia y detallada la colocación, las medidas para el fomento de la contratación laboral, las medidas formativas de fomento del empleo, la protección por desempleo, así como la protección dispensada a colectivos laborales concretos.

Es, en definitiva, un libro llamado a convertirse en referencia doctrinal sobre el tratamiento político-jurídico del empleo por el alto nivel de aportaciones que, con intención omnicomprendensiva, han sido confiadas a un número relevante de autores de gran nivel académico, entre los que se encuentra un número muy significativo de Catedráticos e incluso de Maestros del Derecho del Trabajo, siendo algunos de ellos Profesores extranjeros.

www.juntadeandalucia.es/empleo/carl

ISBN 978-84-608-5818-8



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO