

ESTUDIOS

Reconocimiento y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral
Eduardo Martín Puebla

Régimen jurídico de las agencias de colocación
Gemma M^a Sobrino González

La movilidad geográfica tras la reforma operada por ley 35/2010, de 17 de septiembre: un nuevo procedimiento de traslado colectivo
Francisca Fernández Prol

El acoso laboral en la universidad: Consecuencias jurídicas y gestión de conflictos
Eduardo Gamero Casado

El distintivo de igualdad: un nuevo indicador de calidad en la gestión de los recursos humanos
Rosa Melero Bolaños
Pilar Núñez-Cortés Contreras

MERCADO DE TRABAJO

El imparable avance del desempleo. Informe de coyuntura sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (primer trimestre de 2011)
Santos Ruesga Benito, José Luis Martín Navarro, Laura Pérez Ortiz

INFORMES Y DOCUMENTOS

Memoria de actuaciones del SERCLA en 2010
Francisco Javier Millán de Cózar

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Universidad de Almería
El derecho de huelga en el marco de la descentralización empresarial
Juan Escribano Gutiérrez

Universidad de Córdoba
La facultad de vigilancia y control por parte del empresario de la incapacidad temporal del trabajador: elenco de pruebas admitidas y no injerencia judicial en materia de sanciones
María José Rodríguez Crespo

Universidad de Granada
La prestación por desempleo desde la perspectiva del inmigrante en situación administrativa irregular, ¿trabajadores de hecho pero no de derecho?
Farah Amaadachou Kaddur

Universidad de Huelva
Consecuencias del incumplimiento de obligaciones por parte de beneficiarios de prestaciones por desempleo
Jose L. Lázaro Sánchez

Universidad Pablo de Olavide
Sobre la retractación de la dimisión durante el período de preaviso
Fernando Elorza Guerrero

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía
M^a Dolores Rubio de Medina

110

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
110/2011 - Tercer Trimestre

TEMAS LABORALES 2011

110

ISSN: 0213-0750 <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO



JUNTA DE ANDALUCÍA



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

110

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Avda. República Argentina
núm. 25, 1ª planta
41011 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

MANUEL RECIO MENÉNDEZ
Consejero de Empleo

VOCALES

JUSTO MAÑAS ALCÓN	Viceconsejero de Empleo
ESTHER AZORIT JIMÉNEZ	Directora General de Seguridad y Salud Laboral
DANIEL A. RIVERA GÓMEZ	Director General de Trabajo y Seguridad Social
ANTONIO ANGULO MARTÍN	Presidente de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía
VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Y BRAVO-FERRER	Consejero Permanente de Estado
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJO DE REDACCIÓN

MANUEL RECIO MENÉNDEZ	Consejero de Empleo
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
MANUEL ALCAIDE CASTRO	Catedrático de Organización de Empresas Universidad de Sevilla
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Huelva

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Sevilla

SECRETARIO

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA
Catedrático EU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Huelva

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1º, Sevilla (41011). Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y especial monográfico-72 euros. Número suelto: 18 euros
Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES DEPÓSITO LEGAL: SE-1.077/96
CONSEJERÍA DE EMPLEO I.S.S.N.: 0213-0750
JUNTA DE ANDALUCÍA Imprime: ALP Impresores S.L.

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 110/2011
Tercer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

Reconocimiento y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral	13
EDUARDO MARTÍN PUEBLA	
Régimen jurídico de las agencias de colocación	43
GEMMA M ^a SOBRINO GONZÁLEZ	
La movilidad geográfica tras la reforma operada por ley 35/2010, de 17 de septiembre: un nuevo procedimiento de traslado colectivo	73
FRANCISCA FERNÁNDEZ PROL	
El acoso laboral en la universidad: Consecuencias jurídicas y gestión de conflictos	91
EDUARDO GAMERO CASADO	
El distintivo de igualdad: un nuevo indicador de calidad en la gestión de los recursos humanos	127
ROSA MELERO BOLAÑOS PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS	

2. MERCADO DE TRABAJO

El imparable avance del desempleo. Informe de coyuntura sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (primer trimestre de 2011) ...	151
SANTOS RUESGA BENITO JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO LAURA PÉREZ ORTIZ	

3. INFORMES Y DOCUMENTOS

Memoria de actuaciones del SERCLA en 2010	185
FRANCISCO JAVIER MILLÁN DE CÓZAR	

4. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO	
Universidad de Almería	
El derecho de huelga en el marco de la descentralización empresarial ..	195
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ	

PODER DE DIRECCIÓN	
Universidad de Córdoba	
La facultad de vigilancia y control por parte del empresario de la incapacidad temporal del trabajador: elenco de pruebas admitidas y no injerencia judicial en materia de sanciones.....	207
MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ CRESPO	
PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL	
Universidad de Granada	
La prestación por desempleo desde la perspectiva del inmigrante en situación administrativa irregular, ¿trabajadores de hecho pero no de derecho?	215
FARAH AMAADACHOU KADDUR	
DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO	
Universidad de Huelva	
Consecuencias del incumplimiento de obligaciones por parte de beneficiarios de prestaciones por desempleo	229
JOSE L. LÁZARO SÁNCHEZ	
EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	
Universidad Pablo de Olavide	
Sobre la retractación de la dimisión durante el período de preaviso	243
FERNANDO ELORZA GUERRERO	
5. RESEÑA DE LEGISLACIÓN	
Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía ..	259
M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	
LEY 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía (BOJA núm. 36, de 21 de febrero)	266
ORDEN de 20 de enero de 2011, por la que se dictan instrucciones y se señalan los criterios de actuaciones en los procedimientos de elecciones sindicales del personal al servicio de la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma de Andalucía durante los años 2011 y 2012 (BOJA núm. 39, de 24 de febrero).....	291
ORDEN de 8 de febrero de 2011, de creación y modificación de ficheros de datos de carácter personal gestionados por la Consejería de Empleo (BOJA núm. 46, de 7 de marzo).....	295
ORDEN de 25 de febrero de 2011, por la que se aprueba el modelo de solicitud del reconocimiento del grado de discapacidad (BOJA núm. 50, de 11 de marzo).....	297
ORDEN de 24 de febrero de 2011, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en materia de organización de acciones formativas a organizaciones sindicales en régimen de concurrencia no competitiva.....	297

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals –IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: Análisis Laboral (Perú), Arbeit und Recht (Alemania), Australian Journal of Labour Law (Australia), Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (Francia), Bulletin of Comparative Labour Relations (Bélgica), Canadian Labour & Employment Law Journal (Canadá), Comparative Labor Law & Policy Journal (Estados Unidos de América), Diritti lavori mercati (Italia), Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA-Alemania), Giornale di Diritto del Lavoro (Italia), Industrial Law Journal (Sudáfrica), Industrial Law Journal (Reino Unido), International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations (Holanda), International Labour Review (OIT), Japan Labor Review (Japón), Labour Society and Law (Israel), Lavoro e Diritto (Italia), Relaciones Laborales (España), Revista de Derecho Social (España), Revue de Droit du Travail (Francia) y Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Alemania).

Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter, está destinada fundamentalmente a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos inéditos de investigación y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

La remisión de originales, de acuerdo con el formato de estilos que caracterizan a la Revista –en especial, en lo que respecta a la extensión máxima de 30 páginas, inclusión de extracto, interlineado sencillo y cuerpo principal a 12, y que pueden consultarse en detalle en el archivo que sobre reglas de estilo se localizan su espacio web específico (pinchando sobre el icono de la Revista)- y siempre debidamente identificados en cuanto a su autoría, se efectuará por correo electrónico a las siguientes direcciones: jesuscruz@us.es y/o chano@uhu.es

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

WEB, HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

La Revista TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social dispone de un espacio web específico en el que junto a las reglas de suscripción y distribución y otras características técnicas, pueden ser consultados todos sus contenidos. Debidamente clasificados por número de edición, autor, título, tipo de artículo y materia, en la base de datos creada al efecto.

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE ANDALUSIAN
REVIEW
Nº 110/2011
Third Trimester

INDEX

1. STUDIES

Recognition and accreditation of professional competences acquired through the labour experience	13
EDUARDO MARTÍN PUEBLA	
Outplacement Agencies' Legislation	43
GEMMA M ^a SOBRINO GONZÁLEZ	
The geographic mobility after the 35/2010 Law of September 17th: a new procedure in collective relocation	73
FRANCISCA FERNÁNDEZ PROL	
The labour mobbing in Universities: Judicial consequences and conflict resolution	91
EDUARDO GAMERO CASADO	
The new Gender Equality Label: a new quality indicator in human resources management	127
ROSA MELERO BOLAÑOS	
PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS	

2. LABOUR MARKET

The unstoppable rise in unemployment. Report on the labour situation in Spain and Andalusia (first trimester 2011)	151
SANTOS RUESGA BENITO	
JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO	
LAURA PÉREZ ORTIZ	

3. REPORTS AND DOCUMENTS

2010 SERCLA Memories	185
FRANCISCO JAVIER MILLÁN DE CÓZAR	

4. JUDICIAL COMMENTS

COLLECTIVE LABOUR RIGHTS	
University of Almeria	
The strike rights in private sector decentralization framework	195
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ	

MANAGEMENT POWER	
University of Cordoba	
The monitoring and control done by the employer to the worker's temporal incapacity: the admitted facts and no judicial interference in sanctions	207
MARIA JOSÉ RODRÍGUEZ CRESPO	
SOCIAL SECURITY PENSIONS	
University of Granada	
The unemployment benefits from a perspective of an immigrant in irregular situation: are they real workers but having no real-rights?.....	215
FARAH AMAADACHOU KADDUR	
ADMINISTRATIVE LABOUR LAW	
University of Huelva	
Unemployment benefits beneficiaries, the consequences of not complying with their obligations.....	229
JOSÉ LUIS LÁZARO SÁNCHEZ	
THE END OF THE EMPLOYMENT CONTRACT	
University Pablo de Olavide	
About retracting a resignation during the notice period.....	243
FERNANDO ELORZA GUERRERO	
5. LEGISLATIVE REMARKS	
Legislative comment about the Andalusian Autonomous Community ..	259
M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	

RECONOCIMIENTO Y ACREDITACIÓN DE LAS COMPETENCIAS PROFESIONALES ADQUIRIDAS A TRAVÉS DE LA EXPERIENCIA LABORAL

EDUARDO MARTÍN PUEBLA

*Profesor TU de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Salamanca*

EXTRACTO

Palabras Clave: Formación y cualificación profesional

El reconocimiento y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral y/o a través de otras vías no formales o informales de cualificación se inscribe en las estrategias de aprendizaje permanente y de empleo impulsadas y coordinadas por la Unión Europea. Se trata de un instrumento apto para alcanzar objetivos diversos: desde el acceso a una cualificación profesional de los trabajadores que no poseen ningún título o certificado a la política de recursos humanos de las empresas dirigida a promover la movilidad y la recolocación de los trabajadores, pasando por la política de empleo y de mejora de la empleabilidad de los trabajadores menos cualificados. La aprobación del RD 1224/2009, de 17 de julio, de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral, cumple las previsiones del art. 8.2 de la Ley Orgánica 5/2002, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional proporcionando un marco jurídico adecuado para llevar a cabo el reconocimiento, evaluación y acreditación de estas competencias en el marco de un procedimiento que garantiza la fiabilidad, objetividad y rigor técnico de la evaluación.

ABSTRACT

Key Words: Training and professional qualification

The recognition of any professional skills acquired during the work experience, which has been acquired without any formal or informal professional qualification it is included in the lifelong learning education and employment strategy fostered by the European Union. This instrument has twofold objectives: that workers have access to professional qualification and that do not hold a degree or certificate from human resources department of those companies that have under their policies the goal to promote or give new job opportunities to workers (or outplacement) and take into account the employment policies and to improve work conditions for those non-skilled workers. The approval of the Royal Decree nº1224/2009, from July 17th, that recognises the competences acquired during the work experience is totally in line with the prevision on the Art. 8.2 of the Organic Law 5/2002, on Qualification and Professional Training providing a legal framework to recognize, evaluate, and certify that such competences are granted under an evaluation that is reliable and objective.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. EL RECONOCIMIENTO DE LAS COMPETENCIAS PROFESIONALES ADQUIRIDAS POR LA EXPERIENCIA EN LAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN EUROPEA
3. EL RECONOCIMIENTO DE LAS COMPETENCIAS PROFESIONALES ADQUIRIDAS POR LA EXPERIENCIA LABORAL EN EL DERECHO ESPAÑOL
 - 3.1. Premisa
 - 3.2. El reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por la experiencia laboral: principios y fines
 - 3.3. Información, orientación e instrumentos de apoyo al procedimiento
 - 3.4. Procedimiento de evaluación de las competencias adquiridas a través de la experiencia laboral
 - 3.5. Organización y gestión del procedimiento

1. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral y/o a través de otras vías no formales o informales de cualificación se inscribe en la estrategia de aprendizaje permanente impulsada desde la Unión Europea. Tradicionalmente se distingue entre tres categorías básicas de aprendizaje: el formal, el no formal y el informal¹. El primero tiene lugar en centros educativos o de formación, deriva de un programa formativo organizado y estructurado y conduce a la obtención de cualificaciones y títulos reconocidos oficialmente. El aprendizaje no formal tiene lugar en el trabajo o en otro tipo de actividades que se desarrollan en el ámbito de la sociedad civil (organizaciones juveniles, sindicatos, partidos políticos, ONG, etc.), suele encontrarse integrado en actividades planificadas no diseñadas específicamente como formación pero que contienen un importante componente formativo y no suele desembocar en certificados formales. El aprendizaje informal, finalmente, es un complemento natural de la vida cotidiana –de las actividades familiares y de ocio, por ejemplo–, no está organizado ni estructurado en cuanto a objetivos, tiempo dedicado o soportes de aprendizaje, a diferencia de los anteriores no es necesariamente intencionado y no suele dar lugar a título o certificación alguna.

La lógica que está detrás de esta nueva forma de acceso a la cualificación es plural, como plurales son también los intereses de los distintos actores in-

¹ Vid., al respecto, el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, *Memorandum sobre el aprendizaje permanente*. Bruselas, 30 de octubre de 2000, SEC (2000) 1832. La distinción es retomada en el texto de Braindridge, S. y Murray, J., Harrison, T. y Ward, T., *Apprendre pour l'emploi. Deuxième rapport sur les politiques formation et d'enseignement professionnels en Europe*, CEDEFOP, Thessalonique, 2005, p. 37.

volucrados en la misma –individuos, empresas, interlocutores sociales, centros de formación y poderes públicos, entre otros²–. En primer lugar puede decirse que el reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia responde plenamente «al espíritu y a la filosofía de la educación permanente (...), a la definición de una educación nunca acabada y que deja al individuo tiempos diferentes para el aprendizaje»³.

En segundo lugar, constituye un instrumento de las políticas empresariales de recursos humanos apto para incentivar el acceso a la formación profesional de los trabajadores menos cualificados y que carecen de cualquier acreditación formal de forma que puedan adquirir un título o diploma. Se facilitan así los procesos de movilidad interna en la empresa y de recolocación o búsqueda de un nuevo empleo cuando se pierde el anterior⁴. La convalidación constituye en este contexto un instrumento de las políticas de gestión por competencias⁵ y de gestión anticipada del empleo y las cualificaciones, pues permite a la empresa trazar un balance de los saberes prácticos de sus trabajadores y poner en marcha una dinámica de prospectiva por la que se refiere e la evolución previsible de su actividad y de las necesidades de mano de obra futuras⁶. Para la empresa, en definitiva, el reconocimiento y acreditación de competencias adquiridas a través de la experiencia tiene un claro interés estratégico en un contexto de cambio tecnológico y de envejecimiento de la población, que puede conducir a un escenario de penuria de mano de obra cualificada en determinados sectores⁷.

² Vid., Duvekot, R., Schuur, K., Paulusse, J. (editors), *The unfinished story of VPL. Valuation & validation of prior learning in Europe's learning cultures*, Foundation EC-VPL & Kenniscentrum EVC Utrecht, september 2005, p. 3. En este estudio se mencionan hasta seis diferentes funciones o enfoques de los llamados «sistemas de validación del aprendizaje previo» (VPL).

³ Pinte, G., «La Validation des acquis de l'expérience (VAE) à l'intersection de la formation professionnelle continue et de l'éducation permanente», *Esprit Critique, Revue International de Sociologie et des Sciences Sociales*, CNAM, Hiver 2003 (consultada en la página de Internet de la revista: www.espritteritique.fr).

El Rapport d'étape du Haut Comité Éducation-Économie-Emploi: VAE: construire une professionnalisation durable, La documentation française, 2004, p. 9, reconoce la plena inserción de la validación de los adquiridos de l'expérience en la estrategia de «formation tout au long de la vie».

⁴ Denier, J. L., «Validation des acquis ou certification des compétences ?», *Les cahiers du DRH*, n° 108, marzo 2005, pp. 26 y ss. LABRUYÈRE, CH. et ROSE, J., «Validation des acquis de l'expérience: objectif partagé, pratiques diversifiées», *Notes Emploi Formation*, n° 15, CEREP, p. 12.

⁵ Vid., Lecourt, A-J Y Méhaut, Ph., «La Validation des acquis de l'expérience : entre poursuite et inflexion du modèle français du diplôme», *La revue de l'IREES*, n° 55, 2007/3, numéro spécial : «La validation des acquis de l'expérience entre dans les mœurs», p. 20.

⁶ Vid., asimismo, FAURE, M., «Una aplicación innovante : l'integration de la VAE dans la stratégie de l'entreprise ou le Management by abilities», *Les cahiers du DRH*, n° 108, marzo de 2005, pp. 61 y ss.

⁷ Denier, J. L., «Validation des acquis ou certification des compétences ?», *cit.*, p. 30.

⁸ Denier, J. L., «La VAE: machine à diplômes ?», *Les cahiers du DRH*, n° 108, marzo 2005, p. 16. Vid., asimismo, sobre esta problemática, *Rapport d'étape du Haut Comité Éducation-Économie-Emploi: VAE: construire une professionnalisation durable*, La documentation française, Paris, 2004, pp. 20 y 21.

En tercer lugar, desde la perspectiva de la política de empleo la convalidación de la experiencia profesional puede constituir un instrumento institucional al servicio de proyectos educativos y sociales, como la recualificación de ciertas categorías de trabajadores⁸. Finalmente, como derecho individual del trabajador o del simple ciudadano, se presta a una utilización personal por quienes no poseen ningún tipo de título o diploma y desean que se valore y acredite su experiencia de trabajo con fines que pueden ir desde la promoción profesional, la continuidad en el empleo o la mejora de su empleabilidad⁹.

En la realidad son los sectores más desfavorecidos de la población, «los individuos que no han tenido acceso a la formación y a la enseñanza formal, los que no han completado su formación y los que han adquirido sus competencias esencialmente en el lugar de trabajo los que más a menudo experimentan dificultades para encontrar nuevas posibilidades de formación o para obtener un empleo a la altura de sus competencias y de su experiencia anterior. Los trabajadores que no tienen apenas cualificaciones formales, o no tienen ninguna, están en las peores condiciones posibles para encontrar un empleo gratificante. Ayudar a estos trabajadores a que se reconozcan formalmente sus competencias les permite valorizar su capital personal, lo que facilita la posterior búsqueda de un empleo. Todo ello contribuye en definitiva a ampliar las perspectivas de empleo y de carrera profesional y les permite acceder a nuevas posibilidades de aprendizaje»¹⁰.

⁸ Vid., Bertrand, H., «Validation des acquis de l'expérience : constat du passé ou promesse d'avenir ?», *La revue de l'IREES*, nº 55, 2007/3, numéro spécial : «La validation des acquis de l'expérience entre dans les moeurs», p. 11. El interés de las empresas, explica este autor, para poner en marcha procesos colectivos de convalidación es aún tímido y se limita a ciertos tipos de actividad, sobre todo empleos y actividades en sectores que tienen una débil consideración social, aún exigiendo auténticas cualidades profesionales, a veces difíciles de encontrar.

Vid., asimismo, Lecourt, A-J Y Méhaut, Ph., «La Validation des acquis de l'expérience : entre poursuite et inflexion du modèle français du diplôme», *cit.*, pp. 36 y 37.

⁹ Vid., Jacques, M-H., Marchan, F. y Neyrat, F., «La mise en oeuvre du droit à la validation des acquis de l'expérience», *Droit Social*, nº 5, mai, 2002, p. 606. Además de la promoción, los candidatos al reconocimiento de la experiencia pueden perseguir un fin de inserción profesional (*retour à l'emploi*) o de estabilización profesional (lo que permite presentar la VAE como un medio para la conocida como «*sécurisation des parcours et des trajectoires professionnelles*»).

Parlant, C., «La VAE à l'épreuve du droit», *Les cahiers du DRH*, nº 108, marzo de 2005, pp. 41-41, distingue, en función de la motivación individual, entre la «VAE promoción» y la «VAE reconocimiento».

¹⁰ OCDE, *Le rôle des systèmes nationaux de certification pour promouvoir l'apprentissage tout au long de la vie. Rapport du Groupe thématique 2: Normes et assurance-qualité de qualifications, particulièrement sous l'angle de la reconnaissance des apprentissages non formel e informel*, p. 9.

2. EL RECONOCIMIENTO DE LAS COMPETENCIAS PROFESIONALES ADQUIRIDAS POR EXPERIENCIA LABORAL EN LAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN EUROPEA

El reconocimiento y acreditación de las competencias profesionales adquiridas por la experiencia es un objetivo impulsado con insistencia desde diferentes políticas y actuaciones de la Unión Europea, ya se trate de la política de educación y de formación profesional, como de las políticas en los ámbitos del empleo, la juventud y la cohesión social. Diversos documentos e instancias comunitarias han puesto de manifiesto la importancia que, en el enfoque del aprendizaje permanente¹¹, adquieren los conocimientos y competencias adquiridas a través de la educación no formal e informal y la necesidad de adoptar medidas que permitan acreditar y convalidar tales competencias para facilitar la movilidad laboral y la transparencia del mercado de trabajo.

El libro blanco de la Comisión sobre educación y formación¹², reconoce la importancia de establecer nuevas formas de reconocimiento y acreditación de las competencias profesionales de cara estimular a las personas a ampliar sus conocimientos: «la valorización del saber adquirido por el individuo a lo largo de toda su vida supone establecer nuevas formas de reconocimiento de las competencias, más allá del título de la formación inicial, y ello debe establecerse en primer lugar en los niveles nacional y local». El libro blanco propone iniciar un proceso a nivel europeo para, entre otros objetivos, idear sistemas de validación de los mismos y establecer mecanismos nuevos, más flexibles, de reconocimiento de las competencias. Un sistema de este tipo permitiría aumentar la autonomía individual en la construcción de la cualificación, incitando a formarse a quienes no quieren o no pueden seguir un sistema de enseñanza clásico. Se debe llegar así a un sistema europeo de acreditación de las competencias técnicas y profesionales a través de la cooperación entre centros de enseñanza, sectores profesionales, cámaras de comercio y empresas, con la implicación también de los interlocutores sociales¹³.

El documento de la Comisión «Hacer realidad un espacio europeo del aprendizaje permanente»¹⁴ incorpora como uno de los componentes básicos de

¹¹ Vid., Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: «Memorándum sobre el aprendizaje permanente», SEC (2000) 1832, Bruselas, 30.10.2000, y Comunicación de la Comisión, «Hacer realidad un espacio europeo del aprendizaje permanente», COM (2001) 678 final, Bruselas, 21.11.2001.

¹² COMISIÓN EUROPEA, «Enseñar y aprender. Hacia una sociedad del conocimiento» COM (1995) 190 final. Bruselas 29.11.1995.

¹³ Vid., COMISIÓN EUROPEA, *Histoire de la coopération européenne dans le domaine de l'éducation et de la formation. Comment l'Europe se construit – Un exemple*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés Européennes, 2006, p. 163.

¹⁴ Comunicación de la Comisión, COM (2001) 678 final. Bruselas, 21.11.2001.

la estrategia global y coherente de aprendizaje la necesidad de facilitar el acceso a las oportunidades de aprendizaje, haciendo que la oferta de formación sea más visible, flexible, integrada y eficaz, desarrollando la mismo tiempo nuevos procesos, productos y entornos de aprendizaje. Un aspecto básico de este componente, que afecta al aprendizaje formal, es el de adaptar los requisitos de ingreso, progreso y reconocimiento para tomar en consideración el aprendizaje no formal y el informal. Por otra parte, dentro del componente relativo a la creación de una cultura del aprendizaje se propone valorar y recompensar el aprendizaje, especialmente el no formal y el informal, reconociendo su valor intrínseco.

Una de las prioridades de actuación del citado documento consiste en la valorización del aprendizaje: «permitir a los ciudadanos que combinen y estructuren el aprendizaje obtenido en la escuela, la universidad, los centros docentes, el trabajo, el tiempo libre, las actividades familiares supone que todas las formas de aprendizaje pueden ser identificadas, evaluadas y reconocidas. Es preciso un nuevo planteamiento global de la valoración del aprendizaje para tender puentes en los diversos contextos y formas de aprendizaje y facilitar el acceso a currículos individuales de aprendizaje». El texto pone de relieve que todas las respuestas a la consulta realizada subrayaron que los progresos en este ámbito, particularmente en relación con el aprendizaje no formal e informal, constituirán un paso fundamental hacia el espacio europeo del aprendizaje permanente.

La Resolución del Consejo sobre la educación permanente de junio de 2002¹⁵ insta a los Estados miembros a adoptar medidas efectivas para la validación de los resultados del aprendizaje, de importancia capital para que construir puentes entre el aprendizaje formal no formal e informal, lo que constituye un requisito previo para la creación de un espacio europeo del aprendizaje permanente. Por su parte, el «Programa de trabajo detallado para el seguimiento de los objetivos concretos de los sistemas de educación y formación en Europa» (2002/C 142/01)¹⁶ integra en el segundo objetivo estratégico, dentro de los aspectos que pueden constituir objeto de intercambio de experiencias, buenas prácticas y evaluación entre pares, la acreditación del aprendizaje previo y la validación de la experiencia adquirida, considerando que el establecimiento de procedimientos de validación oficial de las iniciativas de educación no formal es una de las cuestiones clave para hacer el aprendizaje más atractivo para todos.

En el marco del proceso de colaboración política en materia de enseñanza y formación profesionales –conocido como «proceso de Copenhague»– también

¹⁵ Resolución del Consejo de 27 de junio de 2002 sobre la educación y la formación permanentes (DOUE, C 163 de 9 de julio de 2002).

¹⁶ DOUE de 16 de junio de 2002.

se ha aprestado una especial atención a la temática de la validación y reconocimiento de las competencias adquiridas a través de aprendizajes no formales e informales. La «Declaración de Copenhague»¹⁷ de noviembre de 2002 establece que el reconocimiento de competencias y cualificaciones constituye una de las prioridades a perseguir intensificando la cooperación europea en materia de formación y enseñanza profesional¹⁸, para lo cual se debe desarrollar un conjunto de principios comunes relativos a la validación del aprendizaje no formal e informal con el objeto de garantizar una mayor compatibilidad entre los enfoques en los distintos países y a niveles diferentes¹⁹. Posteriormente, el comunicado de los Ministros responsables de la educación y la formación profesionales de 14 de diciembre de 2004²⁰ establece que una de las prioridades de actuación a nivel europeo debe consistir en el desarrollo de un marco europeo de cualificaciones abierto y flexible destinado a facilitar a la educación y formación profesionales y a la enseñanza general un referente común para facilitar el reconocimiento y el carácter transferible de las cualificaciones. Este instrumento está también destinado a posibilitar la convalidación de las competencias adquiridas a través de vías no formales e informales –principalmente a través de la experiencia profesional– para facilitar un funcionamiento fluido y efectivo de los mercados de trabajo a nivel europeo, nacional y sectorial.

La posterior reunión de los Ministros responsables de esta materia puso de nuevo de relieve que el desarrollo de procedimientos de este tipo contribuye a reforzar los vínculos ente la enseñanza profesional y el mercado de trabajo. «La posibilidad de convalidar las competencias derivadas del aprendizaje no formal e informal –se afirma en el documento ministerial– se caracteriza por la creación de marcos jurídicos y administrativos y por la elaboración de metodologías. Se considera que está vinculada a la implantación de marcos nacionales de cualificaciones»²¹.

¹⁷ Se trata de la Declaración de Ministros Europeos de Formación y Enseñanza Profesional y la Comisión Europea, reunidos en Copenhague los días 29 y 30 de noviembre de 2002, sobre una mejor cooperación europea en materia de formación y enseñanza profesional.

¹⁸ Dentro de esta prioridad se proponen acciones en otros dos ámbitos específicos: la promoción de la transparencia, comparabilidad, transferibilidad y reconocimiento de las competencias y cualificaciones entre distintos países y a distintos niveles y el apoyo al desarrollo de competencias y cualificaciones a nivel sectorial, involucrando especialmente a los interlocutores sociales.

¹⁹ Los objetivos y prioridades de la «Declaración de Copenhague» fueron, asumidos, como se sabe, por la Resolución del Consejo de 19 de diciembre de 2002, relativa al fomento de la cooperación reforzada europea en materia de educación y formación profesionales (2003/c 13/02), (DOCE de 18.1.2003).

²⁰ *Communiqué de Maastricht sur les priorités futures de la coopération européenne renforcée pour l'enseignement et la formation professionnels*, de 14 décembre, 2004.

²¹ *Communiqué des Ministres européens de l'éducation et de la formation professionnels, des partenaires sociaux et de la Commission européenne réunis à Bordeaux le 28 novembre 2008 pour revoir les priorités et les stratégies du processus de Copenhague*.

Por su parte, el libro blanco de la Comisión sobre la juventud de noviembre de 2001²² se ocupa ampliamente del reconocimiento y acreditación de las competencias, poniendo de relieve que es un elemento clave para el impulso de la movilidad. Propone en este sentido una triple acción dirigida a desarrollar medios eficaces para reconocer las competencias adquiridas mediante la educación formal y no formal, destacar el aprendizaje no formal y mejorar el reconocimiento mutuo y la complementariedad de la enseñanza y de la formación profesionales como partes del sistema educativo. La estrategia de aprendizaje permanente demuestra que las competencias que necesita el individuo sólo pueden adquirirse en contextos a la vez formales, no formales e informales, por lo que es necesario valorar adecuadamente el aprendizaje que se realiza en estos últimos. Ello es especialmente importante por lo que respecta a los jóvenes pues «éstos participan en una amplia gama de actividades que se desarrollan fuera de los sistemas educativos y que brindan, en todos los casos, la ocasión de aprender de manera no formal»²³. En el contexto de nuevo de la política de juventud, una posterior Resolución del Consejo se ocupó asimismo del reconocimiento del valor de la educación no formal e informal invitando a los Estados miembros y a la Comisión a adoptar una serie de acciones en este ámbito, con vistas sobre todo a su utilización en el mercado laboral²⁴.

El documento de trabajo de los servicios de la Comisión titulado *Los créditos de aprendizaje europeos para la educación y formación profesionales (ECVET). Un dispositivo para la transferencia, la acumulación y el conocimiento de los resultados del aprendizaje en Europa*²⁵ inserta el nuevo instrumento que se propone crear en una estrategia dirigida a poner a disposición de las personas un dispositivo que les permita gestionar su itinerario de aprendizaje a partir de los logros y resultados del mismo cuando pasen de un contexto de aprendizaje a otro, facilitando de esta forma la validación y la transferencia de los resultados de aprendizaje no formales e informales

La convalidación y el reconocimiento de las competencias adquiridas a través de la experiencia o mediante otras vías no formales o informales de aprendizaje están también presente en la estrategia europea de empleo, sobre todo a partir de la incorporación de la estrategia de aprendizaje permanente

²² COMISIÓN EUROPEA, «Un nuevo impulso para la juventud europea», COM (2001) 681 final. Bruselas, 21.11.2001.

²³ El libro blanco sobre la Juventud recoge una amplia serie de propuestas, a desarrollar a distintos niveles –europeo, nacional, regional y local– dirigidas a valorar adecuadamente el aprendizaje realizado en contextos no formales, a ampliar el tipo de competencias que se deberían valorar y a establecer puentes entre los sistemas de aprendizaje.

²⁴ Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, sobre el reconocimiento del valor de la educación no formal e informal en el ámbito de la juventud europea (2006/C 168/01), (DOUE de 20.7.2006).

²⁵ Bruselas, 31 de octubre de 2006 SEC (2006) 1431.

como objetivo horizontal de las políticas de empleo en las directrices para el empleo de 2001²⁶. La nueva línea de trabajo relativa al desarrollo de las competencias para el mercado de trabajo en el contexto del aprendizaje permanente estimula a los Estados miembros a mejorar el reconocimiento de las cualificaciones y de las competencias y conocimientos adquiridos. En las directrices para 2002²⁷ se hace ya una referencia explícita al reconocimiento de los conocimientos y competencias adquiridas a través de la experiencia como uno de los instrumentos para facilitar y alentar la formación y la educación a lo largo de toda la vida.

Las conclusiones del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo sobre las futuras prioridades de una cooperación reforzada europea en materia de educación y formación profesionales (EFP) de enero de 2009²⁸ destacan que la EFP abarca todos los niveles de cualificación constituyendo una parte esencial de la educación permanente, por lo que debe estar estrechamente relacionada con la formación general y la formación superior. La EFP ocupa un lugar central en las políticas sociales y de empleo debiendo procurar la consecución no sólo de económicos (competitividad, innovación), sino también sociales (equidad, cohesión, desarrollo personal y ciudadanía activa). Por ello se deben establecer itinerarios flexibles que puedan adaptarse a las necesidades de los ciudadanos durante toda su vida, estableciendo estrechos vínculos entre todas las formas y contextos de aprendizaje. Revalidando las prioridades y las orientaciones del «Proceso de Copenhague» fijadas en 2002, para el periodo 2008-2010 propone emprender cuatro líneas concretas de actuación. Tanto en la primera de ellas –implantar a nivel nacional y europeo los instrumentos y dispositivos de cooperación sobre educación y formación profesionales–, como en la tercera –desarrollar los vínculos entre la educación y la formación profesionales y el mercado laboral– se efectúa una apelación a la necesidad de elaborar dispositivos e instrumentos para validar los resultados del aprendizaje no formal e informal en relación con la aplicación práctica del marco europeo y de los marcos nacionales de cualificaciones, así como del sistema europeo de transferencia de créditos en la EFP.

El resultado más tangible en materia de reconocimiento de competencias adquiridas a través de vías no formales e informales se contiene en las conclusiones del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Esta-

²⁶ Decisión del Consejo de 19 de enero de 2001, relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros de 2001 (2001/63/CE), (DOCE de 24 de enero de 2001).

²⁷ Decisión del Consejo de 18 de febrero de 2001, relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el año 2002 (2002/177/CE), (DOCE de 1 de marzo de 2002).

²⁸ (2009/C 18/04), DOUE de 24 de enero de 2009.

dos miembros reunidos en el seno del Consejo de 28 de mayo de 2004 (doc. 9600/04) que aprueba una serie de principios comunes europeos en la materia. Después de reconocer que la determinación y convalidación de la educación no formal e informal atiende a las necesidades de las personas que siguen una formación, respaldando la integración social, la empleabilidad y el desarrollo y uso de recursos humanos en contextos cívicos, sociales y económicos, al mismo tiempo que satisfacen las necesidades de las personas que desean integrarse o reintegrarse en la educación y la formación, en el mercado laboral y la sociedad, se subraya la necesidad de establecer una serie de principios comunes europeos que fomenten y guíen el desarrollo de enfoques y sistemas fiables y de alta calidad para determinar y convalidar la educación no formal e informal. Dichos principios son necesarios para asegurar la comparabilidad y la amplia aceptación de distintos enfoques y sistemas en los Estados miembros, permitiendo la transferencia y la aceptación de todos los resultados educativos en distintos entornos. Los principios europeos comunes son los siguientes:

- *Derechos individuales:* La determinación y convalidación de la educación no formal e informal debería ser en principio de carácter voluntario para cada persona. Debería garantizarse un acceso igualitario y un trato equitativo para todos. Deben respetarse asimismo los derechos e intimidad de las personas.
- *Obligaciones de los responsables.* Las partes interesadas deberían establecer, de conformidad con sus derechos responsabilidades y competencias en materia de educación, sistemas y enfoques para la determinación y convalidación de la educación no formal e informal. Entre ellos deberían incluirse mecanismos adecuados de garantía de la calidad. Los interesados deberían ofrecer orientación, asesoramiento e información sobre estos sistemas enfoques.
- *Fiabilidad y confianza.* Los procesos, procedimientos y criterios de determinación y convalidación de la educación no formal e informal deben ser justos y transparentes y estar sustentados en mecanismos adecuados de garantía de la calidad.
- *Credibilidad y legitimidad.* Los sistemas y enfoques para la determinación y convalidación de la educación no formal e informal deben respetar los intereses legítimos y garantizar una participación equilibrada de todas las partes interesadas. La evaluación ha de ser imparcial. Deben instaurarse mecanismos para evitar todo conflicto de intereses y garantizarse la competencia profesional de quienes llevan a cabo la evaluación.

Como colofón al establecimiento de dichos principios el texto invita a los Estados miembros y a la Comisión, en el ámbito de sus respectivas competencias, a difundir y promover su utilización, a animar a los interlocutores sociales

Europeos, en el contexto del diálogo social, y las organizaciones no gubernamentales que facilitan la educación permanente a emplearlos y adaptarlos a las necesidades específicas del lugar de trabajo, a apoyar el intercambio de experiencias y la mutua enseñanza, elaborando un Inventario Europeo sobre la determinación y convalidación de la educación no formal e informal, a intensificar la colaboración con las organizaciones internacionales a fin de conseguir sinergias en este ámbito, a desarrollar y apoyar modos coherentes y comparables de presentar resultados de determinación y convalidación de la educación no formal e informal, a nivel europeo, y a estudiar cómo los instrumentos existentes en el marco del Europass para la transparencia de las cualificaciones y competencias podría contribuir a ello, a estudiar cómo los principios europeos comunes podrían respaldar el trabajo en curso sobre la transferencia y la acumulación de créditos, la garantía de la calidad y la orientación y, en general, contribuir al desarrollo de un Marco Europeo de Cualificaciones, tal como se solicita en el Informe intermedio conjunto de la Comisión y el Consejo, de febrero de 2004, a apoyar el desarrollo de mecanismos de garantía de la calidad en el ámbito de la convalidación de la educación no formal e informal y, en particular, a estudiar cómo promover el desarrollo profesional de quienes realizan la evaluación, por ejemplo mediante el apoyo a redes destinadas a desarrollar y difundir las prácticas idóneas.

3. EL RECONOCIMIENTO DE LAS COMPETENCIAS PROFESIONALES ADQUIRIDAS POR LA EXPERIENCIA LABORAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

3.1. Premisa

El reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral —«el conocimiento adquirido a través de la práctica»²⁹— o de manera no formal³⁰ se inserta en el Sistema Nacional de Cualificaciones y de Formación Profesional establecido por la Ley Orgánica 5/2002, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional (LOCFP). Este Sistema integra las distintas ofertas formativas en el ámbito profesional e instrumenta vías de reconocimiento y acreditación de las competencias profesionales a nivel

²⁹ Vincens, J., «Définir l'expérience professionnelle», *Travail et Emploi*, n° 85, janvier 2001, p. 22

³⁰ El art. 4 del RD 1224/2009 define a las vías no formales simplemente como los procesos formativos no conducentes a acreditaciones oficiales, por oposición a las formales que son aquellas cuyo contenido está explícitamente diseñado en un programa que conduce a una acreditación formal.

nacional³¹. Precisamente, uno de los fines del mismo es la evaluación y acreditación oficial de la cualificación profesional cualquiera que hubiera sido la forma de su adquisición (art. 3.3 LOCFP), para lo cual prevé la instauración de un procedimiento de reconocimiento, evaluación, acreditación y registro de las cualificaciones profesionales. Por su parte, el art. 8.2 LOCFP prevé que la evaluación y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral o de vías no formales tenga como referente el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales³², desarrollándose siguiendo criterios que garanticen la fiabilidad, objetividad y rigor técnico de la evaluación. Esta norma finaliza habilitando al Gobierno para fijar los requisitos y procedimientos de evaluación y acreditación de las competencias, así como sus efectos.

En nuestro país se han desarrollado en estos últimos años, con carácter experimental, algunos procedimientos de evaluación por parte del Ministerio de Educación (Proyecto ERA, cuya memoria final se publicó en febrero de 2004) y de algunas Comunidades Autónomas. Es el caso, por ejemplo, de Aragón [Órdenes 19 de diciembre de 2006, de 27 de octubre de 2007 y 2 de diciembre de 2008], de Castilla –La Mancha [Orden de 30 de mayo de 2007 y Resolución de noviembre de 2007] y de la Comunidad Valenciana [Orden de 22 de julio de 2009]. Estas convocatorias se han realizado al amparo de la disposición transitoria única del Real Decreto 942/2003³³, cuyo apartado tercero atribuye al Ministerio de Educación o al órgano competente de la Comunidad Autónoma la facultad tanto de expedir los títulos de formación profesional como la de acreditación parcial de las competencias profesionales asociadas a los mismos.

La oferta de formación profesional referida al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales está constituida por los títulos de formación profesional y por los certificados de profesionalidad (art. 10.1 LOCFP). La normativa relativa a estos instrumentos [RD 1538/2006 y RD 34/2008, que regulan, respectivamente, la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo y los certificados de profesionalidad] establecen el procedimiento para evaluar y acreditar la formación adquirida y las cualificaciones profesionales que conforman las ofertas reguladas en las citadas normas. El RD 1224/2009, de 17 de julio completa esta normativa regulando el procedimiento

³¹ Camas Roda, F., (*La formación profesional en los ámbitos educativo y laboral*, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 82) lo califica de sistema mixto educativo-laboral.

³² El Catálogo –auténtico «eje institucional» del sistema integrado de formación profesional– está constituido por las cualificaciones identificadas en el sistema productivo y por la formación asociada a la misma organizada por módulos formativos, constituyendo el instrumento clave de cara a la integración de las ofertas de formación profesional. El Catálogo se encuentra regulado en el RD 1128/2003, de 5 de septiembre.

³³ Esta disposición ha sido derogada por la disposición derogatoria del RD 1224/2009, de 17 de julio.

y los requisitos para la evaluación y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral o de vías no formales de formación. Se trata de un procedimiento único –común, por tanto, para los ámbitos educativo y laboral– para el reconocimiento y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral o de vías no formales de formación.

3.2. La evaluación y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral: principios y fines

Los fines u objetivos del procedimiento de evaluación y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral o de vías no formales de formación son los siguientes [art. 3 RD 1224/2009]:

- a. Evaluar las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral y de otras vías no formales, mediante procedimientos y metodologías comunes que garanticen la validez, fiabilidad, objetividad y rigor técnico de la evaluación.
- b. Acreditar oficialmente las competencias profesionales, favoreciendo su puesta en valor con el fin de facilitar tanto la inserción e integración laboral y la libre circulación en el mercado de trabajo, como la progresión personal y profesional.
- c. Facilitar a las personas el aprendizaje a lo largo de la vida y el incremento de su cualificación profesional, ofreciendo oportunidades para la obtención de una acreditación parcial acumulable, con la finalidad de completar la formación conducente a la obtención del correspondiente título de formación profesional o certificado de profesionalidad.

El procedimiento de evaluación y acreditación de las competencias profesionales se inspira en una serie de principios que coinciden, con ligeros matices, con los establecidos en las conclusiones del Consejo de 28 de mayo de 2004:

1. Respeto de los derechos individuales, que se traduce en la igualdad de oportunidades en el acceso al proceso de evaluación y la transparencia del mismo, en el carácter voluntario y la confidencialidad de los resultados, respetando la normativa en materia de protección de datos de carácter personal.
2. Fiabilidad, esto es, la utilización de criterios, métodos, e instrumentos que aseguren resultados comparables para todas las personas participantes, independientemente del lugar o momento en el que se desarrolle la evaluación de la competencia profesional.
3. Validez, de tal forma que los métodos de evaluación empleados y su

posible concreción en pruebas midan adecuadamente la competencia profesional de los candidatos.

4. Objetividad, que se traduce en la garantía del rigor técnico, la imparcialidad de las comisiones de evaluación y la posibilidad de revisión del resultado de las evaluaciones.
5. Participación de los interlocutores sociales más representativos en la definición, planificación y seguimiento del procedimiento de evaluación.
6. Calidad, que se garantizará mediante un mecanismo de verificación interno y externo.
7. Coordinación de todas las partes responsables del desarrollo del procedimiento con el fin de conseguir la máxima eficacia y eficiencia en su implementación.

La unidad mínima de acreditación es la unidad de competencia profesional [art. 7.3 RD 1224/2009], que se define precisamente como el agregado mínimo de competencias profesionales susceptible de reconocimiento y acreditación parcial [art. 5.1 b) RD 1128/2003 que regula el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales]. Cada unidad de competencia comprende un conjunto de realizaciones profesionales, los criterios de realización y el contexto profesional en el que se enmarca [art. 6 RD 1128/2003]³⁴. Las realizaciones profesionales constituyen el núcleo de la unidad de competencia pues expresan la conducta o comportamiento de la persona, así como las consecuencias o resultados de las actividades que realiza. Por su parte, los criterios de realización expresan el nivel aceptable con que ello se produce para satisfacer los resultados de las empresas y organizaciones productivas, de ahí que constituyan una guía para la evaluación de la competencia. Estos tres elementos –realizaciones profesionales, criterios de realización y contexto profesional propios de cada unidad de competencia– constituyen lógicamente los referentes para evaluar si se posee o no la competencia correspondiente, utilizando para ello las llamadas «guías de evidencias» que deben elaborar las Administraciones Públicas como instrumentos de apoyo del proceso de evaluación [art. 7.2 RD 1224/2009].

3.3. Información, orientación e instrumentos de apoyo al procedimiento

Con el objetivo de difundir al máximo la información sobre este nuevo instrumento y posibilitar al acceso al mismo de la población interesada, se prevé que las Administraciones educativas y laborales garanticen un servicio abierto y permanente de información y orientación sobre el procedimiento de reconocimiento de competencias, el acceso al mismo, los derechos y obligaciones de

³⁴ Vid., al respecto, Martín Puebla, E., *El sistema de formación profesional para el empleo*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 53 y ss.

los participantes, las acreditaciones oficiales que a las que se pueden acceder y los efectos de las mismas. Esta información y orientación facilitará que las personas puedan tomar una decisión fundamentada sobre su participación en el procedimiento así como, en su caso, el acompañamiento necesario en el inicio y desarrollo del mismo [art. 8.1 RD 1224/2009]³⁵. Dicha información debe formar parte de la información y orientación en materia de formación profesional y empleo que prevén tanto el art. 4.1 c) LOCFP como el art. 6.1 c) de la Ley de Empleo [Ley 56/2003, de 16 de diciembre]³⁶.

Para los demandantes de empleo la posibilidad de acceder a un título de formación profesional o a un certificado de profesionalidad por esta vía debe formar parte de la información y orientación que están obligados a prestar los Servicios Públicos de Empleo pues constituye una medida susceptible de mejorar sus posibilidades de acceso al empleo formando parte de las políticas activas de empleo [art. 23.1 LE]³⁷.

Las administraciones competentes para gestionar el procedimiento de evaluación deben, por su parte, facilitar a todas las entidades que vayan a proporcionar servicios de información y orientación, modelos de cuestionarios de autoevaluación de las unidades de competencia que sean objeto de evaluación en cada convocatoria, con el fin de que las personas interesadas identifiquen su posible competencia profesional en alguna de las mismas [art. 8.3 RD 1224/2009].

Los Ministerios de Trabajo e Inmigración y de Educación desarrollarán, con la colaboración de las Comunidades Autónomas, una Plataforma de Información y Orientación que permita obtener información relativa al procedimiento de evaluación y acreditación, a las convocatorias y a las ofertas de formación. Asimismo se incluirán las herramientas necesarias para facilitar la autoevaluación y la elección de itinerarios formativos. Esta Plataforma formará parte del Sistema Integrado de Información y Orientación Profesional en el marco de lo previsto en la LOCFP y en el RD 395/2007, que regula el subsistema de formación profesional para el empleo y en el Real Decreto 1538/2006,

³⁵ La información la puedan facilitar también las Administraciones locales, los agentes sociales, las Cámaras de Comercio y otras entidades y organizaciones públicas y privadas [art. 8.2 RD 1224/2009]. Las Administraciones competentes garantizarán la formación y actualización de los orientadores y de otros profesionales de las Administraciones educativas y laborales, para el desarrollo de las funciones de información y orientación [art. 8.4 RD 1224/2009].

³⁶ Como ponen de relieve Baigorri López, J., Martínez Cía, P. y Monterrubio Ariznabarreta, E., «El reconocimiento oficial del saber profesional obtenido por la experiencia. Hacia la convergencia de políticas sociales en Europa», *Revista Europea de Formación Profesional*, nº 37, 2006/1, p. 42] «un proceso de acreditación de la competencia ha de estar en estricta relación con los sistemas de información, asesoramiento y orientación profesional».

³⁷ Vid., Montoya Melgar y Cristóbal Roncero, R., *Comentarios a la Ley de Empleo*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 142 y 143 y Martín Puebla, E., «El nuevo marco institucional de la política de empleo», *Revista de derecho Social*, nº 30, 2005, p. 94.

de 15 de diciembre, de ordenación general de la formación profesional del sistema educativo. La Administración General del Estado desarrollará finalmente fórmulas de cooperación y coordinación entre todos los entes implicados [art. 8.5 a 7 RD 1224/2009].

Los Ministerios de Educación y de Trabajo e Inmigración, en colaboración con las Comunidades Autónomas, deben elaborar también instrumentos para optimizar el procedimiento y garantizar su homogeneidad y fiabilidad. Con este objetivo la Administración competente debe facilitar a los posibles candidatos los siguientes materiales [art. 9.1 RD 1224/2009]:

1. Un manual de procedimiento que comprenderá una guía de las personas candidatas y guías para las figuras del asesor y del evaluador.
2. Cuestionarios de autoevaluación de las unidades de competencia.
3. Guías de evidencias de las unidades de competencia como apoyo técnico para realizar el proceso de evaluación, y cuya estructura básica se especifica en el Anexo I.

Las administraciones competentes de las Comunidades Autónomas podrán por su parte completar dichos instrumentos de apoyo para adaptar la metodología de evaluación a sus necesidades específicas [art. 9.2 RD 1224/2009].

3.4. Procedimiento de evaluación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral

El procedimiento de evaluación pivota sobre convocatorias públicas que deben realizar las Administraciones competentes. Con carácter general, la competencia para gestionar el proceso de evaluación y acreditación corresponde a las Comunidades Autónomas. Sin embargo, la Administración General del Estado se reserva la capacidad de convocar estos procesos en aquellos supuestos excepcionales en los que «no pueda llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación o coordinación por requerir un grado de homogeneidad que sólo pueda asegurarse mediante atribución de un único titular, que forzosamente ha de ser el Estado, o, en fin, cuando sea necesario recurrir a un ente con capacidad para integrar intereses contrapuestos de diversas Comunidades Autónomas». En concreto, el art. 10.6 del RD 1224/2009 prevé que la Administración del Estado pueda realizar convocatorias de carácter supraautonómico para determinados sectores o colectivos cuando las convocatorias autonómicas no permitan garantizar la integración de los intereses contrapuestos de diversas Comunidades Autónomas, así como la igualdad en las posibilidades de acceso al procedimiento para las personas potencialmente beneficiarias residentes en el territorio de distintas Comunidades Autónomas, pero ello debe efectuarse, se matiza, *con la colaboración de las propias Comunidades Autónomas* [art. 10.6 RD 1224/2009].

A. Convocatoria del procedimiento

El procedimiento de evaluación se inicia con la convocatoria pública de la administración competente, que deberá contener como mínimo una serie de datos relativos a aspectos como la identificación de las unidades de competencia que son objeto de evaluación, así como los títulos de formación profesional y/o certificados de profesionalidad correspondientes, los requisitos para participar en el procedimiento, el lugar de inscripción y desarrollo del mismo, los puntos de información y orientación, el período de inscripción y los plazos de las distintas fases del procedimiento y el plazo para presentar reclamaciones. En el caso de que se limite el número de personas que podrán ser evaluadas, ese límite deberá ser establecido en la convocatoria, atendiendo a las características socioeconómicas de la Administración convocante. También deben establecerse los criterios de admisión en el caso de que se convoque un número máximo de personas a evaluar [art. 10.1 RD 1224/2009].

La convocatoria del procedimiento cuenta con un doble condicionante: en primer lugar, la planificación de las convocatorias debe tener en cuenta el plazo en el que se van a convocar todas las unidades de competencia de una determinada cualificación profesional, para que los candidatos puedan completar al menos un certificado de profesionalidad [art. 10.2 RD 1224/2009]. En segundo lugar, se debe realizar al menos una convocatoria anual con el fin de facilitar que las personas adultas que no posean el título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria puedan obtener como mínimo una cualificación profesional de nivel I³⁸, para lo cual las Administraciones competentes designarán los centros en los que se podrá solicitar, en cualquier momento, la participación en el procedimiento de evaluación [art. 10.3 y 4 RD 1224/2009].

Por su parte, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en cada ámbito territorial podrán solicitar, a la Administración General del Estado o a la Administración competente en cada Comunidad Autónoma, la realización de convocatorias específicas para dar respuesta tanto a las necesidades de determinadas empresas, sectores profesionales y productivos, como las de colectivos con especiales dificultades de inserción y/o integración laboral [art. 10.5 RD 1124/2009].

Para facilitar la participación de los trabajadores en activo en los procesos de evaluación y acreditación de competencias se prevé que puedan beneficiarse de un permiso individual de formación al amparo del art. 12.3 del RD 395/2007 que regula el Subsistema de Formación Profesional para el empleo de acuerdo con lo que establezca el Ministerio de Trabajo e Inmigración [art.

³⁸ El nivel I de cualificación se define en el Anexo II del D 1128/2003, de 5 de septiembre, por el que se regula el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, como aquel que otorga competencia en un conjunto reducido de actividades relativamente simples correspondientes a procesos normalizados, siendo los conocimientos teóricos y las capacidades prácticas a aplicar limitadas.

10.7 RD 1124/2009]³⁹. El Ministerio de Trabajo e Inmigración debe adaptar las condiciones de ejercicio del permiso a las exigencias del procedimiento, estableciendo su duración, que deberá tener en cuenta las unidades de competencia objeto de evaluación y la necesidad de participación del candidato en las distintas fases del proceso, sobre todo en la de asesoramiento y en la de evaluación de la competencia profesional. A diferencia, pues, de otros ordenamientos que han creado un permiso especial para participar en este proceso⁴⁰, el derecho español ha optado por adaptar el permiso individual de formación a la situación y necesidades específicas del procedimiento de reconocimiento.

La Administración General del Estado y las administraciones competentes de las Comunidades Autónomas, garantizarán, en cada ámbito territorial, el cumplimiento de la legislación en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, especialmente, de las personas con discapacidad. A tal fin, las personas que deseen participar en el procedimiento de reconocimiento de las competencias dispondrán de los medios y recursos que se precisen para acceder y participar en el mismo [art. 10.8 RD 1224/2009]⁴¹.

Los requisitos que deben reunir las personas que deseen participar en el procedimiento son los siguientes [art. 11.1 RD 1224/2009]:

1. Poseer la nacionalidad española, haber obtenido el certificado de registro de ciudadanía comunitaria o la tarjeta de familiar de ciudadano o ciudadana de la Unión, o ser titular de una autorización de residencia o de residencia y trabajo en España en vigor, en los términos establecidos en la normativa española de extranjería e inmigración.

³⁹ *Vid.*, al respecto, MARTÍN PUEBLA, E., *El sistema de formación profesional para el empleo*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 98 y ss.

⁴⁰ Los art. L. 6422-1 a L. 6422-10 del *Code du travail* francés regulan el *congé pour validation des acquis de l'expérience*, cuyos rasgos más notables son los siguientes:

1. Está subordinado a una antigüedad de veinticuatro meses, cualquiera que haya sido la naturaleza del contrato, de los que doce deben acreditarse en la empresa (art. R. 6322-1 *Code du trav.*). Existen normas específicas para los trabajadores con contrato de duración determinada.
2. La duración del permiso no puede exceder de veinticuatro horas de tiempo de trabajo, consecutivos o no, por acreditación (art. L. 6422-3 *Code du trav.*).
3. Se asimila a tiempo de trabajo a efectos de vacaciones y de derechos vinculados a la antigüedad en la empresa [art. L. 6422-5 *Code du trav.*].
4. El trabajador puede presentar una solicitud de financiación al organismo paritario recaudador autorizado al que el empresario cotiza a estos efectos o, en su caso, al de la rama o sector al que pertenece la empresa o, si no existe, al organismo interprofesional regional [art. L. 6422-4 *Code du trav.*].
5. Dicho organismo debe aceptar dicha solicitud, salvo que la misma no sea susceptible de vincularse a una acción

⁴¹ La normativa a la que alude el texto es la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE del 3 de diciembre). La Ley 49/2007, de 26 de diciembre establece el régimen sancionador en la materia.

Así pues, debe tratarse de ciudadanos españoles o de ciudadanos extranjeros que residan legalmente en territorio español

2. Tener 18 años cumplidos en el momento de realizar la inscripción, cuando se trate de unidades de competencia correspondientes a cualificaciones de nivel I, y 20 años para los niveles II y III.
3. Tener experiencia laboral y/o formación relacionada con las competencias profesionales que se quieren acreditar:
 - a. Si se trata de experiencia laboral se deben justificar, al menos, 3 años, con un mínimo de 2.000 horas trabajadas en total, en los últimos 10 años transcurridos antes de realizarse la convocatoria. Para las unidades de competencia de nivel I, se requerirán 2 años de experiencia laboral con un mínimo de 1.200 horas trabajadas en total.
 - b. Si se trata de de formación se deben justificar, al menos, 300 horas, en los últimos 10 años transcurridos antes de realizarse la convocatoria. Para las unidades de competencia de nivel I, se requerirán al menos 200 horas. En los casos en los que los módulos formativos asociados a la unidad de competencia que se pretende acreditar contemplen una duración inferior, se deberán acreditar las horas establecidas en dichos módulos.
4. En los casos en los que la convocatoria exija requisitos específicos no académicos se deben poseer los documentos justificativos de los mismos.

Las personas mayores de 25 años que reúnan los requisitos de experiencia laboral o formativa indicados en el apartado anterior y que no puedan justificarlos mediante los documentos señalados en el artículo 12 del RD 1224/2009, podrán solicitar su inscripción provisional en el procedimiento, sin perjuicio de que presenten la justificación de su experiencia laboral o aprendizajes no formales de formación mediante alguna prueba admitida en derecho. Las Administraciones competentes designarán a los asesores y asesoras necesarios para estudiar estos casos, los cuales deberán emitir un informe sobre la procedencia o no de la participación del aspirante en el procedimiento. Si el informe es positivo, se procederá a la inscripción definitiva [art. 11.2 RD 1224/2009].

La experiencia laboral se justifica con los siguientes documentos [art. 12.1 RD 1224/2009]:

1. Para los trabajadores asalariados con certificación de la Tesorería General de la Seguridad Social⁴², del Instituto Social de la Marina o de la

⁴² Con el objetivo de facilitar la comunicación de datos entre la Tesorería General de la Seguridad Social y las Administraciones que gestionen el procedimiento de reconocimiento se prevé que éstas promuevan el establecimiento de un sistema de comunicación electrónica con la Tesorería General de la Seguridad Social para la transmisión de estos datos [art. 12.2, último apartado del RD 1224/2009].

mutualidad a la que estuvieran afiliados, donde conste la empresa, la categoría laboral (grupo de cotización) y el período de contratación; y con contrato de Trabajo o certificación de la empresa donde hayan adquirido la experiencia laboral, en la que conste específicamente la duración de los períodos de prestación del contrato, la actividad desarrollada y el intervalo de tiempo en el que se ha realizado dicha actividad.

2. Para los trabajadores autónomos con certificación de la Tesorería General de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina de los períodos de alta en la Seguridad Social en el régimen especial correspondiente y descripción de la actividad desarrollada e intervalo de tiempo en el que se ha realizado la misma.
3. Para trabajadores voluntarios o becarios con certificación de la organización donde se haya prestado la asistencia en la que consten, específicamente, las actividades y funciones realizadas, el año en el que se han realizado y el número total de horas dedicadas a las mismas.

Para las competencias profesionales adquiridas a través de vías no formales de formación, la justificación se realizará mediante documento que acredite que el aspirante posee formación relacionada con las unidades de competencia que se pretendan acreditar, en el que consten los contenidos y las horas de formación [art. 12.1 RD 1224/2009].

La inscripción para la participación en el procedimiento de evaluación se formaliza en los lugares o por los medios que determinen las Administraciones competentes en la correspondiente convocatoria. El modelo de solicitud contendrá los aspectos señalados en el anexo II. La solicitud irá acompañada del historial personal y/o formativo de acuerdo con el modelo de curriculum vitae europeo⁴³.

Con el fin de facilitar la fase de asesoramiento, los candidatos podrán también presentar cuestionarios de autoevaluación, así como la documentación que consideren necesaria para justificar la competencia profesional requerida en las unidades de competencia en las que se hayan inscrito [art. 13.3 RD 1224/2009]

Los aspirantes a participar en el procedimiento podrán inscribirse en cualquier convocatoria pública para la evaluación y acreditación de la competencia profesional. Para ello, las convocatorias se publicarán íntegras en los boletines o diarios oficiales de las Administraciones responsables y un extracto de las mismas en el Boletín Oficial del Estado. Las Administraciones competentes

⁴³ El modelo europeo común de Curriculum Vitae se estableció por la Recomendación 2002/236/CE. En él se basó la Decisión 2241/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco comunitario único para la transparencia de las cualificaciones y competencias (Europass), uno de cuyos instrumentos es precisamente el Curriculum Vitae Europass.

harán pública la lista de aspirantes admitidos en el procedimiento, que iniciarán la fase de asesoramiento [art. 13.4 y 5 RD 1224/2009].

B. Instrucción del procedimiento

El núcleo del procedimiento de evaluación y acreditación de las competencias consta de tres fases: asesoramiento, evaluación de la competencia profesional y acreditación y registro de la misma.

La evaluación y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia, principalmente profesional, parte del presupuesto de que el trabajo puede tener un valor formativo, esto es, de que puede ser la vía para la adquisición de conocimientos, capacidades y aptitudes profesionales –de un saber y de un saber hacer– que capacitan para el desempeño de una profesión o de una ocupación. Las competencias adquiridas a través de la experiencia laboral se han forjado a lo largo de un proceso lento del que el trabajador es apenas consciente, sin que haya existido un momento o un acto concretos de sanción o reconocimiento formal de las mismas (un examen, el otorgamiento de un título, etc.), como ocurre habitualmente en el ámbito de la educación formal. Puede afirmarse por ello que el procedimiento de evaluación y acreditación de tales competencias consiste básicamente en la explicitación o emergencia de competencias “ocultas”, para lo cual el candidato debe tomar conciencia de las competencias que ha ido adquiriendo con el tiempo y buscar la forma de demostrarlas o acreditarlas a la comisión evaluadora⁴⁴.

El ordenamiento español descompone este proceso en tres etapas: asesoramiento, evaluación y acreditación propiamente dicha. El asesoramiento, sin embargo, no constituye propiamente una fase del proceso, sino una facilidad o ayuda prevista en la etapa inicial en la que el candidato debe tomar conciencia de las competencias adquiridas en la actividad profesional que realiza y no acreditadas por un título, lo cual exige una cierta autoevaluación de las mismas⁴⁵. El art. 15 del RD 1224/2009 exige que el candidato complete y presente

⁴⁴ Como indican Labruyère, Ch. et Rose, J., «Validation des acquis de l'expérience: objectif partagé, pratiques diversifiées», *Notes Emploi Formation*, n° 15, CEREQ, p. 22, el factor más importante en la elaboración del dossier de experiencia es la actividad reflexiva del candidato, así como su capacidad para orientar su contenido en función de las exigencias del título.

⁴⁵ *Vid.*, Duvekot, R., «VLP in 10 steps. Towards a process-model for the use of VLP by organizations», en Duvekot, R., Schuur, K., Paulusse, J. (editors), *The unfinished story of VPL. Valuation & validation of prior learning in Europe's learning cultures*, Foundation EC-VPL & Kenniscentrum EVC Utrecht, september 2005, p. 17.

Para este autor la fase de “*commitment and awareness*” del proceso de evaluación de competencias, noción diferente del procedimiento administrativo que es objeto de análisis en este apartado. El autor enfoca el análisis desde el punto de vista organizacional, de tal forma que la fase constaría de dos pasos: tomar conciencia (de las competencias adquiridas) y establecer los objetivos dentro del contexto de la organización).

el historial personal y/o formativo⁴⁶ y las pruebas justificativas de las competencias adquiridas: declaraciones o referencias aportadas por los empleadores o los responsables del departamento o taller en el que ha trabajado, fotografías del lugar de trabajo o de los utensilios o maquinaria utilizada, etc. No es preciso insistir en la importancia que tiene esta fase del procedimiento de cara al éxito final del proceso, pues como se ha puesto de relieve, «la preparación “de” la evaluación es tan importante, pero más compleja, y de diferente naturaleza que la preparación “para” la evaluación»⁴⁷.

Se trata de un proceso que presenta indudables dificultades para personas que por lo general no tienen ninguna titulación, por lo cual necesitan un asesoramiento y un acompañamiento adecuados⁴⁸. El asesoramiento es, pues, la modalidad de ayuda prevista en esta fase inicial para que el candidato complete el informe que será objeto de evaluación en la fase sucesiva. El art. 15 del RD 1224/2009 lo prevé con carácter obligatorio, aunque deja la puerta abierta a que pueda ser individualizado o colectivo, lo cual estará en función de las características de la convocatoria y de las necesidades de los candidatos. El carácter obligatorio del asesoramiento se justifica porque cumple algo más que una mera función de ayuda para la elaboración del informe, con ser ello de por sí importante, funcionando como un auténtico filtro previo a la fase de evaluación, lo cual obliga a analizar por separado ambas actividades.

El asesoramiento o consejo propiamente dicho consiste en la ayuda que se facilita al candidato para que éste tome conciencia de las competencias que ha podido adquirir a través de la experiencia, de la forma más adecuada de acreditarlas y del título o certificado más adecuado. La recopilación de la información útil y, sobre todo, la selección de las situaciones de trabajo más adecuadas por lo que respecta al título al que se aspira requiere un cierto dominio del contenido del mismo (unidades de competencia, formación asociada a las mismas, etc.) que el candidato difícilmente puede adquirir por sí mismo, y un método de lectura e interpretación de su experiencia apropiado a las exigencias

⁴⁶ Vid., Duvékot, R., «VLP in 10 steps. Towards a process-model for the use of VLP by organizations», *op. cit.*, p. 18. En el enfoque del autor se trata de la fase de *recognition* de las competencias, que se efectúa con la ayuda de un *portfolio* o informe en el que se describe la experiencia de trabajo y se aportan las pruebas de las competencias adquiridas.

⁴⁷ Kirsch, É. et Savoyant, A., «Évaluer les acquis de l'expérience. Entre normes de certification et singularité des parcours professionnels», *Bref, CEREQ*, nº 159/1999, p. 1.

⁴⁸ La importancia del proceso de orientación y asesoramiento es puesta de relieve por Como ponen de relieve Baigorri López, J., Martínez Cía, P. y Monterrubio Ariznabarreta, E., «El reconocimiento oficial del saber profesional obtenido por la experiencia. Hacia la convergencia de políticas sociales en Europa», *Revista Europea de Formación Profesional*, nº 37, 2006/1, p. 50.

⁴⁹ *Rapport d'étape du Haut Comité Éducation-Économie-Emploi: VAE: construire une professionnalisation durable*, La documentation française, 2004, p. 19, subraya la importancia que tiene la calidad del acompañamiento a lo largo de todo el procedimiento especialmente en relación con los candidatos que no poseen ningún título.

de la comisión evaluadora. Por todo ello, el acompañamiento de un profesional adecuadamente formado se revela como decisivo para realizar un informe o historial de calidad⁴⁹. Se trata, pues, de un trabajo conjunto del candidato y del asesor que debe permitir valorar si las competencias que han podido adquirirse en una experiencia laboral concreta pueden transferirse a otras situaciones⁵⁰.

En cuanto a la modalidad del mismo, la norma prevé que pueda desarrollarse de forma presencial o a través de medios telemáticos, cuando así lo establezcan las Administraciones responsables de la convocatoria y que el asesor, si lo considera necesario, cite al candidato «para ayudarle, en su caso, a autoevaluar su competencia, completar su historial personal y/o formativo o a presentar evidencias que lo justifiquen», añadiendo que «esta solicitud de asesoramiento también se podrá realizar de forma individual» [art. 15.1 y 2 RD 1224/2009].

Lo más adecuado para garantizar el éxito del procedimiento es que esta fase de explicitación de competencias adquiridas y de búsqueda de la mejor forma de acreditarlas se desarrolle con el apoyo y asesoramiento de una persona que se dedica de forma individualizada a cada candidato y que ello se haga de forma presencial⁵¹. Sólo así se puede garantizar una orientación adaptada a las necesidades de cada candidato⁵². El asesoramiento por medios telemáticos, que la norma admite de forma excepcional –sólo si lo prevé la Administración convocante– puede ser adecuado para informar de los aspectos generales del procedimiento –fases, requisitos generales exigidos, etc. –, pero no para la etapa sucesiva de elaboración del informe. Por su parte, el asesoramiento colectivo se justifica sólo en aquellos supuestos en los que los candidatos tengan un perfil profesional y una experiencia laboral sustancialmente idénticos, pero respetando el principio de que por regla general el asesoramiento se debe adecuar a las necesidades de cada candidato y que, por tanto, debe ser individualizado.

⁴⁹ Vid., *Rapport d'étape du Haut Comité Éducation-Économie-Emploi: VAE: construire une professionnalisation durable*, La documentation française, 2004, p. 70.

⁵⁰ Kirsch, É. et Savoyant, A., «Évaluer les acquis de l'expérience. Entre normes de certification et singularité des parcours professionnels», *Bref, CEREQ*, n° 159/1999, p. 4.

⁵¹ Vid., Labruyère, Ch. et Rose, J., «Validation des acquis de l'expérience: objectif partagé, pratiques diversifiées», *Notes Emploi Formation*, n° 15, CEREQ, pp. 22 y 23. Insisten estos autores en la necesidad de un diálogo entre el asesor y el candidato debido a la dimensión irreductiblemente individual del recorrido de reconocimiento y acreditación de las competencias.

⁵² Como ponen de relieve Jacques, M-H., Marchan, F. y Neyrat, F., «La mise en oeuvre du droit à la validation des acquis de l'expérience», *Droit Social*, n° 5, mai, 2002, p. 602, «esta etapa se caracteriza por una auténtica "pedagogía" individualizada y progresiva (a cargo del asesor), completada por un trabajo intermedio que debe efectuar el candidato».

^{Por} lo que respecta a la caracterización de este trabajo pedagógico, los autores lo describen como una «programación didáctica en la que el asesor manipula los saberes, los saberes-hacer y los saberes-estar del candidato para dotar de coherencia a su recorrido profesional, seleccionando las experiencias y resaltando los elementos dignos de figurar en el dossier».

El asesor, atendiendo a la documentación aportada, realizará un informe orientativo sobre la conveniencia de que el aspirante acceda a la fase de evaluación y sobre las competencias profesionales que considera suficientemente justificadas. Si el informe es positivo se trasladará a la correspondiente comisión de evaluación toda la documentación aportada así como el informe elaborado debidamente firmado. En caso de informe negativo se indicará al candidato la formación complementaria que debería realizar y los centros donde podría recibirla. No obstante, dado que el contenido del informe del asesor no es vinculante, el candidato podrá decidir pasar a la fase de evaluación. En este caso, junto con el informe del asesor, se trasladará también a la comisión de evaluación la documentación referida [art. 15.5 RD 1224/2009].

La evaluación constituye el eje o fase central del procedimiento de reconocimiento y acreditación pues integra la actividad dirigida a comprobar si el candidato demuestra la competencia o competencias profesionales que conforman el título profesional o, en su caso, la unidad de competencia a cuya acreditación se aspira⁵³. La evaluación debe desarrollarse siguiendo una planificación previa, en la que deben determinarse aspectos como las actividades y métodos de evaluación, así como las fechas y los lugares en los que tendrá lugar. De cada actividad evaluadora debe quedar un registro firmado por el aspirante y el evaluador. [art. 16. 5 RD 1224/2009].

Durante esta fase la comisión evaluadora debe, pues, analizar si el candidato demuestra «la competencia profesional requerida en las realizaciones profesionales, en los niveles establecidos en los criterios de realización y en una situación de trabajo, real o simulada, fijada a partir del contexto profesional» [art. 16.1 RD 1224/2009]. La evaluación comienza analizando el informe redactado por el asesor y la documentación aportada por el candidato. Además se pueden solicitar, si se considera necesario, las pruebas que proceda para evaluar la competencia profesional requerida en las unidades de competencia en las que se haya inscrito el candidato [art. 16.2 RD 1224/2009], que estarán en función del tipo de competencia objetivo de evaluación, pudiendo consistir en una prueba práctica que permita demostrar al candidato su habilidad o destreza o en una o varias pruebas teóricas, orales o escritas⁵⁴.

⁵³ En el enfoque de Duvekot («VLP en 10 steps. Towards a process-model for the use of VLP by organizations», *op. cit.*, p. 18) se trata de la fase de “*valuation and assessment of competences*”, que implica el establecimiento de ciertos *standards* o referentes para llevar a cabo la evaluación, la evaluación propiamente dicha y la validación (o certificación), que pueden tener efectos a nivel de la simple organización o empresa, a nivel sectorial o a nivel nacional. Con esta fase se concluye la fase retrospectiva del proceso de validación de competencias, las otras dos fases que incluye este autor tienen que ver con lo que denomina el “poder de prospectiva” de la validación de competencias (VLP).

⁵⁴ *Vid.*, Kirsch, É. et Savoyant, A., «Évaluer les acquis de l'expérience. Entre normes de certification et singularité des parcours professionnels», *Bref, CEREQ*, nº 159/21999, p. 1.

En el proceso de evaluación la comisión debe utilizar los métodos que considere adecuados y necesarios para comprobar lo afirmado por el candidato en la documentación aportada, tales como la observación del candidato en el puesto de trabajo, simulaciones, pruebas estandarizadas de competencia profesional o una entrevista profesional. La selección de los métodos y su concreción en actividades de evaluación se realizará de acuerdo con la naturaleza de la unidad de competencia, las características de la persona aspirante a participar en el procedimiento y los criterios para la evaluación recogidos en las Guías de evidencias [art. 16.3 y 4 RD 1224/2009].

El resultado de la evaluación de la competencia profesional en una determinada unidad de competencia se expresará en términos de demostrada o no demostrada [art. 16.6 RD 1224/2009]. El candidato evaluado será informado de los resultados de la evaluación y tendrá derecho a reclamación ante la Comisión de Evaluación y, en su caso, a presentar recurso de alzada ante la Administración competente [art. 16.7 RD 1224/2009]⁵⁵.

Si el proceso de evaluación culmina con éxito, al candidato se le expedirá una acreditación de cada una de las unidades de competencia en las que haya demostrado su competencia profesional, de acuerdo con el modelo del anexo III-A. Cuando, a través de este procedimiento, el candidato complete los requisitos para la obtención de un certificado de profesionalidad o un título de formación profesional, la Administración competente le indicará los trámites necesarios para su obtención. La obtención del título de Técnico o de Técnico superior requerirá cumplir los requisitos de acceso previos a las enseñanzas correspondientes, según lo prevé la Ley Orgánica 2/2006, de Educación, de 3 de mayo.

La expedición de la acreditación de unidades de competencia corresponderá a la Administración competente, que transferirá los resultados a un registro, de carácter estatal, nominal y por unidades de competencia acreditadas. El Servicio Público de Empleo Estatal será el responsable del fichero de este registro, al que tendrán acceso el Ministerio de Educación para el ejercicio de las competencias atribuidas al mismo por ley y las Administraciones educativas y laborales de las Comunidades Autónomas [art. 18.1 y 2 RD 1224/2009].

La acreditación de una unidad de competencia adquirida por este procedimiento tiene efectos de acreditación parcial acumulable de acuerdo con lo establecido en el art. 8.3 de la Ley de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, con la finalidad, en su caso, de completar la formación conducente a la obtención del correspondiente título o certificado. De esta forma, las Administraciones educativa y laboral reconocerán las unidades de competencia

⁵⁵ El expediente de todo el proceso, en el que se recogerán todos los registros y resultados producidos a lo largo del procedimiento, será custodiado por la Administración competente art. 16.8 RD 1224/2009].

acreditadas, que surtirán efectos de convalidación de los módulos profesionales correspondientes y de exención de los módulos formativos asociados a las unidades de competencia de los certificados de profesionalidad [art. 19 RD 1224/2009].

Al concluir el procedimiento de evaluación y acreditación de las competencias, la Administración remitirá a los candidatos un escrito indicando las posibilidades de formación, con las orientaciones pertinentes, para que puedan acreditar en convocatorias posteriores las unidades de competencia para las que habían solicitado acreditación o para completar la formación conducente a la obtención de un título de formación profesional o certificado de profesionalidad relacionado con las mismas [art. 20 RD 1224/2009]⁵⁶. En este momento el asesor puede orientar al candidato en relación sobre la forma de completar las competencias⁵⁷.

3.5. Organización y gestión del procedimiento

Las estructuras organizativas responsables del procedimiento serán la Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas [art. 15 RD 1224/2009]. En el ámbito de la Administración General del Estado, los Ministerios de Trabajo e Inmigración y de Educación deben constituir una comisión interministerial para garantizar el cumplimiento de los fines y funciones del procedimiento de evaluación y para el seguimiento y evaluación del mismo, que asumirá funciones de recogida de información, intercambio de asesores y evaluadores entre las diferentes Comunidades Autónomas, promoción de acuerdos entre las Administraciones para la realización de todas o alguna de las fases del procedimiento y elaboración de las Guías de evidencias de las diferentes unidades de competencia así como el resto de la documentación y los instrumentos necesarios para la implementación del procedimiento de evaluación y acreditación.

Por su parte, en cada Comunidad Autónoma las Administraciones educativa y laboral competentes establecerán conjuntamente la estructura organizativa responsable del procedimiento de evaluación y acreditación, que deberá indicar, al menos, los órganos, unidades y colectivos encargados de realizar las siguientes funciones: gestión única del procedimiento, seguimiento y evaluación de resultados, información, asesoramiento, evaluación de los candidatos, acreditación y registro de las unidades de competencia.

⁵⁶ Vid., sobre este tema, Labrüyère, Ch. et Rose, J., «Validation des acquis de l'expérience: objectif partagé, pratiques diversifiées», *Notes Emploi Formation*, n° 15, CEREQ, pp. 9 y 10.

⁵⁷ Vid., *Rapport d'étape du Haut Comité Éducation-Économie-Emploi: VAE: construire une professionnalisation durable*, La documentation française, 2004, p. 19. Se trataría de una tercera fase del acompañamiento, especialmente necesaria cuando se trata de candidatos con déficit de formación inicial.

El Consejo General de Formación Profesional participará como órgano asesor y consultivo en el seguimiento y evaluación del desarrollo y resultados de dicho procedimiento.

Las Administraciones públicas competentes garantizarán, en la forma prevista en sus respectivos ámbitos territoriales, la participación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas.

Las administraciones responsables del procedimiento de evaluación y acreditación, en el ámbito territorial correspondiente, deberán planificar, dirigir y coordinar la gestión del mismo, facilitar al Estado los datos necesarios para el seguimiento y evaluación del procedimiento, las comisiones de evaluación y dictar las correspondientes instrucciones, habilitar a los asesores y evaluadores y planificar su formación inicial y continua, entre otras funciones [art. 22 RD 1224/2009].

Los asesores y los evaluadores desempeñan, como ha podido comprobarse, funciones de vital importancia en el marco del procedimiento de reconocimiento de las competencias, de ahí que la norma preste una especial atención a los requisitos que deben reunir y exija la habilitación para ejercer dicha función por parte de la Administración competente.

Las funciones concretas atribuidas a los asesores consisten básicamente en aconsejar al candidato en la preparación y puesta a punto del proceso de evaluación, así como, en su caso, en el desarrollo del historial profesional y formativo presentado y en la cumplimentación del cuestionario de autoevaluación y elaborar un informe orientativo sobre la conveniencia de que el aspirante a participar en el proceso pase a la fase de evaluación, sobre las competencias profesionales que considera suficientemente justificadas y, en su caso, sobre la formación necesaria para completar la unidad de competencia que pretenda sea evaluada [art. 23 RD 1224/2009].

Los miembros de las comisiones de evaluación concretan las actividades de evaluación de acuerdo con los métodos e instrumentos establecidos por la comisión de evaluación y con lo establecido en la correspondiente guía de evidencias, realizan la evaluación de acuerdo con el plan establecido registrando sus actuaciones en los documentos normalizados y evalúan a los candidatos siguiendo el procedimiento establecido y resolviendo las incidencias que puedan producirse⁵⁸ [art. 24 RD 1224/2009]:

La habilitación administrativa para ejercer como asesor o como evaluador está subordinada a la acreditación de los requisitos previstos en el art. 25 RD

⁵⁸ Vid., *Rapport d'étape du Haut Comité Éducation-Économie-Emploi: VAE: construire une professionnalisation durable*, La documentation française, 2004, p. 27. La selección de formadores y profesionales que deban integrar las comisiones de evaluación se debe efectuar sobre la base su capacidad para vincular las competencias con los oficios, y no tanto sobre la vinculación entre la formación y oficios.

1224/2009, que tratan de garantizar tanto la cualificación profesional previa, en la forma de experiencia profesional, para ejercer estas funciones como la formación específica indispensable para desempeñar la función que tienen asignada en el marco del procedimiento de evaluación.

Los requisitos previstos en la norma consisten en acreditar una experiencia de al menos cuatro años como profesores de enseñanza secundaria o técnicos de formación profesional con atribución docente en la Familia Profesional correspondiente, formador especializado en las unidades de competencia que se especifiquen o profesional expertos en las unidades de competencia que se especifiquen y superar un curso de formación específica organizado o supervisado por las Administraciones competentes⁵⁹.

La adecuada formación de asesores y evaluadores reviste una importancia fundamental para el correcto desarrollo del procedimiento de reconocimiento de competencias y para el propio éxito de esta figura, tanto desde el punto de vista personal de los candidatos –acceso al título o certificado o, en su caso, reconocimiento parcial de las competencias–, como desde el punto de vista social –consecución de los objetivos que se esperan de ella–. Como se ha observado en relación con la experiencia francesa, «ya se trate de proporcionar información sobre la VAE, del acompañamiento o de la certificación propiamente dicha, el despliegue del dispositivo requiere personal capaz de evolucionar en el ámbito de las cualificaciones y que haya adquirido experiencia en la evaluación de las competencias, con independencia de su relación con la formación», por lo que se ha debido llevar a cabo un importante esfuerzo de formación para profesionalizar al personal⁶⁰. Es de esperar, por ello, que las Administraciones presten a la formación de estos profesionales la atención y los recursos necesarios para que puedan cumplir con garantías de éxito sus funciones.

Las comisiones de evaluación son nombradas por la Administración responsable de la gestión del procedimiento. Se deben designar las comisiones necesarias de las diferentes especialidades o familias profesionales correspon-

⁵⁹ Los contenidos del curso tomarán como referente lo establecido en los Anexos IV y V del RD 1224/2009.

⁶⁰ Vid., *Rapport d'étape du Haut Comité Éducation-Économie-Emploi: VAE: construire une professionnalisation durable*, cit., p. 27. «En la hipótesis de un desarrollo importante de la VAE, la ampliación del vivero de personas susceptibles de formar parte de las comisiones de evaluación requiere que se tomen medidas de formación sistemáticas de los profesores en este tipo de actividad, así como en la de acompañamiento».

Por su parte, Labruyère, Ch. et ROSE, J., «Validation des acquis de l'expérience: objectif partagé, pratiques diversifiées», cit., p. 18, afirman que si el auge del dispositivo (de VAE) no va acompañado de un esfuerzo consecuente de formación del personal que interviene en todas las etapas, el riesgo de pérdida del sentido global de la dinámica del reconocimiento y de la disminución de la calidad de los dossiers y de las evaluaciones podría ser importante.

dientes a las unidades de competencia para las que se haya convocado el procedimiento de evaluación y acreditación [art. 26 RD 1224/2009].

Cada comisión estará formada por un mínimo de cinco personas acreditadas para evaluar, de las que una ostentará la presidencia, otra la secretaría, actuando los miembros restantes como vocales. En su composición se debe garantizar la presencia de evaluadores provenientes tanto del sector formativo como del sector productivo. Excepcionalmente, las Administraciones competentes podrán designar comisiones de evaluación en las que falte alguno de los dos sectores si de otra forma no pudiese realizarse la fase de evaluación [art. 27.1 RD 1224/2009]. La comisión de evaluación podrá proponer la incorporación de profesionales cualificados en calidad de expertos, con voz pero sin voto, que deben ser nombrados, si procede, por la Administración competente [art. 27.4 RD 1224/2009].

Las comisiones de evaluación son las encargadas de organizar el proceso de evaluación a través de un plan que incluya las actividades o pruebas necesarias y la gestión derivada de su actuación, lo que supone principalmente valorar la documentación aportada por los candidatos y por el informe del asesor, determinar los métodos e instrumentos de evaluación de la competencia profesional y evaluar la competencia profesional a partir de la información recopilada y las evidencias generadas y registradas a lo largo de todo el procedimiento, tomando como referente las realizaciones profesionales y los criterios de realización de cada una de las unidades de competencia [art. 28 RD 1224/2009]. La Comisión debe informar candidato de los resultados de la evaluación y las oportunidades para completar su formación y obtener la acreditación completa de títulos de formación profesional o certificados de profesionalidad⁶¹.

Los Centros integrados públicos de formación profesional, los Centros integrados privados concertados que cuenten con la correspondiente autorización administrativa, y los Centros de Referencia Nacional podrán ser autorizados por la Administración competente en cada ámbito territorial para desarrollar las distintas fases. Cuando sea necesario, la Administración competente podrá determinar otras sedes para la realización de algunas de las fases, que cederán sus instalaciones y servicios. A estos efectos, podrán utilizarse otros centros que imparten formación profesional u otros espacios ubicados fuera de los centros docentes cuando se considere adecuado. En estos casos, la Administración competente podrá suscribir convenios con empresas u otras entidades públicas o privadas [art. 29 RD 1224/2009].

La Administración General del Estado, en colaboración con las Comunidades Autónomas, y previa consulta al Consejo General de la Formación

⁶¹ El funcionamiento y las actuaciones de las comisiones de evaluación están sujetas a la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [art. 27.5 RD 1224/2009].

Profesional, debe elaborar un Plan de Seguimiento y Evaluación que permita comprobar la calidad, la eficacia y el impacto del procedimiento. Las Comunidades Autónomas proporcionarán a la Administración General del Estado la información y los datos necesarios para el desarrollo del Plan de Seguimiento y Evaluación en el conjunto del Estado. La Administración General del Estado elaborará anualmente un informe que presentará al Consejo General de la Formación Profesional y que incluirá, en su caso, propuestas de mejora para los distintos aspectos del procedimiento [art. 30 RD 1224/2009].

El procedimiento de evaluación y acreditación de la competencia profesional que desarrolle cada Administración competente a través de su propia estructura organizativa se dotará de sistemas de gestión de la calidad. Tales sistemas deben asegurar que se logren los objetivos y se cumplan las finalidades y los principios establecidos en el presente Real Decreto. Para ello, contemplará la evaluación de todos los aspectos que inciden en el procedimiento y contará con la participación de las diferentes personas y servicios que hayan intervenido en el mismo. Con este fin se prevé que el proceso de evaluación y acreditación sea verificado a través de evaluaciones internas y auditorías externas que puedan contribuir a un proceso de mejora continua.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGENCIAS DE COLOCACIÓN

GEMMA M^a SOBRINO GONZÁLEZ

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

EXTRACTO

Palabras Clave: Agencias de colocación, Reforma 2010

La intermediación laboral es una actividad inicialmente ligada a los agentes privados de empleo. Sin embargo, el abuso de este tipo de empresas que mercantilizan con la mano de obra des-empleada conlleva la apertura de una etapa de construcción y regulación de todo un tejido de oficinas públicas de empleo que irán desterrando la intermediación privada hacia la proscripción. No obstante, la permanencia de estas agencias de colocación operando en la clandestinidad y la ineficacia de los servicios públicos de empleo han derivado en un giro de la legislación española hacia la legalización de todo tipo de agentes de colocación, públicos y privados, con y sin ánimo de lucro que se materializa en su grado máximo de flexibilidad con la recientemente aprobada Ley 35/2010. De manera que, la intermediación privada retoma su punto inicial a la cabeza del Sistema de Empleo dentro del cual todavía se mantienen ciertas disonancias legislativas.

ABSTRACT

Key Words: Outplacement agencies, 2010 Reform

The labour intermediation is an activity initially linked to private employment agents. However, there has been an abuse in allowing the opening of these types of companies that market with the unemployed labour force. These situation leads to construct and perform a regularization of employment public offices that will change from the private manage into proscription. Even that, the inefficiency of the employment public services and while many agencies were currently working clandestine, this situation led to a radical change in the Spanish legislation in this sense, that is, it has been legalized all outplacement agents, both public and private, being NGOs or not, regulated by their flexibility with the recent approval of the Law 35/2010. Thus, the private intermediation returns to an initial point at the core of the Employment System having certain legislative flaws.

ÍNDICE:

1. LA CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DE LAS AGENCIAS DE COLOCACIÓN
 - 1.1. Las agencias de colocación y el origen de la intermediación laboral
 - 1.2. Las agencias de colocación en el modelo español de intermediación laboral
2. EL RECONOCIMIENTO LEGAL DE TODO TIPO DE AGENCIAS DE COLOCACIÓN
3. EL NUEVO CONCEPTO DE INTERMEDIACIÓN LABORAL Y DE AGENCIA DE COLOCACIÓN
4. LA ACTUAL REGULACIÓN DE LAS AGENCIAS DE COLOCACIÓN
 - 4.1. La autorización y el convenio de colaboración como criterio clasificador de las agencias de colocación
 - 4.2. El régimen jurídico de las agencias de colocación
 - 4.3. El deber de comunicación
 - 4.4. La garantía de la gratuidad del servicio
 - 4.5. La financiación de las agencias de colocación
 - 4.6. El control de las agencias de colocación y la extinción de la autorización

1. LA CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DE LAS AGENCIAS DE COLOCACIÓN**1.1. Las agencias de colocación y el origen de la intermediación laboral**

En líneas generales, el origen de la intermediación laboral se produce con la aparición de las agencias privadas destinadas a este fin a finales del siglo XIX y comienzos del XX como consecuencia de una crítica situación económica y una gran demanda social de este servicio. La mediación en la celebración del contrato de trabajo aparece como respuesta a una necesidad social que, antes de ser captada y asumida por el Estado, es prestada únicamente por parte de la empresa privada. Este periodo de *laissez faire* se caracteriza, precisamente, por el predominio de las agencias privadas de empleo con ánimo lucrativo cuya actividad degenera en un abuso mercantilista del servicio de colocación.

Ante esta situación de negociación con mercancía humana, surge la iniciativa sindical de creación de bolsas de trabajo con idéntico objetivo de colocación de trabajadores pero sin persecución de beneficio económico alguno. A la interposición de los sindicatos se le suma la presencia de otras organizaciones privadas no lucrativas en la intermediación, tales como: sociedades filantrópicas o beneficencia, asociaciones patronales, hermandades y sociedades de socorros mutuos. Todo ello conlleva una denuncia de los excesos de las agencias privadas de empleo con ánimo de lucro, que a su vez posibilita la utilización de un mayor número y mejores servicios de colocación a una población demandante de ello y que se está viendo repercutida por los abusos producidos.

Con la aparición de las agencias privadas de empleo sin fines lucrativos los agentes sociales comienzan a demandar la supresión de las agencias que sí lo

persiguen y a reclamar un control por parte del Estado en la materia, tanto en la regulación del servicio como en la prestación de éste. Lo que va a suponer el comienzo de intervención de los gobiernos en esta actividad municipalizando el servicio, que finalmente acaba siendo asumido por el Estado central.

Consiguientemente, se pueden diferenciar dos tipos de servicios de colocación: de un lado, aquellos que provienen del ámbito privado, en versión lucrativa y no lucrativa; y, de otro, los que se encuentran en manos del sector público. Esta tipología constituye el origen de la institucionalización del servicio de colocación. Los hechos sociales y económicos descritos y la necesidad de agilizar al máximo la gestión del mercado hacen que los Servicios Públicos de Empleo (SPE) surjan como aparato especializado del Estado, vinculados a la crisis del capitalismo, en la medida que se conforman como instituciones humanitarias destinadas a socorrer a los trabajadores desempleados. De forma que, en el año 1929 un total de treinta y cinco países poseen oficinas públicas de colocación¹, motivados la gran mayoría por la ratificación del Convenio nº 2 OIT, de 1919 y su Recomendación Primera, donde las naciones firmantes se comprometen a crear un sistema de agencias públicas no retribuidas de colocación y se recomienda la prohibición de crear agencias retribuidas de colocación o de empresas comerciales de colocación.

A partir de aquí, cada país ha ido construyendo su propio modelo de colocación articulado mediante un SPE en régimen de monopolio de la actividad o en colaboración con las agencias privadas de colocación, con o sin ánimo de lucro según se determine.

1.2. Las agencias de colocación en el modelo español de intermediación laboral

En el caso español, el origen de la intermediación laboral y su regulación a lo largo de los años gira en torno a un círculo en el que comienzo y final (entendiendo por éste el momento actual en que se encuentra) confluyen casi de manera homogénea. En sus comienzos, el sistema de colocación español aparece dominado por la agencia privada, con y sin ánimo lucrativo, hasta que se configura el servicio público de empleo. A partir de este momento la actividad del Gobierno se ocupa de luchar por la gratuidad del servicio ofrecido por estas oficinas; a la vez que intenta organizarlas de modo que a través de ellas se

¹ La implantación de los primeros Servicios Estatales de Empleo tiene lugar en el año 1891 en Nueva Zelanda; en esa misma década sucede lo mismo en diversos Estados Norteamericanos y algo más tarde en el continente europeo. En dicho continente, es Reino Unido, en el año 1909, el que ordena la primera red estatal de oficinas de colocación que posteriormente va a gestionar el seguro obligatorio de desempleo que se crea en 1911, siguiéndole Alemania, que en el año 1927 crea el Instituto Federal de Colocación y Seguro de Desempleo. Vid. G. M. Sobrino González: La política de colocación, Albacete, Bomarzo 2006, p. 45.

constituya una verdadera red nacional de oficinas de colocación. No obstante, la escasa lucha contra las agencias retribuidas de colocación, a pesar de las directrices marcadas por la OIT; y su consiguiente permisibilidad, justificada en la precaria entidad y poder que los servicios públicos poseen en España² conllevan una tolerada convivencia de los agentes públicos y de los privados, tanto en su vertiente lucrativa como no lucrativa en la prestación del servicio de colocación.

La Ley de Colocación Obrera de 27 de noviembre de 1931 constituye el origen de los SPE en España y organiza un servicio de colocación único de carácter nacional, público y gratuito, a partir de la absorción de las bolsas de trabajo ya existentes. Esta Ley construye una red nacional de oficinas públicas de colocación, aunque el sistema de colocación en que se inserta dicha red aparece compuesto de oficinas de colocación creadas por los organismos públicos y de agencias privadas de colocación, con y sin ánimo de lucro. A la vez que se organiza un modelo de colocación nacional, público y gratuito, que cumple con lo requerido por la OIT, continúan subsistiendo las restantes bolsas de trabajo y agencias de colocación anteriormente formadas y con indiferencia de su interés lucrativo o no. Por tanto, el Servicio Nacional de Colocación se articula mediante el SPE y otras instituciones privadas de mediación en la contratación.

La convivencia entre dichas agencias está sujeta a determinadas condiciones que establecen la referida Ley y su Reglamento. Por una parte, se elabora un régimen de colaboración de las oficinas de colocación con las Cámaras Oficiales de la Propiedad, del Comercio, de la Industria y de la Agricultura, con las asociaciones empresariales y obreras y con cualesquiera otras entidades semejantes. Dicha cooperación tiene lugar con las agencias privadas, tanto con fines lucrativos como sin ellos, ya que la norma no hace ninguna distinción y el objetivo es conseguir una mejor eficacia del servicio. Por otra parte, se fija la función de las oficinas de públicas de empleo de inspeccionar las agencias de colocación privadas, con el fin de que reúnan “las condiciones de moralidad e higiene, se ajusten al sistema de la Ley de Colocación y sean gratuitas para los trabajadores”. Si bien, este régimen de compatibilidad (idéntico al que actualmente construye la reforma introducida por la Ley 35/2010 y el RDL 1796/2010) está llamado a terminar con las agencias de colocación lucrativo-privadas, en la medida que el art. 2 de la Ley de Colocación Obrera fija un año de plazo para que concluya la actividad de éstas. Por lo que, se pretende la disolución de tales agencias de modo que, el sistema de colocación se componga únicamente por los SPE y aquellas entidades privadas creadas por sindicatos

² Según expone la Orden Ministerial de 29 de septiembre de 1920 que crea un servicio general de colocación y donde se manifiesta la no necesaria lucha contra las agencias retribuidas de colocación dada su insignificante penetración en el mercado laboral español.

o asociaciones, con carácter gratuito. La finalidad es construir un Servicio de Empleo caracterizado por su gratuidad³.

La erradicación de la intermediación privada lucrativa iniciada con la referida Ley de Colocación de 1931 se expande también a la que no persigue beneficio económico alguno con la posterior Ley de Colocación Obrera de 1943 cuyo art. 3 prohíbe expresamente la mediación privada en general y establece un monopolio absoluto del Estado en la intermediación. La prohibición de la intermediación privada se prolonga hasta el año 1994, fecha en que se produce la legalización de las agencias privadas de colocación, pero únicamente de las que actúan sin ánimo de lucro. Las agencias privadas que operan con fines económicos se van mantener proscritas hasta la reciente Reforma Laboral llevada a cabo por la Ley 35/2010 en que se produce una apertura total de la intermediación privada.

La legalización de las agencias privadas sin fines lucrativos introducida por la Ley 10/1994, que tiene como objetivo “acometer de manera decidida y urgente, la reforma de las relaciones laborales con el objetivo de luchar contra el paro y potenciar nuestra capacidad generadora de empleo”, con el propósito de “mejorar los Servicios Públicos de Empleo, primando su eficacia sobre inútiles cargas burocráticas que en nada mejoran su intermediación en el mercado de trabajo” se completa con el RD 735/1995 por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los Servicios Integrados para el Empleo. Sin embargo, no es hasta la Ley de Empleo de 2003 cuando se aborda con seriedad un instrumento que reforme y potencie el SPE. Es decir, transcurridos diez años desde que se lleva a cabo el cambio de modelo de colocación es cuando se procede a la actualización jurídica de la norma que lo regula⁴ aunque de forma defectuosa. De tal modo que, tendrá que ser revisada y puesta en concordancia con los imperativos legales derivados del Convenio nº 181 OIT de 1997, que aún a fecha de hoy a pesar las modificaciones introducidas por la Ley 35/2010 continúa sin contar con una correcta aplicación en el contexto normativo español.

La Reforma Laboral del año 1994 supone el inicio de la legalización de las agencias de colocación que se completa con la Reforma Laboral de 2010

³ El art. 12 de la Ley de Colocación Obrera lo exige así, de forma que tanto oferentes como demandantes de empleo puedan disfrutar de este Servicio sin tener que abonar cuantía alguna. En este sentido, el art. 5 del Reglamento de Colocación Obrera prohíbe la retribución del mencionado Servicio, uniéndose al propósito de eliminar las agencias de colocación lucrativas. De esta forma se cumplen las directrices marcadas por la OIT en el Convenio nº 2, de 1919, ratificado por España en el año 1922, donde se recomienda la prohibición de crear agencias retribuidas de colocación.

⁴ La Ley de Empleo de 2003 supone la transcripción al papel de un sistema de empleo caracterizado por la distribución de la política de colocación entre el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de las Comunidades Autónomas que venía operando desde comienza la transferencia de la red del INEM en el año 1997.

en que se construye un Sistema Nacional de Empleo articulado por todo tipo de agentes (debidamente autorizados), públicos y privados, con y sin ánimo de lucro. A partir de la Reforma de 1994 el modelo en el que se basa el Sistema de Empleo español adopta una forma mixta compuesta por el SPE y las agencias privadas de colocación sin fines lucrativos. Ambas coexisten con las peculiaridades y reglamentaciones oportunas. Pero esta convivencia de unos y otros organismos de colocación, de los privados y los públicos, ya tuvo su existencia con anterioridad. Su antecedente más cercano se remonta a la Segunda República española, donde junto a los SPE se permitían las agencias de colocación privadas que no tenían ánimo de lucro, y estaban prohibidas las agencias de colocación retribuidas. La evolución de la regulación en el ámbito de la política de colocación desde la Ley de Colocación obrera de 1931, con la Segunda República, ha consistido en la erradicación progresiva de cualquier residuo de organismo o agencia privada de colocación, fuese del carácter que fuese. Sin embargo, la tendencia actual es hacia una dirección totalmente contraria. Después de haber conseguido un sistema única y exclusivamente público de servicios de empleo, la tendencia es a fragmentarlo, desgajándolo en la vertiente privada y la pública, ensalzando una y desmembrando la otra.

El modelo liberal producto de la Reforma de 1994 se consolida con la Ley de Empleo de 2003 y su posterior modificación mediante la Ley 35/2010 y el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación (RDAC). Desde que aparece la actividad de intermediación laboral hasta nuestros días, el Sistema Español de Empleo se ha ido configurando a través de diferentes modelos de colocación. El comienzo de esta actividad se instruye con el modelo denominado liberal que es precisamente mediante el cual se articula actualmente el Sistema, volviendo a los orígenes. En esa rueda cíclica donde principio y fin confluyen casi de manera idéntica, la tendencia primera fue hacia la restricción de la intermediación privada que se agota una vez instaurado el régimen de monopolio público de empleo, que supone el punto de inflexión a partir del cual se inicia una segunda fase de apertura de la actividad de colocación a los agentes privados hasta llegar al grado máximo de flexibilidad en el que ahora se encuentra. En consecuencia, actualmente se está produciendo una vuelta a tiempos del pasado igualmente caracterizados por una fuerte crisis económica y elevadas tasas de paro en que los agentes privados de empleo encontraron en la intermediación una actividad de la que obtener grandes beneficios económicos. La diferencia radica en que entonces, tanto la OIT como el legislador nacional decidieron interceder con el objeto de proteger al trabajador desempleado proporcionándole un servicio de empleo público y gratuito que le alejase de su consideración como una mera mercancía. Si bien, la respuesta actual ante la misma situación apuesta por la liberalización absoluta de la intermediación laboral tratando de ofrecer a la

población un mayor número de cauces a través de los que facilitar el aumento de posibilidades de incorporación al mercado laboral de los sujetos desempleados. Es decir, ante la presión social por las circunstancias del momento, la respuesta gubernamental es radicalmente diferente. En una se tiende a agrupar todas las bolsas privadas de trabajo para configurar una red pública de empleo caracterizada por la desespecialización del servicio en aras de alcanzar el principio de igualdad y de transparencia del mercado de trabajo. Mientras que, en la actualidad se produce un efecto contrario, de dispersión de agentes mediadores especializados en los sectores económicos donde resulta rentable la actividad. Si bien, existe un compromiso legislativo de armonizar el nuevo modelo liberal de grado máximo en que ahora se configura el Sistema Nacional de Empleo bajo la coordinación del Servicio Público de Empleo, que hará que la vuelta al modelo originario de aparición de la actividad se encuentre sometido a unas reglas y compromisos que velen por el cumplimiento del referido principio de igualdad y la búsqueda de la transparencia del mercado de trabajo.

2. EL RECONOCIMIENTO LEGAL DE TODO TIPO DE AGENCIAS DE COLOCACIÓN

La supresión del monopolio público de empleo y la nueva orientación de la actividad mediadora era algo fácilmente deducible dada la tendencia de los últimos años en la mediación laboral. La legalización de la intermediación privada no significa un cambio radical del sistema, sino que se inserta en un proceso paulatino de evolución que se inicia con la entrada en vigor del ET de 1980 y la LBE de ese mismo año. La cantidad de excepciones a la intermediación pública introducidas por la propia norma, el encubrimiento de la oferta nominativa de empleo por el SPE y la permisibilidad de la existencia de las agencias de colocación en la clandestinidad conducen a afirmar que el modelo liberal de colocación ya existía en España desde entonces y que únicamente le faltaba la correlación legislativa. De modo que, lejos de innovar, la apertura de la actividad iniciada con la Ley 10/1994 y culminada con la Ley 35/2010 no son más que la continuación y el desarrollo de un proceso que ya formaba parte de la realidad española del sistema de intermediación.

Entre los objetivos reflejados en la Exposición de Motivos de la reciente Ley 35/2010 figura la necesidad de “elevar las oportunidades de las personas desempleadas, especialmente los jóvenes” para lo que, entre otras, se articularán medidas de mejora de la intermediación laboral. El Capítulo IV de esta Ley recoge una serie de mecanismos para fomentar las oportunidades de acceso al empleo mediante la apertura a la colaboración público-privada en materia de intermediación laboral. Lo que implica la legalización de las agencias privadas

con ánimo de lucro pero siempre preservando la centralidad y el fortalecimiento de los SPE de carácter estatal y autonómico. Y señalando que el Gobierno tiene la voluntad de seguir mejorando y potenciando los SPE en la medida en que la regulación de las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro permitirán complementar la actividad de los mismos.

Por consiguiente, el legislador español realiza un reconocimiento jurídico de la realidad social en la que este tipo de agentes privados de colocación, con y sin ánimo de lucro venían operando desde la más absoluta anomia e impunidad, con los riesgos que ello conllevaba. Además, la culminación del modelo liberal español elevado a su grado máximo con esta última Reforma Laboral se sustenta principalmente en la necesidad del Estado de adaptar la normativa reguladora de la materia a los mandatos del Convenio n^º 181 OIT sobre las agencias privadas de empleo, de 1997. Una tarea pendiente desde que fuera subrogado por España en el año 1999 y que la primera redacción de la Ley de Empleo de 2003 olvidó tener en consideración a la hora de construir el nuevo Sistema de Empleo español.

Ante esta circunstancia y transcurridos diez años desde que se ratificara dicho Convenio era el momento de que el Estado español optara entre denunciarlo⁵ y salir de los imperativos por él dictados; o claudicar y proceder a adaptar la norma interna al contenido del referido Convenio. Es decir, el legislador no se encontraba abocado a someterse al cumplimiento del Convenio n^º 181 OIT, pero sin embargo, opta por esta solución jurídica.

Ciertamente esta elección parecía la más razonable teniendo en cuenta los precedentes y las resistencias normativas e institucionales a limitar la actuación de los agentes privados de empleo. Ante la situación del momento, donde el Sistema de Empleo formulado en la LE no se correspondía con la realidad era del todo necesario tomar una decisión al respecto. Y puesto que la intermediación privada con y sin ánimo de lucro venía operando en España desde hacía décadas y contaba con una verdadera implantación que hacía difícil su erradicación, lo correcto era ofrecer una regulación de las mismas que garantizara la seguridad jurídica de los usuarios de estos servicios y que permitiera crear un Sistema de Empleo sujeto a la realidad en el que todos los agentes actuaran de manera coordinada en aras de cumplir con el principio de igualdad y de transparencia del mercado de trabajo.

No obstante, a la vez que se amplían los agentes privados de intermediación, conjuntamente debe garantizarse un SPE eficaz y plenamente competitivo con ellos. La apertura a la mediación privada no puede realizarse en

⁵ El art. 19.2 del C181 OIT señala que “Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la espiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo, quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la espiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo”.

detrimento de la pública, sino que por el contrario esto debe suponer un reto para afianzar cada vez más los Servicios Públicos de Empleo. El Estado está obligado a garantizar un sistema de colocación homogéneo y en situación de igualdad accesible a cualquier ciudadano. Así pues, la intermediación privada, dirigida a quienes están mejor cualificados, no puede ofrecer mejor calidad que la pública, de orientación universal y gratuita. La regulación de los referidos agentes no debe conllevar la desatención de los SPE y relegarlos a la colocación de aquellos sujetos que poseen una escasa cualificación y por tanto pudieran resultar “incolocables”. La ampliación de sujetos privados de intermediación no puede suponer la degradación de los SPE y convertirlos en un Servicio marginal en beneficio de lo privado. Algo que sin duda viene ocurriendo desde la legalización de las agencias de colocación sin fines lucrativos en el año 1994, consecuencia de lo cual el SPE ha quedado prácticamente relegado a gestionar las prestaciones por desempleo, a realizar estadísticas de empleo y paro y a registrar los contratos de trabajo efectuados. El SPE ha sufrido un deterioro importante tras la entrada de las referidas agencias en la intermediación que debería ser subsanado precisamente ahora que interactúa una gran pluralidad de agentes mediadores.

3. EL NUEVO CONCEPTO DE INTERMEDIACIÓN LABORAL Y DE AGENCIA DE COLOCACIÓN

El art. 14 de la Ley 35/2010 establece un nuevo concepto de intermediación laboral que, sin apartarse de lo recogido en el antiguo art. 20 de la Ley de Empleo, amplía su contenido. Tradicionalmente se venía entendiendo por intermediación laboral “el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los demandantes de empleo para su colocación. (...) teniendo por finalidad proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades”. Una definición a la que la nueva regulación incorpora dos nuevos apartados en los que se matiza que “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” (apartado 2.º). Así como, que, “con independencia del agente que la realice, la intermediación laboral tiene la consideración de un servicio de carácter público” (apartado 3.º).

Junto con la actualización del concepto de intermediación laboral, el mismo precepto de la Ley 35/2010 introduce un nuevo art. 21 bis a la referida Ley

de Empleo con el que se ofrece la actual definición de agencias de colocación como “aquellas 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. Asimismo, podrán desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como la orientación e información profesional, y con la selección de personal”(apartado 1.º). “Las empresas de recolocación son agencias de colocación especializadas en la actividad a que se refiere el art. 20.2” (apartado 2.º).

Estos dos conceptos están íntimamente ligados entre sí, ya que la noción que ofrece el legislador de intermediación laboral no solamente delimita la actividad en sí sino que también va a ser el eje fundamental que determine la noción de agencia de colocación. A este respecto, el nuevo art. 21 bis LE se limita a reconocer como agencias de colocación las “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 (...)”. De donde se desprende que se considerarán como tales aquellas agencias cuya actividad aborde a) “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”; así como b) “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”. En tales términos se expresa el art. 2 del Real Decreto 1796/2011, por el que se regulan las agencias de colocación que además señala que dichas agencias también “podrán desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como la orientación e información profesional, y con la selección de personal”. Con lo que habría que añadir un bloque c) de agencias que ofrecen este tipo de servicios que, sin ser puramente de intermediación, es decir, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas, se consideran íntimamente ligados a la actividad pues son necesarios para poder desempeñarla.

La definición que ofrece la Ley 35/2010 y el RDAC concuerdan con lo establecido en el Convenio nº 181 OIT, si bien, cabe señalar alguna descorrelación significativa entre el contenido del nuevo art. 20 LE y dicho Convenio de la OIT. Este último señala en su art. 1 que se considerará agencia de empleo privada 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 (en adelante “empresa usuaria”), 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”. Sin embargo, el recién inaugurado art. 21 bis LE, así como su norma de desarrollo (RDAC) no solamente no matizan la posibilidad de que una agencia de colocación pueda realizar una única de las actividades citadas o varias de ellas; sino que tampoco prevé el reconocimiento de las agencias dedicadas a la cesión de mano de obra (ETTs) como posibles agencias de colocación y por consiguiente agentes de intermediación laboral. El legislador español, lejos de cumplir con el contenido del Convenio nº 181 OIT mantiene la estricta separación entre la actividad de intermediación y la de interposición construyendo un sistema jurídico que no solamente se aleja de la realidad (en la que las ETTs actúan como verdaderas agencias de colocación⁶) sino también de los imperativos previstos por la OIT. Seguramente, se debiera haber aprovechado la modificación legislativa de las ETTs llevada a cabo por la Ley 35/2010, para poner al día este tipo de agencias no solamente en lo concerniente a la Directiva comunitaria sobre ETTs sino también respecto al referido Convenio de la OIT.

Lejos de ello, el estrenado art. 20 LE actualiza el concepto de intermediación laboral pero únicamente incorporando la actividad de recolocación (más conocida como outplacement (OPC) dentro de la definición que recoge. Una incorporación que además ofrece ciertas peculiaridades que deben ser tenidas en cuenta. Llama la atención que el legislador tan solo contemple esta actividad para los supuestos derivados de procesos de reestructuración empresarial en los que el Plan Social o el acuerdo establecido entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios prevean un programa de recolocación. La necesidad de vincular el OPC a la reestructuración empresarial para considerarla como actividad de intermediación conlleva a plantear el interrogante de qué atribución tendrán las agencias de colocación que desempeñen tareas de OPC de todo tipo, ligadas o no a planes de reestructuración. Según el tenor literal de la Ley, que se mantiene estrictamente en el art. 2 RDAC, parece que solo se considerarán agencias de colocación aquellas empresas outplacement que se limiten única y exclusivamente a desempeñar esta labor en relación con los referidos procesos de reestructuración y mediante acuerdo social. Lo que supone que, las empresas OPC que vayan más allá en su campo de actuación proporcionando programas individuales de OPC demandados por

⁶ A este respecto Sobrino Gonzalez, G. M^a, La política de colocación, Editorial Bomarzo, Albacete, 1996, p. 198 y ss.

las empresas, o aquellos de la índole que sea contratados unilateralmente por el empresario⁷, una vez más, se encontrarán en los límites de la anomia legal.

Por consiguiente, nuevamente la recién reformada Ley de Empleo y el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación continúan manteniendo fugas del sistema que permiten la existencia de agentes privados de colocación con ánimo de lucro que operan fuera de la Estructura Nacional de Empleo legalmente prevista. Así pues, la intermediación privada regulada en la LE y en el RDAC siguen sin ser fiel reflejo de la situación real en la que además de las agencias de colocación (las únicas legalmente reconocidas) actuarán como tales, pero desde la total anomia jurídica en la materia, tanto las ETTs como y las OPC que van más allá de los programas de reestructuración en sus actividades. La actual legislación va a mantener fuera de la legalidad determinados agentes privados de empleo prolongando los problemas de inseguridad jurídica que ello conlleva y la falta de control de la actividad cuando es llevada a cabo con ánimo de lucro.

4. LA ACTUAL REGULACIÓN DE LAS AGENCIAS DE COLOCACIÓN

La entrada en vigor del recientemente aprobado Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación ha supuesto la derogación automática del Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, y de cuantas normas de igual o inferior rango contradigan o se opongan a lo en él dispuesto (Disposición derogatoria única RDAC). De manera que, las Agencias de Colocación constituidas al amparo del vencido Real Decreto cuentan con un plazo de seis meses desde la entrada en vigor del RDAC (es decir hasta el 1 de julio de 2011) para adecuarse a la nueva regulación y solicitar la renovada autorización en forma y plazo determinado (Disposición transitoria primera RDAC). Con lo cual, habrán de iniciar de nuevo su proceso de “legalización” dentro del sistema de colocación.

Este Real Decreto, se estructura a través de cinco capítulos que en su totalidad contienen una veintena de preceptos, continuados dos disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única y tres disposiciones finales. A través de lo cual se aborda todo lo referente a las Agencias de Colocación, de manera que, por el momento, el Real Decreto

⁷ Cuando por ejemplo, la empresa que se reestructura no esté obligada a presentar plan social en el marco de un expediente de regulación de empleo (art. 51.4 ET) o cuando la reestructuración se canalice a través de la figura del despido objetivo (art. 52.c ET), como señala Valdes Dal-Re, F: “La reforma de la intermediación laboral”, en Relaciones Laborales, 2010, nº 21-22 (monográfico especial sobre la Reforma Laboral 2010), p. 144.

1796/2011 junto con la Ley de Empleo suponen la única fuente normativa reguladora de la materia.

De modo tal que, el Real Decreto 1796/2010 aborda el concepto de agencia de colocación (en línea con lo establecido en la LE tal y como ya se ha señalado y analizado en precepto anterior), los tipos de agencias de colocación en que ahora se configura el tejido privado de intermediación, en función del cual también se recoge el régimen de constitución, funcionamiento y desarrollo de la actividad de cada una de ellas.

4.1. La autorización y el convenio de colaboración como criterio clasificador de las Agencias de Colocación

En este sentido, la Exposición de Motivos del RDAC retoma el discurso iniciado en el art. 20.3 LE referido a la consideración de la intermediación laboral como un servicio de carácter público, con independencia del tipo de agente que medie en la actividad, ya sea público o privado con o sin ánimo lucrativo. Con ello se está aludiendo a la configuración del servicio como una actividad sometida a la intervención estatal. Es decir, como una actividad que no puede operar libremente, sino que, por el contrario está sujeta a la autorización previa de los SPE para poder ser ejercida en el marco de la legalidad. Lo que significa que hay un control por parte de los SPE para garantizar que quienes operan en el ámbito de la intermediación laboral lo hacen sujetos a los parámetros establecidos y en los términos previstos por el legislador⁸.

Así pues, el RD 1796/2010 contiene algunos rasgos de su derogado predecesor Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo que preveía un régimen legal de agencias de colocación sin fines lucrativos bajo un sistema que precisaba a) la exigencia de autorización concedida por el SPE; b) el condicionamiento de tal requisito a la actuación coordinada con el SPE, en las condiciones establecidas en el también necesario “convenio de colaboración”; y c) la garantía “en su ámbito de actuación” del “principio de igualdad en el acceso al empleo”⁹.

La nueva regulación de las agencias de colocación mantiene el sistema de autorización como requisito que han de observar dichas agencias para constituirse como tales y que deberá solicitarse ante el Servicio Público de Empleo correspondiente en función del ámbito territorial en que se vayan a establecer los centros para la realización de la actividad. De modo que, habrá de ser expedido por el Servicio Público de Empleo Estatal o el Autonómico en base a si dichos centros van a desarrollar la actividad en varias Comunidades Autónomas o en una sola (art. 3 RDAC).

⁸ Vid. F. Valdés Dal-Ré: “La reforma de la intermediación laboral”, p. 45.

⁹ Para ahondar con mayor detenimiento G. M. Sobrino González: *La política de colocación*, p. 280 y ss.

La Ley 35/2010 y el RDAC también conservan la técnica de suscripción del convenio de colaboración, pero únicamente para las agencias de colocación que deseen actuar como entidades colaboradoras de los SPE (arts. 16 y 17 RDAC). De manera que, el legislador diferencia entre dos tipos de agencias en base a su condición o no de agente colaborador con el SPE sin tener en consideración la existencia o carencia de búsqueda de beneficio económico alguno.

Consiguientemente, las agencias de colocación no se clasifican en función de si actúan con o sin ánimo de lucro, sino en relación a si operan de forma autónoma o como colaboradoras de los SPE. De forma que todas ellas deben disponer de la preceptiva autorización administrativa y las que se configuran como entidades colaboradoras de los SPE, además, deben firmar el correspondiente convenio de colaboración. En consecuencia, la regulación de las agencias de colocación cuenta con un conjunto de reglas generales de aplicación a todas ellas, contempladas en la propia Ley y en el RDAC, y otro tanto de carácter especial e individual, detallado en cada uno de los convenios de colaboración firmados.

El procedimiento de concesión de la citada autorización aparece recogido en el Capítulo III del RDAC, que apenas guarda diferencias respecto a lo anteriormente establecido por el RD 735/1995. El referido procedimiento se inicia a instancia de la entidad correspondiente presentando la solicitud oportuna, debidamente cumplimentada, ante el órgano competente del SPE (según lo dispuesto en el art. 3 RDAC) a través de los medios electrónicos establecidos.

La solicitud deberá contener la identificación de la entidad solicitante, su denominación, domiciliación social, número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social, y la ubicación de los centros de trabajo desde donde se va a realizar la actividad. Además, tendrá que ir acompañada de una memoria-proyecto técnico y de gestión para el ámbito solicitado que contenga a) las actividades que se van a desarrollar, especificando expresamente las de recolocación, así como la ubicación y descripción del centro o centros donde se van a llevar a cabo (salvo que se trate de agencias virtuales de colocación, en cuyo caso quedan exentadas de aportar esta información); b) las previsiones de dotación de personal; c) la descripción de los sistemas informáticos compatibles con los de los SPE; y d) la acreditación de disponer de solvencia técnica suficiente para desarrollar la actividad de intermediación, de centros adecuados de experiencia mínima previa en ejecución de programas de empleo y/o gestión de recursos humanos (arts. 9.3.a) y 11.2 RDAC). Así como, de una declaración responsable, en el momento que determine la Administración competente, en la que conste que la entidad solicitante se encuentra a) a corriente de cumplimiento de sus obligaciones fiscales y frente a la Seguridad Social; b) debidamente constituida e inscrita en el registro correspondiente en caso de tratarse de persona jurídica; c) no se halla incurso en circunstancia alguna de las que prohíben contratar con la Administración (art. 9.3.b) RDAC).

Una vez presentada la solicitud, el servicio público de empleo competente dictará resolución concediendo o denegando la autorización en el plazo máximo de tres meses (art. 11.1 RDAC). Al término de éste periodo y en caso de no emisión de respuesta se supone la desestimación de la solicitud por silencio administrativo (art. 11.2 RDAC).

Sucintamente, las referidas autorizaciones han de ser remitidas periódicamente a los órganos de participación del Servicio Público de Empleo Estatal y de las Comunidades Autónomas (art. 8 RDAC), con el fin de que se lleve un control de las mismas y de poder realizar el preceptivo seguimiento y evaluación de las actividades desarrolladas por las agencias a las que se concede (art. 7 RDAC).

La vigencia de la autorización es el único punto significativamente modificado respecto a la regulación anterior. El art. 14 del derogado RD 735/1995 señalaba una duración de un año, que necesitaba ser prorrogada por un año más mediante solicitud de la Agencia correspondiente, antes de que la autorización se convirtiera en indefinida y siempre tras la verificación del cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en el referido Real Decreto. La actual normativa ha suprimido estos tiempos y ha optado por establecer unos periodos y mecanismos un tanto más laxos que podrían suponer un aminoramiento del control que recae sobre las Agencias de Colocación ahora constituidas. El actual art. 12 RDAC señala una vigencia inicial de la autorización de cinco años que podrá ser prorrogada automáticamente de forma indefinida una vez que los SPE comprueben que se mantienen los requisitos y condiciones que determinaron su otorgamiento. De manera que, se reducen los trámites para alcanzar la autorización indefinida sin que, además, se precise la solicitud de renovación por parte de la Agencia, pudiéndose acceder a ella de manera mucho más ágil y sin tanto control por parte de la Administración. Algo que sin duda pudiera favorecer el florecimiento de Agencias de Colocación que oportunamente tan solo pretendan instalarse en el mercado de trabajo durante periodos de alta demanda de sus servicios y que al no buscar mantenerse más allá de cinco años pudieran eludir ciertas responsabilidades e imperativos legales con plena intencionalidad para evitar restricciones a sus actividades. El riesgo de ampliar hasta cinco años el “periodo previo de prueba” para adquirir la autorización indefinida puede conllevar que solo aquellas agencias de colocación que pretendan conseguirla cumplan fehacientemente con lo establecido en la Ley.

En consecuencia, de las tres funciones que desempeña la referida autorización administrativa: a) fundacional: pues tiene carácter constitutivo ya que de ella deriva la existencia de la agencia de colocación; b) de funcionamiento, ya que define el ámbito de las condiciones en las que se ejerce la actividad de colocación en el marco del convenio de colaboración, y c) de control, pues la

autorización en sí misma es una técnica de control preventivo que puede reservar al SPE poderes de intervención y revocación¹⁰, es precisamente esta última la que, al ser modificada en su contenido, pudiera resultar más débil.

4.2. El régimen jurídico de las agencias de colocación

El art. 4 del Real Decreto 1796/2010 determina que dichas agencias “desarrollarán su actividad de acuerdo con las previsiones contenidas en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, en el presente real decreto y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten de aplicación. También habrán de respetar las condiciones establecidas en los acuerdos u otros instrumentos de coordinación que se formalicen con los servicios públicos de empleo. Así mismo, en caso de formalizar convenios de colaboración de los previstos en el capítulo IV, habrán de respetar su contenido”.

Por consiguiente, todas las agencias de colocación debidamente autorizadas, indistintamente de cómo se constituyan, están sometidas a la Ley de Empleo y al RDAC. Y las que se configuren como agencias colaboradoras de los SPE, además, también lo estarán al Convenio de Colaboración que hayan suscrito con el servicio público de empleo pertinente. De tal modo que, se establece un régimen jurídico general para todas las agencias de colocación, y uno añadido referido exclusivamente a las colaboradoras de los SPE.

Esta diferenciación es novedosamente introducida por el RDAC, puesto que el derogado Real Decreto 735/1995 recogía un régimen jurídico de carácter único en el que se requería la subscripción del referido Convenio de Colaboración para todas las agencias de colocación. De facto, el Convenio de Colaboración era un requisito obligatorio que formaba parte del procedimiento de autorización puesto que la totalidad de las agencias de colocación se configuraban como entidades colaboradoras del SPE (arts. 1 y 13 del RD 735/1995). Sin embargo, con la Reforma Laboral ahora introducida, aunque todas las agencias de colocación estarán coordinadas con el SPE tan solo serán colaboradoras de éste aquellas que lo deseen y cumplan con el correspondiente Convenio de Colaboración.

Por ende, las normas reguladoras de las agencias de colocación son dos: una de carácter general y otra de carácter particular. La primera está integrada por la LE y el RDAC, dirigida a todas las agencias de colocación. La segunda es una norma específica que constituye el marco de actuación de cada agencia de colocación, y que se fija, caso por caso, en el correspondiente Convenio de Colaboración formalizado con el SPE. De manera que, dichos Convenios se adaptan plenamente a las circunstancias de cada agencia de colocación al ser diseñados para cada situación concreta. Con anterioridad al RDAC el proble-

¹⁰ Ver G.M. Sobrino González: *La política de Colocación*, p. 327.

ma era la inexistencia de reglas comunes y uniformes para los diversos Convenios de Colaboración que se subscribían (a pesar de que eran obligatorios para todas las agencias de colocación) lo que conllevaba tratamientos diferenciados entre las distintas agencias y cierta inseguridad jurídica. Sin embargo, el Real Decreto 1796/2011 subsana esta situación mediante una doble técnica en la que, por una parte se extrae del contenido de los Convenios de Colaboración la regulación de las obligaciones de las agencias de colocación siendo ahora el propio RDAC quien las regula; y por otra, también el RDAC se encarga, en su art. 18, de determina el contenido mínimo que han de recoger los referidos Convenios. De modo que, con todo ello se evita la situación anterior que permitía la posibilidad de que los citados Convenios estableciesen condiciones u obligaciones diferentes en relación con el SPE.

Así pues, los nuevos Convenios de Colaboración que se suscriban tendrán como objeto señalar las actividades que van a desarrollar las agencias de colocación colaboradoras de los Servicios Públicos de Empleo. Y en este sentido, deberán recoger: a) el ámbito de aplicación; b) la duración, que podrá ser de uno o dos años; c) la descripción de las acciones concretas a desarrollar; d) la forma de financiación de las acciones objeto del convenio, con expresión de su vinculación a los resultados fijados; e) los medios materiales, humanos y económicos que empleará la agencia para acometer las acciones previstas; f) los colectivos de demandantes destinatarios de los servicios; g) el seguimiento y evaluación; h) la definición de los sistemas de comunicación de la información; i) los mecanismos de comunicación para remitir las incidencias que se produzcan en relación a las obligaciones de las personas trabajadoras y de las solicitantes y beneficiarias de prestaciones por desempleo; j) los indicadores de eficacia definidos en función de lo establecido en la Disposición adicional primera del RDAC; k) el procedimiento y trámite para su modificación, así como la determinación de las causas de extinción.

En cuanto a las obligaciones de las agencias de colocación, desenclavadas ya del Convenio de Colaboración, el RDAC las regula separando las que van destinadas a la totalidad de las agencias de colocación (art. 5 RDAC), y las que van dirigidas exclusivamente a las que se constituyen como entidades colaboradoras de los Servicios Públicos de Empleo (art. 17 RDAC).

Con carácter general, todas las agencias de colocación deben garantizar “en su ámbito de actuación los principios de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo” en línea con lo señalado en el art. 16.2 ET, el art 22.bis LE y art. 5.d) RDAC. Además de, a) prestar servicios gratuitamente para los trabajadores; b) garantizar el respeto a la intimidad y dignidad de los trabajadores en el tratamiento de sus datos, sometiendo la actuación en esta materia a la normativa aplicable de protección de datos de carácter personal; c) no subcontratar con terceros la realización de la actividad objeto de la autorización

concedida; d) elaborar y ejecutar planes específicos para la colocación de trabajadores desempleados integrantes de los colectivos prioritarios mencionados en el art. 26 LE; e) velar por la correcta relación entre las características de los puestos de trabajo ofertados y el perfil académico y profesional requerido; f) estar sujeta a las actuaciones del control e inspección que lleven a cabo los SPE y otros órganos de control; g) disponer de sistemas informáticos compatibles y complementarios con el Sistema de Información de los SPE, que permitan suministrar información periódica sobre demandas y ofertas de empleo, así como del resto de actividades realizadas como agencias de colocación autorizadas; y h) presentar anualmente, y dentro del primer trimestre de cada ejercicio, una Memoria de las actividades desarrolladas durante el ejercicio anterior, conteniendo, al menos, información relativa a los indicadores de eficacia contenidos en la Disposición adicional única, así como información sobre su actividad económica como agencia de colocación; de entre las más destacadas de las obligaciones fijadas por el nuevo art. 21 bis LE y el art. 5 RDAC.

Y con carácter especial, según lo dispuesto en el art. 17 RDAC, las agencias colaboradoras de los SPE, además deberán a) suministrar la información que se contemple en el convenio de colaboración, en el formato que se requiera, y específicamente en relación con las personas atendidas y sus perfiles, así como en relación con las ofertas de empleo y los perfiles que correspondan con las mismas; b) comunicar los incumplimientos de las obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo, previstas en el artículo 231.1 LGSS; c) realizar las acciones objeto del convenio de colaboración en los términos y condiciones señalados en el mismo; d) estar sujetas a las acciones que pudieran realizar los SPE con el fin de efectuar el seguimiento y evaluación de las actuaciones objeto del convenio de colaboración; y e) garantizar la gratuidad del servicio para los trabajadores y empleadores en los términos establecidos en el artículo 22.4 LE.

4.3. El deber de comunicación

De entre las obligaciones señaladas cabe destacar, en primer lugar, la importancia de que las agencias de colocación dispongan de sistemas informáticos compatibles y complementarios con el Sistema de Información de los SPE (SISPE), con el objeto de que puedan remitir la oferta y demanda de empleo de que disponen y concurra toda ella junto con la recogida en las oficinas públicas en una única fuente de datos común. Sin duda alguna, este deber permitirá incluir a las agencias de colocación dentro de la red SISPE¹¹ exigiendo a estas empre-

¹¹ Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo mediante el que se intercomunican todos los sistemas de información de los Servicios Públicos de Empleo, estatal y autonómicos. Sobre el SISPE consultar G. M. Sobrino González: *La política de colocación*, p. 180 y ss.

sas la colaboración y comunicación sistemática de todas y cada una de las ofertas y demandas de empleo recibidas. Si bien, esta transmisión de datos no tiene previsto que se realice de manera automática de forma que cada vez que una agencia de colocación registre una oferta o demanda de empleo simultáneamente se grabe en la base de datos general que maneja SISPE. Lejos de ello, el nuevo art. 21 bis. 4.a) LE prevé que dicha información sea remitida por las agencias de colocación periódicamente en los plazos de tiempo que determine el reglamento de desarrollo. Lo que inicialmente fue totalmente inobservado por el Borrador del RDAC, habiendo sido corregido por el texto definitivo que fija un plazo mínimo mensual de periodicidad que evita el grave vacío. No obstante, este plazo podría reducirse para el caso de las agencias de colocación colaboradoras con los SPE, por tanto habrá que estar a lo dispuesto en el convenio de colaboración de cada una de ellas, de manera que bien podría ocurrir que se marcaran periodos diferentes de tiempos en cada uno de ellos. De forma que, una vez más, la inexactitud legislativa va a permitir que haya distintos ritmos de comunicación de los referidos datos y que las agencias de colocación puedan continuar apropiándose de las ofertas y demandas de empleo suscritas en sus dominios sin que fluyan por toda la red de colocación en tiempo real.

El objetivo debería ser que el Sistema de Empleo dispusiese del global de los datos relacionados con las ofertas y demandas de empleo distribuidos entre todos los agentes mediadores que operan en el mercado de trabajo, ya sean públicos o privados. De manera que todos ellos emitiesen y dispusiesen de la misma información para facilitarla a los demandantes de los servicios de intermediación. Sin embargo, tal y como está configurada la fórmula de comunicación de datos de las agencias de colocación al SPE y el espacio telemático común en el SISPE (art. 6 RDAC), no parece que las ofertas y demandas de empleo de dichas agencias se vayan a incorporar a las bases de datos a la que tienen acceso los usuarios del SPE. Sino que, más bien dicho proceso de comunicación va a tener como finalidad establecer el control sobre la labor de intermediación de las referidas agencias. De modo que, la ciudadanía tan solo tendrá acceso directo a la “relación actualizada de agencias de colocación autorizadas” por los SPE a través de las webs de éstos (art. 6.2 RDAC); pero no a las ofertas y demandas de empleo que se registran en ellas. Cuestión que queda del todo recalcada en el único precepto que regula el derecho a la información. El art. 8 RDAC señala que “las personas que se inscriban como demandantes de empleo tendrán derecho a ser informadas por los servicios públicos de empleo sobre las agencias de colocación autorizadas que operan en su territorio”, sin hacer alusión alguna al derecho a la información de las ofertas y demandas de empleo que mueve el mercado de trabajo.

Si el fin principal de la política de empleo es “ofrecer a los desempleados, bajo los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación, transparencia, gratuidad, efectividad y calidad en la prestación de servicios,

una atención preventiva y personalizada por los servicios públicos de empleo (...)”¹² lo correcto es que la información referida a la intermediación fluya de manera eficaz, sin fugas o apropiaciones de la misma. Los datos relativos a las ofertas y demandas de empleo deberían ser considerados de interés social a la vez que protegidos de su mala utilización. Esto permitiría que ninguna empresa pudiera adueñarse de los mismos produciendo segregaciones de la actividad y multiplicidad de inscripciones de los demandantes de empleo en diferentes agencias empleo. Agilizaría el sistema en cuanto a la rapidez de casaciones; favorecería la movilidad geográfica y laboral en todo el territorio nacional, pudiéndose así compensar ofertas y demandas de empleo entre diversos territorios, de manera que la optimización en la distribución de los recursos humanos permitiría realizar una política orientada al pleno empleo. Garantizaría la igualdad de trato y no discriminación; así como un nivel de calidad y seguridad en la información que procuraría una gestión eficaz de los mismos. Proporcionaría a los SPE una visión global de la evolución del mercado de trabajo en todo el Estado lo que aseguraría la elaboración de las estadísticas nacionales sobre la evolución del mercado laboral (como contratación, paro, o evolución de demandas) que permitirían, no sólo mantener el grado actual de conocimiento del mismo, sino también afianzar la elaboración de las propuestas normativas básicas en materia de políticas activas de empleo que resulten necesarias en cada momento. En definitiva constituiría una gran base de datos bajo la que poner en circulación el total de la información referida a la colocación, democratizando y socializando al cien por cien la actividad.

Además de la información referida a las ofertas y demandas de empleo, las agencias de colocación colaboradoras de los SPE, y únicamente ellas, deberán comunicar los incumplimientos de las obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo, previstas en el artículo 231.1 LGSS. Es decir, dar traslado de lo que el anterior art. 7.4 RD 735/1995 señalaba como “los rechazos de ofertas de los solicitantes y perceptores de prestaciones y subsidios por desempleo, con información sobre el empleo ofrecido y las causas de su no aceptación”. Por consiguiente, las referidas agencias colaboradoras van a convertirse en una extensión del SPE para el control de los citados incumplimientos como ya preveía el derogado RD 735/1995 para las agencias de colocación sin ánimo de lucro.

4.4. La garantía de la gratuidad del servicio

En segundo lugar, conviene recalcar el deber de gratuidad del servicio de las agencias de colocación respecto a los trabajadores; y del de las agencias

¹² Exposición de motivos Ley de Empleo.

colaboradoras con los SPE respecto a trabajadores y empleados. A primera vista, esta obligación parece clara y precisa, sin embargo se detectan ciertas peculiaridades que podrían conducir a plantearse diversos interrogantes. Por una parte, respecto al concepto de gratuidad del servicio, ya que según el nuevo contenido del art. 22.4 parece que pueden apreciarse dos consideraciones diferentes. Este precepto señala que, la intermediación realizada por los SPE y las agencias de colocación colaboradoras “se realizará de forma gratuita para los trabajadores y para los empleadores”; y ahora añade, que la desempeñada por las agencias de colocación autónomas deberá “garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios, no pudiéndose exigir a éstos ninguna contraprestación por los mismos”. Los matices con los que se construye este precepto y el que solo se concrete la imposibilidad de percibir contraprestación alguna respecto a la gratuidad de las agencias de colocación autónomas induce a pensar que posiblemente la gratuidad de las otras agencias pudiera conllevar el cobro de alguna percepción económica en base a los gastos ocasionados por el servicio y no como retribución de los mismos. Tal consideración no parecería descabellada teniendo en cuenta que así era como aparecía configurado el concepto de gratuidad ligado a las agencias de colocación sin fines lucrativos anteriormente reguladas por el RD 735/1995 (art. 2.1) colaboradoras con los SPE en relación con el art. 22.4.párrafo 1.º LE. Y que, aunque el Convenio nº 181 OIT prohíbe en su art. 7 que las agencias de empleo privadas cobren a los trabajadores, ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario o tarifa; si bien, permite establecer excepciones respecto a determinadas categorías de trabajadores, así como de determinados servicios prestados por las agencias. De donde cabría deducir que, quizás, el elemento gratuito de las agencias de colocación colaboradoras con el SPE esté relacionado con el servicio prestado y no con los costes del gasto que éste pueda ocasionar.

La desaparición del art. 16.2 ET de dicha mención sin que con la nueva redacción se establezca una función normadora como la que se aportó con anterioridad¹³; el que se haya mantenido intacto el párrafo primero del art. 22.4 LE en los mismos términos anteriores a la actual Reforma que aludían a la referida gratuidad con la permisibilidad de cobrar los gastos ocasionados por los servicios prestados por las colaboradoras agencias de colocación no lucrativas; los diferentes matices aportados en el nuevo segundo párrafo del art. 22.4 LE al concepto de gratuidad; y que el art. 5.c) RDAC aluda a la gratuidad “por la prestación de servicios” conducen a alcanzar la conclusión señalada.

Por otra parte, en lo que se refiere al deber de que la intermediación de las agencias de colocación colaboradoras con los SPE “se realizará de forma gratuita para los trabajadores y para los empleadores”, tal gratuidad parece que

¹³ Como señala F. Valdés Dal- Ré “La reforma de la intermediación laboral”, p. 137.

solamente sería exigible cuando dichas agencias “realicen actividades incluidas en el ámbito de la colaboración con aquellos” (los SPE). De manera que, dichas agencias colaboradoras únicamente tendrían que respetar tal obligación en la parte de sus actuaciones relacionadas con la colaboración emprendida con los SPE; mientras que, si además mantienen su actividad autónoma como agencias de colocación, no parece que se tenga que regir por la misma regla de gratuidad en esta esfera, pudiendo cobrar a los empleadores las prestaciones del servicio.

Y puesto que el propio legislador determina que las agencias de colocación colaboradoras con los SPE están obligadas a mantener un mínimo de su actividad con fondos ajenos a los provenientes del SPE¹⁴, es decir, a cuenta de su constitución como agencias autónomas, bien podría ocurrir que actúen con criterios de gratuidad diferentes en función de la esfera en que se muevan en cada momento o en cada actividad.

Así pues, en lo que se refiere al principio básico de gratuidad de la intermediación laboral (art. 22.4 LE), cabe resaltar, en primer lugar, la defectuosa configuración y conceptualización de su contenido. Si el objetivo del legislador es ofrecer un servicio de intermediación laboral totalmente gratuito para los trabajadores, y en determinados casos también para los empresarios debía haber expresado esta intención en términos iguales para todos los tipos de agencias, autónomas o colaboradoras, y más precisos en línea con los utilizados por el Convenio n^º 181 OIT. De forma que manifiestamente quedara prohibido que todas las agencias de empleo puedan cobrar a los trabajadores ningún tipo de tarifa, “ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario o tarifa” (tal y como señala el referido Convenio de la OIT en su art. 7.1).

En segundo lugar, puesto que este principio general permite que las agencias de colocación puedan percibir prestaciones económicas de los empresarios por los servicios prestados; y que las agencias colaboradoras puedan cobrar los gastos derivados de dichos servicios tanto a trabajadores como a empresarios, no habría estado de mas que este precepto hubiera delimitado tal permisibilidad. En este sentido, el legislador debería haber exigido la necesidad de que la colocación culmine exitosamente para poder proceder al pago por los servicios prestados. De forma que se evitase el pago por dicha asistencia independientemente de que la intermediación derive o no en la contratación del trabajador por el empresario, bien sea por falta de voluntad de alguno de ellos o de ambos, y también al margen de que tal contratación sea efímera por cualquier motivo.

¹⁴El art. 17.f) RDAC señala que “en caso de tratarse de entidades con ánimo de lucro, deberán acreditar que realizan al menos un cuarenta por ciento de su actividad con fondos provenientes de los servicios públicos de empleo; en caso de tratarse de entidades sin ánimo de lucro, deberán acreditar que realizan al menos un diez por ciento de actividad con fondos no provenientes de los servicios públicos de empleo”.

En esta cuestión, lo determinante es el pago de una determinada cantidad por la actividad prestada y no por el resultado alcanzado, separándose la gestión de los frutos obtenidos por ella. Así pues, el cobro de dicha remuneración puede derivar de la mera inscripción como demandante u oferente de empleo. Lo lógico sería supeditar el derecho a devengar dichos gastos al éxito de la mediación, lo que además, estimularía la eficacia de la gestión de las agencias de colocación. Todavía más, pudiera considerarse la oportunidad de que la no superación del período de prueba produjese una reducción del coste del servicio a cargo de los usuarios.

En esta misma línea, el legislador podría haber vinculado la garantía de este derecho a la aprobación de unas tablas generales que fijasen unas tarifas máximas y mínimas de las referidas prestaciones y de los gastos derivados del servicio prestado a respetar por las agencias de colocación. De este modo se evitaría el abuso y el lucro excesivo de la actividad en los sectores que se presten a ello y se establecería un trato igualitario para todos los oferentes y demandantes de empleo que recurriesen a estos servicios de colocación con coste económico añadido.

4.5. La financiación de las agencias de colocación

La normativa española en materia de empleo no ha entrado a regular en modo alguno lo concerniente a la financiación de las agencias de colocación. No lo hizo el Real Decreto 735/1995 y tampoco lo hace el nuevo Real Decreto 1796/2011 fruto de la recién formulada Reforma Laboral introducida por la Ley 35/2010. La financiación de las agencias de colocación ha venido adoleciendo de limitación alguna y especialmente ahora que se ha liberalizado completamente la actividad. El único freno que pudiera haberse encontrado es el que el legislador indirectamente estableció con la prohibición del ánimo de lucro de estas agencias durante la vigencia del referido RD 735/1995. Que si bien tampoco supuso una cortapisa significativa a la utilización de las remuneraciones recibidas por oferentes y demandantes de empleo, ha sido la única fuente de financiación visible de las referidas agencias.

El RD 735/1995 permitía que las agencias de colocación sin ánimo de lucro pudieran percibir cuantías económicas del empresario y del trabajador, pero exclusivamente limitadas a los gastos ocasionados por los servicios prestados, sin hacer alusión al control de tarifas y sin que la Administración las fijase¹⁵. Tanta indeterminación sobre la materia ha venido provocando situaciones de todo tipo en España: a) agencias de colocación públicas exentas de tarifas y por consiguiente totalmente gratuitas para demandantes y oferentes de empleo¹⁶; b) agencias de colocación públicas con unas tarifas determinadas para los oferentes

¹⁵ Sobre esta materia G. M. Sobrino González, *La política de colocación*, p. 320 y ss.

¹⁶ Como es el del Servicio Vasco de Colocación (LANGAI).

de empleo y una pluralidad de las mismas para los demandantes del mismo, en función de que la intermediación se limite a la concertación y realización de entrevistas de trabajo o vaya más allá y concluya en una formalización del contrato¹⁷; c) agencias de empleo privadas exentas de pago, totalmente gratuitas para sus clientes¹⁸; d) agencias de empleo privadas que establecen remuneración sólo a los oferentes de empleo¹⁹, sólo a los demandantes de empleo²⁰ o a ambos²¹. Una gran pluralidad de situaciones donde en algunas ocasiones se establecían tarifas diferentes en función del éxito del servicio; tarifas únicamente para el demandante o para el oferente de empleo sin explicación de las razones por las que se fijan; o tarifas de distinta cuantía para el oferente y el demandante de empleo, sin saber muy bien su base y argumento. Incluso supuestos en los que dependiendo de la titulación del demandante de empleo la agencia exigía una remuneración u otra. Este es el caso de la Asociación Progreso Laboral de Alcantarilla y Murcia, donde oferente y demandante de empleo participaban al 50 por 100 en los gastos de la intermediación. Si bien, el importe de los mismos variaba en función de la titulación del trabajador, de modo que si estaba en posesión del mismo la tarifa a abonar por ambas partes es de 433 € y si no lo está es de 375 €²².

Otro ingreso económico que podían recibir las agencias de colocación no lucrativas eran las subvenciones, siempre y cuando contasen con la autoriza-

¹⁷ Tal es el caso de la Agencia de colocación “Comunidad Municipios Sierra de Cádiz”, de la Administración Local y que atiende a diecinueve municipios de Cádiz y Granada. Esta Agencia en enero de 2003 fijaba las siguientes tarifas por su prestación de servicios: a) a los oferentes de empleo les corresponde abonar 15 €; b) a los demandantes de empleo les cobran 30 € por cada entrevista de trabajo concertada, y 60 € por cada colocación concluida. Datos obtenidos del Directorio de Agencias de Colocación publicado en el diario El Mundo (<http://www.el-mundo.es/sudiner/noticias/agenc.html>).

¹⁸ Como por ejemplo el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Guipúzcoa, Alava y Navarra; la Fundación Gaztellán de Pamplona; Salamanca Emprende de la provincia de Salamanca; la Comisión de Ayuda al Refugiado de Andalucía, Canarias, Cataluña, Madrid, País Vasco y Valencia; la Cruz Roja de Valencia. Datos obtenidos del Directorio de Agencias de Colocación publicado en el diario El Mundo (<http://www.el-mundo.es/sudiner/noticias/agenc.html>).

¹⁹ La Fundación Federico Ozanam de Zaragoza y la Agencia de colocación S.O.S. DUM 40 de la Comunidad Autónoma de Valencia exigen una tarifa de 30 € únicamente a los oferentes de empleo (a fecha de enero de 2003). Datos obtenidos del Directorio de Agencias de Colocación publicado en el diario El Mundo (<http://www.el-mundo.es/sudiner/noticias/agenc.html>).

²⁰ En enero de 2003 la Asociación Labore de la provincia de Burgos exige unos gastos de 90 € y la Fundación Universitaria de ámbito nacional de 18 € única y exclusivamente a los demandantes de empleo. Datos obtenidos del Directorio de Agencias de Colocación publicado en el diario El Mundo (<http://www.el-mundo.es/sudiner/noticias/agenc.html>).

²¹ Como es el caso de la Asociación Profesional de Radio y Televisión de la Comunidad Autónoma de Murcia, que señala una tarifa de 30 € para el trabajador y de 18 € para el empresario oferente de empleo. Datos obtenidos del Directorio de Agencias de Colocación publicado en el diario El Mundo (<http://www.el-mundo.es/sudiner/noticias/agenc.html>).

²² Datos obtenidos del Directorio de Agencias de Colocación publicado en el diario El Mundo (<http://www.el-mundo.es/sudiner/noticias/agenc.html>) en enero de 2003.

ción previa y colaborasen en actividades de preselección. Sin embargo, dichas subvenciones, junto con otras posibles ayudas destinadas a entes públicos y privados, no podían superar en su totalidad el coste global de la actividad a desarrollar por la agencia beneficiaria de la misma²³.

Con el nuevo Real Decreto 1796/2011, y en línea con lo argumentado anteriormente respecto al deber de gratuidad de las agencias de colocación, parece que éstas pudieran obtener una financiación similar a la señalada y escasamente observada por los predecesores elementos normativos. Las agencias de colocación constituidas al amparo del RDAC podrían encontrar como fuente de ingresos: las prestaciones cobradas a los empresarios (sin restricción alguna); las percepciones por los gastos ocasionados de los servicios prestados a los demandantes de empleo (sin limitaciones); y las subvenciones procedentes de los Servicios Públicos de Empleo.

De forma indirecta, la LE y el RDAC reconocen las dos primeras fuentes de financiación, y, de manera expresa, el art. 16 RDAC observa que las agencias de colocación constituidas como entidades colaboradoras de los SPE podrán “recibir financiación de los mismos, mediante la suscripción del convenio de colaboración”. Por ende, se conserva el mismo sistema de financiación de las agencias de colocación, pero restringiendo la posibilidad de recibir subvenciones económicas de los SPE a las agencias de colocación de carácter autónomo. El problema reside en que el recién promulgado Real Decreto 1796/2010 también mantiene la desregulación de la materia que ya caracterizaba a su antecesor, lo que podría plantear situaciones de discriminación en lo que respecta a la pluralidad de tarifas aplicables o de injustificada relación entre los gastos reales de la mediación y los costos abonados, entre otros.

Pero lo más alarmante se refiere al silencio total con que el RDAC reconoce la subvención pública de la intermediación privada. Esta norma se limita a reconocer tal posibilidad sin hacer alusión alguna a cómo se va a acceder a ella, cómo se van a determinar las cuantías económicas que corresponden, o como se va a proceder a ejercer el control de la misma. Tal y como está redactado el art. 16 RDAC pudiera entenderse que dichas cuestiones quedan relegadas a lo que establezca el contenido del Convenio de Colaboración, pero si así fuera debería haber quedado reflejado en el art. 18 RDAC que alude al objeto y contenido de dichos Convenios, y que es algo que no sucede. En definitiva, cabe afirmar que el art. 16 RDAC vincula la posibilidad de recibir las citadas subvenciones a que así se haga contar en el Convenio de Colaboración, pero los requisitos, la gestión y el control de la misma queda abocado a la absoluta anomía legal con los peligros que ello entraña. Ni tan siquiera el art. 20 referente al seguimiento y evaluación de la actividad de las agencias colaboradoras

²³ Orden Ministerial de 9 de marzo de 1994 y Resolución de 13 de febrero de 1996, del INEM.

incluye alguna mención al respecto; tan solo aluden al control que ejercerán los SPE de que dichas agencias cumplan con los porcentajes de actividad de fondos no provenientes de los servicios públicos de empleo (un 40 por 100 para las agencias de colocación con fines lucrativos y un 10 por 100 para las que no lo persiguen).

La subvención de la iniciativa privada en la intermediación laboral ha venido siendo defendida por algunos autores²⁴ que la consideran como un posible agente estimulador de los resultados que las agencias de colocación puedan obtener en cada ejercicio, del ámbito territorial y funcional de actuación, del presupuesto de gastos e ingresos y del número de usuarios, entre otros. Si bien, señalan la necesidad de que dichas subvenciones estén vinculadas con la duración y el número de contratos de trabajo celebrados por su mediación (por ejemplo). La legitimación de este sistema vendría dada por el cumplimiento de las agencias de una función pública, mediante concierto de colaboración con el organismo o servicio encargado de ella. Su justificación económica estaría vinculada a la reducción de costes por desempleo que conllevaría la exitosa colocación de trabajadores; y por supuesto permitiría reducir el precio de los servicios que prestan este tipo de agencias de colocación.

Pero los efectos negativos que puedan derivar de este régimen de subvenciones son de mayor calado, máxime cuando no existe ningún precepto legal que regule y limite su gestión. El riesgo de que los SPE dejen de realizar determinadas actividades delegándolas en los agentes privados, y el enriquecimiento de estos últimos por el apoderamiento consentido de ellas en régimen de monopolio suponen una preocupación alarmante de en lo que verdaderamente puede llegar a convertirse el sistema de colocación español. Basta con poner un ejemplo real para lustrar la referida intranquilidad.

En el año 2001 el INEM firmó un contrato con la Asociación Española de Consultoras de Outplacement (AECO) del que se elaboró el Primer Programa Experimental Timonel 2002²⁵ que comprendía la autorización de las técnicas OPC para la resinserción laboral de cuatrocientos parados de larga duración²⁶. Este Programa se llevó a cabo en la Comunidad Autónoma de Cantabria y en la del País Vasco y supuso la primera ocasión en que se utilizó el OPC para incorporar al mercado laboral a los parados de larga duración de cualquier perfil.

El Programa Timonel 2002 estaba destinado básicamente a personas mayores de cuarenta y cinco años de edad, en situación de desempleo de más de un año, sin derecho a percibir la correspondiente prestación y que estaban inscritas en el INEM como demandantes de empleo. El mencionado Programa

²⁴ Sánchez Pego: "Las agencias de colocación en el ámbito de la reforma laboral", *Documentación Laboral*, nº 43 (1994), p. 114 y ss.

²⁵ A este respecto G. M. Sobrino González, *La política de colocación*, p. 385 y ss.

²⁶ Orden de 30 de octubre de 2001, publicada en el B.O.E. de 17 de noviembre del mismo año.

comprendía tanto los servicios OPC como una renta de inserción dirigida a los demandantes de empleo participantes que suponía el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional. Si bien, tras la recolocación del trabajador, dicha renta sería descontada de su salario por la nueva empresa contratante. Lo que suponía que el propio trabajador estaba financiado su propia recolocación.

Los candidatos que formaron parte del programa tuvieron que firmar un contrato con AECO que les comprometía durante un mínimo de seis meses y a partir del cual el candidato podía disponer de los servicios OPC para facilitar su recolocación profesional. Para ello, AECO organizó la infraestructura necesaria en Santander, Torrelavega y Bilbao por la que llevar a cabo dicho proceso de colocación. Dicha infraestructura englobaba tanto oficinas totalmente equipadas (salas de trabajo con mesas, sillas, ordenadores, fax, fotocopiadora, teléfono, conexión a *internet*, prensa, y demás), como personal especializado (consultores, psicólogos, administrativos, entre otros), que fueron los encargados de guiar a los desempleados individualmente en su reinserción profesional mediante el asesoramiento, diagnóstico de la situación, ayuda para aprender a elaborar un curriculum-vitae, detectar ofertas de empleo, superar una entrevista de selección e incluso negociar con la empresa contratante.

Como todos los servicios OPC, la empresa contratante fue la que abonó los gastos del mismo. En este caso, el INEM asumió un gasto de 1.800 € por cada persona acogida al programa, y 5.409 € por cada desempleado recolocado.

Curiosamente, este Programa Timonel se llevó a cabo en los años 2001-02, cuando la intermediación privada con ánimo de lucro no estaba permitida y solo podían operar en esta actividad los agentes debidamente autorizados que acreditasen su falta de animolucridad. Este ejemplo demuestra como, a pesar de las prohibiciones legales, la mediación privada lucrativa existía en España y además los SPE contrataban sus servicios a costes excesivamente gravosos. Pues bien, ahora, ya sin cortapisa legal alguna que restrinja el ánimo de lucro de los agentes de colocación y con las posibilidades que abre la nueva regulación jurídica, este tipo de situaciones podrían producirse con mayor facilidad. Así pues, los fondos públicos con los que cuenta el SPE pudieran ser utilizados para este tipo de actuaciones, en lugar de que con ellos se fortalezca el sistema público. Por lo que, este último quedará relegado a la mera gestión de las prestaciones por desempleo y elaboración de datos estadísticos sobre empleo. El legislador ha optado por una fórmula que se aleja de lo importante que sería incrementar el papel de los SPE y los ahorros financieros que ello supondría para el Erario Público, tal y como pongo de manifiesto en otro trabajo recientemente publicado que aborda esta cuestión²⁷.

²⁷ G. M. Sobrino González: "La flexibilidad en la intermediación laboral", en *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización* (Dir. J. Lahera Forteza y F. Valdés Dal-Ré), Ed. Cinca, Madrid, 2010, p.252 y ss.

4.6. El control de las agencias de colocación y la extinción de la autorización

El antiguo Real Decreto 735/1995 utilizaba el Convenio de Colaboración para establecer los mecanismos de control de las agencias de colocación debidamente autorizadas acorde a aquella legislación. Algo que tenía su lógica, puesto que en dicho Convenio era donde se establecían los derechos y obligaciones de las agencias con el SPE y con los usuarios del servicio; y se delimitaba la actividad de las mismas. De manera que, el incumplimiento del Convenio suponía la extinción de la autorización y en consecuencia de las actividades autorizadas (art. 17.1.c) RD 735/1995). Junto a esta causa de extinción, el referido precepto también consideraba a dichos efectos la terminación del plazo de duración concebido; la vulneración del principio de igualdad en el acceso al empleo, así como de los requisitos y obligaciones legales recogidas en el RDAC; el mutuo acuerdo de las partes; la solicitud de la agencia de colocación, por incumplimiento del INEM de las estipulaciones contenidas en el Convenio de Colaboración; y las causas establecidas expresamente en el Convenio de Colaboración.

Como medida de control, el art. 4 del RDAC también señalaba la obligación de que las agencias de colocación llevaran a cabo una contabilidad separada en las actividades relacionadas con la intermediación (como tener una cuenta bancaria independiente y exclusiva para todos los gastos e ingresos derivados de dicha actividad). Esto permitía una vigilancia más adecuada por parte de la Autoridad Laboral con el fin de determinar si la agencia de colocación cumplía o no los requisitos legales exigidos y, en particular, si carecía o no de ánimo de lucro. Además, se establecía un control financiero por el que se debía realizar una auditoría de cada ejercicio anual por entidades independientes (art. 4 Real Decreto 735/1995) que diera como resultado un dictamen expreso sobre la idoneidad, racionalidad de las cuantías y el equilibrio de gastos e ingresos de la agencia. Por tanto, se trataba de un control que permitía a los SPE conocer los datos sobre la adecuación de la gestión y sobre la acomodación de las agencias a las exigencias legales. Y, por último, las citadas agencias debían realizar y presentar anualmente ante el SPE una memoria de actividades y una previsión de las del año siguiente, según los contenidos fijados en el Convenio de Colaboración (art. 15 Real Decreto 735/1995).

Sin duda alguna el antiguo Real Decreto sobre agencias de colocación era mucho más preciso a la hora de establecer medidas de control de la actividad de intermediación privada. Ciertamente es que era importante el control de la falta de animolucrosidad de las referidas agencias y que debido a ello era preciso establecer los ya mencionados criterios de vigilancia. Si bien, el que el nuevo sistema permita todo tipo de agencias de colocación, públicas y privadas, con

y sin ánimo de lucro, no significa que por ello se deba renunciar a controlar la actividad que estas desempeñan, máxime cuando se trata de un servicio vinculado a un bien social escaso, como es el empleo, íntimamente ligado al art. 35 CE que defiende el derecho y el deber de trabajar.

El Real Decreto 1796/2011 no prevé ningún mecanismo de control de las agencias de colocación de carácter autónomo; y tan solo recoge unas leves alusiones de seguimiento y evaluación únicamente referidas a las agencias de colocación constituidas como entidades colaboradoras. De manera que, aparentemente las agencias de colocación autónomas no están sometidas a ningún tipo de vigilancia y las que son colaboradoras habrán de estar a lo dispuesto en el art. 20 RDAC. Este precepto legal tan solo alude a la necesidad de que las citadas agencias faciliten “cuantos datos, documentación e información sean necesarios, en los soportes informáticos o medios que se establezcan, para evaluar el resultado de las acciones convenidas”; asimismo, los SPE “realizarán cuantas acciones sean necesarias para el seguimiento y evaluación de las actuaciones objeto del convenio, tanto en su aspecto cualitativo como cuantitativo”; y se realizarán actividades de fiscalización y control para comprobar “que cumplen los porcentajes de actividad contemplados en el art. 17.f)” (40 por 100 para las agencias de colocación con fines lucrativos y un 10 por 100 para las que no lo persiguen). Y nada señala respecto a los plazos de tiempo en que dichas agencias deben notificar la información; en qué periodos el SPE va a realizar el seguimiento y evaluación de las citadas actuaciones; ni cuáles podrían ser los efectos en caso de detectar alguna anomalía.

El RDAC no solamente no previene tales cuestiones sino que además, ni tan siquiera contempla la posibilidad de que se puedan extinguir los Convenios de Colaboración. No hay rastro de alusión a esta cuestión, por consiguiente, parece que, aunque las agencias colaboradoras incumpliesen con el contenido de los citados Convenios, esto no sería causa para su rescisión.

A este respecto, el RDAC tan solo prevé la medición de los indicadores de eficacia de las agencias de colocación autónomas cada dos años a efectos de realizar suscripciones de posibles Convenios de Colaboración con los SPE (Disposición adicional primera). Es decir, se evalúa el número de personas atendidas perceptoras o no de prestaciones por desempleo y de las que pertenecen a colectivos con dificultades de inserción; del número de ofertas y puestos de trabajo captados y los que han sido cubiertos como resultado de su actividad de intermediación; del número de contratos de trabajo suscritos por las personas atendidas y otro tanto de indicadores más; pero no para determinar si se mantiene vivo el Convenio de Colaboración, si se renueva o se suprime. Sino, únicamente, para captar nuevas agencias colaboradoras. Lo que demuestra que el interés recae en encontrar “nuevos socios privados”, en lugar de colaborar con ellos pero controlando que cumplen con una mínima legalidad.

El RDAC tan solo señala la posibilidad de extinción de la Autorización (para todas las agencias). De modo que, ésta concluirá a) por incumplimiento de la agencia de colocación de cualquiera de los requisitos y obligaciones legal o reglamentariamente establecidos; b) por inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a la declaración responsable, descubierta con posterioridad a la concesión de la autorización; y c) por renuncia o cierre de los centros de trabajo.

Como se puede observar el nuevo Real Decreto resta las causas de extinción de la autorización de las agencias de colaboración en relación al RD 735/1995. Consiguientemente, atrás queda el incumplimiento del Convenio de Colaboración; la terminación del plazo de la duración de la Autorización; o la vulneración del principio de igualdad en el acceso al empleo, como causas expresas que dan por concluida la Autorización.

No hubiera estado de más que el RD 1796/2011 hubiera sido más generoso a la hora de fijar las causas de extinción de la Autorización por la que se constituyen las agencias de colocación. Ni que hubiera dedicado un artículo a relatar las posibles situaciones de rescisión de los Convenios de Colaboración, contemplando no solamente los supuestos en que es el SPE quien procede a su cancelación, sino también aquellos en que puede realizarlo la propia agencia colaboradora. Como podría ser el caso en que se produjese algún tipo de incumplimiento de las estipulaciones contenidas en el Convenio de Colaboración por parte del Servicio Público de Empleo.

En conclusión, y para finalizar, cabe señalar que aun resta un largo trabajo para realizar una completa regulación jurídica de la intermediación privada que permita una verdadera colaboración con los Servicios Públicos de Empleo que doten al mercado de trabajo de un servicio más transparente, eficiente e igualitario.

LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA TRAS LA REFORMA OPERADA POR LEY 35/2010, DE 17 DE SEPTIEMBRE: UN NUEVO PROCEDIMIENTO DE TRASLADO COLECTIVO

FRANCISCA FERNÁNDEZ PROL

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo*

EXTRACTO

Palabras Clave: Movilidad geográfica, Reforma 2010

Transcurridos unos meses desde la entrada en vigor de la Ley 35/2010, no son pocas las dudas interpretativas que quedan por despejar, así, por ejemplo, en materia de movilidad geográfica. Pues también el artículo 40 del ET, al albergar una medida de flexibilidad interna, ha sido objeto de reforma: el impulso a los instrumentos de adaptabilidad se erige en efecto en prioridad del legislador “bajo la consideración general de que éstos] conforman una alternativa positiva frente a medidas de flexibilidad externa que implican un ajuste en el volumen de empleo”. El tratamiento conjunto, ex Capítulo II de la Ley, de las herramientas de flexibilidad interna –entre las que, además de la analizada movilidad geográfica, se incluyen los procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo y de descuelgue salarial, así como la suspensión y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción- ha propiciado una solución legislativa homogénea materializada en la introducción, para cada una de las figuras citadas, de novedades comunes que en cierto modo obligan a un análisis transversal cuando menos de este aspecto de la reforma.

ABSTRACT:

KEY WORDS: Geographic mobility, 2010 Reform

After few months since the Law 35/2010 has come into effect, some doubts arise about the interpretation of such law, for example as regards geographic mobility. The article 40 of the Workers Statute about internal flexibility measures has been reformulated: triggered to change the instruments of adaptability that are described by the legislation “under the general consideration that these instruments conform a positive alternative on flexibility given the external measures that imply an adjustment in employment volume”. The entire ex Chapter II of the Law, about internal flexibility –in which it is analysed the geographic mobility, and are included the substantial modification of the working conditions, salary reduction or salary take down, or the suppression and reduction of working hours by economic causes, technical or organizational or by productive reasons-. This implication has led to a homogeneous legislation to introduce, in each of the mentioned features, certain novelties common to all, that directly tell us to make a transversal analysis to consider certain aspects of the reform.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. BREVE RECORDATORIO PARA CALIBRAR EL GRADO DE REFORMA DE LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA
3. TRES MODIFICACIONES DE PROCEDIMIENTO
 - 3.1. Limitación temporal del período de consultas
 - 3.2. Implantación de mecanismos de representación alternativos para los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores
 - 3.3. Sustitución del período de consultas por la aplicación de procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos
4. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Transcurridos unos meses desde la entrada en vigor de la Ley 35/2010, no son pocas las dudas interpretativas que quedan por despejar, así, por ejemplo, en materia de movilidad geográfica. Pues también el artículo 40 del ET, al albergar una medida de flexibilidad interna, ha sido objeto de reforma: el impulso a los instrumentos de adaptabilidad se erige en efecto en prioridad del legislador “bajo la consideración general de que [éstos] conforman una alternativa positiva frente a medidas de flexibilidad externa que implican un ajuste en el volumen de empleo”¹. El tratamiento conjunto, *ex* Capítulo II de la Ley, de las herramientas de flexibilidad interna —entre las que, además de la analizada movilidad geográfica, se incluyen los procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo y de descuelgue salarial, así como la suspensión y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción— ha propiciado una solución legislativa homogénea materializada en la introducción, para cada una de las figuras citadas, de novedades comunes que en cierto modo obligan a un análisis transversal cuando menos de este aspecto de la reforma². Con todo y sin perder de vista esto último, el estudio que se inicia se centra, tras un breve recordatorio del régimen jurídico básico de la movilidad geográfica³, en el examen de las tres modificaciones operadas en la más destacada de sus manifestaciones —el traslado colectivo— y que deben ya enumerarse:

¹ *Vid.* Preámbulo de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

² *Vid.*, en dicho sentido, Cruz Villalón, J., *La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010*, RL, 2010, p. 81, que destaca, a modo de rasgos comunes, “el reforzamiento del protagonismo de los acuerdos de empresa frente a los convenios sectoriales”, “la voluntad de acentuar la práctica de los procedimientos voluntarios de mediación y arbitraje” así como “la original solución prevista para las empresas sin representación legal de los trabajadores”.

³ Existe un nutrido elenco de estudios minuciosos de la movilidad geográfica: así, entre otros, Corte Heredero, N., *La movilidad geográfica de los trabajadores*, Lex Nova (Valladolid, 1995); García Murcia, J., *Traslados y desplazamientos en la empresa*, Tirant Lo Blanch (Valencia, 1996); Ortiz Lallana, M. C., *La movilidad geográfica en la empresa*, Actualidad (Madrid, 1994); Rojas Rivero, G. P., *Traslado y desplazamiento de trabajadores*, MTSS (Madrid, 1993); Sala Franco, T., *La movilidad geográfica*, RMTIN, núm. 58, 2005.

la limitación temporal del período de consultas, la implantación de mecanismos de representación alternativos para los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores y la posibilidad de sustitución del período de consultas por la aplicación de procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos.

2. BREVE RECORDATORIO PARA CALIBRAR EL GRADO DE REFORMA DE LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA

Es común y al tiempo ilustrativa la configuración de la denominada “movilidad geográfica” como la modificación de una condición de trabajo –el lugar de prestación de servicios– sujeta por decisión del legislador a un régimen jurídico específico⁴, previsto en el ya citado artículo 40 del ET⁵, completado, respecto de una cuestión puntual, por el aún vigente Real Decreto 43/1996, de 19 de enero⁶. La citada normativa, con todo, no contempla todo género de modificación del lugar de trabajo, sino tan sólo aquella decidida unilateralmente por el empresario⁷ habida cuenta la concurrencia de causas objetivas y que al tiempo implique un cambio de residencia del trabajador⁸, bien por un tiempo inferior a doce meses –en cuyo caso se tratará de un desplazamiento–, bien

⁴ Así lo indican Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez F., García Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, 19ª ed., Tecnos (Madrid, 2010), p. 702, que precisan que tal opción legislativa responde en parte a la necesidad de atender a su singularidad y, en parte, a la conveniencia de dar cabida a aquellos cambios producidos a instancia del trabajador –así en el supuesto de violencia de género–.

⁵ Precepto, por cierto, objeto de escasas reformas: en efecto, desde su primera redacción en 1980, sólo fue objeto de una reforma sustancial por Ley 42/1994, de 30 de diciembre.

⁶ Real Decreto por el que se aprueban los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, cuyo Título II, según reza el artículo 22 del mismo texto, tiene por objeto “la regulación del procedimiento a que se refiere el apartado 2 del artículo 40 en virtud del cual, la autoridad laboral, decidido un traslado colectivo, a la vista de las posiciones de las partes y teniendo en cuenta las consecuencias económicas y sociales de la medida, podrá ordenar la ampliación del plazo de incorporación de los trabajadores al nuevo puesto de trabajo y la consiguiente paralización del traslado por un período de tiempo no superior a 6 meses”. Al respecto debe tenerse en cuenta lo dispuesto por la Disposición Final Tercera –apartado 4– de la Ley 35/2010, a cuyo tenor “con anterioridad al 31 de diciembre de 2010, el Gobierno aprobará, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y con las Comunidades Autónomas, un Real Decreto para la modificación del Real Decreto 43/1996”, mandato incumplido hasta el momento.

⁷ Al margen quedan, pues, por un lado, alteraciones del lugar de trabajo pactadas por las partes, en su caso conforme a lo dispuesto por la negociación colectiva, así como, por otro lado y según expresa el propio artículo 40, cambios referidos a trabajadores “contratados específicamente para prestar sus servicios en centros móviles o itinerantes” (sobre esto último, *vid.* STS de 14 de octubre de 2004 RJ 2005/2168)

⁸ Sobre el particular, puede consultarse San Martín Mazzucconi, C., *El cambio de residencia en la movilidad geográfica*, AS, BIB 2009/1902. También de la jurisprudencia y de la doctrina judicial se deduce la configuración del cambio de residencia como “elemento característico del supuesto de hecho contemplado por el artículo 40”: SSTS de 12 de febrero de 1990 (RJ 1990/903), 27 de diciembre de 1999 (RJ 2000/2029), 14 de octubre de 2004 (RJ 2005/2168) y 26 de abril de 2006 (RJ 2006/3105); STSJ de Cataluña de 19 de enero de 2010 (Ar. 1011).

superando, por una sola vez o en un período de referencia de tres años, la anualidad –supuesto en el que conformará un traslado-. Ni esta última clasificación –que distingue en virtud de su intensidad dos modalidades de movilidad geográfica –, ni las causas susceptibles de ser alegadas han sido modificadas por Ley 35/2010. Así, tales causas se reconducen aún, por un lado, a las denominadas “contrataciones referidas a la actividad empresarial” y, por otro lado, a las tradicionales “razones económicas técnicas, organizativas o de producción”, que, según expresa el apartado 1º del artículo 40.1 –por consiguiente, respecto de los traslados-, concurrirán siempre que “la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”. No incluye por consiguiente el legislador –como sí hace llamativamente en el artículo 41 del ET- referencia a la mera prevención de evoluciones negativas de la empresa⁹. Incongruencia, tal vez fruto de la precipitación, que acaso podrían corregir los tribunales mediante una interpretación analógica, sistemática –habida cuenta lo dispuesto precisamente en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo- y teleológica –pues, conformando el impulso a las medidas de flexibilidad interna uno de los objetivos clave de la reforma resulta del todo incoherente una mayor exigencia respecto de éstas que respecto de medidas reactivas (suspensiones o extinciones)-¹⁰.

Y también permanecen tras la reforma del 2010, cuando menos en lo esencial, los procedimientos para llevar a cabo desplazamientos temporales y traslados. Respecto de la sencilla tramitación prevista para los primeros en el apartado 4º del artículo 40 ninguna modificación se ha operado: el legislador mantiene así, sin distinción entre desplazamientos individuales y colectivos,

⁹ De hecho, la doctrina ha efectuado alguna sugerencia, sin embargo, en el caso de la movilidad geográfica, ignorada por el legislador: así, García-Perrote Escartín, I. señalaba que “Parecería razonable utilizar la diligencia parlamentaria de la tramitación del RDL como proyecto de ley para introducir en los artículos 40 y 41 ET la expresión ‘o a prevenir una evolución negativa de la misma’ y seguramente las expresiones de que ha de deducirse ‘mínimamente la razonabilidad’ de las decisiones empresariales”. Pues, “si se quieren favorecer las medidas de flexibilidad interna frente a las medidas extintivas (o de flexibilidad externa), no parece razonable que las exigencias causales sean, o al menos puedan parecerlo, menores para estas últimas que para las primeras”, “Medidas de flexibilidad interna: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales”, en AA. VV., *La reforma laboral 2010. Aspectos prácticos*, Lex Nova (Valladolid, 2010), p. 134.

¹⁰ La incongruencia se revela aún mayor a la luz de la jurisprudencia, al señalar ésta, en STS de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005/9696), que “la razón sustantiva de un tratamiento legal diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida de empleo (‘flexibilidad externa’ o ‘adaptación de plantilla’) que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo (‘flexibilidad interna’ o ‘adaptación de condiciones de trabajo’)”.

las reglas básicas en materia de preaviso¹¹, de abono de gastos de viaje y dietas¹², así como de permisos en el domicilio de origen¹³. Por su parte, respecto de los traslados, sí susceptibles de configuración como individuales o colectivos, sólo en el ámbito de estos últimos se han producido reformas. Los traslados cuyo ámbito de afectación no alcance los umbrales al uso para su calificación como colectivos¹⁴, por consiguiente, permanecen sujetos a idéntico régimen jurídico, caracterizado, como es sabido, por el deber empresarial de notificación con una antelación mínima de 30 días¹⁵, por el derecho a la compensación por gastos propios y de familiares en caso de aceptación, así como por las posibilidades de rescisión contractual indemnizada¹⁶ o de impugnación judicial, sin perjuicio, en este último supuesto, de la ejecutividad de la decisión empresarial¹⁷.

Es pues en el marco del procedimiento de traslado colectivo en el que se producen las reformas aquí examinadas, que, no obstante, no alcanzan a una parte sustancial de aquél. Resulta indemne, en particular, la necesidad de apertura de un período de consultas, cuya finalidad y espíritu también se mantienen –a pesar, como se verá, de la reformulación del plazo en que debe

¹¹ Si el desplazamiento es “de duración superior a tres meses” el trabajador afectado debe ser informado “con una antelación suficiente a la fecha de su efectividad, que no podrá ser inferior a cinco días laborables”.

¹² Aceptado el desplazamiento, el empresario debe abonar al trabajador “los gastos de viaje y las dietas”, estas últimas conforme a lo dispuesto en convenio colectivo en concepto de alojamiento y manutención.

¹³ El trabajador tiene derecho “a un permiso de cuatro días laborables en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, sin computar como tales los de viaje, cuyos gastos correrán a cargo del empresario”.

¹⁴ Así, según expresa el artículo 40, apartado 2º, es colectivo aquel traslado que “afecte a la totalidad del centro de trabajo, siempre que éste ocupe a más de cinco trabajadores, o cuando, sin afectar a la totalidad del centro de trabajo, en un período de noventa días comprenda a un número de trabajadores de, al menos:

a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.

b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.”.

Regla completada por otra –*ex* artículo 40, apartado 1º, último párrafo-, igualmente tradicional en el marco de la norma estatutaria: así, cuando “la empresa realice traslados en periodos sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales [anteriormente] señalados, sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichos nuevos traslados se considerarán efectuados en fraude de Ley y serán declarados nulos y sin efecto”.

¹⁵ Eso sí, la notificación ha de ser escrita (artículo 8.5 del ET y Real Decreto 1659/1998) y fundamentada, para posibilitar, en caso de impugnación, la defensa procesal del trabajador afectado.

¹⁶ Indemnización –*ex* artículo 40, apartado 1º, párrafo 4º- por un importe de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

¹⁷ Impugnación que debe efectuarse en el plazo de 20 días hábiles y que determina la apertura del proceso especial contemplado por el artículo 138 de la LPL.

tramitarse-. Así, en su seno, aún hoy son objeto de análisis: las causas determinantes del traslado, las posibilidades de evitar o reducir sus efectos, así como eventuales medidas para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. Durante el mismo, además, “las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo”, para el que será precisa “la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos”¹⁸. Alcanzado el acuerdo, el empresario habrá de actuar conforme al mismo. Por el contrario, finalizado el período de consultas sin acuerdo, el empresario podrá actuar en modo idéntico al previsto para los traslados individuales, con una única peculiaridad: la posibilidad, que se suma a las opciones anteriormente enumeradas, de interposición por los trabajadores de demanda de conflicto colectivo *ex* artículos 151 y siguientes de la LPL.

Finalmente, además del esquema general brevemente glosado también se mantienen tras la reforma otras reglas complementarias contempladas por el artículo 40 del ET: señaladamente, los derechos al traslado del cónyuge –apartado 3- y de la víctima de violencia de género –apartado 3, bis-, así como la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores (miembros de comités de empresa, delegados de personal y delegados sindicales)¹⁹.

Por consiguiente, la Ley 35/2010 y anteriormente el Real Decreto-Ley 10/2010 –si bien ambos textos no coinciden del todo- tan sólo abordan, por lo que respecta al traslado colectivo exclusivamente, tres aspectos: el plazo concedido a efectos de consultas –objeto de reformulación y por consiguiente de reforma propiamente dicha-, la implantación de instancias representativas alternativas de no existir en la empresa o centro representantes legales de los trabajadores, así como la prerrogativa de sustitución del período de consultas por procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos –cuestiones que conforman auténticas novedades insertadas en el procedimiento tradicional anteriormente descrito-. En todo caso, las tres modificaciones operadas responden –a igual que las de idéntico tenor operadas en los artículos 41 y 82 del ET- a la voluntad, expresada en el preámbulo de la Ley, de dotar al referido procedimiento de “mayor agilidad y eficacia”, bajo la premisa general de impulso a las medidas de flexibilidad interna en detrimento de los más costosos –en términos de empleo- instrumentos de flexibilidad externa.

¹⁸ *Vid.* artículo 40, párrafo 2º, a cuyo tenor, además, “La apertura del período de consultas y las posiciones de las partes tras su conclusión deberán ser notificadas a la autoridad laboral para su conocimiento”, previsión que persigue que la Administración, a la vista “de las consecuencias económicas o sociales” de la medida empresarial pueda ordenar “la ampliación del plazo de incorporación” con la “consiguiente paralización de la efectividad del traslado por un período de tiempo que, en ningún caso, podrá ser superior a seis meses” (artículo 40.2 ET y RD 43/1996, de 19 de enero).

¹⁹ Artículo 40.5 del ET y 10.3 LOLS.

3. TRES MODIFICACIONES DE PROCEDIMIENTO

3.1. Limitación temporal del período de consultas

Tras la reforma operada en 2010, la duración del período de consultas – quince días-, hasta el momento configurada como plazo de carácter mínimo, pasa a configurarse como plazo de carácter máximo. Esto es, el apartado 2 del artículo 40 que, hasta junio de 2010 aludía a un período de consultas de “duración no inferior a quince días”, en la actualidad queda redactado como sigue: “el traslado (...) deberá ir precedido de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración *no superior a quince días*”, que, no obstante, no se califican ya como “improrrogables” como sí hacía el Real Decreto-Ley 10/2010. Queda, de este modo, materializado el deseo del legislador de dotar de mayor rapidez al procedimiento de traslado colectivo al garantizar, mediante la referida limitación temporal, que éste no se demore en exceso²⁰. Virtud que oculta sin embargo un nada despreciable defecto: pues, de este modo configurado el tiempo para las consultas, el procedimiento resulta especialmente ágil para aquel empresario que desde el inicio desee imponer su decisión de traslado colectivo. Proceder empresarial en modo alguno novedoso y que también hallaba amparo en la anterior regulación pero que resulta ahora, si cabe, facilitado: al término de los citados quince días el empleador procederá sin más dilaciones a la ejecución del traslado, sin que legalmente se le pueda forzar a ampliar el período de consultas²¹.

La limitación, por lo demás, lo es también de la negociación colectiva: en efecto, si bien la eliminación tras el trámite parlamentario del calificativo “improrrogables” se ha interpretado como un gesto para dotar al plazo analizado de una mayor “elasticidad”²², lo cierto es que el tenor de la Ley más bien induce a su consideración como máximo de derecho necesario, frente al que el convenio colectivo podría establecer plazos más cortos pero en ningún caso más largos²³. Con todo, una eventual prohibición de la prolongación del período de consultas a instancia de las propias partes resulta de dudosa efectividad: pues, a pesar de la letra de la Ley, es difícil hallar argumentos para impedir que

²⁰ Alfonso Mellado, C. L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en AA.VV., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 10/2010*, Tirant Lo Blanch (Valencia, 2010), p. 103.

²¹ Alfonso Mellado, C. L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en AA.VV., *La reforma...*, *op. cit.*, p. 104.

²² Baylos Grau, A., *Movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y descuelgue salarial en la reforma del 2010*, Diario La Ley, núm. 7488, oct. 2010, p. 80 y siguientes.

²³ Nuevamente, Alfonso Mellado, C. L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en AA.VV., *La reforma...*, *op. cit.*, p. 104.

empresario y representantes de los trabajadores, si así lo estiman conveniente, continúen negociando más allá de la quincena; máxime cuando bastaría una reapertura formal de las consultas, en el marco de un “fingido” nuevo traslado, para dar continuidad a aquéllas²⁴.

3.2. Implantación de mecanismos de representación alternativos para los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores

Mediante remisión a lo dispuesto por el artículo 41.4 del ET en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo, el legislador procede a la implantación, también en el marco del traslado colectivo, de mecanismos de representación alternativos de aplicación en aquellas empresas o centros en que, por motivos diversos, no se hubieran elegido o no existan ya representantes legales de los trabajadores²⁵. La reforma colma de este modo una destacada laguna legal²⁶, objeto de respuestas y prácticas variadas o incluso contradictorias –que, previsiones convencionales a un lado, oscilan desde la negociación directa con los trabajadores afectados a la amortización del trámite por imposibilidad de cumplimiento²⁷–, en unos supuestos por lo demás en modo alguno marginales, al abarcar, en aplicación del artículo 62 del ET, al menos a todas aquellas empresas o centros cuyas plantillas no alcancen los diez trabajadores²⁸. Así, en los referidos centros o empresas, ante la decisión

²⁴ Alfonso Mellado, C. L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en AA.VV., *La reforma...*, *op. cit.*, p. 104, que concluye que “la regulación legal parece dirigida más a lo que colectivamente pudiera pactarse que a lo que en cada caso concreto puedan acordar las representaciones que están actuando en el período de consultas”.

²⁵ Tal solución, además, se extiende a otros mecanismos de flexibilidad interna abordados por Ley 35/2010: tal es el caso del descuelgue salarial (artículo 82.3 del ET), de la suspensión y reducción de jornada (artículo 47.1 del ET, habida cuenta la remisión al artículo 51 del ET) y de los despidos colectivos (artículo 51.2 in fine del ET). E incluso la doctrina aboga por su aplicación a otras figuras que contemplan períodos de consulta similares: transmisión de empresas (artículo 44.9 del ET) o consultas previstas dentro del listado de competencias generales de los comités de empresa y delegados de personal (artículo 64.5 del ET). En dicho sentido, *vid.* CRUZ VILLALÓN, J., *La flexibilidad interna...*, *op. cit.*, p. 97

²⁶ Cruz Villalón, J., destaca tal virtud de la reforma en análisis, *La flexibilidad interna...*, *op. cit.*, p. 97. Tan sólo puede citarse, a modo de precedente, el artículo 4 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, a cuyo tenor: “En caso de no existir representación colectiva de los trabajadores en el centro o centros de trabajo, éstos podrán intervenir en la tramitación del procedimiento, debiendo, si su número es igual o superior a diez, designar hasta un máximo de cinco representantes, con los que la autoridad laboral entenderá las sucesivas actuaciones”. Previsión, por cierto, aún a pesar de la no derogación formal de la norma en que se inserta, de dudosa vigencia tras la norma analizada.

²⁷ Sala Franco, T., *La movilidad geográfica...*, *op. cit.*, p. 8.

²⁸ Destacando la relevancia cuantitativa de la reforma, De la Villa Gil, L. E., *Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010*, RGDTS, núm. 23, 2011, p. 7, al recordar que los centros de entre uno y diez trabajadores representan el 87% de los centros de trabajo españoles.

empresarial de traslado colectivo y la consiguiente apertura del período de consultas, los trabajadores tienen ahora ante sí al menos dos posibilidades o alternativas²⁹: o bien, “optar por atribuir su representación a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente”, o bien otorgar el referido cometido a “una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma”. Textualmente, pues, la norma atribuye a los trabajadores huérfanos de representación legal la posibilidad de conceder ésta, en el marco del período de consultas, a su elección, a una de las citadas instancias representativas: “laboral”, “directa” o “interna” la primera –por cierto, novedad de la Ley 35/2010 no contemplada por el Real Decreto-Ley 10/2010- y “sindical”, “indirecta”, “externa” o “irradiada hacia arriba” la segunda³⁰.

Tales instancias representativas –su misma configuración legal incluso plantean múltiples dudas que tratarán de despejarse en las páginas que siguen. Así, por ejemplo: Ante la disyuntiva legal –representación interna o externa- y en entornos laborales yermos de representantes legales, ¿quién ha de promover la necesaria decisión, por uno u otro cauce, de los trabajadores? ¿Son sólo dos las opciones posibles o permite el precepto, en una interpretación flexible y teleológica, que los trabajadores designen otro tipo de representantes? ¿Cómo debe formalizarse la opción por una u otra alternativa legal? Elegida fórmula de representación, ¿cómo se designarán sus miembros? ¿Será tal designación pacífica en todo caso? ¿Qué obligaciones y derechos ostentan tales nuevos representantes? Finalmente, y ya a modo de valoración o análisis cualitativo, en el marco de pequeñas empresas o centros, ¿no resulta peligroso el recurso a representantes directos, tal vez con escasa o nula capacidad de negociación o incluso en posible convivencia con la parte empresarial? Asimismo y respecto de las comisiones sindicales, ¿estamos ante el inicio de un novedoso proceso de sindicalización de ámbitos microempresariales?

Ciertamente, ante la alternativa ofrecida por el legislador, es precisa una previa decisión de los trabajadores afectados, cuya iniciativa o promoción, sin embargo no se encomienda expresamente a instancia alguna. Ante tal laguna, sólo una respuesta parece factible: la atribución al empresario del deber de

²⁹ Bueno es, de entrada, señalar que las opciones a continuación objeto de análisis en ningún caso podrán superponerse. En dicho sentido, De la Villa Gil, L. E., *Comisiones laborales...*, *op. cit.*, p. 2.

³⁰ El empleo de los calificativos entrecomillados ha sido recurrente en la doctrina, así: De la Villa Gil, L. E., *Comisiones laborales...*, *op. cit.*; Baylos Grau, A., *Movilidad geográfica...*, *op. cit.*, p. 83; Cruz Villalón, J., *La flexibilidad interna...*, *op. cit.*, p. 98.

comunicación a los trabajadores afectados de la existencia de la posibilidad de elección de representantes *ad hoc* de uno u otro tipo. Información que, según apunta la doctrina, podría incluso –a modo de hipótesis alternativa- proporcionarse a los sindicatos más representativos y representativos del sector, quienes a su vez habrían de impulsar el proceso de selección de los citados representantes entre los trabajadores afectados por el traslado³¹. Lo decisivo, en todo caso, es que el empresario actúe diligentemente y conforme a las reglas de la buena fe, procurando realmente un interlocutor válido para el desarrollo del período de consultas. Por lo que la actuación empresarial maliciosa, orientada a la obstaculización de la designación de representantes de los trabajadores, habría de asimilarse a un incumplimiento del período de consultas, como es sabido elemento nuclear del procedimiento cuya inobservancia acarrea su nulidad. Ahora bien, habiendo cumplido el empresario, en los términos indicados, con el referido deber de iniciativa, de no producirse el nombramiento, por decisión consciente o simple pasividad de los trabajadores, ello en modo alguno determinará la paralización del período de consultas: o bien el plazo transcurrirá, a falta de interlocutor, sin negociación alguna –con la correlativa imposición de la decisión empresarial de traslado-, o bien los propios trabajadores afectados asumirán de modo directo la referida negociación.

Pues, si bien la exégesis literal del precepto necesariamente conduce a responder negativamente a la segunda pregunta formulada, al no encontrar el recurso a terceras vías de representación encaje legal alguno, al margen subsiste, con todo, una eventual negociación directa por los propios trabajadores afectados. Solución que se desprende del carácter potestativo otorgado a las citadas instancias representativas –por las que los trabajadores “podrán optar” o no- y, asimismo, de la advertencia de que la designación debe realizarse “en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del período de consultas” –luego, ya hay negociación previa³². Tal facultad de intervención directa, sin recurso a instancia representativa alguna –sindical o no- ha suscitado no pocas críticas dada la previsible presión empresarial y la consiguiente probable lesión de la autonomía de la voluntad de los trabajadores en entornos laborales por su tamaño mismo a menudo propicios a praxis poco ortodoxas. Críticas ya vertidas al tiempo de la publicación del Real Decreto-Ley –que no contem-

³¹ Insistiendo en la relevancia del asunto de la iniciativa, *vid.* Cruz Villalón, J., *La flexibilidad interna...*, *op. cit.*, p. 98 y 99.

³² Coinciden en advertir la subsistencia de la posibilidad de intervención directa: Alfonso Mellado, C. L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en AA.VV., *La reforma...*, *op. cit.*, p. 105 y 106; Baylos Grau, A., *Movilidad geográfica...*, *op. cit.*, p. 86; De la Villa Gil, L. E., *Comisiones laborales...*, *op. cit.*, p. 6.; García-Perrote Escartín, I., “Medidas de flexibilidad interna: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales”, en AA. VV., *La reforma laboral...*, *op. cit.*, p. 141.

plaba como se ha dicho la representación interna³³ y que vigente la Ley deben reiterarse y, como se verá, hacerse extensivas a los representantes directos elegidos “democráticamente” por sus compañeros.

Cuestión distinta es la relativa al modo de construcción de las nuevas instancias representativas en análisis. Al respecto es unánime la consideración de que el procedimiento conducente a la opción por una u otra fórmula de representación no requiere especiales trámites formales. Los trabajadores, mediante acuerdo mayoritario y aún sin los requisitos exigidos por el artículo 77 del ET, cuya aplicación no resulta en este caso pertinente³⁴, habrán de optar por uno u otro tipo de representantes. No es necesaria, por lo tanto, ni unanimidad³⁵, ni mayoría cualificada³⁶, debiendo sólo garantizarse –y ello no es poco– “seguridad jurídica y expresión del libre consentimiento”, aún mediante reunión y votación a mano alzada o por mero asentimiento³⁷. En lo atinente al procedimiento, además, mención especial merece la única regla al respecto expresada por el legislador, a cuyo tenor, “en todos los casos, la designación deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del período de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo”. Norma que debe enmarcarse en la anunciada voluntad de agilizar el procedimiento de traslado colectivo, pero de difícil –por no decir absurda– aplicación: tal vez lo más lógico simplemente consista en entender que los referidos cinco días empiezan a contar desde la notificación empresarial de la facultad de designación de una comisión *ad hoc*, restándose correlativamente del período de consultas (esto es, de los quince días) tantos días como hayan transcurrido sin designación. El plazo de cinco días, por consiguiente, ostenta escasa efectividad: de nombrarse la comisión transcurridos los mismos, el período de consultas sólo se acortaría³⁸. Consecuencia, por lo demás, de relativa relevancia, pues, como ya se ha indicado, un acuerdo extemporáneo

³³ Ya por aquel entonces, Alfonso Mellado, C. L. señalaba que “La igualdad y el equilibrio de posiciones entre las partes hubiesen hecho deseable que se sindicalizase siempre la intervención en el período de consultas ante la ausencia de representantes legales –unitarios o sindicales (...)– de los trabajadores”, en AA.VV., *La reforma...*, *op. cit.*, p. 106 y 107.

³⁴ La exigencia de alguno de los requisitos conduciría, en efecto, a un absurdo: pues, a tenor del precepto citado, “la asamblea será presidida, en todo caso, por el comité de empresa o por los delegados de personal mancomunadamente”, órganos de representación legal precisamente inexistentes en el supuesto de hecho contemplado.

³⁵ Alfonso Mellado, C. L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en AA.VV. *La reforma laboral...*, *op. cit.*, p. 108.

³⁶ Así, Baylos Grau, A. descarta expresamente la aplicación del artículo 80 ET, *Movilidad geográfica...*, *op. cit.*, p. 86 y 87.

³⁷ Cruz Villalón, J., *La flexibilidad interna...*, *op. cit.*, p. 99.

³⁸ Alfonso Mellado, C. L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en AA.VV. *La reforma laboral...*, *op. cit.*, p. 107.

en modo alguno resultará ilícito³⁹. Eso sí, tratándose de un traslado colectivo, cumplido el plazo de quince días -parte de los cuales en su caso transcurrieron como consecuencia de la demora en el nombramiento de representantes-, el trámite de consultas se entenderá cumplido y proseguirá el procedimiento que, al no haberse alcanzado acuerdo y sin perjuicio de ulteriores impugnaciones, finalizará con la aplicación unilateral de la decisión empresarial de traslado.

Ya en el ámbito de la comisión de que se trate y sentada la anterior premisa de “informalidad”⁴⁰, también la designación de cada uno de sus miembros puede plantear alguna duda. Así, en el caso de la comisión interna, aunque de la letra de la norma parece desprenderse que habrán de integrarla en todo caso trabajadores inmersos en el traslado y por consiguiente con derecho a voto, tal vez cabría asimismo admitir la designación de otros trabajadores, por ejemplo, pertenecientes a otro centro de la misma empresa⁴¹. Por otro lado, de optarse por la comisión externa, la propia norma precisa que sus integrantes serán “designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma”⁴², en evidente alusión a los sindicatos más representativos a nivel estatal y de comunidad autónoma (artículos 6 y 7 de la LOLS), así como a los sindicatos suficientemente representativos que gocen de legitimación inicial para negociar el convenio colectivo sectorial (artículo 87.2.c) del ET), resultando así que “los sindicatos sin la condición de más representativos que pueden constituir una CS [comisión sindical] en la empresa son únicamente aquéllos que tienen un 10% o más de representatividad en el ámbito geográfico y funcional del convenio colectivo supraempresarial que fuera hipotética o efectivamente aplicable en la empresa en la que ha de constituirse la CS”⁴³. La limitación a tres miembros, con todo, puede desencadenar cierta conflictividad resuelta como sigue por la norma. Por un lado, de postularse más de tres organizaciones sindicales –al resultar todas ellas facultadas para designar representante- el derecho de nombramiento sólo corresponderá, según el criterio de selección acuñado por la norma, a las tres más representativas, con la consiguiente exclusión de las restantes. Por otro lado, de impedir la limitación a tres miembros un respeto exacto a la proporcionalidad, procederá, como no podía ser de otra manera, un reparto, si no exacto, sí lo más respetuoso posible con la representatividad acreditada⁴⁴.

³⁹ La interpretación expuesta y aquí compartida es de Cruz Villalón, J., *La flexibilidad interna...*, *op. cit.*, p. 101 y 102.

⁴⁰ También en este sentido, Baylos Grau, A., *Movilidad geográfica...*, *op. cit.*, p. 86 y 87.

⁴¹ En dicho sentido, nuevamente, Cruz Villalón, J., *La flexibilidad interna...*, *op. cit.*, p. 100.

⁴² Procede recordar que el Real Decreto-Ley atribuía a la comisión paritaria del convenio aplicable a la empresa la citada designación.

⁴³ De la Villa Gil, L. E., *Comisiones laborales...*, *op. cit.*, p. 16.

⁴⁴ Alfonso Mellado, C. L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en AA.VV. *La reforma laboral...*, *op. cit.*, p. 107.

En todo caso, constituida una u otra comisión, el empresario no podrá negarse a efectuar consultas con ésta⁴⁵, bien directamente, bien previa delegación en quien estime conveniente: la puntualización debe realizarse dada la advertencia legal de que, de negociarse con la comisión sindical, “el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de que la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial”. Regla, por cierto, del todo superflua, dado que el empresario puede delegar siempre –también por supuesto en el caso de que los trabajadores optasen por una comisión interna-, en la persona u organización que estime conveniente, pues a él corresponde decidir en todo caso quién ha de negociar en su nombre⁴⁶. La puntualización del legislador, por consiguiente, sólo resulta comprensible dadas las previsibles reticencias empresariales –en el marco de pequeñas y muy pequeñas empresas- a negociar con interlocutores sindicales: esto es, ante la hasta ahora insólita y en ocasiones “indeseada” intervención sindical en los citados ámbitos, la ley sugiere sin más al empresario la posibilidad de recurrir a representantes en el marco de organizaciones patronales.

Prosiguiendo con el análisis cronológico del procedimiento de traslado, conviene detenerse, siquiera brevemente, en los requisitos exigidos para la adopción de eventuales acuerdos. Al respecto, el artículo 41.4 es tajante: “los acuerdos de la comisión requerirán el voto favorable de la mayoría de sus miembros”. Así pues, en una interpretación literal de la regla reproducida, debe descartarse la aplicación de un sistema proporcional –sin embargo, al uso en campos próximos⁴⁷- y efectuarse en todo caso un cómputo por representante. Criterio, por lo demás, del todo coherente con la composición de las comisiones: en efecto, por un lado y en el caso de representantes directos, se desconoce por razones obvias su grado de representatividad o apoyo entre el resto de trabajadores; por otro lado y en el supuesto de representantes indirectos, éstos acreditan una representatividad a nivel sectorial que no puede extrapolarse al nivel de empresa aquí manejado⁴⁸.

⁴⁵ Pues, según precisa Alfonso Mellado, C. L., la negativa conformaría un incumplimiento del periodo de consultas, en AA.VV. *La reforma laboral...*, *op. cit.*, p. 108.

⁴⁶ Como es lógico, la crítica fue frecuente entre la doctrina: así, entre otros, Alfonso Mellado, C. L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en AA.VV. *La reforma laboral...*, *op. cit.*, p. 108; Cruz Villalón, J., *La flexibilidad interna...*, *op. cit.*, p. 102.

⁴⁷ Así, en el marco de una comisión negociadora *ex* artículo 89.3 del ET y STS de 3 de junio de 2008 (RJ 2008/3466).

⁴⁸ Cruz Villalón, J., *La flexibilidad interna...*, *op. cit.*, p. 103. Más proclive a la aplicación del sistema proporcional, en un comentario al Real Decreto-Ley (que no contemplaba la posibilidad de comisión directa), se mostraba García-Perrote Escartín, I., “Medidas de flexibilidad interna: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales”, en AA. VV., *La reforma laboral...*, *op. cit.*, p. 139.

En cuanto a los derechos y obligaciones que ostentan los nuevos representantes *ad hoc* aquí examinados, y a modo de consideraciones comunes a ambos tipos de representantes debe destacarse que éstos se constituyen en órganos colegiados carentes de personalidad jurídica, cuyo mandato se circunscribe exclusivamente al desarrollo del período de consultas y, en su caso, a la consecución del correspondiente acuerdo, quedando pues descartada la posibilidad de convertirse en instancia representativa de carácter permanente⁴⁹. La consecución del acuerdo o el mero transcurso del período de consultas aún sin resultado positivo determinarán la extinción de la comisión, de tal modo que la apertura de un nuevo procedimiento –de traslado o de otro tipo (de modificación sustancial de condiciones de trabajo, de suspensión, de reducción de jornada, de despido colectivo o de descuelgue salarial)- necesariamente determinará la creación de otra nueva instancia representativa, sin posibilidad de recurrir a la anteriormente constituida⁵⁰. Con todo, representantes laborales y sindicales sí ostentan derechos y obligaciones propios de delegados de personal y miembros de comités de empresa: tal es el caso de las garantías previstas por el artículo 68 del ET y del deber de sigilo profesional *ex* artículo 65 del mismo texto legal⁵¹.

Finalmente, ya en un terreno valorativo, conviene reflexionar, en primer término, acerca de la adecuación de los mecanismos de representación arbitrados, particularmente en el caso de la comisión interna cuya operatividad real, en el marco de plantillas reducidas y a menudo sujetas a fuertes presiones empresariales, es cuando menos dudosa. Circunstancia en modo alguno baladí: pues, alcanzado el acuerdo, al trabajador afectado disconforme con el resultado de la negociación y desprovisto de *ius resistentiae* alguno⁵², sólo restará una opción: la impugnación judicial, debiendo además demandarse la representación de los trabajadores que hubiere otorgado su conformidad⁵³. En todo caso, arbitrada ya tal comisión y al margen de críticas, sólo queda idear mecanismos que contrarresten sus defectos. Mecanismos que necesariamente requieren de un destacado protagonismo de las organizaciones sindicales: así,

⁴⁹ De la Villa Gil, L. E., *Comisiones laborales...*, *op. cit.*, p. 11 y 22.

⁵⁰ Esto es, según expresa De la Villa Gil, L. E., “no es aceptable la ‘resurrección’ de la CS [comisión sindical] en el caso de que, finalizado el procedimiento determinante del período de consultas, se inicie luego otro procedimiento distinto, de entre los legalmente previstos, que también exija el desarrollo de un período tal”, *Comisiones laborales...*, *op. cit.*, p. 21.

⁵¹ Nuevamente, De la Villa Gil, L. E., *Comisiones laborales...*, *op. cit.*, p. 13 y 23.

⁵² Sobre la ejecutividad de la orden de movilidad geográfica: STSJ de Extremadura de 22 de diciembre de 2006 (Ar. 334).

⁵³ Pues debe atenderse a lo dispuesto por el artículo 138.2 de la LPL, a cuyo tenor, como se recordará, “deberán ser demandados los representantes de los trabajadores cuando, tratándose de traslados o modificaciones de carácter colectivo, la medida cuente con la conformidad de aquéllos”.

informadas éstas del procedimiento de traslado colectivo –la comunicación a sindicatos, como se recordará, se concibe como medio adecuado para el cumplimiento del deber empresarial de iniciativa–, tal vez quepa proponer su postulación *ante tempus* como interlocutores en el marco del período de consultas, esto es, antes incluso de que los trabajadores ejerzan su derecho de opción entre una y otra fórmula de representación. Postulación que, además, de no ser objeto de negativa explícita por los trabajadores afectados, habría de considerarse plenamente válida. Se trata, pues, de facilitar la intervención de los sindicatos, desde la consideración de que éstos, libres de ataduras empresariales, defenderán con mayores garantías los intereses de los trabajadores.

Y precisamente la intervención sindical en el marco de empresas, hasta el momento prácticamente ajena a ésta, debe centrar una última reflexión en torno a las nuevas instancias representativas de carácter sindical. Pues, si bien los sindicatos ya ostentaban canales de acceso a las pequeñas unidades productivas –a través de la constitución de secciones sindicales *ex* artículo 8 de la LOLS–, cierto es que la nueva prerrogativa legal se augura, por la trascendencia de las tareas adjudicadas –si cabe magnificada por el actual contexto de crisis–, más eficaz, anunciando incluso la doctrina el inminente surgimiento de una “competitividad intersindical” que determinará un proceso de sindicalización de las pequeñas y muy pequeñas empresas⁵⁴.

3.3. Sustitución del período de consultas por la aplicación de procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos

A modo de tercera novedad, el artículo 40.2 del ET, señala ahora –último inciso– que “el empresario y la representación legal de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas (...) por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período”⁵⁵. Previsión de mayor alcance que la, hasta entonces, contemplada por el artículo 85 del ET, a cuyo tenor “los convenios colectivos podrán regular (...) procedimientos para resolver discrepancias surgidas en los períodos de consulta previstos en los artículos 40, 41 y 51 de esta Ley”; regla, a su vez, completada por la Disposición Adicional Decimotercera del ET que, bajo la rúbrica “Solución no judicial de conflictos”, dispone: “En el supuesto de que, aún no habiéndose pactado en el convenio colectivo aplicable un procedimiento para resolver las discrepancias en los

⁵⁴ De la Villa Gil, L. E., *Comisiones laborales...*, *op. cit.*, p. 10 y 11.

⁵⁵ La Ley 35/2010 mantiene por lo tanto, en lo esencial, la redacción introducida por Real Decreto-Ley 10/2010: tan sólo elimina el adjetivo “improrrogable” que, en la reforma de junio de 2010, calificaba al citado plazo máximo.

períodos de consulta, se hubieran establecido conforme al artículo 83 de esta Ley, órganos o procedimientos no judiciales de solución de conflictos en el ámbito territorial correspondiente, quienes sean parte en dichos períodos de consulta podrán someter de común acuerdo su controversia a dichos órganos”. Con todo, la reforma, como se ha adelantado, supone una auténtica novedad, al no limitar el recurso a procedimientos extrajudiciales al surgimiento de discrepancias, y señalar, por el contrario, que éstos podrán sustituir en cualquier momento, antes incluso del inicio de las negociaciones, al período de consultas en su totalidad⁵⁶.

Tal nueva prerrogativa legal, por lo demás, se haya sujeta a un escueto régimen jurídico cuyos aspectos más destacados pasan a comentarse. En primer término, para operar la referida sustitución será necesario acuerdo entre las partes⁵⁷, susceptibles asimismo de convenir el concreto mecanismo de solución extrajudicial al que desean someterse –mediación, arbitraje o ambas fórmulas sucesivamente-, así como ciertas condiciones de desarrollo de los citados procedimientos –protocolo de designación de mediador o árbitro, plazos...-⁵⁸. En segundo lugar y conforme dispone la norma en análisis, el procedimiento de mediación o arbitraje deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para el período de consultas, como se ha visto, de tan sólo quince días. Previsión que suscita dudas interpretativas, resueltas en sentido divergente por la doctrina: así, para unos el acuerdo de sometimiento a un procedimiento extrajudicial de solución de conflictos efectivamente habría de alcanzarse en el plazo indicado, sin embargo, a continuación la mediación o el arbitraje se regirían por lo dispuesto, inclusive en materia de plazos, en el convenio o acuerdo que los regule; para otros, en cambio, los quince días deberían computarse precisamente desde el acuerdo de sometimiento al procedimiento extrajudicial de conflictos, quedando de este modo al margen contactos y negociaciones dirigidos al pacto mismo o incluso relativos al propio traslado, pues la sustitución del período de consultas no necesariamente se acordará al inicio de estas últimas. Si bien esta últi-

⁵⁶ Alfonso Mellado, C. L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en AA.VV. *La reforma laboral...*, op. cit., p. 108 y 109.

⁵⁷ Sobre el particular, Molina Navarrete, C. señala que la exigencia de acuerdo quizá afecte a la eficacia de la previsión, “en la medida en que exige un acuerdo entre empresarios y trabajadores que presume un clima de entendimiento que, precisamente, es lo que no existiría”, *Reforma 2010 del mercado de trabajo: una nueva “milonga” del “capitalismo de casino”*, RTSS CEF, núm. 328, julio 2010, p. 34.

⁵⁸ En dicho sentido, nuevamente, Alfonso Mellado, C. L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en AA.VV. *La reforma laboral...*, op. cit., p. 109.

ma interpretación goza de no poca acogida entre la doctrina⁵⁹, habida cuenta el tenor literal mismo de la norma, cierto es que a la postre podría significar duplicar el plazo inicial –así, en el caso de decidir las partes, el último día del período de consultas, proceder a la analizada sustitución–, solución sin duda difícilmente compatible con el deseo de celeridad manifestado por el legislador. Tal vez más ajustada a dicha voluntad resulte la consideración de que, con sustitución o no del período de consultas, el plazo ha de ser en todo caso de quince días, de modo que negociaciones preliminares respecto de un eventual recurso a mediación o arbitraje o respecto del traslado mismo, así como desarrollo efectivo del procedimiento extrajudicial por el que se opte, no pueden extenderse más allá del referido plazo. O, sí pueden, pero sólo si así lo convienen las partes, pero no en cambio si una de ellas –el empresario acostumbra tener dicho interés– quiere dar por zanjada la fase de consultas. Esta última interpretación, más rigurosa con el cometido inicial de la reforma –como se recordará, agilizar los mecanismos de flexibilidad interna–, y con la indudable ventaja de compeler efectivamente a las partes a recurrir a procedimientos extrajudiciales –so pena de devenir éstos inaplicables– plantea con todo otra nueva problemática: ¿son susceptibles los vigentes instrumentos de solución extrajudicial de conflictos de dar una respuesta adecuada a la nueva prerrogativa legal en análisis?

Ciertamente, el IV Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales⁶⁰ señala que serán susceptibles de someterse a los procedimientos previstos en el mismo, entre otros, “los conflictos derivados de discrepancias surgidas en el periodo de consultas exigido por los artículos 40, 41, 47 y 51 del ET”⁶¹. Expresión que, en una interpretación flexible, bien podría dar cobertura al derecho de sustitución en análisis, pero que, como por todos es sabido, surgió y hasta el momento se aplicó en un contexto normativo distinto, que no contemplaba la sustitución, aún sin conflicto previo, del período de consultas. Por ello y también para que los procedimientos de solución extrajudicial se ajusten efectivamente al referido plazo de quince días, conviene abogar por una reforma de su marco regulador.

⁵⁹ Vid. Baylos Grau, A., *Movilidad geográfica...*, *op. cit.*, p. 84; García-Perrote Escartín, I., “Medidas de flexibilidad interna: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales”, en AA. VV., *La reforma laboral...*, *op. cit.*, p. 143. Este último proponía una modificación en trámite parlamentario precisamente con el objeto de incorporar textualmente la referida interpretación.

⁶⁰ Resolución de 24 de febrero de 2009 (BOE de 14 de marzo de 2009).

⁶¹ Vid. artículo 4 del ASEC. En términos similares, se expresan asimismo los acuerdos de ámbito autonómico: así, el artículo 4 del Acuerdo interprofesional gallego sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo (DOG de 4 de mayo de 1995), a cuyo tenor “los procedimientos de solución previstos en este acuerdo interprofesional serán de aplicación a los siguientes tipos de conflictos colectivos de trabajo (...): d) Conflictos de interpretación o de aplicación de decisión o práctica de empresa”.

4. CONCLUSIONES

En un contexto de crisis y frente a otras medidas de reestructuración más traumáticas, el cambio de lugar de trabajo por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción o debido a contrataciones referidas a la actividad empresarial conforma una alternativa positiva que debe potenciarse. Con todo, aún representando las primeras peor solución, también en lo segundo –y particularmente en el caso de movilidad geográfica permanente o de larga duración- los intereses del trabajador y del empresario se enfrentan con virulencia. El equilibrio se halla entonces en las soluciones pactadas que precisamente tratan de potenciarse mediante la reforma, *ex Ley 35/2010*, del elemento nuclear del procedimiento de traslado: el período de consultas. Éste, ahora acotado a quince días, puede desarrollarse aún en el marco de plantillas yermas de representación legal e incluso es susceptible de sustitución por mecanismos más garantes si cabe de las ansiadas soluciones pactadas, los extrajudiciales. A pesar de los loables designios del legislador, forzoso resulta sin embargo reconocer que el éxito de las modificaciones glosadas es cuando menos incierto. En primer lugar, porque el acortamiento del período de consultas –cuyo objeto declarado es dotar de mayor agilidad al procedimiento- bien puede convertirse en aliado de empresarios ávidos de imposiciones unilaterales. En segundo término, porque las comisiones *ad hoc*, particularmente las de carácter interno o directo, ofrecen escasas garantías de respeto a la autonomía de la voluntad de sus integrantes y por ende de defensa efectiva de los intereses de los trabajadores. Finalmente, porque la operatividad de la sustitución del período de consultas por mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos pende de una reformulación o adaptación de estos últimos a tal nuevo cometido.

EL ACOSO LABORAL EN LA UNIVERSIDAD: CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y GESTIÓN DE CONFLICTOS*

EDUARDO GAMERO CASADO

Catedrático de Derecho Administrativo. Defensor Universitario
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

EXTRACTO

Palabras Clave: Acoso laboral, empleados públicos, Universidades, riesgos psico-sociales, protocolos

Los datos disponibles muestran que las cifras de acoso laboral son mayores en el sector público que en el privado, y superiores en la Universidad que en el resto del sector público. Esto puede deberse a los rasgos específicos que presentan las relaciones laborales en el sector público en general, y en la Universidad en particular. Este trabajo pretende orientar a los gestores universitarios acerca de la gestión de expedientes por acoso, exponiendo sucintamente las consecuencias jurídicas derivadas de esta conducta (para comprender de mejor manera la posición en que se sitúa cada una de las partes), y explicando el modo de afrontar el problema, con especial referencia a la Defensoría Universitaria. El instrumento más adecuado para gestionar estos asuntos es un Protocolo de Riesgos Psico-sociales, negociado con las centrales y órganos sindicales, y aprobado por el Consejo de Gobierno de la Universidad a fin de conferirle carácter vinculante.

ABSTRACT

Key Words: Mobbing, public employees, Universities, psycho-social risk, protocols

The data available show us that mobbing figures are higher in the public sector than in the private sector, and specifically that these are higher in Universities than in the public sector. This may happen because of the specific type of labour relations in the public sector in general, and in Universities in particular. This piece of work intends to orient university's managers in the management of the mobbing dossier, to expose judicial consequences derived from this behaviour (to understand more the position in each part) and explain the way to confront the problem while making special reference to the University Ombudsman. The most adequate instrument to manage this problem would be a Protocol on Psico-social risks which should be agreed with the central trade union, and approved by the University Government Council to make it work.

* Este trabajo tiene su origen en una ponencia presentada en el XIII Encuentro Estatal de Defensores Universitarios, celebrado en la Universidad de Barcelona los días 28 y 29 de octubre de 2010, en el marco de la Conferencia Estatal de Defensores Universitarios.

INDICE:

1. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y SU CONEXIÓN CON EL ACOSO LABORAL
 2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE ACOSO. INCIDENCIA DEL ACOSO EN EL EMPLEO PÚBLICO
 3. EL DERECHO ANTE EL ACOSO LABORAL
 - 3.1. La recepción multiforme del acoso laboral en el escenario jurídico
 - 3.2. Tratamiento del acoso en el específico régimen laboral del sector público
 - 3.2.1. El acoso en la relación estatutaria de los funcionarios públicos: anulación de sanciones disciplinarias impuestas como expresión de acoso, e imposición de sanciones disciplinarias a funcionarios acosadores
 - 3.2.2. El acoso en las relaciones laborales de régimen general: la extinción unilateral del contrato de trabajo y la imposición de sanciones a la empresa y a los empleados por no impedir el acoso
 - 3.2.3. El nuevo régimen derivado del Estatuto Básico del empleado Público (EBEP) y sus carencias
 - 3.3. Otras consecuencias (comunes) del acoso laboral
 - 3.3.1. La responsabilidad patrimonial de la Administración por acoso laboral
 - 3.3.2. El acoso laboral como delito. Su reciente incorporación expresa al Código penal
 - 3.3.3. Restitución de funciones o en el puesto de trabajo
 - 3.3.4. La tutela del acoso laboral mediante los procesos especiales de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales
 - 3.3.5. La protección sanitaria y por el sistema de la Seguridad Social
 - 3.4. Las dificultades probatorias en el acoso laboral
 4. LOS PROTOCOLOS INSTITUCIONALES COMO REMEDIO IDÓNEO PARA LA GESTIÓN DEL ACOSO
 5. LA DEFENSORÍA UNIVERSITARIA ANTE EL ACOSO LABORAL
 - 5.1. Dilemas y dificultades iniciales
 - 5.2. ¿Qué espera el acosado de la Defensoría? Primeras determinaciones para la protección de sus derechos
 - 5.3. Tramitación de expedientes por acoso en la Defensoría Universitaria
 - 5.4. Resultados de los expedientes
 6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS
- BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

1. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y SU CONEXIÓN CON EL ACOSO LABORAL

Cuando hablamos de acoso nos referimos a una conducta que afecta esencialmente a la dignidad de la persona. La dignidad constituye un derecho natural, esto es, un atributo inherente a cada individuo por el sólo hecho de ser persona, como advirtió por primera vez Francisco de Vitoria en el siglo XVI, dando con ello origen al Derecho de Gentes, en uno de los capítulos más brillantes y universales de nuestras aportaciones jurídicas.

El énfasis que nuestro sistema jurídico aplica a su protección se traduce en las mayores expresiones posibles, dando lugar a declaraciones solemnes como la que se contiene en el art.10.1 de la Constitución española: “La dignidad de

la persona, los derechos inviolables que le son inherentes (...) el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social”. Y también, a su calificación como derecho fundamental con arreglo al art.15.1 CE: “Todos tienen derecho a la vida y a la *integridad física y moral*, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o *tratos inhumanos o degradantes*”.

Quien padece acoso sufre una lesión incuestionable en su dignidad, que afecta al contenido esencial de ese derecho (SSTC 224/1999 y concordantes). Esta conclusión confiere al acosado el máximo grado de protección jurídica, pues se considera vulnerado un derecho fundamental. Es preciso colocar esta primera y elemental percepción en el pórtico mismo de cualquier reflexión dirigida a analizar el acoso y sus instrumentos de gestión.

A fin de poner en escena cualquier estrategia en un caso de acoso laboral, conviene conocer el marco jurídico de referencia para ser conscientes de su tratamiento normativo. Pero esto no significa que la solución al problema planteado pueda o deba venir necesariamente de la mano del Derecho. Por ello, es preciso también reflexionar sobre las estrategias a desplegar por las Universidades para afrontar los asuntos relativos al acoso laboral, y plantearse la viabilidad de fórmulas de resolución extrajudicial del conflicto; en especial, de la mediación. En este trabajo se pretenden abordar los dos planos, exponiendo, en primer término, las consecuencias jurídicas asociadas al acoso en nuestro sistema jurídico (para lo cual se ofrece previamente una aproximación al concepto de acoso y una serie de datos sobre su impacto en el empleo público), y procediéndose en un segundo momento a desplegar los instrumentos o estrategias de gestión más idóneos que puede erigir la institución universitaria para afrontar este fenómeno.

2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE ACOSO. INCIDENCIA DEL ACOSO EN EL EMPLEO PÚBLICO

El acoso es un hecho. Existe en todas las organizaciones sociales. En el sector público, con mayor intensidad aún, como consecuencia de su estructura fuertemente jerarquizada y del privilegio de inamovilidad de los funcionarios públicos (Marcos y Molina, 2007: 40 ss.; Conde, 2009: 85 ss.), que conforman un campo particularmente abonado para el ejercicio de presiones, a las que se ha llegado a calificar de “dominación burocrática” (Lorenzo de Mombiela, 2007) y “poder domesticador” (González Navarro, 2009: 130 ss.). En la Universidad, probablemente, más todavía, debido a las peculiaridades que presentan las estructuras académicas, sometidas al enorme peso de la tradición y exponentes de relaciones de intensa dependencia (Caro y Bonachera, 2010:

233 ss., con argumentos adicionales y comentarios fuertemente críticos; asimismo, Justicia, Benítez, y Fernández, 2006: 293 ss.).

No es misión de este trabajo adentrarse en el concepto de acoso, materia sobre la que existe una amplia literatura, y en la que existen, por otra parte, aproximaciones muy distintas, pues además de existir diferentes posturas acerca del concepto *psicológico* del acoso, éste no coincide estrictamente con el que se ha conformado por el sistema jurídico. Y además, dentro del mundo del Derecho, el concepto difiere según la rama del ordenamiento que se aproxime al fenómeno (penal, administrativa, social...), como hemos de ver en su lugar. Así pues, se ofrece aquí un mero enunciado ilustrativo, sin afán categorizador, y algunos de cuyos matices se irán abordando a lo largo de la exposición.

A tal efecto, parece oportuno acudir a la definición de Leyman (1990), por tratarse de la más extendida en el ámbito de la psicología, describiendo al acoso como “Situación en la que una persona ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (al menos una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (al menos durante seis meses) sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo” (para profundizar en el concepto, Velasco, 2010: 20 ss.; Einarsen y Hauge, 2006: 251 ss.; Serrano, 2005: 19 ss.; Navarro, 2007: 26 ss.; Escudero y Poyatos, 2005: 72 ss.; Conde, 2009: 52 ss.; etc.).

En cuanto a los datos sobre la incidencia del fenómeno, el interés por el fenómeno del acoso laboral es reciente (apenas data de una docena de años), pero ha crecido de manera exponencial, contándose a día de hoy con un amplio aparato bibliográfico en la materia (v. relación adjunta). No obstante, existen pocos estudios estadísticos sobre el impacto del acoso laboral en general, y del acoso en el sector público en particular. Entre los datos disponibles conviene destacar el Barómetro CISNEROS (Cuestionario Individual sobre Sicoterror, Negación, Estigmatización y Rechazo en Organizaciones Sociales), que dispone de dos estudios de nuestro interés. En primer lugar, el Informe CISNEROS V (2004), que efectúa un estudio del nivel de recurrencia del acoso en la Administración pública, si bien centrado en dos concretas instituciones (la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y la Inspección General de la Administración del Estado), con una muestra de 7.000 empleados públicos; los resultados son demoledores (Piñuel y Zabala, 2004: 16):

- 1 de cada 3 (más del 32 %) de los funcionarios encuestados están en una situación de alto riesgo laboral psicosocial.

- 1 de 5 de los funcionarios encuestados (el 22 %) presenta una situación técnica de acoso laboral:
 - × Uno o más de los comportamientos de hostigamiento
 - × Continuidad por más de 6 meses del comportamiento
 - × Frecuencia por lo menos semanal (semanal o a diario)
- Presentan como promedio más de 6 comportamientos de hostigamiento a diario.
- De ellos más de la mitad (53 %) refiere secuelas psicológicas o físicas.

El segundo estudio que nos interesa es específico del acoso en la Universidad, aunque referido a un espectro muy concreto: se trata del Informe CISNEROS IV (2003), encargado por la Junta de PDI de la Universidad de Alcalá de Henares para conocer la incidencia del acoso, y cuyos resultados son más preocupantes aún: concluye afirmando que el 51% del profesorado está sometido a acoso, y como consecuencia del mismo, más del 30% de los profesores afectados padece daños físicos o psíquicos graves o muy graves, como trastornos de ansiedad, estrés postraumático y cuadros que pueden llegar confundirse con paranoia; por otra parte, según el autor del informe, estos datos son homologables a los disponibles de otras universidades europeas (Piñuel, 2003).

Otros datos estadísticos son referidos por Peñasco (2005), quien expone una experiencia personal de acoso en la Universidad sufrido en primera persona, enriqueciéndola con otra serie de testimonios y datos; y Caro y Bonachera (2010: 231 ss.), que ofrecen las cifras siguientes:

- En un estudio realizado por la Universidad de Murcia en 2003, y coordinado por el prof. Buendía, aplicando el barómetro Cisneros un 44,36% del personal se declaró acosado.
- Ese mismo año la prof^a. López Cobarco dirigió un estudio sobre acoso en las tres universidades gallegas, que dio como resultado las siguientes cifras: En A Coruña era hostigado psicológicamente un 23% del personal docente e investigador (PDI) y un 7% del PAS; en Santiago, un 11 y un 10%, respectivamente; y en Vigo, un 17 y 10%.

Ignorar estos hechos es dar la espalda a la realidad. Consentir abusos. Tolerar la conculcación de derechos fundamentales. No podemos apartar el problema haciendo como si no existiera. Es preciso afrontarlo, combatirlo y erradicarlo. El hecho de que no abunden las quejas sobre situaciones de acoso no significa que no existan tales situaciones (los datos son tozudos), sino que, por los propios rasgos de la patología, quienes las padecen no acostumbran a quejarse. En eso consiste, precisamente, una parte del problema.

3. EL DERECHO ANTE EL ACOSO LABORAL

3.1. La recepción multiforme del acoso laboral en el escenario jurídico

A pesar de la abyección e indignidad que representa esta conducta, la percepción social y la individualización científica del acoso laboral son relativamente recientes. Siendo el Derecho un instrumento para la ordenación de la convivencia y la resolución de conflictos, es inevitable que su atención por el acoso se haya iniciado todavía más tarde, una vez evidenciada y reconocida socialmente su existencia. De hecho, es muy largo el recorrido que le espera a esta cuestión en el ámbito jurídico, todavía balbuciente y poco pertrechado para afrontar el problema.

Lo primero que debe notarse es que la noción jurídica del acoso laboral no tiene por qué coincidir linealmente con su formulación en el ámbito de la ciencia médica o en el de la psicología. El origen jurídico de la categoría ha sido jurisprudencial, acuñándose mediante sentencias judiciales que han forzado su inclusión en proposiciones normativas preexistentes que no contenían al acoso en su supuesto de hecho originario, pero cuya interpretación ha permitido subsumir la conducta en razón de la generalidad del texto, lo cual ha supuesto la progresiva incorporación de matices y variaciones a medida que se consolidaban sus linderos.

Por otra parte, el Derecho dispone de vertientes muy distintas para afrontar las mismas realidades sociales, y esto se traduce en la existencia de diferentes ámbitos de ordenación provistos de reglas y principios propios. Esto sucede igualmente con el acoso laboral, materia que ha sido abordada desde diferentes disciplinas jurídicas, cada una de las cuales concede sus respuestas y reacciones al problema: el Derecho del trabajo, el Derecho administrativo, el Derecho penal, el Derecho constitucional y hasta el Derecho civil asocian ya consecuencias jurídicas al fenómeno del acoso. Existe una tendencia a uniformar la noción, expresada en la Ley 62/2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cuyo art.28 acuña una definición general del término “acoso” (aplicable tanto al sector público como al privado), definiéndolo como: “toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo”.

Sin embargo, no existe una fórmula jurídica unitaria para definir el acoso *laboral*, cuya noción no coincide plenamente en todas las ramas jurídicas: por ejemplo, la conducta típica de acoso criminalizada (tipificada como delito en el Código penal), no equivale a la jurídico-administrativa (tipificada como infracción en el Estatuto Básico del Empleado Público). En la misma línea, se

debe destacar que los análisis más autorizados determinan una menor tasa de éxito de las pretensiones deducidas en vía contencioso-administrativa que en vía laboral (Molina, 2007: 39 ss.), lo cual supondría un tratamiento jurídico más reduccionista del acoso en el sector público, dadas las mayores tasas de prevalencia de las conductas de acoso que evidencian los datos suministrados *supra* (§ 2). Por ello, conviene exponer separadamente las diferentes nociones y consecuencias del acoso laboral en las correspondientes ramas jurídicas.

En otro orden de consideraciones, las medidas erigibles frente al acoso suelen clasificarse en tres categorías diferentes (Rogers y Chappell, 2004: 77 ss.; Serrano, 2005: 105 ss.; Carrasco et al., 2007: 41 ss.; Navarro, 2007: 77 ss.). Se trata de un criterio muy pedagógico, y dado que la sistemática seguida en este trabajo no se acomoda a esa clasificación, conviene apuntarlo someramente:

- *Preventivas*: las que persiguen evitar que llegue a materializarse el acoso. Entre este tipo de remedios se encuentra la implantación de planes de prevención de riesgos psicosociales, la aprobación de planes de igualdad y la promoción de códigos éticos de conducta. Este tipo de medidas son de indudable interés, pero no caen normalmente bajo la órbita de los asuntos que se tramitan en la Defensoría Universitaria, por lo que no serán expuestos aquí detalladamente (para abundar en el tema, v. principalmente Gimeno et al., 2009: *passim*; Velasco, 2010: 85 ss.).
- *Reactivas*: las que pretenden afrontar una situación de acoso que ya se ha materializado, actuando sobre las partes (acosador y/o acosado) para acabar con el acoso. En este apartado se encuadran los principales instrumentos de carácter jurídico: la imposición de sanciones administrativas o de condenas penales y la adopción de medidas consiguientes como la separación del servicio, la remoción del puesto de trabajo o el pago de multas. Pero también radican en este grupo las vías extraprocesales de resolución de conflictos, como los protocolos de riesgos psicosociales o la mediación, que pueden resultar especialmente idóneas para afrontar los expedientes de acoso.
- *Reparadoras*: las que se articulan una vez superada la situación de acoso a fin de indemnizar o compensar a la víctima por los daños morales y económicos padecidos. Aquí se sitúan medidas como la indemnización por despido improcedente (imputable a acoso), o el ejercicio de acciones de responsabilidad patrimonial.

De otro lado, es preciso resaltar desde ahora que, hasta fechas muy recientes, las disposiciones legales vigentes no regulaban el acoso en relaciones horizontales, como a veces se plantean en la Universidad: estudiantes que se acosan entre sí, o personal docente o de administración y servicios que hacen lo propio sin encontrarse en relaciones de supremacía jerárquica. Los tipos

manejados (al menos en el Derecho positivo) son de acoso vertical, infligido por los superiores jerárquicos sobre los empleados subordinados. El Estatuto Básico del empleado Público cambia sustancialmente este orden de cosas, pero no así la reciente reforma del Código Penal, que sigue restringiendo el acoso a las conductas desplegadas en relaciones de carácter jerárquico.

3.2. Tratamiento del acoso en el específico régimen laboral del sector público

Como premisa de este apartado debe notarse que los empleados públicos pueden encontrarse en diferentes relaciones jurídicas. Simplificando mucho, podrían reducirse a dos grandes tipologías: los funcionarios públicos y los empleados laborales. Actualmente existe una norma de cabecera para todos ellos, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado mediante la Ley 7/2007, de 12 de abril, que establece normas comunes a todos los tipos de empleados. A partir de esa disposición se abren dos grupos normativos que regulan las especialidades de cada uno de ellos. También difieren las vías judiciales ante las que deducir sus derechos: el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y el orden social. Esto determina que el régimen del acoso no sea completamente homogéneo en todo el empleo público, así como que difiera la tutela judicial que se ha dispensado al fenómeno en cada caso.

En este apartado se explican, en dos epígrafes sucesivos, los antecedentes en materia de acoso en cada uno de estos grandes grupos de empleados públicos, exponiendo las diferentes vías que se han ido articulando para afrontar el fenómeno; y, con ocasión de un tercer epígrafe final, se expone la situación derivada de la aprobación del EBEP. Se procede al somero enunciado de las consecuencias o vías de reacción frente al acoso, sin profundizar en los diferentes aspectos concernidos en cada caso; para hacerlo puede acudir a la bibliografía reseñada al final del trabajo (por lo que se refiere al análisis de la jurisprudencia serán especialmente útiles Caro y Bonachera, 2010: 237 ss.; Del Valle et al., 2005: 8 ss.; y Navarro, 2007: *passim*, con amplio aparato jurisprudencial).

En lo que se refiere al concepto de acoso que juega en este ámbito jurídico, puede resumirse con la STSJ CyL 302/2009, de 6 de febrero, que sintetiza sus componentes del siguiente modo:

“La doctrina ha venido configurando como elementos que se requieren para que se produzca *mobbing*, los siguientes:

- a) Un elemento material consistente en la conducta de persecución u hostigamiento, sistemático y planificado, injustificados de un sujeto activo (compañero de trabajo, superior o subordinado) a un sujeto pasivo en el marco de una relación laboral o funciona-

- rial;
- b) Un elemento temporal o de habitualidad. La conducta hostil debe ser sistemática y reiterada en el tiempo. Aunque los hechos sean leves aisladamente considerados, adquieren gravedad con la reiteración. Se excluyen los hechos esporádicos; y
- c) Un elemento intencional. La conducta hostil debe ser intencionada o maliciosa. Se excluyen los hechos imprudentes o casuales”.

3.2.1. El acoso en la relación estatutaria de los funcionarios públicos: anulación de sanciones disciplinarias impuestas como expresión de acoso, e imposición de sanciones disciplinarias a funcionarios acosadores.

Las primeras construcciones del acoso laboral en el sector público han sido obra de la jurisprudencia, toda vez que los textos normativos no contemplaban expresamente esta conducta. En 2001 se dictan las primeras sentencias relativas al acoso, entre las que suele destacarse la STS 23 de julio de 2001 (RJA. 8027). En este asunto, el Tribunal Supremo anuló una sanción disciplinaria impuesta a un funcionario público por considerarla una expresión de acoso laboral. En efecto, uno de los modos en que se expresa el acoso es mediante la imposición de sanciones disciplinarias. Y la vía de protección frente a semejante actuación es recurriendo la sanción, revelando su improcedencia, y poniendo de relieve su conexión con el acoso que se padece, para reforzar la falta de fundamento jurídico de la sanción.

En relación con los supuestos de sanción disciplinaria, los asuntos traen causa de la actuación de Administraciones públicas que han detectado acosos y han sancionado a los acosadores. Se sirven para ello de tipos generales de infracción contenidos en el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (aplicable además con carácter supletorio a las administraciones que carezcan de normativa específica propia en la materia), en los que de manera sobrevenida se entendió incluido el acoso. Es el caso del art.7.1, que califica como faltas muy graves:

- ñ) El atentado grave a la dignidad de los funcionarios o de la Administración.
- o) La grave falta de consideración con los administrados.

El acoso laboral también era susceptible de promover la incoación de expedientes disciplinarios en aplicación de normas sectoriales, como es el caso del art.72 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, que establece las faltas disciplinarias concurrentes en ese ámbito, entre las que se tipifica expresamente el acoso sexual.

Siendo ésta una vía evidente de actuación frente al acoso laboral en el empleo público, que todos los autores señalan además sin excepción, no he encontrado en las bases de datos de jurisprudencia un sólo precedente judicial relativo a sanciones disciplinarias impuestas a funcionarios públicos acosadores, más allá de uno relativo en realidad a la legitimación activa para instar la incoación del procedimiento, sobre el que me detengo más tarde. Esta ausencia de precedentes judiciales no significa necesariamente que no se haya impuesto sanción alguna: es posible que el acosador sancionado se haya abstenido de recurrir la sanción. Pero parece un dato revelador del escaso número de supuestos en que se ha ejercido esta vía, y por tanto, también es decepcionante en la medida que evidenciaría una actitud escasamente comprometida por parte de las autoridades administrativas en orden a la represión de estas conductas. Sobre todo, si tenemos presente que, como veremos un poco después, existen precedentes de condena por responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de los daños padecidos por empleados públicos acosados, y que tales asuntos debían haber suscitado la tramitación de los correspondientes expedientes disciplinarios contra los sujetos acosadores.

De todos es conocida la existencia de dificultades estructurales que mediatizan el ejercicio de la potestad disciplinaria sobre los empleados públicos, circunstancias que se acusan en comunidades pequeñas, como es el caso de la universitaria. Esto puede explicar (que no justificar) la inexistencia de precedentes. Y, sin negar la necesidad de ejercer la potestad disciplinaria en los casos tipificados por la Ley, que para eso están, constituye en cualquier caso un argumento de refuerzo de las estrategias que promueven otro tipo de soluciones en materia de acoso, como es el caso de los protocolos (sobre los que volveremos más tarde) o la intervención de la Defensoría Universitaria.

Pero estas previsiones normativas (tanto las del reglamento disciplinario general como las específicas del personal de los servicios de salud) se han visto superadas actualmente por la expresa incorporación del acoso como falta disciplinaria en el Estatuto Básico del Empleado Público, a cuyo examen se dedica más tarde un apartado específico.

3.2.2. El acoso en las relaciones laborales de régimen general: la extinción unilateral del contrato de trabajo y la imposición de sanciones a la empresa o a los empleados por no impedir el acoso.

El Derecho del trabajo fue el primero en aproximarse al problema del acoso, si bien por obra de la jurisprudencia y encuadrando la conducta en otras previsiones normativas de carácter genérico. Al igual que sucedió en el ámbito del empleo público, la verbalización del acoso en las normas laborales tuvo lugar mediante la incorporación de estas conductas en normas preexistentes, cuyos supuestos de hecho podían ser interpretados para dar acogida al acoso.

Las diferentes vías articuladas al respecto se describen a continuación.

En primer lugar, el art.50 del Estatuto de los Trabajadores (ET) establece una serie de supuestos de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador que le reconocen excepcionalmente las indemnizaciones aplicables al despido improcedente. En este sentido, “Existe coincidencia en estimar el acoso moral laboral como un incumplimiento grave y culpable del empresario encajable entre los supuestos causales del art.50 ET. En suplicación se observa que, aunque la norma no lo recoja expresamente, las conductas de acoso moral se incluyen dentro de los supuestos de incumplimiento susceptibles de extinción” (cfr. Navarro, 2007: 168). De tal forma que el trabajador afectado por acoso moral podrá solicitar unilateralmente la rescisión de su contrato, en el plazo de un año desde que acontece la situación; el plazo no prescribe en tanto persista la conducta, incluso por causa de baja laboral derivada de la misma (Navarro, 2007: 169 ss.).

Por otra parte, cuando la empresa incumple sus obligaciones respecto de los trabajadores se expone a la imposición de sanciones administrativas, que vienen estipuladas en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. En particular, el art.8.13 bis LISOS (introducido por la Ley 62/2003, citada; y modificado por la Ley Orgánica 3/2007), tipifica la siguiente conducta como infracción muy grave: “El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”.

Dos elementos centran nuestra atención. El primero, el hecho de que el precepto en examen contrae el concepto de acoso al denominado como “acoso discriminatorio”, sin admitir el acoso laboral que no se encuentre cualificado por ese concreto fin, lo que ha sido duramente reprochado por la doctrina (Serrano, 2005: 254; Navarro, 2007: 109 ss.). El segundo, que el sujeto pasivo de la sanción administrativa es el empresario negligente en la evitación del acoso infligido por unos trabajadores a otros. Cambia pues, una vez más, la conceptualización de la figura, tanto en más (incorpora el acoso horizontal y el ascendente), como en menos (sólo el que tenga intención discriminatoria). Para evitar que el empresario oponga su desconocimiento como motivo de exoneración de responsabilidad, se recomienda unánimemente la presentación por parte del sujeto acosado de una denuncia formal (Escudero y Poyatos, 2005: 210 ss.; Caro y Bonachera, 2009: 220; entre otros). Aunque la omisión de esta denuncia no implique de suyo que el empresario desconozca los hechos, siempre será más fácil probar el conocimiento una vez que se le denuncia la situación for-

malmente. La sanción se impone a la empresa como persona jurídica.

Además de la disposición comentada, el art.8.11 LISOS también califica como muy grave la siguiente infracción: “Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores”. En este caso, el propio empresario sería el acosador. Se trata de un supuesto escasamente operativo en el sector público, dada la naturaleza jurídica del empleador.

Con arreglo al art.40.1.c) LISOS, a las infracciones muy graves les corresponden sanciones de multa, de 6.251 a 187.515 euros. Además, el art.46 bis LISOS contempla sanciones accesorias para las conductas tipificadas en el art.8.13 bis: la pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo.

Otro mecanismo de prevención y reacción ante el acoso en las relaciones laborales generales es la imposición de sanciones por parte de la empresa a los empleados acosadores. Para articular esta fórmula debe acudir a la negociación colectiva. De hecho, el convenio colectivo es un instrumento idóneo para afrontar la regulación del acoso en la empresa, como ha sido especialmente resaltado por Ballester (2005: 53 ss.), con especial mención de las faltas y sanciones, destacando las deficiencias que se aprecian en los textos disponibles, y la particular adecuación de este instrumento para afrontar el problema del acoso (ibídem, 90 ss.).

Por lo demás, y como se desprende de la ubicación sistemática de este apartado, las infracciones en comentario no operan en las relaciones estatutarias de los funcionarios públicos, siendo únicamente de aplicación a las relaciones laborales generales entabladas por empleadores del sector público.

3.2.3. *El nuevo régimen derivado del Estatuto Básico del empleado Público (EBEP) y sus carencias*

El acoso laboral en el sector público no ha tenido reflejo normativo expreso hasta fechas muy cercanas. El EBEP, dictado en 2007, es la primera disposición que contiene determinaciones específicas en relación con el acoso. En primer lugar, reconociendo el derecho de los empleados públicos “Al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral” –art.14 h) EBEP–. Pero además (y esto constituye un factor de extraordinaria importancia), calificando el acoso como una infracción administrativa, que describe del siguiente modo: “Toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad,

edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo” (art.95 EBEP).

Se debe notar, en primer término, que el precepto relaciona tres tipologías distintas del acoso (moral, sexual y por razón de sexo), sin especificar la noción subyacente en cada una de ellas. La conducta infractora se tipifica por tanto mediante conceptos jurídicos indeterminados que remiten a ciencias metajurídicas. Y esto plantea el problema de su desigual recepción en la práctica jurisprudencial (un específico reproche a esta carencia del EBEP en Marcos y Molina, 2007: 69). Por otra parte, conviene resaltar que la definición de la conducta establecida en el EBEP permite acoger en el concepto de acoso también el que se produce en relaciones horizontales, sin circunscribirlo a las verticales como sucedía en la práctica anterior, que lo restringía a las relaciones jerárquicas. En la misma línea, debe ponerse el acento en que la conducta definida como acoso carece del elemento cualificado de la discriminación, como también se apreciaba anteriormente, de tal manera que la conducta acosadora no tiene por qué perseguir esa finalidad discriminatoria, bastando con que se produzcan los hechos constitutivos del acoso.

Calificado el acoso como falta muy grave, quien incurra en esta conducta se expone a las siguientes sanciones:

- a) Separación del servicio de los funcionarios, que en el caso de los funcionarios interinos comportará la revocación de su nombramiento, y que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves.
- b) Despido disciplinario del personal laboral, que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban.
- c) Suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral, con una duración máxima de 6 años.
- d) Traslado forzoso, con o sin cambio de localidad de residencia, por el período que en cada caso se establezca.
- e) Demérito, que consistirá en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria.
- f) Apercibimiento.
- g) Cualquier otra que se establezca por Ley.

Esta previsión normativa está abocada a desempeñar un papel nuclear en la lucha contra el acoso en el sector público. Revela un cambio radical de tendencia respecto de la situación preexistente, en cuanto que la falta de regulación normativa creaba una situación rayana en la impunidad. Pero el impacto del precepto no residirá tanto en el hecho de que llegue a aplicarse masivamente, sino por su indudable carácter disuasorio (preventivo) del hostigamiento.

Además de prever la tipificación específica de las conductas de acoso, es de notar que este precepto agrava sus consecuencias, toda vez que el Reglamento de régimen disciplinario no contemplaba la sanción de separación del servicio para los supuestos genéricos que acogieron las conductas de acoso laboral.

También es importante notar que existe una relevante particularidad en materia de *legitimación activa para instar la incoación del expediente disciplinario*. En el Derecho administrativo general, y salvo supuestos expresamente previstos de acción popular, la ciudadanía carece de legitimación para promover la iniciación de procedimientos sancionadores: a lo más que puede pretender es a formular una denuncia de los hechos, pero la incoación del procedimiento queda a criterio de la autoridad competente, careciendo incluso de acciones frente a la omisión de actuación o inactividad administrativa. Por el contrario, en materia de acoso laboral, la jurisprudencia ha reconocido legitimación activa en el sujeto acosado, sustentándola en los criterios generales aplicables al contencioso-administrativo, y en particular, en la posibilidad de obtener un beneficio como consecuencia de la resolución que se dicte: entiende que, de aplicarse la sanción por acoso, el sujeto acosado podría lograr la eliminación de la situación que padece, lo cual le confiere legitimación para instar la incoación del procedimiento, así como para impugnar judicialmente la inactividad de la Administración (STSJ C. Valenciana 298/2004, de 3 de marzo).

Por otra parte, para apoyar la incoación del procedimiento presenta gran utilidad la actitud de órganos terceros: los competentes en materia de prevención de riesgos laborales, las centrales sindicales, y, por lo que particularmente respecta a las Universidades, la Defensoría Universitaria, que puede influir crucialmente en la cuestión si ha conocido previamente del asunto y avala la incoación del expediente disciplinario.

De otro lado, resulta muy oportuna la *expresa consideración de la sanción de traslado forzoso que se puede imponer al acosador*, por cuanto que, para restituir el derecho fundamental conculcado, resulta más atinado incidir sobre la esfera del acosador obligándole a cambiar de puesto, que sobre la del acosado, a quien la movilidad forzosa o voluntaria para distanciarse del acosador le puede suponer un perjuicio añadido.

En cualquier caso, una vez declarado el acoso laboral, se debería reconocer a la persona acosada un derecho a la movilidad en el puesto de trabajo, y en el caso de que fuera inviable por las características singularísimas del puesto, a la excedencia con reserva del puesto. Las previsiones del EBEP en este punto todavía son insuficientes, a pesar de las reivindicaciones doctrinales (Conde, 2009b: 651 ss.).

3.3. Otras consecuencias (comunes) del acoso laboral

3.3.1. La responsabilidad patrimonial de la Administración por acoso laboral

En este aspecto es en el que existe un acervo jurisprudencial más amplio en relación con el acoso laboral en el empleo público (a mayor abundamiento, véase la bibliografía citada). Consiste en la posibilidad de reclamar a la Administración por los daños y perjuicios soportados como consecuencia de acoso. Los motivos que dan origen a la responsabilidad son muy variados, y todos ellos han sido conocidos y apreciados por la jurisprudencia: por la incapacidad laboral derivada del acoso; por el abandono del puesto de trabajo; por el daño moral soportado al imponerse sanciones que eran expresión de acoso; etc.

La acción de responsabilidad patrimonial debe iniciarse y tramitarse conforme a lo previsto en el art.142 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Su plazo de ejercicio es de un año desde la completa determinación de las secuelas. No obstante, además de su ejercicio autónomo conforme a lo anteriormente expuesto, también se puede deducir la pretensión de indemnización por daños asociada a otra acción principal distinta (por ejemplo, la anulación de un despido improcedente, la restitución de funciones o en el puesto de trabajo, etc.), en cuyo caso, de prosperar la acción principal, se podría conceder igualmente la indemnización accesoria siempre que se acrediten los daños padecidos.

3.3.2. El acoso laboral como delito. Su reciente incorporación expresa al Código penal

Existen asimismo antecedentes de imputación de delitos como consecuencia de acoso laboral, subsumiendo la conducta en los tipos penales generales, si bien en casos especialmente cualificados y de extrema gravedad, de acoso severo o devastador (Auto AP Barcelona 15/09/03, JUR.Ar. 257.588/2003). Los tipos penales mayoritariamente invocados son los relativos a delitos contra los derechos de los trabajadores (arts.311 ss. CP), así como delitos contra la integridad moral (arts.173 ss. CP).

Los querellantes suelen invocar una acumulación de tipos penales como soporte de su pretensión (así, Auto AP Barcelona 17/09/04, Ar.P. 667; y 02/06/05, JUR.Ar. 177.131; SAP Albacete 12/05/05, JUR.Ar.141.138). La acción penal puede dirigirse tanto contra el acosador, como contra el empresario o administradores que, conociendo la situación y pudiendo remediarla, no hubieran actuado para hacerlo (art.318 CP).

Es evidente la tendencia a la criminalización de la vida contemporánea: se diría que todo lo que no aparece en el Código penal se encuentra admitido, cuando existe un amplio aparato sancionador que cubre tales conductas

y permanece en muchos casos inactivo o aletargado (sanciones urbanísticas, medioambientales...), dando lugar a la incorporación de los tipos correspondientes en el Código penal, lo que pone en cuestión su carácter de *ultima ratio*. El acoso laboral, por el contrario, constituye una conducta que merece sin duda alguna sanción penal, en cuanto que supone un grave atentado contra la dignidad humana y una lesión de un derecho fundamental. Tanto más, cuanto que la vía penal, además de su consecuencia inmediata o directa (la imposición de la pena), añade “el valor estigmatizante del proceso y la condena penal [que] tiene también un efecto disuasorio por sí mismo” (Navarro, 2007: 115).

En atención a estos argumentos, una reciente modificación normativa acuña por primera vez un delito específico de acoso laboral: se trata de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (que entra en vigor el 23 de diciembre de 2010), añade un segundo y un tercer párrafo al apartado 1 del artículo 173 (delitos contra la integridad moral), que adquiere con ello la siguiente redacción:

“El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima”.

Como se observa, el tipo delictivo restringe la conducta a relaciones jerárquicas (a diferencia de lo que hemos visto en relación con el EBEP), por lo que nuevamente quedan excluidas de sanción las modalidades de acoso horizontal y ascendente, que sólo podrán perseguirse en la medida que encajen en los tipos penales generales ya expuestos. Pero el hecho de tipificar la conducta, y el de someterla además a una pena relativamente grave (mínimo de seis meses de prisión), suponen un gran avance en la lucha contra el acoso, y constituyen argumentos de peso para disuadir a los acosadores de su conducta.

En el caso de funcionarios públicos, son de específica aplicación los arts.175 y 176 CP:

Artículo 175.

La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior [relativo a la tortura], atentare contra la integridad moral de una persona será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el atentado fuera grave, y de prisión de seis meses a dos años si no lo es. Se impondrá, en todo caso, al autor, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años.

Artículo 176.

Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos.

La jurisprudencia recaída en aplicación de estos últimos preceptos tiene mayoritariamente que ver con actividades de las fuerzas y cuerpos de seguridad, sin que todavía se haya generalizado aún la conexión entre su contenido material y las conductas de acoso laboral, si bien puede citarse alguna excepción (así, Autos de la AP León 48/2008, de 17 de marzo, y 36/2005, de 15 de febrero; SAP Albacete 61/2005, de 12 de mayo; SAP Ávila 16/2005, de 4 de febrero; todos los pronunciamientos son desfavorables a las pretensiones del presunto acosado). Por otra parte, se debe reparar en la asimetría que presentan el art.173 CP, por un lado, y los arts.175 y 176 CP, por el otro, pues las penas previstas en estos últimos son comparativamente más gravosas en ambas franjas de la horquilla (de seis meses a dos años como mínimo, y de dos a cuatro años como máximo).

3.3.3. Restitución de funciones o en el puesto de trabajo.

Otra vía para reaccionar contra manifestaciones de acoso es la posibilidad de que el empleado público reclame la restitución de las funciones de las que ha sido despojado en ejercicio de técnicas de hostigamiento, así como la reasignación al puesto de trabajo del que fue removido como expresión de acoso laboral.

En cuanto a la restitución de funciones o en el puesto de trabajo tras haber sido removido un *funcionario público* soportando acoso laboral, puede citarse la SJCA nº 2 Valladolid 398/2007, de 11 de octubre.

En cuanto a los *empleados laborales*, la misma consecuencia se ha establecido por la jurisprudencia, como puede comprobarse en la SJS Vigo de 13 de octubre de 2006, relativa a una empleada de la Universidad de Vigo.

3.3.4. La tutela del acoso laboral mediante los procesos especiales de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales

Como ya se apuntó anteriormente (§ 1), el acoso constituye la vulneración de un derecho fundamental de la persona (v. especialmente Navarro, 2007: 57 ss.; Correa y Valdés, 2007: 223 ss.; Serrano, 2005: 91 ss.; González Navarro, 2009). El Tribunal Constitucional ha dictado ya varias sentencias en las que se estima la concurrencia de acoso y se califica la conducta como infracción del derecho fundamental a la dignidad personal (SSTC 224/1999, 74/2007, 250/2007 y concordantes), y lo propio puede decirse del Tribunal Supremo (SSTS 03/07/01, AS 7799/2001; 17/05/06, rec.4372/2004 y concordantes).

Esta caracterización del acoso concede a quien la padece ciertos beneficios de orden procesal. En primer lugar, le habilita a ejercer una vía judicial preferente y sumaria para la tramitación de los asuntos en que se ventile una pretendida vulneración de un derecho constitucional. Estos procesos especiales se sustancian en cada orden jurisdiccional, y no alteran los criterios de reparto anteriormente enunciados en relación con cada ámbito material en que se sustancie el acoso. Así, los funcionarios públicos podrán interponer este recurso especial en la vía contencioso-administrativa para deducir las mismas pretensiones ya apuntadas (anulación de una sanción disciplinaria que estime impuesta por acoso; exigencia de responsabilidad patrimonial derivada de los daños padecidos como consecuencia del acoso; etc.), en tanto que los empleados laborales podrán presentar este recurso especial en el orden jurisdiccional social.

Otra ventaja adicional a los procesos en que se invoque la infracción de un derecho fundamental es que, una vez agotadas todas las instancias en la jurisdicción ordinaria, puede acudirse en amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 161.1.b CE).

No obstante, alguna doctrina desaconseja seguir este camino en razón de la interpretación restrictiva de que es objeto el proceso especial en los precedentes judiciales (Molina, 2007: 48 ss.). Por otra parte, si se vale de los recursos ordinarios, el interesado, además de la vulneración del derecho constitucional, puede deducir otra serie de motivos de legalidad ordinaria con sus correspondientes pretensiones de condena (algo a tener especialmente en cuenta cuando el asunto versa sobre la anulación de una sanción improcedente por constituir acoso).

3.3.5. La protección sanitaria y por el sistema de la Seguridad Social

Un último aspecto sobre el que resulta preciso detenerse es la protección que se puede dispensar al empleado público por parte del sistema sanitario y de Seguridad Social.

Como premisa del análisis es preciso detenerse sobre el calificativo que recibe la patología en el sistema de protección de la Seguridad Social. El acoso laboral no figura relacionado como enfermedad profesional en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social. Dado lo reciente de la promulgación de la norma, dictada en un momento en el que el conocimiento de la patología se encontraba ya suficientemente consolidado, la doctrina mayoritaria tiende a pensar que esa omisión es deliberada o consciente, y en ella subyace la intención de que el acoso laboral sea calificado como accidente profesional y no como enfermedad, a fin de obtener un trato más beneficioso para el sujeto pasivo del acoso (por todos, v. los completos análisis de Navarro, 2007: 213 ss.; Conde, 2009: 158 ss.; y Jurado, 2009: 651 ss.).

Visto esto, la cuestión es determinar el camino por el que el sujeto pasivo del acoso puede recibir un diagnóstico. Se trata de un problema central en todo este asunto, pues como se verá un poco más tarde, la prueba del acoso es uno de sus principales caballos de batalla. Cada empleado público habrá de acudir en este sentido al profesional correspondiente según la cobertura sanitaria que le corresponda a su relación de trabajo: el régimen general de la Seguridad Social, la Mutua, una compañía aseguradora concertada con MUFACE, etc. En este punto se plantean dos complicaciones:

- A veces los profesionales médicos no llegan a diagnosticar acoso laboral, por tratarse de una apreciación externa a su ámbito de percepción sobre la que no puede emitir un juicio clínico debidamente fundamentado. En tal caso, es perfectamente posible (y muy extendida) la práctica de diagnosticar los *efectos psicológicos* del acoso (estrés, ansiedad, trastorno adaptativo, depresión), pero no sus *causas* (el acoso mismo).
- Una vez obtenido el diagnóstico, lo habitual será recibir un parte de baja por contingencias comunes. En tal caso, y como recomiendan los autores (Caro y Bonachera, 2010: 220 ss.; Cano, 2009: 161; etc.), el sujeto pasivo del acoso deberá promover el correspondiente expediente administrativo para modificar la baja laboral, a efectos de cambiar la contingencia de enfermedad común por la de accidente laboral. Según se ha podido notar, en el sector público resulta mucho más complicado obtener este cambio de contingencia ante el orden contencioso-administrativo si se manifiesta rechazo por parte de la entidad mutualista (Molina, 2007: 46 ss.).

3.4. Las dificultades probatorias en el acoso

Uno de los problemas más graves que plantean los expedientes de acoso es la prueba de los hechos. En primer lugar, por la dificultad que entraña disponer de instrumentos probatorios de las conductas de acoso: a menudo son infligidas sin testigos y sin rastro documental de los sucesos. En segundo lugar, por el carácter subjetivo de la conducta (la intencionalidad del agresor) y de sus efectos (el trastorno psicológico que repercute sobre el acosado), que exige valoraciones (periciales) extraordinariamente difíciles de emprender, lo cual lleva en muchos casos a que se omita por parte del especialista un calificativo sobre la conducta, limitándose a diagnosticar únicamente sus efectos: como ya se ha dicho, no es raro que, en lugar de dictaminar la existencia de acoso, el dictamen médico consigne tan sólo que el paciente soporta un cuadro de estrés, ansiedad, trastorno adaptativo, depresión, etc. Y en tercer lugar, por la doctrina jurisprudencial ante los asuntos de acoso, claramente restrictiva

en lo referente a la apreciación de las pruebas (v. especialmente la detallada exposición de Navarro, 2007: 152 ss.; y Lafuente, 2008: 237 ss.), una actitud particularmente acusada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En este último sentido, se ha demostrado que el porcentaje de sentencias estimatorias de acoso es sensiblemente inferior en el contencioso-administrativo que en la jurisdicción social (Molina, 2007: 40 ss.), entre otros factores, por inaplicación de la técnica de las pruebas indiciarias; la situación ha llegado a calificarse peyorativamente como “prejuicio judicial sobre la pericial médica” (Lorenzo de Membiela, 2007: 47 ss.).

En el mismo orden de consideraciones, conviene reseñar los resultados del análisis de jurisprudencia emprendido por Caro y Bonachera (2010: 237 ss.), sobre los pronunciamientos relativos a acoso que se han producido en las universidades españolas. Mediante consulta girada a los servicios jurídicos de las universidades, hasta 2008 se contabilizaron un total de 33 pronunciamientos judiciales (22 del orden social, 10 de lo contencioso-administrativo y 1 de lo penal), de los cuales, 8 se fallaron de manera favorable al demandante (esto es, confirmando una situación subyacente de acoso laboral); es decir, que el porcentaje de éxito de las demandas por acoso es del 24%.

La consecuencia que deriva de ello es la necesidad de prevenir sobre esta situación a quienes alegan padecer acoso. Cualquier pretensión de declaración del acoso debe venir respaldada por pruebas suficientes; el acosado debe saberlo, y disponer de tales pruebas, antes de emprender cualquier acción. Esto plantea problemas a la hora de tramitar los expedientes en el seno de las organizaciones, como en su momento se verá.

4. LOS PROTOCOLOS INSTITUCIONALES COMO REMEDIO IDÓNEO PARA LA GESTIÓN DEL ACOSO LABORAL

Para concluir con la exposición del espectro de medidas erigidas para afrontar el acoso laboral conviene detenerse muy especialmente en la implantación de procedimientos preestablecidos que permiten a las organizaciones sociales tramitar los expedientes de acoso de acuerdo con pautas suficientemente rigurosas, transparentes y eficaces. En la doctrina se hace especial hincapié en la idoneidad de las fórmulas extraprocesales para resolver los conflictos de acoso laboral (Martínez Abascal, 2008: *passim*; Conde, 2009: 142 ss.; Gimeno et al., 2009: 21 ss.; yo mismo había insistido en la idea en Gamero, 2006: 339 ss.). Los protocolos en comentario, y la intervención de instituciones mediadoras (como la Defensoría Universitaria), constituyen magníficos exponentes de estas fórmulas de resolución del conflicto, aunque no siempre consigan concluir con soluciones extrajudiciales.

La implantación de estos protocolos en las organizaciones es voluntaria, con una sola excepción: el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, materia en la que el art.48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, dispone:

Artículo 48. *Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo.*

1. Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y *arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo.*

Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación.

2. Los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos.

En particular, por lo que se refiere a las Administraciones públicas, la Ley Orgánica 3/2007 establece el siguiente contenido para el referido protocolo:

Artículo 62: *Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.*

Para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, *las Administraciones públicas negociarán con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores, un protocolo de actuación que comprenderá, al menos, los siguientes principios:*

- a) El compromiso de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.
- b) La instrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como la igualdad de trato entre mujeres y hombres.
- c) El tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario.
- d) La identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia.

Son ya varias las universidades que han aprobado protocolos en materia de acoso (laboral y/o sexual), o más genéricamente, protocolos de prevención y gestión de riesgos laborales o psicosociales. Durante la elaboración de este trabajo, y por diferentes vías, he conocido de la existencia de, al menos, los siguientes:

- Universidad del País Vasco: Acuerdo entre la UPV/EHU y las organizaciones sindicales representativas sobre prevención y solución de quejas en materia de acoso (2003).
- Universidad de Jaén: Protocolo de actuación sobre la violencia psicológica en el trabajo, aprobado en Consejo de Gobierno de fecha 23 de septiembre de 2004.
- Universidad de Santiago de Compostela: Protocolo de prevención e resolución de procesos de acoso psicológico nas relacións laborais, aprobado por el Consello de Goberno da USC el 20 de diciembre de 2004.
- Universidad Autónoma de Madrid: Protocolo para la Prevención de situaciones de riesgo psicosocial en el entorno laboral de la UAM, aprobado por el Consejo de Gobierno el 22 de abril de 2005.
- Universidad nacional de Educación a Distancia: Protocolo de actuación en materia de acoso, firmado el 29 de septiembre de 2006 por el Rector de la Universidad nacional de Educación a Distancia y las Secciones Sindicales en la UNED de CC.OO., UGT y USIF-CSIF.
- Universidad de Sevilla: Procedimiento para la evaluación de los riesgos psicosociales, de 2006.
- Universidad Pontificia de Comillas: Protocolo Antimobbing, propuesto por la Oficina de Prevención de Riesgos Laborales y aprobado por el Vicerrector de Asuntos Económicos el 3 de diciembre de 2007, previa firma de los representantes de los trabajadores.
- Universidad de Illes Balears: Plan de actuación de riesgo psicosocial, aprobado por el Consejo de Dirección el 26 de febrero de 2008.
- Universidad de Alicante: Procedimiento para la resolución de situaciones de riesgo psicosocial, aprobado el 18 de marzo de 2008.
- Otras universidades de las que se tiene noticia, sin disponer del texto del protocolo y de su fecha de aprobación al momento de redactar este trabajo, pero de las que se conoce al menos la constitución de grupos de trabajo dirigidos a adoptar un texto: Universidad de Córdoba, Universidad de Cádiz, Universidad Politécnica de Cataluña, Universidad de Valladolid y Universidad Pablo de Olavide.

Por su parte, en el seno de la CRUE se promovió la organización de una Mesa de trabajo sobre riesgos psicosociales que se desarrolló en Málaga, los días 9 y 10 de octubre de 2006; entre sus principales conclusiones se encuentra la siguiente: “La Universidad debe convertir en un objetivo prioritario la lucha

contra el acoso laboral, por ello, es recomendable la asunción por las Universidades de políticas o protocolos de actuación frente al estrés o acoso laboral”.

La principal utilidad que presentan los protocolos es la de ofrecer, de manera sencilla, transparente y estructurada, un cauce para la resolución de los conflictos en materia de acoso. Quedan claros y preestablecidos los actores del proceso (sobre todo, los responsables de su tramitación), sus diferentes fases y trámites, y las consecuencias derivadas de las resoluciones que se adopten.

En este sentido, los protocolos examinados diferencian claramente dos escenarios:

- *Un procedimiento informal*, mediante el que se promueve realmente un cauce extrajudicial de resolución de un conflicto interpersonal. Responde a grandes rasgos a una mediación, en la que no se busca en realidad la formulación de un diagnóstico al que se asocien consecuencias legales, sino alcanzar un acuerdo entre las partes que ponga fin a la situación de conflicto denunciada por una de ellas. En este caso, el protocolo se convierte en sí mismo en una vía de resolución del conflicto.
- *Un procedimiento formal*, normalmente promovido tras un intento infructuoso de tramitación del informal, que pretende esclarecer la situación, determinar mediante diagnósticos periciales si existe o no acoso, y adoptar las determinaciones legales correspondientes. En este caso, la tramitación de los extremos previstos en el protocolo no culmina la resolución del conflicto, debiéndose iniciar posteriormente otros procedimientos que apliquen las correspondientes consecuencias: sanción disciplinaria, remoción del puesto de trabajo, etc.

En ambos casos, la instrucción del expediente se confía a órganos o personas predeterminadas, que reciben diferentes calificativos. En el caso del procedimiento informal suele tratarse de una persona individual (instructor), y en el procedimiento formal un órgano colegiado específico (comisión o comité). La adecuada selección de estas personas constituye una pieza medular para el buen fin de los procesos: deben ser neutrales y expertos en la materia (tanto en el plano médico como en el jurídico), gozando de confianza por parte de los sujetos pasivos del expediente.

Los resultados de estos sistemas no siempre han sido exitosos, sobre todo, cuando su modo de terminación no contempla resoluciones de carácter vinculante dictadas por órganos de naturaleza ejecutiva.

Debemos entender que *el modelo deseable debería disponer de los siguientes elementos*:

- Un primer procedimiento informal, ante el que se intente alcanzar un acuerdo entre las partes utilizando técnicas de mediación. Debe encomendarse a personas individuales de perfil técnico especializa-

do. Entre los compromisos adoptados por las partes, además de la cesación de la conducta, sería objetivamente oportuno establecer que el acosador solicitará traslado de su puesto de trabajo en la primera ocasión que se presente.

- Un procedimiento formal, que pueda instarse con carácter consecutivo o alternativo al anterior, tramitado ante una comisión de perfil técnico y carácter independiente, que dictamine la existencia o no de acoso y proponga a los órganos ejecutivos la adopción de las medidas procedentes. En particular, la incoación de procedimientos disciplinarios, la adopción de medidas cautelares, etc.

La implantación de estos protocolos constituye actualmente una de las más útiles contribuciones que se pueden aportar para mejorar la atención de los expedientes de acoso laboral. Además de la adecuación intrínseca de estos procedimientos en orden a gestionar los expedientes de acoso que se susciten, debe recordarse la dificultad asociada a la tramitación de expedientes disciplinarios (que ha deparado la práctica inexistencia de sanciones por acoso laboral), de tal manera que, si el único cauce previsto para afrontar estos asuntos es la incoación de expedientes disciplinarios (incluso con fase previa de información reservada), es bastante probable que se desate un gran escrutinio público sobre el caso y que finalmente se frustre el buen fin de la operación. Por el contrario, con la gestión ordenada que prevén estos protocolos, en el caso de ponerse de manifiesto la situación de acoso, siempre podrá asociarse un procedimiento disciplinario ulterior, sobre todo cuando el acosado descarte el procedimiento informal (más proclive a acuerdos entre las partes que a otro tipo de fórmulas de terminación) y desee promover el formal, a cuya conclusión puede asociarse posteriormente el expediente disciplinario.

En orden a conocer casos de éxito o modelos de referencia, además del amplio acervo reunido ya por las propias universidades y resumido en el catálogo anterior, existen publicaciones especializadas que señalan cómo construir y aplicar estos protocolos (i.e., Gimeno et al., 2009; Velasco et al., 2010: 141 ss.; etc.). Por lo demás, la aprobación de estos protocolos ha recibido un importante respaldo mediante el Acuerdo Marco Comunitario para la gestión del acoso y violencia en el trabajo de 15 de diciembre de 2006 (v. su texto en inglés, y una traducción no oficial, en <http://www.cepyme.es/docu/acosoynyviolencia.pdf>, visitada el 11 de octubre de 2010), uno de los escasos acuerdos intersectoriales existentes a nivel europeo entre las centrales sindicales y las organizaciones de empresarios, y que apuesta decididamente por los protocolos en examen como cauce de gestión de estos conflictos (un detenido comentario al acuerdo marco en Molina, 2008).

Un tema nada menor en este punto es *el instrumento jurídico mediante el que aprobar el protocolo*. En orden a la redacción del texto, parece oportuno

confiarlo a una comisión encuadrada entre los órganos de seguridad e higiene laboral. No debe descartarse una fase consecutiva de negociación con las centrales y órganos sindicales (Junta de Personal y Comité de Empresa) para consensuar el contenido del protocolo e incorporarle las modificaciones y mejoras que se pacten entre ambas partes. Y si, finalmente, contiene determinaciones de carácter imperativo para los empleados y empleadas públicos, se le debe conferir naturaleza normativa, mediante dos instrumentos jurídicos paralelos: su aprobación formal por el correspondiente órgano de gobierno (que, en el caso de las Universidades, será normalmente el Consejo de Gobierno), a fin de que resulte vinculante para los funcionarios públicos en el marco de su relación estatutaria; y su incorporación al correspondiente convenio colectivo, al objeto de que sea aplicado a los empleados laborales (recordemos una vez más la importancia que se concede a la negociación colectiva en materia de acoso laboral; v. especialmente Ballester, 2006: 53 ss.).

Por otra parte, *la existencia de un protocolo no es la panacea que remedia todos los males*. El acoso laboral en el sector público presenta unos problemas estructurales de movilidad que se intensifican particularmente en el ámbito universitario, como ya se adelantó: el privilegio de la inamovilidad de los empleados públicos (especialmente, los funcionarios), y en el caso de las universidades, sus dimensiones generalmente modestas, que dificultan más aún la articulación de soluciones que pongan distancia (organizativa, geográfica e incluso intelectual) entre acosador y acosado. Por ejemplo, cuando el acoso tiene lugar entre profesores funcionarios de un mismo área de conocimiento. Esta situación dificulta sobremanera las soluciones operativas para el acoso, pues resulta complicado articular fórmulas que permitan distanciar al acosador del acosado, más allá de la sanción de separación del servicio. En cualquier caso, de cara a su éxito, es primordial la aprobación del protocolo mediante los instrumentos normativos adecuados (indicados en el párrafo anterior), así como la neutralidad, profesionalidad e implicación real de los responsables de gestionar el procedimiento.

5. LA DEFENSORÍA UNIVERSITARIA ANTE EL ACOSO LABORAL

Conforme a la Ley Orgánica Universidades, se crea la defensoría universitaria “Para velar por el respeto a los derechos y las libertades de los profesores, estudiantes y personal de administración y servicios”. La erradicación del acoso se incardina, pues, en la médula misma de la labor que corresponde desempeñar a esta institución. En este sentido, la Defensoría Universitaria constituye una instancia idónea para atender los supuestos de acoso laboral y contribuir a su resolución (del Valle et al., 2005). Para obrar de la mejor forma

posible es oportuno establecer unas pautas o estrategias generales, que nos auxilien a afrontar los controvertidos problemas que concurren en estos delicados expedientes. Quizá por ello, los defensores universitarios se han ocupado del acoso en diferentes ocasiones. Cabe destacar la Mesa de trabajo sobre acoso en la Universidad que se desarrolló con ocasión del IX Encuentro Estatal de Defensores Universitarios en Oviedo (v. Isidro et al., 2008), así como los encuentros de las defensorías andaluzas organizados para tratar específicamente este tema por la Defensora de la Universidad de Córdoba el 17 de febrero de 2010, y por el Defensor de la Universidad de Jaén el 18 de noviembre del mismo año, además de la sesión plenaria sobre el acoso celebrada con ocasión del XIII Encuentro Estatal de Barcelona el 28 de octubre de 2010, en cuyo marco se inserta la presente aportación.

5.1. Dilemas y dificultades iniciales

Debido a la situación extrema en que se encuentra, el hecho de que una persona acosada acuda a otra en busca de ayuda tiene un valor extraordinario. Supone un gesto de enorme confianza, siendo posible que no haya llegado a hablar nunca con nadie del tema por la anulación de su personalidad a la que viene siendo expuesto, por miedo a las habladurías y al revuelo que podría provocar el inicio de cualquier cauce formalizado de resolución del conflicto, etc. En esta tesitura, resulta vital acogerlo con cierto apego o calor humano, evitando que se pierda esa confianza y que desista de plantear el problema.

Esta primera percepción plantea un grave dilema ético, pues resulta perfectamente posible que las acusaciones de acoso sean falsas e injustas, lo cual, a su vez, supondría socavar los derechos de otra persona: el presunto acosador, cuyo honor y dignidad pueden verse resentidos por una falsa acusación. En este sentido, ha llegado a decirse que “acusar falsamente de acoso puede llegar a convertirse a su vez en arma efectiva de acoso” (Conde, 2009: 9)

Para agravar esa situación, las primeras gestiones que se lleven a cabo en expedientes de acoso deben de ser absolutamente discrecionales y no pasan, en línea de principio, por convocar al presunto acosador a fin de ponerle al corriente del asunto. Esa actuación podría arruinar completamente el procedimiento, pues, como ya hemos visto, para probar el acoso es crucial reunir el suficiente número de evidencias, y si la situación se desvela plenamente desde el principio podría frustrarse completamente la acumulación de ese acervo probatorio. Conviene pues conceder al presunto acosado un margen de tiempo prudencial para aportar a las pruebas o indicios que acrediten la situación, antes de realizar otras gestiones.

Otro importante dilema que se plantea a es la eventual omisión de un deber de denunciar los hechos que recae sobre quien conozca la comisión de faltas o delitos. En este sentido, el art.93.3 EBEP dispone que “Incurrirán en res-

ponsabilidad los funcionarios públicos o personal laboral que encubrieren las faltas consumadas graves o muy graves, cuando de dichos actos se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos”. Evidentemente, no es lo mismo encubrir (conducta tipificada) que omitir una comunicación de los hechos a la instancia oportuna para que incoe procedimiento sancionador (denuncia), por lo que en este sentido no parece que existan problemas. Por otra parte, con arreglo al art.101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la acción penal es pública, pudiendo ejercerla cualquier ciudadano; pero esto no significa que la Defensoría Universitaria deba necesariamente denunciar en vía penal el acoso del que ha tenido conocimiento en el ejercicio de su labor, si bien podría llegar a activar esa vía si, en conciencia, llega a entenderlo necesario. Para formarse ese juicio debe ponderar no sólo la situación (riesgos que padece el sujeto pasivo), sino además, y especialmente, el deseo personal del presunto acosado, aspecto que analizamos seguidamente.

5.2. ¿Qué espera el acosado de la Defensoría? Primeras determinaciones para la protección de sus derechos

Probablemente, el primer objetivo del acosado es encontrar a alguien que le escuche, alguien en quien descargar el inmenso peso que recae sobre sí mismo, alguien en quien confiar y con quien desahogarse, contar lo que le sucede y contrastar su opinión para conocer si verdaderamente está viéndose sometido a acoso. Al mismo tiempo (Isidro et al., 2008):

“Ha de tenerse en cuenta que a la víctima de acoso psicológico denunciar formalmente la situación no le resulta, en absoluto, fácil. En general, presenta grandes dificultades para expresarse, verbalizar el problema y confiárselo a personas “extrañas”, y, junto a los sentimientos de vergüenza y culpabilidad, puede pensar que no va a tener credibilidad por la falta de pruebas que aportar o de testigos que avalen su testimonio. A esto hemos de añadir que, habitualmente, la víctima no se cree capaz de poder enfrentarse al procedimiento que desencadenaría la denuncia, unido esto al miedo a sufrir represalias y a que la situación empeore aún más. De esta manera, puede seguir aguantando el acoso, sin denunciarlo, mientras intenta pensar que, quizá, el tiempo lo paliará o que, a fin de cuentas, las cosas siempre podrían estar aún peor. Por lo que, involuntariamente, está contribuyendo a alimentar el problema”.

Es bastante probable que el presunto acosado acuda a la Defensoría Universitaria precisamente por estos problemas subyacentes, lo que explica que no desee emprender otro tipo de actuaciones. Por ello, lo que debemos hacer ante todo es informarle de sus derechos y de las diferentes alternativas que ofrece el sistema jurídico, para que conozca las vías entre las que puede optar.

Es perfectamente esperable que, si ha acudido a la Defensoría, no quiera verse sometido al escrutinio público que supone la tramitación de expedientes formalizados, y desee resolver la situación por otros cauces. De cualquier modo, en este punto, y sea cual sea el camino por el que opte el afectado, es crucial orientarle acerca de las cautelas y determinaciones personales que debe tomar para afrontar la situación y prevenir que se siga socavando su dignidad.

Hemos de recordar, por otra parte, las dificultades probatorias inherentes al acoso laboral. La primera consecuencia que deriva de ello es la necesidad de prevenir sobre esta situación a quienes acuden a la Defensoría Universitaria alegando padecer acoso. Cualquier pretensión de declaración del acoso debe venir respaldada por pruebas suficientes; el acosado debe saberlo, y disponer de tales pruebas antes de emprender cualquier acción.

La segunda consecuencia es que, en tanto que no se aporten tales pruebas a la propia Defensoría Universitaria, debemos ser extremadamente cautelosos. No debemos prejuzgar en ningún concreto sentido, pero desde luego, en defecto de diagnóstico clínico, documentos, testimonios, u otros elementos de juicio que evidencien el acoso, hemos de tener muy presente la protección de los derechos constitucionales del presunto acosador, evitando toda afectación a su derecho al honor. El problema asociado que deriva de esta circunstancia es cómo obtener tal prueba.

5.3. Tramitación de expedientes por acoso en la Defensoría Universitaria

En mi opinión, se presentan dos escenarios posibles:

- Si existe un protocolo de prevención de riesgos psico-sociales en la Universidad, y sus resultados han sido apreciados positivamente por la comunidad universitaria, se debe invitar al presunto acosado a acudir a ese procedimiento, y hacer un seguimiento de su desenlace, a efectos de confirmar que ha visto atendido su caso y recibido una respuesta.
- Si no existe el protocolo, o se ha implantado uno infructuoso, necesitamos un diagnóstico de acoso emitido por un experto para poder continuar adelante. Hemos de invitar al presunto acosado a que acuda a un profesional. En este punto se abren infinidad de variables.
- Puede ocurrir que la Universidad disponga de un servicio de asistencia psicológica que pueda atender el caso y emitir un diagnóstico.
- Puede ocurrir que el interesado no desee acudir al especialista. En tal caso, entiendo que no debemos continuar el procedimiento por falta de evidencias. Otra alternativa sería someter al interesado a alguno/s de los cuestionarios que se han elaborado para evaluar la existencia de acoso laboral; el más extendido mundialmente es obra de Leymann (45 ítems), aunque, como ya es sabido, en España se ha usado a menudo el Barómetro CIS-NEROS (47 ítems). Sin embargo, sólo sería recomendable esta estrategia en el caso de que el Defensor Universitario disponga de conocimientos en

la materia, o pueda asesorarse por un experto que le ayude a plantear el cuestionario y a evaluar las respuestas.

- Puede ocurrir que el interesado acuda al servicio de asistencia sanitaria que le corresponda, y que se le prescriba una baja. Normalmente consignará cuadros de ansiedad y otros trastornos psicológicos, sin declarar patologías, sino reflejando tan sólo sintomatologías. Este escenario puede ser útil porque, en el caso de que exista efectivamente acoso, logramos extraer al acosado del entorno y evitar que siga viendo vejada su dignidad. Pero resulta insuficiente en orden a probar suficientemente el acoso, si tenemos a la vista la jurisprudencia en la materia. El afectado debe obtener consulta con un especialista que afine más el diagnóstico. Cada vez es más frecuente encontrarse con este tipo de pronunciamientos, pero no siempre acontecen. Una vez más, sería preciso contar con expertos que auxilien en el análisis del caso, lo cual no es fácil cuando la Universidad carece de servicio de asistencia psicológica.
- Puede ocurrir que el interesado acuda al servicio de asistencia sanitaria que le corresponda, pero que no le prescriba la baja. Es el escenario menos deseable y más complicado de todos, porque, en el caso de existir acoso, el acosado seguirá acudiendo cada día a su trabajo y sometiéndose a vejaciones. No obstante, en las actuales circunstancias de prestaciones sanitarias parece difícil que esto pueda llegar realmente a suceder. Si ocurriera, lo lógico sería proceder al archivo del expediente e invitar al presunto acosado a ejercer las acciones legales que estime oportunas, salvo que tengamos elementos de juicio que nos inviten a pensar que efectivamente pueda existir acoso, en cuyo caso, una vez más, será preciso que articulemos fórmulas para obtener un dictamen pericial.

El conjunto de lo expuesto en relación con la tramitación de expedientes por acoso puede resumirse con la siguiente figura:



5.4. Resultados de los expedientes

En el caso de que exista y se tramite el protocolo, la intervención de la Defensoría deberá ceñirse a verificar su correcta tramitación, preservando todas las garantías formales y materiales del procedimiento. En línea de principio parece que, si todas ellas se han respetado, la Defensoría Universitaria debería dar por buenas las conclusiones del expediente.

En el caso de que no exista el protocolo la posición de la Defensoría Universitaria resulta mucho más complicada. Una vez instruido el expediente conforme a las pautas expuestas en el apartado anterior, la Defensoría deberá emitir una resolución formal que declare i) la existencia de indicios evidentes de acoso laboral, ii) la ausencia de tales indicios o iii) la imposibilidad de emitir un juicio sobre la cuestión (en el caso de que no se haya podido disponer de dictámenes periciales). En el primer caso (evidencias de acoso laboral), la Defensoría Universitaria debería:

- Proponer, en el marco de sus atribuciones legales y estatutarias, la adopción de medidas que afronten la situación de acoso y permitan subvenir el problema: incoación de expediente disciplinario al empleado público acosador, facilitación de la movilidad del acosado, etc.
- Invitar al sujeto pasivo del acoso a que emprenda por sus propios medios las acciones legales a su alcance, anteriormente expuestas: indemnización por daños, restitución en el puesto, etc. Según las circunstancias del caso, esta invitación podría reservarse para un segundo momento, concediendo a la Administración universitaria un plazo razonable de tiempo para proceder a la ejecución de las recomendaciones formuladas por la Defensoría.

Las soluciones que pasan por articular fórmulas de movilidad en el empleo tienen grandes dificultades operativas en el escenario universitario, dado que se trata de comunidades humanas relativamente pequeñas. El problema se acusa en el caso del PDI, fuertemente especializado en sus perfiles, haciendo inviable en la práctica la movilidad en el puesto de trabajo. Tan sólo serían articulables fórmulas de alejamiento geográfico o espacial consistentes en la reasignación de espacios al acosador: despacho, laboratorios, aulas, etc., distanciados de los que utilice el acosado. Más difícilmente puede orquestarse un alejamiento funcional: inasistencia a Consejos de Departamento y otras comisiones, segmentación de encargos docentes, etc. Las defensorías universitarias pueden trabajar con soluciones de movilidad en la medida que lo acuerden las partes con ocasión de procedimientos extrajudiciales de resolución del conflicto. En su defecto, la Defensoría Universitaria puede sugerir a los órganos ejecutivos la iniciación de expedientes disciplinarios dirigidos a remover en el

empleo a la persona acosadora, e incluso instar la medida cautelar equivalente durante la instrucción del procedimiento.

De otro lado, cuando se trate de empleados laborales, la gestión de estos expedientes por parte de la Defensoría Universitaria, en la medida que haya trascendido a los órganos responsables de la gestión del personal (aplicación del protocolo de acoso, formulación de sugerencias, etc.), debe entenderse suficiente a efectos de poner en conocimiento del empleador la situación de acoso, en lo que se refiere a la eventual imposición de sanciones por aplicación de la LISOS.

Por último, tampoco puede olvidarse la perspectiva del sujeto acusado de acoso cuando la denuncia se revela finalmente falsa. Dado que ello puede afectar igualmente a sus derechos constitucionales y legales, el tratamiento del asunto por la Defensoría debe tomar esta circunstancia en consideración, advirtiendo de ello al denunciante al inicio mismo de la tramitación, y comunicando sus derechos al denunciado una vez que tome contacto con el mismo. La resolución que en su caso declare la inexistencia de acoso debería pronunciarse sobre este particular si durante la tramitación del expediente el acusado manifiesta su deseo de que así sea.

6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Como síntesis de todo lo anteriormente apuntado, podemos consignar las siguientes conclusiones, que la Conferencia Estatal de Defensores Universitarios puede hacer suyas llegado el caso, a fin de dar traslado de su contenido a las correspondientes autoridades académicas:

1. El acoso laboral inflige una lesión a la dignidad de la persona y, por tanto, supone la violación de un derecho fundamental. Según los datos disponibles, en las universidades se manifiesta el acoso laboral con un nivel de recurrencia superior al resto de los sectores laborales, e incluso superior al resto del empleo público.
2. La grave situación de vejación a que se somete la persona acosada merece la máxima atención por parte de las autoridades académicas; pero también es preciso sensibilizarse ante eventuales acusaciones falsas de acoso, susceptibles de afectar igualmente a derechos constitucionales.
3. El mejor camino para erradicar esta conducta es la prevención, y la existencia de un Protocolo mediante el que gestionar los expedientes de acoso. Se trata de un instrumento de implantación voluntaria con excepción del acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, materia en la que su existencia es preceptiva (art.48 de la Ley Orgánica 3/2007).
4. Para su plena operatividad, el Protocolo debe aprobarse mediante el correspondiente instrumento jurídico: en el caso de las Universidades, acuer-

do del Consejo de Gobierno, por lo que respecta a su aplicación a los funcionarios públicos en el marco de su relación estatutaria; e incorporación al convenio colectivo, por cuanto se refiere a los empleados laborales.

5. La intervención de la Defensoría Universitaria en los expedientes relativos al acoso laboral se centrará en los siguientes aspectos:
 - a. Suministrar a las partes toda la información necesaria para evitar la lesión de sus derechos.
 - b. Ofrecer cauces extraprocesales de resolución del conflicto y promover acciones de mediación cuando las partes convengan en ello.
 - c. Velar por la erradicación de las conductas de acoso, especialmente en los asuntos sometidos a su consideración, adoptando las determinaciones oportunas para evitar la impunidad.
6. La principal dificultad que presentan los expedientes de acoso es la prueba de los hechos. La jurisprudencia es renuente a admitir la prueba indiciaria, pero las instituciones académicas, y en particular la Defensoría Universitaria, no están necesariamente condicionadas por valoraciones reduccionistas del aparato probatorio. La documentación de hechos constitutivos de hostigamiento (con la periodicidad e intensidad características de la conducta de acoso), asociados a un diagnóstico clínico de alteración psicológica significativa en el sujeto pasivo (depresión, ansiedad, trastorno adaptativo...), deberían conducir a la conclusión de que existe acoso, y a la adopción de las medidas correspondientes.
7. Las soluciones dispuestas por el derecho positivo son todavía limitadas e insuficientes. Se basan esencialmente en la imposición de sanciones disciplinarias, pero no articulan medidas adecuadas de movilidad. Aunque el marco legal de referencia es muy limitado, las defensorías universitarias pueden trabajar con esa solución en la medida que lo acuerden las partes con ocasión de procedimientos extrajudiciales de resolución del conflicto. En su defecto, la Defensoría Universitaria puede sugerir a los órganos ejecutivos la iniciación de expedientes disciplinarios dirigidos a remover en el empleo a la persona acosadora, e incluso instar la medida cautelar equivalente durante la instrucción del procedimiento.

Adoptando estas determinaciones quizá no consigamos plenamente el propósito proclamado en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pero, en la medida de nuestras posibilidades, habremos contribuido a defender la dignidad de la persona y a mitigar el sufrimiento humano.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- ALTÉS TÁRREGA, A.J. (2008): *El acoso del trabajador en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BALLESTER PASTOR, M.A. (2006): *Guía sobre el acoso moral en el trabajo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla.
- CARO MUÑOZ, A.I. y BONACHERA LEDRO, M.I. (2010): “Un análisis práctico sobre el fenómeno del *mobbing* en la Universidad”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 20.
- CARO MUÑOZ, A.I. (2009): “Items de un modelo de protocolo frente al acoso en el ámbito universitario”, 25/09/2009, accesible en <http://www.todalaley.com> (última visita: 5 de octubre de 2010).
- CONDE COLMENERO, P. (2009): *El acoso laboral en el empleo público*, Comares, Granada.
- (2009b) “Propuestas para la mejora del tratamiento del acoso laboral en el EBEP: el reconocimiento de los derechos específicos a la movilidad geográfica y a la excedencia”, *Revista española de Derecho del trabajo*, nº 143, 2009.
- CORREA CARRASCO, M. (Coord.) (2006): *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- CORREA CARRASCO, M. y VALDÉS DE LA VEGA, B. (coords) (2007): *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo*, Comares, Granada.
- DEL VALLE PASCUAL, JM., GÓMEZ-PANTOJA CUMPLIDO, J., NIETO NEIRA, S., y LLANOS ORTIZ ESPADA, M. (2005): *El fin del mobbing*, en VVAA, VI Seminario sobre aspectos jurídicos de la gestión universitaria, Universidad de Málaga, 2005
- EINARSEN, S. y HAUGE, L. J. (2006): “Antecedentes y consecuencias del acoso psicológico en el trabajo: una revisión de la literatura”, *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, nº 22.
- ESCUADERO MORATALLA, J.F. y POYATOS MATAS, G.: *Mobbing: análisis multidisciplinar y estrategia legal*, Bosch, Barcelona.
- GAMERO CASADO, E. (2006): “Apunte sobre la mediación como técnica para la resolución de conflictos en el empleo público”, *Revista de Administración Pública*, nº 170.

- GAMERO CASADO, E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (coords.) (2006): *Mediación para la resolución de conflictos de personal en las Administraciones públicas*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla.
- GIMENO NAVARRO, M.A.; MEJÍAS GARCÍA, A.; y CARBONELL VAYÁ, E.J. (2009): *Protocolos sobre acoso laboral. Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F. (2009): *La dignidad del hombre y el acoso psíquico en el trabajo que se presta en una Administración pública*, Civitas-Thomson-Reuters, Madrid.
- ISIDRO DE PEDRO, A.I.; MIRÓ AMETLLER, J. y NAVARRO SOLÉ, J. (2008): “Conclusiones de la Mesa de trabajo sobre acoso psicológico en la Universidad”, presentadas con ocasión del IX Encuentro Estatal de Defensores Universitarios, Oviedo, 12-14/11/2008 (accesible en <http://www.cedu.org> , última visita 05/10/2010).
- JURADO SEGOVIA, A. (2008): *Acoso moral en el trabajo: análisis jurídico-laboral*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid.
- JUSTICIA, F., BENÍTEZ, J. L. Y FERNÁNDEZ, E. (2006): “Caracterización del acoso psicológico en el contexto universitario”, *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, nº 22.
- LAFUENTE BENACHES, M. (2008): “Las prohibiciones de discriminación y acoso en la función pública”, *Revista española de Derecho administrativo*, nº 138.
- LEYMANN, H. (1990): “Mobbing and psychological terror at workplaces”, *Violence and Victims*, nº 5 (2).
- LORENZO DE MEMBIELA, J.B. (2007): *Mobbing en la Administración. Reflexiones sobre la dominación burocrática*, Bosch Editor, Barcelona.
- MARCOS GONZÁLEZ, J.I. y MOLINA NAVARRETE, C. (coords.) (2007): *El mobbing en las Administraciones públicas: cómo prevenirlo y sancionarlo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- MARTÍNEZ ABASCAL, V.A. (2008): *El acoso moral en el trabajo: claves para su protección extrajudicial*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2007): *La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses*, Bomarzo, Albacete.

- (2008) *El Acuerdo Marco Comunitario para la gestión del acoso y violencia en el trabajo*, Bomarzo, Albacete.
- NAVARRO NIETO, F. (2007): *La tutela jurídica frente al acoso moral laboral*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- PEÑASCO, R. (2005): *Mobbing en la Universidad*, Ahara Publicaciones, Madrid.
- PIÑUEL Y ZABALA, I. (2004): Informe CISNEROS V. La incidencia del mobbing o acoso psicológico en el trabajo en la Administración (AEAT e IGAE), Madrid (accesible en <http://www.acosomoral.org/pdf/informeCisnerosV.pdf> ; última visita el 5 de octubre de 2010).
- (2003) Reseña sobre el Informe CISNEROS IV, publicada en Mobbing Opinion el 12 de febrero de 2003, y accesible en <http://mobbingopinion.bpweb.net> (última visita: 05/10/2010)
- ROGERS, K.A. y CHAPPELL, D. (2004): *Prevención y respuesta a la violencia en el trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-OIT, Madrid.
- SERRANO OLIVARES, R. (2005): *El acoso moral en el trabajo*, CES, Madrid.
- VELASCO PORTERO, M.T. (dir.) (2010): *Mobbing, acoso laboral y acoso por razón de sexo. Guía para la empresa y las personas trabajadoras*, Tecnos, Madrid.

EL DISTINTIVO DE IGUALDAD: UN NUEVO INDICADOR DE CALIDAD EN LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS

ROSA MELERO BOLAÑOS

Doctora en Ciencias Económicas y Empresariales

PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS

Doctora en Derecho

*ETEA. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales
Universidad de Córdoba*

EXTRACTO

Palabras Clave: Distintivo de Igualdad, indicadores, Recursos Humanos

El trabajo tiene como primer objetivo analizar distintas fórmulas utilizadas para reconocer y estimular la labor de las empresas comprometidas con la igualdad; en segundo lugar, tipificar como certificado el nuevo distintivo “Igualdad en la Empresa”, y en tercer, y último lugar, analizar el proceso para su obtención y los parámetros de valoración utilizados, comparándolos con los establecidos para los distintivos autonómicos. El distintivo se impone como una nueva certificación de naturaleza pública, general y de empresa que regula específicamente la gestión de la igualdad de oportunidades en la empresa. Con él las Administraciones Públicas distinguirán a las empresas con buenas prácticas empresariales en materia de igualdad de oportunidades. El distintivo facilitará la transparencia y la credibilidad de las prácticas desarrolladas al respecto, actuando como herramienta de comunicación que podrá ser reconocida por todos los *stakeholders*.

ABSTRACT

Key Words: Distinctive label on “Equal treatment in the company”, indicators, Human Resources

The present work, firstly, has the objective to analyse the different formulas used to recognize and foster that companies have a compromise with equal treatment. Secondly, grant a certification on a distinctive label on “Equal treatment in the company”. And third, analyse the process to obtain this certificate and the evaluation parameters to achieve it, and compare it to those established ones in different autonomous distinctions in Spain. The label is a new public certification, general and for those companies that regulate specifically the equal treatment internally. With this, the Public Administrations will distinguish between those companies that have good practices in the field of equal opportunities. The label will seek transparency and credibility of the practices developed to this respect, acting as a tool of communication that will be recognized by all stakeholders.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. INICIATIVAS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN ESPAÑA
3. EL DISTINTIVO “IGUALDAD EN LA EMPRESA”
 - 3.1. Antecedentes
 - 3.2. Tipo de certificación
 - 3.3. El proceso de certificación: la obtención del distintivo “Igualdad en la Empresa”
 - 3.3.1. El organismo normalizador
 - 3.3.2. El organismo certificador
 - 3.3.3. La entidad certificada
4. LOS DISTINTIVOS AUTONÓMICOS
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica de Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres de 22 de marzo de 2007 (en adelante LOI) asocia, por primera vez, la Igualdad de Oportunidades a la calidad, mediante la creación de un distintivo en materia de igualdad denominado de “Igualdad en la Empresa” consistente en un símbolo o signo de calidad empresarial que se concederá a las empresas (ya sean de capital privado o público) que acrediten haber llevado a cabo determinadas actuaciones respecto a las relaciones de trabajo y a la publicidad de los productos y servicios prestados.

El trabajo presente tiene como objetivos los siguientes: en primer lugar, analizar distintas fórmulas utilizadas para reconocer y estimular la labor de las empresas comprometidas con la igualdad; en segundo lugar, tipificar como certificado el nuevo distintivo de “Igualdad en la Empresa”, y en tercer, y último lugar, analizar el proceso para su obtención y los parámetros de valoración utilizados, comparándolos con los establecidos para los distintivos autonómicos.

2. INICIATIVAS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN ESPAÑA

Debido a la organización administrativa del Estado Español, las competencias en materia de Igualdad de Oportunidades están transferidas a las Comunidades Autónomas, por lo que todas las Comunidades tienen sus propios organismos de igualdad. Y también cuentan con sus propios Planes de Igualdad, que en la mayoría de los casos, tienen un contenido muy similar al Plan Nacional, aunque, lógicamente, con las adaptaciones necesarias para

responder a las condiciones y necesidades específicas de las mujeres en sus respectivas autonomías.

Simultáneamente, los Ayuntamientos y Diputaciones también se han sumado a esta dinámica, desarrollando sus propias políticas y planes para la igualdad de oportunidades.

En los últimos años, muchos de ellos, junto con organizaciones privadas han desarrollado numerosas iniciativas de promoción de la igualdad de oportunidades en la empresa utilizando formulas diversas con la pretensión de dar reconocimiento social y un estímulo de cara al futuro a las instituciones destinatarias. Los objetivos perseguidos con estas iniciativas han sido y continúan siendo los siguientes:

- Sensibilizar y aumentar la concienciación social en materia de igualdad.
- Conseguir fomentar que los empresarios se comprometan con la igualdad.
- Conseguir un efecto multiplicador al dar a conocer experiencias en materia de igualdad de oportunidades e impulsar el intercambio de buenas prácticas.

Los premios relacionados con la igualdad constituyen una de estas iniciativas para dar reconocimiento social a las acciones desarrolladas por las empresas y difundir sus mejores prácticas en este ámbito, animándolas a seguir trabajando en el camino de la excelencia empresarial. En España, esta modalidad de promoción de la igualdad se ha realizado tanto por Instituciones Públicas como por privadas, con la pretensión de poner en valor y extender prácticas empresariales más sociales.

Otras iniciativas han sido los distintivos contemplados en la LOI y en algunas de las leyes de igualdad aprobadas por algunas Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias y para su ámbito territorial. A ellas nos referimos a continuación.

3. EL DISTINTIVO “IGUALDAD EN LA EMPRESA”

La LOI obliga a las empresas a adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier discriminación laboral entre mujeres y hombres y, en su caso, a elaborar, concertar y aplicar un plan de igualdad.

Con el objetivo concreto de reconocer y estimular la labor de las empresas comprometidas con la igualdad, la Ley prevé en su artículo 50 la creación de un distintivo empresarial en materia de igualdad, para aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades en las condiciones de trabajo, en los modelos de organización y en otros ámbitos, como los servicios, productos y publicidad en la empresa.

En el Real Decreto¹ (en adelante RD) en el que se efectúa el desarrollo reglamentario del mencionado artículo 50 de la LOI, se establece su denominación; procedimiento y condiciones para su concesión; las facultades derivadas de su obtención; las condiciones de difusión institucional de las empresas que lo obtengan, así como los procedimientos de control sobre el mantenimiento de las condiciones y políticas que justifiquen su concesión, y los procedimientos de retirada del mismo en caso de incumplimiento.

Además del tratarse de un reconocimiento público para las organizaciones especialmente comprometidas con la igualdad de oportunidades, el distintivo cumple con la función de certificar ante el consumidor y ante todos los participantes de la cadena de producción qué empresas cumplen con los estándares de igualdad previamente definidos.

3.1. Antecedentes

Entre los antecedentes del distintivo “Igualdad en la Empresa” cabe destacar dos modalidades el denominado “Modelo de Equidad de Género” y el “Programa Óptima”. Se trata de representaciones conceptuales que establecen referencias de trabajo no prescriptivas para orientar a las organizaciones en su mejora en materia de igualdad (Gómez Torralbo, 2006). Veamos en qué consisten.

1. Modelo de Equidad de Género-MEG:2003. Elaborado en Méjico por el Instituto Nacional de las Mujeres, sintetiza un proceso de toma de conciencia sobre las condiciones de igualdad existentes entre hombres y mujeres así como la importancia de tener en cuenta las cuestiones de género en la administración de los recursos humanos. Está basado en los componentes de la SA8000 aunque incorporando las recomendaciones sobre equidad de género al interior de la empresa. El Modelo está diseñado de tal manera que su uso e implantación puedan ser constatados por parte de una entidad evaluadora independiente, la cual atestiguará el compromiso y funcionamiento del sistema de gestión en equidad de género. Una vez que se verifica el correcto uso del Modelo, se otorgará su visto bueno para que la organización utilice el Distintivo MEG: 2003 de equidad de género en sus productos, servicios, imagen institucional y/o áreas de intervención. Puede llevarse a cabo conjuntamente con otros sistemas, como las normas SA 8000, ISO 9000 o ISO 14000.

2. El Programa Óptima es una metodología que se ofrece a las empresas para la integración de la igualdad de género en la cultura de la organización y

¹ Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo “Igualdad en la Empresa” (BOE nº 265 de 3 de noviembre de 2009).

en su estrategia corporativa. Comenzó en 1996² impulsado por los Institutos de la Mujer de Andalucía, el País Vasco y la Administración General del Estado. Sus objetivos son: conseguir un proceso social favorable a la Igualdad de Oportunidades de las mujeres en el empleo, facilitar la incorporación, permanencia y promoción de las mujeres en las empresas e incorporar las acciones positivas como estrategia corporativa. Con el fin de reconocer la labor de las organizaciones y empresas comprometidas con la igualdad de oportunidades y fomentar la difusión de las experiencias prácticas de las empresas que aplican políticas de igualdad se creó la figura de «Entidad colaboradora en igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres»³, estableciéndose los requisitos necesarios para la obtención de dicho reconocimiento y el procedimiento para su concesión por parte del Instituto de la Mujer. Por razones prácticas y a fin de facilitar su visibilidad, esta figura se simbolizó en un anagrama que sustituyera simbólicamente a la frase mencionada⁴. Durante su vigencia se ha reconocido a 45 empresas. Este reconocimiento puede ser considerado como el principal antecedente del distintivo “Igualdad en la Empresa”.

3.2. Tipo de certificación

Con carácter general, certificar es emitir un documento que atestigüe que un producto, persona o empresa se ajusta a unas normas técnicas determinadas⁵.

Las certificaciones han surgido en todos los sectores y han evolucionado desde las referidas al concepto estricto de calidad⁶, hacia otros aspectos como el medio ambiente, los recursos humanos, la responsabilidad social corporativa o, en el caso que nos ocupa, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Miranda *et al* (2004) clasifican las certificaciones en base a distintos criterios:

- Por la naturaleza del organismo certificador/normalizador, se distingue certificaciones de naturaleza pública, cuando las administraciones

² Por Orden del Ministerio de Asuntos Sociales de 25 de enero de 1996, (BOE nº 33 de 7 de febrero de 1996).

³ Dicha figura ya había sido regulada por el Instituto Vasco de la Mujer (Decreto 424/1994, de 8 de noviembre). Luego lo sería por los demás institutos participantes en el programa Óptima.

⁴ La creación del anagrama y la regulación de su utilización se produjo por Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 16 de noviembre de 1999 (BOE nº 289 de 3 de diciembre de 1999).

⁵ Una norma es un documento técnico de aplicación voluntaria aprobado por un organismo de normalización, que contiene los requisitos a cumplir por una organización que quiera certificarse con arreglo a esa norma. Es su carácter voluntario lo que la distingue del concepto de homologación (Miranda *et al*, 2004).

⁶ Grado en el que un conjunto de características inherentes cumple con los requisitos (Norma UNE-EN ISO 9000:2000).

públicas intervienen en el proceso como normalizadores o como acreditadores, y certificaciones de naturaleza privada. El distintivo “Igualdad en la Empresa” sería, por tanto, un certificado de naturaleza pública al intervenir el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad como organismo normalizador y certificador.

- Por el carácter general o sectorial de la norma base de la certificación, se distingue entre certificaciones generales (todos los sectores de la economía) y sectoriales (un determinado sector). El distintivo “Igualdad en la Empresa” es una certificación general.
- Por la naturaleza de la entidad objeto de certificación distinguen tres categorías, que podrían combinarse entre sí: empresas, productos y personas. El distintivo “Igualdad en la empresa” es una certificación de empresas puesto que la entidad objeto de certificación es una empresa o una parte de la misma. Así, una empresa puede optar por certificar su modelo de gestión de acuerdo con criterios de calidad, con criterios medioambientales, de prevención de riesgos laborales, de responsabilidad social corporativa, de gestión de personas, de igualdad de género, etc.

En definitiva, el distintivo “Igualdad en la Empresa” se impone como una nueva certificación de naturaleza pública, general y de empresa que regula específicamente la gestión de la igualdad de oportunidades en la empresa.

3.3. El proceso de certificación: la obtención del distintivo “Igualdad en la Empresa”

A continuación y con la finalidad de obtener la certificación “Igualdad en la Empresa” determinaremos cuales son el organismo normalizador, el organismo certificador⁷ y la entidad certificada.

3.3.1. El organismo normalizador

Es el organismo que determina las normas técnicas base de la certificación, en este caso el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad y el Ministerio de Trabajo e Inmigración, con la aprobación previa de la Vicepresidencia del Gobierno y del Ministerio de la Presidencia y con los informes favorables del

⁷ Según la definición de la norma UNE-EN 45020, ésta sería la certificación en sentido estricto, al establecer que la certificación es el proceso mediante el que una tercera parte da garantía escrita de que un producto, proceso o servicio es conforme con unos requisitos específicos establecidos por un organismo normalizador.

Ministerio de Economía y Hacienda y del Ministerio de Política Territorial⁸.

Este organismo normalizador establece las normas que habrán de cumplirse tanto para la solicitud como para la concesión del distintivo, el ámbito para el que se concede y el período de vigencia.

a) Normas que habrá que cumplir por parte de las empresas para su solicitud

En el artículo 4 del RD se establecen como requisitos generales para la solicitud del distintivo “Igualdad en la Empresa” los siguientes:

- Estar inscrita en la Seguridad Social y, cuando proceda, encontrarse formalmente constituida e inscrita en el registro público que corresponda.
- Encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones en materia tributaria y de Seguridad Social.
- No haber sido sancionada, en los tres años anteriores a la solicitud, con carácter firme, por infracción grave o muy grave en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación o por infracción muy grave en materia social, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.
- Haber iniciado la implantación de un Plan de Igualdad, en aquellos supuestos en que la empresa esté obligada a su implantación por imperativo legal o convencional. En los demás supuestos, haber iniciado la implantación de un Plan de Igualdad o de Políticas de Igualdad.
- Contar con un compromiso explícito en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en las condiciones de trabajo, la organización y funcionamiento interno de la empresa, y la responsabilidad social. Este compromiso deberá acreditarse por escrito y haberse hecho público.

b) Normas que habrán de cumplir las empresas para la obtención del distintivo

En el artículo 10 del RD se mencionan los aspectos a los que se atenderán fundamentalmente para la evaluación de la solicitud, agrupados en tres tipos que se enumeran a continuación:

1. Aspectos generales relativos al Plan de Igualdad o las políticas de igualdad.

- La claridad y rigor en el diseño de las medidas que integren el Plan de Igualdad, o las políticas de igualdad en la definición de los objetivos

⁸ Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre (BOE nº 265, de 3 de noviembre) y Orden IGD/869/2010, de 30 de marzo (BOE nº 86, de 9 de abril) por la que se regula el procedimiento para la primera convocatoria correspondiente al año 2010.

- que persiguen y de los medios para su implantación y desarrollo.
- La adecuación del Plan o de las políticas de igualdad al objetivo de hacer frente a las discriminaciones por razón de género en el conjunto de la empresa de forma integral.
 - La proporcionalidad y razonabilidad de las medidas que integren el Plan de Igualdad o las políticas de igualdad, atendiendo al equilibrio entre los objetivos, los medios y los plazos establecidos.
 - La posible coordinación con las actuaciones similares desarrolladas por otras empresas, especialmente, en el mismo sector o sectores de actividad.
 - La implicación tanto de los representantes del personal como del conjunto de la plantilla en el compromiso empresarial en materia de igualdad.
 - La participación de los representantes del personal, si la hubiere, y de la plantilla en su conjunto, tanto en el diagnóstico, como en el diseño de las medidas que integren el Plan de Igualdad o las Políticas de Igualdad, y su control y evaluación.
 - La participación en el diagnóstico, diseño, implantación y evaluación del Plan de Igualdad o de las Políticas de Igualdad de personas con cualificación especializada en igualdad y no discriminación por razón de género en las relaciones laborales.
 - La constitución de comités o comisiones específicas para velar por el desarrollo del Plan de Igualdad o las políticas de igualdad.
 - El compromiso de la alta dirección de la empresa con la consecución de la igualdad real y efectiva.
 - El diseño, implantación y evaluación de medidas de acción positiva contra las discriminaciones.
 - La adopción de medidas innovadoras que contribuyan efectivamente a la eliminación y prevención de las situaciones de discriminación entre mujeres y hombres.
2. Aspectos relativos al acceso al empleo y a las condiciones de trabajo.
- La desagregación por sexo de los datos relativos al conjunto del personal que integra la empresa, por edad, tipo de vinculación con la empresa, niveles, grupos, categorías o puestos de trabajo y su evolución en los últimos años.
 - La desagregación por sexo de los datos relativos a la retribución del personal que integra la empresa, por edad, tipo de vinculación con la empresa, niveles, grupos, categorías o puestos de trabajo y su evolución en los últimos años.
 - La aplicación de criterios de acceso al empleo y de promoción profesional adecuados al principio de igualdad y no discriminación, que no den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta.

- La aplicación de sistemas y criterios de clasificación profesional y de retribución que permitan eliminar y prevenir las situaciones de discriminación directa o indirecta.
 - El establecimiento de medidas de organización del tiempo de trabajo (jornada y horarios, turnos, vacaciones, entre otras) que faciliten la conciliación de la vida laboral, personal y familiar o el establecimiento de otras medidas con la misma finalidad, entre ellas, las relativas a las mejoras y beneficios sociales, al teletrabajo o a la movilidad geográfica.
 - La puesta en marcha de una oferta formativa que permita corregir las carencias de cualificación de las mujeres así como facilitar su acceso a puestos de trabajo en que se encuentran subrepresentadas, especialmente aquellos de mayor responsabilidad, diversificación, creatividad y remuneración.
 - La implantación de medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo: códigos de conducta, protocolos de actuación para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que se puedan formular en materia de acoso y sensibilización y formación de los trabajadores y trabajadoras y sus representantes.
 - El establecimiento de políticas de prevención de riesgos laborales avanzadas e innovadoras, en especial en lo relativo a la maternidad, paternidad y lactancia.
 - La presencia de mujeres en los diferentes ámbitos de toma de decisiones en la empresa.
 - La presencia de mujeres, entre otros, en puestos de trabajo de alto contenido tecnológico, técnico y científico.
 - La implantación de medidas de revisión de los diferentes ámbitos de las relaciones laborales orientadas al logro de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, tales como el absentismo laboral y su posible penalización, los procedimientos de solución de conflictos, políticas de formación, políticas de prevención de riesgos profesionales, compromisos relativos a la calidad del empleo, mantenimiento y reestructuración de la plantilla, mejoras y beneficios sociales, entre otros.
 - La efectiva difusión y garantía de los derechos y facultades relativos al Plan de igualdad o a las Políticas de Igualdad y, en especial, a los mecanismos de tutela contra la discriminación.
3. Aspectos relativos al modelo organizativo y a la responsabilidad social de las empresas.
- La información, formación y sensibilización en igualdad y no discriminación, tanto para el conjunto de la empresa como para ciertos grupos o perfiles profesionales.

- La existencia de agentes, responsables o unidades de Igualdad, en los ámbitos de organización y dirección, o en otros ámbitos de las relaciones laborales.
- La incorporación de medidas de gestión de la diversidad.
- El diseño y las líneas de producción que contribuyan a la eliminación y prevención de las situaciones de discriminación.
- La política de imagen de la empresa, el uso del lenguaje y la publicidad no sexista que contribuyan a la eliminación y prevención de las situaciones de discriminación.
- La implementación de actuaciones de responsabilidad social en materia de igualdad consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad entre las mujeres y los hombres en el seno de la empresa o en su entorno social.
- La integración del compromiso con la igualdad efectiva en las relaciones con terceros (proveedores, clientes, usuarios, contratistas y subcontratistas, integrantes de un grupo de empresas, entre otros).
- Cualesquiera otros aspectos que contribuyan especialmente a la consecución de la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

c) **Ámbito para el que se concede**

En este caso, como se ha comentado en páginas anteriores, se trata de una certificación de carácter general.

d) **Período de vigencia**

La concesión del distintivo empresarial en materia de igualdad tendrá una vigencia inicial de 3 años contados a partir de la publicación de su concesión en el BOE, aunque antes de expirar este plazo, la empresa distinguida podrá solicitar la prórroga de la concesión del distintivo. Cada prórroga tendrá una duración de 3 años y estará sujeta al mismo procedimiento, requisitos y obligaciones establecidos para la concesión inicial.

3.3.2. *El organismo certificador*

Es la entidad que garantiza el cumplimiento de las normas por parte de la entidad solicitante de la certificación. En este caso es a la Dirección General para la Igualdad en el Empleo del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, al que se deberá realizar la solicitud. Las convocatorias anuales se establecen en una orden ministerial publicada en el Boletín Oficial del Estado⁹.

⁹ La primera convocatoria, correspondiente al año 2010, quedó publicada en la Orden IGD/869/2010, de 30 de marzo (BOE nº 86 de 9 de abril de 2010).

En el citado Ministerio se constituirá una Comisión evaluadora integrada por 5 miembros:

- Presidencia: la persona titular de la Dirección General para la Igualdad en el Empleo.
- Vocales: tres personas, con rango al menos de subdirector general, dos de ellas pertenecientes a la Dirección General para la Igualdad en el Empleo, y una en representación del Instituto de la Mujer, designada por su titular.
- Secretaría: una persona con nivel al menos de consejero técnico, de la Dirección General para la Igualdad en el Empleo.

Esta comisión es la encargada de verificar y evaluar la documentación presentada, atendiendo a las normas comentadas anteriormente y a la implantación y resultados de las medidas contenidas en los planes de Igualdad o en las Políticas de Igualdad, su carácter integral, la aplicación de medidas de acción positiva y el establecimiento de procedimientos y criterios de evaluación periódica del Plan de Igualdad o de las políticas de igualdad en la empresa. La evaluación atiende también a la dimensión de las empresas y, específicamente a las especiales características de las pequeñas y medianas.

La Comisión Evaluadora podrá solicitar de otras administraciones públicas los informes que estime oportunos sobre las empresas que soliciten el distintivo, para el mejor desarrollo de su función evaluadora. A la vista del expediente, y examinadas las alegaciones de las entidades interesadas, eleva a la Ministra de Sanidad, Política Social e Igualdad la correspondiente propuesta de resolución definitiva quien procederá a dictar resolución motivada sobre las solicitudes de concesión del distintivo empresarial «Igualdad en la Empresa».

La resolución se publica en el Boletín Oficial del Estado y contiene, únicamente, la relación de las empresas a las que se concede el distintivo. En la convocatoria del 2010, el distintivo se concedía a 36 empresas entre aproximadamente 600 solicitudes¹⁰.

Contra la resolución, que pone fin a la vía administrativa, las empresas solicitantes pueden interponer recurso potestativo de reposición ante el organismo certificador, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de su publicación en el BOE. Alternativa o sucesivamente, en el plazo de dos meses a contar desde el día de su publicación en el BOE, podrá recurrirse en vía contencioso-administrativa ante la Audiencia Nacional.

Tras la estimación de recursos presentados por las empresas solicitantes el distintivo se concedía a 3 empresas más¹¹.

¹⁰ La resolución del procedimiento para la concesión del distintivo “Igualdad en la Empresa” correspondiente al año 2010 se produjo el 3 de diciembre de 2010 por Orden SPI/3138/2010, de 26 de noviembre (BOE nº 292 de 3 de diciembre de 2010).

¹¹ ORDEN SPI/661/2011, de 16 de marzo por la que, en estimación de recurso se concede el distintivo “igualdad en la Empresa” (BOE nº 74 de 28 de marzo de 2011)

Como en otras certificaciones, la obtención se plasma en un documento fiable que así lo demuestre. En este caso, se entrega un certificado y una placa acreditativos en un acto público convocado al efecto, y se hace pública la concesión del distintivo a través de los medios y mediante los procedimientos que se consideren más adecuados para su difusión y comunicación social. El logotipo y el nombre del distintivo es propiedad exclusiva del Ministerio citado y ha quedado registrado conforme a lo establecido en la Ley 17/2001 de 7 de diciembre, de marcas¹².

La concesión del distintivo será compatible con el otorgamiento de otras distinciones o premios concedidos por diferentes administraciones públicas españolas o extranjeras o entes públicos adscritos o dependientes de dichas administraciones, así como por entidades privadas españolas o extranjeras en relación con la consecución de la igualdad real y efectiva. Así, el distintivo “Igualdad en la Empresa” no pretende sustituir las actuales certificaciones o premios sino dotarlas de unidad y proveer a la sociedad y a las empresas de un valor añadido que formalice las actuaciones en materia de igualdad de género y dote de la confianza necesaria al consumidor, a los inversores y al resto de grupos con los que la empresa se interrelaciona.

No obstante, el RD establece que las empresas que hayan sido reconocidas como «Entidad colaboradora en igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres» podrán seguir utilizando en su publicidad y comunicaciones el citado reconocimiento únicamente hasta que se resuelva la primera de las convocatorias que realice el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad sobre el distintivo “Igualdad en la Empresa”. Por tanto, a partir del 3 de diciembre de 2010 ninguna empresa puede seguir utilizándolo, si bien les será valorado junto con los demás criterios de valoración previstos el artículo 10 y comentados anteriormente.

Corresponde a la Dirección General para la Igualdad en el Empleo realizar el seguimiento y control de la aplicación y los efectos de las actuaciones que hayan justificado la concesión del distintivo. Para realizarlo evaluará los informes que deben remitir anualmente las empresas distinguidas pudiendo requerir a éstas la información adicional que resulte necesaria para una adecuada valoración de su efectiva implantación y sus resultados.

La Ministra de Sanidad, Política Social e Igualdad, de oficio o a instancia de parte, previa audiencia de la empresa distinguida, podrá suspender o revocar la concesión del distintivo mediante resolución motivada, que será publicada en el BOE.

¹² La aprobación del logotipo y representación gráfica del mismo se realiza por Orden IGD/3195/2009 de 12 de noviembre. El registro se realizó como marca identificativa con gráfico el 26 de febrero de 2010 en los epígrafes 16, 17, 18, 25, 34, 35, 41, 42 y 45. La solicitud se presentó ante la Oficina Española de Patentes y Marcas el 23/10/2009 y se publicó el 24/11/2009 en el BOPI 3073 p.34287. El registro se concedió el 15/02/2010.

La suspensión se producirá si la empresa distinguida incumple la obligación de remitir el informe anual; incurre en incumplimiento leve de las obligaciones que se le imponen, y que se mencionan a continuación; si se producen empeoramientos no sustanciales en los parámetros de igualdad que justificaron la concesión del distintivo o cuando se inicie un procedimiento de revocación, como medida cautelar, hasta que recaiga la resolución que determine la revocación de dicha concesión.

La revocación se producirá si la empresa distinguida incumple con la obligación de remitir el informe anual en la forma o en los plazos ordinarios previstos; por incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones derivadas de la concesión del distintivo, específicamente cuando la empresa incurra en publicidad ilícita; si se producen empeoramientos sustanciales en los parámetros de igualdad que justificaron la concesión; si se produce la pérdida de alguno de los requisitos necesarios para solicitar la concesión; en caso de que en la empresa se produjeran o apreciaran circunstancias incompatibles con los criterios de valoración señalados, o contrarias a la consecución de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres.

Aquella empresa a la que se haya revocado el distintivo quedará excluida durante tres años de la posibilidad de solicitarlo. En el caso de una segunda revocación, la empresa quedará excluida durante 10 años en los procedimientos de concesión del distintivo empresarial en materia de igualdad.

El organismo certificador mantiene un registro de las concesiones, renovaciones, renunciaciones voluntarias, suspensiones y revocaciones de este distintivo empresarial. Este registro es público y permitirá mejorar el conocimiento en materia de igualdad de oportunidades e impulsar el intercambio de experiencias y buenas prácticas.

3.3.3. La entidad certificada

Entidad certificada es la empresa objeto de la certificación. Podrá serlo cualquier empresa, de capital público o privado, que ejerza su actividad en territorio español que cumpla los requisitos establecidos.

Las empresas que obtengan el distintivo empresarial en materia de igualdad deberán promover activamente la igualdad efectiva de mujeres y hombres que justifiquen la concesión de su distintivo.

El uso del mismo está sujeto al cumplimiento de las siguientes obligaciones: El distintivo deberá reproducir con exactitud el logotipo, los colores y tipos de letra indicados, deberá ir asociado al nombre de la empresa distinguida y al año de la concesión. La empresa a la que se le haya concedido el distintivo no podrá hacer uso del mismo desde el momento en que el período de validez del distintivo expire, desde que se le comunique la suspensión temporal o la retirada definitiva del distintivo, o desde que la propia empresa solicite una

suspensión voluntaria temporal o la renuncia al mismo.

La empresa distinguida deberá remitir a la Dirección General para la Igualdad en el Empleo, en el plazo de 30 días naturales posteriores a la fecha de terminación de cada anualidad, un informe anual donde se reflejen las actuaciones implantadas y los efectos de las mismas cuya valoración justificó la concesión. El correspondiente a la tercera anualidad deberá contemplar tanto las actuaciones y resultados previstos y producidos durante la misma.

Con carácter facultativo, el informe anual podrá suscribirse por los trabajadores y trabajadoras o acompañarse de un informe de los representantes del personal en la empresa sobre el Plan de Igualdad o las Políticas de Igualdad en los que se apoya la solicitud.

4. LOS DISTINTIVOS AUTONÓMICOS

En el ámbito regional, algunas Comunidades Autónomas han aprobado Leyes de Igualdad en el ámbito de sus competencias y para su ámbito territorial.

Bustelo y Peterson (2005) señalan que estas leyes son muy heterogéneas, en contenido, extensión, áreas de desarrollo, concreción de sus objetivos, número de acciones, relación con el plan de igualdad de la comunidad autónoma, etc. Los casos más extremos son los textos de Navarra y el País Vasco. La Ley navarra es un texto muy breve, que contiene dos artículos con contenidos muy generales (sobre la sensibilización y la participación social y política) mientras que tras la Ley vasca se desarrolla un texto complejo y muy detallado que incluye cinco títulos generales, ochenta y tres artículos y dieciséis disposiciones finales.

No en todas ellas se contempla la creación de un distintivo entre las medidas para la promoción de la igualdad en las empresas, tal como se observa en la Tabla 1.

Tabla 1. Regulaciones autonómicas de la igualdad de oportunidades

Título	Órgano	Año	Distintivo	Denominación
Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre de fomento de la Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres	Comunidad Foral de Navarra	2002	No	
Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres modificada por Ley 7/2007, de 22 de octubre.	Comunidad Autónoma de Castilla y León	2003	No	
Ley 9/2003, de 2 de abril, para la Igualdad de Mujeres y Hombres	Comunidad Autónoma Valenciana	2003	No	

Título	Órgano	Año	Distintivo	Denominación
Ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres modificada por la Ley 2/2007, de 28 de marzo del trabajo en igualdad de las mujeres	Comunidad Autónoma de Galicia	2004	Sí	Distintivo de excelencia en políticas de igualdad
Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres	Comunidad Autónoma del País Vasco	2005	Sí	Entidad colaboradora en igualdad de mujeres y hombres
Ley 12/2006, de 20 de septiembre, para la Mujer	Comunidad Autónoma de Baleares	2006	No	
Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres	Comunidad Autónoma de Galicia	2007	Sí	Marca gallega de excelencia en igualdad
Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres y de Protección contra la Violencia de Género modificada por Ley 3/2008, de 3 de julio	Comunidad Autónoma de la Región de Murcia	2007	Sí	Distintivo de igualdad
Ley 12/2007, de 26 de noviembre para la promoción de la igualdad de género en Andalucía	Comunidad Autónoma de Andalucía	2007	Sí	Marca de excelencia en igualdad
Ley 1/2010, de 26 de febrero canaria de igualdad de hombres y mujeres	Comunidad Autónoma de Canarias	2010	Sí	Marca de excelencia Canaria de igualdad

Fuente: Elaboración propia

La primera ley autonómica que contempla la creación de un distintivo de excelencia en políticas de igualdad es la Ley gallega. En el artículo 23 se hace referencia al “Distintivo de excelencia en políticas de igualdad” que podrá ser utilizado en el tráfico comercial y otorga preferencia en las adjudicaciones de contratos. Esta ley se completa con la Ley del trabajo en igualdad de las mujeres en la que el distintivo pasa a denominarse “Marca gallega de excelencia en igualdad” y es objeto de un más amplio tratamiento. Los parámetros de dicho distintivo, así como su valoración, los derechos y facultades derivados de su obtención y, en su caso, la retirada y suspensión del derecho de utilización del mismo figuran en el Decreto 33/2009, de 21 de enero, por el que se regula la promoción de la igualdad en las empresas y la integración del principio de igualdad en las políticas de empleo.

En la Ley Vasca la figura “Entidad colaboradora en igualdad de mujeres y hombres” sólo se menciona en el art. 41 en el que se indica que se conocerá a

aquellas entidades que desarrollen una política de igualdad en su organización, en las condiciones que se determinen reglamentariamente. El resto de la redacción es muy genérica mencionándose que exigirán, al menos, la elaboración de un diagnóstico y un plan de actuación, así como un compromiso de ejecución de dicho plan que habrá de incluir, entre otras, medidas dirigidas a garantizar la igualdad de trato de mujeres y hombres en las condiciones laborales, y por lo que respecta a la calidad del empleo. Un mayor detalle de las actuaciones que se valoran para su concesión lo encontramos en el Decreto 424/1994 de 8 de noviembre por el que se crea la mencionada figura. A ellas nos referiremos, más adelante, al realizar la comparación entre los parámetros exigidos por los diferentes distintivos autonómicos.

La Ley de la región de Murcia sólo hace referencia en el art. 23 sobre conciliación de la vida laboral, personal y familiar. En el apartado 3 menciona que la Consejería competente podrá conceder el “Distintivo de Igualdad” a aquellas empresas, públicas o privadas, que se hayan distinguido por el desarrollo e implantación de políticas de igualdad de mujeres y hombres entre su personal. Los criterios para su concesión se determinarán reglamentariamente.

La Ley Andaluza recoge las actuaciones que se valorarán para su concesión en el art. 35, estableciéndose que los criterios para la obtención y control de la ejecución de la marca de excelencia andaluza serán establecidos reglamentariamente.

Lo mismo ocurre con la Ley Canaria (art. 39).

En todos los casos con el distintivo se reconoce a las empresas que destaquen en la aplicación de las políticas de igualdad.

A continuación pasamos a mostrar los resultados de la comparación de los estándares considerados por cada una de ellas para su concesión (Tabla 2). Como base de comparación se han considerado los exigidos para el distintivo “Igualdad en la Empresa”, añadiendo los que aparecían en las leyes autonómicas si no se encontraba equivalencia con alguno de los parámetros de la ley nacional.

En todas las leyes que recogen la creación de un distintivo se menciona que los criterios para la obtención, el control de la ejecución y la renovación serán establecidos reglamentariamente. En la fecha de la terminación de este artículo el desarrollo reglamentario sólo se ha producido para la “Marca gallega de excelencia en igualdad”¹³. En los casos en los que no se dispone de reglamento se utilizará, para la comparación de los parámetros que se consideran para la obtención de los diferentes distintivos, los que se recogen en el articulado de la propia ley autonómica.

¹³ Decreto 33/2009 de 21 de enero (DOG 19 de febrero).

Tabla 2. Comparación de estándares tomados en consideración para la concesión del distintivo

	Nacional Óptima	Nacional Igualdad en la Empresa	Galicia Marca gallega de exce- lencia en igualdad	País Vasco Entidad colaboradora en igualdad de mujeres y hombres	Murcia Distintivo de igualdad	Andalucía Marca de excelencia en igualdad	Canarias Marca de excelencia canaria de igualdad
	1 año	3 años	SI 1 año	No 1 año	No No figura	No No figura	No No figura
Desarrollo reglamentario a mayo 2010							
Vigencia							
Implantación de un plan de igualdad en la empresa o políticas de igualdad		X	X	X	X	X	X
Claridad y rigor en la definición de objetivos y medios		X	X	X			
Actuación integral		X	X				
Equilibrio entre objetivos, medios y plazos		X	X				
Coordinación con otras empresas		X	X				
Implicación de representantes del personal y de toda la plantilla		X	X				
Participación del personal en el diagnóstico, diseño, evaluación y control		X	X				
Participación de personal con cualificación especializada		X	X				
Comités o comisiones específicas para velar por su desarrollo		X	X				
Compromiso de la alta dirección		X	X	X		X	X
Medidas de acción positiva		X	X				
Medidas innovadoras		X	X				
Presencia equilibrada de mujeres y hombres en todos los grupos y categorías profesionales	X		X			X	X
Desagregación datos del personal		X					
Desagregación de datos relativos a retribución		X					
Criterios acceso al empleo y promoción profesional		X		X		X	X
Criterios de clasificación profesional y retribución para prevenir discriminación		X		X		X	X
Medidas para la conciliación vida laboral, personal y familiar	X	X	X	X	X	X	X
Oferta formativa para cualificación de las mujeres		X	X	X			
Prevención de acoso sexual y por razón de sexo	X	X	X			X	X
Políticas de prevención de riesgos laborales innovadoras		X	X			X	X
Mujeres en ámbitos de toma de decisiones	X	X	X			X	X
Mujeres en puestos de alto contenido técnico, tecnológico o científico	X	X	X			X	X
Medidas de revisión para lograr igualdad real y efectiva		X		X			
Difusión y garantía de los derechos del Plan o Políticas de igualdad		X					
Información, formación y sensibilización en igualdad y no discriminación		X		X			
Existencia de agentes, responsables o unidades de igualdad		X					
Medidas de gestión de la diversidad		X					
Eliminación y prevención de las situaciones de discriminación		X				X	X
Uso del lenguaje y publicidad no sexista	X	X	X	X		X	X
Actuaciones de RSE en materia de igualdad		X	X			X	X
Integración del compromiso con la igualdad en las relaciones con terceros		X	X				
Otros aspectos		X					

Fuente: Elaboración propia

Puesto que, como hemos comentado en páginas anteriores, se puede considerar la figura “Entidad Colaboradora en Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres” del programa Óptima como el antecedente al distintivo “Igualdad en la Empresa”, se ha incluido también en la comparación. El período de vigencia no se menciona en la Orden de 25 de enero de 1996 que lo regula, sin embargo, dado que la primera regulación de la figura se realizó por el Instituto Vasco de la Mujer, se ha considerado la vigencia contemplada en éste¹⁴.

Centrándonos en los distintivos para los que no se ha producido el desarrollo reglamentario, la más parca en la explicitación de criterios es la correspondiente al distintivo de Murcia, en cuya Ley sólo se hace una mención genérica a la implantación de políticas de igualdad y a las medidas para la conciliación de la vida personal, laboral y familiar.

Los criterios de valoración son similares para las marcas andaluza y canaria.

La regulación del distintivo vasco es de 1994, tal como hemos comentado con anterioridad. No contempla alguno de los parámetros señalados por las marcas canaria y andaluza, tal como la prevención del acoso sexual y por razón de sexo o la presencia equilibrada de las mujeres en todas las categorías profesionales de la empresa y en aquellas en las que estuvieran subrepresentadas, pero contempla otros como la exigencia de objetivos concretos, de modo que toda la plantilla conozca lo que se pretende y la temporalización del plan de igualdad; la oferta de formación específica a las mujeres en la empresa a fin de potenciar su promoción; la revisión regular de los procesos de contratación, selección y formación para asegurarse de que las medidas adoptadas se reflejan en la práctica; y la realización de campañas de información y/o sensibilización que favorezcan la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

Con respecto a los dos distintivos de los que sí se ha realizado el desarrollo reglamentario, los criterios considerados para la obtención del nacional son mucho más explícitos. Así en lo que se refiere a los aspectos generales relativos al plan de igualdad o las políticas de igualdad, en la gallega sólo se refiere a la claridad en la definición de objetivos y a la adopción de medidas de acción positivas. Sobre los aspectos relativos al acceso al empleo y las condiciones de trabajo son bastante similares, puesto que la desagregación de datos, exigida únicamente por el distintivo nacional, también será necesaria para conocer si existe o no presencia equilibrada de mujeres y hombres en todas las categorías profesionales, aunque no se indique expresamente en la regulación del distintivo gallego. Ésta no contempla, sin embargo, la oferta formativa que permita corregir las deficiencias de cualificación de las mujeres, ni las medidas de revisión de las medidas adoptadas o la difusión de las formas en las que se

¹⁴ Decreto 424/1994 de 8 de noviembre (BOPV, nº 222 de 22 de noviembre).

garantizan los derechos. Por último, con respecto a los aspectos relativos al modelo organizativo y a la responsabilidad social de la empresa, la ley gallega sólo hace referencia al uso del lenguaje y publicidad no sexista.

Más que en los parámetros, la diferencia fundamental entre ambas regulaciones se encuentra en la metodología utilizada para la valoración de los mismos.

La evaluación de los parámetros para obtener el distintivo “Igualdad en la Empresa”, se realiza de forma subjetiva por una comisión constituida al efecto, y atenderá especialmente a la implantación y resultados de las medidas contenidas en los Planes de Igualdad o en las Políticas de Igualdad, su carácter integral, la aplicación de medidas de acción positiva y el establecimiento de procedimientos y criterios de evaluación periódica del Plan de Igualdad o de las políticas de igualdad de la empresa. También a la dimensión de las empresas y, específicamente, a las especiales características de las pequeñas y medianas.

Para obtener la “Marca Gallega de Excelencia en Igualdad”, se establece una puntuación mínima que hay que conseguir en cada parámetro y una valoración de conjunto que no puede ser inferior a los 50 puntos. Esto facilita que las empresas que quisieran solicitarla puedan realizar un autoevaluación previa de la situación en que se encuentran.

5. CONCLUSIONES

Dedicaremos este último apartado a resaltar las principales conclusiones del análisis realizado en el presente estudio.

El distintivo “Igualdad en la Empresa”, creado por la LOI, se impone como una nueva certificación de naturaleza pública, general y de empresa que regula específicamente la gestión de la igualdad de oportunidades en la empresa.

Con él las Administraciones Públicas distinguirán a las empresas con buenas prácticas empresariales en materia de igualdad de oportunidades y las recompensarán con ventajas y preferencias en los contratos con las administraciones.

El distintivo facilitará la transparencia y la credibilidad de las prácticas desarrolladas al respecto, actuando como herramienta de comunicación permitiendo ser reconocida por clientes, empleados, inversionistas, autoridades y la sociedad en general como ciudadana corporativa socialmente responsable, que voluntaria y públicamente asume el compromiso de aplicar políticas de igualdad de trato y de oportunidades entre sus trabajadores como parte de su cultura y estrategia de negocio, superando el cumplimiento en la práctica de los estándares propuestos.

La finalidad de los reconocimientos específicos en materia de igualdad, existentes ya en el momento de aprobarse la LOI ha sido poner en valor las medidas desarrolladas por las empresas en favor de la igualdad, sin embargo, la hetero-

geneidad de los mismos puede generar una cierta confusión sobre lo que es la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y lo que la sociedad espera de las empresas¹⁵. En relación con las certificaciones, la igualdad de género no es una perspectiva que esté integrada de forma expresa en la mayor parte de las normas.

El distintivo “Igualdad en la Empresa” contribuirá a poner fin a la confusión, al homogeneizar la información exigida a las empresas, y al permitir a la sociedad verificar su actuación, comparar unas empresas con otras y comprobar la evolución en el tiempo.

Esta certificación de la igualdad trata de dar respuesta a dos tendencias que se vienen observando en el mercado internacional. Por un lado, la importancia que las certificaciones van teniendo en la mente del consumidor a la hora de valorar un producto o servicio, en la medida en que le facilitan su elección; por otro, el interés creciente que tienen los consumidores y la sociedad en general acerca del comportamiento ético de las empresas así como la obligación de que sean transparentes en su gestión (Fernández Daza, 2005).

Así, ostentar el distintivo evidenciará el compromiso de la dirección de la empresa con la igualdad de oportunidades, y avalará frente a los consumidores, a los vendedores, a toda la cadena de producción, a los empleados, a los propietarios y al resto de la sociedad, la existencia de una cultura empresarial con sensibilidad de género en la gestión de la empresa (Melero 2009).

Para la empresa, contar con el distintivo también le permite obtener ventajas externas vinculadas con los elementos de diferenciación de la competencia, abrir puertas, facilitar la negociación con las Administraciones Públicas, con los trabajadores y con aquellos canales de comercialización con sus mismas preocupaciones y posibilitar una mejor posición en cuanto a la relación precio-valor.

El distintivo tiene la ventaja añadida de que emana de los poderes públicos y que se basa sobre normas que son resultado del consenso sobre las prácticas laborales que han de aplicarse. Este aspecto, junto con el hecho de que se controla de una manera independiente aumenta su fiabilidad.

De su comparación con los parámetros considerados para su obtención en relación con los distintivos autonómicos, y a la espera de que se produzca el desarrollo reglamentario de algunos de ellos, es el que contempla un detalle más exhaustivo, aunque sin cuantificar los puntos que se necesitarían para su obtención como hace el distintivo canario.

Hasta el momento lo han obtenido 36 empresas.

Se necesitará algún tiempo para investigar si el certificado se impone como un atributo de confianza para el consumidor por el que está dispuesto a pagar más o si sólo es un requisito para entrar y mantenerse en algunos mercados.

¹⁵ Comunicación de la comisión relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible Bruselas, 2.7.2002

BIBLIOGRAFÍA

- ACCENTURE (2009): “El surgimiento del mundo multipolar”. *Top management*, 27 de febrero. <http://www.topmanagement.com.mx/modules.php?management=el+surgimiento+del+mundo+multipolar&name=Noticias&file=show&clave=54044>
- ANDREU PINILLOS, A. (2005): “La responsabilidad social corporativa: un concepto por definir”, CIRIEC-España, revista de economía pública, social y cooperativa, nº 53, pp. 125- 135.
- BALLESTER PASTOR, I. (2007): “El distintivo de calidad empresarial como manifestación de la responsabilidad corporativa y su repercusión en las prácticas empresariales defensoras de la igualdad de oportunidades. Estudio de Derecho internacional y comunitario”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho Social Internacional y Comunitario*, nº 67, pp. 175-188.
- BUSTELO M. y PETERSON E. (2005): “The Evolution of Policy Discourses and Policy Instruments within the Spanish State Feminism. A Unified or Fragmented Landscape?” En: *Workshop State Feminism and Women’s Movements: Assessing change of the last decade in Europe*. ECPR Workshops. Granada.
- CALVET-PUIG, M.D. et al. (2009): “Planes de igualdad por ley: Ventajas de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres para las empresas”. *Intangible Capital*, vol. 5, núm. 2, p. 169-182.
- CAMISÓN, C. (1997): *La competitividad de la pyme industrial española: estrategia y competencias distintivas*. Madrid: Civitas.
- CHINCHILLA, N. y GAY, F (2006). “Conciliación y retención del talento”. *Economistas*, nº 109, pp. 94-100.
- COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA de julio de 2002 sobre “CSR: A business contribution to sustainable development”.
- FERNÁNDEZ DAZA, E. (2005): Reflexiones en torno a la Responsabilidad Social de las Empresas, sus políticas de promoción y la economía social. *CIRIEC-España, revista de economía pública, social y cooperativa*, nº 53, pp.261-283.
- GARCÍA-PERROTE, I., MERCADER, J.R. y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. (2007): *La Ley de igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*. Ed. Lex Nova.
- GÓMEZ TORRALBO, R. (2006): *La igualdad de género como factor de calidad*. Manual de Gestión. Instituto Andaluz de la Mujer. Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía.

- MELERO BOLAÑOS, R. (2009): “El fomento de la aplicación de políticas de igualdad: el distintivo empresarial en materia de igualdad”. En *Nociones básicas de igualdad para la Empresa y Administraciones Públicas*, Dir. P. Núñez-Cortés. Madrid, Tecnos.
- MIRANDA GONZÁLEZ, F.J., CHAMORRO MERA, A. y RUBIO LACOBABA, S. (2004): Clarificando el concepto de certificación: El caso español. *Boletín Económico de ICE*, nº 2825, pp. 1-16.
- NOVALES ALQUÉZAR, M.A. (2003): “Las nuevas leyes autonómicas de igualdad de mujeres y hombres”. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 13, pp. 63-74.
- SALAS, V. (1993): “Factores de competitividad empresarial. Consideraciones generales”. *Papeles de Economía Española*. 56, pp. 379-396.
- SALDAÑA, F y LLÀTSER, M. G. (2007): *Guía para la gestión de la igualdad en las organizaciones*. Forética, 50 p.
- SENENT VIDAL, M.J. (2007): “Equidad de género en la responsabilidad social empresarial”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 67, pp. 203-212.
- SERVER, R. (coord.) (2005). Monográfico “Responsabilidad Social de las Empresas y Economía Social”. CIRIEC-España, *revista de economía pública, social y cooperativa*, nº 53.
- TORO, D. (2006): El enfoque estratégico de la responsabilidad social corporativa: revisión de la literatura académica, *Intangible Capital*, vol. 2, nº 4, pp. 338-358.

Mercado de Trabajo

EL IMPARABLE AVANCE DEL DESEMPLEO. INFORME DE COYUNTURA SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA (PRIMER TRIMESTRE DE 2011*)

SANTOS M. RUESGA BENITO
Catedrático de Economía Aplicada
Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO
Catedrático E.U. de Economía Aplicada
Universidad de Sevilla

LAURA PÉREZ ORTIZ
Profesora asociada de Economía Aplicada
Universidad Autónoma de Madrid

EXTRACTO

Palabras Clave: Desempleo, Informe Económico

Las principales variables laborales en España siguen un proceso de deterioro como consecuencia de la profunda crisis económica. En este primer trimestre de 2011, se ha alcanzado una cifra record en el número de desempleados más de 4,9 millones. La tasa de paro se sitúa en el 21,29%. La recuperación de la actividad económica no es suficientemente fuerte para que la demanda de trabajo crezca con fuerza. La situación es semejante en el mercado de trabajo en Andalucía. El número de desempleados también alcanza una cifra record de 1,87 millones. En esta Comunidad Autónoma la tasa de paro se sitúa en el 29,68%. Con el contexto de estas cifras, el artículo analiza de forma sistemática la evolución del mercado de trabajo en España y Andalucía pasando revista a la evolución de la oferta, la demanda y el desempleo, fundamentalmente referido al primer trimestre de 2011.

ABSTRACT

Key Words: Unemployment, Economic Report

The deterioration of the main labour variables in Spain continues during the last years, as a result of the impact of a deep economic crisis. In the first quarter of 2011, a new record has been registered in the number of unemployed: 4.9 millions, that means an unemployment rate of 21.29%. The recovery of economic activity in Spain is too weak to expand the demand of labour. The situation is similar in Andalusia, where the number of unemployed has also reached a record of 1.87 millions. In this region, unemployment rate is 29.68%. Under this context, the paper presents a systematic overview of the most important labour variables in Spain and Andalusia (supply, demand and unemployment dynamics).

* El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles a 30 de abril de 2011.

ÍNDICE

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL
2. LA OFERTA DE TRABAJO
3. LA DEMANDA DE TRABAJO
4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO
5. EL MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

La crisis económica iniciada en 2008 ha provocado que la Comisión Europea refuerce la gobernanza económica en la Unión Europea, con una vigilancia más amplia de las políticas fiscales, así como de las políticas macroeconómicas y de las reformas estructurales, en aras de alcanzar los objetivos de crecimiento y empleo de la Estrategia Europa 2020.

Esta nueva gobernanza económica se inicia este año 2011 con el Semestre Europeo, que ha partido de la Encuesta Anual sobre el Crecimiento, informe de la Comisión Europea donde se evalúan los principales retos económicos de la Unión Europea y se plantean las medidas prioritarias para afrontarlos.

El informe sirve de base para el debate y las orientaciones estratégicas que los órganos europeos (ECOFIN, Parlamento y Consejo Europeos) marcan para el presente año.

En este contexto, en el Consejo de Primavera (24 y 25 de marzo), se firmó el Pacto por el Euro Plus, con el objetivo de aumentar la competitividad y lograr un mayor grado de convergencia. Los países firmantes se comprometieron a introducir actuaciones concretas para alcanzar este objetivo en sus Programas Nacionales de Reforma, que se presentan conjuntamente con los Planes de Estabilidad, a finales del mes de abril.

Este Pacto busca impulsar la competitividad y el empleo, así como contribuir a la sostenibilidad de las finanzas públicas y reforzar la estabilidad financiera. El principal impulso a la competitividad se traduce en ligar la evolución de los salarios a la productividad, reduciendo la centralización de la negociación colectiva y los mecanismos de fijación a la inflación. Es un Pacto que refleja las pautas neoclásicas tradicionales de crecimiento económico basado en el recorte de costes y en el ajuste presupuestario por encima de otras consideraciones.

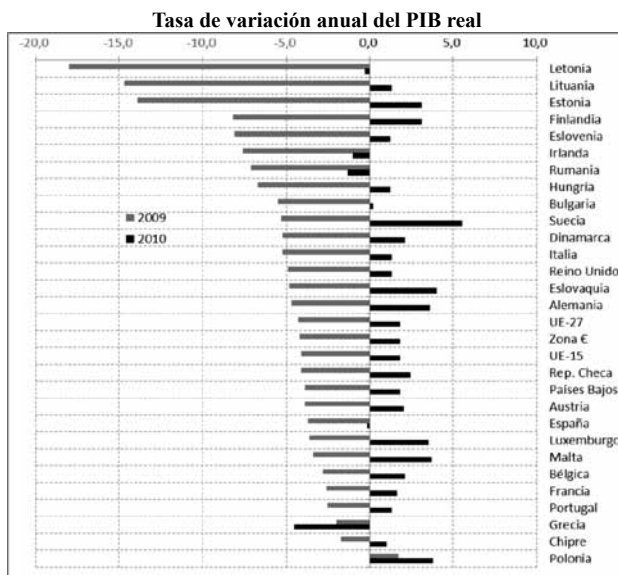
Surge en un contexto complicado, pues el año 2010 fue el año de la crisis de la deuda y del ataque especulativo sobre el euro. Hace ahora un año, en mayo de 2010, se produjo el momento más crítico, cuando la Comisión Europea y el Fondo Monetario Internacional acudieron al rescate de Grecia. Tras el país heleno, se produjo el rescate de Irlanda y el de Portugal. Por el camino, la Comisión Europea y los mercados internacionales de valores han presionado

para que se lleven a cabo reformas estructurales y los ajustes que consideran necesarios para atajar los problemas de excesivos déficit públicos. Cambia pues, a partir de ese momento, el rumbo de la política económica con el objetivo de la recuperación y la salida de la recesión: se pasa de una política de estímulos fiscales, una política fiscal expansiva, junto a una política monetaria del mismo signo, a otra de carácter contractivo, con el fin de atajar el excesivo déficit público, tal y como reza el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC).

Un año después, la situación de los ataques especulativos se repite, la crisis de la deuda se recrudece y los márgenes de actuación se reducen: las reformas estructurales tienen efectos a medio y largo plazo. Los mercados de valores no son capaces de aguantar hasta el medio plazo siquiera: buscan rentabilidades inmediatas, la volatilidad de estos mercados es una de sus características, de forma que aplacar a los mercados de capitales no es más que una solución coyuntural. Las reformas estructurales, de calado, deberían no obstante haber dado ya resultados.

Y la cuestión es que no parece que la situación haya variado radicalmente, al menos en la economía española y al menos de forma positiva. La atonía de la actividad económica refleja el negativo efecto de los recortes del gasto público y del plan de austeridad aprobado en mayo de 2010, aunque ya se había iniciado en enero de ese mismo año.

De los países europeos que en el año 2009 sufrieron los efectos de la crisis (todos menos Polonia registraron caídas en la variación anual del PIB real), únicamente Letonia, Irlanda, Rumania y Grecia, siguen en cifras negativas en el año 2010.



Fuente: Elaboración propia a partir de Eurostat.

Y sin estímulos fiscales, la recuperación no llega. La inmensa deuda de la economía española y las dificultades de acceso al crédito impiden que la inversión remonte. El fuerte ajuste del mercado de trabajo parecía que ya había tocado fondo y sin embargo en el primer trimestre del año se recrudece de nuevo en los niveles de desempleo. Sólo el menor crecimiento de la población activa permite un respiro a los malos datos de comienzo del año.

Por tanto, la nueva gobernanza económica, iniciada este año en el seno de la Unión Europea, no hace más que confirmar las tendencias políticas de hace un año: la obsesión neoclásica de reducción del déficit público como condición indispensable del crecimiento económico. Y la forma de hacerlo es cumpliendo las pautas de política económica ya fallidas en la crisis de la deuda de los países latinoamericanos en la década de los años noventa, impuesta también por los mismos protagonistas, el FMI especialmente: recortes en la protección social, reducción del gasto público indiscriminado, ruptura de las relaciones laborales (descentralización máxima de la negociación colectiva, hasta la individualización de las relaciones laborales) y desmantelamiento del Estado de Bienestar, en definitiva.

Cumplimiento de las condiciones del Pacto de Estabilidad y Crecimiento (límite del déficit presupuestario del 3% del PIB y de la deuda pública en el 60% del PIB) en el año 2010

	Países con procedimiento de déficit abierto				Países que cumplen PEC			
	Déficit	Deuda		Déficit	Deuda		Déficit	Deuda
Irlanda	-32,4	96,2	Países Bajos	-5,4	62,7	Luxemburgo	-1,7	18,4
Grecia	-10,5	142,8	Chipre	-5,3	60,8	Suecia	0,0	39,8
Reino Unido	-10,4	80,0	Rep. Checa	-4,7	38,5	Estonia	0,1	6,6
España	-9,2	60,1	Italia	-4,6	119,0			
Portugal	-9,1	93,0	Austria	-4,6	72,3			
Polonia	-7,9	55,0	Hungría	-4,2	80,2			
Eslovaquia	-7,9	41,0	Bélgica	-4,1	96,8			
Letonia	-7,7	44,7	Malta	-3,6	68,0			
Lituania	-7,1	38,2	Alemania	-3,3	83,2			
Francia	-7,0	81,7	Bulgaria	-3,2	16,2			
Rumania	-6,4	30,8	Dinamarca	-2,7	43,6			
Eslovenia	-5,6	38,0	Finlandia	-2,5	48,4			

Aunque Dinamarca y Finlandia ya cumplen con los criterios del PEC, han tenido abierto el procedimiento de déficit excesivo. Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados en la Comisión Europea (Asuntos Económicos).

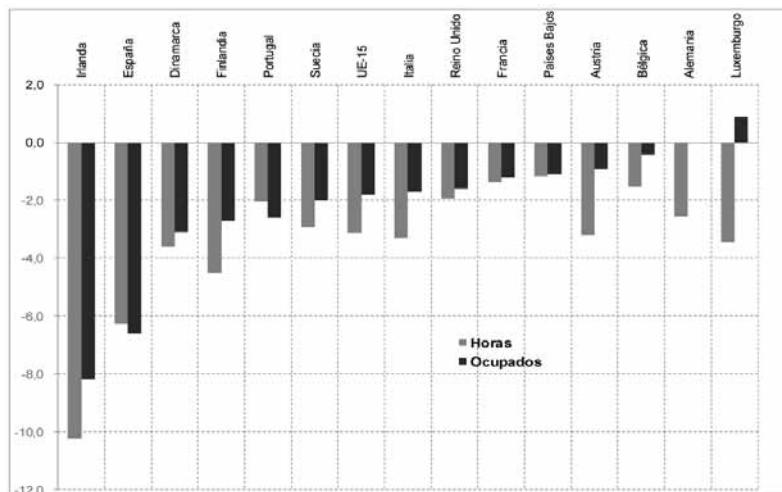
A todo esto hay que añadir que además de los ajustes para alcanzar los niveles de déficit público definidos en el PEC y las necesidades de aplacar a los mercados de capitales, en España se ha llevado a cabo una reforma del mercado de trabajo que, entre otros objetivos, marcaba la necesidad de mejorar los mecanismos de flexibilidad interna, frente al excesivo recurso de la flexibilidad externa ya existente en nuestro país.

Este impulso de los mecanismos de flexibilidad interna (favoreciendo su pron-

to uso por parte de los empresarios con necesidades de ajustarse a las condiciones cambiantes del entorno económico) ha permitido que en otros países la crisis del empleo no haya sido tan profunda como la que aún sufrimos en el nuestro.

La mayor parte de la pérdida de horas de trabajo se debe a la destrucción de empleo. Pero llama la atención que, dentro de la Unión Europea de los 15, sólo España y Portugal hayan destruido, en 2009, más puestos de trabajo que horas han perdido. El mayor uso de políticas de reducción de jornada¹ en países como Alemania, Italia, Países Bajos o Bélgica, ha permitido menores caídas desempleo en estos países, siendo el ajuste mayor en términos de horas, por tanto. Estos países destacan no sólo por mecanismos más flexibles para hacer frente a la crisis de demanda en el mercado laboral, sino porque sus estructuras productivas favorecen precisamente el uso de estos mecanismos².

Tasa de variación del número de ocupados y de las horas trabajadas entre 2008 y 2009



Fuente: Elaboración propia a partir de Eurostat

El peligro es que, al iniciarse la recuperación económica, los países que han utilizado estos mecanismos de reducción del tiempo de trabajo, recuperan horas en primer lugar, antes que niveles de empleo. Por tanto es posible que en países donde, a pesar de estos ajustes, haya habido destrucción de empleo, se tarde más en recuperar niveles de creación de empleo acordes con el crecimiento económico.

¹ El uso que de estos mecanismos han hecho los diferentes países europeos durante la actual crisis se puede seguir en el informe publicado por EUROFOUND (2010): Extending flexisecurity-the potential short-time working schemes: ERM report 2010 (www.eurofound.europa.eu/publications/htmlfiles/ef1071.htm).

² Véase, a estos efectos, Ruesga, S.; Martín Navarro, J. L. y Pérez Ortiz, L. (2010) “¿Sirve en España el modelo alemán? Análisis de coyuntura del mercado de trabajo en el cuarto trimestre de 2009, en *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 104.

2. LA OFERTA DE TRABAJO

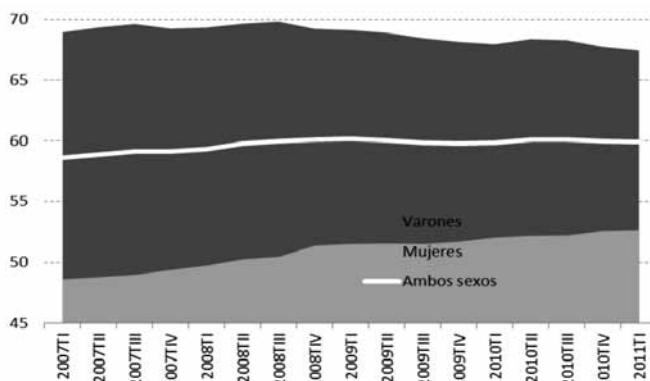
Sigue descendiendo la población activa, a un ritmo muy lento, pero descendiendo. Las diferencias, no obstante, son acusadas según género, porque el descenso es enteramente masculino: hay 60.900 hombres activos menos que en el cuarto trimestre de 2010, cuando, por el contrario, el número de mujeres activas asciende en 18.000. En términos interanuales se repiten los signos, aunque con magnitudes más amplias: hay casi 100.000 hombres menos participando en el mercado de trabajo, y hay 154.600 mujeres más.

Desde que se iniciara la actual fase recesiva, la población activa femenina no ha cesado de aumentar (salvo en el tercer trimestre de 2009). Desde el cuarto trimestre de 2008, la población activa masculina, en cambio, sólo ha vivido un trimestre de crecimiento respecto al anterior (el segundo de 2010), descendiendo en mayor medida que el aumento femenino a partir del segundo trimestre de 2009. Por tanto, en términos globales, la población activa lleva descendiendo desde entonces, salvo en los dos primeros trimestres del año 2010.

Con esta evolución, la tasa de actividad se ha mantenido constante variando, como mucho, en un abanico de medio punto porcentual. La tasa de actividad femenina ha presentado una evolución creciente, con menor ritmo de crecimiento, eso sí. En este primer trimestre de 2011 se sitúa en un máximo histórico del 52,7 por ciento, sin perspectivas de que vaya a disminuir en los próximos trimestres. La incorporación de la mujer al mercado laboral es uno de los rasgos más destacados del mercado de trabajo español en los últimos años y ni siquiera la crisis ha conseguido romper esta tendencia.

La tasa de actividad masculina había alcanzado el máximo reciente justo en el tercer trimestre de 2008, trimestre en el que se desencadenó la crisis en el mercado de trabajo con mayor virulencia, con un nivel del 69,8 por ciento. Desde este trimestre ha ido descendiendo hasta perder casi dos puntos porcentuales y medio.

Tasa de actividad (%) según género

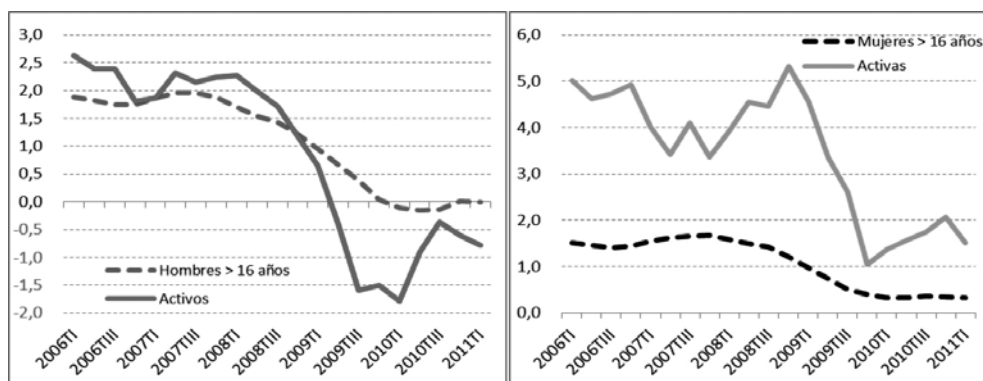


Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa (INE).

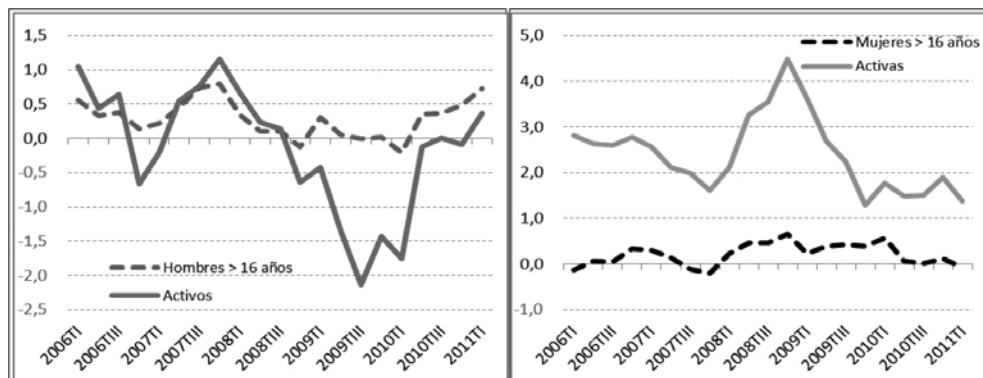
La diferencia entre la evolución de la oferta potencial de trabajo, es decir, la población mayor de 16 años (la que está en edad de trabajar), y la oferta efectiva, es decir la población activa, viene determinada por la evolución de la población que se retira del mercado de trabajo, ya sea por efecto desánimo (ante las dificultades, deja de buscar activamente empleo) o por una retirada temprana (jubilaciones y prejubilaciones), o bien por una vuelta de los que habían abandonado los estudios a esta situación.

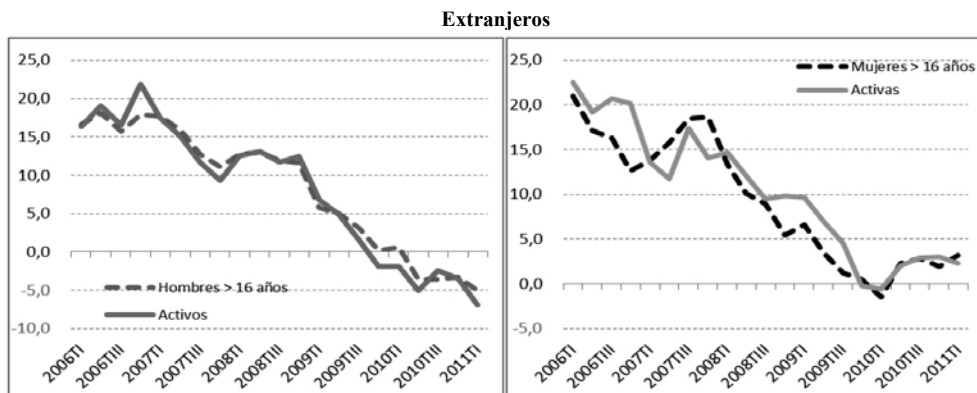
En esta etapa reciente conviene, además distinguir entre la evolución según nacionalidades. Como es lógico, la evolución de la oferta potencial y de la efectiva prácticamente son coincidentes en el caso de los extranjeros, pues una de las razones de los procesos migratorios es precisamente la búsqueda de trabajo, de forma que todos los que se desplazan desde otro país lo hacen participando activamente en el mercado laboral. Esta situación se comprueba en el gráfico adjunto, especialmente en el caso de los hombres extranjeros.

Tasa de variación anual de la oferta potencial (mayores de 16 años) y la oferta efectiva (activos) de trabajo, según sexo y nacionalidad
Total



Nacionales





Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa (INE).

Atendiendo a las grandes diferencias entre la población potencialmente activa y la población efectivamente activa de nacionalidad española, la clasificación según género se muestra determinante. La población activa femenina, desde el segundo trimestre de 2009, ha reducido considerablemente su ritmo de crecimiento, aunque manteniéndose en términos positivos, mientras la población activa masculina se ha reducido a un ritmo acelerado desde el tercer trimestre de 2007, recuperándose en el primer trimestre de 2011.

La principal causa de inactividad alegada por los hombres es la situación de jubilado o prejubilado (un 59,7 por ciento de los inactivos), seguida de los estudios (un 20,1 por ciento de los hombres inactivos lo son por esta causa). Aunque durante estos dos últimos años la causa que más ha aumentado ha sido la de dedicación a los estudios, por delante de cualquier otra (aunque en términos absolutos, los inactivos que se dedican a los estudios suponen la tercera parte de los inactivos por estar jubilados o prejubilados, 1.230.800 y 3.663.800, respectivamente, de los 6.132.600 hombres inactivos en el primer trimestre de 2011).

Entre las mujeres, la principal causa sigue siendo la dedicación a las labores del hogar (un 41,1 por ciento de las mujeres inactivas), seguida de la situación de jubilación o prejubilación (19,9 por ciento) y, en tercer lugar, la de percepción distinta de la jubilación (que suele ser la viudedad, 16,7 por ciento). La única causa por la que se ha incrementado el número de mujeres inactivas ha sido por jubilación o prejubilación, disminuyendo en todos los demás casos. La principal causa de inactividad que ha disminuido en mayor medida es la de dedicación a las labores del hogar, lo que confirma la idea de que en esta crisis ha pesado más el efecto de la trabajadora adicional que cualquier efecto desánimo, superior en todo caso entre los hombres nacionales y jóvenes, que han vuelto a los estudios previamente abandonados.

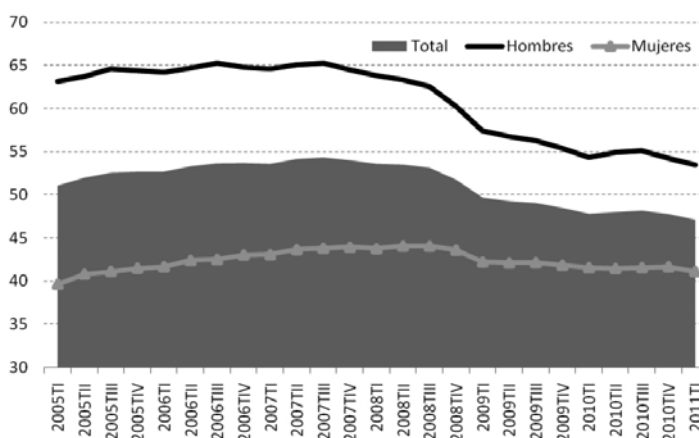
3. LA DEMANDA DE TRABAJO

A mediados del año 2010 vivimos el espejismo de la vuelta a la creación de empleo. Dos trimestres después, la realidad es que se sigue destruyendo, además a un ritmo intenso. El año 2011 comienza con una pérdida de un cuarto de millón de empleos (256.500, concretamente) respecto al final del año 2010. En términos interanuales, la pérdida es de un 1,3 por ciento, al igual que en el trimestre anterior. Desde que se comenzaron a perder empleos en términos interanuales (tercer trimestre de 2008), la destrucción de empleos acumulada supera ya los dos millones: 2.194.600 puestos de trabajo menos en diez trimestres.

Así, la tasa de ocupación se sitúa en el 47,1 por ciento, la más baja desde el año 2001. De nuevo contrasta la diferente evolución según sexos, pues la tasa de ocupación masculina comenzó su descenso en el cuarto trimestre de 2007, casi un año antes de que estallara la crisis financiera internacional con toda su fuerza. Desde entonces, sólo en los dos primeros trimestres de 2010 pareció recuperarse, pero de nuevo ha caído, en siete décimas en este último trimestre respecto al anterior.

La tasa de ocupación femenina se mantuvo prácticamente constante durante casi todo el año 2008 y ya en el último trimestre comenzó a descender, aunque en menor medida que la masculina. Mientras la tasa de ocupación masculina ha descendido, desde el cuarto trimestre de 2007, en más de once puntos porcentuales, la tasa de empleo femenina se ha reducido en apenas tres (2,8).

Tasa de ocupación según sexo

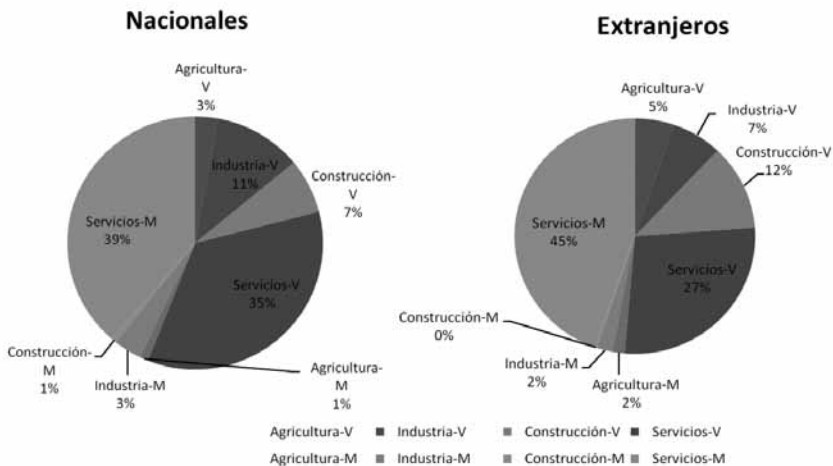


Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa (INE).

La distribución según nacionalidades muestra todavía un fuerte sesgo hacia sectores más intensivos en factor trabajo, en el caso de los inmigrantes, sobre todo, varones: de los trabajadores extranjeros, un 12 por ciento son varones en el sector de la construcción. La mayoría de los inmigrantes (el 45 por ciento) son mujeres que se ocupan en el sector servicios, proporción mucho más elevada que en el caso de los varones.

De los ocupados nacionales, la distribución por sexos en el sector servicios es muy homogénea: de los nacionales, el 39 por ciento son mujeres ocupadas en el sector servicios, mientras el 35 por ciento son hombres ocupados en el mismo sector. Las diferencias más acusadas se sitúan en el resto de sectores, especialmente en la industria, donde se concentra el 11 por ciento de los hombres, mientras que sólo el 3 por ciento de los trabajadores nacionales son mujeres ocupadas en este sector industrial.

Ocupados según nacionalidad, sexo y sector de actividad



Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa (INE).

Atendiendo a los ocupados de forma atípica, ya sea a través de tiempo parcial o con contratos de duración determinada, el volumen de empleos flexibles (en este sentido de atípicos), se sitúa en las mismas cotas del entorno de los países de la Unión Europea de los quince, sólo que en el caso de España se explica básicamente por la todavía alta tasa de temporalidad.

Porque los ocupados a tiempo parcial han aumentado respecto a trimestres anteriores, pero es aún pronto para evaluar las medidas incluidas en el plan de choque aprobado tras el Acuerdo Social y Económico (ASE) firmado en febrero de este año 2011 por los interlocutores sociales y el gobierno. El primer trimestre recoge, apenas parcialmente, el aumento de este tipo de ocupación.

En la comparación europea, en el año 2010, la media de la proporción de empleo a tiempo parcial se alzaba al 22,1 por ciento en el grupo de los Quince, aunque sólo al 19,2 por ciento si se amplía hasta los Veintisiete. Destaca sobremanera el caso de los Países Bajos, paradigma de la parcialidad, donde casi la mitad de los ocupados (el 48,9 por ciento) trabajan a tiempo parcial y sólo el 6,2 por ciento de ellos declaran que este tipo de jornada no es la que desean. Otros países con elevados niveles de ocupados a tiempo parcial (Reino Unido, con el 26,9 por ciento, Dinamarca, con el 26,6, Suecia, con el 26,4 o Alemania, con el 26,2 por ciento) no alcanzan ese mismo grado de complacencia con el tiempo de trabajo, pero se sitúan entre un 13,8 y un 26 por ciento de empleo involuntario.

Es decir, en los países donde hay más altas tasas de empleo a tiempo parcial, también es más elevada la elección voluntaria de este tipo de jornada.

En España, no sólo la proporción de empleo a tiempo parcial es inferior a la media de los países europeos³, con un 13,3 por ciento en 2010, sino que la involuntariedad es muy elevada: en el primer trimestre de 2011, el 50,9 por ciento de los ocupados a tiempo parcial contestaban a la pregunta de por qué tenían esta jornada que la razón principal era no haber encontrado un trabajo con jornada a tiempo completo. Este porcentaje, además, está creciendo a la vez que el de trabajadores con esta jornada inferior: en 2009, era del 43,6 por ciento, y en 2010, del 49,6 por ciento.

En el caso de los contratos temporales, para hallar respuesta a la misma pregunta (si son voluntarios o no), debemos acudir a los datos de la submuestra anual que presenta la EPA. Aunque los últimos publicados se refieren al año 2009, la tendencia se puede pensar que es similar: el 82 por ciento de los asalariados con contrato temporal lo tienen porque no han encontrado un empleo de duración indefinida.

Por tanto, el deterioro de la calidad del empleo en España se acrecienta, al mantener una excesivamente elevada proporción de trabajadores que aceptan empleos de jornada parcial por no encontrar uno con dedicación a tiempo completo (lo que se denomina subempleo por insuficiencia de horas) y de los que aceptan un contrato de duración determinada por no encontrar otro de carácter indefinido, que sería preferible.

Asalariados según tipo de contrato y tasa de temporalidad, por ramas de ocupación (1er trimestre de 2011)

³ Los países más recientemente incorporados a la Unión, junto con Grecia (6,4 por ciento de ocupados a tiempo parcial) o no alcanzan el 10 por ciento de ocupados a tiempo parcial o apenas lo cubren.

	Asalariados indefinidos			Asalariados temporales			Tasa de temporalidad		
	1T-2011	% var. trim	% var anual	1T-2011	% var. trim	% var anual	1T-2011	dif trim (p.p.)	Dif. Anual (p.p)
A. Agricultura	459,4	0,2	-4,6	271,7	-3,3	-9,9	59,1	-2,1	-3,5
B. Ind. Extractiva	40,7	-9,2	-6,7	5,0	-18,0	-18,0	12,3	-1,3	-1,7
C. Ind. Manufacturera	2.051,6	-2,9	-1,3	345,7	-6,3	9,8	16,9	-0,6	1,7
D. Energía eléctrica	77,9	-3,6	2,4	9,9	-23,8	19,3	12,7	-3,4	1,8
E. Actividades gestión residuos	112,0	-0,4	3,5	17,7	4,1	6,6	15,8	0,7	0,5
F. Construcción	1.124,7	-3,4	-9,0	466,6	-1,9	-8,2	41,5	0,6	0,3
G. Comercio	2.135,0	-1,9	-1,3	367,6	-11,6	-6,2	17,2	-1,9	-0,9
H. Transporte	731,4	-3,1	1,6	128,0	-7,3	-9,2	17,5	-0,8	-2,1
I. Hostelería	998,9	-0,6	1,7	333,9	1,5	11,0	33,4	0,7	2,8
J. Información y comunicación	429,7	-2,6	-2,9	82,2	-6,9	2,6	19,1	-0,9	1,0
K. Act. financieras y seguros	417,9	1,8	-4,6	34,6	26,7	16,5	8,3	1,6	1,5
L. Act. inmobiliarias	57,4	14,3	15,7	8,2	-1,2	10,8	14,3	-2,2	-0,6
M. Act. prof., científ. y técnicas	541,5	-2,9	-1,2	107,4	-5,1	17,8	19,8	-0,5	3,2
N. Act. administrativas	839,0	1,2	4,2	222,7	4,6	17,0	26,5	0,9	2,9
O. Admón. Pública y defensa	1.435,4	0,0	3,2	294,6	0,1	1,9	20,5	0,0	-0,3
P. Educación	1.153,5	1,5	-1,0	295,1	4,4	-1,8	25,6	0,7	-0,2
Q. Act. sanitarias y serv. sociales	1.306,5	0,2	5,3	370,0	0,4	6,9	28,3	0,0	0,4
R. Act. Artísticas y entretenimiento	260,6	-2,1	-0,8	89,1	2,2	0,0	34,2	1,4	0,3
S. Otros servicios	244,0	0,7	-6,8	60,7	3,2	-20,3	24,9	0,6	-4,2
T. Actv. Hogares	703,8	-3,8	-7,3	235,2	9,5	1,7	33,4	4,1	3,0
TOTAL	15.120,8	-1,3	-0,9	3.746,0	-1,4	0,7	24,8	0,0	0,4

Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa (INE).

La tasa de temporalidad se ha mantenido en este trimestre con respecto al anterior (en el 24,8 por ciento), pero aumenta cuatro décimas frente a la registrada hace un año.

En términos interanuales, la tasa de temporalidad disminuye básicamente en las ramas agrícola, de transportes y otros servicios, que es donde desciende en mayor medida el conjunto de los asalariados, salvo en el caso de la construcción.

Llama la atención que, una vez puesta en marcha la reforma laboral (tras el decreto del 16 de junio y la posterior Ley 35/2010, que entró en vigor en septiembre de 2010), ésta no haya alcanzado el objetivo no ya de crear empleo reduciendo la dualidad que supone la elevada temporalidad, sino que en este primer trimestre del año se haya destruido empleo indefinido, tanto en la com-

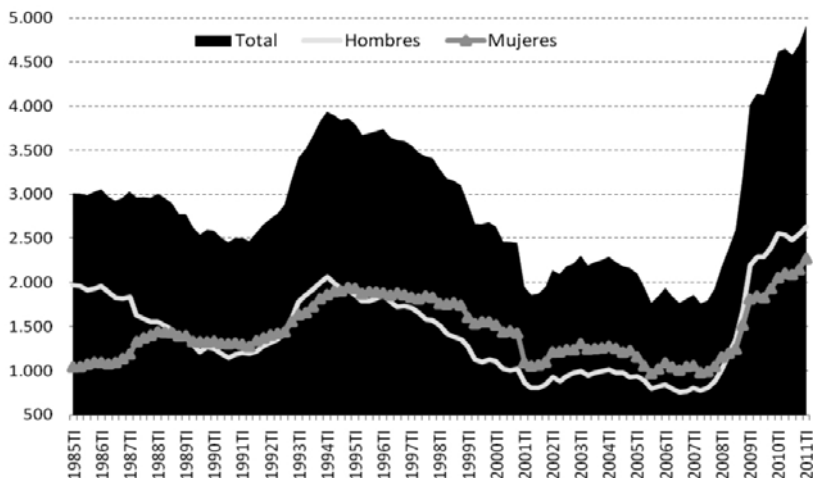
paración con el último trimestre de 2010, como con el primero, en un 1,3 y un 0,9 por ciento, respectivamente. Supone, por tanto, una reducción de 139.100 asalariados indefinidos respecto al trimestre anterior, y 158.000 si la comparación se realiza con el primer trimestre de 2010.

4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO

El primer trimestre del año ha recogido un nuevo repunte en el número de desempleados lo que, unido a la retracción de la población activa, ha provocado un aumento de la tasa de paro de un punto porcentual respecto al último trimestre del año 2010, y de 1,2 puntos si la comparación es en términos interanuales.

La tasa de desempleo continúa su avance imparable: se sitúa ya en el 21,3 por ciento de la población activa; en el 20,8 por ciento para los hombres, y el 21,9 por ciento para las mujeres. Para los hombres, es la tasa de paro más alta registrada desde que se tienen estadísticas de la Encuesta de Población Activa (desde 1987). El anterior pico se había recogido en el primer trimestre de 1994, con una tasa de desempleo masculino del 20,5 por ciento. La tasa de desempleo femenina, siendo alta también, se encuentra lejos de la máxima alcanzada en la misma crisis de inicios de los noventa, cuando se situó en el 32 por ciento de las mujeres activas.

Evolución de los desempleados, según género



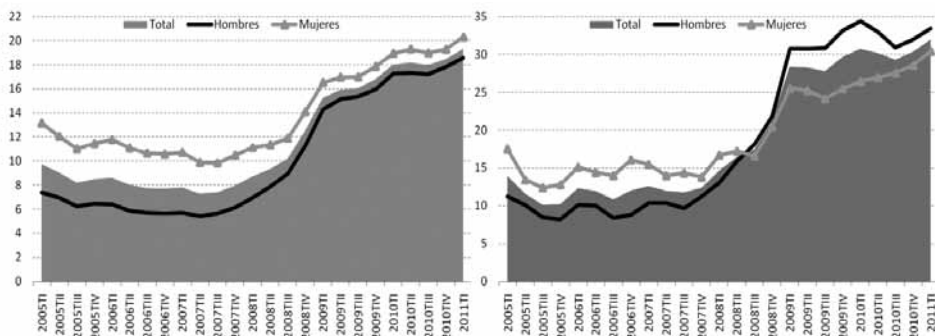
Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa (INE).

La cifra se acerca ya a los cinco millones de desempleados: 4.910.200, de los que el 53,7 por ciento son hombres (2.635.000) y el 46,3 por ciento,

mujeres (2.275.200). Esta anómala situación en el mercado laboral español sólo se había repetido en la crisis de inicios de los años noventa, y en épocas anteriores, cuando la participación de la mujer en el mercado de trabajo era casi anecdótica (hasta el año 1987 la tasa de actividad femenina se situaba por debajo del 30 por ciento).

La mayor tasa de paro tiene distinto género también según la nacionalidad: la tasa de paro masculina es inferior cuando nos referimos a la población de nacionalidad española que la tasa de paro masculina entre los extranjeros. Y al revés sucede con la tasa de paro femenina. Tradicionalmente la tasa de desempleo de las mujeres ha sido siempre superior a la de los hombres, pero entre los desempleados extranjeros la situación ha cambiado con la crisis, siendo superior la tasa de paro masculina.

Evolución de la tasa de paro, según género y nacionalidad
Nacionales Extranjeros



Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa (INE).

Teniendo en cuenta que el 12 por ciento de los trabajadores varones extranjeros se ocupan en la construcción, que es el sector que ha sufrido la mayor crisis en términos de empleo, se explica en buena medida la evolución de los distintos indicadores y el cambio en la primacía de la tasa de desempleo según género en el caso de los extranjeros.

Entre los nacionales, la distancia entre géneros se ha reducido, por la misma razón, por la mayor repercusión de la crisis, en términos de empleo, en sectores mayoritariamente masculinos. Sin embargo, se mantiene por encima de la tasa de paro femenina.

En este escenario, la necesidad de atender mediante políticas activas de formación al creciente número de desempleados, muchos de ellos ya de larga duración (el 46,9 por ciento de los desempleados llevan más de un año buscando un empleo), se hace imprescindible.

Evolución de la población que estudia (cursos reglados y/o no reglados), según edad y relación con el mercado de trabajo, primeros trimestres

Miles	Cursan estudios						Estudios reglados						Estudios no reglados					
	2007TI	2008TI	2009TI	2010TI	2011TI	2012TI	2007TI	2008TI	2009TI	2010TI	2011TI	2012TI	2007TI	2008TI	2009TI	2010TI	2011TI	2012TI
Pob > 16 años	8.429,3	8.387,2	8.551,0	9.009,3	9.235,9	9.235,9	5.776,1	5.786,4	5.875,8	6.131,6	6.220,8	6.220,8	2.653,2	2.600,8	2.675,2	2.877,7	3.015,1	3.015,1
<25	2.640,1	2.623,1	2.659,6	2.763,4	2.745,8	2.745,8	1.989,2	2.005,6	2.047,0	2.167,9	2.213,3	2.213,3	365,7	347,9	357,5	345,0	293,6	293,6
25-44	2.181,7	2.153,9	2.162,3	2.229,0	2.329,5	2.329,5	561,9	506,3	537,1	611,2	697,4	697,4	1.535,6	1.580,5	1.551,9	1.555,2	1.547,2	1.547,2
>45	954,2	1.009,3	1.053,8	1.139,2	1.145,4	1.145,4	102,2	88,8	91,0	98,4	104,5	104,5	839,2	911,1	951,7	1.028,7	1.032,1	1.032,1
Inactivos	2.800,4	2.827,6	2.845,1	3.041,5	3.026,0	3.026,0	1.864,6	1.861,3	1.906,9	2.047,4	2.120,1	2.120,1	668,0	716,1	703,4	757,9	679,5	679,5
<25	1.997,0	1.996,0	2.027,5	2.137,8	2.161,3	2.161,3	1.633,5	1.658,6	1.694,6	1.816,0	1.862,5	1.862,5	119,9	106,9	114,3	106,9	96,8	96,8
25-44	402,4	394,1	366,3	403,9	395,7	395,7	184,3	158,4	168,9	189,2	219,6	219,6	199,6	219,2	185,6	197,1	154,6	154,6
>45	401,1	437,4	451,2	499,8	469,1	469,1	46,8	44,3	43,4	42,1	37,8	37,8	348,3	389,9	403,6	453,7	428,1	428,1
Ocupados	2.625,7	2.577,3	2.401,8	2.301,9	2.341,5	2.341,5	674,2	623,6	582,5	580,6	599,1	599,1	1.855,3	1.876,3	1.742,6	1.662,9	1.675,9	1.675,9
<25	512,2	479,0	405,5	366,7	311,9	311,9	282,5	273,9	238,4	212,0	194,5	194,5	196,6	174,6	146,1	134,0	100,5	100,5
25-44	1.602,5	1.568,2	1.471,2	1.396,3	1.464,2	1.464,2	339,9	310,8	302,9	323,1	349,8	349,8	1.206,1	1.215,4	1.118,8	1.042,8	1.068,7	1.068,7
>45	511,0	530,0	525,1	539,0	565,5	565,5	51,8	38,8	41,3	45,7	54,9	54,9	452,7	486,4	477,6	486,2	506,7	506,7
Parados	350,1	381,5	628,8	788,2	853,2	853,2	114,3	115,9	185,8	249,7	295,9	295,9	217,3	247,2	415,0	508,2	517,5	517,5
<25	130,9	148,1	226,5	258,9	272,6	272,6	73,2	72,9	114,1	140,0	156,3	156,3	49,2	66,3	97,1	104,1	96,3	96,3
25-44	176,9	191,5	324,8	429,0	469,7	469,7	37,8	37,1	65,4	98,9	127,9	127,9	130,0	146,0	247,3	315,5	323,8	323,8
>45	42,2	41,9	77,5	100,4	110,8	110,8	3,5	5,9	6,4	10,6	11,6	11,6	38,1	34,9	70,5	88,6	97,4	97,4
% respecto al total de cada grupo de edad en cada situación																		
Pob > 16 años	22,5	22,0	22,3	23,4	24,0	24,0	15,4	15,2	15,3	15,9	16,2	16,2	7,1	6,8	7,0	7,5	7,8	7,8
<25	56,6	56,8	58,6	62,7	63,9	63,9	42,7	43,4	45,1	49,2	51,5	51,5	7,8	7,5	7,9	7,8	6,8	6,8
25-44	14,7	14,3	14,3	14,9	15,7	15,7	3,8	3,4	3,5	4,1	4,7	4,7	10,3	10,5	10,2	10,4	10,4	10,4
>45	5,3	5,5	5,6	6,0	5,9	5,9	0,6	0,5	0,5	0,5	0,5	0,5	4,7	5,0	5,1	5,4	5,3	5,3
Inactivos	18,1	18,3	18,6	19,7	19,6	19,6	12,0	12,0	12,5	13,3	13,7	13,7	4,3	4,6	4,6	4,9	4,4	4,4
<25	87,3	88,1	89,4	90,4	90,5	90,5	71,4	73,2	74,7	76,8	78,0	78,0	5,2	4,7	5,0	4,5	4,1	4,1
25-44	18,2	18,6	18,7	21,4	22,1	22,1	8,4	7,5	8,6	10,0	12,3	12,3	9,0	10,3	9,5	10,4	8,6	8,6
>45	3,6	3,9	4,1	4,5	4,2	4,2	0,4	0,4	0,4	0,4	0,3	0,3	3,2	3,5	3,6	4,1	3,8	3,8
Ocupados	13,1	12,6	12,6	12,5	12,9	12,9	3,4	3,1	3,1	3,2	3,3	3,3	9,2	9,2	9,1	9,0	9,2	9,2
<25	26,3	25,9	27,8	30,4	29,9	29,9	14,5	14,8	16,3	17,6	18,6	18,6	10,1	9,4	10,0	11,1	9,6	9,6
25-44	13,8	13,3	13,4	13,3	14,3	14,3	2,9	2,6	2,8	3,1	3,4	3,4	10,4	10,3	10,2	9,9	10,4	10,4
>45	7,9	7,9	7,8	8,0	8,3	8,3	0,8	0,6	0,6	0,7	0,8	0,8	7,0	7,2	7,1	7,3	7,4	7,4
Parados	18,9	17,5	15,7	17,1	17,4	17,4	6,2	5,3	4,6	5,4	6,0	6,0	11,7	11,4	10,3	11,0	10,5	10,5
<25	30,9	29,6	28,0	31,0	31,4	31,4	17,3	14,6	14,1	16,8	18,0	18,0	11,6	13,3	12,0	12,5	11,1	11,1
25-44	17,4	16,4	14,3	16,3	17,0	17,0	3,7	3,2	2,9	3,8	4,6	4,6	12,8	12,5	10,9	12,0	11,7	11,7
>45	10,1	8,3	8,3	8,8	8,6	8,6	0,8	1,2	0,7	0,9	0,9	0,9	9,2	6,9	7,6	7,7	7,6	7,6

Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa (INE).

La relación con la actividad económica es una de las variables que más inciden en la realización o no de cursos, ya sean estos reglados o no. El mayor porcentaje de personas que siguen algún tipo de cursos se sitúa entre los que se encuentran en la inactividad (el 19,6 por ciento, en términos generales, en el primer trimestre de 2011), por delante de los parados (el 17,4 por ciento) o los ocupados (el 12,9 por ciento).

Sin embargo, la edad es también un factor determinante en el seguimiento de cursos, especialmente de los reglados. De esta forma, el 90,5 por ciento de los jóvenes menores de 25 años inactivos se dedica a los estudios, el 78 por ciento, de forma exclusiva a los estudios de carácter reglado. Este porcentaje se ha incrementado desde el inicio de la crisis, lo que, en cierta medida, palia el elevado desempleo (del 45,4 por ciento) de este colectivo, que, al menos, regresa a la formación.

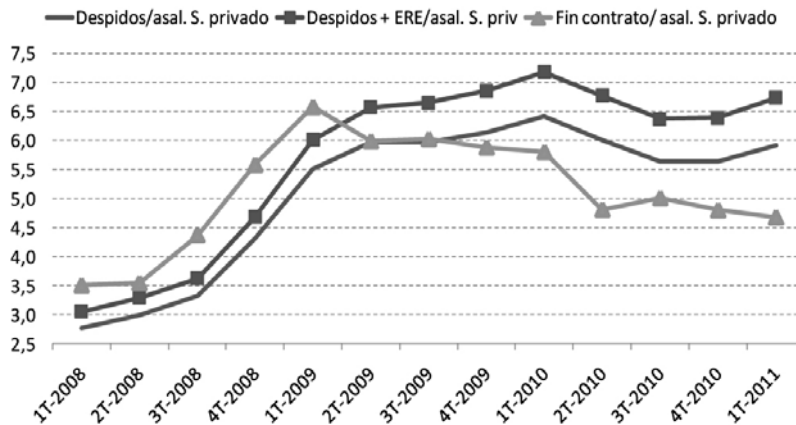
En la evolución desde antes de que se desencadenara la crisis se constata que el volumen de desempleados que siguen cursos, tanto reglados como no reglados, ha crecido en un 143,7 por ciento, siendo mayor el aumento relativo en las edades maduras. En el caso de los jóvenes, se desenganchan antes del mercado de trabajo, pasando a formar parte de los inactivos, aunque aumentando el número de los que dedican parte de su tiempo a seguir cursos de formación.

Aún así, sólo el 17,4 por ciento de los desempleados destina parte de su tiempo a los estudios, proporción que disminuye con la edad, cuando debiera ser al contrario: la necesidad de formar y permitir la permanencia en la actividad es un elemento clave para reincorporarse al mercado de trabajo.

Esta es una de las asignaturas pendientes de las políticas activas de nuestro país, adecuarlas a las necesidades de las nuevas ramas económicas y extenderlas a todos los colectivos de edad, para favorecer la empleabilidad de los desempleados, tal y como reza uno de los objetivos de la flexiseguridad tan deseada desde Europa.

Aún así, el volumen de desempleo también reclama la necesidad de actuar con políticas pasivas, de protección a los desempleados por la pérdida de renta. Antes y durante el inicio de la crisis, la mayor proporción de desempleados que accedían a prestaciones por desempleo de carácter contributivo provenía de la finalización del contrato.

Proporción de beneficiarios de prestaciones contributivas respecto al total de asalariados del sector privado, según causa de acceso a la prestación

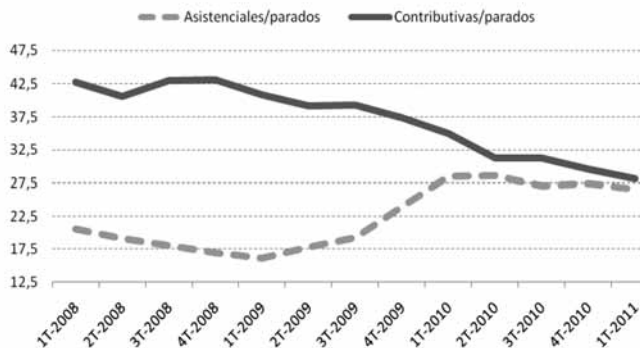


Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Boletín de Estadísticas Laborales (MTIN) y Encuesta de Población Activa (INE).

En el gráfico se compara la proporción de beneficiarios de prestaciones por desempleo contributivas respecto al total de asalariados del sector privado, según la causa de derecho de acceso a la prestación. Hasta el primer trimestre de 2009, el mayor porcentaje correspondía a los que habían finalizado un contrato temporal, mientras a partir de ese momento, son los que acceden debido a un cese por despido, ya sea individual o colectivo (mediante un Expediente de Regulación de Empleo). De hecho, ya en el cuarto trimestre de 2009, coincidiendo casi con la menor tasa de temporalidad (que se registró en el primer trimestre de 2010), los beneficiarios que proceden de una finalización de contrato dejan paso a los que provienen de un despido.

En cuanto al tipo de prestación, durante el año 2010 parecía que el peso de los beneficiarios de prestaciones respecto a los asalariados del sector privado descendía paulatinamente, debido no sólo al menor ritmo de destrucción de empleo, sino al agotamiento de las prestaciones contributivas, al no existir tampoco creación de nuevos empleos para los que estaban cobrando la prestación.

Proporción de beneficiarios de prestaciones por desempleo, respecto al volumen de desempleados, según tipo de prestación



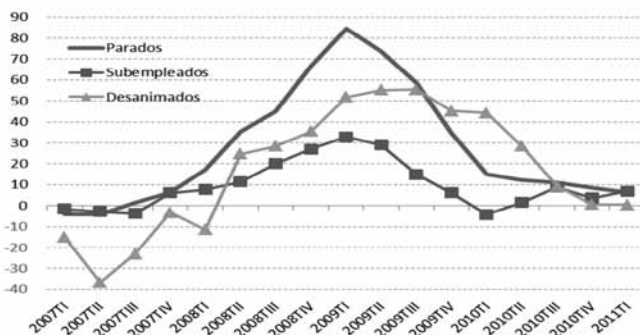
Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Boletín de Estadísticas Laborales (MTIN) y Encuesta de Población Activa (INE).

La convergencia de los beneficiarios de prestaciones contributiva y asistenciales, es otra muestra más del desequilibrio y de la duración del mismo, en el mercado de trabajo.

Pero el desequilibrio en el mercado laboral va más allá de lo que marcan los datos del desempleo. La calidad del empleo se está deteriorando al aumentar el peso de los contratos atípicos y al considerar dos aspectos que se añaden al desequilibrio: el subempleo por insuficiencia de horas y la pérdida de activos (los desanimados) por la persistencia de la recesión económica.

Si al número de desempleados le añadimos los que están subempleados (por insuficiencia de horas, provocado también por el efecto del aumento a tiempo parcial) y los desanimados, que han abandonado la búsqueda de empleo porque piensan que no lo van a encontrar y no han trabajado antes (definición EPA), el panorama es aún más desolador.

Tasas de variación anual, en porcentaje



Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa (INE).

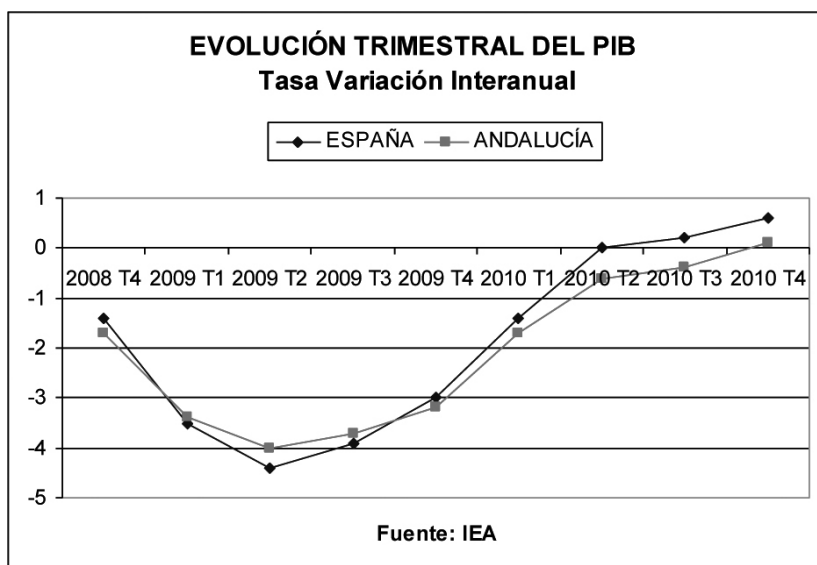
Así, cuando más aumentó el desempleo (en la primera parte del año 2009), también creció en mayor medida el número de subempleados (es decir, de trabajadores involuntarios a tiempo parcial). Así, en el primer trimestre de 2011, además de los casi 5 millones de parados, hay 2.180.200 trabajadores subempleados por insuficiencia de horas (de los cuales, 1.007.400 son hombres, y 1.172.800 mujeres).

5. EL MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

En el primer trimestre de 2011, la situación del mercado de trabajo en Andalucía sigue en una dinámica bastante negativa. La cuestión del desempleo, que es el problema que más importa a los ciudadanos según indican sistemáticamente los análisis sociológicos que se realizan, se ha deteriorado significativamente en los últimos cuatro años. Según los datos de la Encuesta de Población Activa, el número de desempleados estimados en Andalucía se situó una cifra que constituye un record histórico: un total de 1.187,600 personas desempleadas. En el último trimestre el número de desempleados aumentó en 60.200 personas y en 106.700 personas respecto al mismo trimestre del año 2010. Estas cifras indican que la tasa de paro en Andalucía se ha situado en el periodo de referencia en un 29,68%, ocho puntos más que la media española. La mera exposición de estas cifras puede dar idea de la gravedad del impacto de la crisis económica en nuestra Comunidad. Estas cifras sitúan el problema del desempleo en Andalucía en unos niveles históricos y que sólo pueden compararse con los registrados en los periodos más graves de las crisis económicas acaecidas en los años ochenta y en la primera mitad de los años noventa del siglo pasado, periodos para los que disponemos de una información estadística homologable con la actual. La propia cuantía del número de desempleados ha puesto de manifiesto de nuevo la cuestión de la realidad de la cifra y la necesaria estimación de la cifra real de desempleados. Se han realizado varias estimaciones a nivel nacional para aproximar una cifra de empleo sumergido, tal y como ha hecho Funcas, que permita explicar la coexistencia de una tasa de paro tan elevada como la que señala la EPA con una cierta paz social, que se ha visto en cierta medida afectada por las manifestaciones de mayo de 2011.

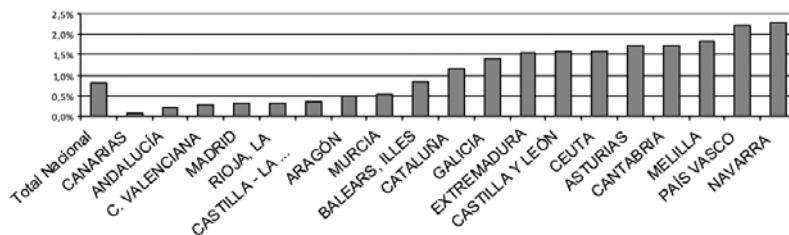
Es evidente que las cifras de paro alcanzadas son el resultado de una serie de factores que han contribuido de forma convergente en una situación como la actual. La crisis financiera internacional que se expandió rápidamente a la inmensa mayoría de los países afectándolos con mayor o menor intensidad. Sin embargo, en los últimos trimestres se ha detectado una mejora significativa en algunos países como es el caso de Alemania, al mismo tiempo que otros no acaban de encontrar mejoría económica, como es el caso de nuestro país.

La actividad económica en Andalucía está empezando a mostrar signos de recuperación, de forma paralela a lo que está ocurriendo para el conjunto de la economía española. Sin embargo, esta recuperación es muy débil. En el cuarto trimestre de 2010, la tasa de variación interanual del PIB ha alcanzado un valor positivo por primera vez en los últimos trimestres (0,1%), según ha estimado el Instituto de Estadística de Andalucía en un primer avance de la Contabilidad Regional Trimestral de Andalucía para el cuarto trimestre de 2010. La estimación para el conjunto de la economía española en este mismo periodo es algo superior (0,6%). Esta evolución positiva de la economía se basa fundamentalmente en el tirón de la demanda exterior, siendo las exportaciones andaluzas internacionales las que han crecido de forma más significativa.



La débil recuperación de la economía nacional recoge variaciones muy diferenciadas entre las diversas comunidades autónomas españolas. Atendiendo a la primera estimación de la evolución del PIB regional que ha presentado el INE, las comunidades con mayor crecimiento en 2010 han sido las de Navarra y el País Vasco con tasas medias de variación interanual superiores al 2%. En el extremo opuesto se encuentran Canarias y Andalucía. El menor dinamismo de la economía andaluza tiene un evidente impacto sobre el desempleo a través de su influencia en la evolución de la ocupación. La evolución del PIB en las distintas comunidades autónomas españolas indica un rango variado de crecimiento económico que tiene su repercusión en la evolución del empleo a nivel regional.

PIB A PRECIOS DE MERCADO PRECIOS CORRIENTES. TASA VARIACIÓN INTERANUAL. 2010 (Primera estimación)



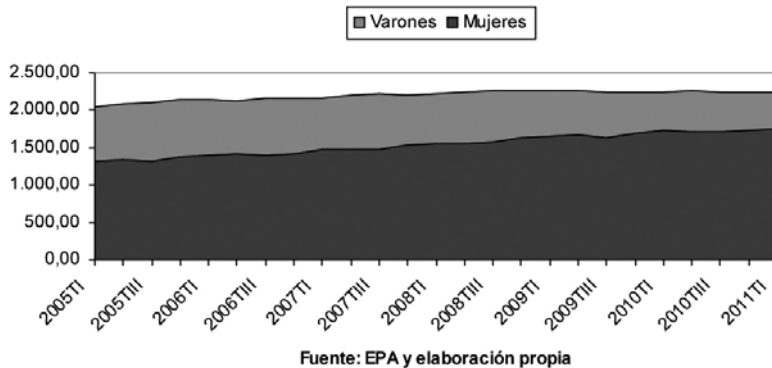
Fuente: Instituto Nacional de Estadística. Contabilidad Regional de España Base 2000

Pasaremos a continuación a dar una breve panorámica sobre la evolución de las principales variables laborales en Andalucía en el periodo de referencia.

La Oferta de Trabajo

En el primer trimestre de 2011, el total de personas activas en Andalucía se ha situado, por primera vez, en una cifra superior a los cuatro millones. Esta cifra record, se alcanza en un periodo de grave crisis económica y es el resultado de un conjunto de factores que operan a largo plazo tales como de la propia dinámica demográfica de Andalucía, el proceso de incorporación de la mujer al mercado de trabajo y el impacto de la inmigración. Pero a estos factores, de tipo tendencial, hay que añadir factores de tipo coyuntural, ligados a la evolución de la crisis económica como es la incorporación a la población activa de miembros de familias expuestos a graves riesgos de percepción de rentas, el papel del sistema educativo o las nuevas tendencias migratorias.

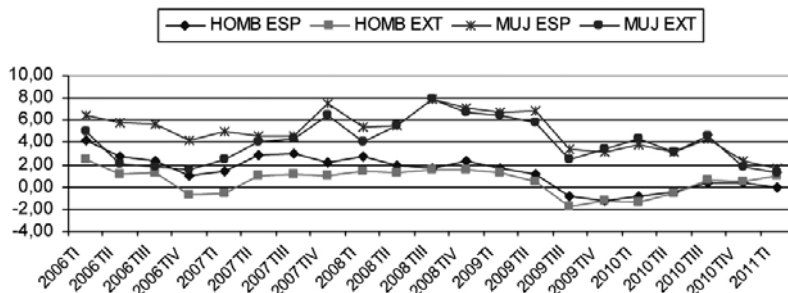
En los últimos trimestres, la composición de la población activa esta experimentando cambios significativos por la presencia de hombres y mujeres o por nacionalidad de los trabajadores. Del total de 4.001.300 personas activas estimadas por la EPA para el periodo considerado, 2.248.900 son varones y 1.752.400 son mujeres. En este primer trimestre, el aumento de la población activa ha sido fundamentalmente de mujeres (21.000 respecto al trimestre anterior y 29.500 respecto al mismo trimestre del año anterior, mientras que la población activa de los varones ha permanecido prácticamente inalterada). La población activa de nacionalidad extranjera se ha reducido en 1.300 personas respecto al trimestre anterior y en 11.400 respecto al mismo trimestre de 2010. En ambos casos el efecto neto ha sido como consecuencia de la reducción del número de activos varones (-6.500 en la variación intertrimestral y 21.700 en la variación interanual).

POBLACIÓN ACTIVA. ANDALUCÍA 2005 TI-2011 TI. En miles.

El proceso de feminización del mercado de trabajo en Andalucía se ha mantenido en los últimos años como consecuencia de dos tendencias diferenciadas: el mantenimiento de la oferta de las mujeres y la caída de la oferta de trabajo masculina. Desde antes del estallido de la crisis económica las tasas de variación interanual de la población activa de las mujeres han sido superiores a la de los hombres. Este fenómeno se acentuó en los años 2008 y 2009 cuando las tasas de variación interanuales se situaron en torno al 6%. A partir de la segunda mitad de 2009, las tasas se reducen en torno al 4% y a partir de la segunda parte de 2010 caen de forma significativa hasta el 2%. Por su parte, las tasas de variación masculinas medias se sitúan en torno a un valor medio del 2% hasta principios de 2009 cayendo a valores negativos entre el tercer trimestre de 2009 y el segundo trimestre de 2010, quedando posteriormente en tasas de variación nulas a lo largo de 2010 y hasta ahora.

La diferencia en la dinámica de la oferta de trabajo masculina y femenina se mantiene tanto para la población de nacionalidad española como la extranjera. En términos absolutos, la población activa de nacionalidad extranjera alcanzó la cifra de 444.900 personas, de las que 226.600 son hombres y 218.300 son mujeres. La tendencia de crecimiento de la oferta de trabajo inmigrante parece haberse agotado hacia mitad de 2008. A partir de entonces, se aprecia una estabilización del número de trabajadores de nacionalidad extranjera en Andalucía en torno a valor medio de 445.000 personas. Sin embargo, la composición de este grupo de activos ha ido cambiando hacia una situación paritaria entre hombres y mujeres. Desde la segunda mitad de 2007, el porcentaje que representan los hombres sobre el total de la población activa extranjera ha pasado de un 54,8% de media en 2008 hasta el 50,9% estimado para el primer trimestre de 2011.

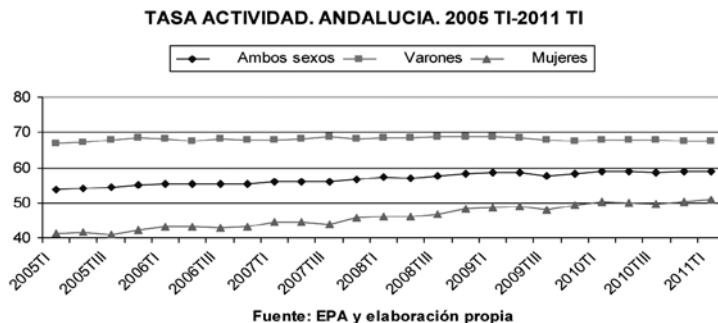
**POBLACIÓN ACTIVA, SEGÚN GENERO Y NACIONALIDAD.
ANDALUCÍA 2006TI-2011TI**



Fuente: EPA y elaboración propia

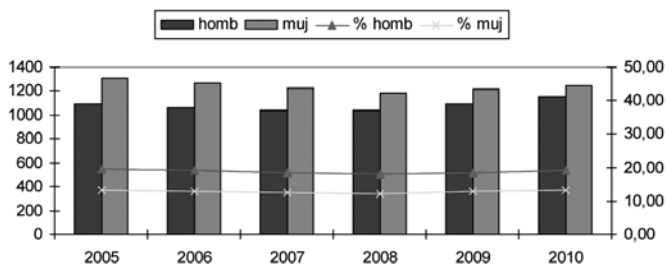
Es evidente que la composición de la oferta de trabajo en Andalucía se está feminizando y la presencia de población extranjera se ha estabilizado en los últimos años de impacto de la crisis económica. Estos factores afectan a la evolución registrada en la tasa de actividad. En el primer trimestre de 2011, la tasa de actividad media se situó en Andalucía el 59,02%, (59,88% en España). En este mismo periodo, la tasa de actividad de los varones se estimó en el 67,49% (67,43% en España) y en el 50,84% (52,67% en España). La tasa de actividad la población nacional en Andalucía fue del 57,69% (57,65% en España) y la de la población de nacionalidad extranjera del 72,41% (75,87% en el conjunto de España).

De forma muy sintética, la tendencia hacia una mayor presencia femenina en el mercado laboral andaluz se puede señalar al mostrar la evolución de las tasas de actividad en Andalucía. La tasa media de actividad muestra dos etapas en los últimos años. Hasta 2009, la tasa media ha ido subiendo mientras que a partir de entonces, la tasa de actividad se ha estabilizado en torno a un valor medio del 60%. Esta evolución es el resultado del freno en la tendencia creciente de la tasa de actividad femenina que se ha estabilizado en los últimos trimestres en el 50%, mientras que la tasa de actividad de los varones se ha reducido ligeramente a partir de 2009. Podríamos adivinar una cierta forma cóncava en la evolución de la tasa de actividad masculina que presentaría un máximo en torno a mitad de 2008.



Uno de los efectos más estudiados de la crisis económica sobre el comportamiento de la población es la mayor presencia en el sistema educativo. La teoría económica del Capital Humano predice que el aumento del desempleo y la caída de las oportunidades de empleo, disminuye el coste de oportunidad de la educación y por tanto, *ceteris paribus*, es más rentable dedicar más tiempo a la formación. Por tanto, la teoría predice que aumentará la demanda de formación y más personas se dedicaran a estudiar. En este sentido, y según la EPA, el número de personas que señalan los estudios como causa principal de inactividad laboral ha aumentado significativamente para los hombres y las mujeres en los dos últimos años. En términos absolutos, el número de mujeres inactivas que señalan los estudios como causa principal de inactividad laboral es mayor que el de hombres, sin embargo, en términos relativos, la situación relativa de ambos grupos es la contraria, debido, fundamentalmente, a la diferente estructura de la población inactiva en ambos grupos demográficos. La llegada de un mayor número de personas al sistema educativo implica un importante reto para el diseño de políticas activas de empleo y en general para la oferta educativa. La necesidad de mejorar la cualificación de las personas, mejora sus oportunidades de empleo pero también aparece un riesgo creciente de que aumente el desajuste educativo que ya estaba presente en el mercado de trabajo español y andaluz antes de la llegada de la crisis.

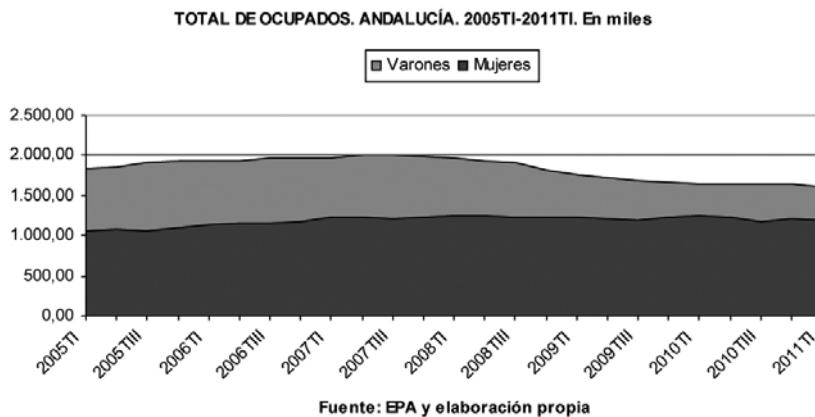
**INACTIVOS POR CAUSA DE INACTIVIDAD PRINCIPAL:
ESTUDIANTES. ESPAÑA 2005-2010.**
En miles y porcentaje sobre el total, media anual.



La Demanda de Trabajo

En lo que respecta a la dinámica de la ocupación, hay que consignar que sigue siendo negativa en Andalucía en este primer trimestre de 2011, en consonancia con lo que hemos señalado anteriormente sobre la evolución de la actividad económica. El número total de empleados se estima por el INE en nuestra comunidad autónoma en 2.813.800 personas, lo que significa una reducción de 35.300 respecto al trimestre anterior y de 77.400 personas respecto al mismo trimestre de 2010. La cifra total de ocupados en este trimestre representa una pérdida de 378.500 respecto al primer trimestre de 2007, o sea, una caída de la ocupación del 11,86% de la ocupación de aquél periodo. La pérdida de empleo es uno de los elementos más significativos de la crisis económica. La destrucción de empleo es uno de los factores más dramáticos de la coyuntura económica de los últimos años. La pérdida de tejido empresarial afecta de forma determinante a lo que está ocurriendo pero también respecto a la posibilidad de recuperación de la ocupación cuando el ciclo económico pase a una fase de crecimiento.

Otra de las características específicas de la actual crisis es su desequilibrada repercusión impacto en los distintos grupos demográficos. La pérdida de empleo está afectando fundamentalmente a los varones. En el mismo periodo a que nos hemos referido anteriormente (entre los primeros trimestres de 2007 y 2011) el número de empleados se ha reducido en 349.300 hombres (un 17,76%) y en 29.200 mujeres (2,39%).



La pérdida de empleo está afectando tanto a los trabajadores de nacionalidad española (2.539.700 personas) como de nacionalidad extranjera (274.000 personas). El porcentaje de ocupados de nacionalidad extranjera en Andalucía respecto al total de ocupados presenta una tendencia creciente desde 1995 has-

ta 2007 pasando de 6,65%(primer trimestre de 2005) hasta el 10,74% (primer trimestre de 2008). A partir de entonces, el porcentaje de empleo de los extranjeros se ha reducido ligeramente, estabilizándose en torno a un valor medio del 10%, con una tendencia decreciente a partir del primer trimestre de 2010. En el primer trimestre de 2011 el porcentaje que representan los empleados de nacionalidad extranjera es del 9,74%. Este porcentaje es mayor entre las mujeres (11,32%) que entre los hombres (8,57%). La situación relativa de ambos grupos se ha mantenido desde el primer trimestre de 2005.

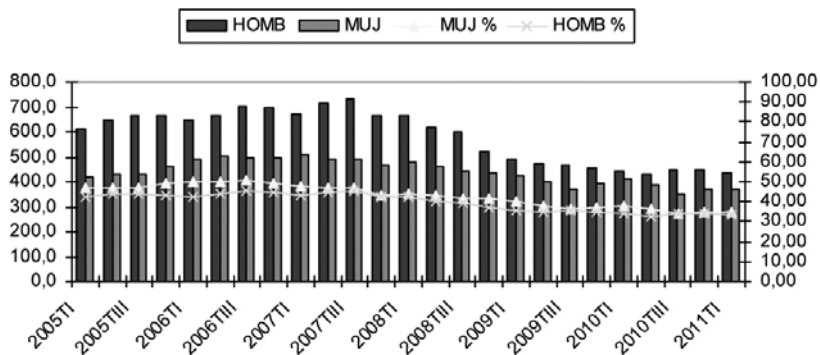
Esta desigual distribución de la pérdida de empleo se puede caracterizar también en función de otros factores tales como los distintos tipos de contrato de los asalariados.

El colectivo de los asalariados ha sido el que más ha sufrido la pérdida de empleo como consecuencia del desarrollo de la crisis económica. En el primer trimestre de 2011, el total de asalariados se situó en 2.343.200 personas, 24.200 menos que en el trimestre anterior y 36.200 personas menos que en el mismo trimestre del año anterior. La dualización del mercado de trabajo está presente en Andalucía como en el conjunto de España. Del total de los asalariados señalados 1.542.100 tienen contratos de duración indefinida y 801.100 tienen contratos de duración temporal.

El número máximo de asalariados en Andalucía se alcanzó en el primer trimestre de 2008 cuando la EPA estimó un total de 2.667.800 personas. A partir de entonces, el número de asalariados se ha ido reduciendo en una primera fase de forma muy acentuada (hasta el tercer trimestre de 2009 cuando la EPA estimaba una cifra de 2.353.900 personas) y luego, una segunda fase que presenta una caída del número de asalariados más suave.

La pérdida de empleo ha sido especialmente significativa en el grupo de los asalariados con contrato temporal. La destrucción de empleo entre este grupo de trabajadores ha sido especialmente grave entre los varones. Como consecuencia de esta evolución, la tasa de temporalidad también ha caído, especialmente en el caso de las mujeres. La tasa de temporalidad femenina superó el 50% a mitad de 2006. A partir de entonces, esta tasa ha presentado una clara tendencia decreciente, hasta alcanzar el 34,9% en el trimestre actual. En el caso de los varones, el valor máximo se alcanzó en el tercer trimestre de 2007 (45,5%). A partir de entonces, la tasa de temporalidad disminuye hasta situarse en el 33,6% en el primer trimestre de 2011. La caída de la tasa de temporalidad puede considerarse como una reducción de la dualización del mercado de trabajo español y por consiguiente como una mejora de su calidad. Sin embargo, el contexto total de la caída del empleo señala que la caída de la tasa de temporalidad es debida a pérdida de empleo global no por la conversión de contratos temporales en contratos indefinidos por lo que la supuesta mejora de calidad no sería tal.

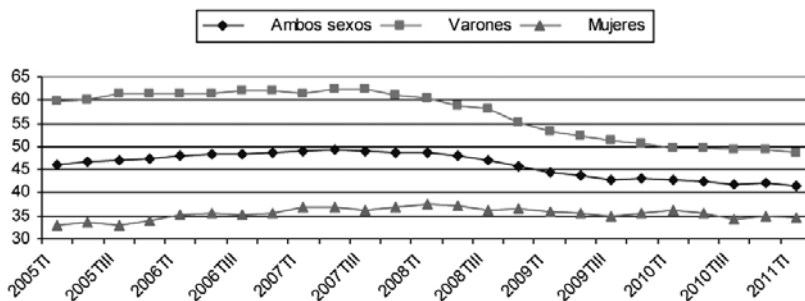
**ASALARIADOS CON CONTRATO TEMPORAL SEGÚN GÉNERO.
ANDALUCÍA 2005 TI-2011 TI. En miles y porcentaje.**



Fuente: EPA y elaboración propia

Como es evidente, la dinámica del empleo que hemos descrito ha deteriorado de forma muy significativa la evolución de la tasa de empleo. A partir de 2008 la tasa de empleo media en Andalucía cae desde el 50% hasta el 41,5%. Esta evolución es fundamentalmente causada por la caída de la tasa de empleo de los varones que he perdido 11,76 puntos entre el primer trimestre de 2008 y de 2011.

TASA DE EMPLEO ANDALUCÍA 2005 TI-2011 TI



Fuente: EPA y elaboración propia

La dinámica del Desempleo

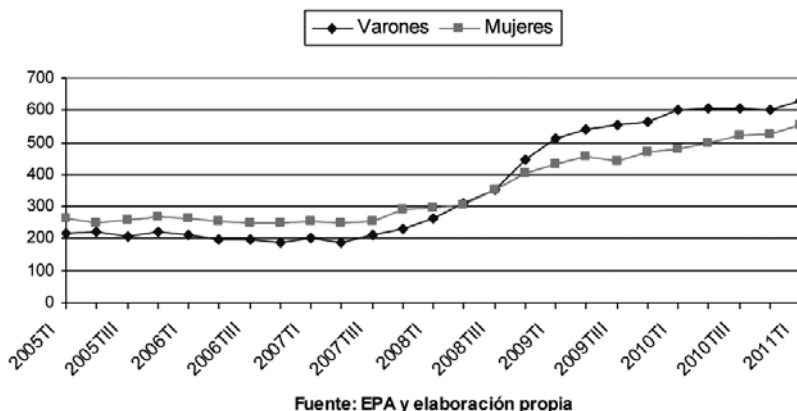
El desempleo es el principal problema de la economía la sociedad española y andaluza. En el primer trimestre de 2011 la cifra de desempleados estimada por la EPA para nuestra comunidad autónoma se ha situado en 1.187.600

personas. Esta cifra significa un aumento de 60.200 personas respecto al trimestre anterior y de 106.700 respecto al mismo trimestre de 2011. Se trata de la cantidad de desempleados más alta de todo el periodo histórico para el que se tienen datos de la EPA. Este hecho, por sí sólo, da idea de la gravedad de la situación y de la fuerza con la que está impactando la crisis económica en el mercado de trabajo de nuestra comunidad autónoma.

Ya hemos señalado que la crisis económica actual está teniendo un impacto especialmente duro en el colectivo de los trabajadores varones. En términos históricos, también nos encontramos con una situación nueva en la que el total de desempleados varones supera al de las mujeres. Este hecho está ocurriendo desde el cuarto trimestre de 2008.

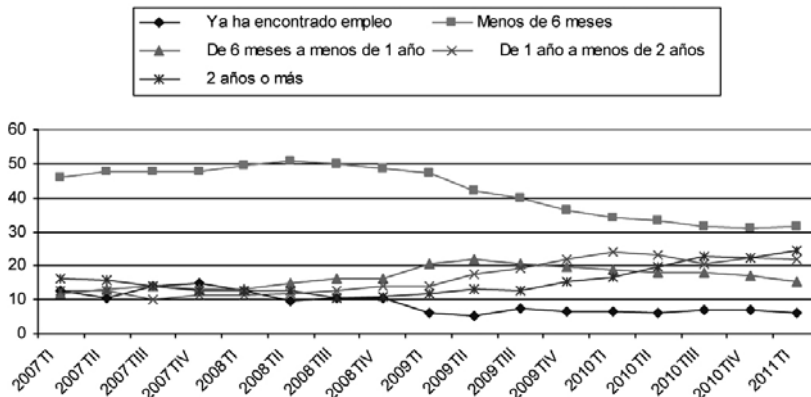
En lo que respecta al impacto del paro sobre los distintos grupos de edad, el colectivo de los más jóvenes (menores de 34 años) es el que está sufriendo un mayor impacto del desempleo, siendo la cohorte de edad entre los 25 y los 34 años el que más número de desempleados presenta en el primer trimestre de 2011 (365.400 personas).

POBLACIÓN DESEMPLEADA. ANDALUCÍA 2005 TI-2011 TI.
En miles.



La dinámica del desempleo ha sido especialmente negativa en lo que se refiere a la duración de la situación de paro. La duración de la crisis se ve reflejada en el aumento del grupo de desempleados de larga duración. El porcentaje de desempleados que lleva dos años o más tiempo ha pasado del 16,4% en el primer trimestre de 2007 hasta el 24,7% en el primer trimestre de 2011. Por el contrario, el grupo de los desempleados que llevan menos de 6 meses pasan de representar el 46% al 31,7% en el mismo periodo de tiempo. También es significativo que el porcentaje de los desempleados que ya han encontrado empleo ha pasado del 12,8% al 6,1%.

POBLACIÓN DESEMPLEADA POR TIEMPO DE BÚSQUEDA DE EMPLEO. EN PORCENTAJE SOBRE EL TOTAL DE DESEMPLEADOS. ANDALUCÍA 2007TI-2011TI

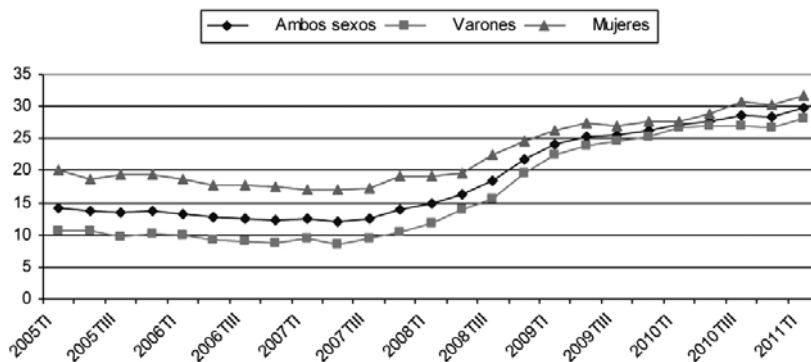


Fuente: EPA y elaboración propia

La dinámica del desempleo ha provocado que la tasa de paro media de Andalucía se haya situado en el primer trimestre de 2011 en el 29,68%. (28,05% para los hombres y 31,77% para las mujeres). Al contrario de lo que ocurre con el número absoluto de desempleados, esta tasa de paro no es la más alta estimada por la EPA para Andalucía. En la crisis de los años noventa se alcanzaron tasas de paro más elevadas, si bien la metodología de la encuesta ha cambiado desde entonces.

La convergencia en tasa de paro entre ambos grupos ha sido significativa a medida que la crisis económica se ha ido desarrollando. La tasa de paro está afectando de forma más dura a los trabajadores más jóvenes. Los menores de 24 años presentan una tasa de paro del 52,98%, mientras que los mayores de 25 años sufren una tasa de paro media del 27,1%.

TASA DE PARO. ANDALUCÍA 2005 TI-2011 TI



Fuente: EPA y elaboración propia

La evolución del desempleo que hemos recogido tiene importantes implicaciones para la sociedad española y andaluza. En primer lugar, podemos señalar el problema de si la estimación del desempleo de la EPA no recoge la amplia presencia de economía sumergida que se intuye. En especial porque el supuesto de que los desempleados carecen de rentas no puede coexistir con una sociedad occidental que disfruta de una cierta paz social. La estimación de la economía sumergida es difícil por su propia naturaleza y aún más difícil puede ser la estimación del empleo sumergido. Además, una tasa de desempleo tan elevada implica unas cargas significativas para las arcas públicas que tienen que hacer frente a un epígrafe de gasto muy cuantioso. Además, la generalización de la crisis y la relacionada caída de ingresos públicos provocan que la presión sobre las arcas públicas sea cada vez mayor. Por todo ello, la tendencia al aumento de la persistencia del desempleo de larga duración puede significar un factor de inestabilidad social a medida que las prestaciones lleguen a su fin. Este horizonte dramático empieza a ser no tan lejano por lo que la necesaria recuperación económica se hace cada vez más necesaria.

INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. Primer trimestre de 2011

	Unidad	Periodo	Dato	ESPAÑA		ANDALUCÍA		
				VA ^(*)	VB ^(*)	Dato	VA ^(*)	VB ^(*)
I. MERCADO DE TRABAJO								
Población activa	Miles	1º Trim. 11	23.061,8	-0,2	0,2	4.001,3	0,6	0,7
Tasa de actividad	Porcentaje	1º Trim. 11	59,8	-0,1	0,1	59,0	0,3	0,1
Hombres	67,4	-0,3	-0,5	67,5	0,0	-0,3
Mujeres	52,7	0,1	0,6	50,8	0,5	0,6
16-19 años	18,6	-0,6	-2,9	20,5	0,4	-3,4
20-24 años	62,7	-1,2	-0,9	63,5	-0,5	-0,4
25-54 años	85,8	0,1	0,6	83,1	0,3	1,0
Más de 55 años	21,6	0,1	0,4	19,6	0,5	-0,3
Ocupados	Miles	1º Trim. 11	18.151,7	-1,4	-1,3	2.813,8	-1,2	-2,7
Agricultura	783,2	-2,6	-6,2	244,3	-1,2	-15,9
Industria	2.540,8	-3,1	-2,3	252,4	-4,0	-1,6
Construcción	1.494,0	-5,0	-10,2	219,8	-6,6	-11,7
Servicios	13.333,7	-0,6	0,3	2.097,4	-0,3	0,1
Asalariados del sector público	..	1º Trim. 11	3.185,9	0,5	3,2	556,3	-2,5	-0,6
Asalariados temporales	..	1º Trim. 11	3.746,0	-1,4	0,7	801,1	-1,9	-6,1
Parados encuestados	..	1º Trim. 11	4.910,2	4,5	6,4	1.187,6	5,3	9,9
Hombres	2.635,0	3,5	3,2	630,9	4,8	4,6
Mujeres	2.275,2	5,8	10,5	556,7	6,0	16,5
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	1º Trim. 11	21,3	1,0	1,2	29,7	1,3	2,5
Hombres	20,7	0,8	0,8	28,1	1,2	1,2
Mujeres	21,9	1,2	1,8	31,7	1,4	4,1
16-19 años	65,1	1,3	5,3	66,9	-0,8	2,3
20-24 años	41,3	2,9	4,8	49,7	4,3	5,1
25-54 años	19,9	1,0	1,2	27,8	1,4	2,5
Más de 55 años	13,7	-0,1	0,7	21,4	-0,6	2,3
Parados de larga duración	46,6	0,7	7,8	46,9	2,2	6,4
Parados registrados	Miles	1º Trim. 11	4.287,9	4,6	4,2	942,3	3,2	7,3
II. CONDICIONES DE TRABAJO								
Salario mínimo	€/mes	1º Trim. 11	641,4	1,2	1,2	“	“	“
Coste laboral por trabajador	€/mes	4º Trim. 10	2.642,2	9,1	3,9	2.427,5	7,6	-1,6
Industria	3.038,1	11,1	7,7	2.799,1	9,2	6,2
Construcción	2.743,3	11,0	5,3	2.592,7	11,9	3,2
Servicios	2.547,2	8,4	3,1	2.351,7	6,8	-3,4
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	4º Trim. 11	143,7	5,7	-0,7	143,5	3,4	2,1
III. REGULACIÓN DE EMPLEO								
Expedientes	Total	Ene-Feb 11	3.111	-38,8	-37,0	238	-47,9	-35,3
Trabajadores	Extinción de empleo	..	44.404	-54,4	-43,9	2.817	-62,9	-44,1
	Suspensión de empleo	..	7.409	-46,1	-44,6	696	-42,3	-27,7
	Reducción de jornada	..	27.065	-56,0	-56,7	1.608	-71,0	-56,5
IV. CONFLICTOS LABORALES								
Huelgas	Total	Enero 11	61,0	-80,6	-77,9
Participantes	Miles	..	43,3	12,7	-63,1	0,2	-90,5	-59,6
Jornadas no trabajadas	56,5	-36,9	-60,3	0,8	-85,2	-58,6
V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS								
Crecimiento económico	Porcentaje	4º Trim. 10	0,6	0,4	3,6	“	“	“
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	1º Trim. 11	-7,4	-0,3	-0,3	“	“	“
Inflación	Porcentaje	1º Trim. 10	3,6	0,2	3,5	“	“	“
Tipo de interés (Euribor 12) meses)	Porcentaje	1º Trim. 10	1,9	0,4	0,5	“	“	“

(*) VA = Variación con respecto al trimestre anterior; VB = Variación con respecto a igual periodo del año anterior.

Informes y Documentos

MEMORIA DE ACTUACIONES DEL SERCLA EN 2010

FRANCISCO JAVIER MILLÁN DE CÓZAR

*Jefe de Servicio SERCLA
CARL. Junta de Andalucía*

PARTE PRIMERA: ACTUACIONES RELATIVAS A LA TRAMITACIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS

1. Expedientes presentados

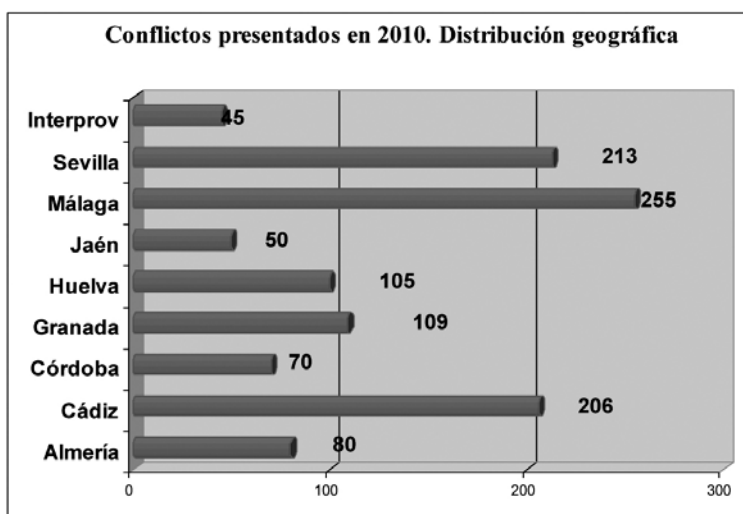
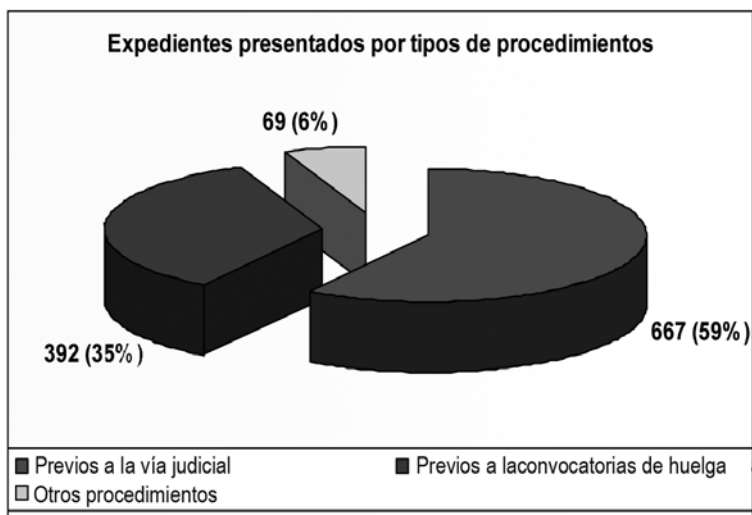
El número de conflictos registrados ante el SERCLA se situó al finalizar la anualidad 2010 en la cifra de **1.128**, alcanzándose así la cota máxima desde el inicio de actuaciones de este Sistema. La afectación personal de tales expedientes alcanzó a **1.088.028** trabajadores en Andalucía. Estos conflictos podían extender sus efectos a **62.689** empresas radicadas en nuestra Comunidad Autónoma.

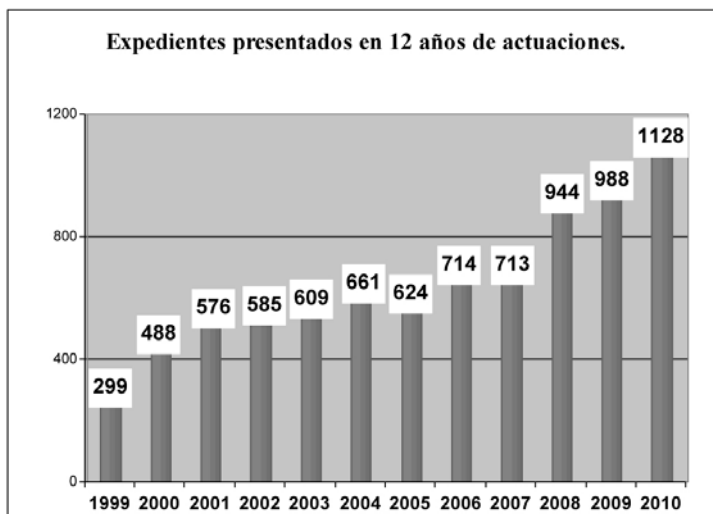
Conflictos colectivos 2010



Al abordar un análisis de los conflictos iniciados en el año 2010 desde una perspectiva geográfica, se aprecia que la distribución territorial de los expedientes promovidos pone de manifiesto que, de forma muy destacada, las cifras más elevadas corresponden a las provincias de Málaga, Sevilla, y Cádiz. La suma de estas tres provincias representa más de la mitad del total de los conflictos interpuestos ante el Sistema en toda Andalucía.

En línea con lo sucedido en años anteriores, el previo a la vía judicial fue en 2010 el tipo de conflicto interpuesto ante el SERCLA en mayor número (667). A continuación se situó el previo a la convocatoria de huelga (392). De los 69 conflictos restantes, 62 correspondieron a conflictos de intereses, 4 a conflictos motivados por determinación de servicios de seguridad y mantenimiento y 3 a procedimientos de arbitraje.





Las actuaciones del SERCLA en 2010 fueron demandadas en mayor proporción en Industrias Manufactureras, que abarcó el **20%** del total de expedientes presentados. Ahondando en el desglose de este sector, casi la tercera parte de los conflictos encuadrados en el mismo pertenecen a Metalurgia (**36**), situándose a continuación las Industrias de Alimentación (**22**) y la Industria Química (**10**). Otros sectores afectados de forma significativa fueron los de Actividades Administrativas y Servicios Auxiliares (**13%**), Transporte (**10%**) y Hostelería (**10%**).

Los procedimientos que tienen su motivación en la aplicación e interpretación de los convenios colectivos suponen el **63%** del total en el año 2010, resultando claramente inferior el porcentaje de conflictos que se derivan de la interpretación y aplicación de normas (**19%**), lo cual es consecuencia de la prevalencia en la ordenación de las condiciones de trabajo de la norma convencional o pactada frente a la heterónoma. Los expedientes presentados cuyo objeto se refiere a la negociación de convenio abarcan el **6%** del global. El **9%** de los conflictos se planteó como consecuencia de modificaciones de condiciones de trabajo pactadas. Los conflictos motivados por despidos colectivos y plurales supusieron el **2%** del total. El cumplimiento de anteriores acuerdos alcanzados en sede SERCLA motiva el **1%** de los conflictos interpuestos.

2. Tramitación de expedientes

De entre los datos técnicos relativos a la tramitación de los conflictos interpuestos ante el Sistema en 2010, cabe destacar los siguientes:

- ➔ 20 días naturales como duración media de los expedientes.
- ➔ 1,4 sesiones por expediente como promedio.
- ➔ 1 hora y 45 minutos como duración media de las sesiones de mediación.
- ➔ 270 mediadores actuantes.
- ➔ 17 secretarios intervinientes.
- ➔ 2.744 horas invertidas en sesiones de mediación.

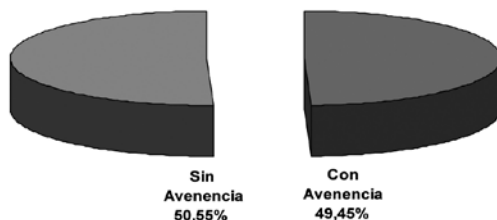
3. Resultados Obtenidos

El índice global de acuerdos en el año 2010 alcanzó el **49,45%** de los conflictos colectivos tramitados, finalizando con avenencia un total **404** de los **817** expedientes de conciliación-mediación sustanciados en dicho período de tiempo.

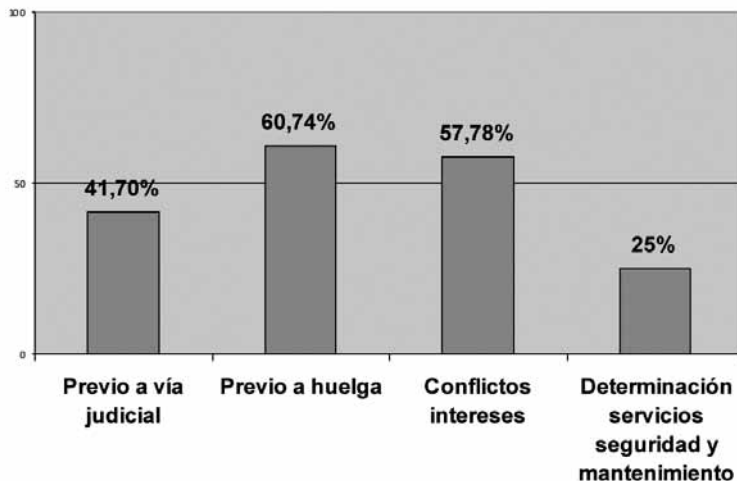
Los **404** acuerdos suscritos a lo largo de 2010 en alguno de los diez centros de actuación con que cuenta el SERCLA en Andalucía beneficiaron a **11.942** empresas. Las referidas avenencias alcanzadas también extendieron sus efectos positivos a un importante número de trabajadores: Un total de **172.547**.

En los doce años de actuaciones de este Sistema, se han suscrito un total de **3.244** acuerdos, los cuales han extendido sus efectos a **282.068** empresas y a **2.258.219** trabajadores andaluces.

Resultado Global año 2010



Porcentaje de Avenencias. Tipos de conflicto



Como ocurriera en pasadas anualidades, los resultados de 2010 ofrecen diferencias sustanciales en función del tipo de conflicto de que se trate, apreciándose que resulta superior el porcentaje de acuerdos logrado en aquellos procedimientos que no constituyen una instancia previa al proceso judicial, tales como los conflictos previos a huelga y, sobre todo, los conflictos de intereses provocados por bloqueos de negociación.

En esta anualidad, se firmaron **196** acuerdos en los **470** conflictos previos a la vía judicial tramitados. Un total de **181** conflictos previos a huelga concluyeron con avenencia en el global de los **298** tramitados. Asimismo, finalizaron con acuerdo **29** de los **45** conflictos de intereses (procedimiento general) que tuvieron tramitación efectiva. Por último, se firmó **1** acuerdo en los **4** conflictos tramitados derivados de determinación de servicios de seguridad y mantenimiento.

Al observar el porcentaje de avenencia alcanzado en estos doce años en la resolución de bloqueos de negociación colectiva, se aprecia que estamos ante un tipo de conflicto en el que el SERCLA resulta ser un instrumento muy útil. La intervención de este Sistema Extrajudicial en 2010, sirvió para que se logran acuerdos superadores de situaciones de impasse en procesos negociadores que afectaron, por ejemplo, a empresas tales como Inagra de Granada y Matsa de Huelva. También a través de esta modalidad procedimental, la mediación del SERCLA propició el desbloqueo de procesos negociales relativos a convenios sectoriales tales como los de Oficinas y Despachos de las provincias de Granada y Huelva.

Al propiciar la actuación mediadora del SERCLA que estas **181** huelgas fueran evitadas, las horas de trabajo recuperadas en 2010 alcanzaron la cifra de **973.792**.

La intervención de este Sistema Extrajudicial en 2010 sirvió para que se logaran acuerdos que evitaran el desarrollo de situaciones de huelga en centros de trabajo ubicados en Andalucía con plantillas de varios centenares de trabajadores/as tales como, por ejemplo, Isofotón de Málaga e Inagra, empresa concesionaria del servicio público de limpieza en Granada.

Igualmente conviene destacar un conjunto de acuerdos rubricados en sede SERCLA en 2010, y ello debido a que, habiéndose logrado tales avenencias al resolver diferentes conflictos de sector, las mismas implicaron el que no se llevaran a cabo las respectivas huelgas. En este sentido, podemos citar los relativos al Campo de Córdoba y al Transporte Sanitario de Cádiz. En este último caso el acuerdo firmado en SERCLA propició además la firma del correspondiente convenio provincial del sector.

La cifra global de **973.792** horas de trabajo recuperadas en 2010, como consecuencia de la mediación del SERCLA tendente a evitar huelgas, se concentró fundamentalmente en las sedes de Jerez, Córdoba y Sevilla.

Sede SERCLA	Huelgas evitadas	Horas de trabajo recuperadas
Algeciras	19	36.408
Almería	9	24.008
Cádiz	10	36.896
Córdoba	11	255.328
Granada	15	49.064
Huelva	10	11.600
Jaén	2	6.360
Jerez	40	395.880
Málaga	32	69.384
Sevilla	33	88.864

SERCLA 1999-2010. Huelgas evitadas				
Ámbito	Nº	Empresas	Trabajadores	Horas de trabajo recuperadas
Andalucía	1.487	155.006	1.073.548	29.949.616

PARTE SEGUNDA: ACTUACIONES RELATIVAS A LA TRAMITACIÓN DE CONFLICTOS INDIVIDUALES

Las Organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Andalucía suscribieron el 4 de marzo de 2005 un Acuerdo Interprofesional por el que se ampliaba el ámbito de actuación del SERCLA a los conflictos individuales sobre determinadas materias:

- Clasificación profesional
- Movilidad funcional y trabajos de superior o inferior categoría
- Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo
- Traslados y desplazamientos
- Determinación del período de disfrute de vacaciones
- Licencias, permisos y reducciones de jornada incluidos los vinculados con el cuidado de los hijos y familiares.

Al comienzo de 2009 el rasgo definitorio del Sistema era el carácter voluntario, de forma que para la tramitación de estas reclamaciones individuales por el SERCLA bastaba con la presentación ante éste de una solicitud por una de las partes del conflicto. No obstante, los actos de mediación sobre tales materias eran preceptivos ante el SERCLA si en el convenio colectivo aplicable estaba previsto un compromiso expreso a través de una cláusula de sumisión de los conflictos individuales a este Sistema, en los términos y condiciones previstos en el convenio que la recogiera. Todo ello se enmarcaba en una experiencia piloto aplicable en las provincias de Almería, Huelva y Sevilla.

La Comisión de Seguimiento del Sistema de Resolución Extrajudicial de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA), reunida el 6 de febrero de 2009 en Arcos de la Frontera (Cádiz), decidió adoptar un Acuerdo relativo a la extensión del ámbito de actuación del sistema de solución de conflictos individuales constituido en el seno del SERCLA, al marco territorial de toda la Comunidad Autónoma de Andalucía. Este Acuerdo, que conllevó una modificación reglamentaria, se publica en BOJA el 16 de marzo de 2009, entrando en vigor tres meses después, es decir, el 16 de junio.

Además, en este mismo Acuerdo se estableció el carácter preceptivo de los procedimientos regulados en el Reglamento que desarrolla el Acuerdo Interprofesional por el que se instauró un sistema de solución de conflictos individuales en el seno del SERCLA. En consecuencia, a partir de 16 de junio de 2009 la intervención de este Sistema extrajudicial sustituye al intento de conciliación ante el CMAC en lo que concierne a los conflictos individuales cuyo objeto se refiere a las materias asumidas por el SERCLA.

No obstante, en virtud de la Ley 13/2009, publicada en BOE de 4 de noviembre, en vigor desde 5 de mayo de 2010, se modifican diversos preceptos de la Ley de Procedimiento Laboral, entre los cuales se encuentra el apartado 1

del artículo 64, relativo a los supuestos en que queda exceptuado el requisito de la conciliación previa para la tramitación del proceso. Como consecuencia de la reforma legal aprobada, la sustanciación ante el SERCLA de la conciliación previa a la vía judicial pasara de ser preceptiva a facultativa en aquellos conflictos individuales cuyo objeto se refiera a alguna de las siguientes materias:

Movilidad geográfica

Modificación sustancial de las condiciones de trabajo

Conciliación de la vida personal, familiar y laboral

A lo largo de 2010, y en el marco de lo expuesto anteriormente, el SERCLA registró un total de 978 expedientes de conflictos individuales. La distribución provincial de los expedientes presentados resulta ser la que sigue: Almería 67, Cádiz 135, Córdoba 55, Granada 127, Huelva 58, Jaén 46, Málaga 275, Sevilla 215.

La mayor parte de las motivaciones de estos conflictos se refieren a Modificación sustancial condiciones de trabajo (491), siguiéndole Reducción de Jornada (146), Clasificación profesional (105), Traslados y desplazamientos (85), Vacaciones (83), Licencias y Permisos (35), Trabajos de superior o inferior categoría (20) y Movilidad funcional (13).

Si se atiende al carácter preceptivo o no de este trámite ante el SERCLA, se observa que la intervención de este Sistema es trámite obligatorio en el 33% de los conflictos individuales registrados ante este Sistema, siendo voluntaria en el 67% restante.

La tramitación efectiva de los expedientes se extiende hasta el 51,6% del total de los presentados. La duración media de las sesiones de mediación celebradas se sitúa en los 48 minutos. El montante global de horas invertidas en sesiones de mediación asciende a 932. Los mediadores/as actuantes son 202, interviniendo 16 secretarios/as. Se celebran como promedio 1,2 sesiones de mediación por expediente tramitado.

Se alcanza acuerdo en algo más de 1 de cada 3 conflictos individuales tramitados, de forma que el porcentaje global de avenencias se eleva hasta el 33,13% de los asuntos en que se desarrolló actuación mediadora.

Comentarios de Jurisprudencia

EL DERECHO DE HUELGA EN EL MARCO DE LA DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL

*Sentencias 75 y 76/2010, de 19 de octubre, y 98 a 112/2010, de 16 de
noviembre de 2010 del Tribunal Constitucional*

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ*

SUPUESTO DE HECHO: Los trabajadores demandantes prestaban servicios para la empresa Unigel, S.L., contratista de la empresa Samoa Industrial, S.A. Ambas empresas habían suscrito un contrato mercantil para la prestación de determinados servicios en el centro de trabajo de la segunda. Este contrato mercantil inició su vigencia el 31 de diciembre de 2000, prorrogándose tácitamente de manera anual. Tras las negociaciones entre los trabajadores de Unigel y la empresa con el objetivo de alcanzar una equiparación de sus condiciones de trabajo respecto de los trabajadores de la empresa Samoa Industrial, se produce la convocatoria de una huelga ante la imposibilidad de acuerdo. Tal huelga genera un grave impedimento en Unigel para continuar prestando los servicios que tenían comprometidos por el citado contrato mercantil. El éxito de la huelga obliga a que la empresa Unigel solicite de Samoa Industrial un incremento en el precio de los servicios contratados. Ante tal hecho, Samoa Industrial comunica la rescisión del contrato mercantil de prestación de servicios existente entre ambas. Como consecuencia de tal rescisión, la empresa Unigel comunica a veinticuatro de sus trabajadores la extinción del contrato de trabajo.

RESUMEN: Los actores presentaron demanda por despido, instando a que se declarara su nulidad por vulneración del derecho de huelga y de la garantía de indemnidad y que se condenara solidariamente a ambas empresas por cesión ilegal de mano de obra. Por Sentencia de 9 de agosto de 2005 el Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón desestimó la demanda. Según este juzgado, no existía vulneración del derecho de huelga por cuanto que la empresa Unigel alegó, en el marco del despido de sus trabajadores, el hecho objetivo de haberse reducido la actividad empresarial como consecuencia de la rescisión del contrato mercantil que la unía a Samoa. Frente a la indicada Sentencia interpusieron los actores recursos de suplicación. La sala de la Social del Trbu-

* Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

nal Superior de Justicia de Asturias desestimó tales recursos sobre la base de argumentos similares a los del Juzgado de la Social y ello pese a quedar acreditada la relación entre la extinción de los contratos y la huelga secundada por los trabajadores. Tras la presentación del correspondiente recurso de amparo, el Tribunal Constitucional acordó conocer el mismo y admitir a trámite la demanda. Las Sentencias ahora analizadas terminan por aceptar los argumentos de los demandantes y aceptando la vulneración del derecho de huelga en el marco de la subcontratación.

ÍNDICE:

1. EFICACIA Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE HUELGA
2. VULNERACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA COMO CONSECUENCIA DE LA RESCISIÓN DE UN CONTRATO MERCANTIL ENTRE SUJETOS PARCIALMENTE AJENOS AL CONTRATO DE TRABAJO
3. EL DERECHO DE HUELGA EN EL MARCO DE LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL
4. RESISTENCIAS A LA EXTENSIÓN DE RESPONSABILIDAD. VOTOS PARTICULARES
5. CONCLUSIONES

1. EFICACIA Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE HUELGA

El derecho de huelga, desde su nacimiento como instrumento de lucha de la clase trabajadora organizada, ha estado indisolublemente vinculado a su necesaria efectividad. El riesgo asumido por los trabajadores, tanto en momentos de prohibición como de admisión del derecho, hace que sólo se utilice como última ratio de los procesos de negociación de mejoras en las condiciones de trabajo. Al mismo tiempo, dicha efectividad ha estado supeditada históricamente a la concurrencia de unas específicas características en la manera de organizarse la producción. A este respecto, cuanto más próximo esté tal organización del tradicionalmente conocido como fordismo, más posibilidades de éxito tiene la correspondiente convocatoria de huelga. Por el contrario, cuanto más se avance en modelos organizativos calificados como post-fordistas, con menos garantías de éxito contarán los trabajadores que decidan secundar las convocatorias de huelga.

De este modo, la implementación de las nuevas tecnologías y la fragmentación de los procesos productivos con las correspondientes externalizaciones, producen una progresiva separación entre efectividad y eficacia de este derecho fundamental. La difuminación del auténtico centro de poder económico y laboral, oculto tras una serie de contrataciones mercantiles en cadena, hace que una huelga exitosa en cuanto a la paralización del proceso

de producción, pueda llevar a la contraproducente situación de extinción de dichos contratos entre empresas que obligarán a la extinción de los contratos de trabajo. Aquí es, precisamente, donde se encuentra el nudo de la cuestión de las sentencias ahora analizadas.

Este debate no deja de ser distinto de todos aquellos en los que eficacia y efectividad del derecho de huelga no se corresponden¹. En palabras de este autor, «lo más importante es recordar que en un sistema democrático no es posible anular coactivamente la eficacia del derecho de huelga, vaciando su contenido esencial. La huelga implica una alteración profunda de las condiciones normales de prestación del servicio, y en consecuencia su objetivo principal es la interrupción de la producción de bienes y de servicios. La continuidad del servicio, su inmunización frente al conflicto, debe sustituirse por su opuesto. No hay huelga sin interrupción del servicio, porque ésta es la expresión evidente de su realidad y del interés colectivo que se presenta en confrontación con el proyecto organizativo empresarial».

El caso que nos ocupa es distinto sólo parcialmente. Continuando el razonamiento de Baylos, no hay huelga sin interrupción del servicio del conjunto de empresas que son receptoras, en última instancia, de la plusvalía del trabajo de los trabajadores, independientemente de cuáles sean los vínculos jurídicos que le unen con los trabajadores. Lógicamente, esta afirmación habría de ser matizada en función del tamaño de la empresa directamente receptora del trabajo por cuenta ajena o, más acertadamente, de la auténtica autonomía de tal empresa respecto de otras con las que esté vinculada mercantilmente. En caso contrario, se llegaría a la conformación de espacios de imposibilidad práctica de huelgas e, incluso, de empresas en las que no caben huelgas. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de empresas cuyo proceso de producción esté totalmente externalizado. Al no tener trabajadores directamente contratados por ella, es inmune a las posibles huelgas que estos pudieran convocar, por cuanto que ante tales convocatorias siempre le cabría la posibilidad de extinguir los correspondientes contratos mercantiles, con lo que nunca asumirían un riesgo siempre presente en las empresas que contratan directamente a sus trabajadores. Esta realidad genera una clara indefensión en los trabajadores, que ven ninguneadas las posibilidades del derecho fundamental de huelga. Esta es, justamente, la situación que el ordenamiento jurídico ha pretendido aliviar a través de mecanismos de protección de los trabajadores insertos en estas cadenas de producción. Así, por ejemplo, las garantías de extensión de responsabilidades empresariales del art. 42 ET, 127 LGSS y 24 LPRL, la propia existencia de los TRADES o, incluso, las garantías implementadas en algunas

¹ Baylos Grau, A., «Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social», RDS, nº 2, 1998, pp. 78-82.; y del mismo, «Pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y de la telecomunicación», RGDTS, nº 5, 2004.

Leyes autonómicas de cooperativas en el caso de que la Sociedad Cooperativa trabaje en exclusiva para otra empresa principal.

2. VULNERACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA COMO CONSECUENCIA DE LA RESCISIÓN DE UN CONTRATO MERCANTIL ENTRE SUJETOS PARCIALMENTE AJENOS AL CONTRATO DE TRABAJO

El supuesto ahora analizado entra de lleno en la difícil cuestión del derecho de huelga en el marco de las nuevas realidades productivas. La empresa Unigel S.L. tenía suscrito un contrato mercantil de arrendamiento de servicios con Samoa Industrial S.A., el objeto del mismo era la prestación de determinados servicios en el centro de trabajo de tal empresa. Para ello, Unigel S.L. contaba con 24 trabajadores prestando servicios en el centro de trabajo de Samoa Industrial S.A.

Las condiciones de trabajado de los trabajadores de Unigel eran inferiores a las disfrutadas por los trabajadores directamente contratados por Samoa. Por ello, tras más de cinco años desarrollando sus servicios en exclusiva en esta última, los trabajadores deciden convocar una huelga, lógicamente contra la única empresa con la que poseían vínculo contractual, esto es, Unigel. Dicha huelga alcanza sus objetivos de equiparación de las condiciones de trabajo de ambos colectivos de trabajadores. Sin embargo, la empresa intenta repercutir el aumento de los costes sociales con un incremento del 1,62 % en el precio de los servicios contratados con Samoa.

Esta última, en el marco del vínculo estrictamente mercantil que le une con Unigel, decide la extinción de tal contrato. Como consecuencia de tal extinción, la empresa Unigel procede a la extinción del contrato de trabajo de 23 trabajadores. Estos llevan a cabo la impugnación de dicho despido por entender que vulneraba los derechos de huelga y de indemnidad.

Como se puede constatar fácilmente, en el hecho debatido confluyen una pluralidad de cuestiones litigiosas. En primer lugar, la posibilidad de que concurren los requisitos de una cesión ilegal de trabajadores. No obstante, a los efectos de nuestro comentario habríamos de centrarnos en la afectación que para el derecho de huelga supuso tales despidos motivados por una causa económica derivada del normal discurrir de una relación mercantil, como se encarga en afirmar el Tribunal Superior de Justicia de Asturias al precisar que tal extinción no es una arbitrariedad, o una mera ficción para encubrir una extinción mutuamente aceptada de las relaciones laborales, sino una causa plenamente justificada para dar por extinguido el contrato de arrendamiento de servicios existentes entre las empresas. Partiendo de tal premisa podremos

extraer todas las consecuencias respecto a los límites del derecho de huelga en la actual realidad productiva; así como sobre la posibilidad de extender las posibles reacciones del ordenamiento jurídico frente a la vulneración de este derecho fundamental más allá de aquellos vinculados por el contrato de trabajo.

Como consecuencia de todo lo anterior, las cuestiones debatidas en relación al derecho de huelga son dos: en primer lugar, la posible nulidad del despido como consecuencia de la vinculación directa entre la huelga convocada y la decisión extintiva y, en segundo lugar, la extensión de las responsabilidades derivadas de la hipotética declaración de nulidad más allá de la empresa con la que existía el vínculo contractual laboral. Este es el temor de la empresa Samoa Industrial S.A., que en su escrito de alegaciones presentado ante el constitucional termina afirmando que aun en el caso de aceptarse la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, la consecuencia nunca podrá ser la de imponer a ésta, ni con carácter solidario ni de ninguna otra manera, la reposición del trabajador a su anterior puesto de trabajo, al no haber existido nunca un vínculo laboral entre ambos, resultándose así ajeno el efecto de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuese la causa, por lo que el restablecimiento del derecho hipotéticamente vulnerado no podría producirse, ante la inexistencia del vínculo mercantil que amparaba la contrata, más que por la correspondiente vía indemnizatoria.

La dificultad hallada por el Tribunal Constitucional a la hora de resolver tales extremos puede explicar lo exiguo de la mayoría que dictó la sentencia, así como, de la existencia de varios votos particulares en los que también nos detendremos. Este Tribunal parte de unos hechos probados por las sentencias de instancia en virtud de los cuales quedaba acreditado que la extinción del contrato de los trabajadores fue consecuencia de las movilizaciones previamente desarrolladas por el conjunto de los trabajadores de la empresa, movilizaciones que se materializaron en el ejercicio del derecho de huelga. Partiendo, pues, de esta premisa sólo le cabe al Tribunal Constitucional determinar si dicha relación supuso una vulneración del derecho fundamental de huelga.

La primera cuestión a resolver es si un acto imputable a quien no es contratante laboral puede ser causa de nulidad del despido por vulnerar el derecho fundamental de huelga. Los tribunales que conocieron de esta cuestión mantuvieron al respecto que quien resulta responsable de la vulneración no es la empleadora del trabajador, sino la empresa principal para la que aquélla presta servicios, vinculada a ésta por un contrato mercantil ajeno a la relación laboral. Por el contrario, quien decide la extinción del contrato, como titular de la relación laboral con el trabajador, se limita a aplicar una decisión consecuente con la previa rescisión de la contrata mercantil que constituye su causa, rescisión a la que es por completo ajena.

3. EL DERECHO DE HUELGA EN EL MARCO DE LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL

Reiteramos que el Tribunal Constitucional acepta todos estos razonamientos como acertados. Es decir, se parte de que la consecuencia para los trabajadores del ejercicio del derecho de huelga ha sido la de su despido. Sin embargo, tal despido no se ha ocasionado por la actitud del contratante laboral sino por la de otro receptor de dicho trabajo, con quien los trabajadores no tienen vínculo contractual. En definitiva, lo que se trata de determinar es si las garantías que la Constitución ofrece a los trabajadores en el ejercicio de sus derechos fundamentales se mantienen o desaparecen en los supuestos de subcontratación laboral.

Esta primera cuestión es resuelta por la mayoría del Tribunal Constitucional con una singular contundencia. En primer término, se parte de que la celebración de un contrato de trabajo no puede suponer para los trabajadores una privación de los derechos que tienen reconocidos por la Constitución. En segundo lugar, continúa el Constitucional manteniendo que la libertad de empresa no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas. Por último, concluye con sus razonamientos previos sosteniendo que el ejercicio de las facultades organizativas del empleador no puede traducirse en la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni en la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél (Fundamento Jurídico Séptimo).

El problema, pues, queda circunscrito a determinar si en el caso presente la vulneración de un derecho fundamental por parte de aquel que no es empresario laboral impide la posibilidad de reparación. En este sentido, el Tribunal Constitucional asume implícitamente, con carácter previo, la necesidad de utilizar un concepto de empresario más amplio del tradicional, al menos a los efectos de protección del derecho de huelga: al desamparo ahora constatado «se llega, precisamente, como consecuencia de lo que constituye la esencia misma de los procesos de subcontratación, esto es la fragmentación de la posición empresarial en la relación de trabajo en dos sujetos, el que asume la posición de empresario directo del trabajador, contratando con éste la prestación de sus servicios, el que efectivamente recibe éstos, de una manera mediata y merced a un contrato mercantil. En la práctica si no pudiese otorgarse tutela jurisdiccional ante vulneraciones de derechos fundamentales en supuestos como éste, se originaría una gravísima limitación de las garantías de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de procesos de descentralización empresarial, cuando no directamente a su completa eliminación, lo que resulta constitucionalmente inaceptable».

Además, esta distorsión en las posibilidades de ejercicio de los derechos fundamentales es especialmente significativa en el caso del derecho de huelga, dado que este derecho es, como anteriormente mantuvimos, un derecho de resultado que se desarrolla frente a la empresa y que pretende la paralización de la producción. Paradójicamente, esta paralización de la producción se convierte en el contexto de la subcontratación en causa de extinción del contrato mercantil que media entre las empresas. Por ello, asevera el Constitucional, si mantuviéramos un concepto restrictivo de empresario laboral se haría en la práctica inviable el ejercicio de huelgas cuando éstas son exitosas: «de poco servirían las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga si se admitiera que éstas alcancen únicamente al contratista, empresario directo en la relación laboral, y no al empresario principal, que es sobre quien habrán de recaer en última instancia los efectos económicos lesivos de la huelga y quien, por tanto, podrá estar igual o más interesado que el contratista en combatirla».

En definitiva, el Tribunal Constitucional termina considerando inaceptable que la posibilidad de ejercicio de un derecho fundamental pueda quedar condicionado por la existencia de un contrato de trabajo entre quien impide el ejercicio de tal derecho y los titulares del mismo. Es por ello que este Tribunal considera imprescindible extender al ámbito de las contrataciones y subcontrataciones su doctrina según la cual los derechos de un trabajador pueden ser vulnerados por quien no es su empresario en la relación laboral pero interviene o interactúa con él en conexión directa con la relación laboral (STCo 250/07, de 17 de diciembre).

En cuanto a la segunda de las cuestiones debatidas, esto es, cuál es la extensión de la responsabilidad una vez aceptada la nulidad de los contratos, habría que partir de este último razonamiento para poder comprender la decisión del Constitucional. En efecto, tras cuestionar la necesidad de abandonar un concepto excesivamente restrictivo de empresario, termina por considerar que el contratista principal es un sujeto ajeno a la relación laboral también a los efectos que ahora interesa. Este razonamiento plantea importantes cuestiones de difícil solución.

Desde nuestro punto de vista, la protección del derecho de huelga en el marco de la subcontratación no sólo depende de la simple declaración formal, sino de la extensión de la responsabilidad de dicha vulneración. De lo contrario, nos encontraríamos ante la paradoja de que se declare la nulidad del despido y su consiguiente obligación de readmisión en una empresa que, efectivamente, no puede continuar su anterior explotación empresarial por haberse resuelto el contrato mercantil que la unía con la empresa vulneradora del derecho fundamental y a la que no se extiende responsabilidad alguna.

Esta cuestión es resuelta por el Tribunal Constitucional, una vez calificados los despidos como nulos por vulneración del derecho fundamental de huelga, en un sentido mucho más tradicional y eso a pesar de detectar las contradicciones de tal planteamiento. Este Tribunal se encontraba ante una clara disyuntiva: o, por una parte, extendía la responsabilidad de la nulidad más allá del marco fijado por el contrato de trabajo, o, por el contrario, se hacía prácticamente imposible que las consecuencias de la nulidad lleguen a producirse. En este sentido, el Constitucional, consciente de tal dificultad, pero negándose a llevar hasta sus últimas consecuencias sus razonamientos sobre lo estrecho del concepto de empresario laboral, termina por no resolver la cuestión y se limita a remitir al Juzgado de lo Social la responsabilidad de determinar la ejecución así como la identidad del responsable. Es decir, el Tribunal Constitucional termina por aceptar la invulnerabilidad de la rescisión del contrato mercantil cuyo móvil fue la conculcación de un derecho fundamental.

Al mantenerse en el plano estrictamente laboral, y al no existir tal vínculo entre la empresa vulneradora del derecho fundamental y los trabajadores perjudicados, acepta la imposibilidad de la ejecución de la nulidad y consiente en la eventualidad de que se sustituya por una indemnización en favor de los recurrentes. Siendo, asimismo, responsabilidad del Juzgado de lo Social la distribución de las responsabilidades entre las empresas afectadas.

A pesar de que las sentencias ahora comentadas terminaban siendo bastante restrictivas en cuanto a la ejecución de la nulidad declarada, fue recibida con enorme inquietud por la prensa y doctrinal neoliberal. Su principal razonamiento giraba en torno a las posibles actuaciones estratégicas de aquellos trabajadores que, intuyendo el fin de la contrata, podrían decidir provocar conflictos artificiales con el único y exclusivo objetivo de blindar su posición frente a un futuro despido. Hasta el punto de que algunos comentaristas han pasado de puntillas por el núcleo de la sentencia para abordar con detenimiento el análisis de los votos particulares².

En el ámbito del propio Tribunal, se emitieron tres votos particulares, suscritos por un total de cinco magistrados, que ahora pasamos a analizar.

² Cfr. Susana Moreno Cáliz, «Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga. Comentario a la sentencia del pleno del tribunal constitucional 75/2010, de 19 de octubre de 2010», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 24 (2011).

4. RESISTENCIAS A LA EXTENSIÓN DE RESPONSABILIDAD. VOTOS PARTICULARES

El primero de los votos particulares, esto es, el formulado por D. Guillermo Jiménez Sánchez, parte de la consideración de que no es admisible extender la responsabilidad de la vulneración del derecho de huelga más allá de aquellos que poseen la consideración de empresarios laborales en sentido estricto. Es decir, salvo que entre el perjudicado y el que impide el ejercicio del derecho de huelga no existe previamente un contrato laboral, no se puede dar dicha responsabilidad. Como consecuencia de tal posicionamiento inicial, termina considerando que el parecer mayoritario del Pleno es «manifiestamente voluntarista, sin apoyo en norma legal alguna». No sería, por tanto, en la consideración de este Voto Particular, el recurso de amparo el instrumento adecuado para solventar ese supuesto vacío normativo. Todo ello a pesar de que efectivamente se ha producido una vulneración del derecho fundamental de huelga, como el propio Magistrado disidente termina aceptando.

En definitiva, la legalidad de la contrata y la imposibilidad de detectar una cesión ilegal de trabajadores, hace a la empresa principal, destinataria en exclusiva del trabajo realizado por los trabajadores contratados por Unigel, inmune a cualquier consecuencia de la constatada vulneración del derecho de huelga. Dicho de otro modo, las consecuencias de dicha vulneración serán soportadas, en exclusiva, por aquella empresa que no conculcó el derecho fundamental.

Se trata, en definitiva, de la consecuencia de un concepto legal de empresario (art. 1.1 ET) incapaz de afrontar la enorme complejidad que las nuevas relaciones de producción. Volviendo las argumentaciones neoliberales anteriormente esbozadas, será suficiente a juicio de este voto particular, decidir no contratar directamente a los trabajadores, sino suscribir contratos mercantiles, para quedar inmune de un ordenamiento jurídico lastrado por la carga de los derechos fundamentales de huelga y libertad sindical. Por otro lado, no es del todo cierto el comentado vacío legal traído a colación por el Voto Particular, por cuanto que para otras circunstancias, quizás menos trascendentes, se produce dicha extensión de responsabilidad aun sin mediar contrato de trabajo entre la empresa principal y los trabajadores, por la vía del art. 42 ET.

Mucho más incisivo resulta el Voto particular formulado en solitario por el Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas. Este autor parte del inapropiado uso de sus funciones llevado a cabo por el Pleno en esta cuestión. En concreto, partiendo, de nuevo, la existencia de un vacío, el Tribunal Constitucional no está capacitado para juzgar, a través del recurso de amparo, tal extremo. Comienza el Magistrado acusando a sus compañeros de Sala de haber tergiversado los hechos probados contenidos en la Sentencia del Juzgado, no revisados en la del Tribunal Superior de Justicia. Todo ello, continúa el Magis-

trado disidente, para declarar probada la relación entre la rescisión del contrato mercantil y la previa huelga realizada por los trabajadores.

A continuación, el Voto particular se centra en la que, desde nuestro punto de vista, debería haber sido el núcleo central de la sentencia comentada: cuáles son los mecanismos que permiten extender la responsabilidad de la vulneración del derecho fundamental de huelga a un sujeto ajeno a la relación jurídico-laboral en sentido estricto. Según Conde Martín de Hijas, el parecer mayoritario de la Sala es el de extender el elemento subjetivo de la relación laboral del empresario empleador a la empresa contratante de ésta, pero sin precisar su justificación e, incluso, continua este magistrado, contra el tenor literal del art. 42 ET.

En este punto es necesario detenernos en el siguiente razonamiento a nuestro entender, aun sin compartirlo, básico para comprender el fenómeno ante el que nos encontramos. En concreto, nos referimos al auténtico significado de las cadenas de contratación y subcontratación desde la perspectiva de los trabajadores implicados. Esta cuestión se puede resolver de dos modos bien distintos. Por una parte, considerar que, aunque formalmente los trabajadores sólo están ligados con sus correspondientes contratos de trabajo respecto a un eslabón de la cadena de contrataciones, en realidad lo que existe es una fragmentación de la posición empresarial en la relación de trabajo. Es decir, como afirma la mayoría de la Sala, concurre una peculiar relación triangular entre empresa principal, empresa contratista y trabajadores. Por otra parte, como mantiene el Magistrado disidente, entender que la existencia de dos realidades contractuales, mercantil y laboral, es suficiente para separar las responsabilidades que puedan surgir entre los trabajadores y la empresa directamente contratante que es, por otra parte, la única posibilidad ofrecida por nuestro ordenamiento jurídico.

A continuación, Conde Martín de Hija aborda la cuestión con que abríamos nuestro comentario, esto es, la relación entre eficacia y efectividad del derecho de huelga. Este Magistrado afirma de manera inusualmente contundente que «una cosa es una represalia derivada del ejercicio de derechos fundamentales, y otra muy diferente la defensa del propio interés frente a los efectos negativos de aquel ejercicio, por quien no está ligado con relación alguna con quienes ejercitan sus derechos». Decíamos que nos parece inusualmente contundente este razonamiento, sobre todo si lo comparamos con la defensa que, en cada convocatoria de huelga, realizan los sectores más neoliberales del supuesto derecho al trabajo de los no huelguistas, cuando hasta el corte de la circulación de una calle supone un atentado insoportable de tal derecho.

Por último, destaca algunas otras contradicciones a su juicio. En primer lugar, como se puede derivar de un vínculo mercantil consecuencias laborales y, en segundo lugar, por qué se hace corresponsable de la vulneración del de-

recho de huelga a aquella empresa que sólo reaccionó con la rescisión de un contrato mercantil. A ambas cuestiones responde el autor de manera contraria a los intereses de los trabajadores y ello con una finalidad expresada con toda contundencia. Una vez eliminado todo vínculo entre la empresa principal y los trabajadores, el siguiente paso es admitir todo tipo de reacción frente al legítimo ejercicio del derecho fundamental de huelga.

En esta misma dirección, el último de los votos particulares –el defendido por el Magistrado D. Javier Delgado Barrio–, concluye con una serie de preguntas retóricas a las que él da respuesta: «¿Resultaba exigible a la empresa principal mantener un contrato que la llevaba a la pérdida de competitividad? ¿Cuál es la suerte que corre una empresa que fabrica productos sin competitividad? ¿Puede entenderse que con la decisión de rescindir el contrato, inevitable so pena de ir a la ruina, se estaba vulnerando el derecho de huelga de los trabajadores de otra empresa? Creo que la respuesta –continúa este Magistrado– ha de ser terminantemente negativa».

5. CONCLUSIONES

Una vez descritos los razonamientos jurídicos tanto de la mayoría de la Sala como de los diferentes votos particulares elaborados a la misma, deberíamos deducir cuáles son realmente los aspectos de mayor trascendencia de la sentencia ahora comentada.

En primer lugar, habría que resaltar la enorme actualidad de la cuestión debatida, así como su significativa trascendencia en el marco de unas relaciones laborales que ya hace varios lustros abandonaron el tradicional esquema trabajador-empresario. Por el contrario, esta estructura se ha hecho cada vez más compleja, condicionando la eficacia de muchas de las instituciones ideadas para épocas anteriores. En especial, el derecho de huelga se ve afectado de manera especial en este contexto.

En concreto, el proceso de descentralización productiva y las consiguientes contrataciones y subcontratas han debilitado su eficacia y diluido las posibilidades de reacción ante posibles vulneraciones del derecho de huelga. Ante tal situación sólo caben dos soluciones: o bien, considerar inmune de las vías de protección del derecho de huelga a todos aquellos sujetos que no formen parte de los contratantes laborales; o, por el contrario, aceptar la extensión de tal responsabilidad más allá de este reducido núcleo. La Sentencia ahora comentada entra de lleno en esta cuestión, de ahí la polémica suscitada en los medios de comunicación económicos. Sin embargo, las soluciones alcanzadas, como efectivamente han manifestado los votos particulares, no han sido todo lo rigurosos desde un punto de vista técnico como cabría desear.

En cuanto a la primera de las cuestiones resueltas en esta sentencia, desde nuestro punto de vista, no cabría ninguna censura al razonamiento del Tribunal Constitucional. No sería lógico circunscribir al empresario-contratante laboral la posible conculcación del derecho de huelga, en un mundo tan fuertemente interdependiente. Es decir, en este punto el razonamiento tanto de la mayoría de la Sala como de la mayor parte de los Magistrados discrepantes es, a nuestro juicio, la más aceptada.

El problema se produce en el marco de la atribución de responsabilidades a los distintos empresarios de la cadena de subcontratación. En este sentido, el surgimiento de responsabilidades sólo tendrá lugar respecto de aquellos empresarios que, efectivamente, han generado con su conducta una vulneración del derecho de huelga. En el caso que nos ocupa, en ningún momento se cuestionó el que la decisión extintiva de Unigel estuviera motivada por razones ajenas a las de carácter económico. Es decir, que desde nuestro punto de vista, el despido de los trabajadores recurrentes no podría calificarse como nulo sino como procedente o improcedente (en el caso de que no quedara acreditado convenientemente la relación entre la situación económica de la empresa, resultado de la extinción del contrato mercantil, y la decisión extintiva). No obstante, habría que introducir una nueva vía argumental en relación al art. 30 ET., lo que condicionaría, desde nuestro punto de vista, la procedencia del despido.

En este momento, nos encontramos ante la gran encrucijada del conjunto de Sentencias dictadas en los meses de octubre y noviembre de 2010, esto es, el de determinar los mecanismos que pueden hacer posible el resarcimiento a los trabajadores cuyo derecho de huelga se ha visto menoscabado. Conforme mantiene la Sala en este caso, no existiría un supuesto de cesión ilegal de mano de obra, lo que supone que entre Samoa y los trabajadores recurrentes no existía vínculo laboral alguno. No obstante, también queda acreditado que es el comportamiento de Samoa el que genera tal vulneración del derecho de huelga. De nuevo desde nuestro punto de vista, sólo sería posible el que se generara responsabilidades directas entre ambos en el caso de atribuir una responsabilidad civil extracontractual a Samoa respecto al efecto pernicioso que para los trabajadores conlleva la convocatoria y secundamiento del derecho de huelga, esto es, la pérdida de su empleo. Esta vía, además, es aceptada por la propia empresa Samoa en su escrito de alegaciones.

Asimismo, para el caso de que no se declarara la procedencia de los despidos, también existiría la posibilidad de que Unigel se dirigiera contra Samoa como consecuencia de la responsabilidad contractual que hubiera podido generarse como consecuencia de la extinción del contrato mercantil que conllevó la posible improcedencia de los despidos asociados a dicha extinción.

**LA FACULTAD DE VIGILANCIA Y CONTROL POR
PARTE DEL EMPRESARIO DE LA INCAPACIDAD
TEMPORAL DEL TRABAJADOR: ELENCO
DE PRUEBAS ADMITIDAS Y NO INJERENCIA
JUDICIAL EN MATERIA DE SANCIONES**

Sentencia TSJ de Madrid, de 5 de noviembre de 2010

MARIA JOSÉ RODRÍGUEZ CRESPO*

SUPUESTO DE HECHO: El trabajador, D. Rómulo, presta servicios con la ocupación de Técnico de Equipamiento y Salvamento (Bombero) en el Aeropuerto de Madrid Barajas donde realiza las funciones propias de dicha ocupación. El día 23 de marzo de 2008, domingo de Semana Santa, tenía asignado servicio y debía, por lo tanto acudir a trabajar. Solicitó una libranza para ese día, que le fue denegada. Sin embargo, no fue a trabajar, presentando el día 25 de marzo de 2008, un parte de baja por incapacidad temporal de 23 de marzo 2008. Dicha situación se prorrogó en el tiempo hasta el 7 de abril del mismo año.

Ha resultado acreditado que el trabajador el día 3 de abril de 2008, pese a encontrarse en situación de incapacidad temporal, estuvo en el parque jugando con un balón de fútbol, deambulando con absoluta normalidad y corriendo. En consecuencia, la empresa le impuso una sanción por falta grave de 90 días de suspensión de empleo y sueldo, tipificada en el art. 97.4 del Convenio colectivo de AENA, por fraude, deslealtad, trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza. La sanción por parte de la empresa se basa en un informe de detectives con su correspondiente reproducción de video. Se han captado en el mismo, imágenes de la vida privada del trabajador con su hijo menor de edad.

RESUMEN: La resolución judicial desestima el recurso de suplicación impuesto por D. Rómulo, no declarando nula la sanción impuesta por la empresa al haber quedado acreditado los hechos que determinaron su imposición, tipificando la sanción como adecuada y proporcionada.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE:

1. PLANTEAMIENTO DEL CASO CONCRETO
2. INSTRUMENTOS AL SERVICIO DEL EMPRESARIO A LA HORA DE DESARROLLAR LA FACULTAD DE VIGILANCIA Y CONTROL
3. LOS LÍMITES IMPUESTOS POR EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD PERSONAL DEL TRABAJADOR
4. PODER SANCIONADOR DEL EMPRESARIO
5. VALORACIÓN FINAL

1. PLANTEAMIENTO DEL CASO CONCRETO

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo social, sección 1ª), de 5 de noviembre de 2010 (AS 2010, 31219), que comentamos (en adelante, la sentencia comentada), analiza la extensión y límites del poder de vigilancia y control del trabajador que concede al empresario el artículo 20 párrafo 4º ET, cuando se trata de comprobar la veracidad del estado de enfermedad o accidente del trabajador como causa justificativa de sus ausencias al trabajo, así como los medios de prueba que pueden utilizarse por el empresario a la hora de ejercer su facultad de control.

En concreto, plantea la cuestión de si es un procedimiento legítimo de investigación el recurso a la captura de imágenes del trabajador, que se encuentra de baja por incapacidad laboral, por parte de un detective privado, cuando dichas imágenes se realizan en un espacio público y captan escenas de su vida privada. Y, de ser así, si la sanción impuesta por el empresario, en ejercicio de su poder disciplinario, resulta proporcionada.

2. INSTRUMENTOS AL SERVICIO DEL EMPRESARIO A LA HORA DE DESARROLLAR LA FACULTAD DE VIGILANCIA Y CONTROL

A la hora de ejercitar la facultad empresarial de controlar la actividad productiva, el Estatuto de los Trabajadores concede al empresario el poder de verificar, tanto el correcto cumplimiento por el trabajador de las obligaciones y deberes laborales (art. 20.3 ET), como la veracidad de su estado de enfermedad o accidentes cuando dicha circunstancia sea alegada para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, (art. 20.4 ET). En el ejercicio de dichas facultades, el empresario tiene como límite el fijado por los derechos fundamentales, entre los que se encuentran, el derecho a la intimidad, que es el que se considera lesionado a juicio del trabajador, en la sentencia que comentamos, debido a la utilización por parte del empresario como prueba del ilícito laboral, de un informe de detectives con su correspondiente reproducción de video.

Para resolver las citadas cuestiones, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, aborda, en primer lugar, la pertinencia o no de utilizar grabaciones

en video como prueba de un ilícito laboral y, en segundo lugar, su licitud o ilicitud tanto de éstas pruebas, como de los informes de los detectives, en cuanto posibles artífices de una violación del derecho a la intimidad personal del trabajador.

Veamos pues, el primero de los problemas planteados.

En general, los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido son considerados por nuestro ordenamiento como pruebas documentales, a aportar en juicio. A pesar de que el art. 90.1 LPL no lo recoge expresamente, la jurisprudencia lo viene admitiendo¹, pudiendo citarse como emblemática la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1999, que expresamente los califica como “*prueba documental asimilable a los documentos privados, por cuanto que, al igual que con éstos ocurre, si la parte a quien perjudiquen no los reconoce como legítimos, habrán de ser sometidos a la correspondiente verificación o comprobación, por medio de la prueba pericial o, incluso de reconocimiento o inspección personal del Juez, y siendo ello así, o sea (volvemos a decir), admitida la conceptualización como prueba documental de tales elementos o medios técnicos reproductores de la palabra o de la imagen, ha de regir para ellos la misma norma procesal que para los documentos...*”².

Dentro de los medios electrónicos de reproducción de la imagen se encuentran englobadas las cintas de video y las grabaciones digitales, siendo aceptadas como elemento de prueba por el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, condicionadas a que ofrezca garantías de autenticidad, “al estar adornado de una indudable fuerza de convicción al permitir que el juez disponga directamente de la imagen filmada por el aparato de video”³. Deben, asimismo, ser admitidas como prueba documental, en la medida en que la imagen o sonido ha sido reproducida y consta en filmación, debe interpretarse en un concepto amplio de «documento» identificándose con «cosa mueble apta para la incorporación de señales expresivas de un determinado significado»⁴. Ha esta opinión coadyuva el hecho de que el Tribunal Supremo ha admitido

¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1991 (RJ 817/91), de 17 de junio de 1996 (RJ 5166/96), de 12 de junio de 1999 (RJ 4735/99).

² En definitiva, aun cuando el material obtenido por medio de reproducción de la imagen y del sonido no es propiamente un documento, accede al proceso por medio de la actividad que constituye el medio de prueba documental, dada su condición de soporte material representativo de hechos y procede asignarle valor de prueba documental a los efectos previstos en el art. 191 b) LPL, según afirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de marzo de 2000 (AS 785/00). En la misma línea, Sentencia del tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 28 de enero de 2000 (AS 2184/00).

³ Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1989 (RJ 8251/89), 4 de junio de 1990 (RJ 5012/90) y 8 de febrero de 1991 (RJ 817/91).

⁴ Tal y como ha admitido de forma expresa el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de febrero de 1988 (RJ 857/88).

expresamente, en el ámbito procesal laboral, que las cintas de vídeo “constituyen per se un documento de examen y visión”⁵, por lo que admite, en consecuencia, como prueba documental las cintas de vídeo a efectos revisorios⁶.

Su idoneidad ha sido admitida en numerosas ocasiones, como medio de demostrar la realización de actividades laborales por parte de los trabajadores durante el período de incapacidad laboral transitoria⁷. Asimismo, el establecimiento de cámaras en el centro de trabajo, cuya existencia y ubicación no tiene por qué ser conocida por los trabajadores⁸, constituye un medio idóneo para el desempeño de las facultades de vigilancia y control por parte del empresario.

El segundo de los medios utilizados por el empresario para comprobar el estado de salud del trabajador de baja por incapacidad en la sentencia que comentamos, fue la utilización de una agencia de investigación, la cual emitió un informe sobre las actividades que dicho trabajador realizó durante su período de inactividad. Pues bien, también en este caso el Tribunal Supremo ha admitido el valor probatorio de los informes realizados por una Agencia de Investigación Privada, aportados al juicio por la empresa. Al equipararlos el Alto Tribunal a un documento privado reconocido legalmente, le es de aplicación lo dispuesto en el art. 604 Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual le reconoce un valor probatorio similar al del documento público. No obstante, ello no es óbice para que sea el juzgador de instancia el que deba analizar su pertinencia e idoneidad probatorio sumado con otros medios probatorios⁹.

3. LOS LÍMITES IMPUESTOS POR EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD PERSONAL DEL TRABAJADOR

Una vez admitidas como pruebas documentales las aportadas mediante grabaciones digitales e informes emitidos por los detectives encargados de vigilar al trabajador, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se centra en determinar si la utilización de dichos métodos de investigación puede resultar atentatorio contra el derecho a la intimidad personal de trabajador. El Tribunal Constitucional ya ha declarado que la utilización por parte del empresario de medios de grabación dentro de la empresa, con la única finalidad de comprobar su conducta laboral, no puede ser considerada como atentatorio de su derecho a la intimidad, pero al ser el art. 20.3 un precepto abstracto, la solución al

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1991 (RJ 817/91).

⁶ STSJ de Galicia de 22 de noviembre de 2002 (AS. 3471/02); STSJ de Murcia de 15 de julio de 2002 (AS. 227640/02), entre otras.

⁷ STSJ de Galicia de 22 de noviembre de 2002 (AS3471/02); STSJ de Valencia de 4 de julio de 2002 (AS 4216/02).

⁸ STC 186/2000, de 10 de julio.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de enero de 1988 (RJ 54/88).

conflicto entre el medio de control y la dignidad del trabajador requerirá de un análisis en cada caso concreto de las circunstancias concretas, aplicando la doctrina general de los derechos fundamentales en la relación de trabajo (STC186/2000, 10 de julio)¹⁰.

No obstante, en el sentencia que comentamos, el supuesto es distinto, ya que se trata de grabar el comportamiento del trabajador fuera de la empresa, realizando una actividad que pertenece al ámbito privado, como es la de jugar con su hijo, a pesar de se realice en un espacio público. Como se afirma por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el art. 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, que toma su contenido de una Sentencia del Tribunal Constitucional anterior (STC 114/1984), establece que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Por lo que la cuestión se centra en determinar si la admisión de la prueba testifical de detectives, soportada en la grabación de video que se acompaña, vulneró el intimidad personal y familiar del trabajador, dado que captó imágenes de su vida privada con su hijo menor de edad, pudiéndose haberse sustituido, según argumentó el propio trabajador, por otras menos gravosas para salvaguardar la intimidad personal y familiar.

La sentencia de instancia entendió que con ello no se había vulnerado la intimidad personal y familiar del trabajador dado que se realizó en un espacio público, opinión reiterada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la sentencia comentada. A juicio de éste (asumiendo la doctrina de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de diciembre de 2001), el ejercicio de la facultad empresarial de exigir, en todo momento, el correcto cumplimiento de los deberes laborales del trabajador y de instrumentar al efecto, los mecanismo de vigilancia oportunos que permitan, en su caso, la ulterior y justificada actuación de la actividad sancionadora, ha de producirse, lógicamente, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, como así lo imponen los art. 42, e), 18 y 20.3 del Estatuto de los Trabajadores. Ahora bien, el respeto de ese valor básico, dentro del que se ha de desenvolver la relación jurídico-laboral, no ha de anular, el derecho de vigilancia, que incumbe al empresario integrando la facultad directiva y controladora que se revela imprescindible para la buena marcha de la actividad empresarial.

Por nuestra parte, consideramos creemos la posición adoptada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la medida en que recoge y asume la doctrina del Tribunal Constitucional sobre aplicación de derecho a la intimidad de la persona en

¹⁰ Esta sentencia, aplicando el principio de proporcionalidad que es el que debe estar presente para determinar la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, estableció la viabilidad de esta conducta. Por ello, a través de las grabaciones, el empresario, puede controlar cómo se desempeña el trabajo, siendo por ello utilizadas como un elemento probatorio idóneo para demostrar la procedencia del despido disciplinario.

el ámbito de la empresa. En este sentido y como se sabe, este derecho no tiene un carácter absoluto, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes como es el ejercicio del poder de dirección del empresario imprescindible para la buena marcha de la empresa¹¹. No obstante, en cada caso concreto ha de apreciarse el equilibrio entre los medios de vigilancia y control establecidos en ejercicio del poder de dirección del empresario y la injerencia en el derecho a la intimidad del trabajador, de modo que la finalidad que persiguen aquellos no resulte desproporcionada con el sacrificio que comparte en dicho trabajador¹².

Aplicando la doctrina sentada por la ya mencionada STC 186/2000, en ocasiones se ha admitido que la utilización de los informes que sobre la conducta del trabajador pueda encargar la empresa o una Mutua de Seguros, en casos control del proceso de incapacidad temporal del trabajador, no atenta contra su derecho a la intimidad. Algún pronunciamiento incluso ha admitido como evidente que, pudiendo constituir la conducta del trabajador un fraude, no sólo dentro del esquema convencional del contrato de trabajo, sino incluso a la Seguridad Social, la legitimación para realizar la investigación se encuentra en manos tanto de la empresa como de la Seguridad Social u organismo autorizado, como puede ser la Mutua que controle el proceso de IT del trabajador, por lo que si la misma empresa puede efectuar la contratación de los detectives, del mismo modo puede servirse del resultado de las investigaciones llevadas a cabo por cuenta del otro legitimado¹³.

En cuanto a su licitud en el marco laboral, aparece expresamente permitida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de julio de 1989 (RJ 1989, 5878)¹⁴. En dicha resolución se admite que, no cabe duda que el ejercicio de la legitimidad empresarial de exigir, en todo momento, el correcto cumplimiento de los deberes laborales impuestos al trabajador y de instrumentar al efecto, mecanismos de vigilancia oportunos que permitan, en su caso, la ulterior y justificada actuación de la actividad sancionadora, ha de producirse dentro del respeto a la dignidad del trabajador, como así lo imponen de forma específica, los arts. 42, e), 18 y 20.3 del Estatuto de los Trabajadores. La utilización de un servicio de detectives privados para comprobar el incumplimiento de los deberes contractuales no debe entenderse como un atentado a la propia dignidad o intimidad del trabajador, por cuanto que afirmar lo contrario, podría vaciar de contenido el derecho de dirección que incumbe a la empresa.

Conocedor de esta jurisprudencia, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la sentencia comentada, admite que el testimonio de detectives contra-

¹¹ SSTC 92/2000, de 10 de abril; 98/2000, de 10 de abril; 186/2000, de 10 de julio.

¹² SSTC 98/2000, de 10 de abril; 186/2000, de 10 de julio.

¹³ STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de julio de 2002 (AS 2998/02).

¹⁴ Y ya asumida en un asunto similar por el Tribunal de Justicia de Madrid, en su sentencia de 27 de octubre de 2003 (AS532/04).

tados para controlar la actividad productiva desarrollada por un trabajador es un medio de prueba válido y, dado que la información no se obtuvo mediante métodos ilegítimos, no puede considerarse que vulnera el derecho a la intimidad de las personas. Por ello, atendiendo a la cronología de los hechos que se consideran probados, el Tribunal considera que está permitido el ejercicio por la empresa del control de la enfermedad que el trabajador alegó como motivo de la baja, a pesar de que dicho control se efectuó a través de prueba de detectives en un espacio público.

4. PODER SANCIONADOR DEL EMPRESARIO

Por último, la sentencia comentada considera acertada la sanción impuesta por la empresa al trabajador, en aplicación del art. 97.4 del Convenio colectivo de AENA, aplicable. Como se sabe, una de las facultades que se incardinan dentro del poder de dirección del empresario, es la de imponer al trabajador la sanción que estime apropiada, dentro del margen que establezca la norma reguladora del régimen de faltas y sanciones. En este caso, dicha norma era el citado precepto convencional. Jurisprudencialmente, se han impuesto límites al control judicial de dicha facultad sancionadora, de los que se hace eco la sentencia comentada. Concretamente, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2004 (RJ 3759/2004)¹⁵ y de 11 de octubre de 1993 (RJ 9065/1993) se afirma que si el juez coincide con la calificación efectuada por la empresa habrá de declarar que la sanción es adecuada y no cabe que rectifique la impuesta, puesto que si “no se mantiene dentro de tales límites y, ante una sanción adecuada a la gravedad de la falta, declara que ha de imponerse un correctivo distinto, está realizando un juicio de valor que descalifica, más que el acto del empresario, el cuadro normativo sancionador, pues está expresando que algunas de las diversas sanciones previstas para un nivel de gravedad son excesivas y no pueden ser utilizadas por el empresario y esto sobrepasa la potestad revisora que las Leyes conceden al Juez”.

Aplicando esta doctrina al caso de autos, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la sentencia comentada, llega a la conclusión de que el Juez de instancia no podía mantener la calificación de falta muy grave y rebajar el alcance de la sanción propuesta, pues sólo cabría hacerlo en aquellos caso en los que, como dice el art. 115.1 c) LPL, la falta no hubiese sido adecuadamente calificada.

¹⁵ Sentencias a favor: TSJ Galicia, sentencia de 17 septiembre 2001 (AS 2001\2987); TSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 6 noviembre (JUR 2009\120211); TSJ Cantabria, sentencia núm. 172/2007 de 21 febrero (AS 2007\1801); TSJ Castilla y León, Valladolid, de 30 septiembre (AS 2005\2834) TSJ Madrid, de 5 noviembre. (AS 2010\3121)

5. VALORACIÓN FINAL

A nuestro juicio, las conclusiones a las que llega la sentencia comentada son correctas y coherentes con las líneas de interpretación mantenidas por el Tribunal Supremo en relación tanto a la utilización de los informes de los detectives y su grabación en video de las actuaciones del trabajador, como a su declaración de licitud por no vulnerar su derecho a la intimidad personal. Por lo que se refiere a la sanción impuesta, resulta aceptado admitir que la misma no pueda considerarse en ningún caso nula, tal y como hizo la sentencia de instancia, por cuanto no se han incumplido ninguno de los requisitos formales previstos en la Ley o en el convenio, ni tampoco existe ningún incumplimiento de los trámites seguidos en la imposición de la sanción.

El empresario actuó conforme a derecho al sancionar al trabajador al haber quedado acreditados los hechos que determinaron su imposición y al existir una tipificación de dicha conducta como falta muy grave por deslealtad, transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el art. 97.4 del Convenio de AENA. El Tribunal entendió razonablemente que la conducta del trabajador tuvo la suficiente gravedad y culpabilidad para ser objeto de sanción, dado que durante su baja por lumbalgia se constató que había realizado ejercicios físicos intensos y prolongados, incompatibles con su patología, exponiéndole a una recaída con la consiguiente prolongación de su enfermedad.

**LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO DESDE LA
PERSPECTIVA DEL INMIGRANTE EN SITUACIÓN
ADMINISTRATIVA IRREGULAR, ¿TRABAJADORES DE
HECHO PERO NO DE DERECHO?**

Auto del Tribunal Supremo, de 9 de septiembre de 2010

FARAH AMAADACHOU KADDUR*

SUPUESTO DE HECHO: El Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 9 de septiembre de 2010, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 4 de diciembre de 2009. La recurrente, con permiso de trabajo, prestó servicios para una empresa que no la tenía dada de alta en Seguridad Social. Fue despedida verbalmente y el despido se declaró improcedente por sentencia de Instancia, siendo declarada la relación laboral extinguida mediante Auto dictado al efecto. La Subdelegación del Gobierno de Cataluña concedió autorización de residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena con un año de vigencia apenas unas semanas después. La pretensión de la recurrente es que el derecho a percibir las prestaciones de desempleo incluya el período anterior al momento que se declaró extinguido el contrato de trabajo. La sentencia recurrida ha desestimado la pretensión remitiéndose básicamente a la doctrina unificada que niega el derecho a la protección de desempleo a los inmigrantes ilegales, de modo que la situación legal de desempleo no puede entenderse producida hasta el momento en que la actora podía acceder legalmente al mercado de trabajo.

RESUMEN: La cuestión central que se debate en la sentencia es sobre si los trabajadores inmigrantes que se encuentran en situación administrativa irregular, en España, tienen o no cobertura por la prestación por desempleo y en qué términos. El Tribunal Supremo declara lo siguiente: “(...) la doctrina unificada (sentencias de 18 de marzo, Sala General, y 12 de noviembre de 2008) niega el derecho a la prestación de desempleo a los extranjeros en situación irregular y que han trabajado sin contar con la autorización administrativa para ello. Si esta Sala no reconoce las prestaciones, la decisión de la sentencia

* Becaria de Investigación del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

recurrir de reconocerlas solo a partir del momento en que se obtienen los correspondientes permisos es coincidente con la doctrina citada. Y en relación con las alegaciones formuladas debe señalarse que la reforma introducida por la LO 2/2009 ya establece que el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo.”

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. PERSPECTIVA EVOLUTIVA DEL MODELO JURÍDICO-LEGAL DE INMIGRACIÓN EN ESPAÑA. ANÁLISIS CRÍTICO JURISPRUDENCIAL EN TORNO A UNA CUESTIÓN LEGAL PARADÓJICA A LA LUZ DEL ARTÍCULO 36.5 DE LA LEY ORGÁNICA 2/2009, DE 11 DE DICIEMBRE
3. VALORACIÓN CRÍTICA

1. INTRODUCCIÓN

Desde un punto de vista histórico, la regulación jurídico-legal del fenómeno migratorio en España es relativamente reciente, debido principalmente a que España era un país predominantemente de emigración. Esta realidad ha ido transformándose, en estas últimas décadas, hasta el punto de que España ha pasado de ser uno de los principales países de acogida de inmigrantes, en unas proporciones impensables hace unos años. Paralelamente, la sociedad española iba superando su situación de estancamiento y subdesarrollo económico-social, existente en el siglo XX, para llegar a una añorada y esperada etapa de prosperidad socio-económica.

Esta transformación, evidentemente, lleva aparejada una serie de implicaciones, tales como, la incipiente tendencia de llevar a cabo múltiples reformas legislativas, y cada una de ellas con sus luces y sus sombras. En la coyuntura actual, la última reforma acontecida ha sido la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Una reforma muy esperada, y que incluso puede ser considerada como una nueva Ley de extranjería e inmigración, por su gran calado.

Dentro de esta vorágine de continuas reformas legislativas, hay que decir que, las primeras reformas trataban el fenómeno migratorio de manera incidental, marginal y posteriormente se ha ido adaptando al verdadero alcance estructural que ha ido adquiriendo en el marco de la realidad social, es decir, la preocupación por la regulación legal de la cuestión social migratoria en España ha ido en aumento en la misma proporción que el número de inmigrantes que llegaban a nuestro país, desbordando todas las previsiones que se tenían al respecto.

El debate en torno a la configuración del régimen de derechos¹ y libertades de los extranjeros en España implica inevitablemente una serie de connotaciones de carácter socio-laboral², económico y también político, y ello va a verse reflejado claramente en lo dispuesto en la legislación de extranjería e inmigración, lo que a su vez supone, tanto avances como claros retrocesos.

2. PERSPECTIVA EVOLUTIVA DEL MODELO JURÍDICO-LEGAL DE INMIGRACIÓN EN ESPAÑA. ANÁLISIS CRÍTICO JURISPRUDENCIAL EN TORNO A UNA CUESTIÓN LEGAL PARADÓJICA A LA LUZ DEL ARTÍCULO 36.5 DE LA LEY ORGÁNICA 2/2009, DE 11 DE DICIEMBRE

Obviamente, el punto de partida no puede ser otro que el artículo 13³ CE, en el que se establece un estatuto común o general de extranjería, con la salvedad de la remisión a los “tratados y leyes”, en torno a la existencia de estatutos que podíamos calificar como especiales⁴. Sin lugar a dudas, definir la posición jurídica de los extranjeros ha sido y sigue siendo una constante en los debates propios de extranjería e inmigración, no solo en nuestro país, sino también a nivel comunitario e internacional.

¹ Véase al respecto la reciente obra de Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, Madrid, La Ley, 2010. Igualmente, destacan la obra de Jover Gómez-Ferrer, R., Ortega Carballo, C. y Ripol Carulla, S.: *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Valladolid, Lex Nova, 2010; y AJA, E.: *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

² Monográficamente, Ceinos Suárez, A.: “*El trabajo de los extranjeros en España*”, Madrid, La Ley, 2006; Fernández Collados, B.: *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, Murcia, Laborum, 2008; Valdueza Blanco, M^a.D.: “*El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*”, Valladolid, Lex Nova, 2008; Triguero Martínez, L.A.: *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Albacete, Bomarzo, 2008.

³ Artículo 13 CE:

1. *Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezca los tratados y la ley.*

2. *Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecer por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.*

3. *La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.*

4. *La Ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.*”

⁴ Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C.: “Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes”, en, *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, AA.VV., Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^a. N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002, págs. 209-210.

Lo cierto es que, el verdadero desafío al que se enfrenta la Constitución Española, ya no es solo la integración de los extranjeros comunitarios, que gozan de un principio de favor, sino la plena integración⁵ y adaptación de los inmigrantes extracomunitarios o de terceros Estados.

Cierto es, que el art. 13 del texto constitucional adolece de un cierto grado de imprecisión, lo que ha propiciado diferentes interpretaciones, en ocasiones restrictivas cuando consideran que la remisión de este precepto constitucional hacia el legislador para su completo desarrollo, implica en cierto modo, la desconstitucionalización de los derechos fundamentales de los extranjeros, por la dependencia de la correspondiente titularidad a lo dispuesto en la Ley o tratados que se acuerden. En sentido contrario, cabría la posibilidad de una interpretación amplia, que a su vez, ha sido avalada por el propio Tribunal Constitucional, partiendo de la percepción de que la remisión al legislador establecida en el art. 13 CE, no implica desconstitucionalizar los derechos fundamentales de los extranjeros en España, sino que, los extranjeros podrán ser titulares de todo el elenco de derechos reconocidos en el Título I de la CE, y dependerá del legislador que el ejercicio de los mismos se reconozca con mayor o menor grado de equiparación en relación a los españoles, por supuesto, dentro del debido respeto de una serie de límites tales como los establecidos en el art. 10 CE. Todas estas consideraciones, nos llevan a concluir que el art. 13 CE no puede ni debe ser interpretado de manera aislada.

Como ya se adelantaba en la parte introductoria, debido a la inesperada evolución del fenómeno migratorio en España y a las dimensiones que éste ha ido adquiriendo, se ha propiciado, en un plazo de tiempo relativamente reciente, numerosas reformas legislativas de manera continuada en el tiempo. La primera, fue la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, y sería conveniente tener en cuenta el contexto en el que surge, ya que por aquella época España entra a formar parte de la Unión Europea, lo que va a suponer el cumplimiento de una serie de requisitos. Esta primera regulación legal se caracterizó por ser una ley inflexible y rígida, principalmente por su inclinación hacia la dispensa de un tratamiento de carácter policial⁶ del fenómeno migratorio, abordándolo desde una perspectiva coyuntural. Siendo además, una Ley que optó por la vía de la restricción en materia de derechos humanos y derechos fundamentales.

⁵ En este tema destaca, Martínez-Abascal, V.A.: “Seguridad Social e inmigración: la ardua forja de una ciudadanía social plena”, en *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación, AA.VV., Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^a N. (Coords.), Granada, Comares, 2008.

⁶ Monereo Pérez, J.L. y Triguero Martínez, L.A.: “El modelo de protección jurídico-legal del trabajador extranjero. Análisis a la luz de la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre”, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA.VV., Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Triguero Martínez, L.A. y Fernández Avilés, J.A. (Coords.), Granada, Comares, 2010, págs. 2 y ss.

El art. 15.1 de la LO 7/1985, de 1 de julio establecía que “los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen fijar residencia en España para ejercer en ella cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, habrán de obtener, simultáneamente con el permiso de residencia, que expide el Ministerio del Interior, permiso de trabajo, cuyo otorgamiento corresponderá al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y que tendrán una duración máxima de cinco años”. Para complementar lo dispuesto en este precepto, se tenía en cuenta el art. 71.2 del Real Decreto 155/1996, por el que se establece que “Ningún empresario podrá contratar a un extranjero que no está autorizado para trabajar en España, salvo que haya sido exceptuado de la obligación de preverse de permiso de trabajo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16 de la Ley Orgánica 7/1985”.

En un primer momento la jurisdicción social se inclinaba por la declaración de nulidad de pleno derecho cuando se daban estas circunstancias, en algunas ocasiones fundamentada jurídicamente en la falta de capacidad del trabajador extranjero en situación administrativa irregular para prestar válidamente su consentimiento (por ejemplo: STS de 20 de octubre de 1986), y otras lo justificaba mediante la contraposición de normas de carácter imperativas o de orden público (en este sentido la STS de 21 de marzo de 1997).

Para evitar el enriquecimiento injusto por parte del empresario, se recurría al art. 9.2 ET, consecuentemente, sobre la base de este precepto legal el trabajador tenía la posibilidad de exigir a cambio de los servicios prestados, la remuneración que correspondería si el contrato fuera válido.

Tal y como dispuso el propio Tribunal Constitucional es su archiconocida sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, el hecho de exigir autorización de residencia para celebrar un contrato de trabajo válidamente no es contrario a la Constitución Española, es más, el hecho de que no haya una igualdad en cuanto al acceso al mercado de trabajo entre los nacionales y los extranjeros no significa que sea contrario a nuestra Constitución⁷.

A pesar de los inconvenientes que venían planteándose durante la vigencia de esta primera Ley sobre extranjería e inmigración, fue determinante la orientación del TS por la que se reconoce el derecho a percibir la prestación por desempleo⁸ a los inmigrantes con permiso de residencia en España, a pesar de haberse expirado el permiso para trabajar, en este sentido, nos encontramos sentencias tales como: SSTs de 21 de diciembre de 1994, y, de 25 de septiem-

⁷ Díaz Aznarte, M.T.: “El trabajador extranjero en situación administrativa irregular”, en, *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA.VV., Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Triguero Martínez, L.A. y Fernández Avilés, J.A. (Coords.), Granada, Comares, 2010, págs. 407 y ss.

⁸ Véase al respecto el profundo y completo análisis realizado por Charro Baena, P.: “Derecho a la prestación por desempleo del trabajador extranjero residente que carece de autorización de trabajo”, *Aranzadi Social*, núm. 4, 2009.

bre de 1995. El TS sostenía que un trabajador extranjero podía encontrarse en territorio español con permiso de residencia y con su permiso de trabajo expirado, lo que no impediría buscar otro trabajo y en caso de conseguirlo poder solicitar otro permiso de trabajo. Por lo tanto, el TS flexibiliza el requisito de la autorización administrativa⁹, reconociendo diferentes grados. Otro dato importante, es que a partir de esta jurisprudencia se consolida el principio de igualdad de tratamiento entre nacionales y extranjeros extracomunitarios residentes en España, en materia de prestaciones por desempleo dentro del nivel contributivo.

Con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, supuso un giro absoluto porque rompe con la lógica policial predicada y aplicada por la LO 7/1985, de 1 de julio. Con esta Ley se consigue incorporar las políticas destinadas a conseguir una plena y efectiva integración social¹⁰, de hecho, ya aparece recogida en el propio título de la Ley, lo cual, ya es bastante indicativo. Esta Ley apostó por la ampliación del elenco de derechos fundamentales de los extranjeros como instrumento de liberalización social. Entre las diversas razones por la que esta nueva Ley era más social, abierta y progresista, era por la necesidad en esos momentos de mano de obra, principalmente en sectores tales como la agricultura, la construcción, el sector servicios, todo ello unido a la sensibilización de la sociedad española, la baja tasa de natalidad en nuestro país, etcétera.

El art. 36.3¹¹ de LO 4/2000, supuso un avance trascendental, porque fue el primer paso que se dio a nivel legislativo para que un contrato de trabajo celebrado por un extranjero en situación administrativa irregular en España sea reconocido como válido, lo que conllevará aparejado una serie de efectos que no fueron concretados.

En la doctrina había un sector que a pesar de este avance seguían firmes en su posición considerando que este hecho no suponía un obstáculo para que un contrato de trabajo celebrado por un trabajador carente de las autorizaciones

⁹ Para conocer cómo llegan a condicionar las autorizaciones administrativas a la hora de reconocer o no los derechos a los extranjeros, véase el interesante artículo de Valdueza Blanco, M.D.: *“Las situaciones administrativas de los extranjeros en España como condicionantes de los derechos sociolaborales”*, La Ley, vol. II, 2003.

¹⁰ Ramos Quintana, M.I.: *“Los derechos fundamentales laborales de los extranjeros en España (libertad sindical y huelga): la corrección constitucional debida”*, Revista de Derecho Social, núm. 42, 2008, págs. 45 y ss. Véase Ramos Quintana, M.I.: *“El derecho al trabajo y los derechos en materia de Seguridad Social”*, en *Los derechos de los inmigrantes en España*, AJA, E. (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

¹¹ Art. 36.3 LO 4/2000: *“La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”*. De esta forma se evita, por una parte, el enriquecimiento injusto del empresario, y por otra parte, se reconoce la protección del trabajador extranjero con independencia de su situación administrativa.

administrativas pertinentes sea declarado nulo de pleno derecho. Otros sectores doctrinales consideraban que el legislador ofrecía la posibilidad de que el contrato de trabajo bajo estas circunstancias sea válido, y por último también estaban los que se decantaban por la nulidad o por la validez según el caso concreto.

No solo hubo diversas posturas entorno a la validez o la nulidad del contrato de trabajo celebrado en tales circunstancias, sino también en cuanto al alcance de los derechos. Había quienes optaron por una interpretación extensiva y, otros sin embargo, eran partidarios de una interpretación más restrictiva. Toda esta confrontación de opiniones incidía negativamente sobre el principio de seguridad jurídica.

De hecho, con la entrada en vigor de esta Ley se reconoce a los extranjeros residentes la posibilidad de acceder a las prestaciones por desempleo¹² en el nivel no contributivo, apoyando de esta manera a la doctrina jurisprudencial del TS. En el art. 14.1¹³ de la LO 4/2000 establecía lo siguiente: “Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”, por lo tanto vemos como solo beneficiaría a los extranjeros que tengan una autorización para residir en España (art. 33 Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre), dejando fuera del ámbito de protección a los extranjeros que se encuentran en situación administrativa irregular¹⁴. Sin embargo, en el apartado tercero del art. 14 dispone que “los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas”, es decir, el colectivo constituido por lo inmigrantes en situación irregular tendrán derecho a la cobertura de las situaciones de necesidad social básicas. A pesar de la formulación confusa de este precepto legal, la noción de asistencia social ha sido delimitada por el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 146/1986¹⁵, como “el conjunto de acciones y de técnicas de protección que quedan fuera del sistema de la Seguridad Social.”

En este sentido, la STS de 7 de octubre de 2003, reconoció el derecho a percibir prestaciones de la Seguridad Social (en base a lo dispuesto en el

¹² Vid., De la Casa Quesada, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, Granada, Comares, 2008.

¹³ Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C.: “Artículo 14: Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales”, en, *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, AA.VV., Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C. (Dirs.), Granada, Comares, 2001, págs. 253-265.

¹⁴ Olarte Encabo, S.: “Extranjeros sin permiso de trabajo. Responsabilidad empresarial en orden a prestaciones por contingencias comunes. Especial referencia al desempleo”, *Revista Actualidad Laboral*, nº 13, 2006, págs. 1586 y ss. Véase en este sentido el completo análisis de Olarte Encabo, S.: “*La protección por desempleo de los trabajadores extranjeros en el sistema español de Seguridad Social*”, *Revista Actualidad Laboral*, núm. 31, 1993.

¹⁵ Marín Marín, J. y Gallego Moya, F.: *El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio jurisprudencial*, Albacete, Bomarzo, 2005, pág. 86.

Convenio núm. 19 de la OIT, y en el art. 1.4 de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966), a un ciudadano de nacionalidad colombiana que trabajaba en España sin el correspondiente permiso de trabajo, a raíz de sufrir un accidente de trabajo se queda en situación de incapacidad permanente absoluta.

En esta misma dirección, la STS de 9 de junio de 2003, reconoció el derecho a recibir asistencia sanitaria y prestaciones económicas, a un trabajador de nacionalidad ecuatoriana que se encontraba sin permiso de trabajo ni de residencia, cuando desafortunadamente sufre un accidente de trabajo. En este importante pronunciamiento jurisprudencial se recoge una serie de sentencias que han ido construyendo la doctrina firmemente consolidada del TS, en este sentido cabe mencionar las sentencias de 27 de diciembre de 1994, 18 de mayo de 1995, 11 de diciembre de 1995 y 24 de mayo de 1996.

Sobre la base del principio de automaticidad de las prestaciones, el art. 125.3 LGSS (95.3 del texto de 1974) establece que “los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones (...)”. Otros de los preceptos legales que avalan la doctrina mayoritaria del TS es el art. 36.3 de la LO 4/2000, de 11 de enero y el art. 106.1 LGSS, que establece uno de los pilares fundamentales a tener en cuenta, y es que la obligación de cotizar se inicia con la prestación de servicios por cuenta ajena (STS de 2 de diciembre de 1998), de ahí que se declare la obligatoriedad de cotizar por los extranjeros que presten servicios sin las correspondientes autorizaciones y permisos.

Tanto en la STS de 9 de junio de 2003, como la STS de 7 de octubre del mismo año, se declara expresamente que “el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo. Y, siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900”. Ahora bien, en el caso de la STS de 9 de junio de 2003, había que tener en cuenta la dificultad de encuadrar el supuesto en la normativa internacional, porque Ecuador no había ratificado el Convenio núm. 19 de la OIT, circunstancia que no va a suponer impedimento por parte del TS para reconocer las prestaciones de Seguridad Social en base a los arts. 36.3 y 57.5.d)¹⁶ de la LO 4/2000, junto con el art. 1.4.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966 por el que “la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional” y, por último el art. 2 del Convenio Adicional al

¹⁶ Art. 57.5. d) LO 4/2000: “La sanción de expulsión no podrá ser impuesta... a los extranjeros que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España”.

de Seguridad Social Hispano Ecuatoriano de 1 de abril de 1960 (ratificado por España, B.O.E. 180/1975, de 28 de julio 1975) dispone “que los trabajadores españoles en Ecuador y los trabajadores ecuatorianos en España estarán sujetos a las legislaciones sobre Seguridad Social aplicables en los respectivos países y se beneficiarán de las mismas, así como sus familiares y derechohabientes, en iguales condiciones que los nacionales de cada uno de los países.”

La LO 4/2000, de 11 de enero, fue objeto de numerosas reformas, entre ellas, la LO 8/2000, de 22 de diciembre, LO 11/2003, de 29 de septiembre, LO 14/2003, de 20 de noviembre, y la actualmente vigente LO 2/2009, de 11 de diciembre.

De entre las reformas anteriormente señaladas, destaca la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por tratar el fenómeno migratorio como estructural, aunque fue restrictiva en cuanto al reconocimiento de derechos a los extranjeros que se encontraban en nuestro país, puesto que iba a depender de su situación administrativa, salvo aquellos derechos que les corresponden como persona, inherentes a la dignidad humana. De este modo, se fomentaba la invisibilización del colectivo formado por los inmigrantes en situación administrativa irregular.

A raíz, de la LO 8/2000 se interpusieron recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que posteriormente han sido resueltos en dos importantes pronunciamientos, concretamente: STC 236/2007, de 7 de noviembre y STC 259/2007, de 19 de diciembre, con ello se actualizó la doctrina jurisprudencial cuyo máximo exponente era la STC 107/1984, de 23 de noviembre, en la que se establecía una clasificación tripartita de derechos: por un lado, estaban los derechos comunes tanto a los españoles como a los extranjeros, por ser inherentes a la persona y por lo tanto no cabe la posibilidad de establecer ningún tipo de condicionamiento o restricción, por otro lado, estaban los derechos que se reconocían exclusivamente a los españoles, en este caso, se trataba de derechos vinculados a la noción de soberanía, y por último, los derechos de configuración legal, es aquí donde se situaban la mayor parte de los derechos socio-laborales. A partir de estos dos pronunciamientos se da un paso más en el reconocimiento de un estándar mínimo de derechos fundamentales del inmigrante como persona que trabaja¹⁷.

Por lo tanto, la modificación legislativa operada por las Leyes Orgánicas 4 y 8¹⁸ del 2000, supuso un cambio radical en cuanto al reconocimiento de

¹⁷ Monereo Pérez, J.L. y Triguero Martínez, L.A.: “*Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007 de 7 de noviembre y 259/2007 de 19 de diciembre (I)*”, Revista Relaciones Laborales, 2008, págs. 329 y ss.

¹⁸ El art. 36.3 LO 8/2000 establecía lo siguiente: “*Los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberán obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero.*”

los derechos del trabajador, en el sentido de que la carencia de la autorización administrativa no implica la invalidez del contrato de trabajo.

El Tribunal Supremo se pronunció en unificación de doctrina, a raíz de la LO 4/2000 modificada por la LO 8/2000, sobre la cuestión controvertida que giraba en torno a la validez o la nulidad del contrato de trabajo celebrado por un extranjero en situación administrativa irregular, mediante su célebre sentencia de 29 de septiembre de 2003. El supuesto de hecho era el siguiente: una empresa dedicada a la hostelería contrata a una trabajadora de nacionalidad argentina que tenía autorización para residir pero no para trabajar, esta empresa la despide verbalmente en el momento en que la trabajadora comunica su estado de embarazo y el hecho de que no podía hacer sobreesfuerzos. El TS declara el despido nulo porque considera que se vulneran derechos fundamentales de la trabajadora extranjera, declarando que “el contrato del extranjero no autorizado no es a partir de la expuesta LO 4/2000 un contrato nulo”, y añade que su “conclusión se reafirma aún de manera más patente en la LO 8/2000”.

En este contexto se produce una nueva reforma legislativa mediante la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, en general, afectó al tema de visados, residencia y contrato de trabajo considerándolo efectivo en cuanto a las repercusiones que pudiera tener sobre el trabajador inmigrante carente de la autorización administrativa necesaria para desempeñar una actividad laboral (art. 36.3¹⁹). Con esta reforma legislativa se consigue ampliar todavía más los derechos en materia de Seguridad Social de los extranjeros en situación irregular. Por el contrario, el art. 207 a) de la LGSS, que regula los requisitos para el nacimiento del derecho a las prestaciones incluidas en el nivel contributivo, dispone lo siguiente: “Para tener derecho a las prestaciones por desempleo las personas comprendidas en el artículo 205 deberán reunir los requisitos siguientes:

a) *Estar afiliadas a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta en los casos que reglamentariamente se determinen.*

b) *Tener cubierto el periodo mínimo de cotización a que se refiere el apartado 1 del artículo 210 de la presente Ley, dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar.*

c) *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 artículo 231 de esta Ley. (...)*”

¹⁹ Nueva redacción del art. 36.3 LO 14/2003: “ (...) *La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle*”

De la lectura de este precepto legal se deduce que difícilmente podrán ser cumplidos estos requisitos por un trabajador extranjero en situación administrativa irregular. Es más, según el art. 42²⁰ del RD 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, antes de ser modificado por el RD 1041/2005, de 5 de septiembre, exigía una copia del permiso de trabajo a los trabajadores extranjeros, lo cual iba a suponer un claro obstáculo. Con la nueva redacción del art. 42²¹ RD 1041/2005, de 5 de septiembre, se remite expresamente al Convenio n° 19 de la OIT y a los riesgos profesionales.

La última reforma legislativa ha sido la introducida por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, en ella se introducen numerosas reformas de gran calado en el ámbito del derecho migratorio y de extranjería. Con ella se pretende garantizar una cierta estabilización a nivel jurídico-institucional en la regulación del fenómeno migratorio, orientada hacia la realización de una verdadera reforma estructural de la cuestión social migratoria. Tres son las causas que han motivado esta reciente reforma, y son: en primer lugar, la necesidad de incorporar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en segundo lugar, incorporar las Directivas europeas sobre inmigración y, en tercer lugar, adaptar la Ley a la nueva realidad migratoria en la sociedad española.

Los objetivos principales que se persiguen, aparecen igualmente en el Preámbulo de la Ley, entre los que se encuentra: establecer un marco de derechos y libertades de los extranjeros que garantice a todos el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios laborales reforzando la vinculación de la capacidad de acogida de trabajadores inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo, aumentar la eficacia contra la inmigración irregular, etcétera.

Las características de esta Ley son: el fomento de la integración de los inmigrantes en España, la adecuada canalización de los flujos migratorios de manera legal y ordenada y la lucha contra la inmigración ilegal. En definitiva,

²⁰ Art. 42 RD 84/1996: *“A las solicitudes de afiliación y alta de los trabajadores extranjeros, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, además de los datos y documentos requeridos para las de los trabajadores españoles, deberá acompañarse copia del correspondiente permiso de trabajo”.*

²¹ Art. 42 RD 1041/2005: *“Los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio número 199 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925, que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida (...)”.*

con esta última reforma legislativa se conforma un nuevo marco legal, cuyos destinatarios van a ser tanto los extranjeros inmigrantes que se encuentran en situación administrativa regular como irregular, sin perjuicio de que se dispense un tratamiento diferenciado a nivel jurídico-legal.

En lo que respecta a la cuestión que nos atañe, vemos como el Auto de TS de 9 de septiembre aplica la reforma introducida por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, tal y como aparece recogido expresamente en su razonamiento jurídico primero, donde el controvertido precepto legal 36.5 dispone en su nueva redacción lo siguiente: “ La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero.”

Por consiguiente, al contemplar de manera expresa la imposibilidad de acceder a la prestación por desempleo, opino que se ha producido una clara involución legislativa, donde se hace primar la forma, en cuanto a la exigencia del cumplimiento de unos requisitos meramente administrativos, sobre el fondo que realmente subyace, y es que, un extranjero en situación irregular que haya prestado sus servicios no deja de ser un auténtico trabajador.

3. VALORACIÓN CRÍTICA

Llegados a este punto se ha podido comprobar que nos encontramos ante un precepto legal manifiestamente mejorable, por lo menos desde una perspectiva técnico-jurídica, debido a que presenta una formulación a la que podemos calificar como imprecisa, equívoca y ambigua, lo que implica una pérdida de eficacia y virtualidad, que desemboca en una clara situación de inseguridad jurídica, en la que los principales afectados van a ser los inmigrantes en situación administrativa irregular.

Hemos podido ver como el art. 36.5 de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, (antiguo artículo 36.3) ha sido objeto de múltiples modificaciones a lo largo de las continuas reformas legislativas sobre materia de extranjería e inmigración en España. Pese a todo, en el texto legal actualmente vigente sigue siendo un precepto que presenta al mismo tiempo luces y sombras, luces porque a lo largo de estos años su contenido ha ido evolucionando positivamente en tanto en cuanto la carencia de la autorización de residencia y trabajo, es decir, con

independencia de la situación administrativa del extranjero en España, no invalida el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero ni tampoco va a ser un impedimento para la obtención de prestaciones derivadas, en base a lo contemplado en convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre y cuando sean compatibles con su situación. Por supuesto, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades que puedan derivar sobre el empresario, incluidas las de Seguridad Social, con el firme propósito de evitar la contratación de trabajadores extranjeros irregulares con la finalidad de abaratar costes laborales y favorecer la precariedad en las condiciones de trabajo. Pero el reconocimiento de una prestación no modificará en ningún caso la situación administrativa del extranjero.

Y sombras porque, hoy por hoy, sigue sin pronunciarse de manera clara y contundente sobre el verdadero alcance de lo dispuesto en este artículo, es decir, qué derechos y qué prestaciones se incluyen y cuáles no, además, supone un claro retroceso cuando dispone expresamente que los trabajadores extranjeros que carecen de las autorizaciones de residencia y trabajo no podrán ser beneficiarios de las prestaciones por desempleo, acogiéndose a la doctrina del Tribunal Supremo a raíz de las sentencias de 18 de marzo de 2008²² y, 12 de noviembre de 2008. A mi juicio, es un paso hacia atrás, porque lo que verdaderamente se está haciendo es, sencillamente, obviar una realidad al negar la protección social, que con independencia de su situación administrativa, es un trabajador que ha contribuido mediante la prestación de sus servicios al crecimiento económico y productivo de nuestro país. Por lo tanto, es insostenible negar el acceso a la prestación por desempleo por trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular.

²² Véase al respecto el estudio jurisprudencial de Álvarez Cortés, J.C. y Plaza Angulo, J.J.: *"Sobre la imposibilidad de acceder a la protección por desempleo por los trabajadores inmigrantes en situación irregular"*, Revista Temas Laborales, núm. 97, 2008. Y en este mismo sentido, Triguero Martínez, L.A.: *"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"*, Aranzadi Social, núm. 21, 2009; Alfonso Mellado, C.L.: *"La protección por desempleo de los extranjeros no autorizados para trabajar"*, Revista de Derecho Social, núm. 43, 2008; Carrascosa Bermejo, D.: *"Extranjeros en situación irregular y prestaciones contributivas de desempleo: reconocimiento del derecho (TS 18-3-2008, Rec. 800/07) y cobro anticipado en supuestos de retorno voluntario (RDley 4/2008)"*, en, *Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea*, AA.VV., Sánchez-Rodas Navarro, C. (Coord.), Murcia, Laborum, 2008; Desdentado Bonete, A.: *"El desempleo del extranjero "sin papeles"*, Diario La Ley, núm. 36889, 2008; Ortega Giménez, A.: *"El derecho a la prestación por desempleo de los extranjeros irregulares, tras la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2008"*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 764, 2008 (BIB 2008, 2978); y Carrascosa Bermejo, D. y Charro Baena, P.: *"El derecho a la prestación contributiva por desempleo de los trabajadores extranjeros en situación irregular. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008"*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, núm. 18, 2008.

Todas estas circunstancias me llevan a considerar que la Ley ha sido incoherente, puesto que en el mismo precepto legal, art. 36.5, reconoce al trabajador extranjero en situación de irregularidad, al optar por no invalidar el contrato de trabajo, pero sin embargo, de manera ilógica les niega la posibilidad de obtener la prestación por desempleo. De ahí que en el título del presente comentario lo haya plasmado en la interrogante ¿trabajadores de hecho pero no de derecho?, refiriéndome a la imposibilidad de acceso a la prestación por desempleo del colectivo de trabajadores extranjeros en situación irregular, con la que he pretendido poner de manifiesto el contrasentido e incongruente contenido del art. 36.5 de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, desde mi punto de vista, carente de racionalidad.

Otra de las conclusiones que se pueden inferir, en torno a la cuestión que nos ocupa, es que una vez más comprobamos cómo se lleva a cabo un tratamiento diferenciado que repercute directamente en los sectores más vulnerables, como son los inmigrantes en situación administrativa irregular, no contribuyendo mucho a su integración social. Y ya para finalizar, tampoco se debe pasar por alto el hecho de tener en cuenta que la propia naturaleza de la Ley como instrumento que no ha de ser rígido y estático, sino todo lo contrario, flexible, dinámica que permita y facilite su adaptación a la realidad social, me lleva a considerar que este sea otro de los puntos donde se debería reflexionar y tomar las medidas oportunas, máxime, cuando por todos es conocido la gran dimensión que ha ido adquiriendo progresivamente la economía sumergida existente en nuestro país.

Por lo tanto, a mi juicio considero que como cualquier otro trabajador deberían tener derecho a obtener la prestación por desempleo, teniendo siempre presente que la protección se dispensa por la pérdida del trabajo, ello es así tanto en aras de la seguridad jurídica, como por razones de estricta justicia social en el marco de un Estado social y democrático de derecho. Todo ello con el firme propósito de avanzar posibles soluciones.

**CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE
OBLIGACIONES POR PARTE DE BENEFICIARIOS DE
PRESTACIONES POR DESEMPLEO**

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de febrero de 2011

JOSE L. LÁZARO SÁNCHEZ*

SUPUESTO DE HECHO: Una trabajadora despedida de la empresa en que prestaba servicios, solicita prestación de desempleo que le es reconocida mediante Resolución del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE, en adelante). Impugnado el despido, la Sentencia de Instancia estimará la demanda, declarando la improcedencia del despido y condenando a la empresa a abonar a la demandante la pertinente indemnización (opción de la empresa) y el importe correspondiente a los salarios de tramitación. Mediante nueva Resolución del SPEE, se revocó y anuló la Resolución anterior, declarando el cobro indebido de las prestaciones por desempleo inicialmente reconocidas. Contra esta resolución se interpone demanda que resultará parcialmente estimada, al declararse el derecho de la demandante al percibo de la prestación de desempleo, sin perjuicio de que se califique como cantidad percibida de forma indebida la correspondiente al período coincidente con los salarios de tramitación. Confirmada en Suplicación por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 29 de junio de 2009, se formalizó, por la representación procesal del Servicio Público de Empleo Estatal recurso de casación para la unificación de doctrina.

RESUMEN: El Tribunal Supremo cambia su doctrina en supuestos en los que el trabajador beneficiario de una prestación por desempleo, no comunica ni regulariza su situación tras percibir salarios de trámite como consecuencia de un proceso por despido. Declarará que sólo deben considerarse cantidades indebidas las correspondientes a los periodos de tiempo que concurren o se solapan.

* Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

INDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL DERECHO SUSTANTIVO APLICABLE
3. LA DOCTRINA ANTERIOR DEL TRIBUNAL SUPREMO
4. LA NUEVA DOCTRINA
5. COMENTARIO
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 1 de febrero de 2011, recaída en recurso de casación para la unificación de doctrina supone un cambio en la que hasta el momento era la interpretación que el Tribunal venía realizando sobre el alcance del artículo 209.5, a) de la Ley General de Seguridad Social. En particular el cambio de doctrina se produce respecto de las consecuencias que sobre la prestación por desempleo reconocida a un trabajador ha de tener el percibo de salarios de tramitación durante un tiempo parcialmente coincidente con aquélla, consecuencias previstas en el referido precepto.

Es por ello, una sentencia de especial interés sobre la que, además, se formula un voto particular revelador de la diversidad de pareceres en el seno del propio Tribunal en torno a la que, desde ahora, es jurisprudencia en la materia. En este sentido, ha de tenerse en cuenta la existencia de una sentencia posterior de la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 2011, que reitera la doctrina fijada en la sentencia objeto de nuestro comentario. Los hechos enjuiciados en la sentencia de referencia, avanzados antes, son los que exponemos a continuación.

Una trabajadora fue despedida de la empresa en que prestaba servicios el día 4-7-2005, tras lo cual solicitó prestación de desempleo que le fue reconocida mediante resolución del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE, en adelante) de 11-7-2005, con una base reguladora de 37 euros diarios y una duración de 600 días; en concreto, desde el 11-7-05 hasta el 10-3-07.

Impugnada por a trabajadora la decisión del despido, la sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid nº 8, en fecha 14-11-2005 -notificada a la empresa el 21-11-2005-, estimó la demanda, declarando la improcedencia del despido y condenando a la empresa a abonar a la demandante los salarios de tramitación, que ascendían a 5.233,20 €. Tras lo cual la empresa optó por la indemnización y abonó a la demandante 14.092,26 €, de los que 8.859,06 correspondían a indemnización y el resto a salarios de tramitación.

Mediante resolución del SPEE de 27-8-2007, se revocó y anuló la resolución de 11-7-2005, declarando el cobro indebido en el periodo del 11-7-2005 al 10-3-2007 y solicitando el reintegro de 13.302 €. Contra esta resolución la

trabajadora interpuso demanda resuelta por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 17 de Madrid, el 7 de octubre de 2008, en la que se estimó parcialmente la demanda contra el SPEE, y se declaró el derecho de la demandante al percibo de la prestación de desempleo desde el 22-11-2005 hasta el 10-3-2007, declarando indebido únicamente el período que va del 11-7-2005 al 21-11-2005, por lo que la demandante únicamente debía reintegrar 3.243,56 €.

Esta sentencia fue confirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 29 de junio de 2009, contra la cual se formalizó, por la representación procesal del Servicio Público de Empleo Estatal recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid de fecha 28 de mayo de 2008.

2. EL DERECHO SUSTANTIVO APLICABLE

El precepto de referencia -artículo 209.5 LGSS-, bajo el enunciado “Solicitud y nacimiento del derecho a las prestaciones”, presenta en la actualidad la siguiente redacción:

“En las resoluciones recaídas en procedimientos de despido o extinción del contrato de trabajo:

a) Cuando, como consecuencia de la reclamación o el recurso, el despido sea considerado improcedente y se opte por la indemnización: Si el trabajador no tiene derecho a los salarios de tramitación continuará percibiendo las prestaciones por desempleo o, si no las estuviera percibiendo, comenzará a percibir las prestaciones con efectos desde la fecha del cese efectivo en el trabajo, siempre que se cumpla lo establecido en el apartado 1 de este artículo, tomando como fecha inicial para tal cumplimiento la del acta de conciliación o providencia de opción por la indemnización, o, en su caso, la de la resolución judicial.

Si el trabajador tiene derecho a los salarios de tramitación y no estuviera percibiendo las prestaciones comenzará a percibir las prestaciones con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación del abono de dichos salarios; y si estuviera percibiendo las prestaciones dejará de percibir las prestaciones, considerándose indebidamente percibidas, y podrá volver a percibir las prestaciones con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación del abono de dichos salarios, previa regularización por la Entidad Gestora del derecho inicialmente reconocido, reclamando a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones y efectuando la compensación correspondiente por las prestaciones indebidamente percibidas, o bien reclamando su importe al trabajador. En ambos casos, el trabajador deberá solicitar el reconocimiento de las prestaciones en el plazo previsto en el apartado 1 de este artículo, tomando como fecha ini-

cial para tal cumplimiento la del acta de conciliación o providencia de opción por la indemnización, o, en su caso, la de la resolución judicial, y acreditar el período que corresponde a los salarios de tramitación.

b) Cuando, como consecuencia de la reclamación o el recurso se produzca la readmisión del trabajador, mediante conciliación o sentencia firme, o aunque aquélla no se produzca en el supuesto al que se refiere el artículo 282 de la Ley de Procedimiento Laboral, las cantidades percibidas por éste en concepto de prestaciones por desempleo se considerarán indebidas por causa no imputable al trabajador. En tal caso, la Entidad Gestora cesará en el abono de las prestaciones por desempleo y reclamará a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones. El empresario deberá ingresar a la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios.

A efectos de lo dispuesto en los párrafos anteriores, se aplicará lo establecido en el apartado 1 del artículo 227 de esta Ley, respecto al reintegro de prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario, así como de la reclamación al trabajador si la cuantía de la prestación hubiera superado la del salario. En los supuestos a que se refiere esta letra, el empresario deberá instar el alta en la Seguridad Social con efectos desde la fecha del despido o extinción inicial, cotizando por ese período, que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos.

c) En los supuestos a que se refieren los artículos 279.2 y 284 de la Ley de Procedimiento Laboral el trabajador comenzará a percibir las prestaciones si no las estuviera percibiendo, a partir del momento en que se declare extinguida la relación laboral. En ambos casos, se estará a lo establecido en la letra a) de este apartado respecto a las prestaciones percibidas hasta la extinción de la relación laboral¹.

Desde su redacción original¹, este artículo ha sufrido algunas modificaciones, especialmente las introducidas en 2002, primero por el Real Decreto-

¹ “Artículo 209. Solicitud y nacimiento del derecho a las prestaciones. 1. Las personas que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 207 de la presente Ley deberán solicitar a la entidad gestora competente el reconocimiento del derecho a las prestaciones, que nacerá a partir de la situación legal de desempleo, siempre que se solicite dentro del plazo de los quince días siguientes. La solicitud implicará la inscripción como demandante de empleo, si la misma no se hubiese efectuado previamente. 2. Quienes acrediten cumplir los requisitos establecidos en el artículo 207, pero presenten la solicitud transcurrido el plazo de quince días a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, tendrán derecho al reconocimiento de la prestación a partir de la fecha de la solicitud, perdiendo tantos días de prestación como medien entre la fecha en que hubiera tenido lugar el nacimiento del derecho de haberse solicitado en tiempo y forma y aquélla en que efectivamente se hubiese formulado la solicitud. 3. En el supuesto de despido procedente, el trabajador deberá permanecer inscrito como demandante de empleo durante un período de espera de tres meses desde el momento de la sentencia, transcurridos los cuales nacerá el derecho, siempre que se solicite en las condiciones previstas en los apartados anteriores”.

ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, y, después, por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, que, con idéntico título, fue el resultado de la tramitación parlamentaria de este Real Decreto-ley. Tras la Ley 45/2002, la redacción del precepto se ha mantenido prácticamente inalterada hasta la que presenta en la actualidad, salvo la modificación introducida por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, por la cual, en los supuestos de prestaciones percibidas hasta la extinción de la relación laboral, el apartado c) del art. 209.5 remite al apartado a), frente a la anterior redacción que remitía al apartado b) del mismo precepto.

3. LA DOCTRINA ANTERIOR DEL TRIBUNAL SUPREMO

Con anterioridad a la sentencia que comentamos, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se había pronunciado sobre el particular, entre otras, en la sentencia de 22 de junio de 2.009, que resolvió un supuesto muy similar: un trabajador despedido en la empresa en la que prestaba servicios el 20-7-2005, al que se le reconoció prestación por desempleo por Resolución de 8-2005, que comenzó a percibir desde el 21-7-2005. El despido fue declarado improcedente por el Juzgado de lo Social nº 1 de Valladolid en sentencia de fecha 27-10-2005, y el trabajador percibió del FOGASA 9.725,72 €, correspondientes a salarios de tramitación, 3.901,89 € indemnización, 5.828,83 €.

La Dirección Provincial de INEM inició expediente sobre renovación de reconocimiento de derecho, y dictó Resolución con fecha 8-11-2006, revocando su Resolución anterior, de 29-8-2006, y determinando como periodo de cobro indebido el que iba desde 21-7-2005 a 22-10-2006, lo que determinaba que la cuantía a reintegrar ascendía a 7.442,88 €. Frente a esta nueva Resolución se presentó demanda resuelta por sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Valladolid, el 24 de septiembre de 2007, en la que confirmaba la Resolución recurrida.

Esta sentencia fue recurrida en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, que en sentencia de 8 de octubre de 2008 revocó parcialmente la resolución impugnada, exoneró al trabajador del reintegro de las prestaciones coincidentes con los salarios de tramitación que percibió del FOGASA, manteniendo la obligación de devolver las prestaciones percibidas desde el 27 de Octubre de 2005, en tanto el trabajador omitió formular una nueva solicitud. Es decir, la sentencia considera que lo percibido por prestaciones por desempleo en el período coincidente con los salarios de tramitación no debe reintegrarse, pero sí lo recibido después en tanto el trabajador incumple la obligación de volver a solicitar la prestación por desempleo.

Hay que considerar que en este caso el trabajador no recibió los salarios de tramitación por cuanto la empresa era insolvente (desaparecida), y el FOGASA abonó al actor las cantidades correspondientes a indemnización y salarios de tramitación, abono por el Fondo de Garantía Salarial se había producido el 20 de septiembre de 2006.

Esta sentencia fue recurrida en casación para la unificación de doctrina, invocándose como sentencia contradictoria la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 3 de mayo de 2005. En ésta, un trabajador despedido el 11 de septiembre de 2003, despido declarado improcedente el 3 de diciembre de 2003, optando la empresa por la indemnización el 18 de dicho mes. El INEM había reconocido al actor prestación de desempleo por un período de 703 días, desde el 15 de septiembre 2003. Declarada la empresa en insolvencia, el FOGASA abonó al actor salarios de tramitación de 81 días. Detectado este abono, la Entidad Gestora dictó resolución declarando el cobro indebido de prestaciones por el período 15 de septiembre 2003 a 1 de junio de 2004. La citada sentencia de 3 de mayo de 2005 confirmó la de instancia que había estimado la demanda y declaró que la percepción indebida de prestaciones se extiende únicamente a los 81 días de salarios de tramitación que el actor ya había percibido del FOGASA, conservando este la prestación por el resto del período reconocido, sin perjuicio de la regularización correspondiente en cuanto a la fecha de inicio de la prestación por desempleo. Es decir, esta sentencia interpreta que la pérdida de la prestación por no haber reiterado la solicitud es una consecuencia desproporcionada para la finalidad de la norma que la impone.

El recurso de casación para la unificación de doctrina y que fijaba la que hasta ahora venía siendo la del Tribunal Supremo, fue resuelto por la Sala de lo Social de este Tribunal en la citada sentencia de 22 de junio de 2.009. Ésta, apoyándose en sentencias previas, como las de 26 de marzo de 2007 y 9 de marzo de 2009, señala que el supuesto es incardinable en las previsiones del art. 284 de la Ley Procedimiento Laboral, por lo que la solución ha de ser la impuesta por el apartado b) del párrafo 5 del art. 209 de la Ley de Seguridad Social²; es decir, cese de las prestaciones que acaso podrían haberse reanudado si el trabajador hubiera presentado nueva solicitud. Sin embargo, como resalta la sentencia “no lo hizo, ocultando intencionada o involuntariamente a la Entidad Gestora la percepción de los salarios de tramitación, privándola de

² La redacción de este precepto a tener en cuenta es la anterior a la reforma de la Ley 42/2006, de Presupuestos Generales del Estado, y en ella se establecía que “En los supuestos a que se refieren los artículos 279.2 y 284 de la Ley de Procedimiento Laboral el trabajador comenzará a percibir las prestaciones si no las estuviera percibiendo, a partir del momento en que se declare extinguida la relación laboral. En ambos casos, se estará a lo establecido en la letra b) de este apartado respecto a las prestaciones percibidas hasta la extinción de la relación laboral”.

la facultad de controlar el curso de la prestación. Tal actuación del INEM es ajustada a la norma que establece el cese en el pago de la prestación, debe ser el trabajador, que omitió comunicar la percepción de los salarios de trámite el que debiera haber instado la regularización al INEM”.

Como se aprecia, entre las dos interpretaciones de los Tribunales Superiores de Justicia –reintegro de parte de las prestaciones, las coincidentes con los salarios de tramitación, o reintegro de la totalidad de estas prestaciones-, el Tribunal Supremo opta por la segunda, desestimando el recurso, considerando ajustada a Derecho la doctrina de la sentencia recurrida y reiterando, por tanto, la doctrina del propio Tribunal Supremo en sentencias de 26 de marzo de 2007 y 9 de marzo de 2009.

4. LA NUEVA DOCTRINA

En la sentencia de 1 de febrero de 2011, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, resalta que la complejidad de la normativa de referencia es alta, “ya que puede comportar muchos elementos de hecho variables derivados, entre otras situaciones posibles, por ejemplo del momento en que se cobran esos salarios de tramitación -en ocasiones después de terminar las prestaciones por desempleo- si se abonan en todo o en parte, o si lo hace la empresa o el Fondo de Garantía Salarial”.

Ante ello, recuerda la interpretación que el propio Tribunal realizó en su sentencia de 26 de marzo de 2007, donde se resaltan las dos finalidades de la regulación contenida en el artículo 209.5 LGSS, que, esencialmente, son dos: por una parte, permitir la coordinación de los efectos de la apertura del derecho con el despido sin esperar a la calificación de éste y las consecuencias que de esa calificación pueden derivarse en orden al periodo de percepción inicial; por otra parte, asegurar la incompatibilidad entre percepción de las prestaciones de desempleo y el abono de salarios de tramitación durante el mismo periodo.

A su vez, recuerda que en realidad no se trata de dos prestaciones por desempleo distintas, sino una sola, la reconocida inicialmente que debe regularizarse con posterioridad para evitar esa incompatibilidad, la cual se resuelve de acuerdo a lo previsto en el precepto de referencia. En este sentido, advierte el Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos (FJ 5º), *una cierta discrepancia o contradicción de concepto en relación con lo que en el párrafo anterior era la “regularización” de la prestación inicial, pues ahora se dice que “deberá solicitar el reconocimiento de las prestaciones”, como si se tratara de un nuevo derecho independiente del anterior.*

Estas dudas son resueltas por el Tribunal recordando que del despido no se derivan dos prestaciones diferentes sino una sola, en la que incide después

un hecho -la percepción de los salarios de tramitación- que exige su regularización. Este dato determina que lo que se incumple es la solicitud de regularización de la prestación reconocida, obligación que incumbe al trabajador que debe poner en conocimiento de la Entidad Gestora la existencia del título en virtud de cual se declara el derecho al cobro de los salarios de tramitación.

Teniendo ello en cuenta, y, sobre todo, que la finalidad del precepto es evitar la incompatibilidad entre prestaciones por desempleo y salarios de tramitación, considera el Tribunal que *la consecuencia legal que haya de desprenderse de tal incumplimiento no debe extenderse a la devolución de prestaciones correspondientes al periodo en el que realmente no existía la incompatibilidad porque, por un lado, ciertamente en tal periodo, a diferencia del anterior incompatible, no se produjo una percepción indebida de la prestación, sino el incumplimiento de la referida obligación legal de comunicar esa situación; y por otro, cumplida la finalidad de la norma de impedir la compatibilidad de las dos percepciones, parece desajustada con la propia regulación legal la devolución íntegra de la totalidad de la prestación, cuando, como se ha dicho, durante el percibo de la prestación en la que no incide esa incompatibilidad existía realmente la inicial situación de desempleo protegida de la que derivó aquella única prestación.*

El Tribunal Supremo, por tanto, limita el carácter indebido de lo percibido en concepto de prestaciones por desempleo al período en el que éstas coinciden con los salarios de tramitación. Y el argumento que le lleva a hacerlo, y a cambiar la doctrina que hasta esta sentencia había fijado el Tribunal al respecto, es la de atender a la finalidad de la norma -evitar que se perciba prestación por desempleo y salarios de tramitación a la vez- más que a la literalidad del precepto -consideración como indebidas las prestaciones-.

Y es en este punto donde se produce la discrepancia de cuatro Magistrados plasmada en el voto particular formulado a la sentencia³. Estos Magistrados consideran que si bien la solución otorgada por la sentencia “no es en absoluto descabellada porque, en efecto, obliga al beneficiario a restituir la parte de prestación que coincida en el tiempo con los salarios de tramitación, con lo que cumple, en lo esencial, con la incompatibilidad arriba analizada”. Sin embargo, a juicio de estos Magistrados, el legislador ha establecido la obligación al beneficiario de prestaciones por desempleo al que se le reconocen salarios de tramitación de tener que volver a solicitarlas, acreditando el período que corresponda a los salarios de tramitación. A su vez, el legislador prevé de manera expresa las consecuencias de esta situación: se dejarán de percibir las prestaciones por desempleo, considerándose indebidas.

³ El voto particular lo formulan los Magistrados Moliner Tamborero y Gilolmo Lopez, al que se adhieren los Magistrados Calvo Ibarlucea y Lopez Garcia de la Serrana.

Esta argumentación, no obstante, se complementa señalando que “la solución dada por el voto mayoritario no discrimina entre quienes cumplan esa obligación de formular la nueva solicitud y quienes no lo hagan porque, a la postre, lo hagan o no, obtendrán el mismo resultado: sólo estarían obligados a devolver la parte que coincida con los salarios de trámite”. Parece reclamarse un carácter sancionador, lo que llevaría a aplicar la consecuencia –devolución íntegra de las prestaciones– sólo a quienes incumplan con esta obligación. Sin embargo, el voto particular precisa que “no se trata realmente de una sanción sino del ejercicio legítimo, y obligado, de las facultades que corresponden a la entidad gestora (*art. 227 LGSS*) en orden al reintegro de los pagos indebidos”.

5. COMENTARIO

El análisis que, en el marco de un comentario de jurisprudencia, realizamos comienza con el apartado precedente al que ha sido objeto de atención. De conformidad con el art. 209.4. LGSS. “En el supuesto de despido o extinción de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir dicha relación se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo. En el caso de existir período que corresponda a salarios de tramitación el nacimiento del derecho a las prestaciones se producirá una vez transcurrido dicho período que deberá constar en el Certificado de Empresa a estos efectos”.

Es decir, en tanto la existencia de salarios de tramitación sólo puede conocerse a partir de la declaración judicial de improcedencia –existencia que además está condicionada a que el empresario no la haya reconocido con anterioridad–, hasta entonces y mientras tanto se está en situación legal de desempleo –por mandato del primer párrafo de este mismo precepto–, pero el derecho a prestaciones derivadas de tal situación no ha nacido.

No obstante, el párrafo final del art. 209.4 señala que “El ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación”. De esta forma, se introduce una tercera regla que matiza la segunda regla general –el nacimiento del derecho nace una vez transcurrido el período correspondiente a los salarios de tramitación–, por cuanto el derecho a la prestación nace aunque se ejerza la acción que determine, en su caso, la existencia de salarios de tramitación. Con lo cual, se vuelve a la primera regla general; esto es, la decisión empresarial extintiva de la relación laboral sitúa al trabajador en situación legal de desempleo, con los derechos inherentes a la misma.

Precisamente esta idea, la de permitir acceder a la prestación por desempleo sin vincular su percepción a la obligación de recurrir y a esperar la re-

solución de la impugnación, es la que motivó las reformas introducidas en el precepto en el año 2002. Ello da pie a la situación que origina la sentencia que comentamos, por cuanto el posible acceso inmediato a la prestación de desempleo tras el despido, con el consiguiente reconocimiento de salarios de tramitación, determina que éstos retribuyan un tiempo durante el cual se han percibido prestaciones por desempleo.

En estos casos, cuando la extinción contractual de un trabajador -que solicita y es reconocido como beneficiario de prestaciones por desempleo- es reconocida como improcedente por acta de conciliación o resolución judicial, y la opción empresarial sea la indemnizatoria, derivándose salarios de tramitación, el trabajador dejará de percibir dichas prestaciones, “considerándose indebidas, y podrá volver a percibir las con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación del abono de dichos salarios, previa regularización por la Entidad Gestora del derecho inicialmente reconocido, reclamando a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones y efectuando la compensación correspondiente por las prestaciones indebidamente percibidas, o bien reclamando su importe al trabajador”.

Es decir, según este precepto, la declaración de improcedencia con reconocimiento de salarios de tramitación determina la extinción de las prestaciones a la vez que supone que lo percibido por éstas es indebido, sin perjuicio de poder volver a percibir las. Se considera indebido, por tanto, lo reconocido inicialmente, lo que se hace por decisiones sobrevenidas –conciliación, resolución judicial- sobre las que no se impone deber alguno de comunicación aunque sí se dispone que en estos casos el trabajador deberá solicitar el reconocimiento de las prestaciones “y acreditar el período que corresponde a los salarios de tramitación”.

Cuando menos, esto genera confusión por cuanto se impone al trabajador volver a solicitar algo que ya tiene reconocido, lo que no invita, precisamente, a clarificar los deberes que el beneficiario de prestaciones por desempleo tiene frente a la Entidad Gestora. Además, y respecto de la prestación inicialmente reconocida se abren dudas por cuanto deja de percibirse pero ni se suspende ni se extingue, o al menos en ninguno de los preceptos que regulan ambas situaciones –artículos 212 y 213 LGSS, respectivamente- se establece este efecto. Más aún, hay un supuesto donde se prevé de forma expresa la suspensión, caso de lo regulado en el artículo 295 LGSS para los casos en los que habiéndose optado por la readmisión –también si ésta es obligada como consecuencia de la nulidad del despido- se recurre la sentencia. Por otra parte, esta obligación tampoco se clarifica en el artículo 231 LGSS, precepto que con carácter general describe las obligaciones de los beneficiarios de prestaciones por desempleo. Precisamente por todo ello, en el voto particular que se formula a la sentencia objeto de este comentario se dice que “sería deseable que, en el acto inicial de

reconocimiento de la prestación, la gestora advirtiera expresamente al solicitante de las consecuencias que la impugnación del despido pudiera tener en la propia prestación y las obligaciones de información que de ello se derivan”.

En cuanto a si lo indebido debe alcanzar al conjunto de la prestación o sólo a lo que concurre en el tiempo con los salarios de tramitación, parece haber más argumentos a favor de la nueva doctrina del Tribunal Supremo que a favor de la anterior. Y ello, tanto por la finalidad pretendida por el precepto como porque el propio artículo considera que lo indebido no es toda la prestación por desempleo, ya que dispone que la Entidad Gestora efectuará “la compensación correspondiente por las prestaciones indebidamente percibidas”. Es decir, la prestación por desempleo que se regulariza se compensa en tanto haya parte de estas prestaciones que no hayan coincidido en el tiempo con los salarios de tramitación, mientras que otra parte sí lo haya hecho. Si se creyera que todo lo percibido por prestaciones por desempleo es indebido no sería necesario plantear compensación alguna, ya que procedería sin más reclamar su importe al trabajador, situación también contemplada en el precepto pero, y esto es importante, tras la comentada compensación. Además, esta es la única forma de entender que la prestación por desempleo no se ha suspendido ni extinguido, sino regularizado o actualizado a partir del reconocimiento de los salarios de tramitación.

Y por otro lado, las consecuencias del precepto no pueden revestir naturaleza sancionadora por cuanto su finalidad es la compensación y, en su caso, el reintegro de las prestaciones recibidas. Al respecto, no compartimos el carácter sancionador que se desprende de los argumentos esgrimidos en el voto particular para defender que procede la devolución íntegra de la prestación. Y ello porque, el voto particular entiende que limitar lo indebido de las prestaciones por desempleo al período coincidente con los salarios de tramitación aunque el beneficiario no haya cumplido con su obligación supone tratarlo de igual forma que a otro beneficiario que sí lo hubiera hecho. Con lo cual, se pone el acento en el cumplimiento por parte de los beneficiarios de prestaciones por desempleo de la comentada obligación. Por tanto, si la interpretación de la sentencia no se considera adecuada porque trata a todos por igual, parece reclamarse que la previsión legal –devolución íntegra de la prestación– se aplique sólo a quienes incumplan la citada obligación y que ello sea la consecuencia de ese incumplimiento.

Pero la indemnización no es el único escenario posible ya que otro escenario posible es la readmisión del trabajador, situación de la que se deriva el pago de salarios de tramitación. En este caso, el precepto que comentamos señala que “las cantidades percibidas por éste en concepto de prestaciones por desempleo se considerarán indebidamente percibidas por causa no imputable al trabajador”. En

estos casos, en tanto el trabajador vuelve a prestar servicios, el alta⁴ determina que “la Entidad Gestora cesará en el abono de las prestaciones por desempleo y reclamará a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones”. A su vez, se impone el deber al empresario de “ingresar a la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios”. Ello debe complementarse con lo dispuesto en el penúltimo párrafo del art. 209.5 b), conforme al cual la Entidad Gestora reclamará al trabajador si la cuantía de la prestación hubiera superado la del salario de tramitación.

Como puede verse, en este segundo escenario –readmisión del trabajador-, la situación es bastante más clara que el primer escenario –indemnización-. De entrada, llama la atención que estos casos se considera que lo percibido por prestaciones por desempleo es indebido pero por causa no imputable al trabajador, lo que contrasta con las previsiones aplicables al primer escenario. Por otra parte, y derivado de la readmisión, el empresario es sobre quien recaen las obligaciones: alta -con las consecuencias que ello provoca en cuanto a las cotizaciones-, e ingreso en la Entidad Gestora de lo percibido por el trabajador en concepto de desempleo, cantidad que se corresponde con la que el empresario descuenta al trabajador por los salarios de tramitación que debe abonarle. Y como consecuencia de ello, la Entidad Gestora reclama, por un lado, a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas .que son las que ahora el empresario deberá ingresar derivado de la citación de alta-, y, por otro, al trabajador cuando lo percibido por desempleo haya superado la cuantía de los salarios de tramitación.

Estas previsiones contrastan con la complejidad normativa del primer escenario. De entrada, en éste, como hemos visto, las prestaciones de desempleo de consideran indebidas sin más, a pesar de que el trabajador las ha percibido de igual forma que en el supuesto de readmisión. En efecto, en ambos escenarios la percepción de prestaciones de desempleo deriva de su reconocimiento por la Entidad Gestora, que reconoce el derecho a ser beneficiario de las mismas, y por tanto, en ambos casos, se perciben de manera regular o debida. Por otra parte, en ambos escenarios, las circunstancias sobrevenidas que afectan a ese reconocimiento –improcedencia del despido y existencia de salarios de tramitación- no derivan del trabajador/beneficiario de prestaciones por desempleo y, por tanto, no deben afectar a que lo percibido por desempleo sea debido o indebido. En este sentido, una cosa es que como consecuencia del reconocimiento de tales salarios deba procederse a regularizar la prestación inicialmen-

⁴ Según el último apartado del art. 209.5 b) “el empresario deberá instar el alta en la Seguridad Social con efectos desde la fecha del despido o extinción inicial, cotizando por ese período, que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos”.

te reconocida y otra que se entienda, sin más, que ésta es indebida. En ambos escenarios, la condición de beneficiario de la prestación ha sido correcta, y, a nuestro juicio, no procede calificarla de indebida por una situación posterior no imputable al trabajador. Pero cuando menos, el tratamiento en ambos casos debe ser el mismo, y si se considera indebido debe ser, en todos los supuestos, considerando a la vez que es por causa no imputable al trabajador.

Para finalizar, comentamos algunas propuestas que, a nuestro juicio, pudieran mejorar este confuso precepto. En primer lugar, el apartado cuarto del artículo 209 podría contener sólo el primer párrafo, es decir, la primera regla general, con lo que se eliminaría la complejidad que reviste, ya que lo previsto en las otros dos reglas puede reconducirse a las situaciones contempladas en el siguiente apartado –quinto- del citado artículo. También estimamos que pudiera plantearse unificar el distinto tratamiento entre los dos escenarios posibles tras una declaración o reconocimiento de improcedencia –indemnización o readmisión-. En este sentido, también en los supuestos en los que tras el reconocimiento/declaración de improcedencia no se readmite y se indemniza al trabajador, con abono de los salarios de tramitación, puede seguirse el mismo esquema que en los casos de readmisión.

Así, el empresario a la hora de liquidar estos salarios descontaría lo percibido por el trabajador en concepto de desempleo, ingresando tales cantidades en la Entidad Gestora y ésta reclamaría a la Tesorería lo ingresado en concepto de cotizaciones. Si bien existen diferencias entre optar por la indemnización o por la readmisión, que justifican su distinto tratamiento en su régimen jurídico, no parece que ello impida la igualdad en lo que se refiere a la coexistencia entre salarios de tramitación y prestaciones por desempleo. Partiendo de que ésta no debiera producirse⁵, de lo que se trata es solucionar los supuestos en los que el trabajador reciba cantidades por ambos conceptos. En estos casos, y partiendo de que lo procedente es percibir los salarios de tramitación y no el desempleo, el reintegro de éste a la Entidad Gestora se garantiza mejor por el sistema previsto para los casos de readmisión que imponiendo al trabajador un deber de volver a solicitar algo que ya le fue reconocido.

⁵ En tanto la protección por desempleo no tiene sentido si la relación laboral no ha finalizado, que es, de alguna forma, lo que representa el reconocimiento de los salarios de tramitación.

SOBRE LA RETRACTACIÓN DE LA DIMISIÓN DURANTE EL PERÍODO DE PREAVISO

Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de julio de 2010

FERNANDO ELORZA GUERRERO*

SUPUESTO DE HECHO: Trabajador que manifiesta por escrito a la empresa, con fecha 13 de marzo de 2008, su “decisión libre y voluntaria de causar el próximo 23-3-2008”, seguida posteriormente de otra remitida el día 17 de marzo de 2008 al responsable de personal de la empresa en la que comunica en este caso que “habiendo reconsiderado en estos últimos días mi decisión de causar baja...les comunico mi deseo de dejar sin efecto la comunicación de dicha baja”. Esta última carta provocó que la empresa remitiera al trabajador, a su vez, otra comunicación escrita en la que le manifiesta que ya había iniciado los trámites para contratar a otra persona por lo que no pudiendo atender sus deseos debía proceder a darle de baja en la empresa con fecha 23 de marzo de 2008. Así lo hizo la empresa, circunstancia que provocó que el trabajador impugnara el despido, acción ésta que fue estimada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Sevilla, y que siendo objeto de recurso de suplicación por la empresa ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), fue resuelto por sentencia de 19 de mayo de 2009 (Rec. 3103/08), que vino a confirmar la sentencia de instancia.

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía se interpuso por la empresa a su vez recurso de casación en unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo (TS), quien finalmente desestimó el mismo.

RESUMEN: La Sala de lo Social del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina (Rcud. 3289/2009) interpuesto por la empresa en base sobre todo a los siguientes argumentos:

- 1) Aunque la doctrina tradicional de la Sala ha sido hasta el momento que una vez comunicada la dimisión del trabajador la misma se dotaba de eficacia inmediata y no era posible la retractación posterior –por su condición de declaración de voluntad de carácter recepticio–, incluso en los casos en que cumpliendo con la exigencia de preaviso se pretendiera la mencionada retractación antes de que venciese éste, la misma ha de replantearse en el

* Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

- caso actual –supuesto no tratado directamente en unificación de doctrina hasta el momento–, no debiendo olvidarse que en relación con la figura del empresario contamos ya con doctrina en unificación de doctrina que ha admitido la retractación del despido por éste precisamente durante el período de preaviso –sentencia de 7 de diciembre de 2009 (rcud. 210/09)-.
- 2) Aunque en distintas sentencias el TS –STS 26 de febrero de 1990, por ejemplo- ha sostenido la irrevocabilidad de la decisión anunciada de dimitir, mediando incluso preaviso, invocándose a tales efectos los arts. 1261 y 1262 del Código Civil (Cc), así como la naturaleza jurídica del preaviso, que tiene un carácter tuitivo de los intereses del destinatario de la comunicación (el empresario), doctrina que hay que calificar como sólida en el ámbito del Derecho Común, lo cierto es que la misma debe ser matizada en el campo del Derecho Laboral, en atención a las siguientes consideraciones y principios generales:
- a) No se puede confundir la dimisión (acto unilateral extintivo) con el preaviso (requisito legal fundado básicamente en las exigencias de la buena fe), por lo que no parece razonable aplicar las mismas posibilidades de rectificación y/o aceptación en una y otra fase.
 - b) El preaviso no sólo tiene por finalidad cautelar exclusiva la protección de los intereses del empresario, sino que también se puede afirmar que puede operar a favor del trabajador, pues asegura la continuidad de la relación laboral durante el período de preaviso, “interés este último que significaría un cierto apoyo a la posibilidad de rectificación en la decisión adoptada”.
 - c) El principio de la conservación del negocio, invocada por la sentencia del TS de 7 de diciembre de 2009 (rcud. 210/09), y que informa particularmente la extinción del contrato de trabajo, aconseja admitir en ciertas circunstancias la retractabilidad de las decisiones extintivas, ya se trate del desistimiento contractual por voluntad del empresario, o del trabajador.
 - d) El principio de la buena fe (arts. 7.1 y 1258 Cc) tiene una mayor significación en el ámbito del Derecho laboral, toda vez que estamos en presencia de relaciones contractuales de naturaleza continuada, con una singular implicación del componente personal y una consustancial contraposición de intereses. Dicho principio apunta en definitiva al respeto mutuo de los recíprocos intereses de la partes, y en relación a la fase extintiva del contrato de trabajo apoya la posible retractación de la decisión de dar por concluido el contrato, si bien el límite deberá estar en que “ese cambio en la voluntad extintiva no irroque perjuicio sustancial a la otra parte o a terceros” .
- 3) La negativa del empresario a la retractación expresada por el trabajador que inicialmente presentó su dimisión adquiere visos de conducta abusiva (art.

7.1 Cc), toda vez que la buena fe comporta que se acepte la retractación en casos como el que nos ocupa, en un contexto de fuerte estrés laboral y ansiedad, que si bien no viciaba el consentimiento y configuraba su nulidad (art. 1265 Cc), lo cierto es que genera una desfavorable situación para emitir el consentimiento por parte del trabajador que el principio de la buena fe obliga a tener presente.

ÍNDICE:

1. LA DIMISIÓN DEL TRABAJADOR COMO ACTO DE VOLUNTAD QUE EXTINGUE EL CONTRATO DE TRABAJO
2. LA NOVEDOSA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO
3. PUNTOS CRÍTICOS EN LA NUEVA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA DIMISIÓN
4. BIBLIOGRAFÍA

1. LA DIMISIÓN DEL TRABAJADOR COMO ACTO DE VOLUNTAD QUE EXTINGUE EL CONTRATO DE TRABAJO

Viene a estas páginas una sentencia que curiosamente no ha tenido mucho eco en nuestra doctrina. Y que sin embargo supone un cambio significativo en lo que ha sido hasta el momento la doctrina oficial del TS en relación con la institución de la dimisión, en un sentido bastante similar por cierto al giro jurisprudencial efectuado por el propio Alto Tribunal en fechas no muy lejanas en relación con la retractación por el empresario del despido cuando media preaviso – efectuada con ocasión de la ya señalada sentencia del TS de 7 de diciembre de 2009 (rcud. 210/09) -. Como es conocido, el Estatuto de los Trabajadores (ET en adelante) contempla expresamente la dimisión del trabajador en el art. 49.1 d) ET, al tiempo que de modo más reciente el art. 49.1 m) ET alberga específicamente una variante de la dicha institución jurídica como es el desistimiento del contrato de trabajo originado por violencia de género. En definitiva, y como resulta generalmente admitido, la dimisión se define como la “facultad del trabajador de resolver libre y voluntariamente el contrato de trabajo, sin necesidad de alegar causa” (MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO y GARCÍA MURCIA, p. 772, 2010).

No obstante, y pese a lo que pudiera parecer a primera vista, con carácter general la elaboración científica en torno a la institución de la voluntad unilateral de terminación de la relación de trabajo, lejos de poderse considerar plenamente madurada en nuestro país ha tropezado históricamente con dos factores condicionantes (RODRÍGUEZ-PIÑERO y FENÁNDEZ LÓPEZ, p. 17–18, 1998): a) la inexistencia de una elaboración doctrinal rigurosa en la etapa de la codificación civil en España que analizara la figura de la voluntad

unilateral como mecanismo de extinción del contrato; b) la desigual evolución de la misma en nuestro Derecho del Trabajo, pues mientras la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario ha sido objeto de importante atención tanto por el legislador, que lo ha regulado con detalle, como por la propia jurisprudencia, la extinción por voluntad del trabajador no ha registrado parecida atención, debiendo tenerse a su vez presente que la existencia de regímenes diferenciados de distinta entidad viene también inducido por la imposición al empresario de limitaciones adicionales en materia de extinción unilateral del contrato, como fórmula de protección de la parte más débil en la relación contractual, y finalmente subordinada: el trabajador.

No en vano, se ha señalado que tradicionalmente la regulación de esta materia en nuestro Derecho ha resultado “escueta y sumaria si se compara con la minuciosa de los despidos, quizá porque el subconsciente normativo percibía como interés dominante del trabajador no la extinción, sino la conservación del contrato” (ALONSO OLEA, p. 138, 1980). De todas formas, y desde una perspectiva constitucional no podemos ignorar que lo liviano del régimen jurídico de la dimisión tiene también mucho que ver con la necesidad de preservar la libertad de elección de profesión u oficio (art. 35.1) CE, así como con la nota de voluntariedad que caracteriza al trabajo asalariado por cuenta ajena. Tal vez por ello, uno de los factores definitorios de la institución jurídica que identificamos como dimisión sea precisamente su condición de acto de voluntad del trabajador extintivo sin alegación de causa o *ad nutum*, junto a la circunstancia de que no sea necesaria la anuencia del empresario, ni expresa ni tácita, pues lo contrario nos situaría en la causa extintiva del art. 49.1 a) ET (extinción por mutuo acuerdo de las partes) (MARTÍNEZ GIRÓN, p. 438, 2002).

Ahora bien, en todos estos años doctrina y jurisprudencia han coincidido en señalar que para que la dimisión surta plenos efectos resulta imprescindible que dicha declaración de voluntad del trabajador llegue a conocimiento del empresario, bien en este caso de forma expresa (por escrito o verbalmente), bien de forma tácita (hechos concluyentes), de tal forma que conocida aquélla por el empleador la misma deviene desde ese mismo momento en declaración de voluntad irrevocable. Esta última característica determinó a su vez el que, hasta la sentencia que analizamos, doctrina y jurisprudencia coincidieran generalmente en que ni siquiera vigente el período de preaviso – que es uno de los pocos requisitos exigidos por el art. 49.1 d) ET – resulta posible la retractación del trabajador de su declaración de voluntad de extinguir el contrato de trabajo, de forma que la negativa del empresario a permitir dicha retractación no puede calificarse como despido (MARTÍNEZ GIRÓN, p. 443, 2002). Como en más de una ocasión se ha manifestado en la dimisión “no cabe arrepentimiento” (STSJ Cataluña -Sala de lo Social- de 19 de julio de 1994 (AS 1994/3063); y de 14 de septiembre de 1994 (AS 1994/3497), y la retractación es del todo

punto imposible toda vez que “ello supondría reconstituir una nueva relación laboral y, consiguientemente, para este efecto se haría precisa la voluntad concurrente del empresario, entrándose en el terreno de la nueva contratación” (RODRÍGUEZ-PIÑERO, y FERNÁNDEZ LÓPEZ, p. 56,1998).

Que la dimisión del trabajador no genera para el empresario el derecho a ser resarcido económicamente es otro de los elementos que caracterizan la construcción jurídica entorno a esta institución. No obstante, esta apreciación registra dos excepciones, una que tiene que ver con la existencia de ciertos pactos contractuales típicos, y en concreto del pacto de permanencia en la empresa (art. 21.4 ET), el otro con el incumplimiento por el trabajador del período de preaviso pactado bien en el convenio colectivo, bien atendiendo a la costumbre del lugar (art. 49.1 d) ET) – aunque también será posible pactarlo expresamente en contrato de trabajo o tácitamente entre empresario y trabajador -. Cuando la dimisión del trabajador ha implicado la ruptura de un pacto de permanencia los Tribunales han acostumbrado a estimar el daño emergente, vinculado a factores como el valor del curso formativo sufragado por la empresa, su duración y coste, sin atender al lucro cesante (STS -Sala de lo Social- de 14 de noviembre de 1990 (RJ 1990/6458); y de 27 de marzo de 1991 (RJ 1991/1905)). Por el contrario, si lo que se ha producido es un incumplimiento del período de preaviso la doctrina científica ha manejado dos opciones posibles (vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ, p. 89,1998), una primera que entronca con lo que disponía en su día el art. 81 de la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 y el derecho común de obligaciones, y que llevaría a tratar la situación como un supuesto típico de responsabilidad contractual por los daños efectivamente causados (art. 1101 y ss. Cc); una segunda, que considera que la situación ha de manejarse de manera similar a cuando no se respeta el preaviso con ocasión de un despido, propugnándose la aplicación de dicho régimen a la institución que nos ocupa.

Esta cuestión del resarcimiento de los posibles perjuicios causados por el incumplimiento de los plazos de preaviso resulta de especial interés no sólo por las consecuencias que se pueden derivar para el trabajador, sino también, en el caso que nos ocupa, porque habremos de interrogarnos sobre el posible derecho de resarcimiento que la retractación del trabajador puede generar a favor del empresario. Con carácter general, y con independencia de lo que se manifieste más adelante, se debe advertir que la jurisprudencia ha venido en todos estos años decantándose por permitir la reclamación, en concepto de daños y perjuicios, de los salarios devengados durante el período de preaviso omitido por el trabajador, no amparando la reclamación de otros daños y perjuicios, pese a que los mismos pudieran ser probados por la empresa (MARTÍNEZ GIRÓN, p.444, 2002), solución que guarda coherencia con lo que es práctica habitual en el ámbito del Derecho comparado: la equiparación de los efectos de

la inobservancia del preaviso tanto cuando el mismo tiene lugar en el contexto de una dimisión, como con ocasión del despido de un trabajador. Se apuesta por tanto por permitir una reclamación tasada aunque sea de forma indirecta, limitación del resarcimiento de daños y perjuicios que sin embargo no opera cuando el trabajador ha concertado un pacto de permanencia en la empresa – pues el art. 21.4 ET permite pactar una indemnización de carácter distinto – o en el caso de ciertas relaciones laborales de carácter especial, como ocurre con los deportistas profesionales (art. 16 del R.D. 1006/1985) o los artistas en espectáculos públicos (art. 10.4 R.D. 1435/1985).

2. LA NOVEDOSA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La doctrina del TS objeto de consideración en este caso tiene su origen, como ya hemos señalado, en la sentencia emitida por el Alto Tribunal en casación para la unificación de doctrina con ocasión del recurso interpuesto en su día por una empresa contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sevilla), de 19 de mayo de 2009 (Rec. 3103/08), que vino a desestimar el correspondiente recurso de suplicación interpuesto por el mismo actor, y que a fin de cuentas confirmaba la sentencia del Tribunal de instancia que apreció la existencia de un despido improcedente en el rechazo de la empresa recurrente en admitir la retractación del preaviso de la dimisión planteada por un determinado trabajador. La admisión de este recurso ante el Tribunal Supremo tiene lugar tras la constatación de la existencia de una sentencia de contraste, concretamente de la propia Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, si bien en este caso de su sede en Málaga, de 19 de julio de 2007 (rec. sup. 1604/2007), en la que se fallaba justamente lo contrario -confirmando por cierto en este caso la sentencia de instancia-: desestimación de la demanda del trabajador que reclamó por despido en relación con el rechazo de su empresa a admitir la retractación en la decisión de dimitir vigente el período de preaviso.

La sentencia del TSJ con sede en Málaga que duda cabe que se mantiene en el ámbito de lo que ha sido la ortodoxia marcada en la materia por la jurisprudencia, por lo que no extraña que en su argumentación jurídica se subraye (F.J. 2º párrafo 3º) que “es reiterada doctrina judicial la que declara que la baja voluntaria anunciada y decidida por el trabajador es irrevocable”, al tiempo que se insiste en que “la dimisión del trabajador, una vez comunicada no permite la retractación posterior, al haber causado estado como acto generador de derechos a terceros, por lo que la misma no puede redundar en perjuicios de éstos, salvo que se pruebe existencia de alguna deficiencia en el consentimiento que conduzca a la anulación del negocio jurídico STS 9-3-90 (RJ 1990/2040) y 21-6-90 (RJ 1990/5502) de acuerdo con el art. 1261 Código

Civil”. Sin embargo, frente a esa línea ortodoxa se alza el razonamiento de la Sala de lo Social con sede en Sevilla que en la sentencia de 19 de mayo de 2009 estima necesario realizar algunas precisiones a la doctrina judicial consolidada (F.J. 3º), insistiendo en que “no debe hacerse una identificación entre dimisión y preaviso. El desistimiento es el acto unilateral extintivo de la relación por su propia virtualidad; el preaviso es un requisito fundado en exigencias de buena fe (...) de comunicar por anticipado al empleador el desistimiento que tendrá lugar cuando el preaviso concluya (...) De este modo el efecto extintivo se produce en un momento sucesivo al de la declaración de la dimisión en el momento del preaviso. Sólo al finalizar el período de preaviso, la dimisión producirá su efecto extintivo”. Por ello, la Sala de lo Social de Sevilla estima que “hay que dejar abierta alguna posibilidad, a la vista de la circunstancias del caso, para admitir esa posterior retractación, teniendo en cuenta, además que la institución del preaviso opera a favor del propio empleador, pero sólo para evitarle perjuicios por la extinción brusca del contrato de trabajo”, de tal manera que, a su juicio, la retractación debería admitirse en aquellas ocasiones en que “no provoca perjuicios adicionales específicos al empleador, que es lo aquí acaecido que “no consta que la empresa realizara contratación alguna, salvo alguna entrevista para la cobertura del puesto””.

Pues bien, como ya hemos señalado la sentencia del TS analizada se decanta por confirmar la solución dada al caso por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía con sede en Sevilla. Y para ello esgrime un conjunto de argumentos que merecen una consideración detenida.

Así, el Alto Tribunal expone en primer término la necesidad de que no se desconozca en un caso como el que nos ocupa la reciente jurisprudencia del TS que ha admitido la retractación del empresario, durante el período de preaviso, respecto a la decisión de aquél de proceder a la extinción del contrato de un trabajador (STS de 7 de diciembre de 2009 -rec. 210/2009-), y ello porque, como atinadamente sostiene el TS, “se trata – en ambos casos – de la misma manifestación subjetiva de idéntico fenómeno del “desistimiento legal”, en tanto que excepción – una y otra – a la regla general de indisponibilidad del contrato por una sola de las partes [art. 1256CC]”. Por tanto, se deben trasladar al caso que nos ocupa planteamientos esgrimidos por el TS en relación con la retractación del empleador, entre los que cabe destacar: a) el preaviso “es simplemente el anuncio previo de que próximamente se va a rescindir el contrato, pero se trata sólo de una advertencia que se hace por exigencia de la Ley para prevenir al otro de algo que se realizará”; b) en ningún caso el preaviso puede considerarse como “un precontrato que se perfecciona por la simple aceptación de la oferta”; c) en materia de extinción del contrato, tanto en el ET como en la LPL, “predomina la idea de favorecer la conservación del puesto de trabajo. Por ello, si la finalidad de la norma es facilitar la continuidad del contrato (...) es claro

que aquél [empresario, entonces; trabajador, ahora] puede decidir válidamente retractarse de la rescisión del contrato que preavisó, mientras la prestación de servicios continúa y el contrato sigue vigente”.

No obstante, la Sala de lo Social del TS advierte que la novedosa doctrina jurisprudencial afecta sólo a los supuestos de dimisión en los que media preaviso, pues en los demás casos “recibida –y aceptada- la voluntad de dar por concluido el contrato, en ortodoxa dogmática civil no es factible retractación alguna –“arrepentimiento”– que no sea aceptada por la empresa, porque la dimisión ya se había perfeccionado por su aceptación por el empresario”, de forma que cuando concurre una dimisión sin mediar preaviso “la retractación comportaría una reconstrucción del vínculo – nueva contratación, en definitiva – requirente del concurso de voluntades”. En ese sentido, se subraya que la doctrina de Derecho Común, con base en los arts. 1261 y 1262 del Código Civil, y que aboga por la irrevocabilidad de la decisión anunciada de desistir del contrato de trabajo, en el ámbito del Derecho del Trabajo debe ser objeto de matización sobre todo por las siguientes razones: a) puesto que no cabe confundir la dimisión (acto unilateral extintivo) con el preaviso (requisito legal fundado básicamente en las exigencias de la buena fe), no parece razonable admitir las mismas posibilidades de actuación de la voluntad, incluida la rectificación de la declaración realizada; b) no se debe olvidar que el preaviso no sólo tiene por finalidad proteger los intereses del empresario, sino que en el caso del trabajador asegura la continuación de la relación laboral durante dicho período de preaviso, por lo que esta última circunstancia apoyaría la posibilidad de rectificar la decisión adoptada; c) el principio de conservación del negocio debe apreciarse en estos casos, y “aconseja admitir –al menos en ciertas circunstancias- la retractabilidad en las decisiones extintivas, tanto proceda el desistimiento contractual de la voluntad del empresario, cuanto de la del trabajador”; d) el principio de la buena fe, que al tiempo que inspira el propio requisito de preaviso, aconseja –al tratarse la relación de trabajo de una relación contractual de naturaleza continuada, con una determinante implicación personal y una evidente contraposición de intereses- admitir “la posible retractación de la decisión de dar por concluido el contrato, en todos aquellos casos –éste es el límite de actuación- en los que ese cambio en la voluntad extintiva no irroge perjuicio sustancial a la otra parte o a terceros”.

Como observará el lector, la invocación del principio de la buena fe, como argumento que refuerza la admisión de la retractación en ciertos casos en que media preaviso a la decisión del trabajador de dimitir, no tiene un carácter absoluto, pues en todo momento el TS se cuida de advertir de forma muy explícita que la retractación sólo es posible cuando “con ello ningún perjuicio se le causa al patrono”, de tal forma que en tales casos la negativa del empresario a asumir dicha retractación “adquiere visos de conducta abusiva [art. 7.2

C.C.]”. A mayor abundamiento, el Alto Tribunal estima que el que el trabajador manifestara, preavisando, su intención de dimitir, en el caso concreto, “en un incuestionado contexto de estrés laboral y ansiedad (...) si bien no llega a viciar el consentimiento y configurarlo nulo [art. 1265 CC] no lo es menos que hace se emita en desfavorables circunstancias, que aquel principio -la buena fe- obliga a tener presentes”.

El giro jurisprudencial es ciertamente significativo, y completa, como ya se ha señalado, y advierte el propio TS, la nueva doctrina entorno a la retractación de manifestaciones de voluntad realizadas y que determinan normalmente la extinción del contrato de trabajo, bien por desistimiento del trabajador, bien por despido del empresario. En ese sentido la nueva jurisprudencia tiene una importancia cualitativa muy significativa, pues como recientemente ha referido algún reputado especialista (MOLINER TAMBORERO) la Sala del TS admite por primera vez “una decisión que sobre las solas previsiones del Código Civil en su regulación de las obligaciones no sería aceptable”.

En definitiva, y a la vista de la doctrina fijada por el TS en la presente sentencia se podría afirmar que para que la retractación opere será necesaria la concurrencia de tres requisitos básicos:

1. Que se produzca antes de finalizar el período de preaviso.
2. Que dicha manifestación, además de efectuarse de manera clara y de llegar a conocimiento del empresario antes de que finalice el período de preaviso, se realice de buena fe.
3. Que no se haya contratado de forma efectiva a un nuevo trabajador.

3. PUNTOS CRÍTICOS EN LA NUEVA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA DIMISIÓN

La nueva doctrina del TS sin duda constituye un giro significativo en la jurisprudencia que se venía aplicando hasta el momento, poniéndose el acento en definitiva, y de forma muy marcada, en el conocido principio de conservación del negocio. El mensaje en ese sentido es claro, y viene en definitiva a reforzar las expectativas de todo trabajador de conservar hasta el último momento su puesto de trabajo.

Ahora bien, en la argumentación desplegada por el Tribunal éste pone sumo cuidado en advertir que la retractación no será eficaz en todo caso, pues como el propio TS advierte la retractación sólo debe admitirse en los casos en que la misma “no irroge un perjuicio sustancial a la otra parte o a terceros”, atendiendo al principio de buena fe que deber regir el desarrollo de toda relación laboral. De tal forma que en el caso concreto sí es admisible la retractación pues si bien la empresa había iniciado contactos – alguna entrevista – para

cubrir la baja del trabajador que inicialmente manifestó su intención de hacer efectiva la dimisión, al momento de la retractación no se había producido contratación efectiva de trabajador alguno.

Como señala la doctrina científica (MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO, GARCÍA MURCIA, p. 592, 2010) el principio de la buena fe “conlleva un comportamiento recíproco leal en la constitución del vínculo y en el cumplimiento de los derechos y de las obligaciones correspondientes”. Sin embargo, hay que ser conscientes de que hoy día la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de la buena fe ha atenuado su dimensión, de tal forma que la buena fe se piensa que debe atenuar el ejercicio de un derecho sólo cuando ello resulte imprescindible, entendiendo por tal situaciones en las que “su falta provoque consecuencias letales para el contrato y para la propia empresa” (MONTROYA MELGAR, p. 87, 2001). Esta jurisprudencia constitucional ha llevado a los estudiosos del fenómeno a denunciar que la misma ha deparado el que la invocación de dicho principio se produzca en “supuestos absolutamente extremos, fomentando el ya extendido fenómeno de la invocación trivial o banal (y, peor todavía, de la invocación de mala fe) de supuestos derechos fundamentales vulnerados (con su preocupante corolario, el posible amparo constitucional de tales derechos)” (de nuevo MONTROYA MELGAR, p. 87, 2001).

Precisamente en el caso que nos ocupa entendemos que hay un manejo del principio de la buena fe en esa línea, pues por el TS se nos dice que la retractación sólo es admisible cuando la misma no irroga un “perjuicio sustancial” -por tanto no un mero perjuicio o un perjuicio de una cierta entidad- a la otra parte (la empresa) o a terceros (por ejemplo, el trabajador contratado para ocupar el puesto de quien anunció que tenía intención de dimitir). No obstante, y contrariamente a lo que pudiera parecer, la novedosa jurisprudencia estimamos deja en el aire cuál debe ser la solución jurídica a dar a ciertas situaciones, dudas que pueden tener su origen además -y al margen de que lógicamente el Alto Tribunal está obligado a centrarse en el supuesto objeto del recurso de casación- en la mencionada consideración reductiva del principio de la buena fe. En concreto: ¿operaría la retractación en aquellos casos en que en lugar iniciarse contactos para proceder a la contratación ex novo de un trabajador se decide la ampliación del contrato de trabajo a tiempo parcial de otro trabajador o la empresa opta por la amortización del puesto de trabajo? Vayamos por partes.

En primer lugar, en el caso de que el puesto de trabajo dejado por el trabajador se cubra mediante la ampliación de un contrato de trabajo, que pasaría de tiempo parcial a tiempo completo, y por ejemplo el reparto de ciertas funciones entre otros trabajadores, podría plantearse que el perjuicio que causa la efectividad de la retractación no tuviera un carácter necesariamente sustancial, como sí cabe apreciar cuando la efectividad de la retractación pasa por que la empresa

despida al trabajador contratado ex novo para cubrir el puesto de quien anunció su intención de hacer efectiva la dimisión en una fecha determinada. Sin embargo, no debemos olvidar que la buena fe que rige el cumplimiento del contrato de trabajo del trabajador contratado a tiempo parcial obliga lógicamente a éste y a la empresa a respetar la ampliación efectuada, de tal forma que siendo más o menos discutible el que una posible reducción de la dedicación del trabajador que vio ampliado su contrato a tiempo completo pueda ser calificada o no de perjuicio sustancial, lo cierto sí es que la empresa está obligada, entre otras consideraciones en atención a la buena fe, a mantener la ampliación contractual firmada.

En el fondo, la consideración de este caso concreto y de la doctrina jurisprudencial comentada nos enseña que, por elemental prudencia, las empresas deberían no cubrir la vacante que en principio genera el anuncio de dimisión con la ampliación de un contrato de trabajo a tiempo parcial hasta que ésta no sea plenamente efectiva. De lo contrario, la empresa correrá el riesgo en unos casos de que se aprecie despido improcedente, caso de que decida no atender la retractación del trabajador en su decisión de dimitir, y en otros de que el trabajador que vio ampliado su contrato se resista a ver nuevamente modificado su contrato, en el sentido de una menor dedicación (tiempo parcial).

En segundo lugar, y por lo que respecta a la amortización efectiva del puesto de trabajo, aunque sobre la cuestión no se ha pronunciado obviamente el TS, teniendo en cuenta la jurisprudencia generada sí parece razonable concluir que la empresa no podrá negarse a la retractación alegando su intención de amortizar el puesto de trabajo, toda vez que esta necesidad no se ha puesto de manifiesto con anterioridad, y en principio va a resultar muy difícil de demostrar que el mantenimiento del contrato del trabajador supone para la empresa un perjuicio sustancial, aunque sólo sea porque instantes antes de que el trabajador comunicara su decisión de preavisar no se cuestionaba la viabilidad de dicho puesto de trabajo.

De todas formas en relación con esta doctrina conviene retener que la doctrina del TS en el presente caso consagra como límite insalvable a la efectividad del derecho de retractación la existencia de un contrato de trabajo ya firmado. En concreto, el TS menciona el caso concreto de que “el empresario no haya contratado a otro empleado para sustituir al dimisionario”. Por tanto, téngase en cuenta que la retroacción no podrá producirse no sólo en aquellos casos en que el trabajador contratado ex novo ya presta servicios para la empresa vigente el período de preaviso, sino también en aquellos otros supuestos en que el contrato de trabajo se ha firmado, si bien se ha pactado que sus efectos se inicien a partir del momento en que la dimisión del trabajador sea efectiva. El perjuicio sustancial entendemos que es apreciable tanto si se prescinde de un trabajador ya en activo como si se plantea la rescisión de un contrato firmado

pero no todavía en vigor, pues la expectativa de trabajo desaparece cuando la misma estaba ya pactada.

Por último, quisiéramos reflexionar, aunque sea brevemente, sobre una cuestión que entendemos no debe obviarse, y es la que guarda relación con los posibles gastos en que puede incurrir la empresa a la búsqueda de un sustituto del trabajador dimisionario, y sino sería razonable plantearse su resarcimiento ante la retractación de la dimisión. Por principio, parece claro que ni el TS ni el TSJ de Andalucía se han planteado esta opción. Por tanto los gastos en los procesos de selección en que pueda haber incurrido la empresa no son reintegrables, ni susceptibles de dar lugar a priori a un perjuicio sustancial que impidiera que la retractación fuera efectiva. Recuérdese en ese sentido que la práctica habitual en nuestro ordenamiento es sólo permitir la reclamación, en concepto de daños y perjuicios, de los salarios devengados durante el período de preaviso omitido por el trabajador. Sin embargo, lo cierto es que en ocasiones este tipo de procesos, sobre todo cuando se trata de la sustitución de trabajadores altamente cualificados o de altos directivos, puede generar unos gastos apreciables para la empresa cuyo resarcimiento no sería descabellado que se planteara. Lógicamente esta cuestión se sitúa en el terreno de un mero desiderátum toda vez que nuestra jurisprudencia no parece avanzar en ese sentido. Sin embargo, recordemos que en el caso de trabajadores con cualificaciones muy específicas y de difícil sustitución nuestra normativa sí contempla el resarcimiento de daños ante la inobservancia por ejemplo del período de preaviso a la extinción del contrato, caso de los deportistas profesionales (art. 16 R.D. 1006/1985) o los artistas en espectáculos públicos (art. 10.4 R.D. 1435/1985) -no así por lo que respecta a los altos directivos (art. 10.2 R.D. 1382/1985)-. Por tanto, no debería considerarse totalmente ajeno a nuestra cultura jurídica el que se plantee el resarcimiento de ciertos gastos generados por procesos de selección fallidos cuando estos son significativos, como ocurre con los trabajos de alta cualificación o muy especializados.

4. BIBLIOGRAFÍA

Alonso Olea, M.: “La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador”, RPS, núm. 126, 1980.

Lafuente Suárez, J.L.: “El pacto de preaviso en la dimisión del trabajador”, Actualidad Laboral, núm. 34, 2002.

Martínez Girón, J.: “Cuestiones de actualidad sobre la dimisión del trabajador, en cuanto causa de extinción del contrato de trabajo”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 6, 2002.

Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo, F., García Murcia, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2010.

Montoya Melgar, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, RAJL, Madrid, 2001.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Fernández López, M.F.: *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998.

Reseña de Legislación

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA*

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

LEY 1/2011, DE 17 DE FEBRERO, DE REORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO DE ANDALUCÍA (BOJA NÚM. 36, DE 21 DE FEBRERO)

La norma persigue acomodar el sector público andaluz a las nuevas circunstancias económicas y financieras mediante la potenciación de la gestión y la calidad en la prestación de los servicios públicos, en desarrollo de las funciones que tienen asignadas las distintas Consejerías: Este objetivo se sitúa en el marco de las competencias que el Estatuto de Autonomía para Andalucía les otorga en materia de Administración Pública en Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

En un primer momento este objetivo se concretó con la aprobación del Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público (BOJA núm. 147, de 28 de julio), normativa que se complementó con los acuerdos aprobados el 18 de noviembre de 2010 en la Mesa General de Negociación del Empleado Público de la Administración de la Junta de Andalucía, reformas que dieron lugar al Decreto-Ley 6/2010, de 23 de noviembre, de medidas complementarias del Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público (BOJA núm. 232, de 26 de noviembre), para posteriormente, tramitarse como Ley.

De la totalidad de las materias afectadas por la Ley 1/2011, en este comentario solo se incide en las medidas de organización en materia de Empleo (Sección 3.^a del Capítulo II con un único artículo, el 8) y en las disposiciones necesarias para culminar la transformación en materia de personal y para el ejercicio de las potestades públicas, centradas en la adaptación del Servicio Andaluz de Empleo –SAE-, siendo sus aspectos más significativos los siguientes:

* La selección se corresponde con el trimestre natural comprendido entre enero y marzo de 2011.

1. Desde la aprobación de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo, el SAE se ha configurado como un organismo autónomo de carácter administrativo que a consecuencia de la reorganización administrativa se configura como agencia de régimen especial de las previstas en el artículo 54.2.c) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, por esta razón deberá procederse a una adaptación de sus estatutos, los cuales, en cumplimiento del mandato establecido en la Disposición Adicional tercera de la Ley 1/2011 tendrán que aprobarse y publicarse antes del 30 de junio de 2011. Este proceso de adaptación estatutaria se realizará de manera simultánea a la extinción de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo.

2. El SAE se adscribirá a la Consejería que establezca el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía; aspecto que tendrá que ser completado con lo dispuesto en el art. 1.1 de la Ley 4/2002 que especificó que se adscribiría a “la Consejería competente en materia de empleo”.

3. En lo que se refiere al personal que forma parte de la relación de puestos de trabajo del SAE, éste se mantendrá con el carácter de funcionario o de personal laboral que tuviera; estableciéndose en la Disposición Adicional Cuarta que la integración de este personal se realizará de acuerdo con un protocolo que se adoptará por la Consejería competente en materia de Administración Pública, teniendo en cuenta las reglas que se indican en la citada disposición.

4. Por último, respecto a los bienes que tuviere el SAE en el momento de su adscripción como agencia especial, éstos se incorporarán al patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía; posteriormente podrían adscribirse al SAE en el momento que se transforme en agencia de régimen especial.

ORDEN DE 20 DE ENERO DE 2011, POR LA QUE SE DICTAN INSTRUCCIONES Y SE SEÑALAN LOS CRITERIOS DE ACTUACIONES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ELECCIONES SINDICALES DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA DURANTE LOS AÑOS 2011 Y 2012 (BOJA NÚM. 39, DE 24 DE FEBRERO)

La Consejería de Gobernación y Justicia dicta instrucciones para la puesta en práctica de los criterios de actuación adoptados por las organizaciones sindicales en materia de elecciones sindicales del personal al servicio de la Administración de Justicia (Secretarios Judiciales, Médicos Forenses, Gestores Procesales Administrativos, Tramitadores Procesales Administrativos y Auxiliadores Judiciales) durante los años 2011 y 2012 que en su régimen de participación y representación se someten a la Ley 9/1987, de 12 de junio, la

Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público y Real Decreto 1846/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprobó el Reglamento de elecciones a los órganos de representación del personal al servicio de la Administración General del Estado.

En lo que se refiere a su contenido, la Orden concreta en su apartado primero la legislación aplicable en materia de elecciones; en su apartado segundo establece los procesos electivos a los que serán de aplicación, siendo los órganos de representación del personal de los Cuerpos siguientes: Secretarios Judiciales, Médicos Forenses, Gestores Procesales Administrativos, Tramitadores Procesales Administrativos, y Auxiliadores Judiciales al servicio de la Administración de Justicia. El apartado tercero establece el calendario de las elecciones que, salvo para Córdoba y Sevilla, se inició el 28 de enero de 2011 y culminando con la votación del 10 de marzo de 2011. En su apartado cuatro concreta los órganos competentes para tramitar la diversa documentación relacionada con este proceso (Delegados del Gobierno de la Junta de Andalucía en cada provincia; Dirección General de Oficina Judicial y Cooperación; y representantes de la Administración en cada Mesa Electoral); a la elaboración, entrega de los censos y la concesión de los permisos para los candidatos se dedican los apartados quinto al noveno. El apartado décimo formaliza los modelos a utilizar durante la celebración de las elecciones, los cuales se relacionan en el Anexo I, siendo tres formularios distintos: el Modelo A (nombramiento de representante de la Administración en la Mesa Electoral Coordinadora), el Modelo B (Certificación de voto por correo); y el Modelo C (Certificación de la Mesa Electoral de emisión de los votos correspondientes); por último, el apartado undécimo regula la dotación de los medios personales y materiales necesarios para el adecuado desarrollo del proceso electoral.

ORDEN DE 8 DE FEBRERO DE 2011, DE CREACIÓN Y MODIFICACIÓN DE FICHEROS DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL GESTIONADOS POR LA CONSEJERÍA DE EMPLEO (BOJA NÚM. 46, DE 7 DE MARZO)

La disposición se aprueba en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal que establece que la creación, modificación o supresión de los ficheros de las Administraciones Públicas sólo podrán hacerse por medio de disposición general publicada en el Boletín Oficial del Estado o Diario Oficial correspondiente. La citada disposición realiza la publicidad correspondiente a:

a) El fichero de nueva creación de la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo de Málaga relacionado en el Anexo I (Fichero de Videovigilan-

cia del Centro de Prevención de Riesgos Laborales de la Delegación provincial de la Consejería de Empleo de Málaga).

b) Las modificaciones operadas en distintos ficheros de la misma Delegación relacionados en el Anexo II: fichero de Videovigilancia de la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo en Málaga; fichero de Videovigilancia del Centro de Formación para el Empleo Rafael Salinas de la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo en Málaga; fichero de Videovigilancia del Centro de Formación para la Residencia de Tiempo Libre de Marbella; y por último, el fichero de la Residencia de Tiempo Libre, en la Dirección General de Trabajo.

ORDEN DE 25 DE FEBRERO DE 2011, POR LA QUE SE APRUEBA EL MODELO DE SOLICITUD DEL RECONOCIMIENTO DEL GRADO DE DISCAPACIDAD (BOJA NÚM. 50, DE 11 DE MARZO).

El Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, establece en su artículo 6 que compete a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a los que se hubieren transferido las competencias en materia de calificación de grado de las limitaciones en la actividad y discapacidad o del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, una serie de funciones, entre ellas, reconocer el grado de discapacidad, la necesidad de determinar el concurso de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida diaria, así como decretar la dificultad para utilizar transportes públicos colectivos, a efectos de reconocer las prestaciones, servicios o beneficios públicos establecidos en la normativa.

Estas funciones se han plasmado en la aprobación de la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía y en el Decreto 258/2005, de 29 de noviembre, por el que se regulan la organización y funciones de los Centros de Valoración y Orientación de personas con discapacidad de Andalucía. Esta disposición atribuye a los Centros de valoración y orientación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía la valoración y calificación de la discapacidad, afectos de determinar su tipo y grado, en desarrollo de estas atribuciones la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social aprueba el modelo de solicitud del reconocimiento del grado de discapacidad que se adjunta como Anexo I a la Orden citada, a los efectos que procedan.

En materia de subvenciones para acciones formativas a las organizaciones sindicales, a lo largo del primer trimestre del año 2011 se han aprobado las siguientes disposiciones:

1. LA RESOLUCIÓN DE 29 DE DICIEMBRE DE 2010, DEL INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, POR LA QUE SE RESUELVE DEJAR SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN DE 17 DE DICIEMBRE DE 2009, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS DE LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN DE ACCIONES FORMATIVAS A ORGANIZACIONES SINDICALES (BOJA NÚM. 50, DE 11 DE MARZO).

La derogación es consecuencia de lo dispuesto en el Título VII del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo; desarrollada mediante el Decreto 282/2010, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Concesión de Subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía, cuyo artículo 3 estableció que tendrían que adaptarse las bases reguladoras de las subvenciones a lo dispuesto en el Reglamento en un plazo de 6 meses. La culminación de dicho mandato ha culminado con la aprobación de la Orden de 24 de febrero de 2011, que se analiza en el apartado siguiente.

2. LA ORDEN DE 24 DE FEBRERO DE 2011, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN DE ACCIONES FORMATIVAS A ORGANIZACIONES SINDICALES EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA NO COMPETITIVA (BOJA NÚM. 51, DE 14 DE MARZO).

Esta Orden ha sido aprobada por la entidad competente en materia de Administración Pública, la Consejería de Hacienda y Administración Pública, y concreta las bases necesarias para regular las subvenciones que se configuran como regladas y que podrán otorgarse a las organizaciones sindicales para materias formativas. Estas ayudas tienen como soporte jurídico, como se ha indicado anteriormente, lo dispuesto en el Título VII del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo y el Decreto 282/2010, de 4 de mayo.

Los aspectos más significativos de las bases son los siguientes:

a) Objeto y conceptos subvencionables –artículo 1-. Se promueve la realización de acciones informativas a ejecutar por las organizaciones sindicales las cuales tendrán que dirigirse tanto al personal al servicio de la Administración General de la Junta de Andalucía como al personal no judicial al servicio

de la Administración de Justicia en Andalucía. Los conceptos subvencionables se desglosan en el apartado 2.a) del cuadro resumen que se acompaña a la orden.

b) El régimen jurídico de las subvenciones se especifica en el artículo 2 de la Orden. Al margen de lo dispuesto en dichas bases se aplicará la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones; el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones; el Título VII del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo; la vigente Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía; el Decreto 282/2010, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Concesión de Subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía; la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía; la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos; y el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (Internet).

c) Requisitos de los solicitantes. Las organizaciones solicitantes tendrán que estar legalmente constituidas y tendrán que tener representatividad acreditada en las últimas elecciones celebradas a representantes de los trabajadores en los ámbitos de personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General de Junta de Andalucía y del personal no judicial al servicio de la Administración de Justicia en Andalucía; además, tendrán que reunir los requisitos complementarios que se indican en el art. 3 de la Orden. Estas entidades, una vez que se les hubiere concedido la ayuda, estarán sometidas a las obligaciones que se relacionan en el art. 24 de la citada Orden, debiendo justificar, sobre todo, que se ha producido el cumplimiento de la finalidad para la que se les facilitó la subvención en los términos indicados en el artículo 27 de la misma. Los cursos formativos podrán ser organizados por estas entidades, aunque también se les reconoce la posibilidad de que pueda subcontratarlos en los términos recogidos en el artículo 8.

d) En lo que se refiere a las cuantías de las subvenciones, consistirán en un porcentaje máximo de la subvención en relación al presupuesto total de las actividades subvencionadas; en una cuantía máxima o mínima; en un importe cierto sin referencia a un porcentaje o fracción; o bien se podrán adoptar otras formas o métodos de cálculo, tal como se reconoce en el artículo 4 de la Orden. En todo caso, la subvención se encontrará limitada presupuestariamente – artículo 5- y quedará sometida al régimen de compatibilidades especificado en el art. 6 de la Orden.

e) Los artículos 9 a 29 de la Orden se centran en regular los trámites procedimentales de las subvenciones (requisitos de las solicitudes y lugares de presentación, plazos, subsanación de deficiencias, órganos competentes para instruir, documentación a aportar, resolución del procedimiento, forma de realizar la publicidad de las subvenciones otorgadas, aspectos relacionados con los reintegros de las subvenciones indebidas).

f) Por último, se regula la entrega y distribución de los fondos públicos a los beneficiarios de las mismas y como habrá de efectuarse la colaboración en la gestión de las subvenciones siempre que la misma se hubiere previsto, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Orden.

3. RESOLUCIÓN DE 2 DE MARZO DE 2011, DEL INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, POR LA QUE SE CONVOCAN, PARA EL EJERCICIO 2011, LAS SUBVENCIONES REGULADAS POR LA ORDEN DE LA CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE 24 DE FEBRERO DE 2011, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN DE ACCIONES FORMATIVAS A ORGANIZACIONES SINDICALES (BOJA NÚM. 51, DE 14 DE MARZO).

El plazo de presentación de solicitudes se encuentra cerrado a la fecha de publicación de este comentario, al haber sido de un mes -apartado Quinto- a computar desde el día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

PRESIDENCIA**LEY 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía.**

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA A TODOS LOS QUE LA PRESENTE VIEREN, SABED:

Que el Parlamento de Andalucía ha aprobado y yo, en nombre del Rey y por la autoridad que me confieren la Constitución y el Estatuto de Autonomía, promulgo y ordeno la publicación de la siguiente

**“LEY DE REORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO DE ANDALUCÍA
EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

La Junta de Andalucía, con la finalidad de acomodar el sector público andaluz a las nuevas circunstancias económicas y financieras, ha llevado a cabo una serie de medidas que tenían como objetivo básico mejorar la gestión, la calidad en la prestación de los distintos servicios públicos y el desarrollo de las funciones que les son propias a las Consejerías, teniendo en consideración los medios personales y materiales disponibles y desarrollando el máximo posible de las potestades administrativas con sus propios recursos.

En el marco de las competencias que el Estatuto de Autonomía para Andalucía otorga a la Junta de Andalucía, el desarrollo de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, regulará los derechos y obligaciones del personal empleado público. A tal fin, se llevará a cabo la negociación con los representantes del personal funcionario y laboral en los términos previstos en el citado Estatuto.

Dentro de aquellas medidas se encontraba el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público. Dada la especial repercusión de sus medidas, el Gobierno andaluz consideró que la

configuración del citado Decreto-Ley podía ser adecuadamente complementada en una serie de aspectos, de forma que su aplicación fuera expresiva de un elevado grado de consenso, y en ejercicio de las competencias que el artículo 47.1.1.^a del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma sobre la estructura y regulación de los órganos administrativos públicos y de sus entidades instrumentales, por una parte, así como del artículo 26.2 del mismo, que garantiza a los sindicatos más representativos la participación institucional en la Junta de Andalucía para el desempeño de sus funciones propias.

En cumplimiento de ambos mandatos estatutarios y en virtud del diálogo social permanente, el día 18 de noviembre de 2010 se alcanzaron una serie de acuerdos en la Mesa General de Negociación del Empleado Público de la Administración de la Junta de Andalucía, que modificaron determinados aspectos del Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, a fin de concretar los procedimientos de integración del personal funcionario y laboral que pudiera verse afectado por la aplicación de las medidas contempladas en la citada norma.

Las cuestiones más importantes de dichos acuerdos están relacionadas con las garantías de salvaguarda de los derechos de los empleados públicos, reforzando la voluntariedad del proceso de integración. Asimismo, queda garantizada la aplicación del Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario y la aplicación del Convenio Colectivo de la Administración de la Junta de Andalucía al personal laboral de dicha Administración hasta que, en su caso, exista un nuevo convenio colectivo. De igual forma, se indica que se

mantiene la condición de personal funcionario o laboral, con independencia de su integración en alguna de las nuevas agencias.

En el marco del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, se constituirá una comisión formada por los representantes de la Administración de la Junta de Andalucía y por los representantes de las organizaciones sindicales más representativas de acuerdo con lo establecido en los artículos sexto y séptimo de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, con el objetivo de acordar la estructura de la negociación colectiva del sector público andaluz, así como los contenidos y el desarrollo de la misma. La referencia inicial será el vigente Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía.

También, queda reforzada la garantía de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad para el acceso a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía. De este modo, se establece expresamente que no existirá ningún procedimiento de acceso a dicha condición distinto al establecido para la ciudadanía en general, para el personal laboral que se integra en las nuevas agencias, procedente de entidades instrumentales que se extinguen o se transforman.

Como consecuencia de lo indicado, se modificó la disposición adicional cuarta del Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, en los términos expresados. Igualmente, se dio nueva redacción al apartado 3 del artículo 69 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, en lo que se refiere al personal funcionario y laboral que se integre en las agencias públicas empresariales.

Todo ello se articuló mediante la aprobación del Decreto-Ley 6/2010, de 23 de noviembre, de medidas

complementarias del Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público, cuya senda sigue la presente Ley, y que optó por la reproducción del Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, integrando en el mismo las modificaciones realizadas en virtud de los acuerdos, antes mencionados, en la Mesa General de Negociación del Empleado Público de la Administración de la Junta de Andalucía. Con ello se pretendía lograr una mejor comprensión de las medidas adoptadas, así como facilitar su aplicación, dando preponderancia a su carácter didáctico sobre la mayor extensión del mismo.

Por otra parte, y con el fin de obtener una mejor prestación de los servicios públicos a los ciudadanos, en el desarrollo reglamentario de la presente Ley se establecerá la forma de participación pública de organizaciones representativas de la ciudadanía para contar con sus sugerencias y aportaciones sobre aquellos aspectos que estén relacionados con la prestación de los mismos.

CAPÍTULO I

Normas generales de organización

Artículo 1. *Principios generales y Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.*

1. Los ejes de la reordenación o reestructuración, presente o futura, del Sector Público de Andalucía serán la atención a la ciudadanía, el interés general y la calidad de los servicios públicos. En base a ello, los principios de simplificación y racionalización de la estructura organizativa estarán supeditados a los mismos, y a la consecución del objetivo de garantizar los derechos e intereses de los ciudadanos, actuando en beneficio de estos y del interés general.

2. En relación con la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, se establece lo que sigue:

Uno. El apartado 3 del artículo 50 queda redactado de la siguiente forma:

«3. Corresponde a la Consejería competente en materia de Hacienda, en el ámbito de sus competencias específicas, el control económico-financiero del sector público andaluz, así como la emisión de informes y, en su caso, las autorizaciones, en relación con la creación, alteración y supresión de las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía y los consorcios a que se refiere el artículo 12 de esta Ley. En especial, corresponde a dicha Consejería el informe preceptivo para perfeccionar negocios de disposición o administración que impliquen la ubicación de sedes y subsedes de los consorcios a que se refiere el artículo 12.3 de esta Ley y de las entidades instrumentales de la Junta de Andalucía, así como para destinar inmuebles a los citados usos.»

Dos. El apartado 4 del artículo 52 queda redactado de la siguiente forma:

«4. Se requerirá autorización del Consejo de Gobierno para cualquier fórmula de participación no reglada en entidades por parte de las Consejerías o entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, distinta de las previstas en la legislación sectorial o en la presente Ley.»

Tres. El apartado 1 del artículo 56 queda redactado de la siguiente forma:

«1. La creación de las agencias administrativas y públicas empresariales se efectuará por ley, que establecerá:

a) El tipo de entidad que se crea, con indicación de sus fines.

b) Las peculiaridades de sus recursos económicos, y de su régimen de personal y fiscal, y cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan norma con rango de ley.

Los estatutos de las agencias administrativas y públicas empresariales se aprobarán por decreto del Consejo de Gobierno, a propuesta de la persona titular de la Consejería competente por razón de la materia y previo informe de las Consejerías competentes en materia de Administración Pública y de Hacienda.

La adscripción de las agencias administrativas y públicas empresariales a una o varias Consejerías o a una agencia se efectuará por decreto del Consejo de Gobierno.»

Cuatro. 1. El apartado 2 del artículo 57 queda redactado de la siguiente forma:

«2. Las personas titulares de los máximos órganos directivos a que se refiere la letra a) del apartado anterior ejercerán las funciones que les atribuyan los estatutos de la agencia, cualquiera que sea el régimen jurídico de vinculación de las referidas personas.»

2. Se mantiene la actual redacción del apartado 3 del artículo 57, en los términos que estableció el apartado cuatro del artículo 1 del Decreto-Ley 6/2010, de 23 de noviembre.

Cinco. El artículo 59 queda redactado de la siguiente forma: «Artículo 59. Modificación y refundición.

La modificación o refundición de las agencias deberá producirse por ley cuando suponga alteración de sus fines, del tipo de entidad o de las peculiaridades relativas a los recursos económicos o al régimen del personal, patrimonial o fiscal, o de cualesquiera otras que exijan norma con rango de ley.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, la modificación o refundición de las agencias por razones de eficacia, eficiencia y de economía del gasto público en la aplicación de los recursos del sector público, aun cuando suponga alteración de sus fines o del tipo de entidad, se llevará a cabo por decreto del Consejo de Gobierno,

previo informe de las Consejerías competentes en materia de Hacienda y de Administración Pública.

3. El resto de las modificaciones o refundiciones se llevarán a cabo por decreto del Consejo de Gobierno, previo informe de las Consejerías competentes en materia de Hacienda y de Administración Pública.»

Seis. El artículo 62 queda redactado de la siguiente forma: «Artículo 62. Contratación.

1. El régimen de contratación de las agencias, salvo las agencias públicas empresariales previstas en el artículo 68.1.a) de esta Ley, será el establecido para las Administraciones Públicas en la legislación de contratos del sector público. El régimen de contratación de las agencias a que se refiere el citado artículo 68.1.a) se regirá por las previsiones contenidas en la legislación de contratos del sector público respecto de las entidades que, sin tener el carácter de Administraciones Públicas, tienen la consideración de poderes adjudicadores.

2. Los estatutos de la agencia determinarán su órgano de contratación, pudiendo fijar la persona titular de la Consejería a que se halle adscrita la cuantía a partir de la cual será necesaria su autorización para la celebración de los contratos, salvo que dicha autorización corresponda al Consejo de Gobierno.»

Siete. El apartado 3 del artículo 65 queda redactado de la siguiente forma:

«3. Las agencias administrativas se adscriben a una Consejería, a la que corresponde la dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad en los términos previstos en el artículo 63 de esta Ley. Excepcionalmente pueden adscribirse a otra agencia administrativa cuyo objeto consista en la coordinación de varias de ellas.»

Ocho. El artículo 68 queda redactado de la siguiente forma: «Artículo 68. Concepto.

1. Las agencias públicas empresariales son entidades públicas a las que se atribuye la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación, y que aplican técnicas de gestión empresarial en ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías, en el marco de la planificación y dirección de estas. Las agencias públicas empresariales pueden ser de dos tipos:

a) Aquellas que tienen por objeto principal la producción, en régimen de libre mercado, de bienes y servicios de interés público destinados al consumo individual o colectivo mediante contraprestación.

b) Aquellas que tienen por objeto, en ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías, y en el marco de la planificación y dirección de estas, la realización de actividades de promoción pública, prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación, sin actuar en régimen de libre mercado.

2. Las agencias públicas empresariales se adscriben a una o varias Consejerías. Excepcionalmente pueden adscribirse a una agencia cuyo objeto además consista en la coordinación de varias de ellas. Asimismo, se podrán aplicar técnicas de coordinación funcional entre varias agencias públicas empresariales que compartan la misma adscripción orgánica, a través de órganos o unidades horizontales.»

Nueve. El artículo 69 queda redactado de la siguiente forma: «Artículo 69. Régimen jurídico y ejercicio de potestades administrativas.

1. Las agencias públicas empresariales a que hace referencia la letra a) del apartado 1 del artículo 68 de esta Ley se rigen por el Derecho Privado,

excepto en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación.

Las agencias públicas empresariales a que hace referencia la letra b) del apartado 1 del artículo 68 de esta Ley se rigen por el Derecho Administrativo en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación. En los restantes aspectos se regirán por el Derecho Administrativo o por el Derecho Privado según su particular gestión empresarial así lo requiera.

Las agencias públicas empresariales ejercerán únicamente las potestades administrativas que expresamente se les atribuyan y solo pueden ser ejercidas por aquellos órganos a los que en los estatutos se les asigne expresamente esta facultad. No obstante, a los efectos de esta Ley, los órganos de las agencias públicas empresariales no son asimilables en cuanto a su rango administrativo al de los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía, salvo las excepciones que, a determinados efectos, se fijen, en cada caso, en sus estatutos.

En el caso de que se trate de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales que deban corresponder exclusivamente a personal funcionario de acuerdo con la legislación aplicable en materia de función pública, podrá llevarlas a cabo, bajo la

dirección funcional de la agencia pública empresarial, el personal funcionario perteneciente a la Consejería o la agencia administrativa a la que esté adscrita. A tal fin, se configurarán en la relación de puestos de trabajo correspondiente las unidades administrativas precisas, que dependerán funcionalmente de la agencia pública empresarial.

La dependencia de este personal supondrá su integración funcional en la estructura de la agencia, con sujeción a las instrucciones y órdenes de servicio de los órganos directivos de la misma, quienes ejercerán las potestades que a tal efecto establece la normativa general. El decreto por el que se aprueben los estatutos de la agencia contendrá las prescripciones necesarias para concretar el régimen de dependencia funcional, el horario de trabajo y las retribuciones en concepto de evaluación por desempeño y las relativas al sistema de recursos administrativos que procedan contra los actos que se dicten en ejercicio de las potestades administrativas atribuidas a la agencia.»

Diez. El apartado 1 del artículo 70 queda redactado de la siguiente forma:

«1. El personal de las agencias públicas empresariales se rige en todo caso por el Derecho Laboral, así como por lo que le sea de aplicación en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Será seleccionado mediante convocatoria pública en medios oficiales, basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad.»

Once. El artículo 71 queda redactado de la siguiente forma: «Artículo 71. Concepto y régimen jurídico.

Las agencias de régimen especial son entidades públicas a las que se atribuye cualesquiera de las actividades mencionadas en el artículo 65.1 de esta Ley, siempre que se les asignen funciones que impliquen ejercicio de autoridad que requieran especialidades en su régimen jurídico.

Las agencias de régimen especial se rigen por el Derecho Administrativo, sin perjuicio de la aplicación del Derecho Privado en aquellos ámbitos en que su particular gestión así lo requiera. En todo caso se rigen por Derecho Administrativo en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación.

3. Las agencias de régimen especial se adscriben a la Consejería competente por razón de la materia. Excepcionalmente pueden adscribirse a una agencia administrativa o de régimen especial cuyo objeto consista en la coordinación de varias de ellas.»

Doce. El apartado 1 del artículo 74 queda redactado de la siguiente forma:

«1. El personal de las agencias de régimen especial podrá ser funcionario, que se regirá por la normativa aplicable en materia de función pública, y personal sujeto a Derecho Laboral. Las funciones que impliquen ejercicio de autoridad serán desempeñadas por personal funcionario.»

Trece. El artículo 77 queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 77. Personal de las sociedades mercantiles del sector público andaluz.

El personal al servicio de las sociedades mercantiles del sector público andaluz se rige por el Derecho Laboral. El nombramiento del personal no directivo irá precedido de convocatoria pública en medios oficiales y de los procesos selectivos correspondientes, basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad.»

Catorce. El apartado 2 del artículo 78 queda redactado de la siguiente forma:

«2. El personal al servicio de las fundaciones del sector público andaluz se rige por el Derecho Laboral. El nombramiento del personal no directivo irá precedido de convocatoria pública en medios oficiales y de los procesos selectivos correspondientes basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad.»

Quince. El apartado 1 del artículo 82 queda redactado de la siguiente forma:

«1. En todas las Consejerías de la Junta de Andalucía existirá un registro general y los registros auxiliares que se establezcan. Asimismo, en las agencias administrativas, en las agencias de régimen especial, en las Delegaciones del Gobierno de la Junta de Andalucía, en las Delegaciones Provinciales de las Consejerías y en los órganos de ámbito inferior a la provincia que, en su caso, se creen existirá un registro general o un registro de carácter auxiliar.

Reglamentariamente se establecerán los días y horarios en que deberán permanecer abiertas las oficinas de registro dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía.»

Dieciséis. La disposición adicional primera queda redactada de la siguiente forma:

«Disposición adicional primera. Registro en entidades de Derecho Público.

Las agencias públicas empresariales y el resto de entidades de Derecho Público que no tengan la consideración de agencia administrativa o de régimen especial dispondrán de oficinas de registro cuando, de acuerdo con su norma reguladora, tengan atribuido el ejercicio de potestades administrativas que requieran la existencia de dichos órganos. En este supuesto, la Consejería o la agencia a la que esté adscrita la agencia pública empresarial ubicará en sus dependencias los registros auxiliares que se estimen necesarios.»

Diecisiete. Los apartados 2, 3 y 4 de la disposición transitoria única que-

dan redactados de la siguiente forma:

«2. La adecuación prevista en el apartado anterior se llevará a cabo por decreto del Consejo de Gobierno, a propuesta conjunta de las Consejerías competentes en materia de Administración Pública y de Hacienda, de acuerdo con la persona titular de la Consejería de la que dependan las entidades afectadas, en los siguientes casos:

a) Adecuación de los actuales organismos autónomos, cualquiera que sea su carácter, al régimen de las agencias administrativas previsto en esta Ley, con la posibilidad de refundición en una o varias agencias administrativas por área de actividad.

b) Adecuación de las entidades de Derecho Público creadas al amparo del artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía al régimen de las agencias públicas empresariales previsto en esta Ley, con la posibilidad de refundición en una o varias agencias públicas empresariales por área de actividad.

Cuando la norma de adecuación incorpore peculiaridades respecto al régimen general de cada tipo de entidad, la adecuación se producirá por ley.

No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando concurren las circunstancias previstas en la Sección 4.ª del Capítulo II del Título III de esta Ley, el Consejo de Gobierno, a propuesta conjunta de las personas titulares de las Consejerías competentes en materia de Administración Pública y de Hacienda, podrá adecuar los actuales organismos autónomos al régimen de las agencias de régimen especial.

El Consejo de Gobierno podrá también acordar la supresión de los organismos autónomos y de las entidades de Derecho Público creadas al amparo del artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por no reunir los requisitos previstos en el Título III de

esta Ley o por razones de eficacia y eficiencia en la aplicación de los recursos del sector público andaluz, o decidir su mantenimiento, hasta la concurrencia de las causas de extinción previstas en su artículo 60. El decreto de supresión de organismos autónomos podrá acordar la integración de los órganos y unidades administrativas del organismo autónomo en un servicio administrativo con gestión diferenciada de los previstos en el artículo 15 de esta Ley, en una agencia administrativa o en una Consejería. El decreto de supresión de las entidades de Derecho Público podrá acordar la integración total o parcial de su estructura en una agencia pública empresarial.

Dicho decreto establecerá las medidas aplicables en materia de personal, presupuestos y tesorería, y acordará la integración de los bienes del organismo autónomo en el patrimonio de la Comunidad Autónoma y los de las entidades de Derecho Público en el patrimonio de la agencia pública empresarial en la que se integre.»

Artículo 2. *Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.*

En relación con la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se establece lo que sigue:

Uno. El artículo 82 queda redactado de la siguiente forma: «Artículo 82.

1. Se requerirá autorización del Consejo de Gobierno, a propuesta de la persona titular de la Consejería competente por razón del objeto de la entidad y previo informe de las Consejerías con competencias en materia de Economía y de Hacienda, para la creación de entidades privadas, así como para la adquisición de acciones o participaciones en las mismas, cuando con ello la Comunidad Autónoma de Andalucía pase a constituirse en partícipe mayoritario directa o indirectamente.

Se requerirá autorización de la Consejería con competencia en materia de Economía, con comunicación a la Consejería con competencia en materia de Hacienda, para la adquisición de acciones o participaciones no mayoritarias en entidades de Derecho Privado.

Cuando los mismos actos se lleven a cabo por entidades dependientes de la Comunidad Autónoma, será de aplicación lo establecido en el apartado anterior, si bien la competencia para autorizar gastos corresponderá al órgano que la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía establezca.

Las adquisiciones referidas en este precepto se harán en Bolsa siempre que fuera posible.»

Dos. El artículo 88 bis queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 88 bis.

Podrá acordarse la enajenación de bienes inmuebles del Patrimonio de la Comunidad Autónoma con reserva del uso temporal de los mismos, total o parcial, cuando por razones debidamente justificadas resulte conveniente para el interés público y así lo autorice el Consejo de Gobierno. Esta utilización temporal podrá instrumentarse a través de la celebración de contratos de arrendamiento, de corta o larga duración, o cualesquiera otros que habiliten para el uso de los bienes enajenados, simultáneos al negocio de enajenación y sometidos a las mismas normas de competencia y procedimiento que este. Se exigirá autorización por norma con rango de ley cuando el importe del bien sea superior a veinte millones de euros.

Lo previsto en el párrafo anterior podrá también aplicarse a los bienes inmuebles pertenecientes a Entidades públicas dependientes de la Comunidad Autónoma.»

Tres. La disposición adicional segunda queda redactada de la siguiente forma:

«Disposición adicional segunda.

Se considerarán bienes de dominio público aquellos inmuebles que se destinen a oficinas o servicios administrativos de la Junta de Andalucía o de cualquiera de sus entidades instrumentales de Derecho Público.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, la autorización por parte del Consejo de Gobierno para la enajenación de los citados bienes les atribuye la condición de bienes patrimoniales y resultan alienables, sin necesidad de previa declaración de alienabilidad. Se exigirá autorización por norma con rango de ley cuando el importe del bien sea superior a veinte millones de euros.»

CAPÍTULO II

Medidas sectoriales de organización

Sección 1.ª Medidas de organización en el Sistema Andaluz del Conocimiento

Artículo 3. *Ley 16/2007, de 3 de diciembre, Andalucía de la Ciencia y el Conocimiento.*

El apartado 1 del artículo 27 de la Ley 16/2007, de 3 de diciembre, Andalucía de la Ciencia y el Conocimiento, queda redactado de la siguiente forma:

«1. Se crea, con la denominación de Agencia Andaluza del Conocimiento, una agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, adscrita a la Consejería o Consejerías que se establezcan por el Consejo de Gobierno, a la que le corresponde ejercer las competencias de evaluación y acreditación de las actividades universitarias; y de fomento, gestión, evaluación y acreditación de las actividades de investigación, desarrollo e innovación entre los agentes del Sistema Andaluz del Conocimiento. Le corresponde también prestar servicios para la tramitación y ejecución de programas y actuaciones

vinculadas a la formación avanzada, al fomento de la innovación o a programas de formación de universitarios y universitarias en otras regiones y países. Asimismo, le corresponde el fomento de la innovación tecnológica en Andalucía, transfiriendo conocimiento a través de los agentes del conocimiento y de la participación de las empresas y de dichos agentes en los programas I+D+I de la Unión Europea.»

Artículo 4. Subrogación.

1. De conformidad con la disposición transitoria única de la Ley 16/2007, de 3 de diciembre, la Agencia Andaluza del Conocimiento, desde la entrada en vigor de sus Estatutos, quedará subrogada en todas las relaciones jurídicas, derechos y obligaciones de los que es titular el organismo autónomo Agencia Andaluza de Evaluación de la Calidad y Acreditación Universitaria. La extinción de esta última entidad tendrá efectos a partir de la referida fecha. Los bienes de la Agencia Andaluza de Evaluación de la Calidad y Acreditación Universitaria se incorporarán al Patrimonio de la Comunidad Autónoma. Sin perjuicio de lo anterior, para la mejor gestión de dichos bienes se podrán adscribir a la Agencia Andaluza del Conocimiento.

2. A la Agencia Andaluza del Conocimiento, desde la entrada en vigor de sus Estatutos, se le adscribirán las acciones de la Sociedad para el Impulso del Talento, Talentia, S.L.U., y del Centro de Innovación y Transferencia de Tecnología de Andalucía, S.A.U.; y quedará subrogada en todas las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que son titulares las citadas entidades.

3. La extinción de la Sociedad para el Impulso del Talento, Talentia, S.L.U., y del Centro de Innovación y Transferencia de Tecnología de Andalucía, S.A.U., se tramitará de acuerdo con el artículo 50.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

Sección 2.ª Medidas de organización en el Sector de la Obra Pública

Artículo 5. Adaptación y transformación de Ferrocarriles de la Junta de Andalucía.

1. Ferrocarriles de la Junta de Andalucía adoptará la configuración de agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, y se denominará Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía, debiendo entenderse actualizadas con la nueva denominación todas las disposiciones normativas que se refieran a la citada entidad pública.

La Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía se adscribirá a la Consejería competente en materia de obras públicas.

Se regirá por lo dispuesto en la presente Ley, por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 2/2003, de 12 de mayo, de Ordenación de los Transportes Urbanos y Metropolitanos de Viajeros en Andalucía, por sus Estatutos, por la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobada por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, y por la demás normativa de aplicación.

2. Se atribuye a la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía:

a) Sobre las infraestructuras viarias y ferroviarias que determine la persona titular de la Consejería competente en materia de obras públicas, las competencias de construcción, conservación, mantenimiento y explotación, pudiendo llevarse a cabo mediante la celebración de los contratos previstos en la legislación de contratos del sector público, incluidos los modelos de colaboración público-privada en la financiación de infraestructuras públicas.

b) La tramitación y aprobación de los estudios de viabilidad, estudios, documentos técnicos y proyectos de ca-

rreteras y ferrocarriles que hayan sido atribuidos conforme a la letra a) anterior, salvo que otra cosa se establezca por la persona titular de la Consejería competente en materia de obras públicas en la Orden de atribución.

c) El desarrollo y gestión de actividades y de infraestructuras de obra pública y equipamiento público que le fueran encomendados por las distintas Consejerías, rigiéndose por la normativa sectorial aplicable en cada caso.

Artículo 6. Subrogación.

La Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía quedará subrogada en todas las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que es titular Gestión de Infraestructuras de Andalucía, S.A., desde la fecha en que se acuerde su disolución.

El proceso de adaptación de los Estatutos de la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía se tramitará simultáneamente a la extinción de Gestión de Infraestructuras de Andalucía, S.A., de acuerdo con el artículo 50.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

Artículo 7. Ley 2/2003, de 12 de mayo, de Ordenación de los Transportes Urbanos y Metropolitanos de Viajeros en Andalucía.

En relación con la Ley 2/2003, de 12 de mayo, de Ordenación de los Transportes Urbanos y Metropolitanos de Viajeros en Andalucía, se establece lo que sigue:

Uno. El apartado 2 del artículo 30 queda redactado de la siguiente forma:

«2. Son fines generales de la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía servir como instrumento para el desarrollo de las políticas del Consejo de Gobierno en materia de infraestructuras de transporte, incluyendo la construcción y explotación de carreteras, ferrocarriles y servicios de transporte mediante ferrocarril, y en general las infraestructuras de obra pública y equipamientos públicos. La Agencia de Obra

Pública de la Junta de Andalucía podrá realizar actividades y ejercer las competencias en materia de explotación de servicios públicos cuando resulte indispensable para el desarrollo y financiación de los fines generales indicados.

De acuerdo con estos fines de la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía, en estas materias ejercerá y desarrollará las competencias, funciones y actuaciones que le sean atribuidas por el Consejo de Gobierno en los términos y con el alcance previsto en dicha atribución, o que sea encomendada su gestión por la Consejería competente en materia de obra pública o por otras Consejerías y agencias, cada una en el ámbito de sus competencias.»

Dos. Los párrafos segundo y tercero del apartado 3 del artículo 31 quedan redactados de la siguiente forma:

«Corresponde la Presidencia de la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía a la persona titular de la Consejería competente en materia de obras públicas.»

El Consejo Rector será el máximo órgano de gobierno y dirección y estará integrado por la persona titular de la Presidencia de la Agencia, quien ostentará la Presidencia del Consejo, y las personas nombradas por el Consejo de Gobierno, a propuesta de la persona titular de la Consejería competente en materia de obras públicas.»

Sección 3.ª Medidas de organización en materia de Empleo

Artículo 8. Adaptación del Servicio Andaluz de Empleo.

1. El Servicio Andaluz de Empleo adoptará la configuración de agencia de régimen especial de las previstas en el artículo 54.2.c) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

Se regirá por lo dispuesto en esta Ley, por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, por la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo, y por sus Estatutos, en lo que

no se opongan a aquella, por la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y por la restante normativa de aplicación.

El Servicio Andaluz de Empleo se adscribirá a la Consejería que se establezca por el Consejo de Gobierno.

El personal del Servicio Andaluz de Empleo se mantendrá con el carácter de personal laboral o funcionario que en la actualidad ostenta.

Los bienes del Servicio Andaluz de Empleo se incorporarán al Patrimonio de la Comunidad Autónoma. Sin perjuicio de lo anterior, para la mejor gestión de dichos bienes se podrán adscribir al Servicio Andaluz de Empleo una vez se transforme en agencia de régimen especial.

El Servicio Andaluz de Empleo quedará subrogado en todas las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que es titular la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, así como del personal de los Consorcios UTEDLT de Andalucía, desde la fecha en que se acuerde su disolución o extinción.

El asesoramiento jurídico y la representación y defensa en juicio del Servicio Andaluz de Empleo quedan encomendados al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, a través de los Letrados o Letradas adscritos al mismo.

El proceso de adaptación de los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo se tramitará simultáneamente a la extinción de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, de acuerdo con el artículo 50.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

Sección 4.ª Medidas de organización en el sector Sanitario

Artículo 9. *Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol.*

La Empresa Pública Hospital de la Costa del Sol adoptará la configuración de agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1.b) de

la Ley 9/2007, de 22 de octubre, y se denominará Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol, debiendo entenderse actualizadas con la nueva denominación todas las disposiciones normativas que se refieran a la citada entidad pública.

La Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol se regirá por la presente Ley, por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, por las disposiciones de su ley de creación y por sus Estatutos, en lo que no se opongan a aquella, por la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y por la restante normativa de aplicación.

El objeto de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol será: a) La coordinación de la gestión de los servicios sanitarios de las agencias públicas empresariales que se le adscriban.

b) La gestión del Hospital Costa del Sol de Marbella (Málaga).

c) La gestión de los Centros Hospitalarios de Alta Resolu-

ción que se establezcan en la provincia de Málaga, coordinando sus servicios y recursos con los de los restantes centros sanitarios pertenecientes al Sistema Sanitario Público de Andalucía.

Artículo 10. *Adscripción de empresas públicas sanitarias.*

Se adscriben a la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol la Empresa Pública Hospital de Poniente de Almería, la Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir y la Empresa Pública Sanitaria Bajo Guadalquivir.

Dichas entidades adoptarán la configuración de agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, conforme a la disposición transitoria única de la misma.

Sección 5.ª Medidas de organización del sector Agrario y Pesquero

Subsección 1.ª Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía

Artículo 11. *Personalidad, adscrip-*

ción, régimen jurídico, fines, recursos económicos y representación y defensa de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía.

1. Se autoriza la creación de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía como agencia de régimen especial de las previstas en el artículo 54.2.c) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre. La Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía tendrá personalidad jurídica pública diferenciada y plena capacidad jurídica y de obrar, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión en los términos previstos en la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

2. La Agencia se adscribirá a la Consejería o Consejerías que se establezcan por el Consejo de Gobierno.

3. La Agencia se regirá por lo dispuesto en esta Ley, por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, por los Estatutos de la entidad, por la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, y por las demás normas generales aplicables a las agencias de régimen especial.

4. Son fines generales de la Agencia la ejecución de las políticas orientadas a alcanzar los objetivos básicos previstos en el artículo 10.3.13.º del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que le sea asignada por la Consejería a la que quede adscrita, así como la gestión, en el marco de la planificación, dirección y control de esta, de programas y acciones de fomento; de vigilancia e inspección; de prestación y gestión de servicios públicos, y de asistencia técnica, en materias agraria y pesquera; para lo que quedará habilitada con las competencias, funciones y potestades administrativas para el ejercicio de las funciones que impliquen ejercicio de autoridad, que le confieran sus Estatutos y las demás normas habilitantes que le puedan ser de aplicación.

5. Los recursos económicos de la Agencia serán los que se determinen en

la normativa aplicable a las agencias de régimen especial.

6. El asesoramiento jurídico y la representación y defensa en juicio de la Agencia quedan encomendados al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, a través de los Letrados o Letradas adscritos al mismo.

Artículo 12. Subrogación.

La Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía, desde la entrada en vigor de sus Estatutos, quedará subrogada en todas las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que es titular la Empresa Pública de Desarrollo Agrario y Pesquero, S.A.

El proceso de aprobación de los Estatutos de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía se tramitará simultáneamente a la extinción de la sociedad mercantil Empresa Pública de Desarrollo Agrario y Pesquero, S.A., de acuerdo con el artículo 50.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

Subsección 2.ª Instituto Andaluz de Reforma Agraria

Artículo 13. Supresión del Instituto Andaluz de Reforma Agraria.

El organismo autónomo Instituto Andaluz de Reforma Agraria (I.A.R.A.), creado por la Ley 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria, queda extinguido, con efectos desde el día 31 de diciembre de 2010.

La Administración de la Junta de Andalucía, desde dicha fecha, queda subrogada en todas las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de las que es titular el Instituto Andaluz de Reforma Agraria. Las competencias asignadas a la Presidencia del Instituto serán ejercidas por la persona titular de la Consejería con competencias en materia de agricultura.

Los bienes titularidad del I.A.R.A. se incorporarán al Patrimonio de la Junta de Andalucía y se adscribirán a la Consejería competente en materia de agricultura. Tales bienes continuarán

rigiéndose por su normativa específica, además de por lo dispuesto en la presente Ley.

Subsección 3.^a Cámaras Agrarias

Artículo 14. *Extinción de las Cámaras Agrarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía.*

Se declaran extinguidas todas las Cámaras Agrarias de cualquier ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Artículo 15. *Liquidación del patrimonio y relaciones jurídicas de las Cámaras Agrarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía.*

La total liquidación del patrimonio y las relaciones jurídicas de las Cámaras Agrarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía y su adscripción se llevarán a efecto por una comisión liquidadora cuyas funciones, composición y régimen de funcionamiento se determinarán en la Orden a que hace referencia el apartado 2 de la disposición final primera de la presente Ley. Esta comisión liquidadora deberá quedar válidamente constituida, a fin de iniciar los trabajos, en el plazo máximo de un mes desde la entrada en vigor de la citada Orden, debiéndose culminar las operaciones de liquidación en el plazo de un año, a partir de la constitución de la comisión.

Artículo 16. *Destino del patrimonio de las Cámaras Agrarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía.*

El resultante de la liquidación del patrimonio de las Cámaras Agrarias Provinciales será objeto de traspaso, en los términos que se fijen por la comisión liquidadora que se cree al amparo del artículo anterior, y con carácter preferente, a las organizaciones profesionales agrarias más representativas en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, para su aplicación a fines y servicios de interés general agrario.

El resultante de la liquidación del patrimonio del resto de las Cámaras

Agrarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía será objeto de traspaso, en los términos que se fijen por la comisión liquidadora que se cree al amparo del artículo anterior, para su aplicación a fines y servicios de interés general agrario.

Artículo 17. *Asunción de derechos y obligaciones.*

Una vez extinguidas las Cámaras Agrarias, y mientras se llevan a cabo todas las operaciones necesarias para la total liquidación y adscripción de su patrimonio, la Consejería competente en materia de agricultura, directamente o a través de sus entes instrumentales, asumirá de forma provisional los derechos y obligaciones de las entidades extinguidas, limitando su responsabilidad por dichas obligaciones al patrimonio de las Cámaras que se liquidan.

Sección 6.^a Medidas de organización en el sector de los Servicios Sociales

Artículo 18. *Personalidad, adscripción, régimen jurídico, fines, recursos económicos y representación y defensa de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía.*

1. Se crea, con la denominación de Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, una agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre. La agencia pública empresarial Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía tendrá personalidad jurídica pública diferenciada y plena capacidad jurídica y de obrar, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión en los términos previstos en la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

2. La Agencia se adscribirá a la Consejería o Consejerías que se establezcan por el Consejo de Gobierno.

3. La Agencia se rige por lo dispuesto en esta Ley, por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, por los Estatutos de la enti-

dad, por la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, y por las demás normas generales aplicables a las agencias públicas empresariales.

4. Son fines generales de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía:

a) El desarrollo de las actividades de organización y prestación de los servicios necesarios para la gestión del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía.

b) La promoción, desarrollo y gestión de recursos de atención social a las personas, a las familias y a los grupos en que estas se integran para favorecer su bienestar, así como la gestión de recursos y el desarrollo de actuaciones en materia de protección a la infancia.

c) La atención a las drogodependencias y adicciones; y la incorporación social para la atención a colectivos excluidos o en riesgo de exclusión social.

De acuerdo con estos fines, la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, en estas materias, ejercerá y desarrollará las competencias, funciones y actuaciones que le confieran sus Estatutos, la Consejería a la que se adscriba la Agencia y las demás normas habilitantes que le puedan ser de aplicación.

Los recursos económicos de la Agencia serán los que se determinen en la normativa aplicable a las agencias públicas empresariales.

El asesoramiento jurídico y la representación y defensa en juicio de la Agencia quedan encomendados al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, a través de los Letrados o Letradas adscritos al mismo.

Artículo 19. Subrogación.

El proceso de aprobación de los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía se tramitará simultáneamente a la extinción de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales y de la Fundación

Andaluza para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social, de acuerdo con el artículo 50.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

El Decreto de aprobación de los Estatutos establecerá el régimen de subrogación de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía en las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que son titulares la Fundación Andaluza de Servicios Sociales y la Fundación Andaluza para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social.

Sección 7.^a Medidas de organización en materia de Cultura

Artículo 20. Personalidad, adscripción, régimen jurídico, fines y recursos económicos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales.

1. El Instituto Andaluz de las Artes y las Letras pasa a denominarse Agencia Andaluza de Instituciones Culturales, y adopta la configuración de agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre. La Agencia Andaluza de Instituciones Culturales tendrá personalidad jurídica pública diferenciada y plena capacidad jurídica y de obrar, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión en los términos previstos en la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

2. La Agencia se adscribirá a la Consejería o Consejerías que se establezcan por el Consejo de Gobierno.

3. La Agencia se rige por la presente Ley, por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, por sus Estatutos, por la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, y por las demás normas generales aplicables a las agencias públicas empresariales.

4. Son fines generales de la Agencia:

a) La investigación, gestión, fomento, formación y divulgación de las artes plásticas, las artes combinadas,

las letras, el teatro, la música, la producción fonográfica, la danza, el folclore, el flamenco, la cinematografía y las artes audiovisuales y el desarrollo, comercialización y ejecución de programas, promociones y actividades culturales, por sí o mediante la colaboración o cooperación con otras personas físicas o jurídicas, públicas o privadas.

b) La programación, ejecución y seguimiento de inversiones en materia de infraestructuras y equipamientos culturales.

c) El establecimiento de mecanismos de cooperación y colaboración con otros entes públicos o privados para el impulso y promoción de la cultura.

d) Las demás funciones que se le atribuyan en sus Estatutos, o que le sean encomendadas por la Consejería a la que se adscriba la Agencia, en relación con las instituciones, equipamientos e instalaciones culturales.

5. Los recursos económicos de la Agencia serán los que se determinen en la normativa aplicable a las agencias públicas empresariales.

Artículo 21. Transformación y su brogación.

La Agencia Andaluza de Instituciones Culturales, como entidad que procede de la transformación del Instituto Andaluz de las Artes y las Letras, asumirá el patrimonio y todas las relaciones jurídicas, derechos y obligaciones de los que este es titular, debiendo entenderse actualizadas con la nueva denominación todas las disposiciones normativas que se refieran a la citada entidad.

Sección 8.ª Medidas de organización en relación con el Medio Ambiente y el Agua

Artículo 22. Personalidad, adscripción, régimen jurídico y fines de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía.

1. Se crea la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía como

agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre. La agencia pública empresarial Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía tendrá personalidad jurídica diferenciada y plena capacidad jurídica y de obrar, patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión en los términos previstos en la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

2. La Agencia se adscribirá a la Consejería o Consejerías que se establezcan por el Consejo de Gobierno.

3. La Agencia se rige por la presente Ley, por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, por sus Estatutos, por la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, y por las demás normas generales aplicables a las agencias públicas empresariales.

4. Son fines generales de la Agencia: a) En materia de medio ambiente: 1.º La gestión y puesta en valor de toda clase de equipamientos, instalaciones, bienes muebles o inmuebles, incluidos montes públicos y redes de información, vigilancia y control ambiental, que le sean puestos a su disposición con motivo de las encomiendas de gestión que reciba o le sean adscritos.

2.º La realización de toda clase de programas, ejecución de equipamientos e instalaciones y, en general, de actuaciones ambientales en el medio natural y urbano, así como en relación con el cambio climático; la colaboración en la gestión de los programas de ayuda; la prestación de servicios relacionados con emergencias ambientales, incluidos los de prevención y extinción de incendios, en los términos que se establezcan en sus Estatutos.

b) En materia de agua:

1.º La adquisición, construcción, conservación, mantenimiento y mejora de obras, equipamientos e instalaciones hidráulicas con motivo de las encomiendas de gestión que reciba.

2.º La gestión y mantenimiento

de las redes de información, vigilancia y control, así como la realización de actuaciones relacionadas con el dominio público hidráulico y la calidad del medio hídrico en los términos que se establezcan en sus Estatutos.

Artículo 23. *Recursos económicos.*

1. Los recursos económicos de la Agencia serán los que se determinen en la normativa aplicable a las agencias públicas empresariales.

2. Sin perjuicio de aquellas actuaciones que se financien mediante transferencias de financiación u otros modos de financiación establecidos en las sucesivas leyes del Presupuesto de la Junta de Andalucía, el importe de las actuaciones que la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía lleve a cabo por encomienda de gestión se podrá determinar aplicando a las unidades ejecutadas con sus propios medios las tarifas correspondientes, que deberán ser objeto de aprobación por la Consejería competente en materia de medio ambiente y agua. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización y su aplicación a las unidades producidas servirá de justificante de los trabajos realizados.

Artículo 24. *Extinción de entidades y subrogación.*

Queda extinguida la Agencia Andaluza del Agua, con efectos desde la fecha de entrada en vigor del Decreto por el que se apruebe la estructura orgánica de la Consejería de Medio Ambiente, para integrar en la misma las competencias y órganos propios de la Administración hidráulica de la Junta de Andalucía.

La Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, desde la entrada en vigor de sus Estatutos, quedará subrogada en todas las relaciones jurídicas, derechos y obligaciones de los que es titular la Empresa de Gestión Medioambiental, S.A.

El proceso de aprobación de los Estatutos de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía se tramitará simultáneamente a la extinción de la Empresa de Gestión Medioambiental, S.A., de acuerdo con el artículo 50.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

CAPÍTULO III

Medidas para la dinamización del patrimonio agrario de Andalucía

Sección 1.^a De los bienes del Instituto Andaluz de Reforma Agraria adjudicados en concesión administrativa a particulares y de las medidas para facilitar el acceso a la propiedad

Subsección 1.^a De las personas concesionarias sin derecho de acceso a la propiedad

Artículo 25. *Del acceso a la propiedad.*

Aquellas personas adjudicatarias de explotaciones agrarias constituidas por el Instituto Andaluz de Reforma Agraria (I.A.R.A.), que se encuentren en régimen de concesión administrativa, otorgada al amparo del artículo 57.º de la Ley 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria, podrán acceder a la propiedad sobre las mismas, en el plazo y con las condiciones que se establecen en los artículos 26 y 27 de la presente Ley.

1. Será requisito indispensable para el acceso de las personas concesionarias a la propiedad que las tierras adjudicadas tengan un uso agrario, quedando expresamente excluidas de lo dispuesto en el presente Capítulo aquellas parcelas que, por encontrarse acogidas a la retirada de cultivo, por haber sido forestadas, o encontrarse en proceso de forestación, por estar afectadas por un cambio de clasificación en el planeamiento urbanístico actualmente vigente o en proceso de aprobación, o por cualesquiera otras circunstancias, sufrieren una alteración, actual o potencial, de su destino agrícola.

Artículo 26. Solicitantes.

1. Podrán solicitar el acceso a la propiedad las personas físicas o jurídicas, titulares originarias de la concesión administrativa, o sus causahabientes.

A los solos efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se considerarán vigentes, en situación de prórroga tácita, aquellas concesiones cuyas personas adjudicatarias se hubieren mantenido en el cultivo de la explotación, tras la finalización del plazo por el que inicialmente fueron adjudicadas, siendo poseedores pacíficos, públicos y de buena fe.

1. Las solicitudes se presentarán preferentemente ante la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de agricultura en cuyo ámbito territorial se encuentre ubicado el bien, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que procederá a tramitar el correspondiente procedimiento y remitirlo junto con la propuesta a los servicios centrales de la Consejería competente en materia de agricultura para su resolución.

2. El plazo de presentación de solicitudes será de doce meses, a contar desde el día siguiente al de la entrada en vigor del Decreto-Ley 6/2010, de 23 de noviembre.

3. Las entidades asociativas adjudicatarias habrán de acompañar a su solicitud la documentación acreditativa de su personalidad jurídica, así como de su composición actual.

En el supuesto de que dicha personalidad jurídica hubiera podido verse afectada por lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas, y fuese posible su reactivación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 de dicha Ley, deberá efectuarse dicha reactiva-

ción con carácter previo a la tramitación del expediente administrativo de transmisión de acceso a la propiedad.

Si no fuese posible la reactivación, o se hubiese producido la pérdida de la personalidad jurídica por efecto de una sanción administrativa, podrá reconocerse como sucesora en la concesión administrativa a una nueva entidad que al efecto se constituya por los socios de la entidad inicial que se hubieren mantenido en el cultivo de la explotación.

1. En los supuestos del apartado anterior, si el número de miembros de las entidades asociativas concesionarias hubiere disminuido con respecto a la composición originaria, la Consejería competente en materia de agricultura requerirá a la entidad asociativa para que, en el plazo que al efecto se les otorgue, integren nuevos socios, hasta completar el número inicial. Estos nuevos socios deberán poder justificar su condición de persona agricultora al menos en los cinco años anteriores. De no verificarse dicha integración, la Administración queda facultada para disminuir la superficie de la explotación, adaptándola a la composición actual.

2. La competencia para resolver el procedimiento corresponderá a la persona titular de la Presidencia del I.A.R.A., y cuando se produzca la extinción de la citada entidad, a la persona titular de la Consejería competente en materia de agricultura, a propuesta de la Delegación Provincial de la referida Consejería que corresponda.

El plazo máximo para dictar la resolución y notificarla a las personas interesadas será de seis meses, a contar desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar la entrada de la solicitud en el registro de la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de agricultura. Transcurrido dicho plazo sin que hubiere recaído resolución sobre la solicitud, se podrá entender aquella desestimada por silencio, sin perjuicio

de la obligación de resolver, establecida en el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Artículo 27. Condiciones del acceso a la propiedad.

1. Para el acceso a la propiedad se concederá un plazo máximo de tres años, a partir de la notificación de la resolución reconociendo el derecho, durante los cuales las personas concesionarias habrán de amortizar el precio de la adjudicación abonando un interés del 3,5% durante el segundo y tercer año.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las personas concesionarias que así lo deseen podrán obtener el título de propiedad en cualquier momento desde el reconocimiento del derecho, mediante la liquidación anticipada del precio.

3. Las personas concesionarias a quienes se otorgue el derecho de acceso a la propiedad quedarán autorizadas para constituir hipoteca sobre las fincas objeto de la enajenación.

Artículo 28. Valor de enajenación.

1. El valor de enajenación se determinará por el sistema de capitalización del rendimiento atribuido a las mismas.

2. Al valor de enajenación calculado conforme al apartado anterior le será aplicada una reducción en función de criterios de antigüedad, según los distintos tipos de ocupación de los lotes, generación de empleo cuantificada en unidad de trabajo agrario por encima de unos mínimos, así como esfuerzo inversor efectuado por los solicitantes, excluidas las ayudas públicas recibidas.

Estos criterios de reducción se aplicarán mediante una modulación que será establecida por Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de agricultura, que será publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Las reducciones correspondientes a los criterios anteriores podrán ser

acumulativas, no pudiendo superarse en ningún caso una reducción total del valor de enajenación superior al 65%.

3. Del precio a liquidar así determinado se descontarán los cánones abonados por las personas adjudicatarias durante el período en que se hubiere mantenido la concesión administrativa sin derecho de acceso a la propiedad.

Las cantidades adeudadas en concepto de canon que hubieran prescrito serán dadas de baja en las cuentas del I.A.R.A.

Artículo 29. Limitaciones a la libre disposición de los bienes.

1. La enajenación, división o segregación inter vivos de la explotación, en el plazo de veinticinco años a contar desde la firma de la escritura pública de transmisión de la propiedad, conllevará la pérdida del derecho a las reducciones del valor de enajenación que fueron contempladas en el apartado 2 del artículo anterior. A tal efecto, en el título de dominio constarán las garantías suficientes, mediante condición resolutoria expresa, por plazo de veinticinco años, para la devolución a la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía de la parte que se dedujo del valor total de enajenación calculado conforme al apartado 1 del artículo anterior. Asimismo, se harán constar, diferenciadas, las cantidades correspondientes a las reducciones contempladas en el apartado 2 del artículo anterior, que serían objeto de devolución.

2. Las cantidades que, en aplicación del apartado anterior, debieran ser ingresadas en la Hacienda Pública lo serán incrementadas en el interés legal del dinero por el plazo transcurrido desde la entrega del título de dominio del bien a la persona interesada hasta la fecha de modificación de este título de dominio.

3. Quedarán excluidas de la limitación establecida en el presente artículo las aportaciones al capital, o la dispo-

ción por cualquier otro título, de los bienes transmitidos por el I.A.R.A. a favor de entidades asociativas, en las que se integren como socios las personas titulares de aquellos, siempre que, en la escritura pública de transmisión de la propiedad que al efecto se otorgue, la entidad que adquiera los bienes se subrogue expresamente en la obligación de devolución a la Hacienda Pública de las reducciones del valor de enajenación, con los intereses legales, consignada en los dos apartados anteriores, cuando tenga lugar alguno de los hechos contenidos en los mismos dentro de los veinticinco años de la transmisión a que se refiere el apartado 1 de este artículo.

Subsección 2.^a De las personas concesionarias con derecho de acceso a la propiedad

Artículo 30. *Bonificaciones para la liquidación anticipada de lotes.*

Aquellas personas adjudicatarias de explotaciones agrarias u otros bienes del I.A.R.A., que tuvieran reconocido el derecho de acceso a la propiedad, al amparo de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, aprobada por Decreto 118/1973, de 12 de enero, o en el artículo 59 de la Ley 8/1984, de 3 de julio, y liquidasen las cantidades adeudadas al I.A.R.A. dentro del año siguiente a contar desde la entrada en vigor del Decreto-Ley 6/2010, de 23 de noviembre, quedarán exentas del abono de los gastos notariales devengados por el otorgamiento de la correspondiente escritura de compraventa, que serán asumidos por el I.A.R.A.

Artículo 31. *Supresión de la tutela administrativa.*

Las adquisiciones de bienes del I.A.R.A. por parte de las personas adjudicatarias quedarán exentas de la aplicación del régimen de autorizaciones que establecen los apartados 1 y 3 del artículo 28 de la Ley de Reforma y De-

sarrollo Agrario, aprobada por Decreto 118/1973, de 12 de enero, con la modificación introducida por la disposición final segunda de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, de forma que las personas adquirentes podrán disponer libremente de sus explotaciones, sin más limitaciones de las que resulten de la aplicación de la normativa en materia de régimen de unidades mínimas de cultivo o de las cargas que se establezcan en garantía de las cantidades que pudieran quedar pendientes de pago, por razón de la enajenación o de la ulterior liquidación de obras.

Los propietarios de bienes enajenados por el I.A.R.A. en cuyas escrituras figure esta limitación quedan autorizados a solicitar la cancelación de la misma ante los Registros de la Propiedad correspondientes.

Artículo 32. *Transmisión mortis causa de la explotación.*

En caso de fallecimiento de la persona concesionaria que, hallándose en disposición de acceder a la propiedad de la explotación de conformidad con lo previsto en el artículo 34 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, aprobada por Decreto 118/1973, de 12 de enero, no hubiera solicitado el otorgamiento de escritura de propiedad a su favor, y en defecto de cónyuge viudo o de designación testamentaria de persona que le suceda en la concesión, podrá autorizarse el otorgamiento de la correspondiente escritura de compraventa en proindiviso, a favor de las personas herederas de aquella.

Sección 2.^a De la finalización de las adjudicaciones vigentes y recuperación de bienes del Instituto Andaluz de Reforma Agraria

Artículo 33. *Bienes no solicitados por las personas concesionarias.*

1. Las concesiones administrativas sin derecho de acceso a la propiedad, cuyos titulares no se acojan a

lo dispuesto en la Subsección 1.^a de la Sección 1.^a del presente Capítulo dentro de los plazos conferidos al efecto, o que no pudieran acceder a la propiedad por no cumplir los requisitos para ello, o que por motivos no imputables a la Administración no hayan podido finalizar el procedimiento acorde a sus intereses, no podrán acogerse a beneficios futuros para el acceso a la propiedad de la explotación agraria, pudiendo la Administración iniciar actuaciones para el rescate de la concesión administrativa.

2. En el supuesto de que se comprobase el incumplimiento de sus obligaciones por parte de las personas concesionarias, la Administración iniciará de inmediato los correspondientes expedientes de caducidad, indemnizando a las personas adjudicatarias por las mejoras realizadas útiles y autorizadas por la Administración, siempre que aquellas subsistan y se justifique su importe, deducidas las ayudas y subvenciones recibidas, así como las deudas pendientes, procediéndose a continuación a su desalojo.

3. Si el plazo inicial por el que tales concesiones fueron otorgadas se hubiere cumplido, sin que hubiere mediado prórroga expresa, y transcurrido el plazo previsto, la Administración competente procederá a requerir a las personas adjudicatarias para que desalojen las fincas, indemnizando, en su caso, a aquellas por las mejoras realizadas útiles y autorizadas por la Administración, siempre que subsistan y se justifique su importe, deducidas las ayudas y subvenciones recibidas, así como las deudas pendientes.

Artículo 34. *Bienes no solicitados por sus ocupantes no concesionarios.*

1. Las adjudicaciones en cultivo provisional, otorgadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 23.3 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, aprobada por Decreto 118/1973, de 12 de enero, vigentes a la entrada en vigor del

Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público, cuyos titulares no se hayan acogido a lo dispuesto en el Decreto 192/1998, de 6 de octubre, por el que se regula el régimen de disposición de bienes del Instituto Andaluz de Reforma Agraria, o no pudieran acceder a la propiedad por no cumplir los requisitos para ello, no serán renovadas, requiriéndose a las personas cultivadoras para que procedan al desalojo, previa indemnización, en su caso, por las mejoras útiles realizadas en la finca por aquellas, siempre que subsistan y se justifique su importe, una vez deducidos los gastos originados por sus ocupantes sufragados por el I.A.R.A.

2. Asimismo, a las personas arrendatarias históricas de bienes del I.A.R.A. que no ejercitaron en plazo el derecho de acceso a la propiedad que les concedía el artículo 2.2 de la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos, la Administración agraria les concederá un plazo para solicitar la enajenación a su favor al amparo de lo dispuesto en el Decreto 192/1998, de 6 de octubre.

A quienes no accedan a la propiedad por esta vía, por no haberlo solicitado, o no haber formalizado la escritura de compraventa por causa que les fuera imputable, la Administración procederá a notificarles la finalización del contrato de arrendamiento, y a requerirles para que procedan al desalojo.

Sección 3.^a De los bienes no ocupados por terceras personas propiedad del Instituto Andaluz de Reforma Agraria

Artículo 35. *Del destino de los bienes no ocupados por terceras personas propiedad del I.A.R.A.*

Las tierras, bienes y derechos propiedad del I.A.R.A. que no estuviesen ocupados por terceras personas y los que puedan quedar en esa situación en lo sucesivo se podrán destinar

a potenciar aquellas actuaciones que permitan su puesta en valor, mediante la cesión a entidades públicas para fines de interés general o enajenación a entidades públicas o personas físicas y jurídicas de carácter privado, conforme al procedimiento previsto en el Decreto 192/1998, de 6 de octubre, para destinarlos tanto a fines agrarios como a aquellos otros fines y usos compatibles que permitan la modernización y mejora del medio rural y las condiciones de vida de la población, así como aquellos fines que favorezcan el empleo en el medio rural. Ello incluye devolver al tráfico jurídico el patrimonio rústico cuyo uso hubiere devenido urbano en virtud de los correspondientes instrumentos de planeamiento, aprobados por los órganos competentes en la materia.

Todo ello, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Artículo 36. *De la explotación provisional de las tierras vacantes.*

En tanto no se resuelva sobre el destino de las tierras propiedad del I.A.R.A. no ocupadas por terceras personas, las mismas serán explotadas por la Consejería competente en materia de agricultura.

Disposición adicional primera. Configuración de las agencias públicas empresariales.

Son agencias públicas empresariales de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre:

- a) La Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo.
- b) El Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico.

Disposición adicional segunda. Autorización singular.

Se faculta a la persona titular de la Consejería competente en materia de patrimonio para la enajenación directa y a título oneroso a la «Sociedad de Gestión, Financiación e Inversión Patrimo-

nial, S.A.» y a la «Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A.» de los bienes inmuebles, cualquiera que sea su valor, que autorizó el Consejo de Gobierno durante 2010, de conformidad con la disposición adicional segunda de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Asimismo, se autoriza a las citadas sociedades para el endeudamiento necesario para la adquisición de los referidos inmuebles, atendido el valor que se dé a los mismos mediante la oportuna tasación y el de los gastos que la adquisición suponga.

Se autoriza la celebración de contratos de arrendamiento de hasta treinta y cinco años de duración por parte de la Consejería competente en materia de patrimonio para la utilización, por parte de los Departamentos de la Administración de la Junta de Andalucía y entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes, de los inmuebles adquiridos por la «Sociedad de Gestión, Financiación e Inversión Patrimonial, S.A.» y por la «Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A.» al amparo de la autorización prevista en el párrafo anterior.

Disposición adicional tercera. Aprobación de Estatutos y conclusión de operaciones jurídicas.

1. Los Estatutos de las entidades instrumentales y la modificación de las estructuras orgánicas de las Consejerías a las que afecta esta Ley deberán aprobarse y publicarse antes del día 30 de junio de 2011. Antes de la misma fecha habrán de concluirse todas las operaciones jurídicas derivadas de la misma.

2. La constitución efectiva de las agencias públicas empresariales creadas de acuerdo con la presente Ley, así como de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía, tendrá lugar en la fecha de entrada en vigor de sus respectivos Estatutos.

Disposición adicional cuarta. Régimen de integración del personal.

1. En los casos en que, como consecuencia de la reordenación del sector público andaluz, se produzca la supresión de centros directivos de Consejerías o la extinción de entidades instrumentales públicas o privadas en las que sea mayoritaria la representación y la participación directa o indirecta de la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias, la integración del personal en las agencias públicas empresariales o de régimen especial que asuman el objeto y fines de aquellas se realizará de acuerdo con un protocolo que se adoptará por la Consejería competente en materia de Administración Pública y que aplicará las siguientes reglas:

a) Al personal funcionario que se integre orgánicamente en una agencia de régimen especial o se adscriba funcionalmente a una agencia pública empresarial le será de aplicación el Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario de la Junta de Andalucía.

La integración del personal funcionario en una agencia pública empresarial será voluntaria. El tipo de contrato y las condiciones de este personal se negociarán con las organizaciones sindicales más representativas. El personal funcionario que se integre como laboral quedará en sus Cuerpos en la situación administrativa de excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público andaluz. En caso contrario permanecerá en servicio activo.

Al personal funcionario que se integre en una agencia pública empresarial como personal laboral se le considerará como mérito el trabajo desarrollado en la misma cuando participe en convocatorias de concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo en la Administración General de la Junta de Andalucía.

A dicho personal se le reconocerá por la agencia de destino el tiempo de servicios prestados en la Administración a efectos de la retribución que le corresponda por antigüedad.

Asimismo, cuando reingrese al servicio activo, el tiempo de permanencia en la agencia se le computará a efectos de reconocimiento de trienios y, en su caso, se le considerará en su carrera profesional.

b) El personal laboral procedente de las entidades instrumentales suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración, y tendrá la consideración de personal laboral de la agencia pública empresarial o de la agencia de régimen especial. El acceso, en su caso, de este personal a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía solo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público.

c) La integración del personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía en una agencia pública empresarial será voluntaria. Este personal mantendrá su condición de personal laboral de dicha Administración, siéndole de aplicación el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía hasta que exista un nuevo convenio colectivo. En dicho momento pasará a la situación del tipo de excedencia que determine el convenio colectivo de procedencia.

Al personal laboral procedente de la Administración General de la Junta de Andalucía que se integre en una agencia pública empresarial se le valorará como experiencia laboral el trabajo desarrollado en la misma cuando parti-

cipe en convocatorias de concursos de traslados para la provisión de puestos de trabajo o promoción interna en la Administración General de la Junta de Andalucía.

A dicho personal se le reconocerá por la agencia de destino el tiempo de servicios prestados en la Administración a efectos de la retribución que le corresponda por antigüedad.

Asimismo, cuando reingrese al servicio activo en la Administración General de la Junta de Andalucía, el tiempo de permanencia en la agencia se le computará a efectos de reconocimiento de antigüedad y, en su caso, se le considerará en su carrera profesional.

d) El personal laboral de las agencias de régimen especial procedente de la Administración General de la Junta de Andalucía se integra orgánicamente, manteniendo su condición de personal laboral de dicha Administración, siéndole de aplicación el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía.

e) Los convenios colectivos, así como los acuerdos derivados de la interpretación de los mismos, aplicables a las entidades extinguidas o transformadas y a la Administración General de la Junta de Andalucía seguirán rigiendo los derechos y obligaciones del personal laboral procedente de dichas entidades o de la citada Administración, en tanto se apruebe un nuevo convenio aplicable al mismo, sin perjuicio de lo establecido en la letra d) de este apartado.

f) La masa salarial del personal laboral al servicio de la nueva entidad no podrá superar, como consecuencia de la reordenación regulada por esta Ley, la del personal de las entidades que se extingan o se transformen.

g) El referido protocolo de integración se aprobará previa consulta y negociación con los órganos de representación del personal y se someterá a informe de los órganos correspondientes

de la Consejería competente en materia de Hacienda.

2. Una vez extinguida la Agencia Andaluza del Agua, el personal funcionario y laboral que presta servicios en la misma se integrará en la estructura de la Consejería de Medio Ambiente.

Disposición adicional quinta. Personal directivo de las agencias.

1. El personal directivo de las agencias es el que ocupa los puestos de trabajo determinados como tales en los estatutos de las mismas, en atención a la especial responsabilidad, competencia técnica y relevancia de las tareas a ellos asignadas.

2. Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia. Los puestos de trabajo que tengan asignadas tareas de dirección que estén relacionadas con el ejercicio de potestades públicas serán desempeñados, en todo caso, por personal directivo que tenga la condición de funcionario de carrera o por quienes sean nombrados por el Consejo de Gobierno como gerentes o jefes de personal de las agencias.

3. Su régimen jurídico será el previsto en el artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y en la normativa de desarrollo dictada por la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Disposición adicional sexta. Ejercicio de potestades públicas.

El ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos establecidos en la legislación en materia de función pública.

Disposición adicional séptima. Selección y acceso.

La selección y acceso del personal de los entes instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, de conformidad con lo previsto en los artículos 70, 74, 77 y 78 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, se efectuará mediante convocatoria pública en medios oficiales y con sujeción a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Disposición adicional octava. Ámbito de negociación.

En el ámbito de la Mesa General de Negociación del Empleado Público de la Administración de la Junta de Andalucía se negociarán los estatutos, el protocolo de integración y el plan inicial de actuación.

Disposición adicional novena. Propuestas normativas de control.

Por la Consejería competente en materia de Hacienda se determinará la forma y el plazo de ejercicio del control previsto en el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía para el sector público andaluz.

Disposición adicional décima. Medios propios.

1. Las agencias creadas o transformadas de acuerdo con la presente Ley son medio propio de la Administración de la Junta de Andalucía, sin perjuicio de que también puedan serlo de otras Administraciones Públicas cuando así se disponga en sus Estatutos.

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24.6, párrafo tercero, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, las agencias tienen la consideración de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración de la Junta de Andalucía y de los poderes adjudicadores dependientes de ella, estando obligadas a realizar los trabajos que estos les encomienden en las materias propias de su objeto y fines, de

acuerdo con el régimen legal de las encomiendas de gestión establecido por la Comunidad Autónoma de Andalucía. Dichos trabajos podrán realizarse mediante modelos de colaboración público-privada en la financiación. Las agencias no podrán participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores dependientes de la Junta de Andalucía, sin perjuicio de que, cuando no concorra ningún licitador o licitadora, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

Disposición adicional undécima. Enajenación de bienes inmuebles adquiridos por la Empresa Pública de Suelo de Andalucía.

La enajenación de bienes inmuebles adquiridos por la Empresa Pública de Suelo de Andalucía con la finalidad de devolverlos al tráfico jurídico, garantizar las reservas que tenga que constituir en cumplimiento de sus normas específicas o responder de los avales que pueda prestar de acuerdo con lo establecido en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía exigirá, además de lo previsto en sus normas propias, comunicación previa a la Consejería competente en materia de Hacienda, que se complementará con un informe-resumen trimestral de las enajenaciones del período, salvo que el valor del bien supere la cantidad de seis millones de euros o de veinte millones de euros, en cuyo caso se requerirá previa autorización del Consejo de Gobierno o de una ley, respectivamente.

Disposición adicional duodécima. Reapertura del plazo del Decreto 293/2002, de 3 de diciembre.

Se establece un plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor del Decreto-Ley 6/2010, de 23 de noviembre, para solicitar la enajenación de bienes del I.A.R.A. al amparo de lo dispuesto en el Decreto 293/2002, de 3 de diciembre, por el que se establece el ré-

gimen de enajenación de determinadas explotaciones agrarias y otros bienes accesorios, pudiendo acogerse al mismo aquellas personas poseedoras que, cumpliendo los requisitos previstos en dicho Decreto, así lo soliciten y demuestren encontrarse en posesión de los bienes correspondientes con anterioridad al día 1 de junio de 2005.

Disposición adicional decimotercera. División de las explotaciones agrarias comunitarias.

Con carácter previo al otorgamiento de las escrituras públicas de transmisión de la propiedad de las explotaciones agrarias comunitarias, a favor de las personas jurídicas titulares de la concesión administrativa, la Administración podrá autorizar la segregación de las tierras que componen la explotación, adjudicando y facilitando a cada miembro el acceso a la propiedad, a título individual, de la parte proporcional de la misma que le corresponda, en las condiciones que establece el Capítulo III de la presente Ley.

Disposición adicional decimocuarta. Venta con precio aplazado.

Las enajenaciones que se realicen al amparo de lo dispuesto en la presente Ley, así como por aplicación de los Decretos 192/1998, de 6 de octubre, por el que se regula el régimen de disposición de bienes del Instituto Andaluz de Reforma Agraria, y 293/2002, de 3 de diciembre, por el que se establece el régimen de enajenación de determinadas explotaciones agrarias y otros bienes accesorios, gozarán de la posibilidad prevista en el apartado 3 del artículo 34 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, aprobada por Decreto 118/1973, de 12 de enero, así como en el artículo 177 del Reglamento para la ejecución de la Ley de Reforma Agraria, aprobado por Decreto 402/1986, de 30 de diciembre, pudiendo quedar aplazado el pago de las cantidades que se fijan en concepto de precio, garantizándose aquel me-

dante hipoteca a favor de la Hacienda Pública, previa autorización por resolución del órgano correspondiente de la Consejería competente en materia de agricultura.

Disposición transitoria única. Régimen transitorio de las entidades instrumentales públicas que se extinguen.

Hasta que se produzca la constitución efectiva de las agencias creadas de acuerdo con la presente Ley, las entidades instrumentales públicas que se extinguen como consecuencia de dicha creación seguirán actuando conforme a lo establecido en su normativa reguladora.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

1. Quedan sin efecto todos los preceptos contenidos en otras normas y cuyo tenor se reproduce en la presente Ley, así como cuantas normas contradigan o se opongan a lo dispuesto en la misma.

2. Al tiempo de la constitución efectiva e inicio de las actividades de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía quedarán derogadas las siguientes disposiciones:

a) El artículo 67 de la Ley 8/1997, de 23 de diciembre, por la que se aprueban medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta de Andalucía y otras entidades, de recaudación, de contratación, de función pública y de fianzas de arrendamientos y suministros.

b) El artículo 34 de la Ley 17/1999, de 28 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas.

Disposición final primera. Desarrollo reglamentario.

1. El desarrollo reglamentario de esta Ley se llevará a efecto de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 112 y

119.3 del Estatuto de Autonomía para Andalucía y 44 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. Se faculta a la persona titular de la Consejería de Agricultura y Pesca para el desarrollo reglamentario, mediante Orden, de lo dispuesto en la Subsección 3.ª de la Sección 5.ª del Capítulo II de la presente Ley, referida a las Cámaras Agrarias, y en su Capítulo III, relativo a las medidas para la dinamización del patrimonio agrario de Andalucía, en lo que concierne a los aspectos procedimentales.

Disposición final segunda. Entrada en vigor. La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.”

Sevilla, 17 de febrero de 2011

JOSÉ ANTONIO GRIÑÁN MARTÍNEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

CONSEJERÍA DE GOBERNACIÓN Y JUSTICIA

ORDEN de 20 de enero de 2011, por la que se dictan instrucciones y se señalan los criterios de actuaciones en los procedimientos de elecciones sindicales del personal al servicio de la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma de Andalucía durante los años 2011 y 2012.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 470, en relación con el artículo 474, ambos de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su nueva redacción dada por Ley 19/2003, de 23 de octubre, el personal al servicio de la Administración de Justicia está sometido, en cuanto a su régimen de participación y representación, a la Ley 9/1987, de 12 de junio, teniendo en cuenta lo previsto en la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público así como al Real Decreto 1846/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprobó el Reglamento de elecciones a los órganos de representación del personal al servicio de la Administración General del Estado, cuyo artículo 1.2 extiende expresamente su ámbito de aplicación a este personal.

Las organizaciones sindicales han decidido mediante acuerdo establecer el calendario de elecciones sindicales.

Siendo la Consejería de Gobernación y Justicia el órgano responsable en materia de personal al servicio de la Administración de Justicia de las unidades electorales correspondientes a la Comunidad Autónoma de Andalucía, respecto de los Secretarios Judiciales,

Médicos Forenses, Gestores Procesales Administrativos, Tramitadores Procesales Administrativos, y Auxiliadores Judiciales, resulta conveniente fijar los criterios de actuación a tener en cuenta en el desarrollo de las elecciones sindicales de dicho personal.

En consecuencia, y en uso de las facultades atribuidas a esta Consejería, he resuelto dictar las siguientes instrucciones:

DISPONGO

Primero. Legislación aplicable en materia de elecciones.

En el ámbito del personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, la legislación aplicable en los procesos de selección a órganos de representación de los Secretarios Judiciales, Médicos Forenses, Gestores Procesales Administrativos, Tramitadores Procesales Administrativos y Auxiliadores Judiciales es la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta lo previsto en

la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Igualmente son de aplicación el Real Decreto 1846/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a los órganos de representación del personal al servicio de la Administración General del Estado, y Orden de 16 de julio de 1998, del Ministerio de Administraciones Públicas, por la que se publican los modelos normalizados de impresos, sobres y papeletas de votación a utilizar en las elecciones a órganos de representación del personal al servicio de la Administración General del Estado, publicada en el BOE núm. 182, de 31 de julio.

Segundo. Ámbito de aplicación.

Las presentes instrucciones serán de aplicación en el proceso de elecciones a los órganos de representación de los Secretarios Judiciales, Médicos Forenses, Gestores Procesales Administrativos, Tramitadores Procesales Administrativos, y Auxiliadores Judiciales al servicio de la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma de Andalucía para renovar la representación de dichos funcionarios por conclusión de la duración del mandato electoral del periodo que finaliza durante los años 2011 a 2012.

Tercero. Calendario y Promoción de Elecciones.

Por las Centrales Sindicales con mayor nivel de representación en las Administraciones Públicas, mediante acuerdo suscrito entre ellas, han decidido establecer el calendario de elecciones en el ámbito de la Administración de Justicia que se especifica en el mismo y se adjunta a esta Orden como Anexo II.

Las elecciones se celebrarán en las unidades electorales de Almería, Cádiz, Granada, Huelva, Jaén y Málaga, salvo en Córdoba y Sevilla, que aún no han concluido su mandato electoral, conforme a las previsiones del mencionado calendario y sus correspondientes pre-

visos, que serán comunicados por los promotores a los órganos competentes en materia de personal al servicio de la Administración de Justicia de la unidad electoral correspondiente y a la Oficina Pública de Registro, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto 1846/1994, de 9 de septiembre.

Cuarto. Órganos competentes en materia de personal al servicio de la Administración de Justicia.

1. Se considerarán órganos competentes en materia de personal al servicio de la Administración de Justicia, facultados para recibir las comunicaciones de promoción electoral en cada una de las unidades electorales, los Delegados del Gobierno de la Junta de Andalucía en cada provincia.

2. El seguimiento electoral se llevará a cabo desde la Dirección General de Oficina Judicial y Cooperación como centro directivo coordinador del proceso de elecciones a los órganos de representación del personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

3. Con el fin de que la actuación en las distintas unidades electorales se produzca de forma organizada y homogénea se designará por cada Delegado del Gobierno de la Junta de Andalucía un representante de la Administración en la Mesa Electoral Coordinadora. Dicho representante de la Administración asistirá a las votaciones y al escrutinio y velará especialmente por el cumplimiento de la obligación de remitir una copia del Acta global de escrutinio a la Dirección General de Oficina Judicial y Cooperación quien, de conformidad con lo previsto en el artículo 27.3 de la Ley 9/1987, elevará dicha documentación a la Dirección General de la Función Pública del Ministerio para las Administraciones Públicas.

El nombramiento del representante de la Administración recaerá preferente-

mente en funcionarios de la Delegación que pertenezcan al área de personal de Justicia. Las designaciones se expedirán en el modelo respectivo (A del Anexo I) y serán remitidas a la Dirección General de Oficina Judicial y Cooperación en un plazo de cinco días naturales, contados a partir de la fecha de publicación de la presente Orden.

Quinto. Elaboración de los Censos de Funcionarios.

Los órganos competentes en materia de personal citados en la instrucción cuarta elaborarán con antelación suficiente, según el calendario electoral, los censos de funcionarios de cada uno de los órganos judiciales de la provincia, previamente a su entrega a la Mesa Electoral Coordinadora. Sexto. Información previa sobre censos a Organizaciones Sindicales.

Antes de que se produzca la promoción oficial de las elecciones y sin perjuicio del trámite previsto en las instrucciones anteriores, los sindicatos legitimados para promoverlas tendrán derecho a recibir la información sobre los censos de funcionarios, a los efectos de preparar con antelación el procedimiento electoral, de conformidad con lo establecido en el artículo 43 y 2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, es decir, podrán promover la celebración de elecciones a Delegados y Juntas de Personal, conforme a lo previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público y en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical:

a) Los Sindicatos más representativos a nivel estatal.

b) Los Sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma, cuando la unidad electoral afectada esté ubicada en su ámbito geográfico.

c) Los Sindicatos que, sin ser más representativos, hayan conseguido al menos el 10 por 100 de los represen-

tantes a los que se refiere este Estatuto en el conjunto de las Administraciones Públicas.

d) Los Sindicatos que hayan obtenido al menos un porcentaje del 10 por 100 en la unidad electoral en la que se pretende promover las elecciones.

e) Los funcionarios de la unidad electoral, por acuerdo mayoritario.

Los legitimados para promover elecciones tendrán, a este efecto, derecho a que la Administración Pública correspondiente les suministre el censo de personal de las unidades electorales afectadas, distribuido por Organismos o centros de trabajo. Dicha información consistirá en la entrega de los censos de funcionarios si estos estuvieran ya confeccionados, o, en caso contrario, al menos una relación numérica sobre el censo, distribuido por órganos judiciales. Dichas relaciones estarán actualizadas con los datos referidos a la fecha de su entrega.

Séptimo. Entrega de los Censos de funcionarios y fijación del número y distribución de las Mesas Electorales.

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento de elecciones a órganos de representación del personal al servicios de la Administración del Estado, en el término de doce días hábiles, contados desde la fecha de recepción del escrito de promoción de elecciones, la Delegación del Gobierno, entregará los censos a aquellos funcionarios que deban ser titulares en su día de la Mesa Electoral Coordinadora.

2. Dichos funcionarios (el de mayor antigüedad, el de mayor edad y el de menor edad de entre los que figuren en el censo de la unidad electoral) deberán confeccionar con anterioridad a la constitución de la Mesa Electoral Coordinadora la lista provisional de electores distribuida ya por mesas electorales y no por órganos judiciales, para lo cual deberán tenerse en cuenta los siguientes criterios:

A. Si se hubiese producido el acuerdo sindical respecto al número y distribución de las mesas electorales que prevé el artículo 25 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, se aplicará de forma vinculante el contenido de lo pactado en tal acuerdo, limitándose en este caso la Mesa Coordinadora a elaborar la relación nominal y circunstanciada de todos los electores sobre la base del esquema genérico de distribución de mesas acordado por los sindicatos.

B. Si no se hubiese producido tal acuerdo sindical, deberá la Mesa Electoral Coordinadora asumir la decisión sobre el número y distribución de las mesas, siendo aconsejable respetar la distribución de mesas efectuada en el anterior proceso electoral en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

La elaboración de la lista provisional de electores deberá estar concluida antes de la fecha de constitución de las mesas electorales, puesto que es preciso contar con la lista de electores de cada una de las mesas parciales (con las circunstancias de antigüedad y edad) para determinar quiénes deben ser titulares y suplentes en dichos órganos electorales ordinarios y poder proceder adecuadamente a la constitución de los mismos.

Una vez constituidas las mesas electorales, bien la Mesa Electoral Coordinadora o, en su caso, la Mesa Electoral Única asumirá ya dentro del procedimiento electoral propiamente dicho las funciones en orden a la fijación definitiva de las listas electorales de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3.d) del artículo 25 de la Ley 9/1987, en relación con el apartado 3 del artículo 26 de la misma Ley.

Octavo. Votación por correo.

1. El procedimiento general de voto por correo será el establecido en el artículo 19 del Reglamento de elecciones sindicales del personal al servicio

de la Administración del Estado.

2. Los modelos de comunicación de datos por correo, se regirán conforme a lo dispuesto en la presente Orden conforme al Anexo I, Modelo B, y los modelos de sobres serán utilizados en esta modalidad de votación de acuerdo con lo que figuran en la Orden de 18 de diciembre de 2006, de la Consejería de Justicia y Administración Pública, por la que se dictan instrucciones y se señalan los criterios de actuación en los procedimientos de elecciones sindicales del personal al servicio de la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma de Andalucía durante los años 2007-2008.

Noveno. Permisos a miembros de las candidaturas, componentes de las Mesas Electorales, Representantes de la Administración de las mismas, Interventores y Apoderados de las candidaturas y a los electores en general.

Entendiéndose que la participación en las elecciones sindicales del funcionariado constituye el cumplimiento de un deber de carácter público, se concederán, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 444 y 495 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y Resolución de 8 de junio de 2006, los siguientes permisos de los que serán beneficiarios los funcionarios que a continuación se señalan:

a) Los componentes de las mesas electorales disfrutarán en primer lugar, de permiso por el tiempo necesario para asistir a las reuniones de la mesa electoral, incluidos los desplazamientos fuera de su residencia oficial que fueran necesarios, con motivo de los cuales percibirán dietas y gastos de viaje previstos en el Real Decreto para la Administración de Justicia sobre indemnizaciones por razón del servicio. En segundo término, dichos miembros de las mesas dispondrán de un permiso retribuido de jornada completa en el día de la votación y una reducción de cinco

horas en su jornada de trabajo del día inmediato posterior.

Los representantes de cada uno de los sindicatos que tengan capacidad para promover elecciones en la unidad electoral correspondiente y que, de acuerdo con lo establecido en el apartado 3 del artículo 9 del Reglamento de Elecciones, pudieran asistir técnicamente a la Mesa Electoral Coordinadora disfrutarán exclusivamente del permiso necesario para asistir a las reuniones de la misma.

b) Los interventores y apoderados de las candidaturas gozarán de permiso durante todo el día de la votación y de una reducción de jornada en fecha inmediatamente posterior, con las características señaladas para los componentes de las mesas electorales.

c) Los electores en general dispondrán, cuando la Mesa Electoral coincida con su centro de trabajo, del tiempo necesario para acudir a votar, con un máximo de una hora. Aquel personal que dentro de la misma localidad se tenga que desplazar de centro de trabajo para ejercer el voto dispondrá del tiempo necesario con el límite máximo de dos horas de permiso. El personal que se tenga que desplazar entre localidades dispondrá del tiempo necesario con el máximo de cuatro horas.

En cualquier caso, corresponde al Delegado de Gobierno competente la organización de los citados permisos,

pudiendo estos exigir al elector un justificante del hecho de la votación expedido por la mesa electoral concreta en la que se vote, cuando la misma esté emplazada fuera de su centro de trabajo. El justificante se ajustará al modelo consignado en el Anexo I, Modelo C.

Décimo. Modelos de impresos a utilizar.

Los modelos homologados de papeletas de votación sobre impresos electorales que se utilicen con carácter obligatorio son los recogidos en la Orden de 16 de julio de 1998 del Ministerio de Administraciones Públicas, publicados en el BOE núm. 182 de 31 de julio, con las características y condiciones de impresión que en los mismos se indican y adaptadas a las circunstancias de la Administración de Justicia.

Undécimo. Dotación de medios personales y materiales.

Los órganos competentes en materia de personal señalados en la presente Resolución facilitarán, en los términos señalados en la misma, los medios personales y materiales que permitan la constitución y el funcionamiento de las mesas electorales, así como el adecuado desarrollo de todo el procedimiento electoral.

Sevilla, 20 de enero de 2011

LUIS PIZARRO MEDINA
Consejero de Gobernación y Justicia

CONSEJERÍA DE EMPLEO

ORDEN de 8 de febrero de 2011, de creación y modificación de ficheros de datos de carácter personal gestionados por la Consejería de Empleo.

El artículo 20.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, establece que la creación, modificación o supresión de los ficheros de las Administraciones Públicas sólo podrán hacerse por medio de disposición general publicada en el Boletín Oficial del Estado

o Diario Oficial correspondiente.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 39.2 de la citada Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y los artículos 55 y siguientes de su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, los ficheros de titularidad de las

Administraciones Públicas serán objeto de inscripción en el Registro General de Protección de Datos. Sin perjuicio de esta inscripción, los ficheros de las Comunidades Autónomas podrán además inscribirse en sus propios registros de ficheros que, de conformidad con el artículo 41.2 de la mencionada Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, pueden crear y mantener para el ejercicio de las competencias que se les reconoce sobre los mismos.

De acuerdo con el artículo 54 del citado Reglamento, la disposición o acuerdo de creación deberá recoger la identificación del fichero y su finalidad, el origen de los datos y colectivos sobre los que se pretenda obtener datos o que resulten obligados a suministrarlos, procedimiento de recogida de los datos, estructura básica del fichero y el sistema de tratamiento utilizado en su organización, en su caso las comunicaciones de datos y las transferencias internacionales previstas, el órgano de la Administración responsable del fichero, los servicios o unidades ante los que pueden ejercitarse los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y el nivel de seguridad exigible según el Título VIII del reiterado Reglamento. Asimismo la disposición o acuerdo de modificación del fichero deberá indicar las modificaciones producidas en cualquiera de los extremos indicados.

Actualmente, los ficheros de carácter personal existentes en la Consejería de Empleo se regulan mediante Orden de 26 de febrero de 2007, de creación, modificación y supresión de ficheros de datos de carácter personal, Orden de 5 de noviembre de 2009, de creación, modificación y supresión de ficheros de datos de carácter personal gestionados por la Consejería de Empleo, y Orden de 22 de junio de 2010, de creación y regulación de nuevos ficheros de datos de carácter personal gestionados por la Consejería de Empleo.

Desde entonces nuevas necesidades han surgido para posibilitar la adecuada gestión de las competencias atribuidas a dicha Consejería, por lo que resulta necesaria la creación de un nuevo fichero de datos de carácter personal, y la modificación de aquellos que deben adecuarse a las nuevas necesidades.

En su virtud, y en uso de las atribuciones que me confiere el artículo 26.2.a) de la Ley 9/2007, de 22 octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, el artículo 44.2 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y al objeto de dar cumplimiento al citado artículo 20.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre,

DISPONGO

Artículo 1. *Creación de nuevo fichero.*

Se crea el fichero de datos de carácter personal que se describe en el Anexo I.

Artículo 2. *Modificación de ficheros.*

Se modifican los ficheros de carácter personal que se citan en el Anexo II.

Disposición adicional única. Inscripción de los ficheros en el Registro General de Protección de Datos.

Los ficheros relacionados en los Anexo I y II de esta Orden serán notificados a la Agencia Española de Protección de Datos por la Consejería de Empleo para su inscripción en el Registro General de Protección de Datos, mediante el traslado, a través del modelo normalizado elaborado al efecto por la Agencia, de una copia de la presente norma.

Disposición final única. Entrada en vigor.

La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 8 de febrero de 2011

MANUEL RECIO MENÉNDEZ
Consejero de Empleo

CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL
ORDEN de 25 de febrero de 2011, por la que se aprueba el modelo de solicitud del reconocimiento del grado de discapacidad.

Si bien el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad se encuentra regulado por una norma estatal, el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, sin embargo la aplicación de dicha norma en nuestra Comunidad Autónoma corresponde a la Junta de Andalucía.

En este sentido, actualmente la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía y el Decreto 258/2005, de 29 de noviembre, por el que se regulan la organización y funciones de los Centros de Valoración y Orientación de personas con discapacidad de Andalucía, atribuyen a los Centros de valoración y orientación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la valoración y calificación de la discapacidad, determinando su tipo y grado. Del mismo modo, el Decreto 174/2009, de 19 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, atribuye a la Dirección General de Personas con Discapacidad las actuaciones tendentes a la atención e integración social de las personas con discapacidad y, en particular, el desarrollo de actuaciones encaminadas a la valoración, orientación e integración de las personas con

discapacidad.

Se estima necesario aprobar un modelo normalizado de solicitud con el fin de facilitar y simplificar la tramitación de dicho procedimiento, de conformidad con los principios de buena administración que proclama la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía

En su virtud, en uso de las atribuciones conferidas por la Disposición final primera del Decreto 258/2005, de 29 de noviembre y el Decreto 174/2009, de 19 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social,

DISPONGO

Disposición final. Entrada en vigor. La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Artículo único. Aprobación. Se aprueba el modelo de solicitud del reconocimiento del Sevilla, 25 de febrero de 2011 grado de discapacidad que se adjunta como Anexo I a la presente orden.

MICAELA NAVARRO GARZÓN
 Consejera para la Igualdad y Bienestar Social

CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
ORDEN de 24 de febrero de 2011, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en materia de organización de acciones formativas a organizaciones sindicales en régimen de concurrencia no competitiva.

La Consejería competente en materia de Administración Pública viene subvencionando, a través del Instituto Andaluz de Administración Pública, agencia administrativa adscrita a dicha Consejería a la que corresponde la for-

mación del personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía, la organización de acciones formativas por parte de las organizaciones sindicales.

Esta modalidad de subvención,

cuyos beneficiarios son las organizaciones sindicales, se configura como subvención reglada, cuyo procedimiento de concesión es iniciado a solicitud del interesado en atención a la existencia de una determinada situación en la persona beneficiaria, en régimen de concurrencia no competitiva.

La línea de ayudas tiene como objetivo ampliar la propia actividad del Instituto en el ámbito de la formación en el ejercicio de sus competencias en esta materia, contando para ello con la colaboración y participación de las organizaciones sindicales representativas del personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía. Esta cooperación en la formación se incardina plenamente en los objetivos perseguidos por los Acuerdos de Formación Continua en las Administraciones Públicas suscritos a nivel nacional por todas las comunidades autónomas, actualmente denominado Acuerdo de Formación para el Empleo de las Administraciones Públicas, cuyos fondos, provenientes de las cotizaciones de los empleados públicos por el concepto de formación al sistema de Seguridad Social, contribuyen de forma sustancial a la financiación de las ayudas.

El régimen jurídico de las subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus agencias, establecido en el Título VII del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, se ha visto desarrollado, recientemente, con la aprobación del Decreto 282/2010, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Concesión de Subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía.

El citado Reglamento supone un salto cualitativo de considerable alcance, no sólo para lograr una mayor celeridad, transparencia y adecuada coor-

dinación, sino también para optimizar y simplificar los procedimientos en materia de subvenciones, consiguiendo una gestión más eficaz y rápida. En este contexto, uno de los aspectos más destacados que contempla el mencionado Reglamento es la simplificación del procedimiento de elaboración de las bases reguladoras de subvenciones, operada a través de la aprobación por la Consejería competente en materia de Administración Pública de bases reguladoras tipo, lo que ha tenido lugar mediante la aprobación de sendas Órdenes de 30 de agosto de 2010, por las se aprueban las bases reguladoras tipo y los formularios tipo de la Administración de la Junta de Andalucía para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva y en régimen de concurrencia competitiva.

Mediante la presente Orden se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en materia de organización de acciones formativas a organizaciones sindicales, ajustándose a las bases reguladoras tipo de la Administración de la Junta de Andalucía para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva aprobadas por Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de 30 de agosto de 2010 y sin exigir que, en el momento de presentación de la solicitud de subvenciones, los interesados aporten ningún otro documento, sin perjuicio de su presentación posterior.

En su virtud, en uso de las facultades conferidas por el artículo 118 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.4 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía,

DISPONGO

Artículo único. *Aprobación de las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en materia de organización de acciones formativas a organizaciones sindicales.*

Se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en materia de organización de acciones formativas a organizaciones sindicales cuyo texto articulado y cuadro resumen

se insertan a continuación.

Disposición final única. Entrada en vigor.

La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 24 de febrero de 2011

CARMEN MARTÍNEZ AGUAYO
Consejera de Hacienda y
Administración Pública

