

ESTUDIOS

Incidencia de la jurisprudencia constitucional sobre la reforma laboral de 2012 en el modelo de negociación colectiva
Carmen Ferradans Caramés

Crisis de la representatividad y negociación colectiva en Italia
Francesca Malzani

La cuestión competencial en materia de servicios sociales
Margarita Arenas Viruez

Permiso de conducción, ineptitud sobrevenida y su efecto en el contrato de trabajo
Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca

Aproximación al problema de la discapacidad en Marruecos
María del Carmen Burgos Goye

INFORMES Y DOCUMENTOS

La negociación colectiva en Andalucía durante 2015
Francisco Pina Pérez

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO
Universidad de Sevilla
Poder de control empresarial mediante cámaras de videovigilancia y derecho de los trabajadores a la protección de datos personales
María Sepúlveda Gómez

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO
Universidad Internacional de La Rioja
Nuevo pronunciamiento (y ¿definitivo?) sobre la indemnización por despido improcedente según la Disp. Trans. 5ª RD-I 3/2012
Raquel Poquet Catalá

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL
Universidad de Málaga
Alta en el régimen especial de trabajadores autónomos como abogado e incompatibilidad de la pensión de jubilación: una puerta mal cerrada
Juan Carlos Álvarez Cortés

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía
Mª Dolores Rubio Medina

133

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
133/2016 - Segundo Trimestre

TEMAS LABORALES 2016

133

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



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



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

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

133

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Empresa y Comercio

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

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO
Consejero de Empleo, Empresa y Comercio

VOCALES

ANTONIA JESÚS MORO CÁRDENO	Viceconsejera de Empleo, Empresa y Comercio
JULIO SAMUEL COCA BLANES	Secretario General de Empleo
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social 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
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGRO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJO DE REDACCIÓN

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO	Consejero de Empleo, Empresa y Comercio
ÁNGEL J. GALLEGRO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Sevilla
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Huelva

DIRECTOR

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

SUBDIRECTOR

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

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1ª, Sevilla (41011). Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales, uno, monográfico- 72 euros. Número suelto: 18 euros

Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 133/2016
Segundo Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

Incidencia de la jurisprudencia constitucional sobre la reforma laboral de 2012 en el modelo de negociación colectiva	13
CARMEN FERRADANS CARAMÉS	
Crisis de la representatividad y negociación colectiva en Italia	49
FRANCESCA MALZANI	
La cuestión competencial en materia de servicios sociales	61
MARGARITA ARENAS VIRUEZ	
Permiso de conducción, ineptitud sobrevenida y su efecto en el contrato de trabajo....	113
MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GUÓN MACHUCA	
Aproximación al problema de la discapacidad en Marruecos	151
MARÍA DEL CARMEN BURGOS GOYE	

2. INFORMES Y DOCUMENTOS

La negociación colectiva en Andalucía durante 2015	195
FRANCISCO PINA PÉREZ	

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO	
Universidad de Sevilla	
Poder de control empresarial mediante cámaras de videovigilancia y derecho de los trabajadores a la protección de datos personales	219
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ	
 EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	
Universidad Internacional de La Rioja	
Nuevo pronunciamiento (y ¿definitivo?) sobre la indemnización por despido improcedente según la Disp. Trans. 5ª RD-l 3/2012.....	237
RAQUEL POQUET CATALÁ	

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

Alta en el régimen especial de trabajadores autónomos como abogado e incompatibilidad de la pensión de jubilación: una puerta mal cerrada.....	249
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS	

4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía	277
M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	

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)*, *Derecho de las 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>

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista TEMAS LABORALES pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

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 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 de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: jesuscruz@us.es y/o chano@uhu.es. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a la Revista -que puede consultarse en detalle en el espacio web indicado-, los textos originales se remitirán elaborados con letra tipo Time New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (*abstract*) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (*key words*) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3).

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresando en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso. Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis. Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (*).

6. NOTAS

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecuillados, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op.cit.", si tiene más de una obra.

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva* (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

7. EXTENSIÓN

Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

Los originales serán revisados para su adaptación a las reglas de estilo. Las modificaciones que el autor desee realizar con posterioridad a la remisión del documento deberán llevarse a cabo a través de Dirección mediante indicación precisa de las mismas, salvo que sean de tal entidad que requieran de una nueva maquetación pudiendo iniciarse en tal caso un nuevo proceso de evaluación. Salvo circunstancias excepcionales los autores no harán corrección de pruebas.

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

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.

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga en relación a los siguientes ítems: El informe podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

10. CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca.

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 133/2016
Second Trimester**

INDEX

1. STUDIES

Incidence of constitutional jurisprudence on labour reform in 2012 in the model of collective bargaining.....	13
CARMEN FERRADANS CARAMÉS	
Crisis of representative and collective bargaining in Italy.....	49
FRANCESCA MALZANI	
The jurisdictional issue in social services.....	61
MARGARITA ARENAS VIRUEZ	
Driving licence, sudden ineptitude and its effect in the contract of employment.....	113
MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA	
Approach to the problem of disability in Morocco.....	151
MARÍA DEL CARMEN BURGOS GOYE	

2. REPORTS AND DOCUMENTS

Collective Bargaining in Andalusia during 2015	195
FRANCISCO PINA PÉREZ	

3. JUDICIAL COMMENTS

EMPLOYMENT CONTRACT REGIME University of Seville Power of corporate control by means of cameras for video surveillance and right of workers to the protection of personal data	219
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ	
THE END OF THE EMPLOYMENT CONTRACT International University of La Rioja New pronouncement (and do final?) on the compensation for unfair dismissal according to the transitional provision 5th RD-l 3/2012	237
RAQUEL POQUET CATALÀ	

SOCIAL SECURITY BENEFITS

University of Malaga

High in the special regime for self-employed workers as a lawyer and incompatibility of the retirement pension: a badly closed door	249
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS	

4. LEGISLATIVE REMARKS

Legislative comment about the Autonomous Community of Andalusia	277
M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	

INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA REFORMA LABORAL DE 2012 EN EL MODELO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

CARMEN FERRADÁNS CARAMÉS

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO

Palabras clave: negociación colectiva, estructura, descuelgue, Tribunal Constitucional, reforma laboral 2012

La reforma laboral de 2012 es, probablemente, la que ha tenido una mayor repercusión sobre el modelo español de relaciones laborales. Más allá de las posiciones sobre su idoneidad, desde un punto de vista técnico o de política normativa, y los debates sobre la relación de causalidad entre el nuevo régimen jurídico implantado y los objetivos declarados, es necesario valorar algunos de los efectos que la nueva regulación provoca en el modelo de negociación colectiva existente en nuestro país.

El presente análisis se focaliza en la valoración, bajo la perspectiva de la doctrina dictada por el Tribunal Constitucional en sus últimas sentencias sobre la reforma laboral de 2012, de las importantes modificaciones legales que afectan al modelo de negociación colectiva español, centrándose en las medidas que han alterado las reglas que ordenan tres elementos básicos de identificación del mismo: la estructura de la negociación colectiva, el descuelgue de las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo y la restricción de algunos contenidos susceptibles de negociación.

ABSTRACT

Key words: collective bargaining, structure, hooks-witch, Constitutional Court, labour reform 2012

The labor reform of 2012 is probably which has had a greater impact on the Spanish model of labour relations. Beyond the positions on their suitability, from a technical point of view or standards policy, and discussions on the relationship of causality between the new legal regime implanted and the stated objectives, it is necessary to assess some of the effects caused by the new regulation on the model of collective bargaining exists in our country.

This analysis focuses on the assessment, the perspective of the doctrine issued by the Constitutional Court in its latest statements on labour reform in 2012, of the important legal changes that affect collective bargaining model Spanish, focusing on measures that have altered the rules ordering three basic elements of identification of the same: the structure of collective bargaining the pick up of the working conditions agreed upon in the collective agreement and the restriction of some content subject to negotiation.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: MÁRGENES Y DERIVADAS DE SU CONFIGURACIÓN LEGAL
3. ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
 - 3.1. La opción legislativa a favor del nivel de empresa
 - 3.2. Valoración del Tribunal Constitucional
4. DESCUELQUE DE CONDICIONES PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO
 - 4.1. La nueva configuración legal del descuelgue
 - 4.2. Juicio de constitucionalidad al arbitraje obligatorio que puede concluir el procedimiento de descuelgue
5. RESTRICCIONES EN LOS CONTENIDOS SUSCEPTIBLES DE NEGOCIACIÓN: EL PERÍODO DE PRUEBA VINCULADO AL CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A EMPRENDEDORES
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Las modificaciones efectuadas en la normativa laboral para reaccionar frente a la amplia destrucción de empleo que se produce en nuestro mercado de trabajo a causa de la crisis económica, han tenido unos efectos sustanciales sobre diversas instituciones básicas de la ordenación jurídica laboral tradicional. Los datos de empleo en el año 2010¹ muestran que el número de asalariados estaba descendiendo, lo que evidenciaba que en la desfavorable coyuntura presente las empresas españolas habían reaccionado, fundamentalmente, a través de vías de flexibilidad externa. Es decir, que para solucionar los episodios económicos negativos que las rodeaban, procedían a realizar despidos de trabajadores y a no renovar los contratos de duración determinada existentes. Es por ello, que cuando se activa en 2010 el diálogo social para intentar llegar a un acuerdo de reforma de la legislación laboral, entre sus objetivos se encontraban el aumento del empleo, la reducción de la dualidad, la segmentación y la temporalidad y el aumento de la flexibilidad interna en las empresas, todo ello con la finalidad

¹ La Encuesta de Población Activa correspondiente al segundo trimestre del año 2010, mostraba que la cifra de desempleados ascendía a 4.645.000 personas, lo que conllevaba el aumento de 508.000 parados de un año a otro y que la tasa de paro se situara en el 20,09% de la población activa. Asimismo, el número de ocupados en ese momento ascendía a 18.476.900, bajando la ocupación en un año en 468.000 personas y descendiendo la tasa de ocupación hasta el 60,11%. Asimismo, el número de expedientes de regulación de empleo creció de manera importante en 2009, así en este año se autorizaron 19.400, con un crecimiento del 210,4% respecto al año anterior y el número de trabajadores afectados por un ERE fue de 548.875, frente a los 148.088 de 2008.

última de conseguir “*un mercado de trabajo más moderno, funcional y coherente con el desarrollo de una economía sostenible*”².

En el año 2012, cuando los datos de empleo son aún más negativos, el nuevo gobierno español adopta el Real Decreto Ley 3/2012, de 22 de febrero, y a posteriori su homóloga Ley 3/2012³, de 6 de julio, incluyendo medidas de mayor calado, esencialmente sobre la flexibilidad interna y externa⁴, la negociación colectiva y la contratación.

En este contexto, hay que resaltar que la reforma laboral de 2012 es la que, junto a la realizada en el año 1994, ha tenido una mayor repercusión sobre el modelo español de relaciones laborales, afectando a algunos de sus pilares e instituciones básicas y que las importantes reformas adoptadas desde 2010 a 2012 responden al negativo ciclo económico iniciado en 2008, habiendo sido objeto de extenso tratamiento por la doctrina iuslaboralista, que casi sin excepciones se ha manifestado crítica con el enfoque con que determinados preceptos del Estatuto de los Trabajadores e instituciones del Derecho del Trabajo han sido reelaborados⁵.

² Cfr. La legislación que surge a partir de este momento, sustancialmente la Ley 35/2010, de 17 de septiembre y el Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio de 2011.

³ Vid Del Rey Guanter, S., “La ley 3/2012 y el “trienio” reformador”, en AA.VV., Coordinadores Martínez FonS, D. y Serrano Olivares, R., *La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales*, La Ley, Madrid, 2013, págs.32 y ss.

⁴ En lo que se refiere a la flexibilidad externa los efectos más significativos de la reforma de 2012 son, por un lado, la disminución de las indemnizaciones derivadas de los despidos declarados improcedentes, que pasan de 45 días de salario con el límite de 42 mensualidades, a 33 días de salario por año de servicio con el límite de 24 mensualidades y, por otro lado, el tratamiento de los salarios de tramitación, cuyo abono ahora se restringe a los despidos nulos, que producen la readmisión del trabajador de forma inmediata, y a los despidos improcedentes en los que el empresario opta por readmitir y no por indemnizar al trabajador. Vid, Goerlich Peset, JM, “La extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto Ley 3/2012: la culminación de una larga evolución”, en AA.VV., Coord. García Perrote Escartín, I y Mercader Uguina, J., *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012, págs. 300 y ss.

⁵ Cfr. Entre otros, AA.VV., *La reforma del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y los aspectos laborales del Real Decreto Ley 3/2012*, Lex Nova, Valladolid, 2012, AA.VV., *Reformas estructurales y negociación colectiva*, Coordinador De Prado Reyes, F., Carl, Sevilla, 2012; AA.VV., *La reforma laboral en el Real Decreto Ley 3/2012*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2012; AA.VV., *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012*, Coordinador Baylós Grau, A., Bomarzo, Albacete, 2012.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) en las sentencias dictadas sobre la reforma laboral de 2012 ha afirmado el acomodo de esta opción legislativa con la Constitución, considerando como puntos de partida, en primer lugar, que tanto el derecho al trabajo como el derecho a la negociación colectiva pueden sufrir determinadas limitaciones al ser ponderados con otros bienes y derechos constitucionalmente protegibles; en segundo lugar, que el pluralismo político admite contemplar en el marco de la Constitución diversas soluciones legales sobre el régimen jurídico de las relaciones laborales; y en tercer lugar, que la Constitución no diseña un modelo constitucional de Derecho del Trabajo cerrado, sino que establece las premisas desde las que, tanto el legislador como las partes sociales, configuran de forma dinámica, cambiante y abierta, un sistema de relaciones laborales, de los varios que serían compatibles con el orden constitucional (STC 119/2014, de 16 de julio)⁶. Esta línea argumentativa sirve al TC para justificar la reforma efectuada sobre el sistema de relaciones laborales y, en particular, sobre algunos de los rasgos definitorios del modelo de negociación colectiva, con lo que en definitiva está dejando la puerta abierta a futuras reformas legislativas de igual o mayor calado sin precisar hasta dónde puede llegar el margen de actuación del legislador.

2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: MÁRGENES Y DERIVADAS DE SU CONFIGURACIÓN LEGAL

En los años posteriores a la promulgación de la Constitución Española (en adelante CE), se debatió⁷ sobre la naturaleza del derecho a la negociación colectiva reconocido en su artículo 37.1, en el sentido de aclarar si el mismo tenía una eficacia constitucional directa o, a sensu contrario, si necesitaba para su operatividad de desarrollo legislativo. De admitirse esta última opción, sería la Ley la que haría ejercitable el derecho a negociar, en los términos y límites establecidos en la misma. Sin embargo, el TC rechazó esta opción de forma clara en su sentencia 58/1985, de 30 de abril, sosteniendo que *“la facultad que poseen los representantes de los trabajadores y empresarios de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la Ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional”*. A mayor

⁶ Vid Cruz Villalón, J., “Interrogantes y equívocos de la jurisprudencia constitucional sobre la reforma laboral de 2012”, Revista Derecho de las Relaciones Laborales, nº 3, 2015, pág. 306. García Murcia, J., “La reforma laboral de 2012 ante el Tribunal Constitucional”, Revista Derecho de las Relaciones Laborales, nº3, 2015, pág. 284.

⁷ Vid Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional”, RL, tomo I, 1992.

abundamiento, el TC apuntó que el artículo 37 CE suponía una limitación de las posibilidades de la regulación legal de la negociación, pero sin realizar ninguna precisión al respecto, abriendo varios interrogantes sobre cuál era y hasta dónde llegaba el papel de la Ley en el diseño del derecho a la negociación colectiva. De la dicción literal del precepto constitucional se desprende quiénes pueden negociar colectivamente, los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante del convenio colectivo, concepto que a día de hoy aún sigue sin estar plenamente determinado⁸, debiendo toda legítima opción legislativa sobre el derecho de negociación colectiva ser respetuosa tanto con los mandatos derivados del artículo 37.1 CE como con el contenido esencial del derecho⁹.

Correlato de lo antedicho, el Estatuto de los Trabajadores en su título III procede a regular una determinada configuración legal de la negociación colectiva, que recoge la opción por un tipo de negociación, la estatutaria, por unos sujetos legitimados, los más representativos, y por una concreta eficacia de los convenios colectivos suscritos por ellos, valor normativo y fuerza vinculante que se traduce en una eficacia *erga omnes*. En definitiva, el artículo 37.1 CE reserva un ámbito de actuación a la negociación colectiva, y encomienda a la Ley el establecimiento de un sistema de garantías adecuado para el ejercicio efectivo del derecho, y todo ello en un marco promocional tanto de la acción sindical de defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que son propios de los trabajadores (artículo 7 CE), como de la negociación colectiva (artículo 37.1 CE)¹⁰, como derecho que forma parte del núcleo del derecho constitucional a la libertad sindical (artículo 28.1 CE).

⁸ Cfr. García Murcia, J., “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la negociación colectiva”, en AA.VV., Dirección Monereo Pérez, JI., Moreno Vida, N. y Coordinación Tomás Jiménez, N., *El sistema de negociación colectiva en España*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pág. 251, quien resalta que la sentencia 58/1985 precisa que “*la garantía constitucional de la fuerza vinculante implica, en su versión primera y esencial, la atribución a los convenios colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización, ni necesitar el complemento de voluntades individuales*”.

⁹ Cfr. González Ortega, S., “La negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en AA.VV., Coordinador Alarcón Caracuel, M.R., *Constitución y Derecho del Trabajo, 1981-1991: análisis de diez años de jurisprudencia constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 395, quien afirma que el derecho a negociar colectivamente no es un derecho de naturaleza legal sino constitucional, ejercitable por tanto sin mayor apoyo normativo por las representaciones de trabajadores y empresarios.

¹⁰ Vid Alzaga Ruiz, I., “La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 73, 2008, pág. 322.

No obstante, el fomento de la negociación colectiva¹¹, más aún tras las sentencias del Tribunal Constitucional 119/2014, de 16 de julio y 8/2015, de 22 de enero, debe ser conectado con los posibles límites constitucionales a la misma. Es en este nuevo contexto en el que se quiere focalizar nuestro análisis, pues difícilmente se puede entender que las reformas realizadas en 2011 y más aún en 2012 sobre instituciones básicas del sistema de negociación colectiva constituyen una forma de promoción del derecho a la negociación colectiva¹². El legislador infraconstitucional debe respetar el contenido esencial del derecho¹³, tal y como establece el artículo 53.1 CE, sin que se pueda producir un grave menoscabo en las condiciones de ejercicio del mismo. Sin embargo, algunas modificaciones legislativas incluidas en la Ley 3/2012 afectan a la propia esencia del derecho a la negociación colectiva, al implantarse medidas que han alterado el modelo de negociación colectiva, tales como las reglas que ordenan la estructura de la negociación colectiva, el descuelgue de las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo y la restricción de algunos contenidos susceptibles de negociación, como la duración del período de prueba vinculado al contrato indefinido de apoyo a emprendedores. Son éstos pilares básicos que coadyuvan a identificar el propio modelo de negociación colectiva, desde un punto de vista estructural, procedimental y funcional, y desde la jurisprudencia constitucional no se ha objetado que sea la Ley la que regule estos aspectos fundamentales del ejercicio material del derecho, siempre y cuando se respete su contenido esencial. Es en este punto, en el que ponderando el contenido de la reforma legislativa realizada, en conexión con la jurisprudencia constitucional precedente y la resultante de las sentencias 119/2014 y 8/2015, debemos valorar el encaje constitucional de una intervención legislativa de este calibre y sus efectos sobre el modelo de negociación colectiva.

En una aproximación inicial a la cuestión, si se analiza el contenido de la exposición de motivos de la Ley 3/2012 se deduce una primera evidencia, cuál

¹¹ Que también se aprecia en la normativa internacional, Convenio OIT núm.154, de 1981, sobre fomento de la negociación colectiva.

¹² En este sentido vid Garrido Pérez, E., “Estructura y concurrencia en la negociación colectiva”, en AA.VV., *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo*, Cinca, Madrid, 2015, pág. 220.

¹³ Entre otras, vid STC 11/1981, de 8 de abril, que precisa su definición como “*aquella parte del contenido del derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, no resultando reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo*”, esto es, la parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a sus titulares la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga.

es que en la misma no se encuentra referencia alguna al artículo 37 CE, y sí al artículo 38 CE. A ello hay que adicionar que resulta difícil diferenciar entre las transformaciones que traen causa en los cambios que se están generando por la deteriorada situación económica y de empleo de los últimos años y las que son inducidas por los cambios normativos, así como entre las que son coyunturales y las que son estructurales y, probablemente, se instalarán en nuestro sistema de forma permanente.

En definitiva, el Tribunal Constitucional, en sus sentencias 119/2014 y 8/2015, enfatiza la justificación de uno de los cambios más relevantes de la reforma laboral de 2012, el que afecta al modelo de derecho a la negociación colectiva, afirmando que el artículo 37.1 CE reconoce el derecho, señala quiénes son sus titulares (los representantes de trabajadores y empresarios) y establece la eficacia del resultado de la actividad negocial (fuerza vinculante de los convenios), correspondiendo al legislador cumplir un papel activo en la concreción y desarrollo del derecho a la negociación colectiva, y todo ello sin perjuicio de que pueda establecer restricciones a la fuerza vinculante de los convenios colectivos amparadas por la coyuntura económica y en aras de la protección o preservación de otros derechos, valores o bienes constitucionalmente protegidos o intereses constitucionalmente relevantes¹⁴. Por ende, según el TC, el legislador dispone de un amplio margen de configuración en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva y ello se refleja en elementos controvertidos tales como la opción por un sistema de negociación colectiva centralizado o descentralizado, correspondiendo al legislador ordenar los resultados del proceso de negociación y determinar las reglas de concurrencia y articulación de convenios, así como la opción por ampliar o restringir el margen de la autonomía colectiva en la fijación de la estructura negocial, en la ordenación de la eficacia y vinculabilidad de los convenios y en la determinación de los contenidos negociables. El alcance de esta línea interpretativa es de tal entidad que se hace preciso contrastar esta argumentación que avala la opción legislativa plasmada en la Ley 3/2012, concediendo a la Ley unos márgenes de intervención hasta entonces restringidos, confirmando la constitucionalidad del cambio legislativo efectuado sobre los titulares, la eficacia y el modo de ejercicio del derecho a la negociación colectiva y haciendo más compleja la relación entre Ley y convenio colectivo, con el espacio atribuido constitucionalmente a la autonomía colectiva y con el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva. La pretensión última es

¹⁴ Cfr. Martín Valverde, A., “La reforma del mercado laboral de 2012 se ajusta a la Constitución (análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014, de 16 de julio)”, *Actualidad Laboral*, n°12, 2014, epígrafe V.

consiguientemente analizar los efectos que tiene para el modelo de negociación colectiva esta forma de intervencionismo legal con normas de Derecho necesario absoluto¹⁵, inmodificables, en materias neurálgicas como la definición de la estructura de la negociación colectiva, el régimen jurídico de las excepciones a la fuerza vinculante del convenio o determinadas restricciones a los contenidos negociables.

3. ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Premisa de partida en esta materia es que el estudio de la evolución y estado actual del modelo de negociación colectiva, y particularmente de su estructura, es un tema de enorme complejidad. Desde años atrás se afirma que la negociación colectiva española está petrificada, pues no cabe duda de que factores históricos de diversa naturaleza perfilaron la constitución de una determinada unidad de negociación y la misma ha pervivido a lo largo de años, tanto en lo que se refiere a su ámbito de aplicación como en lo que afecta al contenido de sus cláusulas, a pesar de las múltiples modificaciones normativas que se han venido sucediendo en la evolución de nuestro sistema de relaciones laborales. En paralelo, de forma mayoritaria se diagnostica que el sistema de negociación colectiva español presenta importantes problemas¹⁶ y disfunciones, esencialmente en lo relativo a la atomización de los niveles negociales y a la descoordinación y desarticulación entre las distintas unidades negociales.

En este contexto, hasta la reforma laboral de 2012 la definición de la estructura de la negociación colectiva era dejada en manos de los propios agentes sociales, quienes, en ejercicio de su autonomía colectiva, estaban legitimados para diseñar libremente la estructura y articulación entre los convenios, limitando su libertad el legislador únicamente con la siguiente prescripción: vigente

¹⁵ Que incluso son adoptadas a sensu contrario de lo acordado por los interlocutores sociales. Evidencia clara de este resultado es el desconocimiento en el RDL 3/2012 de lo acordado por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el II Acuerdo Nacional para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012,2013 y 2014, de 25 de enero de 2012. Cfr. Al respecto, Moreno VidA, N., “Concertación social y negociación colectiva”, en AA.VV., Dirección Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, N., Coordinación Tomás Jiménez, N., *El sistema de negociación colectiva en España*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pág. 182.

¹⁶ Ampliamente, Cairós Barreto, D., *La articulación y concurrencia de convenios colectivos*, Bomarzo, Albacete, 2012; Mercader Uguina, J., “La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012”, en AA.VV., *La reforma del mercado de trabajo. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del RDL 3/2012*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 420.

un convenio colectivo no podía quedar afectado por lo dispuesto en otro de ámbito distinto. Sin embargo, tras el RDL 3/2012 se produce un giro en el reparto de funciones entre heteronomía y autonomía respecto a la estructura de la negociación colectiva, estableciéndose imperativamente por Ley, tras la modificación del artículo 84.2¹⁷ del entonces vigente Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), la prioridad aplicativa del convenio de empresa en una serie de materias nucleares¹⁸.

Si del artículo 37.1 CE se deriva la prohibición de un intervencionismo excesivo del Estado en el espacio de la autorregulación colectiva¹⁹, se hace preciso analizar si la opción legislativa introducida, aun avalada por el Tribunal Constitucional, es necesaria, oportuna e idónea, y encaja sin fisuras con los derechos constitucionales, así como las potenciales repercusiones de esta imposición legal en el modelo de negociación colectiva.

3.1. La opción legislativa a favor del nivel de empresa

En el estudio de la configuración legal de nuestro modelo y estructura de la negociación colectiva son preceptos centrales los artículos 83 y 84 ET. Es la reforma de 2011²⁰ la que lleva a cabo una primera modificación de los artículos 83.2 y 84 ET, introduciendo reglas que incrementan la descentralización de la

¹⁷ Actualmente se trata del artículo 84.2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET).

¹⁸ La prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa se restringe a determinadas materias, y la interpretación de la extensión de las mismas debe ser estricta. Entre las materias señaladas se encuentran las siguientes: “a) *La cuantía del salario base y los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa;* b) *El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos;* c) *El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen del trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones;* d) *La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores;* e) *La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios colectivos de empresa;* f) *Las medidas que favorecen la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal y g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a los que se refiere el artículo 83.2 ET”.* Es decir, estos convenios o acuerdos podrán ampliar las materias establecidas, pero nunca reducirlas.

¹⁹ En este sentido Monereo Pérez, J.L., “Modelo constitucional del derecho a la negociación colectiva”, en AA.VV., Dirección Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, N., Coordinación Tomás Jiménez, N., *El sistema de negociación colectiva en España*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pág. 119.

²⁰ Articulada en el Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

negociación colectiva y su capacidad de adaptación a los cambios. Así, en esta reforma se inaugura la apuesta por priorizar la aplicación del convenio colectivo de empresa respecto de determinadas materias, si bien supeditada a que los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos marco no establecieran otra cosa²¹, constituyendo eso sí un importante primer intento de alterar el modelo de negociación colectiva.

El siguiente paso en la evolución de las iniciativas reguladoras de la estructura negocial lo constituye el II Acuerdo Interconfederal para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012-2013-2014, concluido en enero de 2012, en cuyo contenido los sujetos sociales reivindican su propio espacio regulador, diseñando un modelo que concede protagonismo a los convenios colectivos de ámbito Estatal y de Comunidad Autónoma en la articulación y vertebración de la negociación colectiva. Este Acuerdo a la vez apuesta por la pervivencia del nivel sectorial provincial, ampliamente implantado en ámbitos en los que abundan las pequeñas y microempresas, e introduce fórmulas de descentralización, previendo la negociación a nivel de empresa de materias centrales como el salario, la jornada y las funciones, habida cuenta de que el propio Acuerdo considera el ámbito de empresa como el más adecuado para fijar las reglas y contenidos relativos a estas materias. Por lo tanto, se deduce que las organizaciones más representativas pretendían conservar el predominio tradicional de los convenios sectoriales, aunque admitían la posibilidad de buscar fórmulas de coordinación material entre aquellos y los convenios de empresa.

Ahora bien, las insuficiencias atribuidas a la reforma de 2011 desde distintas instancias²², junto a la persistencia de la crisis económica y la necesidad de que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para

²¹ Por consiguiente, dada la naturaleza dispositiva del precepto legal, siguió prevaleciendo lo establecido en el nivel Estatal o de Comunidad Autónoma, tratándose, por tanto, de una promoción limitada de la negociación colectiva de empresa. Vid al respecto Calvo Gallego, J., “El impacto de las últimas reformas laborales sobre la estructura de la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, nº120/2013, pág.140.

²² Desarticulación e insuficiente grado de descentralización constituyen para las más influyentes instituciones económicas de carácter internacional las principales debilidades de nuestro sistema de negociación colectiva. Nos referimos, entre otras, a la opinión hecha pública por organizaciones como el Fondo Monetario Internacional *en documentos como el denominado Spain: Selected Issues, July 2011, IMF Country Report n° 11/216*”, disponible en <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2011/cr11216.pdf>. En sentido similar, la Comisión Europea consideraba un obstáculo para la salida de la crisis la inadecuada estructura de la negociación colectiva española. En concreto, se califica el sistema como difícil de controlar e insuficiente.

adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de las empresas, sirven de fundamento a la reforma de 2012²³.

La reforma de 2012, articulada a través del RDL 3/2012, de 20 de febrero, y de su homóloga Ley 3/2012, de 6 de julio, incide sobre aspectos diversos de la negociación colectiva, concurrencia, ultraactividad, descuelgue, etc..., influida por factores jurídicos y extrajurídicos –de tipo económico, sociológico e histórico-²⁴. En su misma exposición de motivos ya anuncia de forma clara que unos de sus objetivos explícitos es *“procurar que esta sea un instrumento, y no un obstáculo para adaptar las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviesa la empresa”*, a lo que hay que añadir que en lo referente a la estructura de la negociación colectiva se busca incidir en ella, *“otorgando prioridad aplicativa al convenio de ámbito empresarial sobre otros convenios en una serie de materias que se entienden primordiales para una gestión flexible de las condiciones de trabajo”*. Es decir, lo que se pretende es la gestión flexible de las condiciones de trabajo que, desde el punto de vista de su fuente reguladora, se entiende más fácil si proceden de un convenio colectivo de empresa que de una norma convencional de ámbito superior. La pretensión legal declarada es fomentar la negociación colectiva a nivel de empresa, para facilitar la adaptación de las condiciones de trabajo al concreto contexto empresarial, incrementando la flexibilidad en la gestión de las relaciones laborales y evitando con ello la destrucción de empleo. Si bien, junto a estos objetivos explícitos se hallan otros implícitos, como son la reducción de costes laborales y, particularmente, la devaluación salarial que, vía negociación colectiva empresarial, se presume más factible²⁵.

cientemente descentralizado, y se señala la conveniencia de reducir el protagonismo de los convenios provinciales y sectoriales en beneficio del ámbito empresarial. *“Recommendation for a Council Recommendation on the National Reform Programme 2011 of Spain and delivering a Council opinion on the updated Stability Programme of Spain, 2011-2014”*, Bruselas, 7.6.2011, SEC(2011) 817

²³ Cruz Villalón, J., “El impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, nº 120, 2013, pág.6.

²⁴ Es por ello que se afirma que el diseño de la estructura de la negociación colectiva es producto de actuaciones multinivel. Véase Mercader Uguina, J., “La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: La reforma de la Ley 3/2012”, en AA.VV. *La reforma del mercado laboral*, op. cit., pág. 420. Ejemplo de lo que se quiere indicar es la influencia de la estructura de las propias organizaciones sindicales y empresariales en la estructura de la negociación colectiva.

²⁵ Vid Calvo Gallego, J., “El impacto de las últimas reformas laborales sobre la estructura...”, op.cit., pág.145.

Eso sí, siendo clara la opción legislativa de fomentar la negociación colectiva de empresa la misma deja, no obstante, sin aclarar ni perfilar problemas diversos que también afectan a determinados elementos propios y sustanciales de la misma. En concreto la reforma parece centrada en la dualidad convenio sectorial-convenio de empresa, olvidando otros niveles y ámbitos de negociación para los que la normativa anterior, con mayores o menores defectos o insuficiencias, sí preveía determinadas reglas de concurrencia. Así, si bien la prioridad aplicativa del convenio de empresa se reconoce igualmente a los convenios negociados en el ámbito de un grupo de empresas, e incluso a los que afectan a una pluralidad de empresas “*vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas*”, sin embargo no se detiene el legislador a ordenar de forma expresa la estructura de la negociación colectiva en ámbitos inferiores a la empresa, debiendo considerarse que en la medida en la que los acuerdos y pactos de empresa no se ajustan de forma fidedigna al procedimiento de negociación establecido en el título III ET, no les deben resultar aplicables las reglas de concurrencia y articulación fijadas en el artículo 84 ET²⁶.

En definitiva, la construcción legal vigente diseña una estructura negocial ubicada entre dos niveles, sectorial estatal, y autonómico en su caso, y empresa. El primero, pensado para aplicar a sectores y empresas –micro y pymes- desprovistas de convenio. Y el segundo, orientado a nuevos espacios, unidades de negociación, con objeto de obtener una mejora de la competitividad y un incremento de la productividad, pretendiendo convertir la empresa en sede natural para la toma de decisiones, con los consiguientes riesgos de inividualización que ello conlleva en pequeñas empresas desprovistas de una representación estable de los trabajadores. Y baste efectuar un somero recorrido por la práctica convencional para comprobar cómo este esquema legal está siendo reproducido en bastantes convenios colectivos sectoriales estatales²⁷, cuya estructura no contempla la existencia de convenios de ámbito superior a la empresa, ni infe-

²⁶ En este sentido Cruz Villalón, J., Rodríguez Ramos Velasco, P., Gómez Gordillo, R., Y Ferradans Caramés, C., *La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2015, pág.46. En este caso, al aludir el legislador a convenios de empresa queda claro que bajo tal concepto no cabe incluir todo el variado conjunto de pactos y acuerdos de empresa que desde la reforma laboral de 1994 juegan un rol cada vez más importante en la regulación de las relaciones laborales que se desarrollan en dicho ámbito.

²⁷ Vid por ejemplo Convenio colectivo del sector de Fabricación de Alimentos Compuestos para Animales 2014-2015 (BOE 21 de agosto de 2014), art.6 bis, que en relación a la concurrencia de convenios señala que “*el convenio tiene prioridad aplicativa en todos y cada uno de sus conte-*

riores al nivel estatal, y previendo un número importante de convenios sectoriales un reparto de funciones y/o materias entre ambos niveles (modelo centralizado-descentralizado), de forma acorde a la estructura legal diseñada.

Ahora bien, ello no obsta a que otros convenios sectoriales contemplen una estructura de reparto más compleja, en la que concurren niveles intermedios entre el estatal y el empresarial²⁸, previéndose su coordinación y permitiéndose la coexistencia de más ámbitos de negociación. Tras este reparto de materias normalmente sale reforzado el convenio colectivo sectorial estatal, fijándose una progresiva atribución de materias a este ámbito, permitiéndose desarrollar en la empresa lo dispuesto en el mismo, y respetándose en todo caso la prioridad aplicativa parcial del convenio colectivo de empresa tal y como exige la Ley.

Por lo tanto, en el nivel sectorial se siguen acordando cláusulas que ordenan la estructura de la negociación, procurando conseguir una cierta homogeneización de las condiciones de trabajo, y expresando la preferencia de los negociadores por el nivel superior, lo que se manifiesta en la inclusión de pactos que, por ejemplo, indican que el convenio colectivo sectorial estatal constituye referencia eficaz para establecer las relaciones laborales de la rama de actividad, un mínimo de derecho necesario, o proponiendo que las empresas con convenio propio se remitan a las materias reguladas por el convenio sectorial estatal, en calidad de derecho supletorio²⁹, o que no violen los mínimos dispuestos en la negociación sectorial. Es decir, no se intuye en la dinámica negocial un cambio radical en el equilibrio preexistente entre convenios sectoriales y empresariales, salvo la continua alusión a la promoción de la negociación colectiva empresarial, a la preferencia aplicativa parcial del convenio de nivel empresarial³⁰ y, por ende, la efectividad real de la modificación legal impuesta por vía heterónoma es atemperada por los propios sujetos sociales, que hasta la reforma de 2012

nidos respecto de otras unidades de negociación de ámbito inferior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 84.2 ET”.

²⁸ Vid por ejemplo Convenio colectivo General de la Industria Salinera 2014-2016 (BOE de 16 de diciembre de 2014) que conforme al principio de jerarquía normativa dispone “la prevalencia del convenio general y, posteriormente de los acuerdos sectoriales nacionales, en su caso, sobre los convenios sectoriales provinciales y sobre los convenios de empresa, salvo en cuanto a estos últimos respecto de las materias señaladas en el artículo 84.2ET”.

²⁹ Por ejemplo, Convenio colectivo General del Sector de Servicios de Asistencia en Tierra en Aeropuertos 2014-2015 (BOE de 21 de octubre de 2014).

³⁰ En este sentido Garrido Pérez, E., “Estructura y concurrencia en la negociación...”, op.cit., pág. 277.

definían la estructura de la negociación colectiva y las reglas de coordinación y articulación, asumiendo los efectos de la centralización o descentralización consiguientes de conformidad con su libertad de contratación.

Es evidente que con la redacción introducida en el artículo 84.2 ET³¹ se está impulsando la descentralización de la negociación colectiva, para favorecer su adaptación a las exigencias del mercado, lo que es admisible en el actual contexto económico y ajustado a un canon de constitucionalidad en el que puede encajar un modelo de negociación colectiva descentralizado. Ahora bien, a esta opción legislativa la acompaña su indisponibilidad por los sujetos sociales, propiciando un potencial ataque a la autonomía colectiva y a la negociación que puede ordenar la estructura negocial y el reparto de materias que se requiere en cada momento y en cada sector. Además, con esta opción legislativa probablemente se reduzcan las posibilidades de tener una estructura convencional centralizada y articulada, ya que se facilita la adopción de convenios colectivos de empresa y acuerdos de empresa cada vez más desvinculados de los convenios sectoriales. Con ello, se pretende la introducción de flexibilidad en los instrumentos colectivos, en aras de la mayor adaptación posible de las condiciones de trabajo a la situación real de las empresas y a la consecución de la mayor productividad y competitividad. Con esta fórmula legal probablemente se facilita que las empresas se aparten del convenio de nivel superior, para empobrecer las condiciones pactadas a ese nivel, a través de la suscripción de un convenio de empresa, que no va a tener una vigencia coyuntural en función de las dificultades por las que atraviesa la empresa, sino estructural, con vocación de permanencia.

Transcurrido un cierto tiempo desde que las reformas son aprobadas, resulta obligado atender a las labores de interpretación normativa que de manera progresiva realizan las distintas instancias judiciales. En esta línea se incardinan

³¹ Efecto reflejo de la opción de incentivar la negociación de empresa es el hecho de que en algunas de las últimas reformas realizadas, concretamente en el RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, se puede constatar cómo determinadas llamadas y/o remisiones que anteriormente se realizaban por la Ley del Estatuto de los Trabajadores a la negociación colectiva sectorial han sido sustituidas por llamadas a la negociación colectiva de forma más amplia. Por ejemplo, en la nueva regulación del contrato a tiempo parcial introducida por la norma reseñada, el artículo 12.4.b) ET establece lo siguiente “*cuando el contrato a tiempo parcial conlleve la ejecución de una jornada inferior a la de los trabajadores a tiempo completo y ésta se realice de una forma partida, sólo será posible efectuar una única interrupción en dicha jornada diaria, salvo que se disponga otra cosa por convenio colectivo*”, cuando la previsión precedente se remitía a los convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior.

los trascendentes pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional que, fundamentalmente en sus sentencias 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero, da por válida la nueva previsión de la prioridad del convenio colectivo de empresa en el elenco de materias enunciadas en el artículo 84.2 ET, no alterable por los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos del artículo 83.2 ET e indisponible, por tanto, para la propia negociación colectiva. Y todo ello, a pesar de que lo avalado constitucionalmente choca con principios, reglas e intereses que fueron atendidos por los agentes sociales en su autónomo diseño del modelo y estructura de la negociación colectiva en el Acuerdo concluido en enero de 2012, lo que conlleva a respaldar una opción legislativa que sustrae a los sujetos sociales el poder para ordenar sus relaciones negociales y supone un potencial ataque al modelo de negociación y a los equilibrios precedentes en sede de estructura.

3.2. La valoración del Tribunal Constitucional

En sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 16 de julio de 2014, se dilucida, entre otras cuestiones, la constitucionalidad de que la Ley otorgue prioridad aplicativa a los convenios de empresa frente a los de sector, así como de que impida a los convenios colectivos y acuerdos interprofesionales disponer de la prioridad aplicativa y garantizar así que los convenios de empresa puedan negociarse en cualquier momento de la vigencia de otro de ámbito superior. A juicio del recurrente, el letrado del Parlamento de Navarra, *“se lleva al extremo la descentralización, estableciendo así un nuevo modelo de negociación que relega a un residual papel secundario a los convenios colectivos estatales, autonómicos y provinciales, ninguneando el papel de quienes ex constitutione, constituyen los sujetos colectivos llamados a ser los protagonistas de la concertación laboral”*³² y existe, por tanto, una vulneración del derecho a la negociación colectiva y de la fuerza vinculante de los convenios que ampara el artículo 37.1 CE.

³² El recurrente abunda en la idea exponiendo que *“con el único argumento de la productividad y la competitividad, se desconocen las funciones superiores de los convenios de ámbito superior: la económica, según la cual la negociación colectiva ha de contribuir a asegurar de forma transparente una competencia leal de las empresas, neutralizando el eventual dumping derivado de la rebaja en la calidad y coste de las condiciones laborales; y por otra parte la política, conforme a la cual la autonomía colectiva ha de actuar como instrumento principal de ordenación del mercado de trabajo, logrando la mejora de las condiciones laborales y, en definitiva, el progreso y la cohesión social”*.

Sin embargo, según el Tribunal Constitucional, de conformidad con la argumentación expuesta en el fundamento jurídico 6º de la sentencia reseñada, la descentralización de la negociación colectiva constituye un objetivo que el legislador puede legítimamente pretender, atendiendo a las consideraciones de política social y económica que estime relevantes, en este caso la defensa de la productividad y viabilidad de la empresa y del empleo, sin que ello suponga la vulneración de los artículos 37.1 CE y 28.1 CE.

Desde esta perspectiva, la opción por un intervencionismo legal intenso puede suponer la erosión del poder negociador de los agentes sociales en el sistema de negociación colectiva, y en particular de la acción sindical de los sindicatos. En este sentido, el voto particular realizado por el Magistrado Valdés Dal Ré considera que la sentencia no ha ponderado suficientemente la relación de las cuestiones en *litis* con el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical, y que resulta impreciso utilizar la productividad como canon de constitucionalidad de las medidas legales establecidas, en tanto que aquél es un concepto económico que entra en el marco jurídico como concepto indeterminado y de necesaria configuración legal. A juicio del magistrado que formula el voto particular no existe justificación a que el artículo 38 CE sirva simultáneamente como fundamento constitucional tanto del ejercicio de la libertad de estipulación contractual colectiva como de la restricción y limitación de esta misma libertad, y lo que verdaderamente se pretende es permitir que se implanten unas condiciones salariales o de tiempo de trabajo menos favorables que las fijadas en el convenio de vigencia originaria, ya sea de nivel sectorial o empresarial, trasladando el poder normativo convencional existente a nivel provincial, del que son titulares las organizaciones sindicales y empresariales, al que surge de la negociación colectiva en la empresa³³. Con ello, no se obtiene una descentralización contractual articulada, sino disgregada y atomizada, sin que exista justificación objetiva y razonable para restringir mediante la nueva regla introducida en el artículo 84.2 ET la libertad de estipulación contractual colectiva, lo que, a su juicio, contraría los artículos 37.1 y 28.1 CE, en la medida

³³ En Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo, se registra y publica el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015-2016-2017 (BOE de 20 de junio de 2015), concluido por CEOE, CEPYME, UGT y CC.OO., que precisa que los convenios colectivos sectoriales deberán propiciar la negociación en la empresa de jornadas, funciones y salario, por ser éste el ámbito más adecuado para configurar estos conceptos, potenciando la intervención de las secciones sindicales, ello sin perjuicio de otras alternativas complementarias en los convenios de empresa, como son los acuerdos o pactos de empresa suscritos por sujetos legitimados según el artículo 87.1 ET.

en la que se limita la negociación colectiva de titularidad sindical y, a mayor abundamiento, se impide a los convenios colectivos y acuerdos interprofesionales de nivel superior disponer la regla que establece la prioridad aplicativa del convenio de empresa, lo que supone un obstáculo al ejercicio de la acción sindical³⁴.

En el epicentro de la cuestión se encuentra la precisión de los márgenes que tiene la Ley para configurar el derecho constitucional a la negociación colectiva. El TC entiende que el legislador ha intervenido en un campo en el que tiene amplios márgenes, y para confirmar la constitucionalidad de las medidas legales adoptadas no ha ponderado el respeto al contenido esencial del derecho a la negociación colectiva y, en su caso, a la libertad sindical, sino el alcance y contrapeso de otros preceptos constitucionales, los artículos 38 y 40.1 CE, respaldando que las medidas legales adoptadas son idóneas, necesarias y proporcionadas a los fines perseguidos en la muy negativa coyuntura económica existente³⁵ en 2012 y propiciando un cambio de modelo de negociación sin tener en consideración los condicionantes constitucionales, los perfiles del contenido esencial del derecho que fijan fronteras a la intervención legislativa³⁶.

³⁴ El Voto particular trae a colación el informe final emitido por el Consejo de Administración de la OIT, en marzo de 2014, sobre varias quejas formuladas por diferentes organizaciones sindicales españolas, entre otras sobre el contenido del artículo 84.2 ET, señalando cómo *“El Comité (de Libertad Sindical) constata que la elaboración de procedimientos que favorecen de manera sistemática la negociación descentralizada de disposiciones derogatorias menos favorables que las disposiciones de nivel superior puede desestabilizar globalmente los mecanismos de negociación colectiva así como las organizaciones de empleadores y de trabajadores y debilita la libertad sindical y la negociación colectiva en violación de los principios consagrados en los convenios núms. 87 y 98”*. Concluyendo el voto particular que los artículos 28.1 y 37.1 CE *“habilitan a las organizaciones sindicales a planificar y programar la estructura de la negociación colectiva en un sentido acorde a sus intereses, debiendo descalificarse, por inconstitucional, las formas más extremas de dirigismo estatal, que no otra finalidad cumplen que la de restringir derechos constitucionales sin más bagaje justificativo que el que ofrece o puede ofrecer en cada momento la oportunidad política”*.

³⁵ A favor del diagnóstico y la argumentación realizada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 119/2014, García Murcia, J., *“La reforma laboral de 2012 ante el Tribunal...”*, op.cit., pág. 301, que considera que *“no es extraño que el TC valore la legislación relativa a las relaciones de trabajo no sólo desde los pivotes constitucionales de contenido laboral, sino también desde las exigencias de la “Constitución económica” (art. 38 CE)”*, pues la acción legislativa debe atender a los intereses generales de la sociedad y no sólo a intereses de parte o de grupo.

³⁶ Al respecto vid Cruz Villalón, J., *“Interrogantes y equívocos...”*, op.cit., pág. 309, que resalta que, en varias ocasiones, la simple apelación a la defensa de la libertad de empresa y a la tutela de la productividad se convierten en justificación para cualesquiera límites o incluso vacia-

4. DESCUELGUE DE CONDICIONES PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO

4.1. La nueva configuración legal del descuelgue

Otra de las instituciones en la que la reforma de 2012 ha generado un cambio sustancial, cuya constitucionalidad ha sido dilucidada en sede del TC, es el descuelgue del convenio colectivo. Con esta medida se consigue favorecer la flexibilidad interna, dado que se permite la adaptación de las reglas colectivas a los cambios sobrevenidos y a la vez se dota de mayor protagonismo al ámbito empresarial, pues tal y como indica la exposición de motivos de la Ley 3/2012 se pretende “*la adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas por las que atraviesa la empresa*”, contribuyendo la inaplicación del convenio a “*facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial*”³⁷. En este marco se insta un modelo con notas comunes con los procedimientos colectivos de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, suspensiones contractuales y reducciones de la jornada de trabajo, y despido; un modelo en el que se generaliza la exigencia de unas causas legitimadoras, económicas, técnicas, organizativas o de producción, de unos procedimientos y de unas consecuencias derivadas de la operatividad de tales vicisitudes³⁸.

El artículo 82.3 ET resultante de la reforma, que extiende su operatividad al descuelgue de los convenios de ámbito sectorial y empresarial y a un elenco

mientos del derecho expresamente constitucionalizado, sin mención alguna a cuál es el contenido esencial del derecho.

³⁷ Asimismo, en el AENC-II concluido en enero de 2012, ya se vinculaba la inaplicación del convenio con la crisis económica, afirmándose que “*la actual coyuntura económica y el altísimo nivel de desempleo, así como las perspectivas sobre su evolución inmediata, hacen preciso adoptar medidas de carácter excepcional y con proyección temporal limitada a la actual coyuntura, dirigidas a evitar una evolución negativa de la empresa que afecte al mantenimiento del empleo. En este contexto, con el objetivo de asegurar el mantenimiento del empleo y como instrumento de flexibilidad interna que evite los expedientes de regulación de empleo (...) se somete a la consideración de los legitimados para suscribir convenios colectivos sectoriales, la conveniencia de incluir cláusulas de inaplicación temporal negociada de determinadas condiciones de trabajo*”.

³⁸ Cfr. De forma amplia y detallada, Cruz Villalón, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, Revista de Derecho Social, nº57, 2012; Gorelli Hernández, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del convenio de empresa*, Comares, Granada, 2013.

de materias mucho más amplio que el del precedente descuelgue salarial³⁹, condiciona su aplicación a la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, precisando de forma bastante flexible la definición de las primeras, con el objeto de facilitar la aplicación de este precepto y posibilitar una mayor utilización de esta medida por el empresario. En cuanto al procedimiento debido, no es posible la operatividad de esta medida a instancia unilateral del empresario, siendo indispensable desarrollar de buena fe un período de consultas-negociación conducente a la conclusión de un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En caso de acuerdo⁴⁰, se producirá la sustitución de las condiciones fijadas en el convenio por las acordadas, debiendo precisarse las nuevas y su duración, así como su notificación tanto a la comisión paritaria del convenio como a la autoridad laboral a efectos de depósito. Por el contrario, en caso de no acuerdo, se abre una compleja sucesión de mecanismos dirigidos a la obtención final de un acuerdo, empezando por la posible sumisión de la discrepancia por cualquiera de las partes a la comisión paritaria del convenio; continuando, en caso de no intervención de la comisión o de no conclusión de un acuerdo en su seno, por el debido recurso a los procedimientos que para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, incluido el sometimiento a un arbitraje vinculante; y finalizando, en caso de fracaso de las fases anteriores, con el posible impulso a instancia de cualquiera de las partes de la solución de la controversia por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC) o de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas según el ámbito territorial del procedimiento, abriéndose en este caso la posibi-

³⁹ El artículo 82.3 ET, de forma tasada, establece que pueden ser objeto de inaplicación las siguientes las siguientes materias convencionales: jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39, y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Asimismo, el precepto delimita de forma amplia las causas económicas habilitantes del descuelgue, señalando que aquéllas concurrirán *“cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso de entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”*.

⁴⁰ Vid García Perrote Escartín, I., “Inaplicación de convenios colectivos: causas, procedimientos y efectos sobre las relaciones individuales de trabajo”, en AA.VV., Dir. Ramos Quintana, M., *La reforma sobre el sistema de negociación colectiva en España*, Bomarzo, Albacete, 2013, pág. 97 y ss.

lidad de atribuir la solución del conflicto a un árbitro designado por la misma Comisión Consultiva u órgano equivalente de carácter autonómico. Por lo tanto, ante la falta de acuerdo y la no solución del conflicto por otras vías autónomas, las partes pueden acabar sometándose a un arbitraje canalizado a través de la CCNCC u órgano similar de las Comunidades Autónomas, debiendo este último órgano decidir, sobre la base de las posturas de las partes, si existen o no las causas alegadas para iniciar el procedimiento de inaplicación.

Es éste el epicentro de la discusión sobre esta institución en sede constitucional. En la relación entre Ley y convenio colectivo, este último debe sujetarse al principio de jerarquía normativa, y adecuarse a lo establecido en las normas de superior rango jerárquico, pero la recepción de esta opción legislativa conlleva la posible existencia de decisiones administrativas que autorizan la inaplicación singular de disposiciones contenidas en convenios colectivos, lo que puede tener como correlato el desconocimiento de la eficacia vinculante del convenio colectivo y, por ende, la lesión del derecho constitucional a la negociación colectiva y su contenido esencial.

4.2. Juicio de constitucionalidad al arbitraje obligatorio que puede concluir un procedimiento de descuelgue

El artículo 37.1 CE exige que la Ley establezca una regulación que garantice la fuerza vinculante de los convenios colectivos, habiendo entendido hasta ahora el TC que el contenido esencial de esta garantía está constituido por la fuerza jurídica imperativa y la inderogabilidad personal del convenio, que despliega su eficacia en las relaciones individuales de trabajo directamente (STC 58/1985, de 30 de abril). A estos efectos, no deben confundirse la fuerza vinculante del convenio, que emana de la Constitución, y la fuerza personal generalizada, su efecto *erga omnes*, que deriva de su reconocimiento legal. Es decir, el legislador infraconstitucional debe reconocer sea cual sea su opción legislativa la fuerza vinculante del convenio, su carácter de fuente del Derecho⁴¹. Ello no impide, sin embargo, que sea posible alterar las condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos, si determinadas circunstancias sobrevenidas así lo aconsejan o justifican. Manifestación de esta circunstancia es la inaplicación parcial de las condiciones del convenio regulada en el título III ET, que hasta la reforma del 12 admitía la inaplicación salarial de las condiciones pactadas en

⁴¹ Ampliamente sobre la cuestión Monereo Pérez, JL., “Modelo constitucional del derecho a la negociación...”, *op.cit.*, págs. 104-108.

convenio siempre que hubiera causa económica que así lo justificara y se contara con la aceptación de los representantes del personal.

Sin embargo, las sentencias del TC 119/2014 y 8/2015, avalan, desde una perspectiva constitucional, la inaplicación no pactada –a través de un arbitraje obligatorio- de determinadas condiciones incluidas en los convenios colectivos ante situaciones económicas sobrevenidas. Con estos fallos se debilita la interpretación que hasta el momento había realizado el TC sobre la eficacia vinculante de los convenios colectivos, en la medida en que la modificación de los mismos no está sólo en manos de los negociadores que los pactaron, cambiando el criterio del Alto tribunal que en sentencias anteriores declaraba⁴², salvo en casos excepcionales, la inconstitucionalidad de arbitrajes públicos obligatorios que modificaban lo establecido en convenio y erosionando el poder negociador de los sujetos sociales en el sistema de negociación colectiva, más aún de los representantes de los trabajadores que quedan en una posición de mayor debilidad.

A mayor abundamiento, la opción legislativa implantada choca con el propio modelo de negociación colectiva acordado por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. En este caso, no sólo existe una confrontación con el diseño autónomo plasmado por los agentes sociales en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012-14, que contemplaba la inaplicación pactada en la empresa de determinadas condiciones de trabajo acordadas en los convenios colectivos sectoriales, así como sus causas habilitantes; sino también con el concertado en el V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales, suscrito el 7 de febrero de 2012, que apuesta por la mediación y el arbitraje voluntarios⁴³.

Las sentencias del TC avalan la constitucionalidad de la decisión arbitral que finaliza el proceso de descuelgue sin acuerdo, acogiendo las alegaciones presentadas por el Abogado del Estado al recurso interpuesto, al afirmar que el laudo que en su caso se dicte tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas y será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET, es decir de forma similar a los convenios colectivos, y sin producir vulneración alguna del derecho a la tutela judicial

⁴² Cfr. STC 11/1981, de 8 de abril.

⁴³ Eso sí, el artículo 8 del V Acuerdo precisa que el arbitraje puede ser obligatorio en los supuestos previstos en el convenio colectivo de referencia aplicable.

efectiva⁴⁴. Asimismo, el TC señala que la justificación constitucional a la designación del árbitro obligatorio se encuentra, de forma acorde a lo establecido en la STC 11/1981⁴⁵, en la concurrencia de una circunstancia excepcional como es la importante crisis económica que sufre España⁴⁶ desde años atrás. La STC 119/2014, de 16 de julio, en su fundamento jurídico 5º, indica que el artículo 37.1 CE exige al legislador la existencia de un sistema de negociación colectiva y una determinada eficacia de su resultado, esto es, la fuerza vinculante del convenio colectivo concluido. Pero ello no impide que el legislador pueda imponer restricciones a la fuerza vinculante de los convenios colectivos en aras de la protección o preservación de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos o relevantes. Entre ellas se encuentra la previsión de un procedimiento, establecido en el artículo 82.3 ET, para modificar el contenido de los convenios en base a la concurrencia de circunstancias económicas, técnicas,

⁴⁴ El arbitraje obligatorio no resulta conforme al derecho a la tutela judicial efectiva cuando el control judicial sobre el laudo previsto en la Ley se limita a las garantías formales o aspectos meramente externos, sin alcanzar al fondo del asunto sometido a decisión arbitral (STC 174/1995, de 23 de noviembre). Y según el artículo 91 ET “*Estos acuerdos y laudos serán susceptibles de impugnación por los motivos y conforme los procedimientos previstos para los convenios colectivos*”, específicamente cabrá el recurso contra el laudo arbitral en el caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto, o cuando el laudo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión. Asimismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 163.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, será posible la impugnación judicial por considerar que la decisión o laudo arbitral “*conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros*”, lo que, a juicio del Abogado del Estado, permite a los tribunales realizar un control pleno sobre la decisión o laudo arbitral.

⁴⁵ La STC 11/1981, de 8 de abril, declaró inconstitucional un arbitraje público obligatorio que se preveía en el procedimiento para la solución de los conflictos colectivos económicos o de intereses, que contemplaba que en caso de que las partes no llegaran a acuerdo, ni se sometieran a arbitraje voluntario, la autoridad laboral dictaría laudo de obligado cumplimiento, resolviendo sobre todas las cuestiones planteadas. La STC 119/2014 se separa de la misma aduciendo, por un lado, que la CCNCC no es “propia” la autoridad administrativa laboral, al tener una composición paritaria y tripartita y, por otro, que el arbitraje de la autoridad laboral objeto de la STC 11/1981 no estaba sujeto a límites causales ni materiales. E igualmente, esta STC de 16 de julio de 2014 descarta que el supuesto en litis sea equiparable al enjuiciado en la STC 92/1992, de 11 de junio, en la que se analizaba si el arbitraje previsto en el artículo 41 ET (que reconocía a la autoridad laboral la facultad de aprobar modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo cuando concurrían determinadas causas) era constitucional o no, declarándose la constitucionalidad de la norma en tanto se interpretara que dicha potestad administrativa de modificación no alcanzaba a las condiciones pactadas en convenio colectivo.

⁴⁶ Según la STC 119/2014, la excepcionalidad de las circunstancias es debida, por una parte, a la actual situación de crisis económica aguda, que exige un esfuerzo extraordinario en defensa de la viabilidad y productividad de las empresas que han sobrevivido, para favorecer el incremento del empleo y las necesidades crecientes de financiación estatal para atender a su cobertura; y, por

organizativas o de producción que lo exijan. Esta excepción a la fuerza vinculante del convenio se justifica, según el TC, por la necesidad de adaptar las condiciones laborales a las circunstancias sobrevenidas que concurren en la empresa tras la adopción y aplicación del convenio, ante el riesgo de que el mantenimiento de las condiciones pactadas pueda poner en peligro la estabilidad de la empresa y el empleo.

Por lo tanto, el TC nuevamente utiliza como canon de constitucionalidad la ponderación del derecho a la negociación colectiva con derechos de corte más economicista reconocidos en los artículos 38 y 40.1 CE, y concluye considerando que la medida discutida es razonable, supera un test de proporcionalidad, y sirve con su aplicación al fin de salvaguardar la competitividad y viabilidad empresarial y al mantenimiento del empleo, sin hacer referencia alguna al necesario respeto por el legislador del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva⁴⁷. El Alto Tribunal, a mayor abundamiento, justifica el encaje constitucional del arbitraje obligatorio, resaltando los límites –causales, procedimentales, materiales y temporales–, circunstancias y garantías a que queda ligada la aplicación de una medida de esta entidad, su naturaleza subsidiaria, el carácter independiente, imparcial y autónomo con el que ejerce sus competencias la CCNCC y el hecho de que la decisión de la CCNCC o el laudo arbitral estarán sometidos a un posible control judicial. Por ende, el TC para acreditar que la medida discutida supera un filtro de razonabilidad y proporcionalidad, aduce la concurrencia de una serie de limitaciones y condiciones que garantizan un ejercicio compatible de la misma con el derecho constitucional. Este proceder genera interrogantes a futuro, pues si la existencia de estos límites junto a la crisis económica justifican la medida litigiosa, ¿quiere esto decir que la mejora de la situación económica y/o la modificación de algunos de los límites señalados conllevará su inconstitucionalidad?⁴⁸.

otra, a la situación de bloqueo negociador, en la que los procedimientos de origen convencional se habrían mostrado inefectivos. Sólo en tan excepcionales circunstancias intervendrá el órgano tripartito, Estatal o autonómico, en interés de la viabilidad y productividad de la empresa, dándose preferencia a una medida de flexibilidad interna.

⁴⁷ Según la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, el propósito perseguido por el legislador con esta medida es facilitar la viabilidad del proyecto empresarial y evitar el recurso a decisiones extintivas de los contratos de trabajo; finalidad constitucionalmente legítima que atiende al derecho al trabajo (art.35.1 CE) y a los deberes de los poderes públicos de proteger la defensa de la productividad (art.38 CE) y de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE), más aún en el contexto de la grave situación de desempleo en la que se encuentra España.

⁴⁸ En este sentido Cruz Villalón, J., “Interrogantes y equívocos de la jurisprudencia constitucional...”, op.cit. pág. 309.

Siendo éste el fallo del TC, que estima la constitucionalidad del procedimiento establecido en el artículo 82.3 ET, siempre y cuando se interprete la operatividad del mismo en los términos y con las garantías descritas, no se puede obviar nuevamente el interesante voto particular formulado por el magistrado Valdés Dal Ré, quien considera que el recurso a un arbitraje obligatorio cuando el proceso negocial de inaplicación de las condiciones de trabajo no concluye con acuerdo, es inconstitucional y nulo. Para Valdés, la afirmación contenida en la sentencia de que el laudo obligatorio –y sus efectos- evita la “*extinción de puestos de trabajo y contribuye así al mantenimiento del empleo*” está desprovista de todo apoyo en la legalidad constitucional. A su juicio, el canon de constitucionalidad que utiliza el pronunciamiento, “*la salvaguarda de la competitividad y viabilidad empresarial como mecanismo para favorecer el mantenimiento del empleo*”, bajo la cobertura de la libertad de empresa proclamada en el artículo 38 CE⁴⁹, no es adecuado. El voto particular entra al fondo del asunto, resaltando que la sentencia no emite un juicio de ponderación constitucional entre las ventajas y los inconvenientes de la medida restrictiva establecida, sino que procede a realizar un juicio de proporcionalidad y razonabilidad desde una perspectiva de legalidad ordinaria. Produciéndose, a juicio del magistrado que disiente de la mayoría del Alto tribunal, una desviación del objeto central del recurso: el discernimiento de si la composición de un conflicto de intereses adoptado de manera coactiva y en contra de la común voluntad de ambas partes es acorde o no al contenido esencial del derecho a la negociación colectiva.

Para responder a esta cuestión, el magistrado contrasta la identidad entre el supuesto enjuiciado en la STC 11/1981, el dictado de un laudo de obligado cumplimiento por la autoridad laboral en conflictos colectivos económicos o de intereses, y el presente, el dictado de un laudo por un tercero para concluir el bloqueo existente en un procedimiento de inaplicación parcial de un convenio

⁴⁹ Valdés afirma lo siguiente en su voto particular :“*Constato una tendencia relativamente reiterada a la invocación del artículo 38 CE para el enjuiciamiento constitucional de normas laborales que inciden en derechos fundamentales de los trabajadores y sus organizaciones representativas, así como en las fuentes de la relación laboral, oponiéndose a menudo los derechos de aquel precepto –referido a lo que se ha denominado la Constitución económica- a los típicamente laborales afectados por las normas correspondientes*”. Y considera que la libertad de empresa del artículo 38 CE no comprende cualquier regulación que incida en el interés empresarial, “*sino sólo la libertad de iniciativa y las condiciones de la actividad en el mercado*”, en línea con lo establecido por el TC que declara que “*el derecho a la libertad de empresa no es absoluto e incondicionado sino limitado por la regulación que, de las distintas actividades empresariales en concreto, puedan establecer los poderes públicos*” (STC 109/2003, de 5 de junio). Y en la misma línea Valdés subraya que “*la defensa de la productividad es un concepto económico que entra en el*

colectivo. Mientras en el primer caso hay un conflicto de intereses, en el segundo hay un conflicto de carácter mixto: por un lado jurídico en la medida en la que se puede controlar jurisdiccionalmente la causa alegada y el procedimiento seguido; y por otro lado de intereses, en lo relativo a la supervisión de la idoneidad y congruencia de las nuevas condiciones de trabajo precisadas en el laudo en equidad que se dicte⁵⁰. Al existir una coincidencia de los elementos estructurales de ambos supuestos, el magistrado Valdés Dal Ré entiende que el fallo del TC debería tener en consideración la doctrina dimanante de la STC 11/81, que declaró la inconstitucionalidad de los laudos de obligado cumplimiento regulados en el art. 25.b) RDL 17/77, entendiendo que una decisión administrativa obligatoria que resuelva cualquier desacuerdo nacido de un proceso de renovación o modificación negocial de condiciones de trabajo no resulta constitucionalmente aceptable por carecer de justificación la restricción impuesta al derecho a la negociación colectiva y a la autonomía colectiva (art. 37. 1 CE). Posibles limitaciones a este derecho en este escenario se admitirían, según la STC 11/1981, sólo de forma excepcional, cuando se puedan irrogar perjuicios a los intereses generales y el TC, en sus sentencias 119/2014 y 8/2015, admitiendo que un conflicto singular de intereses acabe siendo resuelto por la voluntad de un órgano público o de la persona por él designada, parece interpretar que en dicho conflicto hay siempre un “interés general”, productividad, competitividad, viabilidad de la empresa y mantenimiento del empleo, que defender.

En definitiva, a nuestro juicio, la admisión de un arbitraje obligatorio, a instancia de una de las partes negociadoras, como forma de cerrar un conflicto de intereses concreto, esto es, la inaplicación sin acuerdo del contenido de un convenio colectivo a causa de la existencia de unas determinadas circunstancias económicas negativas sobrevenidas, es una opción legislativa discutible desde una óptica constitucional. El TC en sus sentencias 119/2014 y 8/2015 justifica, realizando un juicio de razonabilidad y proporcionalidad, que un tercero pueda modificar parte del contenido del convenio colectivo de forma excepcional, en atención a “intereses generales” guiados por criterios economicistas, acordes al artículo 38 CE, la productividad, viabilidad, estabilidad de la empresa y el

marco jurídico como concepto indeterminado y de necesaria configuración legal”, añadiendo que “las breves referencias de nuestra jurisprudencia a la defensa de la productividad, imprecisas y vagas como poco otras, no hacen sino acreditar la volatilidad de la justificación que en dicha mención del art. 38 CE trata de encontrar la mayoría para concluir en la constitucionalidad de las normas impugnadas”.

⁵⁰ En este sentido Cruz Villalón, J., “Interrogantes y equívocos...”, op.cit., pág. 311.

mantenimiento del empleo en la misma, sin valorar si esta forma de debilitar la fuerza vinculante del convenio afecta al contenido esencial del derecho a la negociación colectiva. Y a esta misma conclusión llegan tanto el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁵¹ como el Comité Europeo de Derechos Sociales, al considerar la no conformidad del RDL 3/2012 con el artículo 6.2 de la Carta Social Europea, porque una norma que afecta al derecho a la negociación colectiva se adopta sin consultar a los agentes sociales, permitiendo a los empleadores no aplicar unilateralmente condiciones pactadas en convenios colectivos⁵².

5. RESTRICCIONES EN LOS CONTENIDOS SUSCEPTIBLES DE NEGOCIACIÓN: EL PERÍODO DE PRUEBA VINCULADO AL CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A EMPRENDEDORES

Uno de los resultados de la reforma laboral de 2012 ha sido la pérdida de centralidad y fortaleza de la negociación colectiva, lo que también se refleja en que la regulación introduce limitaciones en los contenidos susceptibles de negociación. Concurriendo nuevamente en este supuesto una confrontación entre el modelo que diseñaron las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el II Acuerdo sobre Empleo y Negociación Colectiva, particularmente en su capítulo II⁵³, y la opción por la que se decanta el legislador con la Ley 3/2012.

⁵¹ El informe aprobado en la 320ª reunión del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), celebrada en marzo de 2014, resolvió diferentes quejas formuladas por distintas organizaciones sindicales españolas sobre el contenido de la reforma laboral de 2012. La conclusión 464 indica que *“la suspensión o derogación –por vía de decreto, sin acuerdo de las partes- de convenciones colectivas pactadas libremente por las mismas, viola el principio de negociación colectiva libre y voluntaria establecida en el artículo 4 del convenio núm. 98. Si un Gobierno desea que las cláusulas de una convención colectiva vigente se ajusten a la política económica del país, debe tratar de convencer a las partes de que tengan en cuenta voluntariamente tales consideraciones, sin imponerles la renegociación de los convenios colectivos”*.

⁵² Conclusiones XX-3 (2014), dadas a conocer en enero de 2015, y emitidas por el Comité sobre la conformidad de la situación de España en relación, entre otros, al artículo 5 (Derecho sindical) y 6 (Derecho de negociación colectiva) de la Carta Social Europea de 1961.

⁵³ En el capítulo II se establecen previsiones sobre empleo, formación, flexibilidad y seguridad y derechos de información y consulta, de las que se puede deducir la voluntad de los agentes sociales de renovar y enriquecer los contenidos de la negociación colectiva.

Ejemplo de lo que se quiere resaltar lo constituye la regulación del período de prueba en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores. Esta modalidad contractual, conforme se expone en el Preámbulo de la Ley 3/2012, se origina para facilitar la contratación de trabajadores en empresas de menos de cincuenta trabajadores, permitiendo según la Exposición de Motivos “*garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social*”, y contribuyendo al “*fomento de la contratación indefinida*”, así como a “*facilitar el empleo estable*” y “*potenciar la iniciativa empresarial*”.

Con carácter general, el régimen jurídico que se aplica a este tipo contractual es el de los contratos indefinidos regulados en el ET⁵⁴ y en los convenios colectivos, con la única excepción de la duración del período de prueba, fijada en un año, con independencia del puesto de trabajo que se pretenda cubrir y de la previa cualificación que tenga el trabajador, distinguiéndose de lo establecido de forma genérica en el artículo 14 ET.

La excepción originada fue acogida con críticas unánimes por parte de la doctrina⁵⁵, dado que precariza de forma desequilibrada la posición del trabajador en la relación laboral al permitirse en esta modalidad contractual el libre desistimiento del empresario en un plazo de un año, sin preaviso ni abono de indemnización alguna, pareciendo encubrir la opción legislativa un contrato temporal sin causa durante el primer año del formal contrato indefinido. Correlativamente, han sido varias las iniciativas emprendidas, tanto a nivel sindical como en sede jurisdiccional, con el objeto de corregir esta situación.

A nivel sindical, los sindicatos españoles más representativos, UGT y CC.OO., presentaron queja ante la Organización Internacional del Trabajo el 10 de mayo de 2012, al entender que el período de prueba establecido en este

⁵⁴ Vid Gómez Abelleira, F., “Medidas para favorecer el empleo estable: el contrato de apoyo a emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinido por reiteración de contratos temporales”, en AA.VV., *Reforma Laboral de 2012*, Directores Mercader Uguina, J. y García-Perrote Escartín, I., Lex Nova, Valladolid, 2012, págs.52.

⁵⁵ Entre otros Moreno Caliz, S., “Contrato de apoyo a emprendedores”, en AA.VV., Coordinadores Martínez Fons, D. y Serrano Olivares, R., *La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales*, La Ley, Madrid, 2013, pág. 130; Salcedo Beltrán, M.C., “Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y periodo de prueba del contrato de apoyo a emprendedores: la aplicación del control de convencionalidad en España”, *Lex Social*, nº2, 2014, pág. 36.

contrato viola los derechos de los trabajadores establecidos en el convenio 158 de la OIT, sobre terminación de la relación de trabajo⁵⁶, que proclama en su artículo 4 el principio de causalidad en la extinción contractual por voluntad empresarial⁵⁷. UGT y CC.OO. también interpusieron reclamación ante el Comité Europeo de Derechos Sociales, órgano encargado a nivel europeo de la vigilancia y correcta aplicación e interpretación de la Carta Social Europea, solicitando, entre otros aspectos, que se declare *“la existencia de violación del artículo 4.4 de la Carta, por la aprobación de una modalidad contractual (contrato de apoyo a emprendedores) con un período de prueba de un año, sin garantías ni plazo de preaviso para la extinción del empleo”*⁵⁸, pues el artículo 4.4 de la Carta establece *“el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo”*.

En el ámbito jurisdiccional por auto de 4 de marzo de 2014, el juzgado de lo social nº23 de Madrid planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tras presentación de demanda de despido por una trabajadora que suscribió contrato indefinido de apoyo a emprendedores, con un período de prueba de un año, y que causó baja en la empresa a los cuatro meses y medio tras no superar el período de prueba. El juzgador a quo consideró que el artículo 4 de la Ley 3/2012 podría ser contrario al Derecho de la Unión Europea, al entender que *“no sólo estamos ante un período de prueba de anormal duración en nuestra tradición jurídica, sino que además, el mismo se encuentra esencialmente desnaturalizado al desligarse deliberadamente de las*

⁵⁶ Convenio nº 158, adoptado el 22 de junio de 1982, ratificado por España el 18 de enero de 1985, que indica en su artículo 4 *“No se pondrá término a la relación laboral de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”*.

⁵⁷ El análisis de la queja interpuesta es realizado en el Informe publicado en marzo de 2014 por el Consejo de Administración de la OIT, en el que se confía a la Comisión de Expertos el seguimiento de las cuestiones en él planteadas, referidas esencialmente a la valoración del contrato de trabajo de apoyo a emprendedores y a las causas de despido colectivo a la luz del convenio nº158 OIT.

⁵⁸ El artículo 4.4 de la Carta Social Europea establece *“el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo”*. Y, asimismo, resulta relevante la Decisión adoptada por este Comité el 12 de mayo de 2012, en relación a un contrato griego de similar naturaleza, que concluye que la Ley griega que regula dicho contrato transgrede el artículo 4.4 de la Carta Social Europea por no establecer un plazo de preaviso ni indemnización compensatoria en caso de finalización del contrato de trabajo y por fijar una duración del período de prueba tan amplia, un año, que no se puede inferir como razonable.

*características profesionales del empleado contratado*⁵⁹, en contravención con el Convenio 158 OIT (art.4), la Carta Social Europea (art. 4.4), la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio, relativa al acuerdo marco de la UNICE, la CEEP y la CES sobre el trabajo de duración determinada, y el derecho fundamental que el artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce a los trabajadores a gozar de protección en caso de despido injustificado. El juzgado de lo social plantea al TJUE si es contrario al Derecho de la Unión y compatible con el derecho fundamental garantizado en el artículo 30 de la Carta de Derechos Fundamentales, la regulación nacional que somete a un período de prueba de un año el contrato de apoyo a emprendedores. El TJUE, en sentencia de 5 de febrero de 2015, As.C-117/14, se declara incompetente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas, es decir ni respalda ni dejar de respaldar el período de prueba ampliado, llegando a dicha conclusión por cuestiones básicamente formales, en cuanto que considera que no estamos ante un contrato de duración determinada, al que sea aplicable la Directiva 1999/70/CE, no siendo pues competente para pronunciarse sobre normas internacionales que están excluidas del Derecho de la Unión. La perspectiva del TJUE, por ende, es formal, y no tiene en cuenta la posibilidad de que, como indica el órgano jurisdiccional remitente, el contrato indefinido de apoyo a emprendedores encubra, durante su primer año de desarrollo, un contrato temporal sin causa⁶⁰.

Finalmente, a pesar de no contar con referencias normativas e interpretaciones judiciales de origen comunitario, tras la interposición de varios recursos de inconstitucionalidad y de una cuestión de inconstitucionalidad⁶¹, la situación controvertida ha sido dilucidada en sede del Tribunal Constitucional, planteán-

⁵⁹ Lo que conlleva, según el órgano judicial que formula la cuestión prejudicial, “*que bajo el ropaje formal de un contrato indefinido, se oculta la posibilidad de utilizar un contrato de duración determinada, de hasta un año de vigencia, sin necesidad de estipular necesidades objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, un contrato con absoluta libertad de desistimiento*”.

⁶⁰ Cfr. Al respecto Ferradans Caramés, C., “Análisis y valoración de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el período de prueba vinculado al contrato indefinido de apoyo a emprendedores”, *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, 2016, pág. 230.

⁶¹ Recursos de Inconstitucionalidad nº6503-2012, formulado por el Parlamento Navarro y nº5610-2012, interpuesto por el Grupo Parlamentario Socialista y el de IU, ICV-EUiA, CHA y la Izquierda Plural. Y cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ del País Vasco, el 21 de enero de 2014.

dose la compatibilidad de este período de prueba con la Constitución, concretamente con el principio de igualdad ante la Ley (art.14 CE), la prohibición de arbitrariedad en los poderes públicos (art.9.3 CE), el derecho al trabajo, en cuanto a no ser despedido si no concurre justa causa para ello, en relación a la posibilidad de extinción por desistimiento empresarial y la posible excesiva duración del período de prueba en el contrato de referencia (art.35.1 CE), el derecho a la negociación colectiva laboral entre representantes de trabajadores y empresarios (art.37.1 CE), y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art.24 CE).

El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 119/2014, de 16 de julio, 8/2015, de 22 de enero y 140/2015, de 22 de junio⁶², avala la constitucionalidad de la duración del período de prueba de un año en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores, en base a diversos argumentos, tales como: 1) que la duración del período de prueba durante un año se concibe como una medida que coadyuva a la creación de empleo, en un contexto de grave crisis económica y alto desempleo que requiere la promoción de la creación de empleo estable, para constatar no sólo la aptitud y capacidad del trabajador contratado, sino también la sostenibilidad del puesto de trabajo; 2) el carácter coyuntural de este tipo contractual, hasta que la tasa de paro en España se reduzca al 15% y vinculado a la reducción del desempleo en pequeñas y medianas empresas; 3) la previsión de este período de prueba para todos los trabajadores por igual, con independencia de su cualificación o categoría (art.14 CE); y 4) la compatibilidad del contrato y su período de prueba con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, argumentando para ello que se trata de un tipo contractual acotado en el tiempo, que sólo se reconoce a determinadas empresas, cuyo régimen jurídico incluye cautelas para evitar estrategias empresariales abusivas en la susti-

⁶² Esta última sentencia, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad formulada por el TSJ del País Vasco en auto de 21 de enero de 2014, también avala la constitucionalidad del período de prueba con una duración de un año, si bien hay que resaltar que en la misma el Fiscal General del Estado presentó escrito de alegaciones interesando la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad, al entender que la finalidad de favorecer el empleo estable y de los jóvenes desempleados no justifica la extensión de la duración del período de prueba y que la falta de justificación del trato desigual en el período de prueba regulado en este nuevo contrato convierte la decisión del legislador de fijarlo en un año en arbitraria, *“porque coloca a dos hipotéticos trabajadores sometidos a situaciones idénticas, pero cuya relación se rija por el TRET o por la ley discutida, en clara situación desigual, siendo los derechos nacidos para este segundo mucho más volátiles durante todo un año”*, sin que se entienda qué finalidad, de entre las que pretende la reforma, entre otras fomentar la contratación indefinida y la creación de empleo, se consigue con esta medida.

tución de trabajadores y que instaure bonificaciones y deducciones para disuadir a los empresarios de ejercer la facultad de desistimiento antes de que transcurra el período de prueba de un año.

El TC considera que con esta medida no existe una violación del derecho a la negociación colectiva proclamado en el artículo 37.1 CE, en tanto en cuanto en su regulación se veta la posibilidad de regular de manera distinta a lo dispuesto en la Ley la duración del período de prueba previsto en este contrato, dado que la Constitución no establece una reserva de regulación a favor de la autonomía colectiva en materia laboral, existiendo primacía de la Ley sobre los convenios colectivos (STC 58/1985, de 30 de abril) y justificando esta restricción en el hecho de que si la negociación colectiva aminora la duración del período de prueba en este contrato, se puede reducir o eliminar el potencial incentivo a la contratación indefinida introducido por el legislador, que pretende crear empleo estable a través de esta modalidad contractual y su régimen jurídico.

No obstante, al respecto hay que resaltar que la intervención de la Ley en relación a la negociación colectiva se ha concretado históricamente en la denominada legislación promocional, siendo manifestación de la misma la atribución a los trabajadores de ciertas formas de organización, fundamentalmente los sindicatos, con una protección reforzada cuya finalidad es asegurar de manera real y efectiva el desarrollo de sus derechos de actividad, en general, y el derecho de negociación colectiva, en particular. Por ende, la garantía constitucional del derecho a la negociación colectiva se sustancia así en un derecho de libertad que, ejercitable esencialmente frente al Estado, tutela a los interlocutores sociales frente a eventuales interferencias o limitaciones no justificadas desde una perspectiva constitucional⁶³. Las restricciones que el legislador imponga al derecho constitucional no pueden desconocer el contenido esencial del derecho y deben superar otros cánones de constitucionalidad, como los de objetividad y proporcionalidad, pues la limitación normativa de un derecho fundamental sólo es admisible si la intervención del legislador es útil y necesaria para la protección de un bien o derecho constitucionalmente protegido. El debate, por consiguiente, nuevamente debe colocar su epicentro en un canon de constitucionalidad que conduzca a un juicio de ponderación, contrastando las medidas normativas que se cuestionan, entre otros, con el contenido esencial del derecho consagrado en

⁶³ Vid Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “La negociación colectiva como derecho de libertad...”, *op.cit.*, pág. 6.

el artículo 37.1 CE. De este modo, según el TC, la justificación objetiva y razonable a la exclusión de la negociación colectiva para regular la duración del período de prueba en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores se encuentra en el cumplimiento de los fines asignados al mismo, la reducción del desempleo y el incremento del número de contratos indefinidos, en el marco del deber que tienen los poderes públicos de formular políticas orientadas al pleno empleo (artículo 40.1 CE). Este objetivo se justifica en el contexto económico-laboral excepcional presente, de forma coyuntural y no estructural, si bien es discutible que estos objetivos justifiquen la restricción impuesta al derecho a la negociación colectiva⁶⁴.

En esta particular cuestión de la admisibilidad de tan amplio período de prueba en dicho tipo contractual, se constata nuevamente cómo las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la reforma laboral de 2012 han utilizado la crisis económica como parámetro de valoración constitucional de medidas limitativas de derechos constitucionales ubicados en el capítulo II del título I de la Constitución Española. Sin embargo, no es admisible el debilitamiento o, en ocasiones, el vaciamiento, de derechos sociales básicos por motivos estrictamente económicos, no pudiendo quedar al arbitrio del legislador, dependiendo de la coyuntura económica, una materia tan sensible. El legislador ha atendido al dato cuantitativo, la creación de empleo, la productividad y competitividad de las empresas, pero no al cualitativo, la calidad de ese empleo y de los derechos que tienen los trabajadores que celebran un tipo contractual como el controvertido, siendo discutible que en el marco del artículo 35.1 CE el derecho al acceso al empleo tenga preferencia sobre el derecho a la estabilidad en el empleo, así como que la negociación colectiva (art. 37.1 CE) no tenga posibilidades de adaptar en esta modalidad contractual la duración del período de prueba a las características funcionales del puesto de trabajo.

6. CONCLUSIONES

Cuando han transcurrido más de cuatro años desde la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012, es evidente que el contenido de la misma pretende

⁶⁴ El magistrado del Tribunal Constitucional D. Fernando Valdés Dal Ré, emite voto particular a las STC 119/2014 y 8/2015, al que se adhieren otros magistrados, y no comparte los criterios, a su juicio de legalidad ordinaria, que aduce el Tribunal Constitucional para justificar la constitucionalidad del período de prueba instaurado, concluyendo que el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 debería haberse declarado inconstitucional, ya que “*restringe desproporcionadamente el principio de causalidad, vulnerando el contenido del derecho al trabajo ex art. 35.1 CE*”.

propiciar un cambio del modelo de negociación, a nuestro juicio, sin tener en consideración los condicionantes constitucionales. El TC, en las sentencias dictadas sobre el contenido de la reforma laboral de 2012, avala que el legislador tenga un amplio margen de discrecionalidad para configurar el derecho constitucional a la negociación colectiva, y justifica que las distintas medidas legales adoptadas, aun cuando restrinjan aspectos como la fuerza vinculante del convenio colectivo u opten sin el consenso de los agentes sociales por un modelo centralizado o descentralizado de negociación, son compatibles con el orden constitucional. En sus sentencias, el TC analiza la razonabilidad, necesidad y proporcionalidad de las distintas medidas legislativas adoptadas en el contexto de una situación de crisis económica, pero sin realizar referencia alguna al contenido esencial del derecho a la negociación colectiva y utilizando como canon de constitucionalidad la ponderación del mismo con derechos de corte más economicista reconocidos en los artículos 38 y 40.1 CE. Y todo ello, a pesar de que lo avalado constitucionalmente choca con principios, reglas e intereses que fueron atendidos por los agentes sociales en su autónomo diseño del modelo y estructura de la negociación colectiva, lo que conlleva a respaldar una opción legislativa que sustrae a los sujetos sociales el poder para ordenar sus relaciones negociales y abre la puerta a que se prescindiera del diálogo social a la hora de abordar futuras reformas legislativas de igual o mayor calado.

Debiendo guardar especial cautela en el análisis de los datos existentes, pues los correspondientes a los dos últimos años son provisionales, como línea de tendencia, parece apreciarse un mínimo descenso en la tasa de cobertura de la negociación colectiva en los últimos años, reduciéndose levemente tanto el número de convenios colectivos registrados, a nivel de empresa y en el resto de niveles, como el número de trabajadores cubiertos por los mismos⁶⁵, si bien es arriesgado afirmar si este fenómeno es estructural o coyuntural, si la tasa va a seguir disminuyendo en el tiempo o, por el contrario, se va a producir una cierta estabilización en las cifras de cobertura tras esa primera disminución, si tal

⁶⁵ Según la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, de conformidad con los datos de la Estadística de convenios colectivos de trabajo, a fecha de 31 de marzo de 2016 se registran los siguientes datos. En 2011 se computaron un total de 4.585 convenios colectivos, en 2012 de 4.376 y en 2013 de 4.589. En los años previos, en 2007 se llegaron a registrar 6015 convenios. Y si atendemos a los datos provisionales de 2014 y 2015 se computan 5048 en 2014 y 3180 en 2015. Ello, a su vez, tiene reflejo en el número de trabajadores cubiertos por convenio colectivo, pasando de 10.662.800 en 2011 a 10.265.400 en 2013, habiéndose llegado a alcanzar la cifra de 11.968.000 trabajadores cubiertos en 2008 y pareciendo que el número se mantiene constante respecto a 2011 y 2012 en los datos provisionales de 2014, 10.191.400.

efecto es consecuencia de los efectos de la crisis económica persistente o de la incidencia de la reforma legal realizada sobre el sistema de negociación colectiva, o de ambos, etc..... Desde febrero de 2012 no se intuye en la dinámica negociadora un cambio radical en el equilibrio preexistente entre convenios sectoriales y empresariales; en el nivel sectorial se siguen acordando cláusulas que ordenan la estructura de la negociación colectiva, que suelen expresar la preferencia de los negociadores por el nivel superior, si bien en todo caso respetan la preferencia aplicativa parcial del convenio de nivel empresarial. Por lo tanto, la efectividad real de la modificación legal impuesta por vía heterónoma es atemperada por los propios agentes sociales, que hasta la reforma de 2012 definían la estructura de la negociación colectiva y las reglas de coordinación y articulación, asumiendo los efectos de la centralización o descentralización consiguientes de conformidad con su libertad de contratación.

A partir de la reforma laboral de 2012 se ha producido un aumento notable del número de procesos de inaplicación de convenios colectivos, siendo especialmente importante el correspondiente al año 2013, en el que el número de descuelgues fue de 2512, afectando a 2.179 empresas, la mayoría de menos de cincuenta trabajadores y pertenecientes al sector servicios, y a 159.550 trabajadores. No obstante, a partir del año 2014 el número de descuelgues baja, probablemente tras transcurrir un primer período de ajuste y empezar a utilizarse otras opciones, como la creación de nuevas unidades de negociación en el ámbito empresarial⁶⁶, que permiten obtener el mismo resultado, es decir, la reducción de los costes del trabajo, fundamentalmente los salariales.

En cuanto a los datos relativos a cuál es la incidencia de fomentar la contratación por tiempo indeterminado promocionando, entre otras medidas, la celebración de contratos indefinidos de apoyo a emprendedores con un período de prueba de un año, hay que subrayar que a lo largo de 2015 el número total de contratos de este tipo suscritos ha ascendido a 129.385⁶⁷, lo que no supone ni el 1% del total de contratos indefinidos celebrados, a lo que hay que añadir que la tasa de temporalidad no para de incrementarse, pasando de un 24,2% en el cuarto trimestre de 2014 a un 25,7% en el cuarto trimestre de 2015.

⁶⁶ Según la Estadística de Convenios colectivos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en el año 2015 el número de inaplicaciones depositadas ha ascendido a 1437, afectando a 43.173 trabajadores.

⁶⁷https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/emprendedores.htm

De todos estos datos se infiere que la reforma laboral de 2012, bajo la premisa unánimemente aceptada de las graves disfunciones que aquejaban a nuestro modelo de negociación colectiva, trata de incorporar una serie de *“medidas para favorecer la flexibilidad interna en la empresa como alternativa a la destrucción de empleo”*, y procurar que la negociación colectiva *“sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa”*. No obstante, más allá de estos objetivos explícitos, otros implícitos en el fomento de la negociación colectiva a nivel de empresa y la facilitación de los procesos de descuelgues son la reducción de costes laborales, particularmente vía devaluación salarial.

El conjunto de las medidas indicadas, que afectan al derecho a la negociación colectiva consagrado en el artículo 37.1 CE y al modelo de negociación colectiva con el pretexto de la crisis económica y la lucha contra el desempleo, y que han sido avaladas por las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional sobre determinados contenidos de la reforma laboral de 2012, no pueden conducir a apartar a un importante número de asalariados de sus derechos fundamentales en materia de trabajo, tal y como indica el Comité Europeo de Derechos Sociales en sus Conclusiones XX-3, emitidas en enero de 2015, *“las medidas que pretenden consolidar las finanzas públicas, asegurar la viabilidad de los regímenes de pensiones de jubilación o incentivar el empleo podrían estimarse legítimas en tiempos de crisis económica, pero no deben traducirse mediante una reducción de los derechos reconocidos en la Carta Social Europea”*, de modo que los Gobiernos deben adoptar las medidas necesarias para lograr que *“estos derechos sean efectivamente garantizados...”*. Por consiguiente, a nuestro juicio no es loable aducir la crisis económica como único parámetro de valoración constitucional de medidas limitativas de derechos como los reconocidos en los artículos 35.1 y 37.1 CE, conduciendo esta línea argumentativa del TC a cuestionarse si una futura mejora del contexto económico debería derivar en una distinta interpretación del Alto Tribunal.

CRISIS DE LA REPRESENTATIVIDAD Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ITALIA

FRANCESCA MALZANI

Ricercatrice

Universidad de Brescia (Italia)

EXTRACTO

Palabras clave: Convenio colectivo sectorial nacional, representatividad, negociación descentralizada

El objetivo de este trabajo es identificar algunas tendencias de la negociación colectiva, en un contexto de relaciones laborales que han cambiado profundamente en los últimos años en relación con la prolongada crisis económica.

En particular, después de describir el marco donde se sitúan las relaciones laborales en Italia, a partir de un modelo de convenio colectivo sectorial nacional que no posee eficacia erga omnes y se verifica una profunda crisis de la representatividad sindical, el artículo se centra en la negociación colectiva de ámbito descentralizado (es decir, de empresa o de sector de ámbito inferior).

ABSTRACT

Key words: national collective agreement, representativeness, decentralized bargaining

The aim of this paper is to identify some trends of collective bargaining, in a context of industrial relations deeply changed in recent years in conjunction with the protracted economic crisis.

In particular, after describing the framework of the changed landscape of industrial relations in Italy, with the great issue of the application of the national collective agreement, the paper focuses on the second level agreements.

ÍNDICE

1. EL CONVENIO COLECTIVO EN ITALIA
2. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UN PASO ADELANTE HACIA EL FORTALECIMIENTO DEL NIVEL NEGOCIAL DE EMPRESA
 - 2.1. El caso Fiat
3. CRISIS DE LA REPRESENTATIVIDAD Y PAPEL DE REPRESENTANTES SINDICALES EN LA EMPRESA. LA HERENCIA DEL CASO FIAT MODELOS LOCALES DE NEGOCIACIÓN
4. CONCLUSIONES: UNA PRIMERA REFLEXIÓN SOBRE LAS TENDENCIAS DE LA NEGOCIACIÓN DE ÁMBITO DESCENTRALIZADO
5. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

1. EL CONVENIO COLECTIVO EN ITALIA

El Artículo 39 de la Constitución italiana reconoce el principio de la libertad de asociación y, al mismo tiempo, en su segunda parte ofrece a los interlocutores sociales la posibilidad de adopción de acuerdos colectivos con eficacia *erga omnes*. Para que el convenio colectivo pueda ser considerado válido para todos los trabajadores en su ámbito de aplicación¹, se requiere el registro oficial de los sindicatos que lo negocian, con un procedimiento que implica la verificación de la naturaleza democrática de los estatutos². A semejanza del modelo español, en virtud de ese registro, los sindicatos adquieren personalidad jurídica.

Sin embargo, por varias razones³, tal fórmula de registro oficial fue rechazada desde el inicio por los sindicatos, de modo que no llegó a implementarse hasta ahora, con el efecto práctico de que el convenio colectivo, especialmente el de ámbito nacional, carezca de eficacia general⁴.

¹ Recuerdese el debate sobre la concepción ontológica de la categoría como grupo social de referencia; en opinión de Mario Napoli, voz *Sindacato*, en *Digesto discipline privatistiche*, vol. XVI, Torino, Utet, 1999, es la organización que define los contornos de la categoría (por ejemplo los metalúrgicos) y no al revés.

² M. D'Antona, *Il quarto comma dell'art. 39 Costituzione*, en *Gior. Dir. lav. Rel. Ind.*, 1998, p. 128, que hace hincapié en el objetivo de garantizar la apertura a los no miembros al sistema de representación en el lugar de trabajo.

³ Los manuales sobre este punto son unánimes: se trató, en particular, del riesgo de interferencia por parte del Estado y del fortalecimiento de la parte izquierda del sindicato (CGIL), en un contexto en el que fue progresivamente menor la unión sindical. Véase entre otros: R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2015; p. 197 ss.; O. Mazzotta, *Manuale di Diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 2015, p. 92 ss.; M. V. Ballestrero, *Diritto sindacale*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 52 ss.

⁴ En los últimos meses se han formulado algunas propuestas procedentes de la academia y de los sindicatos para la adopción de medidas legislativas dedicadas a la medición de la represen-

El convenio colectivo sectorial nacional (CCNL), en Italia, tiene, por lo tanto, la efectividad que se asigna por el derecho privado de los contratos o sea se aplica a las empresas y los trabajadores afiliados a los sindicatos firmantes del convenio colectivo, al mismo tiempo que la empresa que no está afiliada al sindicato firmante puede no aplicar el convenio colectivo nacional o elegir otro tipo de convenio, independientemente de la actividad (principio voluntarista)⁵.

A fin de garantizar una aplicación más amplia, aunque no *erga omnes*, del convenio colectivo, los tribunales⁶ han desarrollado algunas técnicas, de las que aquí sólo se puede ofrecer una breve mención: 1) si el empresario aplica el convenio colectivo éste se extiende a todos los trabajadores, incluidos los trabajadores no afiliados; 2) si, en cambio, el empresario no está inscrito en la asociación empresarial firmante del convenio pero lo aplica (*de facto*) tiene la obligación de seguir aplicándolo; 3) finalmente, para determinar la remuneración adecuada exigida por el artículo 36 de la Constitución (que reconoce a todo trabajador el derecho a una retribución proporcional a la cantidad y cualidad de su trabajo y en todo caso suficiente para asegurar a sí mismo y a su familia una existencia libre y digna), los jueces, desde los años '50, tomaron como punto de referencia la parte retributiva (básica) de los convenios colectivos, asegurando así la extensión del alcance del convenio nacional por lo que refiere a la parte retributiva.

En ese momento, el *Testo Unico sulla Rappresentanza* de 10 enero 2014⁷ identifica un umbral de admisión a la mesa de negociaciones del convenio

tatividad sindical, siendo su principal corolario el relativo a la eficacia *erga omnes* del convenio colectivo nacional. La idea de que la solución a la crisis de la representación reside en una intervención reguladora heterónoma no es, sin embargo, pacífica, ya que a nivel descentralizado los interlocutores sociales han logrado encontrar un nuevo equilibrio.

⁵ A diferencia de lo sucedido en el período corporativo en el que, en cumplimiento del art. 2070 del Código Civil, la categoría – y el convenio colectivo – se determina en relación con las actividades.

⁶ La doctrina también se centró en los perfiles relacionados con la naturaleza obligatoria del convenio colectivo nacional frente a los contratos individuales, a partir de lo estipulado por el artículo 2113 Código Civil, según el cual las renunciaciones y transacciones, que se refieren a los derechos de los empleados en virtud de disposiciones imperativas de la ley y de los convenios colectivos no son válidos. Cfr. L. Mengoni, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, en *Jus*, 1975, p. 216 ss.

⁷ F. Carinci (editado por), *Il Testo unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, Adapt University Press, 2014.

nacional del 5 %, es decir lo que en España se suele denominar la legitimación inicial, calculado sobre el número de afiliados al sindicato (constatada a través de las cuotas sindicales pagadas por los trabajadores) y los datos electorales (votos obtenidos en las elecciones de representación sindical unitaria, r.s.u.). El convenio colectivo nacional firmado por las asociaciones sindicales que representan el 50% + 1 de los trabajadores: a) debe ser respetado por los sindicatos firmantes del *Testo Unico*; b) se aplica a todos los empleados de las empresas afiliadas a las asociaciones empresariales firmantes el *Testo Unico*.

El convenio colectivo de empresa, también en atención a su contenido (organización del trabajo), fue considerado por la jurisprudencia aplicable a todos los trabajadores de la empresa, al menos hasta el momento en el que no se produjo su nueva función dirigida a “distribuir sacrificios”. A partir de ese momento se ha planteado la cuestión de su extensión, parcialmente resuelto mediante la asignación a lo mismos contratos de una naturaleza directiva enfocada a la gobernabilidad de la empresa, expresión de los poderes del empresario (teoría de procedimentalización)⁸ y, por esta razón, aplicado a toda la comunidad de los trabajadores.

En otros casos en los que la ley efectúa una remisión a la negociación de empresa, esta última se benefició de una especie de “cobertura legal” y el convenio también se considera que es aplicable de manera general.

Recientemente, a resultas de la reforma introducida por el artículo 8 de la Ley n. 148/2011, se establece que los convenios de empresa son eficaces para todo el personal y pueden establecer un régimen contrario “*in pejus*” a las disposiciones de otros convenio e incluso a las normas legales⁹.

El *Testo Unico sulla Rappresentanza* de 2014 prevé, por los firmantes el acuerdo, que el convenio de empresa sea válido para todo los trabajadores si es

⁸ B. Caruso, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, Angeli, 1992, p. 181 ss.

⁹ Se trata de acuerdos que, de conformidad con el art. 8 de la Ley n. 148/2011, tienen la capacidad de establecer un régimen opuesto a las disposiciones contenidas en los convenios colectivos sectoriales, incluso de lo previsto en la normativa estatal, siempre que se haya con un voto por mayoría de las asociaciones más representativas en el ámbito nacional o local o de sus sindicatos que actúan en la empresa, destinada a obtener empleo más elevada, calidad de los contratos de trabajo, adopción de formas de participación de los trabajadores, aumento de la competitividad

aprobado por una mayoría simple de los miembros de la representación sindical unitaria o, en ausencia de RSU, por la representación constituida por los sindicatos mayoritarios en la empresa. En este segundo caso, el convenio, si es necesario¹⁰, se someterá a una consulta (*referendum*).

2. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UN PASO ADELANTE HACIA EL FORTALECIMIENTO DEL NIVEL NEGOCIAL DE EMPRESA

La estructura de la negociación colectiva en Italia ha mostrado un progresivo fortalecimiento de la descentralización negocial (sobre todo del convenio de empresa).

Tradicionalmente el nivel *Interconfederale* ha sido considerado un «instrumento constitutivo de una disposición negocial común»¹¹ por sectores de productivos, en particular, para establecer a través de la negociación un salario mínimo; el convenio colectivo sectorial nacional, sin embargo, siempre ha desempeñado una función de «centro de gravedad»¹², tratando de varios aspectos de la relación de trabajo, por tanto no sólo el retributivo; por último, el convenio colectivo a nivel de empresa se vino desarrollando inicialmente en un «clima de informalidad»¹³, si bien con el paso del tiempo ha llegado a desplegar en los últimos años un papel de sustitución respecto del sectorial, de innovación y de experimentación, papel que Mariucci ya había predijo en los años '80¹⁴.

Esta perspectiva está relacionada con el debate acerca de la capacidad del sindicato de presentarse como interlocutor estable en los procesos de profunda

y de los salarios, gestión de las crisis empresariales, inversión y puesta en marcha de nuevas actividades. Los temas tratados son enumerados por el legislador, pero el espectro es bastante amplio (clasificación de personal, equipos audiovisuales, nuevas tecnologías, contratos a tiempo determinado, etc.).

¹⁰ Si se le pregunta, dentro de los 10 días siguientes a la celebración del convenio, por parte al menos de una de las Confederaciones firmantes el *Testo Unico* o por el 30% de los trabajadores.

¹¹ L. Mariucci, *La contrattazione collettiva*, Bologna, Il Mulino, 1985, p. 41.

¹² *Idem*, p. 49.

¹³ *Idem*, 54.

¹⁴ Sobre el particular, también U. Romagnoli, *Il contratto collettivo di impresa*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 12 ss.

transformación de las estructuras de organización de las empresas¹⁵, es decir, en la transición desde los modelos tradicionales de fordismo/taylorismo hacia modelos de *producción ajustada*, *manufactura de tipo mundial*, etc.

En 2005 Pietro Ichino publicó una obra con el título provocador *A che cosa serve il sindacato?*¹⁶. El autor criticó al sindicato italiano y, en particular, a la FIOM (Federación de Empleados y Obreros Metalúrgicos - CGIL), por permanecer anclada en el convenio colectivo sectorial nacional y, por ello, no tener en cuenta las peculiaridades de cada empresa, especialmente para aquellas insertas en la dinámica de la competitividad global. El enfoque en la negociación a nivel central no permitía, según el autor, mejorar la actividad de las empresas a través de modelos de negociación más cooperativos y menos jerárquicos, introduciendo sistemas de clasificación profesional más ágiles, salarios vinculados a la productividad y herramientas de promoción de la participación directa de los trabajadores¹⁷.

Se ha hablado así de “erosión”, “disminución”, “desaparición” de las relaciones laborales, tal como eran conocidas en el siglo XX¹⁸, orientada a una regulación con rasgos universales y una dimensión nacional, para dejar espacio a nuevas realidades, sea tanto en el ámbito supranacional/sectorial como en el local/de empresa.

Sin duda un ejemplo paradigmático de tal desplazamiento del eje de la negociación colectiva tuvo lugar en el grupo Fiat en el período comprendido entre 2010-2012.

La ruptura de las negociaciones con la FIOM, el abandono del convenio colectivo sectorial confederal y la profundización de la división entre los diferentes sindicatos, van a ofrecer un escenario para reflexionar en torno al papel del sindicato, la futura organización de las relaciones laborales y las perspectivas de modelos “locales” de diálogo social.

¹⁵ M. Regini, *I mutamenti nella regolazione del lavoro e il resistibile declino dei sindacati europei*, en Stato e mercato, 2003, p. 83 ss.

¹⁶ P. Ichino, *A che cosa serve il sindacato?*, Milano, Mondadori, 2005.

¹⁷ G. Berta, *Produzione intelligente. Un viaggio nelle nuove fabbriche*, Torino, Einaudi, 2014.

¹⁸ M. Carrieri, T. Treu, *Introduzione. Le relazioni industriali italiane ed europee: innovazioni da completare e convergenze da affinare*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 7 ss.

Aunque generalmente se acepta que este abandono del convenio sectorial estatal por parte de la FIAT no produjo el efecto perturbador temido, sin embargo no cabe la menor duda que derivó en la aparición de nuevas tendencias en la estructura de la negociación colectiva y en las relaciones entre los actores sociales.

En particular, el caso FIAT implicó un fortalecimiento del convenio a nivel de empresa y, más en general, ha dado lugar a que la doctrina se haya planteado los desafíos y efectos que pueden provocar los convenios a nivel descentralizado.

El objetivo de este trabajo es intentar entender cómo está evolucionando la estructura de la negociación colectiva y comprobar si los convenios de ámbito descentralizado (de empresa o locales) han logrado transmitir buenas prácticas y promover el desarrollo local desde una perspectiva de «solidaridad productiva»¹⁹, superando la idea de que la descentralización de la negociación colectiva es sinónimo de mera derogación de lo dispuesto en el convenio nacional y de “corporativización / individualización de la legislación laboral y sindical”²⁰.

Antes de abordar este debate hay que presentar, aunque sea brevemente, el marco normativo y los antecedentes de hecho sobre los que se asienta la necesidad de estudiar como este asunto ha ido madurando. Imposible hablar de descentralización y trazar nuevas perspectivas adoptadas por la negociación de ámbito descentralizado sin hablar del caso FIAT.

2.1. El caso FIAT

La conducta de las partes en el caso FIAT se construye a través de lecturas diametralmente opuestas: por un lado, la compañía atribuye a la FIOM la ruptura de las negociaciones²¹; por otro lado, la doctrina²² y la opinión pública, con presencia de la prensa, han mostrado una actitud de rechazo respecto de la FIAT y un punto de inflexión sin precedentes en las relaciones laborales hacia, como

¹⁹ A. De Felice, *Potere locale e metodo concertativo fra i due secoli. Cronaca di una bruciante illusione*, en *RGL*, n. 1, 2015, p. 83.

²⁰ L. Zoppoli, *Istituzioni e negoziazioni territoriali: un'analisi della strumentazione giuridica*, en *RGL*, n. 1, 2015, p. 47.

²¹ P. Rebaudengo, *Nuove regole in fabbrica. Dal contratto Fiat alle nuove relazioni industriali*, Bologna, Il Mulino, 2015.

²² Aa.Vv, *Il caso Fiat: una crisi di sistema?*, en *LD*, 2011, número monográfico.

ya he mencionado, la salida del sistema de negociación colectiva nacional confederal y las consecuencias de esa elección.

La historia comenzó en la sede de Pomigliano, en el 2010, con la reorganización de las relaciones laborales en una fábrica considerada ineficiente: nació una nueva empresa llamada *Newco* y se celebró en ese ámbito un nuevo convenio colectivo.

Se trata de un convenio colectivo específico (CCSL), que no se considera como complemento del sectorial estatal, sino como el único aplicable en este ámbito, firmado por FIAT para todas las empresas del grupo. Coetáneamente a ello tuvo lugar la salida definitiva de FIAT de Confindustria (la gran asociación empresarial de la industria italiana) al inicio de 2012 y la rescisión para la empresa de los convenios colectivos sectoriales, ante el rechazo del Acuerdo de 1993 sobre la representación sindical unitaria (RSU).

Uno de los puntos controvertidos del acuerdo surgía en relación a las cláusulas de exigibilidad/cláusulas de responsabilidad²³, dirigidas a garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales. Tales cláusulas recuerdan la tradición de los sindicatos anglosajones y la experiencia de América del Norte, donde está clara – especialmente en los acontecimiento más recientes (incluyendo, los relativos a la Chrysler y Fiat en 2008-2009) – la predisposición a la cooperación con los empresarios para hacer frente a la crisis.

Sin embargo, dada nuestra experiencia sindical²⁴, son cláusulas difíciles de aplicar debido a un modelo de pluralismo sindical que sigue estando orientado a un enfoque antagónico frente a la contraparte empresarial, aunque hoy en día muy lejos del “conflicto permanente” de los años ’70.

De hecho, aunque este tipo de cláusulas a menudo se incorporan en los más recientes acuerdos locales, no se hace referencia a las sanciones, lo que frustra la *ratio* de la reciprocidad vinculante.

²³ Un ejemplo lo ofrecen tradicionalmente las cláusulas de paz sindical, ya utilizadas en el pasado por los interlocutores sociales. En el Acuerdo de Fiat la empresa se reserva el derecho de no pagar las cuotas sindicales, no reconocer permisos sindicales y proceder a la imposición de sanciones disciplinarias incluido el despido, si no se hubiera respetado el acuerdo.

²⁴ F. Liso, L. Corazza, *Le clause di pace: variazioni sul tema*, en *WP D’Antona*, n. 247, 2015.

En este contexto ha tenido lugar la división entre la empresa y los sindicatos: en particular, la FIOM no firmó el nuevo convenio de ámbito empresarial, a pesar del resultado positivo del *referéndum* (la mayoría de los trabajadores estaban a favor, en parte porque de lo contrario se procedería al cierre de la fábrica, pero pese a ello con numerosos desacuerdos). Lo mismo ocurrió en la fábrica de Mirafiori.

El hecho de no firmar el acuerdo provocó que la empresa interpretase que la FIOM a partir de entonces no podía contar con representantes sindicales a nivel de empresa (RSA) y el acceso a los derechos del título III de *Statuto dei lavoratori* relativos a la acción sindical en la empresa. La batalla legal culminó con la decisión del Tribunal Constitucional de julio 2013, n. 231, a la que volveremos.

En términos de relaciones individuales de trabajo la demanda se refiere a la ausencia de readmisión en Pomigliano de 19 trabajadores que pertenecen a FIOM. Aunque no será abordado tal asunto por este estudio, es interesante señalar el razonamiento dado por la jurisdicción ordinaria, que se caracteriza por la tutela que ofrece la tutela antidiscriminatoria²⁵.

El Tribunal de Apelación reconoció la existencia de la discriminación por razón de creencia – como expresión de la libertad ideológica que se refiere a la persona, fundándose en la interpretación ofrecida por el TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos)²⁶ – ordenando la reincorporación de un número de trabajadores que garantice el mantenimiento del porcentaje de afiliados a la FIOM entre los trabajadores de la empresa.

Sin embargo, como veremos en el último párrafo, la negociación de ámbito descentralizado se mueve también en otras direcciones y muy a menudo no deja de lado los aspectos de calidad del trabajo (por ejemplo, bienestar corporativo), también fundamental para la recuperación económica.

²⁵ Tribunal Roma, 21.6.2012, en *Foro It.*, 2013, I, 1674; Tribunal de Apelación Roma 9.10.2012.

²⁶ M. Barbera, V. Protopapa, *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, en *RGL*, n. 1, 2014, p. 163 ss.

3. CRISIS DE LA REPRESENTATIVIDAD Y PAPEL DE REPRESENTANTES SINDICALES EN LA EMPRESA. LA HERENCIA DEL CASO FIAT

El rechazo de la FIOM a firmar el CCSL en Pomigliano y Mirafiori dio lugar, de conformidad con el art. 19 de *Statuto dei lavoratori*, a la negación por parte de la empresa del derecho a tener representantes sindicales en la empresa.

Ante esta negativa, la FIOM apeló en base al procedimiento relativo a la represión de conductas antisindicales (art. 28 de *Statuto dei lavoratori*). Los Tribunales de Modena (orden 4.6.2012), Vercelli (orden 25.9.2012) y Torino (orden 12.12.2012) han planteado la cuestión de la constitucionalidad de la norma (art. 19.1.b *Statuto dei lavoratori*) con fundamento en los artículos 2 (principio de solidaridad), 3 (principio de igualdad) y 39 (derecho de asociación sindical) de la Constitución por las siguientes razones: a) la firma del convenio no es expresión de un consenso real de los trabajadores; b) el requisito de la firma afecta a la libertad de elección del sindicato en el ejercicio de la acción sindical, porque según la norma legal ordinaria sólo la firma permite el acceso a los derechos del título III de *Statuto dei lavoratori*; c) se produce una desigualdad de trato entre las asociaciones que tengan igual fuerza representativa en la empresa.

El Tribunal Constitucional, en julio de 2013, dictó una sentencia de constitucionalidad pero condicionada a la interpretación de la norma legal, sentencia interpretativa (*pronuncia addittiva*), sancionando a la postre la no adecuación a los parámetros constitucionales del artículo 19 en la medida en que no prevé que la representación sindical en la empresa pueda constituirse también en el marco de las asociaciones que no han firmado el acuerdo, pero han participado en la fase de negociación, considerando a este requisito como una forma de representatividad excluyente de las demás²⁷.

El sindicato, a diferencia de los actores políticos, no actúa como un representante que se limita a *ser*, sino que se centra en el *hacer*, que se manifiesta en la negociación colectiva²⁸, con diferente grado de autonomía a nivel nacional o de empresa, debido también a la diversidad de posiciones en las plataformas de negociación.

²⁷ M. Napoli, *Rsa e Costituzione. La giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, Vita e Pensiero, 2014, p. 36 ss., habla de “capacidad máximo de la sentencia”.

²⁸ G. P. Cella, *Una sentenza sulla rappresentanza sindacale (o del lavoro?)*, en *LD*, 2013, p. 513 ss.

La propuesta de FIAT en Pomigliano y Mirafiori apareció casi “blindada”, justificado por una necesidad imperiosa de aumentar la eficiencia ante la perspectiva de la realización de inversiones significativas (o el inminente cierre y traslado de las estas instalaciones).

¿Qué tipo de efectos asume esta dicotomía en el juicio del Tribunal Constitucional? La literalidad del art. 19 de *Statuto dei lavoratori* es clara en esta materia y traza una línea de separación en cuanto a su posibilidad o no de constituir representaciones en la empresa entre la posición de los firmantes y los no firmantes del convenio colectivo. Sin embargo, lo que no es tan claro, como afirma Cella, es la distinción entre el *actuar* (por un fin negocial descentralizado) y el *ser* (para la aplicación del acuerdo, la legislación laboral, los derechos de información, etc.). Los dos perfiles se entrelazan y la “representatividad efectiva” (la firma del acuerdo) transmitida por el texto post-referéndum de 1995 se reinterpreta a la luz de una fenomenología de relaciones y conductas muy diversas (ausencia durante las negociaciones, presencia discontinua, obstruccionismo, colaboración, etc.) que puede o no dar lugar a la firma del convenio. El proceso y el resultado final pueden no converger²⁹, pero la negación de los derechos sindicales a los que “actuaron en virtud de su representatividad” conduce a una paradoja inaceptable.

Este resultado contradice la premisa del criterio de selección subyacente en el art. 19 de *Statuto dei lavoratori*, traicionando los propósitos promocionales de esa regla, y conduce a una violación del artículo 39 de la Constitución (libertad de asociación), así como de los artículos 2 y 3, expresiones del principio de solidaridad y del principio de igualdad, que derivan de la Constitución.

Esta contradicción es aún más chocante en el nuevo contexto de las relaciones laborales, en el que la unidad de los sindicatos se ha convertido en la excepción y no en la regla, como demuestra la experiencia de los acuerdos “separados”, es decir los firmados por algunos sindicatos pero no por todos ellos.

El Tribunal, por lo tanto, en este caso hace una evaluación doble³⁰: cree, por una parte, en la participación en la negociación como un índice de representati-

²⁹ R. Del Punta, *L'art. 19 Statuto dei lavoratori davanti alla Consulta: una pronuncia condivisibile ma interlocutoria*, en *LD*, 2013, p. 534.

³⁰ El Tribunal no consideró que hubiera margen para una interpretación constitucional y ha reconocido la inconstitucionalidad de la norma.

vidad y, por otra, en el rechazo a la firma como una expresión de la libertad de asociación.

El disenso debe ser garantizado y no edulcorado, como sucedería si se confirmara la lectura ofrecida por FIAT. No se puede aceptar que los conflictos en las negociaciones se traduzcan en una farsa que con el tiempo daría lugar, de todos modos, a la firma del convenio con el fin de no excluirse del acceso a los derechos sindicales.

Denegar el reconocimiento de los derechos sindicales sería, por lo tanto, un ataque a «los valores del pluralismo y de la libertad de los sindicatos», favoreciendo el comportamiento oportunista del empleador: de esta forma el mismo empleador podría sustraerse de la firma del convenio y no admitir representantes sindicales en la empresa³¹ o acreditar sólo a representantes complacientes.

El art. 19 es, por tanto, inconstitucional en la medida en que no prevé que la representación sindical de empresa (RSA) pueda constituirse por los sindicatos que, aunque no firmantes del convenio colectivo aplicable en la unidad de producción, participaron en la negociación como representantes de los trabajadores de la empresa, superando así el obstáculo que resultaría de la ausencia *tout cout* de convenio colectivo o el fracaso en la firma del mismo convenio.

Este asunto está relacionado con otro igualmente muy controvertido. Desde hace mucho tiempo hay discusiones sobre los criterios a través de los cuales se debe medir la representatividad sindical, dejando abiertas este debate toda una serie de cuestiones. Ante todo, la pregunta es si es necesaria una intervención legislativa, tal como ha ocurrido en la negociación colectiva del empleo público; cómo continuar garantizando la admisión a la mesa de negociaciones; si establecer una obligación de negociar; cómo regular la conciliación entre la actividad negociadora y los acuerdos “separados”, etc.

La imagen resultante de las páginas anteriores, con la peculiaridad del caso FIAT, es reveladora de un sindicalismo confederal en crisis.

Sin embargo, esto no se ha traducido en una involución de la negociación,

³¹ V. Leccese, *Partecipazione alle trattative, tutela del dissenso e art. 19 dello Statuto dei lavoratori*, en *LD*, 2013, p. 545 ss. y acerca de «una forma impropia de castigo del disenso», p. 550.

sino en un desplazamiento del eje de las negociaciones hacia la “periferia” negocial (el territorio local, la empresa).

4. MODELOS LOCALES DE NEGOCIACIÓN

La literatura sociológica nos propone la imagen no de una reducción del protagonismo de los actores sociales, sino de un cambio hacia la descentralización.

Este ámbito parece permitir comprobar soluciones innovadoras, por la proximidad a problemas y realidades con una especificidad no reproducible en un ámbito superior y porque ofrece una mayor libertad de movimiento y de participación de las instituciones locales.

Parece, también, fomentar formas de concertación social, desde hace mucho tiempo abandonadas, o simplemente desarrolladas a nivel nacional³², que encuentran en otro ámbito una nueva oportunidad gracias a la movilización de abajo hacia arriba.

Ida Regalia proporciona una clasificación de estas diversas formas, que van desde la negociación hasta la concertación social, dando la sensación de movilización a nivel de empresa o territorial: a) *contrattazione territoriale di settore o comparto* (segundo nivel de negociación colectiva en sectores específicos como el artesanal, la construcción, el comercio, el turismo, que a menudo constituyen los distritos productivos, etc.); b) *contrattazione territoriale cross-settoriale* (convenios colectivos relativos a una zona geográfica determinada); c) *patti territoriali e iniziative multilaterali* (pactos territoriales orientados al desarrollo local y al crecimiento del empleo); d) *negoziiazione o concertazione sociale* (destinada a la promoción de la política social y bienestar).

Con respecto a la concertación como técnica de *governanza* del territorio³³ hay un cierto activismo (por ejemplo, pactos territoriales para el empleo, que pueden negociarse en el marco de los programas de iniciativa nacional o europeo). Esto ocurre, de este modo, en contraste con la reducción progresiva del ámbito central después de la Gran Era de los años '90.

³² I. Regalia, *Negoziare sul territorio. Un'introduzione*, en *RGL*, n. 1, 2015, p. 3 ss.

³³ I. Regalia, *Oltre la contrattazione di secondo livello. Note sulla concertazione a livello locale*, en *RGL*, n. 1, 2015, p. 102 ss.

El lanzamiento de la programación negociada, expresión del partenariado socio-económico de un área determinada con la finalidad de conseguir el desarrollo local, había elegido el nivel local como lugar privilegiado para promover el desarrollo y el empleo (el *Patto per il lavoro* de 1996, el *Patto per lo sviluppo e l'occupazione* de 1998), pero el entusiasmo inicial no consiguió un uso efectivo de las herramientas (pactos territoriales, acuerdos de área): los temas críticos y los obstáculos para el despegue del sistema estaban relacionados con la ineficiencia del gobierno/instituciones locales, la renuencia de las empresas y los sindicatos a superar conflictos ideológicos, así como la falta de legislación de apoyo a la negociación³⁴.

En la perspectiva del ordenamiento intersindical, los Acuerdos de 2009, 2011, 2013 y 2014, en la definición de la estructura de la negociación colectiva se acercaron al nivel local de una manera “ondulante”: el de 2009 asigna a la negociación local márgenes de ajuste *in peius*, para hacer frente a la crisis o para lograr un aumento del empleo; el de 2011 borra la referencia expresa a ese nivel de la negociación – se refiere en sus exposición al nivel descentralizado y luego a la negociación a nivel de empresa, que vuelve de la mano del art. 8 de la Ley n. 148/2011 (*contratti di prossimità*)³⁵; el de 2014 confirma la elección semántica del 2011³⁶.

En cualquier caso, los acuerdos citados asignan al nivel descentralizado de negociación la tarea de mejorar la competitividad de las empresas, proponiendo “cláusulas de salida” con respecto a lo regulado por el convenio colectivo nacional.

En paralelo, y como bien destaca Zoppoli, el sistema estatal ofrece elementos para apoyar la negociación y la concertación territorial local, en algunos casos con la puesta a disposición de recursos públicos: *contratti di riallineamento*; *contratti d'area*; programación negociada; *contratti di prossimità* con

³⁴ L. Zoppoli, *Istituzioni e negoziazioni territoriali*, cit., p. 34 ss.; A. De Felice, *Potere locale e metodo concertativo fra i due secoli*, cit., p. 92, con especial atención a las regiones del sur.

³⁵ *Supra* § 1.

³⁶ L. Zoppoli, *Istituzioni e negoziazioni territoriali*, cit., p. 36 ss. En el *Accordo Interconfederale* “separado” (sin la CGIL) en noviembre de 2012 (*Linee programmatiche per la crescita della produttività e della competitività in Italia*), se valoraba positivamente el nivel territorial, ofreciendo la oportunidad de ajustar los perfiles relacionados con de-contribución y desgravación fiscal de salario de productividad, especialmente por las pequeñas empresas que no cuentan con una negociación de empresa.

eficacia *erga omnes*; acuerdos territoriales para destinar cuotas de salario al incremento de la productividad asociadas a la reducción de impuestos y de las contribuciones.

El dinamismo de la actividad negocial, aunque a un nivel diferente, por lo tanto, confirma la vitalidad del ordenamiento intersindical.

5. CONCLUSIONES: UNA PRIMERA REFLEXIÓN SOBRE LAS TENDENCIAS DE LA NEGOCIACIÓN DE ÁMBITO DESCENTRALIZADO

La observación de resultados del convenio colectivo de empresa, en los últimos años, se ve facilitado por el requisito de la presentación ante la Dirección Territorial de Trabajo (DTL) de las empresas a las que se apliquen tales convenios que se pretendan beneficiarse de la reducción del impuesto/de-contribución prevista para el salario de productividad³⁷.

En muchos casos las negociaciones se han centrado en los acuerdos de concesión, en consonancia con la situación económica peculiar que comenzó en 2008 y que aún no se ha completado.

De acuerdo con la doctrina se trata de supuestos en los que hay una conexión entre una reducción de los costes laborales o un aumento significativo (hasta 100%) del componente variable del salario de productividad o un horario de trabajo más flexible (aumentar el número de turnos por semana, ciclo continuo, uso de horas extras, reducción de los descansos, etc.) frente a una mayor seguridad en el empleo, incluso a través de las inversiones en las fábricas, relanzamiento productivo y reciclaje profesional del personal³⁸.

Muy interesante, entre los temas tratados por la negociación de empresa, resulta su enfoque en la adopción de instrumentos de bienestar corporativo y de conciliación; aspectos que, por supuesto junto con otros (por ejemplo la formación, la participación, etc.), contribuyen a la construcción de modelos holísticos de calidad del trabajo.

³⁷ Ley n. 228/2012 y decreto 22 enero 2013. Actualmente en el art. 14, Decreto n. 151/2015.

³⁸ P. Tomassetti, *Relazioni industriali e risorse umane. Sindacato e contrattazione aziendale concessiva: una ricerca empirica*, en *DRI*, n. 1, 2015, p. 183 ss.

Estas cuestiones también fueron objeto de «negociación social territorial»³⁹, promovida por la CGIL nacional a partir de 2009, que propone una dimensión más amplia de la intervención (municipal, provincial) en comparación con el nivel de empresa, que todavía es un buen punto de partida para la experimentación de soluciones innovadoras. La participación de los interlocutores sociales, las instituciones y los particulares, especialmente en las zonas con mayor riesgo de exclusión social, parece avanzar en esta experiencia hacia formas de concertación social o programación negociada (*supra* § 4), pero lo que importa destacar es la actitud esquizofrénica hacia la centralidad sostenida de los temas de bienestar y conciliación y la baja adopción de políticas de apoyo al territorio y la familia⁴⁰.

Las herramientas de *bienestar corporativo* son una forma importante de recuperación del poder adquisitivo/poder económico de los trabajadores; la conciliación es un objetivo reiterado regularmente en las agendas políticas nacionales, pero con baja tasa de efectividad, que a menudo desembocan en una salida temprana de las mujeres (que llevan las tareas de cuidado de menores y personas de edad avanzada) del mercado de trabajo y un aumento, en el medio y largo plazo, de la pobreza de las familias.

Son perspectivas que forman parte del debate sobre el llamado *segundo sistema de bienestar*, que interviene en áreas de necesidad, por desgracia cada vez más intensas, no cubiertas por la intervención pública⁴¹.

La construcción de un lugar de trabajo “de calidad” es un objetivo en el que debe de existir un mayor compromiso, para mejorar no sólo la salud de los trabajadores (en su sentido más amplio, incluyente de bienestar), sino también la productividad y la competitividad de la empresa. Es innegable que existe una relación entre la salud organizacional y la productividad de la fuerza laboral en términos de reducción de las bajas por enfermedad, menor rotación, disponibilidad a la asunción de nuevas tareas y en algunos casos a tolerar “sacrificios temporales”.

³⁹ L. D'Arcangelo, *Contrattazione territoriale e sviluppo locale*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 143 ss.

⁴⁰ Ires, *La contrattazione sociale negli anni della crisi. Sesto rapporto sulla contrattazione sociale territoriale*, 2015, en <http://www.ires.it/>

⁴¹ F. Maino, M. Ferrera, (editado por), *Primo rapporto sul secondo welfare in Italia 2013*, Torino, Centro di documentazione e ricerca Luigi Einaudi, 2013.

Los instrumentos de conciliación a menudo asumidos por las empresas son muy variados: promoción de un horario flexible de trabajo, tiempo parcial voluntario (aumento del porcentaje sobre la fuerza laboral en general) y el trabajo a distancia; acceso al tiempo parcial por tareas de cuidado de los familiares con enfermedades graves acreditadas; concesión de licencias no remuneradas por exigencias familiares; flexibilidad horaria en el primer año de vida de un niño para el trabajador solicitante (padre o madre); adaptación del tiempo de trabajo durante las etapas correspondientes al acceso a las guarderías de los menores de 3 años para el trabajador solicitante (padre o madre); formación antes de la licencia de maternidad para la transición de las tareas; formación después del permiso para actualizar la madre trabajadora.

Las herramientas de bienestar corporativo van a consistir en: cupones para los trabajadores con ausencias reducidas (ej. menos de 3 días); seguro de salud; contribuciones para los gastos incurridos por los empleados, cónyuge e hijos (guarderías, jardines de infancia, otros niveles escolares, cursos de idiomas, campamentos de verano, compra de libros de texto, comedor escolar, fondos de pensiones); aumento de la contribución del empleador al fondo de pensiones complementario; becas para los hijos de los empleados que se han distinguido por sus méritos académicos peculiares (en escuelas secundarias y universidades)⁴²; acuerdos con guarderías; activación de jardines de infancia en el lugar de trabajo; cupones de compra.

Sin embargo, muchos acuerdos, sobre todo los más recientes, están relacionados con el cálculo del premio de productividad⁴³, poniendo el acento en el componente variable aunque no necesariamente desde una óptica de participa-

⁴² El convenio de Luxottica, de junio de 2013, dedica un amplio espacio a apoyar la educación de los niños de los empleados (con becas y pago de cuotas escolares), pero también, en una perspectiva de “bienestar territorial”, a la inversión en proyectos destinados a la lucha contra el abandono escolar prematuro a través de acuerdos con escuelas locales. En el convenio de Ferrero, de julio de 2014, se destaca el aumento de 2 a 3 medias jornadas de licencia para las visitas pediátricas de los niños entre las edades de 0 y 14 años; un día libre adicional, respecto al convenio colectivo nacional, al padre en el nacimiento del niño y la posibilidad de poner en práctica formas de tiempo parcial para necesidades específicas. En abril de 2015, el grupo de Zara ha firmado su primer convenio de empresa y, en materia de conciliación, prevé la reducción de las rondas finales para las madres que trabajan y un permiso sin sueldo tras el permiso parental de 12 meses.

⁴³ La mayoría de los acuerdos se refiere a los premios de productividad y la composición de los elementos para el cálculo de la reducción progresiva de la cuota fija. Para el período más

ción en el éxito de la compañía⁴⁴, con el trabajo flexible o a turnos para satisfacer las necesidades de producción. Estas últimas introducen vaivenes, inclinandose así la organización hacia modelos de producción justo a tiempo (tiende por ejemplo a desaparecer el “almacén” porque cuesta mucho). Estas acciones se colocan en una lógica de reducción de los costes laborales, sin duda útil para las empresas, pero no estimulan la adopción de políticas industriales y la revitalización del territorio.

La reducción gradual de la parte fija del salario, establecido a nivel nacional, ha acelerado en los últimos años el proceso de «erosión de la función de la solidaridad del convenio colectivo nacional»⁴⁵ que es expresión de la función de composición social desempeñada por la negociación.

La función de mejorar las condiciones de trabajo asignada a la negociación colectiva, que ya en las últimas décadas se ha reducido en el ámbito nacional, parece haber sufrido con la crisis más reciente un aplazamiento adicional también a nivel descentralizado; niveles que deberían ser capaces de entender las necesidades del territorio local y de las empresas que existen en el mismo y de construir modelos locales en el que la mimesis y el aprendizaje mutuo permitirían la extensión de las mejores soluciones.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- Aa.Vv (2011), *Il caso Fiat: una crisi di sistema?*, en *LD*, numero monografico.
Ballestrero, Maria Vittoria (2012), *Diritto sindacale*, Torino, Giappichelli.
Barbera, Marzia; Protopapa, Venera (2014), *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, en *RGL*, n. 1, p. 163 ss.
Berta, Giuseppe (2014), *Produzione intelligente. Un viaggio nelle nuove fabbriche*, Torino, Einaudi.

reciente, el aumento de los acuerdos en este perfil también se justifica por el hecho de que la Ley de Estabilidad de 2013 (Ley n. 228/2012) introdujo una especial desgravación fiscal del salario para aumentar la productividad (remuneración de la productividad) y esta medida se continuó en los años siguientes.

⁴⁴ M. Ricciardi, *La parabola. Ascesa e declino della contrattazione collettiva in Italia*, Bologna, Clueb, 2014, p. 31 ss.

⁴⁵ P. Campanella, *Decentramento contrattuale e incentivi retributivi nel quadro delle politiche di sostegno alla produttività del lavoro*, en *WP D'Antona*, n. 185, 2013, p. 7.

- Campanella, Piera (2013), *Decentramento contrattuale e incentivi retributivi nel quadro delle politiche di sostegno alla produttività del lavoro*, en *WP D'Antona*, n. 185.
- Carinci, Franco (2014) (editado por), *Il Testo unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, Adapt University Press.
- Carrieri, Mimmo; Treu, Tiziano (2013), *Introduzione. Le relazioni industriali italiane ed europee: innovazioni da completare e convergenze da affinare*, Bologna, Il Mulino, p. 7 ss.
- Caruso, Bruno (1992), *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, Angeli.
- Cella, Gian Primo (2013), *Una sentenza sulla rappresentanza sindacale (o del lavoro?)*, en *LD*, p. 509 ss.
- D'Antona, Massimo (1998), *Il quarto comma dell'art. 39 Costituzione*, en *DLRI*, 1998, p. 107 ss.
- D'Arcangelo, Lucia (2012), *Contrattazione territoriale e sviluppo locale*, Torino, Giappichelli.
- De Felice, Alfonsina (2015), *Potere locale e metodo concertativo fra i due secoli. Cronaca di una bruciante illusione*, en *RGL*, n. 1, p. 79 ss.
- Del Punta, Riccardo (2015), *Diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè.
- Del Punta, Riccardo (2013), *L'art. 19 Statuto dei lavoratori davanti alla Consulta: una pronuncia condivisibile ma interlocutoria*, en *LD*, p. 527 ss.
- Ichino, Pietro (2005), *A che cosa serve il sindacato?*, Milano, Mondadori.
- Ires (2015), *La contrattazione sociale negli anni della crisi. Sesto rapporto sulla contrattazione sociale territoriale*, en <http://www.ires.it/>
- Leccese, Vito (2013), *Partecipazione alle trattative, tutela del dissenso e art. 19 dello Statuto dei lavoratori*, en *LD*, p. 539 ss.
- Liso, Franco, Corazza, Luisa (2015), *Le clausole di pace: variazioni sul tema*, en *WP D'Antona*, n. 247.
- Maino, Franca; Ferrera, Maurizio (2013) (editado por), *Primo rapporto sul secondo welfare in Italia 2013*, Torino, Centro di documentazione e ricerca Luigi Einaudi.
- Mariucci, Luigi (1985), *La contrattazione collettiva*, Bologna, Il Mulino.
- Mazzotta, Oronzo (2015), *Manuale di Diritto del lavoro*, Padova, Cedam.
- Mengoni, Luigi (1975), *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, en *Jus*, p. 216 ss.
- Napoli, Mario (2014), *Rsa e Costituzione. La giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, Vita e Pensiero.
- Napoli, Mario (1999), voce *Sindacato*, en *Digesto discipline privatistiche*, vol. XVI, Torino, Utet.
- Rebaudengo, Paolo (2015), *Nuove regole in fabbrica. Dal contratto Fiat alle nuove relazioni industriali*, Bologna, Il Mulino.

- Regalia, Ida (2015a), *Negoziare sul territorio. Un'introduzione*, en *RGL*, n. 1, p. 3 ss.
- Regalia, Ida (2015b), *Oltre la contrattazione di secondo livello. Note sulla concertazione a livello locale*, en *RGL*, n. 1, p. 97 ss.
- Regini, Marino (2003), *I mutamenti nella regolazione del lavoro e il resistibile declino dei sindacati europei*, en *Stato e mercato*, p. 83 ss.
- Ricciardi, Mario (2014), *La parabola. Ascesa e declino della contrattazione collettiva in Italia*, Bologna, Clueb.
- Romagnoli, Umberto (1963), *Il contratto collettivo di impresa*, Milano, Giuffrè.
- Tomassetti, Paolo (2015), *Relazioni industriali e risorse umane. Sindacato e contrattazione aziendale concessiva: una ricerca empirica*, en *DRI*, n. 1, p. 183 ss.
- Zoppoli, Lorenzo (2015), *Istituzioni e negoziazioni territoriali: un'analisi della strumentazione giuridica*, en *RGL*, n. 1, p. 29 ss.

Abreviaturas utilizadas

DRI	Diritto delle relazioni industriali
DLRI	Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
LD	Lavoro e diritto
RGL	Rivista giuridica del lavoro
WP D'Antona	Working Paper Centro Studi D'Antona

LA CUESTIÓN COMPETENCIAL EN MATERIA DE SERVICIOS SOCIALES

MARGARITA ARENAS VIRUEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO

Palabras clave: asistencia social, servicios sociales, competencias propias, delegadas, entidades locales

La reforma de la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL) llevada a cabo por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración de 2013 (LRSAL) ha alterado el esquema competencial en materia de servicios sociales en el seno de las Comunidades Autónomas (CCAA), entre éstas y las entidades locales. Lo que, además de plantear la necesidad de un estudio sobre el estado actual de la cuestión competencial en esta materia, que determine el alcance de la reforma operada al respecto, ha generado unos conflictos normativos entre diversos bloques de normas. El análisis que se realiza en este trabajo sobre la repercusión y significado de la nueva regulación de la legislación básica de régimen local requiere que se aborde este tema atendiendo a dos niveles territoriales-competenciales. Un primer nivel, entre el Estado y las CCAA, a los efectos de poder situar el tema objeto de análisis y concretar qué materias se reparten entre sí, perfilando las competencias de las CCAA en materia de servicios sociales. Y un segundo nivel, entre las CCAA y las Entidades Locales, de manera que sólo en el marco de este segundo nivel resulta conveniente atender a dos momentos en el tiempo que vienen marcados regulación de derecho transitorio en la materia: antes y después de 31 de diciembre de 2015, que es la fecha fijada legalmente para que las CCAA asuman las competencias relativas a servicios sociales.

ABSTRACT

Keywords: Social assistance, social services, reserved powers, devolved powers and local government

Local law reform changed the power framework of social services at the regional power level ("Comunidades Autónomas"), between theses and local government. This, moreover of the necessity of studing about the status of power issue in this matter, caused several conflict of law, among different block of laws. The analysis that was done by this article about impact and meaning of the new law regimen of local power requires, in order to study this matter, to take into account the two levels of territorial-power. The first level, between the state and the "Comunidades Autónomas", in order to face the matter of this study was adressed and to define which the powers were divided among themselves, delimiting the regional powers in social services matters. And in the second level, between the "Comunidades Autónomas" and the local government, so that only in the framework of this second level is convenient to distinguish between the two dates which are mentioned transitory rules of this reform: before and after of 31 of December of 2015, that is the date set up by this provision in order to "Comunidades Autónomas" assume social services powers.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EVOLUCIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO Y LAS CCAA: LA REDEFINICIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES
3. LA REORDENACIÓN COMPETENCIAL EN MATERIA DE SERVICIOS SOCIALES ENTRE LAS CCAA Y LAS ENTIDADES LOCALES
 - 3.1. La asunción de la titularidad por las CCAA de las competencias en materia de Servicios Sociales
 - 3.2. La autonomía local como principio de configuración de la organización territorial
 - 3.3. Tipos de competencias de las Entidades Locales
 - 3.4. Competencias de las Entidades Locales en materia de Servicios Sociales
 - 3.4.1. Competencias de los Municipios
 - 3.4.2. Competencias de las Diputaciones Provinciales
5. REFLEXIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

“*Asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias relativas a servicios sociales*”. Éste es el título de la disposición transitoria segunda de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración (en adelante LRSAL)¹, cuyo análisis constituye el objeto de este trabajo, con el que se pretende conocer su contenido, significado y alcance. Y es que dicha disposición se presenta como una excelente oportunidad para abordar el análisis de un tema tan relevante y complejo, tanto en la concepción y delimitación de la materia como en la distribución competencial de la misma, cual es el reparto competencial en materia de Servicios Sociales, cuya propia distribución, en sí, parece, en principio, eliminar el propio título de la disposición de la que se ha partido.

En efecto, el término “*asunción*” por las CCAA de las competencias relativas a Servicios Sociales, permite entender, a priori, que son éstas las entidades competentes en esta materia. Pero la cuestión que se suscita de inmediato es si la asunción por parte de las CCAA de estas competencias supone que se elimina o reduce el ámbito competencial de otros entes territoriales y, si es así, quiénes son éstos y cuál es el alcance y repercusión de tal eliminación o reducción. O si, por el contrario, la asunción por parte de las CCAA no impide que también pueda haber otros entes territoriales competentes, a partir de una posible descentralización territorial en el seno de las propias CCAA. Junto a este asunto competencial, que exige abordar un análisis sobre la distribución de este título

¹ BOE de 30 de diciembre de 2013.

competencial, surge un tema conceptual, de no menor importancia, cual es definir y concretar los Servicios Sociales en relación con la compleja cuestión sobre su carácter como técnica prestacional o como materia competencial, lo que enlaza, asimismo, con el alcance de la reforma de las competencias en materia de Servicios Sociales de los entes locales.

Algunas de estas cuestiones obtienen respuesta en el propio desarrollo de la disposición transitoria segunda de la LRSAL, si bien es cierto que, a su vez, surgen otras nuevas que requieren un estudio en profundidad. Así, por ejemplo, esta disposición indica que las competencias relativas a la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social eran competencias propias del Municipio, de las Diputaciones Provinciales o de cualquier otra Entidad Local; o que, incluso tras la atribución de las competencia en materia de Servicios Sociales a las CCAA, cabe que éstas deleguen dichas competencias en los Municipios, Diputaciones o entidades equivalentes; o, como último ejemplo, que es posible que los Municipios sigan prestando estos servicios en el caso de que las CCAA no asuman el desarrollo de los servicios de su competencia que venían prestando las entidades locales, si bien es cierto que con algunos cambios importantes en cuanto al soporte de los gastos que se generen.

Todas estas cuestiones, algunas planteadas en la disposición transitoria segunda de la LRSAL, otras, en cambio, obviadas pero de necesario tratamiento para conocer el significado y alcance de la misma, serán objeto de estudio en este trabajo, en el que se aborda la distribución de competencias entre las CCAA y las entidades locales. En concreto, qué requisitos y condiciones establece la disposición transitoria segunda de la LRSAL en el proceso de asunción por parte de la CCAA de las competencias relativas a servicios sociales, qué tipo de competencias (propias, delegadas o diferentes a las propias y delegadas) tienen las entidades locales en materia de Servicios Sociales y la determinación de los efectos y alcance de la repercusión que al respecto ha tenido la referida disposición. Lo que requiere una previa, si bien breve, referencia a la materia de Servicios Sociales en el marco de la distribución competencial entre el Estado y las CCAA.

Se trata, sin duda, de un tema de actualidad y de creciente importancia puesto que se ha producido un incremento notable del número de personas en situación de necesidad social, esto es, personas en situación o riesgo de exclusión social, que conforman el grueso del colectivo destinatario de los Servicios Sociales, debido, básicamente, a las consecuencias derivadas de la situación de crisis económica. A lo que se une el fenómeno de la inmigración y de la masiva entrada de refugiados procedentes de países en guerra, que conforman unos

colectivos que se presentan como potenciales beneficiarios de prestaciones y/o servicios que les permitan subsistir de forma digna.

Y actual puesto que, aunque hace ya más de dos años que se aprobó la LRSAL, su disposición transitoria segunda prevé un período de dos años, a contar desde su entrada en vigor, para que se haga efectivo su principal encargo: la asunción por parte de las CCAA de las competencias relativas a Servicios Sociales. Este período transitorio ha finalizado el 31 de diciembre de 2015 si bien, como se verá en detalle más adelante, algunas de sus principales consecuencias están produciendo efectos en estos momentos o los producirán en los próximos tiempos, aunque es cierto que, como se ha recordado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas², el traspaso de competencias sobre Servicios Sociales está supeditado a un nuevo sistema de financiación autonómica y local³. A lo que hay que añadir que el déficit público del conjunto de las Administraciones Públicas cerró 2015 en el 5,16% del PIB, esto es, un punto más de lo previsto, habiéndose señalado, por parte del Gobierno, a las CCAA como principales responsables de este desvío puesto que sólo tres de las diecisiete CCAA (Galicia, Canarias y País Vasco) cumplieron con el techo presupuestario, lo que, sin duda, puede tener repercusión en los recursos destinados a la financiación de los Servicios Sociales⁴.

Es, asimismo, un tema complejo, que requiere un estudio de materias de Derecho Administrativo, básicamente en lo que respecta al tema competencial, que exige un análisis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (en adelante, LBRL), que, precisamente, ha sido reformada por la

²<http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/minhap/Paginas/2015/031115reformalocal.aspx>

³ Precisamente, en el Consejo de Ministros del 8 de abril del presente año 2016 se ha propuesto la creación de un comité técnico de expertos que estudie la reforma de financiación autonómica.

⁴ El ministro de Hacienda y Administraciones Públicas ha anunciado que el Gobierno ha acordado trasladar a las comunidades que han incumplido con el objetivo de déficit un “acuerdo de no disponibilidad de gasto” para sus consejos de gobierno, de manera que los nuevos recursos que tengan por la financiación no vayan a incrementar el gasto sino que sirva para financiar el gasto ya comprometido. Ello lo hace en virtud de la Ley de Estabilidad Presupuestaria, que obliga a las administraciones a equilibrar sus cuentas, para cumplir con la recomendación autónoma enviada por la Comisión Europea. En la práctica este acuerdo de no disponibilidad de gasto supone que las comunidades no podrán elevar sus compromisos por encima del 1,8%, la tasa de crecimiento potencial de la economía española. El País, 31/3/2016, http://economia.elpais.com/economia/2016/03/31/actualidad/1459418481_044567.html

LRSAL, así como de otras disposiciones, tales como los Estatutos de Autonomías (EEAA, en adelante) y las leyes autonómicas de Servicios Sociales, que diseñan el reparto competencial en materia de Servicios Sociales. Pero también se requiere un estudio en materia de protección social, en concreto, en relación con la delimitación del contenido material de los Servicios Sociales, que se presenta como un apéndice de gran relevancia para conocer la labor que las CCAA y/o las entidades locales con competencias al respecto vienen desarrollando. De esta forma, aunque la cuestión competencial en materia de Servicios Sociales constituye el objeto principal de este trabajo, se quiere completar esta labor con el análisis de la definición y contenido de los servicios sociales, con la finalidad de ofrecer una visión completa sobre la actuación de los poderes públicos en una materia tan relevante y loable en un Estado social como el nuestro.

El análisis que se pretende llevar a cabo en relación con la repercusión y significado de esta disposición exige que se aborde este tema atendiendo a dos niveles territoriales-competenciales: uno, entre el Estado y las CCAA, a los efectos de poder situar el tema objeto de análisis y concretar qué materias se reparten entre sí, y, dos, entre las CCAA y las Entidades Locales. Y, sólo en el marco de este segundo nivel, resulta conveniente realizar este estudio atendiendo a dos momentos en el tiempo que vienen marcados por la propia disposición transitoria segunda de la LRSAL: antes y después de 31 de diciembre de 2015, que es la fecha fijada en dicha disposición para que las CCAA asuman las competencias relativas a Servicios Sociales.

2. DE LA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO Y LAS CCAA: LA REDEFINICIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES

Comenzado por el primer nivel de análisis de carácter territorial-competencial entre el Estado y las CCAA, la primera cuestión que requiere ser objeto de tratamiento es la ubicación del concepto de Servicios Sociales en el bloque constitucional, básicamente, Constitución Española (en adelante, CE) y EEAA. Sólo a partir de la ubicación conceptual de esta materia se puede entrar a conocer las competencias que establece la CE así como la atribución de competencias por parte de los EEAA.

Al respecto, el texto constitucional no hace referencia expresa a los Servicios Sociales en cuanto materia sobre las que el Estado o, en su caso, las CCAA puedan asumir competencias. No se mencionan, pues, los Servicios Sociales como título competencial en los arts. 148 y 149 de la CE, a diferencia de lo que ocurre con la Seguridad Social y con la Asistencia Social que, junto a la Asis-

tencia Sanitaria, conforman los pilares básicos del Estado del Bienestar, configurándose como dos instituciones maduras, que responden a principios rectores propios y bien definidos⁵. Sobre estos dos mecanismos de protección social sí hay un reparto competencial entre el Estado, que tiene competencia exclusiva en la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas (art. 149.1.17^a CE), y las CCAA, que pueden asumir competencias –sin que se especifique qué tipo de competencias- en materia de Asistencia Social (art. 148.1.20^a de la CE). Lo que no ha impedido, a pesar de la existencia de una distribucional competencial en la CE, que en el desarrollo de la materia de Asistencia Social por parte de las CCAA, al que nos referimos más adelante, se hayan producido conflictos competenciales entre el Estado y las CCAA debido, sobre todo, al carácter complementario de la Asistencia Social respecto de la Seguridad Social, como segundo nivel o malla de protección, que ha llevado al TC a pronunciarse acerca del tradicionalmente controvertido concepto de Asistencia Social⁶.

⁵ Alarcón Caracuel, M.R.: “Cuestiones competenciales en la Ley de dependencia”. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, número 89/2007, pág. 130. Sobre el carácter institucional de la Seguridad Social, vid. también a Rodríguez-Piñero, M. y González Ortega, S.: “La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma”, en *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1985, pág. 271.

⁶ Como referente, se puede tener en cuenta la STC 239/2002, de 11 de diciembre, que resuelve un conflicto positivo de competencia en relación con dos Decretos de la Junta de Andalucía, que regulaban la concesión y pago de ayudas económicas complementarias a las pensiones de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas. La discusión litigiosa se centró en determinar si con la entrada en vigor de ambos Decretos, la Junta de Andalucía había vulnerado las competencias del Estado sobre la “*legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social*” (art. 149.1.17 CE), así como las relativas a la “*regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*” (art. 149.1.1 CE). Al abordar esta cuestión, se analiza la noción material de “*asistencia social*”, haciéndose referencia en diversas ocasiones a la STC 76/1986, de 9 de junio, según la cual dicha noción “*no está precisada en el Texto constitucional, por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general, que no han dejado de ser tenidos en cuenta por el constituyente. De la legislación vigente se deduce la existencia de una asistencia social externa al Sistema de Seguridad Social y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el art. 148.1.20 CE, y, por tanto, competencia posible de las Comunidades Autónomas ... Esta asistencia social aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social. En el momento actual -con independencia de que la evolución del sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección- es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los desti-*

Ahora bien, el hecho de que no exista un título competencial de los Servicios Sociales no significa que en el propio texto constitucional no exista una base jurídica sólida que permita entender que existe una constitucionalización implícita del derecho a los Servicios Sociales⁷. De esta forma, aunque no haya sido en el desarrollo de un título competencial propio previsto en la CE, sino en el desarrollo de una técnica prestacional, lo cierto es que en nuestro sistema de protección social existen unos servicios sociales como parte de la acción protectora de la Seguridad Social, así como unos servicios sociales que se integran en el ámbito protector de las CCAA. Y es que los servicios sociales son una técnica prestacional (sobre todo, pero no sólo, prestaciones en especie) que puede ser dispensada tanto por el Estado como por las CCAA en base a los títulos competenciales de Seguridad Social y Asistencia Social⁸.

En efecto, incluso desde antes de la promulgación de la CE, los servicios sociales se incluían dentro de la acción protectora del sistema de Seguridad Social⁹, regulándose en términos similares al actual art. 42.1e) del Real Decreto

natarios o beneficiarios". Asimismo, entiende el TC que resulta legítimo constitucionalmente que la Seguridad Social incluya en su seno prestaciones de naturaleza no contributiva, sin que ello pueda mermar o restringir el ámbito propio de la "asistencia social", pues esta tendencia, que, de profundizarse, incluso podría determinar el vaciamiento de esta última materia, con el consiguiente menoscabo de las competencias autonómicas, no ha sido querida por el constituyente, en la medida en que atribuye el apoyo a las situaciones de necesidad a todos los poderes públicos, de manera que cada cual actúe en su respectivo ámbito de competencias. De este modo, una interpretación del art. 41 CE en el marco del bloque de constitucionalidad, permite inferir la existencia de una asistencia social "interna" al sistema de Seguridad Social y otra "externa" de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Sobre la definición de asistencia social atendiendo a la jurisprudencia del TC, puede verse a Monereo Pérez, J.L.: "Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales". *Temas Laborales*, número 100, 2009, págs. 296 y ss.

⁷ Vid. al respecto a Alemán Bracho, C. y Alonso Seco, J.M.: "Los servicios sociales: sistema público de protección social". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 151/2011, pág. 687. Según estos autores, de una interpretación integradora de determinados artículos del texto constitucional, tales como los arts. 1, 9, 10 y 14, en relación con el capítulo III del título I, se desprende que sin los servicios sociales los principios fundamentales del Estado social de Derecho podrían quedar vulnerados.

⁸ Sobre la concepción prestacional de los servicios sociales, que no son una institución sino unas prestaciones de contenido técnico, susceptibles de ser incluidas en distintos marcos institucionales, como la Seguridad Social o la Asistencia Social, puede verse a Azar López, M.: "Aspectos jurídicos de los servicios sociales: de la referencia constitucional a la legislación ordinaria". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 30/ 2001, pág. 58.

⁹ Las prestaciones de servicios sociales, en cuanto noción jurídica, aparecen por primera vez en la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, siendo concebidas como "complemento de las

Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS)¹⁰. Asimismo, entre las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, está el Instituto de Mayores y Servicios Sociales, al que se le encomienda la gestión de los servicios complementarios de las prestaciones del sistema de Seguridad Social, siendo competente de la propuesta, gestión y seguimiento de planes de servicios sociales de ámbito estatal en las áreas de personas mayores y personas dependientes.

Pero, sin duda, han sido las CCAA las que, en base al título competencial del art. 148.1.20ª de la CE, han asumido un mayor protagonismo en el desarrollo de los servicios sociales. En efecto, atendiendo a dicho título competencial, todas las CCAA asumieron en sus respectivos EEAA competencias exclusivas en materia de Asistencia Social y, en el desarrollo de dichas competencias, han creado todo un sistema público de Servicios Sociales, cuya naturaleza y concepción supone una superación del concepto de servicios sociales en cuanto técnica prestacional que pueden dispensarse por las instituciones de protección social, adquiriendo una verdadera naturaleza institucional. De hecho, los EEAA no se han limitado a incluir la Asistencia Social entre las materias sobre las que asumen competencias exclusivas, sino que, bajo diversas denominaciones, han incluido también los Servicios Sociales o incluso han sustituido la Asistencia Social por la materia de Servicios Sociales, a pesar de que, como se ha dicho, esta materia no estaba entre las que podían asumir las CCAA (salvo que se hiciera por la vía del art. 149.3 de la CE), dejando al margen los pertenecientes a la Seguridad Social, cuya competencia corresponde Estado.

prestaciones correspondientes a las situaciones específicamente protegidas por la Seguridad Social". Eran prestaciones técnicas, en contraposición de las prestaciones económicas de la Seguridad Social. A partir de este momento, se fueron creando en la Seguridad Social distintos servicios sociales tales como, por ejemplo, Asistencia a los Ancianos (1970), Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos Físicos (1970) o Servicio de Empleo y Acción Formativa. Un momento clave fue la reforma institucional de la Seguridad Social llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, de Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, que es cuando se crea al actualmente denominado Instituto de Mayores y Servicios Sociales. Para ver en detalle esta evolución nos remitimos a Alemán Bracho, C. y Alonso Seco, J.M.: "Los servicios sociales: sistema público de protección social", op. cit., págs. 679 y 680.

¹⁰ Según dicho precepto, la acción protectora del sistema de Seguridad Social comprende, entre otras, "*las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de formación y rehabilitación de personas con discapacidad y de asistencia a las personas mayores, así como en aquellas otras materias en que se considere conveniente*".

La asunción de competencias exclusivas en materia de Servicios Sociales pudo suponer, y así se ha puesto de manifiesto por la doctrina¹¹, una extralimitación competencial de los EEAA, acarreado una posible inconstitucionalidad sobrevenida de los preceptos que regulaban la actividad estatal prestadora de servicios sociales, puesto que, sin base constitucional, los EEAA habían incluido dentro de la Asistencia Social los Servicios Sociales que, como se ha expuesto, venían prestándose por el Estado en el marco de la acción protectora de la Seguridad Social. Sin embargo, el Estado no impugnó esta atribución competencial estatutaria. Por el contrario, incluso decidió transferir a las CCAA la gestión de los servicios sociales gestionados por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales, de manera que las CCAA eran las que prestaban los servicios sociales, que podían hacerlo en base a su título competencial propio y exclusivo de Asistencia Social o en base al título competencial del art. 149.1.17ª de la CE, según el cual las CCAA pueden ejecutar los servicios de la Seguridad Social.

De esta forma, en el proceso de evolución y maduración de las competencias exclusivas de la CCAA en materia de Asistencia Social, así como en el desarrollo de las competencias de gestión de los servicios sociales transferidos por el Estado, se ha producido una renovación o modernización de la Asistencia Social, que ha evolucionado hacia los Servicios Sociales, de manera que en la actualidad se consideran dos instituciones equivalentes, al menos desde la perspectiva de las atribuciones competenciales¹². Este proceso de equiparación de estas dos instituciones de protección social ha supuesto asimismo un proceso evolutivo del propio concepto de servicios sociales, que abandona su original carácter de

¹¹ Al respecto puede verse a Alarcón Caracuel, M.R.: “Cuestiones competenciales en la Ley de dependencia”, op. cit., pág. 131. Un apunte complementario, aunque referido a esta misma materia sustantiva, es que el realiza De Soto Rioja, S., “Reclamaciones administrativas y judiciales en materia de dependencia”, AAVV., *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*, CES, Madrid, 2013, al apuntar que el desdoble de los procedimientos administrativos realizados por la mayoría de las Comunidades Autónomas para el efectivo reconocimiento de estas prestaciones, contraría más el artículo 149.1.18 de la Constitución, sobre bases del régimen jurídico común de las Administraciones y el procedimiento administrativo común, que el propio título de la Asistencia Social, pp. 500-501.

¹² Sobre este tema puede verse González Orgega, S. y Barcelón Cobedo, S.: *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*. Tirant Lo Blanch, 2015, pág. 25. Según estos autores, desde una concepción un poco arcaica como constitutiva de prestaciones de escasa entidad, otorgadas de forma discrecional, dependiendo de dotaciones presupuestarias variables, inestables y escasas, sin reconocer derechos subjetivos, la Asistencia Social se ha ido transformando en prestaciones regulares, ofrecidas con carácter universal, constitutivas de derechos subjetivos a la tutela, integradas en un sistema más global de atención y con permanente y obligada financiación.

técnica prestacional, básicamente su condición de prestaciones en especie, para adquirir una dimensión institucional en cuanto mecanismo completo de protección social. El resultado de este proceso no ha sido otro que la creación y desarrollo en las distintas CCAA de los sistemas de Servicios Sociales como sistemas jurídicos públicos, en cuanto instituciones maduras, consolidadas e imprescindibles de la política social.

Precisamente, en este proceso de evolución de la Asistencia Social hacia los Servicios Sociales surge una cuestión relevante, desde un punto de vista conceptual o material –si bien con una evidente repercusión competencial-, cual es si la opción de algunos EEAA de eliminar la Asistencia Social como materia sobre las que las CCAA asumen competencias exclusivas y su sustitución por la materia de Servicios Sociales supone o no una reducción del ámbito de actuación de las CCAA. El riesgo de entender que se produce una disminución del ámbito de intervención autonómico se comprende desde el momento en que se parte de que en base al título competencial de Asistencia Social las CCAA han podido dispensar no sólo prestaciones en especie, sino también prestaciones económicas, tales como las rentas mínimas de inserción u otras prestaciones asistenciales complementarias. Sin embargo, en base a la tradicional concepción de servicios sociales como prestaciones técnicas, se podría considerar que la sustitución de la competencia en materia de Asistencia Social por la de Servicios Sociales podría suponer una merma en la actuación de las CCAA. Para superar esta situación, los EEAA han optado por redefinir los Servicios Sociales, entendiendo que se trata de una materia que incluye prestaciones en especie y prestaciones económicas¹³. Se crea así un espacio competencial de exclusiva intervención de las CCAA en materia de los Servicios Sociales¹⁴, en el que el Estado sólo interviene sobre la base del título competencial de la garantía de igualdad en el ejercicio de los derechos (art. 149.1.1ª de la CE).

¹³ Vid., como ejemplo, el Estatuto de Autonomía de Andalucía, según el cual la materia de los servicios sociales incluye en todo caso “*la regulación, ordenación y gestión de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de protección pública*”.

¹⁴ De todas formas, la competencia en materia de Asistencia Social o Servicios Sociales de las CCAA ha de entenderse referida a la asistencia social externa al sistema de Seguridad Social puesto que la asistencia social interna, que forma parte de la acción protectora de la Seguridad Social, corresponde en exclusiva al Estado su legislación básica y su régimen económico, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las CCAA. Cavas Martínez, F. “La protección social en los nuevos Estatutos de Autonomía”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6/2007, págs. 10 y 11.

A tenor de lo expuesto, se puede concluir que en el proceso de evolución y desarrollo competencial entre el Estado y las CCAA en esta materia, los Servicios Sociales han ido adquiriendo una dimensión institucional, a pesar de carecer de dicha dimensión en el propio texto constitucional, configurándose como un pilar del Estado del Bienestar, que se ha equiparado a la Asistencia Social en cuanto institución y título competencial de las CCAA. Y en el marco de este título competencial de Asistencia Social o Servicios Sociales las CCAA adoptan determinadas competencias (regulación y gestión) que abarcan, entre otras, a las prestaciones técnicas. Y, asimismo, en materia de Seguridad Social perviven determinados servicios sociales, también en cuanto técnica prestacional, cuya competencia corresponde al Estado al pertenecer a la acción protectora de la Seguridad Social (aunque se gestione por las CCAA).

De esta forma, se pueden diferenciar dos acepciones del concepto de servicios sociales: una, de carácter competencial, que permite entender que los Servicios Sociales son un título competencial de las CCAA, que se equipara a la Asistencia Social, como resultado de la atribución de dicha competencia por los EEAA; y dos, de carácter conceptual-material, en cuanto materia que comprende todo tipo de prestaciones, tanto las tradicionales prestaciones técnicas o en especie como las prestaciones económicas, de manera que en virtud de esta técnica prestacional, los servicios sociales pueden ubicarse tanto en materia de Seguridad Social, en cuanto competencia del Estado, como en materia de Asistencia Social o Servicios Sociales, en cuanto competencia de las CCAA, superándose así el conflicto competencial entre ambas Administraciones Públicas.

Por ello, al abordar el significado de la “*asunción*” por las CCAA de las competencias relativas a Servicios Sociales, tal y como prevé la disposición transitoria segunda de la LRSAL, se ha de partir de que en el reparto competencial entre el Estado y las CCAA, son sólo éstas las que pueden asumir competencias en esta materia, dejando a salvo, como se ha dicho, los servicios sociales (en cuanto técnica prestacional) que puedan existir en el sistema de Seguridad Social como competencia estatal, sin perjuicio de su gestión por las CCAA. La competencia exclusiva de las CCAA en materia de Servicios Sociales, en cuanto título competencial equivalente al de Asistencia Social, resulta de la CE y de la atribución competencial contenida en los EEAA. Por ello, lo previsto en la citada disposición transitoria, al regular la *asunción* por las CCAA de las competencias relativas a Servicios Sociales, hace que surja la cuestión referente a si dicha previsión es una confirmación de lo dispuesto en la CE y en los EEAA o si, por el contrario, supone e implica una modificación competencial en otro nivel. Esta posible modificación competencial ha de situarse en el marco de la distribución de competencias en el seno de las CCAA, entre éstas y los entes locales, lo que

nos conduce al segundo nivel de análisis competencial-territorial que se había anunciado.

3. LA REORDENACIÓN COMPETENCIAL EN MATERIA DE SERVICIOS SOCIALES ENTRE LAS CCAA Y LAS ENTIDADES LOCALES

La competencia exclusiva de las CCAA en materia de Asistencia Social y/o Servicios Sociales no implica que tengan que ser éstas las que directa y de forma exclusiva desarrollen dicha competencia. Por el contrario, atendiendo a la organización territorial del Estado y en base a los principios de descentralización, proximidad y autonomía local, las entidades locales tienen derecho a intervenir en determinados asuntos, asumiendo concretas competencias en diferentes materias, según lo dispuesto en la legislación del Estado y de las CCAA. Precisamente, en este apartado se aborda el reparto competencial en materia de Servicios Sociales en el seno de las CCAA entre éstas y las Entidades Locales, que se ha visto afectado por lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la LRSAL que contiene unas previsiones específicas que complementan el esquema competencial de las Entidades Locales diseñado por la LBRL. Por ello, la fecha que señala esta disposición, 31 de diciembre de 2015, marca un momento de interés para conocer la regulación previa y el estado actual de la cuestión.

3.1. La asunción de la titularidad por las CCAA de las competencias en materia de Servicios Sociales

Desde el 31 de diciembre de 2015, según lo dispuesto por la disposición transitoria segunda de la LRSAL, las CCAA asumen la titularidad de las competencias relativas a Servicios Sociales. Esta asunción no sólo supone una confirmación de la distribución competencial entre el Estado y las CCAA atendiendo a la CE y los EEAA, sino que implica una modificación del reparto competencial interno, entre las CCAA y las Entidades Locales, produciéndose un traspaso competencial desde éstas hacia las CCAA. En efecto, las CCAA asumen la titularidad de las competencias que se preveían como propias del Municipio, relativas a la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social, con independencia de que el ejercicio de estas competencias se hubiese venido realizando por los Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes o cualquier otra Entidad Local. Este cambio de la titularidad de las competencias en materia de Servicios Sociales produce, desde dos años antes, desde el 31 de diciembre de 2013 (fecha de entrada en vigor de la LRSAL), una reducción del ámbito competencial o una sustracción de las competencias que venían

realizando las Entidades Locales en virtud, básicamente, de la LBRL y las Leyes de Servicios Sociales de las CCAA, si bien es cierto que, como se expone más adelante, la asunción de la titularidad por parte las CCAA de las competencias en esta materia no impide que las Entidades Locales pueden seguir prestando los servicios sociales.

En la propia disposición transitoria segunda de la LRSAL se marcan las pautas del proceso de asunción por las CCAA de las competencias relativas a Servicios Sociales, que son tres: primera, se ha de atender a lo previsto en las normas reguladoras del sistema de financiación autonómica y de las Haciendas Locales que, como se ha dicho, están aún pendientes de reforma; segunda, las CCAA han de elaborar, con carácter previo, un plan para la evaluación, reestructuración e implantación de los Servicios Sociales, que permita la cobertura inmediata de estos servicios; y tercera, la gestión por las CCAA de estos servicios no puede suponer un mayor gasto para el conjunto de las Administraciones Públicas, de manera que si hasta la entrada en vigor de la LRSAL los municipios financiaban, al menos, parte de estos servicios, la asunción de tales servicios por las CCAA difícilmente no les supondrá un mayor gasto, salvo que se afecte a la calidad de los servicios prestados. De todas formas, el requisito que ha de cumplirse en este proceso de asunción de competencias por las CCAA es que no se supere el gasto del conjunto de las Administraciones Públicas, incluidas, pues, también las Entidades Locales.

En estas tres indicaciones sobre cómo han de proceder las CCAA se manifiestan, de forma más o menos evidente, los principios inspiradores de la reforma llevada a cabo por la LRSAL que emanan del art. 135 de la CE y de su posterior desarrollo legislativo a través de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. De ahí que la propia Exposición de Motivos de la LRSAL señale algunos de sus objetivos, tales como racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, así como garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso.

La asunción por parte de las CCAA de competencias que venían prestando las Entidad Locales pone de manifiesto que, a pesar de que las CCAA asumen, en virtud de sus EEAA, competencias exclusivas en materia de Asistencia Social¹⁵, se había producido un reparto interno entre las CCAA y las Entidades

¹⁵ Esta competencia exclusiva de las CCAA se desarrolla en las respectivas leyes de Servicios Sociales, que contienen la distribución competencial entre las Administraciones Públicas,

Locales. De ahí que se haya planteado la posible inconstitucionalidad de este traspaso competencial, puesto que se cuestiona si el Estado a través de esta disposición puede reordenar en una materia competencia exclusiva de las CCAA la distribución competencial entre éstas y las Entidades locales, vaciando de contenido las competencias locales y desplazando a las leyes autonómicas de Servicios Sociales. La respuesta, no fácil, a esta compleja cuestión se ofrece más adelante, en el que se entra en el análisis de los conflictos normativos derivados de la nueva redacción de la LBRL, por lo que se hace una remisión a la argumentación que se expone posteriormente.

De todas formas, el cambio de titularidad de las competencias relativas a Servicios Sociales no impide la intervención en esta materia de las Entidades Locales puesto que, como se desarrolla más adelante, éstas mantienen competencias propias en algunas materias referentes a los Servicios Sociales, pudiendo asimismo desempeñar otras competencias por delegación de las CCAA así como otras competencias diferentes a las dos anteriores. El examen de estas competencias se realiza en este segundo nivel de análisis territorial-competencial, en el que se aborda el estudio de las competencias de las Entidades Locales, en concreto, de las Diputaciones Provinciales y de los Ayuntamientos, así como la repercusión e influencia que al respecto ha tenido la disposición transitoria segunda de la LRSAL. Lo que requiere una previa y breve referencia al principio de autonomía local y a los distintos tipos de competencias para, a partir de estas premisas generales, entrar a analizar las competencias de las Diputaciones y Municipios en materia de Servicios Sociales.

3.2. La autonomía local como principio de configuración de la organización territorial

El art. 137 de la CE, perteneciente al Título VIII, titulado “*De la organización territorial del Estado*”, dispone que “*el Estado se organiza territorialmente en municipios, provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan*”. Sólo tres preceptos más, los arts. 140, 141 y 142 de la CE, se refieren a la Administración Local, en concreto, a los municipios, provincias y haciendas

enumerándose las competencias concretas que en esta materia tienen las Administraciones Autonómicas y especificándose en muchas de estas leyes las competencias concretas de los Consejos de Gobierno y de las Consejerías competentes en materia de servicios sociales. En términos generales, las CCAA asumen competencias de política general de servicios sociales, de adopción de iniciativas legislativas, de planificación de los servicios sociales, de ordenación del sistema público de servicios sociales, etc...

locales, respectivamente. Por su parte, la LBRL, tras enumerar en su art. 2 las denominadas “*entidades locales territoriales*” (el municipio y la provincia, además de la isla en los archipiélagos balear y canario), así como otras entidades locales (entidades de ámbito territorial inferior al municipal, las comarcas u otras entidades que agrupen a varios municipios, las áreas metropolitanas y las mancomunidades de municipios), dedica su Título IV a las referidas “*otras entidades locales*”. Y es en este título, que agrupa los arts. 42 a 45, ambos inclusive, donde se encuentra la regulación básica de estas entidades locales, quedando al margen el municipio y la provincia que, a su vez, cuentan con sus respectivos títulos propios en esta ley. Esta regulación básica nos permite conocer no sólo cuáles son tales entidades, sino también su concepto y su régimen jurídico de creación, remitiéndonos a la mencionada norma para un conocimiento detallado al respecto.

Atendiendo a la organización territorial de las CCAA, podemos afirmar, siguiendo a un gran sector de la doctrina administrativista¹⁶, que existen dos grandes categorías de entidades locales: por un lado, los entes locales territoriales necesarios (municipios y provincias), que se califican como “*necesarios*” porque están garantizados por la CE y como “*territoriales*” porque así se deriva de la CE y del art. 3.1 de la LBRL; y, por el otro, los entes locales no necesarios o dispositivos (comarcas, áreas metropolitanas, mancomunidades de municipios, consorcios y entidades locales autónomas), cuya existencia no está reconocida ni garantizada por la CE y que, al margen de su carácter territorial, tienen una clara vinculación con el municipio, puesto que se definen en relación con éste.

Es cierto que la CE no dedica ningún precepto a la enumeración de los principios que rigen o inspiran la organización territorial del Estado, si bien, entre los artículos dedicados a los principios generales (arts. 137 a 139 de la CE) y entre los preceptos que regulan la Administración local (arts. 140 a 142), se contemplan tres de los principios fundamentales: el principio de autonomía, el principio de solidaridad (art. 138.1 de la CE) y el principio de suficiencia financiera (art. 142 de la CE). De entre estos principios, destaca el principio de autonomía puesto que adquiere gran relevancia a los efectos de conocer la atribución de competencias a las Entidades Locales, así como la distribución de las mismas entre éstas y las CCAA.

¹⁶ Destacamos, entre otros, a Jiménez-Blanco y Carrillo De Albornoz, A.: “Comentario al artículo 3 LBRL”, en VV.AA., *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*. Tomo I. Tirant lo Blanch, 2007, págs. 114 a 121; y Alonso Más, M.J.: “Comentario al artículo 3 LBRL”, en VV.AA., *Comentario a la Ley Básica de Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local)*. Thomson-Civitas, 2005, págs. 184 a 195.

Al respecto, la CE reconoce el principio de autonomía en dos de sus preceptos: por un lado, con carácter general, en el art. 137 de la CE, que dispone que los municipios, provincias y Comunidades Autónomas “*gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses*”; y, por el otro lado, de forma específica para los municipios, en el art. 140 de la CE, según el cual “*la Constitución garantiza la autonomía de los municipios*”. La atención que el texto constitucional presta al principio de autonomía se limita a su reconocimiento en los dos citados preceptos; sin embargo, este escaso tratamiento contrasta con la importancia que adquiere su reconocimiento en la CE, no sólo por ser la primera vez que aparece de forma expresa reconocido en un texto constitucional, sino también porque este principio adquiere una especial fuerza frente a otros principios que no se contemplan en la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico. Y es que, tal y como se ha afirmado, el principio de autonomía no es sólo un principio estructural del régimen local español, sino que también es un principio básico de la organización territorial de nuestro Estado –de ahí la ubicación del art. 137 de la CE en el Título VIII, entre los Principios Generales de la Organización Territorial del Estado-, de manera que en base al mismo se articula la distribución del poder entre las distintas instancias territoriales que componen nuestra nación¹⁷.

Ahora bien, para comprender esta afirmación, se ha de entrar a conocer cuál es el contenido y significado del principio de autonomía. En este sentido, el art. 137 de la CE tan sólo aclara que los entes territoriales que en el mismo se enumeran y, en concreto, los entes locales, gozan de autonomía “*para la gestión de sus respectivos intereses*”, sin concretar nada más al respecto y sin especificar cuáles son estos intereses locales. A tenor de la jurisprudencia del TC¹⁸, la autonomía para la gestión de los intereses propios del ente local se configura como un derecho a participar o intervenir en la gestión de los asuntos que sean de interés local, articulándose esta participación mediante la asignación de competencias, de manera que los intereses se materializan en competencias concretas de los entes locales¹⁹. La CE no nos indica cuáles son estas competencias, a diferencia de lo que hace en relación con las competencias del Estado y de las CCAA, sino que remite al legislador la labor de concretar las materias

¹⁷ Con estas palabras se pronuncia Toscano Gil, Francisco: *Autonomía y potestad normativa local*. Editorial Comares, 2006, págs. 32 y 33.

¹⁸ STC 32/1981, de 28 de julio, y STC 27/1987, de 27 de febrero.

¹⁹ Véase a Toscano Gil, Francisco: *Autonomía y potestad normativa local*, op. cit., págs. 42 y 43.

sobre las que las Entidades Locales han de ejercer sus competencias. Y esta labor la ha desarrollado, como punto de partida, la LBRL, que define las materias sobre la que recaen las competencias locales, si bien es cierto que la concreción final de las competencias es una labor asignada al legislador sectorial. La autonomía local es, pues, un principio de configuración legal, puesto que su contenido lo define el legislador, que, en todo caso, ha de respetar un contenido mínimo que garantiza la CE.

Para conocer cómo la LBRL ha concretado el contenido de la autonomía local, se ha de atender a su art. 2.1, que reconoce el derecho de las Entidades Locales a participar en todo asunto de interés local²⁰ y contiene las claves necesarias para conocer el contenido de la autonomía local, cuales son: en primer lugar, la forma en que se hace efectiva la autonomía que la CE garantiza a las entidades locales –asegurar su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente a sus intereses-; en segundo lugar, el modo en que se asegura ese derecho de intervención en los asuntos que afecten a sus intereses –atribuyendo determinadas competencias-; en tercer lugar, identifica quién tiene la responsabilidad de hacer efectiva la autonomía local –el legislador sectorial, tanto estatal como de las Comunidades Autónomas, en atención a la distribución de competencias que marca la CE-; y, finalmente, concreta cuáles son los criterios y principios a tener en cuenta para atribuir a los entes locales determinadas competencias –las características de la actividad pública de que se trate y la capacidad de gestión de la entidad local, por un lado, y los principios de descentralización, proximidad, eficacia, eficiencia y estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, por el otro-.

Se aprecia, pues, cómo es el legislador sectorial estatal y autonómico el que asume un especial protagonismo a la hora de atribuir las competencias que corresponden a los entes locales, haciendo efectivo, con ello, el principio de autonomía local. La LBRL se remite al legislador sectorial si bien es cierto que

²⁰ Este precepto dispone que “*Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades Locales, la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera*”.

le marca ciertas pautas que ha de respetar y tener en cuenta. De esta forma, atendiendo a la CE y la LBRL, podemos apreciar cómo se establece un sistema en virtud del cual la concreción y definición del principio de autonomía se reparte entre el legislador básico de carácter estatal, que señala las pautas que se han destacado, y el legislador sectorial, estatal o autonómico, que desarrolla la autonomía local y concreta su contenido, atribuyendo determinadas competencias. Este sistema responde al reparto de competencia legislativa que establece la CE en materia de régimen local, cuyo art. 149.1.18^a dispone que corresponde al Estado dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, quedando incluida, pues, la Administración local²¹.

Atendiendo a la materia objeto de estudio en este trabajo, interesa conocer cuáles son las competencias que el legislador ha atribuido a los entes locales en materia de Servicios Sociales, reconociendo así, al menos en relación con esta materia, la autonomía colectiva de estos entes.

3.3. Tipos de competencias de las Entidades Locales

Las competencias de las Entidades Locales se clasifican en tres tipos, según lo previsto en el art. 7 de la LBRL, tras la reforma llevada a cabo por la LRSAL: las competencias propias, las competencias delegadas y las competencias que no son propias ni delegadas.

Las competencias propias de los Municipios, Provincias y demás entidades locales territoriales *“sólo podrán ser determinadas por Ley y se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas”* (art. 7.2 de la LBRL). Las competencias propias de las Diputaciones Provinciales son las que en este concepto le atribuyan las leyes del Estado y de las CCAA (principio de reserva de ley formal) en los diferentes sectores de la acción pública y, en todo caso, las competencias que se relacionan en el art. 36.1 de la LBRL. Por su parte, las competencias propias de los municipios se ejercerán en todo caso en las materias que se enumeran en el art. 25.2

²¹ En este sentido se ha dicho que el legislador debe *“tener muy claro que es a él a quien compete desplegar, de acuerdo con el dictado del art. 2 LB, la máxima corrección en esa tarea, que el ordenamiento le atribuye, de identificar los intereses locales y, a partir de ahí, proceder a la adecuada asignación de competencias, tal y como exige de forma imperativa el modelo de pluralismo territorial de nuestra CE”*. Sosa Wagner, F.: *“Aproximación básica a las competencias locales”*, en VV.AA., *Las competencias locales*. Marcial Pons, 2007, pág. 18.

de la LBRL. Ambos preceptos serán objeto de estudio en el siguiente apartado, cuando se aborde el análisis de las competencias de las Entidades Locales en materia de Servicios Sociales.

Las competencias delegadas son las que con tal carácter les atribuye el Estado y las CCAA, en el ejercicio de sus respectivas competencias. La delegación tiene como cometido, según indica el art. 27.1 de la LBRL, “*mejorar la eficacia de la gestión pública, contribuir a eliminar duplicidades administrativas y ser acorde con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera*”. Las competencias delegadas se ejercen en los términos establecidos en la disposición o en el acuerdo de delegación, según corresponda, con sujeción a las reglas establecidas en el art. 27 de la LBRL, y preverán técnicas de dirección y control de oportunidad y eficacia. Dicho precepto regula el contenido de la delegación, de manera que ésta debe determinar el alcance, contenido, condiciones y duración de la delegación que no podrá ser inferior a cinco años, así como el control de eficiencia que se reserve la Administración delegante y los medios personales, materiales y económicos que ésta asigne sin que pueda suponer un mayor gasto de las Administraciones Públicas.

A tal efecto, la delegación se acompaña de una memoria económica donde se valora el impacto en el gasto de las Administraciones Públicas afectadas sin que, en ningún caso, pueda suponer un mayor gasto de las mismas. Asimismo, la delegación ha de ir acompañada de la correspondiente financiación, siendo necesaria la existencia de dotación presupuestaria adecuada y suficiente en los presupuestos de la Administración delegante para cada ejercicio, de manera que la ausencia de dicha dotación hará nula la delegación. Si las CCAA delegan competencias será necesario que se establezca una cláusula de garantía del cumplimiento de las obligaciones financieras o compromisos de pago consistente en la autorización a la Administración General del Estado a aplicar retenciones en las transferencias que les correspondan por aplicación de su sistema de financiación, en los términos previstos en el art. 57 bis de la LBRL, incorporado por la LRSAL. De esta forma, la delegación de competencias deberá ir acompañada de la correspondiente dotación presupuestaria, con una cobertura del 100% del coste del servicio y su cobro deberá estar garantizado.

La Administración delegante tiene diversas facultades: dictar instrucciones técnicas de carácter general; recabar información sobre la gestión; enviar comisionados; y formular requerimientos para la subsanación de las deficiencias observadas. De manera que el incumplimiento de las directrices, la denegación de las informaciones solicitadas y la inobservancia de los requerimientos formulados pueden llevar a la Administración delegante a la revocación de la delega-

ción o a ejecutar por sí misma la competencia delegada. De la misma forma que entre las causas de renuncia se encuentra el incumplimiento de las obligaciones financieras por parte de la Administración delegante o cuando se justifique la imposibilidad de su desempeño por la Administración en la que han sido delegadas las competencias sin menoscabo del ejercicio de sus competencias propias.

Y, finalmente, las competencias distintas de las propias y de las delegadas, que no precisan ser atribuidas ni por el Estado ni por las CCAA y que sólo pueden ejercerse por las Entidades Locales cuando concurren dos requisitos de carácter material, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 7.4 de la LBRL. Primero, cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda local, cumpliendo los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Por ello, cuando por incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto, las corporaciones locales incumplidoras formulen su plan económico-financiero lo harán de conformidad con los requisitos formales que determine el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y dicho plan incluirá, entre otras medidas, la supresión de las competencias que ejerza la entidad local que sean distintas de las propias y de las ejercidas por delegación (art. 116 bis de la LBRL)²². Y, segundo, cuando no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. A estos efectos, la Entidad Local precisará, como requisitos procedimentales, dos informes previos y vinculantes, uno de la Administración competente por razón de la materia, que será la Comunidad Autónoma en la materia que nos interesa, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y otro de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias²³.

²² Asimismo, el art. 116 ter de la LBRL, también introducido por la LRSAL, dispone que *“todas las Entidades Locales calcularán antes del día 1 de noviembre de cada año el coste efectivo de los servicios que prestan, partiendo de los datos contenidos en la liquidación del presupuesto general y, en su caso, de las cuentas anuales aprobadas de las entidades vinculadas o dependientes, correspondiente al ejercicio inmediato anterior”*. Vid. la **Res. de 23 de junio de 2015, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se especifican los elementos incluidos en los anexos de la Orden HAP/2075/2014, de 6 de noviembre, por la que se establecen los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios prestados por las entidades locales.**

²³ En el caso de las CCAA de Andalucía, Aragón, Principado de Asturias, Castilla y León, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco, La Rioja y Comunidad Valenciana la elaboración de este informe corresponde al órgano de esa comunidad que tenga atribuida la competencia en materia

Uno de los objetivos de la reforma local llevada a cabo por la LRSAL es, precisamente, la clarificación de las competencias de las Entidades Locales, con la finalidad de evitar que ésta ejerzan competencias que no les corresponden cuando no cuenten con la financiación suficiente para ello o cuando suponga una duplicidad con las ejercidas por otras Administraciones Públicas²⁴. Según la Exposición de Motivos de la LRSAL, el Estado ejerce su competencia de reforma de la Administración local para tratar de definir con precisión las competencias que deben ser desarrolladas por la Administración local, diferenciándolas de las competencias estatales y autonómicas. Así, “*las Entidades locales no deben volver a asumir competencias que no les atribuye la ley y para las que no cuenten con financiación. Por tanto, sólo podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública*”.

Pues bien, precisamente, para determinar la repercusión de la reforma local llevada a cabo por la LRSAL en materia competencial y, en concreto, con el cometido de analizar la clarificación de las competencias de las Entidades Locales en materia de Servicios Sociales y conocer así el estado de la cuestión al respecto, se aborda el estudio de las competencias propias, delegadas o distintas de las propias y delegadas que las Entidades Locales, en concreto, las Diputaciones Provinciales y los Municipios, pueden asumir en materia de Servicios Sociales.

3.4. Competencias de las Entidades Locales en materia de Servicios Sociales

3.4.1. Competencias de los Municipios

La normativa reguladora de la atribución de competencias en materia de Servicios Sociales

de tutela financiera sobre las Entidades Locales. En el resto de las CCAA la administración que tiene la tutela financiera es el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Vid. la Nota Explicativa de la Reforma Local. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/Gestión del Portal/Nota explicativa de la reforma local.pdf>

²⁴ Al respecto, vid. *Las competencias de los Ayuntamientos en materia de servicios sociales tras la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*. Dirección General de los Servicios Jurídicos Coordinación Territorial e Internacional. Federación Española de Municipios y Provincias.

La CE presta escasa atención a los municipios, a los que de forma exclusiva y directa sólo se refiere su art. 140 para garantizar la autonomía de los mismos, para disponer que gozan de personalidad jurídica plena y para indicar que su gobierno y administración corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales. El reconocimiento de la autonomía para la gestión de “*sus respectivos intereses*”, tal y como dispone el art. 137 de la CE, no se acompaña, sin embargo, de una enumeración de las competencias municipales. Sí se enumeran las competencias de los municipios en algunos EEAA, tal y como ocurre con los conocidos Estatutos de segunda generación, que otorgan expresamente competencias en materia de Servicios Sociales a los municipios, si bien con una expresa remisión a lo que determinen las leyes²⁵. Pero, antes de atender a lo dispuesto al respecto en las leyes sectoriales autonómicas, es conveniente conocer la regulación sobre esta materia contenida en la legislación básica estatal.

En este sentido, como ya se ha indicado, el art. 2 de la LBRL se remite al legislador estatal y al legislador de las Comunidades Autónomas, para que sean éstos quienes determinen las competencias de los Municipios, articulando un concreto sistema o mecanismo de atribución de competencias, cuyas líneas generales se trazan, en relación con los Ayuntamientos, en el Capítulo III de la propia LBRL. Efecto, según dispone el art. 25.1 de la LBRL, “*el Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal...*”. Este apartado, cuyo sentido se discute por la doctrina, puesto que algunos autores entienden que se trata de una declaración de capacidad o de legitimación para actuar, mientras que otros consideran que se trata de una cláusula de habilitación general de competencias²⁶, permite, en términos generales, que los Municipios promuevan “*actividades*” y presten “*servicios públicos*”²⁷, si bien es cierto que necesita ser

²⁵ En este sentido, se pueden destacar el Estatuto de Autonomía de Andalucía, cuyo art. 92.2 dispone que los Ayuntamientos tienen competencias propias sobre la gestión de los servicios sociales comunitarios, y el Estatuto de Autonomía de Cataluña, según el cual los gobiernos locales de dicha región tienen, en todo caso, competencias propias, sobre la regulación y la prestación de los servicios de atención a las personas, de los servicios sociales públicos de asistencia primaria y fomento de las políticas de acogida de inmigrantes (art. 84.2 m)

²⁶ Para conocer en detalle esta discusión doctrinal y la posición que al respecto mantienen diversos autores, se puede ver a Toscano Gil, F.: *Autonomía y potestad normativa local*, op. cit., págs. 67 y 68.

²⁷ La actual redacción de este precepto, dada por la LRSAL, presenta un carácter limitativo de la autonomía local respecto de la regulación anterior, que se pone de manifiesto en la desapa-

objeto de una mayor concreción, puesto que no se especifica cuál es el ámbito competencial en el que se pueden desarrollar y prestar tales actividades y servicios.

Precisamente, se avanza en la delimitación de dicho ámbito competencial en el apartado 2 del mismo precepto, que dispone que el Municipio ejercerá, en todo caso, como competencias propias en las materias que se enumeran, entre las que destacamos la letra e) referente a la *“evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a persona en situación o riesgo de exclusión social”*; competencias que se ejercerán –insiste la LBRL– *“en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas”*. Es más, el art. 26.1 de la LBRL especifica que la evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social es uno de los servicios que los Municipios con población superior a 20.000 habitantes han de prestar, en todo caso.

Se suprime, pues, la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social en cuanto materia sobre las que los Municipios ejercían, hasta la reforma de la LBRL por la LRSAL, competencias propias. Se produce así una restricción del ámbito material sobre el que los Municipios ejercen competencias propias, modificándose, desde el 31 de diciembre de 2013 en que entró en vigor la LRSAL, la atribución competencial de los Municipios prevista en la LBRL, en concordancia con lo dispuesto por la disposición transitoria segunda de la LRSAL. La prestación de los servicios sociales y la promoción y reinserción social deja de ser una materia sobre la que los Municipios ejercen competencias propias y deja de ser un servicio que en todo caso han de prestar los Municipios con población superior a 20.000 habitantes. Desde el 31 de diciembre de 2015, tras un período transitorio en el que esta materia deja de ser competencia de los Municipios, son las CCAA las que asumen, como ya se ha dicho, la titularidad de dichas competencias.

En relación con la reducción y concreción de la materia sobre la que los Municipios pueden ejercer competencias, se ha planteado la cuestión acerca de si la nueva redacción del art. 25 de la LBRL entra dentro de la labor que la CE encomienda al legislador básico, al especificar de forma detallada las materias sobre las que las Entidades Locales pueden asumir competencias, teniendo en

rición de los términos *“toda clase de”* actividad y *“cuantos”* servicios públicos, añadiéndose que, en esta misma línea restrictiva, que la actuación del municipio se hará *“en los términos previstos en este artículo”*.

cuenta que se trata de un ámbito competencial de exclusiva titularidad autonómica. Así, se ha dicho que la decisión del legislador básico de régimen local merma el nivel de garantía de autonomía local, si bien esta opción por reducir los espacios donde es imperativo reconocer competencias a los Ayuntamientos parece acorde con la CE, de acuerdo con la jurisprudencia del TC, que deja en manos del legislador determinar cuál es el contenido de la autonomía de los entes locales, con el límite de que en cada momento dicho contenido ha de asegurar la preservación de la institución para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar²⁸. Sin embargo, en sentido contrario, se ha afirmado que el legislador ha excedido su papel de básico y ha invadido competencias autonómicas en materia de asistencia social, debiendo ser el legislador autonómico el que determine dentro de las materias de su titularidad qué competencias corresponden dentro de la asistencia social a los Ayuntamientos²⁹.

Ahora bien, en relación con esta cuestión lo importante es conocer el alcance de la reducción del ámbito en el que los Municipios pueden tener competencias propias³⁰, siendo determinante concretar cuáles son los concretos servicios sociales en los que los Municipios pueden tener funciones propias. Así, por un lado, se encuentra “*la evaluación e información de situaciones de necesidad social*”, que siguiendo el Catálogo de Referencia de Servicios Sociales, aprobado por Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, de 16 de enero de 2013, parece que se hace alusión a que los Municipios han de tener competen-

²⁸ Vid. al respecto a Velasco Cabellero, F.: “Títulos competenciales y garantía constitucional de autonomía local en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en VVAA, *La reforma del 2013 del régimen local español*. Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014, págs. 95 y 96 y Almeida Cerrada, M.: “El impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, en la distribución de competencias en materia de educación, salud, sanidad y servicios sociales”. *Revista d’estudis autonòmics i federals*, número 22, 2015, pág. 245. STC 4/1981, de 2 de febrero, STC 32/1981, de 28 de julio, STC 84/1982, de 23 de diciembre y STC 214/1989, de 21 de diciembre.

²⁹ En este sentido se pronuncia Arias Martínez, M.A.: “Las competencias locales en materia de servicios sociales tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local”. *Revista de Administración Pública*, número 194, 2014, pág. 392.

³⁰ Los entes locales tienen su propio ámbito competencial y, como se ha puesto de manifiesto por la doctrina y por la jurisprudencia del TC (entre otras, la STC 103/2013, de 25 de abril), el núcleo competencial que reclama la garantía institucional tienen que ser necesariamente traducido en el tipo de competencias que la LBRL califica como propias. Arias Martínez, M.A.: “Las competencias locales en materia de servicios sociales...”, op. cit., pág. 391.

cias en relación con los servicios que en dicho catálogo se clasifican como servicios de información, orientación, asesoramiento y diagnóstico. Son servicios que facilitan a las personas el acceso a los recursos, garantizando el acceso a otros sistemas de protección social y proporcionan apoyo en la realización de gestiones y tramitación de las diferentes prestaciones de servicios sociales.

Y, por otro, está la labor de “*atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión*”, pudiendo entenderse que el legislador pretende hacer referencia a la forma en la que los usuarios de los servicios sociales pueden acceder a ellos, incluyéndose los servicios de incorporación directa, sin necesidad de una decisión técnica o una resolución administrativa o judicial previas. Por su parte, la atención a personas en situación o riesgo de exclusión social se refiera a la situación en que se encuentran determinados grupos de población especialmente vulnerables (personas en situación de dependencia, víctimas de violencia de género, menores sin protección, personas sin hogar,...)³¹. Así pues, aunque la actual redacción de los arts. 25 y 26 de la LBRL implica una reducción del ámbito de intervención municipal en materia de Servicios Sociales, lo cierto es que a los Municipios les queda el cometido de desempeñar unas relevantes funciones en esta materia, especialmente por la vía de la “*atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social*”, si bien es cierto que las concretas competencias en esta materia no vienen determinadas en la LBRL.

De esta forma, la evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social que, en todo caso, deben prestar los municipios que superen los 20.000 habitantes, es una de las materias sobre las que los Municipios han de ejercer competencias; pero no se concreta, al igual que sucedía antes de esta reforma en relación con la materia más amplia consistente en la prestación de servicios sociales, qué competencias se ejercen sobre tal materia, puesto que lo único que se especifica es que se ejercerán las competencias “*en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas*”. En relación con las competencias municipales en esta materia, el art. 25 de la LBRL constituye una cláusula de garantía de un ámbito competencial mínimo para los municipios³², estableciendo varios criterios que han de regir la actuación del legislador. Así, el apartado 3 del

³¹ Sobre la concreción de estos servicios de los Municipios puede verse a Almeida Cerredá, M.: “El impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local...”, op. cit., págs. 226 y ss.

³² La función del art. 25 de la LBRL no consiste en otorgar concretas facultades a los Ayuntamientos sino que constituye una cláusula de garantía de un ámbito competencial mínimo para los

art. 25 de la LBRL insiste en la idea antes expuesta, indicando que sólo la Ley determina las competencias municipales en las materias enunciadas en este artículo, lo que tendrá que hacerlo de conformidad con los principios de descentralización, eficacia, estabilidad y sostenibilidad financiera. Dicha ley ha de prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades Locales sin que pueda conllevar, en ningún caso, un mayor gasto de las Administraciones Públicas. Y, finalmente, se establece que la ley que determine la competencia municipal propia de que se trate ha de garantizar que no se produzca una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública (art. 25.5 de la LBRL)³³.

De esta forma, para concretar estas competencias municipales, es necesario acudir a la legislación sectorial estatal, debiendo destacarse que a nivel estatal, a diferencia de lo que ocurre a nivel autonómico, no existe una ley reguladora de las prestaciones y servicios sociales. Es, por ello, por lo pueden ser las leyes estatales que se han aprobado en atención y protección de algunos de colectivos e instituciones –que, como es sabido, requieren una atención especial, por parte de los poderes públicos, para ofrecerles prestaciones, ayudas y servicios necesarios y adecuados para su bienestar y para tener una vida digna– las que pueden concretar las competencias de los Municipios. Sin embargo, atendiendo a algunas de las más relevantes normas aprobadas al respecto³⁴, se puede concluir que si

municipios, así, en cuanto tal, su tarea se agota en identificar un conjunto de asuntos en los que por existir un fuerte interés local, a juicio del legislador básico, es necesario imponer al legislador sectorial autonómico, en garantía del principio de autonomía local, la obligación de conferir concretas atribuciones a los Ayuntamientos en dichos campos. Velasco Caballero, F.: “Nuevo régimen de competencias municipales en el Anteproyecto de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local”. *Anuario de Derecho Municipal*, número 6, 2012, pág. 48.

³³ Al respecto se ha dicho que la LRSAL instaura la necesidad de que, en todo proceso de concesión de concretas competencias a los municipios, se respeten tres reglas: primera, se impone un criterio de naturaleza económica (que no suponga un mayor gasto para las Administraciones Públicas); segunda, se establece un criterio de raíz funcional (adecuada ponderación de los principios de descentralización y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos); y tercera, se fija un criterio de orden sistémico (prohibición de toda duplicidad en la atribución de facultades). Almeida Cerredá, M.: “El impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local,...”, op. cit., págs. 230 y 231.

³⁴ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España; Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las familias numerosas; Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la

bien es cierto que en estas disposiciones normativas se atribuyen competencias a los poderes públicos, no se hace una atribución específica de las competencias de los Municipios, salvo excepciones³⁵.

Por ello, se ha de atender a las leyes sectoriales de las CCAA, de forma especial, a las leyes de Servicios Sociales, que son las que concretan las competencias de las entidades locales en esta materia. Así, las Leyes de Servicios Sociales que se han aprobado en todas las CCAA regulan la atribución competencial, concretando las competencias de los Ayuntamientos. En la práctica totalidad de las leyes autonómicas de Servicios Sociales se contemplan estas competencias de los Municipios en materia de prestación de servicios sociales como competencias propias, indicándose de forma expresa en algunas de estas normas que la ordenación competencial se hace atendiendo a lo dispuesto en la LBRL³⁶, en la redacción anterior a la reforma llevada a cabo por la LRSAL. En otras normas se regulan de forma conjunta las competencias de las Diputaciones y de los Municipios, ejerciéndose las mismas en sus respectivos ámbitos territoriales³⁷. Asimismo, algunas leyes de Servicios Sociales hacen referencia expresa a la posibilidad de que las CCAA respectivas puedan delegar competencias en esta materia, sin hacer una delegación específica de competencias³⁸; tan sólo la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía regula, con el carácter de competencias delegadas por la Junta de Andalucía, diversas competencias de los Municipios, que se enumeran en el art. 19 de dicha ley.

Violencia de Género; Ley Orgánica 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia; y Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de Hombres y Mujeres.

³⁵ Vid. por ejemplo, el art. 12 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, que regula la participación de las entidades locales en la gestión de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia, así como la participación de dichas entidades locales en el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

³⁶ Así, por ejemplo, el art. 13 de la Ley 9/1987, de 28 de abril, de Servicios Sociales de Canarias (BO de Canarias de 4 de mayo), el art. 48 de la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León (BO Castilla y León de 21 de diciembre) y el art. 16 de la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de los Servicios Sociales de Madrid (BO de Madrid de 14 de abril).

³⁷ Así, art. 48 de la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León (BO de Castilla y León de 21 de diciembre); y art. 6 de la Ley 5/1997, de 25 de junio de Servicios Sociales de la Comunidad Valenciana (BO Generalitat Valenciana de 10 de julio).

³⁸ Así el art. 8 de la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales de Asturias (BO del Principado de Asturias de 8 de marzo).

Ahora bien, esta atribución de competencias municipales en materia de servicios sociales presenta problemas de ajuste con el esquema competencial que deriva de la actual redacción de la LBRL y de la disposición transitoria segunda de la LRSAL, generándose un conflicto normativo que requiere un análisis específico.

Conflictos normativos que emanan de la nueva regulación de la LBRL y de la disposición transitoria segunda de la LRSAL

Las competencias municipales en materia de prestación de servicios sociales que se regulan en las Leyes de Servicios Sociales, desde la entrada en vigor de la LRSAL, suponen la atribución de una intervención a los Municipios que excede el ámbito material sobre el que pueden ejercer competencias tras la reducción de dicho ámbito que se perfila en los actuales art. 25 y 26 de la LBRL. O, dicho en otras palabras, la actual LBRL y la disposición transitoria segunda de la LRSAL implican una alteración del reparto competencial contemplado en las Leyes de Servicios Sociales, que atendiendo a sus propios EEAA y a la redacción anterior de la LBRL sí contemplan competencias de los Municipios en materia de prestación de servicios sociales. De esta forma, la distribución competencial en esta materia que contienen no sólo estas leyes autonómicas, sino también los EEAA, podría contrariar lo dispuesto en la LBRL y en la disposición transitoria segunda de la LRSAL puesto que los Municipios sólo tienen competencias en una materia mucho más restringida.

Se plantean así conflictos normativos en dos niveles. Primero, surge la compleja cuestión sobre la vinculación de estas atribuciones de los EEAA en materia de Servicios Sociales al legislador básico, sin que al respecto las posiciones doctrinales y jurisprudenciales sean coincidentes³⁹. Cabe entender, conforme a la doctrina del TC (TSC 31/2010, de 28 de junio), que la legislación básica de régimen local y las normas estatutarias que contengan una relación de competencias locales pueden coexistir si los EEAA mantienen o incluso amplían la autonomía local garantizada en la CE y en la LBRL, de manera que los conflictos normativos se han de resolver conforme al principio de autonomía, aplicando de forma preferente la normativa, sea estatal o estatutaria, que contemple un mayor grado de autonomía local. De manera que los contenidos básicos en materia de régimen local que hagan referencia a los servicios sociales

³⁹ Sobre esta discusión vid. a Arias Martínez, M.A.: “Las competencias locales en materia de servicios sociales...”, op. cit., págs. 376 a 378.

se han de entender como un nivel mínimo, que, por supuesto, han de respetarse por los EEAA y por las leyes sectoriales. El segundo nivel de conflicto normativo que se plantea consiste en determinar el nivel de vinculación del legislador autonómico a los EEAA, cuya respuesta es mucho más sencilla, puesto que cuando éstos reconocen a los Ayuntamientos determinadas facultades en materia de Servicios Sociales, dichas facultades actúan como un mínimo que ha de respetar el legislador autonómico. De hecho, en la materia objeto de estudio no surge este segundo nivel de conflicto.

De esta forma, si en el primer nivel de conflicto, en aras del favorecimiento de la autonomía local desde una perspectiva competencial, se ha de dar preferencia a lo dispuesto en los EEAA (si es que su regulación contiene un más elevado grado de autonomía) y si, al mismo tiempo, las normas estatutarias han de ser respetadas por las leyes sectoriales autonómicas, la conclusión a la que se llega es que se puede salvar la más amplia atribución competencial a los Municipios contenida en las leyes de Servicios Sociales autonómicas, a pesar de que excede de la asignación de las materias contenidas en la LBRL sobre las que pueden ejercer competencias los Municipios. A esta misma conclusión se llega atendiendo a una interpretación finalista y sistemática del art. 25.2 de la LBRL que, no se olvide, es el origen de estos conflictos normativos.

En efecto, una interpretación literal del art. 25.2 de la LBRL permite entender que se ha establecido una cláusula de competencias máximas de los municipios, y no un conjunto mínimo de materias que puede ser ampliado por el legislador autonómico. A pesar de que ésta parece ser la voluntad del legislador, lo cierto es que esta interpretación podría vulnerar la CE, en cuanto el Estado, al fijar esta cláusula máxima de competencias municipales, excedería de su competencia legislativa básica en materia de régimen local, si bien es cierto que, como ha dicho el TC⁴⁰, el Estado tiene capacidad para fijar las directrices destinadas a ordenar la asignación de las competencias que se deben reconocer a las Entidades Locales. Pero, además, esta interpretación plantea una dificultad para casar la restricción del ámbito de intervención de los Municipios con el reparto competencial que se pueda contemplar en los EEAA.

Por ello, para evitar una interpretación inconstitucional del art. 25 de la LBRL y, asimismo, para salvar una derogación implícita de las leyes autonómicas que atribuyan una intervención a los Municipios que exceda del ámbito

⁴⁰ STC 214/1989, de 21 de diciembre.

material sobre el que pueden ejercer competencias a tenor del actual art. 25.2 de la LBRL, se considera conveniente realizar una interpretación sistemática de dicho precepto, poniéndolo en conexión con el art. 2.1 de la LBRL, y teleológica, en virtud del principio de autonomía local. Así, se ha de entender que la reforma del art. 25 de la LBRL llevada a cabo por la LRSAL no ha de impedir a los legisladores de las CCAA la posibilidad de ampliar esta cláusula de competencias, ni prohibir el otorgamiento de facultades a los Ayuntamientos en otros sectores no previstos en el art. 25.2 de la LBRL⁴¹. Pero la ampliación de las materias sobre las que los Municipios pueden ejercer competencias ha de hacerse cumpliendo los requisitos y condiciones que exige la redacción actual de la LBRL.

En sentido contrario se pronunció el Consejo de Estado, en cuyo dictamen⁴² se indica que la LBRL es una norma básica que vincula a las CCAA y delimita el ámbito a partir del cual ésta pueden establecer, en el ejercicio de sus competencias, su propia regulación respecto de la materia de que se trate. Si el ámbito de servicios sociales se disminuye como consecuencia de una modificación llevada a cabo en la LBRL serán las CCAA las que, en su caso, “*deban ajustar su esquema competencial de atribución de competencias a los Municipios a lo dispuesto con carácter básico por el legislador estatal*”. Puesto que, entenderlo de otro modo, significaría que promulgados los EEAA o aprobadas las normas delimitadoras de competencias, el marco competencial devendría indisponible para el legislador estatal, que no podrá alterar el alcance dado a la autonomía local. Atendiendo a esta posición, las bases estatales fijan máximos que las CCAA no pueden superar, de manera que éstas no pueden elevar el nivel de autonomía municipal.

Sin embargo, como ha puesto de manifiesto la doctrina⁴³, hay que tener presente que el art. 25 de la LBRL es una norma de garantía de la autonomía

⁴¹ Al respecto, Toscano Gil, F.: “El nuevo sistema de competencias municipales tras la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: competencias propias, competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, número, 165, 2014, pág. 300 y Alonso Mas, M.J.: “El nuevo régimen de las competencias municipales”, en VVAA, *Reforma del Régimen Local*. Aranzadi, 2014, pág. 163 y ss.

⁴² Dictamen de 26 de junio de 2013 en relación con el Anteproyecto de la LRSAL.

⁴³ Velasco Caballero, F.: “Títulos competenciales y garantía constitucional...”, op. cit., págs. 91 y 92 y Arias Martínez, M.A.: “Las competencias en materia de servicios sociales...”, op. cit., págs. 393 y 394.

local y no una norma de atribución de competencias, de manera que, tal y como ha señalado el TC⁴⁴, aunque la LBRL puede contener reglas sobre la forma de asignación de competencias locales, corresponde a las CCAA, en materias de su exclusiva titularidad, la determinación de las competencias municipales. Aunque es cierto que la nueva redacción del art. 25 de la LBRL supone una reducción de la garantía legal de la autonomía local, lo cierto es que dicho precepto no impide a las CCAA atribuir a los municipios competencias al margen de la lista de materias en la que en todo caso los Municipios tiene que tener algún tipo de intervención. Así, el art. 25.2 de la LBRL ha de entenderse como un encargo para que tanto el Estado como las CCAA asignen competencias a los municipios, cada uno en sus ámbitos materiales propios puesto que, entenderlo de otro modo, sería tanto como considerar dicho precepto incompatible con la competencia exclusiva de las CCAA en materia de Asistencia Social.

Las vías de ampliación de las competencias municipales en materia de servicios sociales

La restricción del ámbito material de intervención de los Municipios puede ampliarse por varias vías diferentes. En primer lugar, en el caso de que las CCAA, en cuanto titulares de las competencias en la materia de prestación de servicios sociales, deleguen en los Municipios el ejercicio de sus competencias, en cuyo caso tienen que cumplirse las condiciones y requisitos del art. 27 de la LBRL. De hecho, precisamente, el apartado 2 de este precepto contempla, entre las competencias que se pueden delegar, la prestación de los servicios sociales, lo que se corrobora en la disposición transitoria segunda de la LRSAL. Además de las facultades de la Administración delegante y del contenido de la propia delegación, es esencial que ésta vaya acompañada en todo caso de la correspondiente financiación, para lo que es necesaria la existencia de una dotación presupuestaria adecuada y suficiente en los presupuestos de la Administración delegante para cada ejercicio económico⁴⁵. De esta forma, las competencias que ejerzan los Municipios en materia de Servicios Sociales por esta vía no tienen ya

⁴⁴ STS 214/1989, de 21 de diciembre.

⁴⁵ Al respecto se ha dicho que, tras la reforma del art. 27 de la LBRL, la delegación ya no se configura como un técnica de ampliación del poder local que le permita gestionar conforme a los principios de eficacia y máxima proximidad competencias en ámbitos materiales de interés local, sino un instrumento de reducción de costes en la gestión de competencias autonómicas y estatales. Velasco Caballero, F.: “Nuevo régimen de competencias municipales...”, op. cit., pág. 45.

el carácter de propias, sino de competencias delegadas, por lo que la titularidad de estas competencias no es de los municipios sino de la Administración que delega⁴⁶.

En segundo lugar, cuando el Municipio ejerza, como competencia distinta de las propias y de las atribuidas por delegación, competencias en materia de Servicios Sociales, en cuyo caso han de cumplirse los requisitos de forma y contenido que se exigen en el art. 7.4 de la LBRL. Los informes requeridos por dicho precepto son informes vinculantes, de manera que si de los mismos se deduce que la competencia en cuestión no es sostenible por el Municipio o de que existe duplicidad en la prestación de los servicios, el Municipio debe dejar de ejercer la competencia. Con la exigencia de estos requisitos se busca que no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera de la Hacienda municipal ni se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. De esta forma, se cubre el vacío que se produciría si la Administración titular de las competencias en materia de Servicios Sociales no presta estos servicios⁴⁷, pudiendo cubrir el espacio que deja la eliminación de las actividades complementarias tras la supresión del art. 28 de la LBRL. Este tipo de competencia es la que podría permitir la ampliación de las facultades de los Municipios por la vía de la prestación de servicios, más allá de los servicios mínimos que se enumeran en el art. 26 de la LBRL que, en todo caso, han de prestar determinados Ayuntamientos. De manera que es posible que, al margen del número de habitantes, si los Ayuntamientos cuentan con los recursos necesarios y no se generan duplicidades, puedan prestar determinados servicios en materia de Servicios Sociales. Lo que enlaza con el mantenimiento de determi-

⁴⁶ En relación con las competencias que en materia de servicios sociales hubieran sido delegadas a los Municipios antes de la entrada en vigor de la LRSAL, se ha de atender a lo dispuesto en el art. 57.2 bis de la LRSAL y en el apartado 1 de la disposición adicional novena del mismo texto normativo. De esta forma, los acuerdos de delegación de competencias que a la entrada en vigor de la LRSAL hayan sido objeto de prórroga, sólo podrán volver a prorrogarse en el caso de que se incluyan en los mismos la cláusula de garantía que se regula en el mismo precepto, siendo también de aplicación esta regla a los acuerdos que se pueda prorrogar por primera vez tras la entrada en vigor de la LRSAL. Asimismo, los convenios o acuerdos de cooperación ya suscritos por las CCAA con las Entidades Locales, que lleven aparejada cualquier tipo de financiación destinada a sufragar el ejercicio por parte de éstas últimas de competencias delegadas, han debido adaptarse a lo previsto en la LRSAL antes de 31 de diciembre de 2014 puesto que, transcurrido este plazo, han quedado sin efecto.

⁴⁷ Al igual que se dispone respecto de las competencias delegadas, la disposición adicional novena de la LRSAL exige que los convenios ya suscritos para el desarrollo de competencias distintas de las enumeradas en los arts. 25 y 27 han debido adaptarse a lo previsto en la LRSAL a 31 de diciembre de 2014, quedando sin efecto en caso contrario

nados servicios en esta materia que contemplen, en cuanto competencias municipales, las leyes de Servicios Sociales de las CCAA, a pesar de la reducción del contenido prestacional que se ha llevado a cabo por la LBRL⁴⁸.

La tercera vía no implica una ampliación del ámbito material de intervención de los Municipios sino el mantenimiento de las competencias municipales en Servicios Sociales. Consiste en la posibilidad de que los Municipios sigan prestando los Servicios Sociales, incluso tras el 31 de diciembre de 2015, en el caso de que la Comunidad Autónoma no hubiera asumido el desarrollo de los servicios de su competencia prestados por los Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes o, en su caso, no hubiera acordado su delegación. En este último supuesto –que impide que estos servicios dejen de ser prestados a los ciudadanos- los servicios se siguen prestando por los Municipios pero con cargo a la Comunidad Autónoma, de manera que si ésta no transfiere las cuantías precisas para ello, se aplican retenciones en las transferencias que les corresponde por aplicación de su sistema de financiación (disposición transitoria segunda de la LRSAL). Aunque es una cuestión que excede del objeto de este trabajo, al menos, ha de dejarse constancia de que la falta de transferencia de las cuantías precisas por parte de las CCAA para que los Municipios puedan seguir prestando los servicios sociales puede tener una importante repercusión en el mantenimiento del empleo en el caso de que dependa de la dotación económica. En concreto, se trata de la posible concurrencia de causa económica de despido al existir una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente que afecta a la financiación de estos servicios públicos⁴⁹. Cuestión que adquiere gran relevancia por la actual situación de crisis económica que afecta de forma particular a la Administración Pública en su dimensión de reducción del gasto público.

La última posibilidad de ampliación del ámbito de intervención de los Municipios en la prestación de Servicios Sociales es que los Municipios asuman competencias sobre otras materias no incluidas en el listado del art. 25 de la LBRL si así se las atribuye una ley sectorial⁵⁰. La base jurídica de esta amplia-

⁴⁸ Arias Martínez, M.A.: “Las competencias en materia de servicios sociales...”, op. cit., pág. 385 y Velasco Cabellero, F.: “Nuevo régimen de competencias municipales...”, op. cit., pág. 39.

⁴⁹ Vid. al respecto la STS de 24 de febrero de 2015 (RJ 2015/1010), STS de 21 de abril de 2015 (RJ 2015/2812).

⁵⁰ Este es el criterio del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la nota explicativa sobre la LRSAL.

http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/Gestion_del_Portal/Nota_explicativa_de_la_reforma_local.pdf

ción material sobre las que los Municipios pueden ejercer competencias no es el art. 25 de la LBRL puesto que los apartados 4 y 5 de dicho precepto se refieren a la determinación de competencias en las materias enumeradas en el mismo; sino que es el art. 2 de la LRRL que, para garantizar la autonomía de las Entidades Locales, dispone que se ha de asegurar a los Municipios, como ya se expuso antes, el derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles competencias en atención a la capacidad de gestión, de conformidad con determinados principios y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Precisamente, en base a dicho precepto y en desarrollo del art. 25 de la LBRL, se han aprobado las leyes autonómicas de Servicios Sociales; pero el problema que surge, como se ha expuesto, es que el reparto y atribución competencial que se contempla en estas normas no se ajusta a lo dispuesto por el art. 25 de la LBRL y por la disposición transitoria segunda de la LRSAL. Por ello, esta última vía de ampliación del ámbito de intervención municipal se conecta con la cuestión antes planteada acerca de la contradicción entre las leyes autonómicas de Servicios Sociales y la LBRL, por lo que nos remitimos al análisis antes realizado sobre esta compleja cuestión.

Aparte de la dificultad de dar una respuesta a este conflicto normativo, lo que sí está claro es que cuando se trate de competencias propias de nueva atribución, no ejercidas por los Municipios antes de la LRSAL, la ley que atribuya una competencia ha de cumplir con los requisitos y exigencias contenidos en los arts. 2 y 25 de la LBRL, básicamente la estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuesta y sostenibilidad financiera, así como garantizar que no se produzca una duplicidad administrativa. El ajuste a estos principios y exigencias es imposible de exigir a las normas ya en vigor, como ocurre con las leyes autonómicas de Servicios Sociales, por lo que sólo se puede reclamar a las disposiciones que se tramiten tras la entrada en vigor de la LRSAL⁵¹. Pero ello no quita que en un ejercicio responsable de las CCAA, en cuanto competentes en materia de Asistencia Social, éstas velen por el efectivo soporte económico de las competencias que desarrollen en materia de Servicios Sociales las Entidades Locales que, sin duda, es el objetivo esencial que da sentido al trasvase competencial de éstas a las CCAA y a la nueva regulación de la LBRL. Para lo cual, en el ejercicio de sus competencias, podrían demandar esta exigencia en virtud de la cual los Municipios sólo podrán prestar servicios sociales si cuentan con los

⁵¹ Al respecto, puede verse a Almeida Cerredá, M.: “El impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local,...”, op. cit., pág. 246.

recursos económicos suficientes, lo que, por otra parte, se garantiza, según el tipo de competencia (propia, delegada o diferente de la propia y delegada) en la LBRL.

Así se cumple con uno de los objetivos esenciales de la LRSAL que consiste en “*clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones de forma que se haga efectivo el principio una Administración una competencia*”, con la finalidad de lograr la sostenibilidad financiera de la Administración local, para dar cumplimiento con ello a los compromisos de estabilidad contraídos con Europa. Es, por ello, por lo que en todas estas vías de ampliación del ámbito material de intervención de los Municipios se exigen determinados requisitos para garantizar la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera de los mismos.

3.4.2. *Competencias de las Diputaciones Provinciales*

La CE no contempla cuáles son las competencias de las Diputaciones Provinciales ni realiza una enumeración de las mismas⁵². La atención que nuestro texto constitucional ha prestado a la Administración Local y, en concreto, a la provincia es mínima, puesto que el único precepto que se refiere de forma directa y exclusiva a dicha entidad local es el art. 141, que dispone, en su apartado 2, que el Gobierno y administración autónoma de las provincias estarán encomendados a las Diputaciones u otras Corporaciones de carácter representativo. Sin embargo, a pesar del parco tratamiento que la CE da a la provincia, la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, como se ha dicho, sí reconoce el principio de autonomía local –que permite articular la distribución del poder entre las distintas entidades territoriales que conforman el estado español-⁵³, disponiendo, en su art. 137, que la provincia goza de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.

⁵² La explicación del silencio de la CE, según ha destacado la doctrina, se halla en razones de técnica legislativa, puesto que los continuos cambios de que son objeto las competencias locales desaconseja su fijación en un texto constitucional, ya que ello obligaría a reformas constantes. Véanse al respecto a Fanlo Loras, A.: *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1990, pág. 284; a García Morillo, J.: La configuración constitucional de la autonomía local. Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 43; y Toscano Gil, F.: *Autonomía y potestad normativa local*, op. cit., pág. 43, nota a pie de página 76.

⁵³ Con estas palabras se pronuncia Toscano Gil, F.: *Autonomía y potestad normativa local*, op. cit., pág. 33.

El vacío competencial de la CE se cubre, si bien ahora se verá con qué alcance, por la LBRL⁵⁴, cuyo art. 2 se remite, como se ha dicho, al legislador estatal y al legislador de las Comunidades Autónomas, para que sean éstos quienes determinen las concretas competencias que tienen las Diputaciones Provinciales. Se trata, pues, de una tarea del legislador, estatal o autonómico, a quien compete desplegar la máxima corrección en esta tarea de identificar los intereses locales y, en consecuencia, proceder a la adecuada asignación de competencias⁵⁵. Y es que el legislador, al ejercer su potestad legislativa sectorial, está limitado por la garantía institucional de la autonomía local que establece la LBRL, sin que pueda, a la hora de concretar las competencias de los entes locales, desconocer los criterios generales del art. 2.1 de la citada ley⁵⁶.

Sin embargo, al margen de estas matizaciones, este precepto no permite conocer las concretas competencias de las Diputaciones Provinciales puesto que tan sólo se indica que se asegurará a las mismas su derecho a intervenir “*en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses*”, sin que se especifique, aclare y concrete cuáles son estos intereses, y sin que, a los efectos que nos interesan, se pueda concluir si las provincias tienen algún papel en el funcionamiento y en la garantía del sistema público de Servicios Sociales. Asimismo, cierta indeterminación se vuelve a poner de manifiesto en el capítulo II del Título III de la LBRL, que regula las competencias de las Diputaciones. En efecto, el art. 36.1 de dicha ley enumera las competencias propias de las Diputaciones, indicando, una vez más, que son competencias propias las que les

⁵⁴ Un sector de la doctrina administrativista considera, debido, sobre todo, al silencio que la CE guarda acerca de la atribución competencial a las entidades locales, que esta norma tiene un carácter casi constitucional, entendiéndose que se trata de una norma interpuesta, entre la Constitución y las leyes. Toscano Gil, F.: *Autonomía y potestad normativa local*, op. cit., pág. 62. Este autor cita a varios autores que se han mostrado partidarios del carácter casi constitucional de la LBRL. En este sentido, destacamos, entre otros, a Ballesteros Fernández, A.: *Manual de Administración local*. Comares, Granada. 1998, pág. 13; García Roca, J.: “EL concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 282, 2000, págs. 36 a 38; y Parejo Alfonso, L.: *Derecho básico de la Administración local*. Ariel, Barcelona, 1988, págs. 47 y 116. En este sentido, podemos ver también a SOSA WAGNER, F.: “Aproximación básica a las competencias locales”, en VV.AA., *Las competencias locales*, op. cit., pág. 18. Según este autor, la LBRL tiene una función de norma que “reparte papeles” o que “reparte juego”.

⁵⁵ En este sentido se pronuncia Sosa Wagner, F.: “Aproximación básica a las competencias locales”, en VV.AA., *Las competencias locales*, op. cit., pág. 18.

⁵⁶ Véase al respecto a Alli Turrillas, J.C.: “Las competencias locales en el ámbito de la acción social y la inmigración”, en VV.AA., *Las competencias locales*. Marcial Pons, 2007, pág. 583.

atribuyan en este concepto las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas en los diferentes sectores de la acción pública, y en todo caso las que se enumeran en dicho precepto, sin que ninguna de ellas se refiera de forma específica a la materia de Servicios Sociales.

Dicho precepto también presenta ciertas inconcreciones, puesto que no determina cuáles son “*los servicios públicos*” que pueden prestar las provincias ni “*los intereses peculiares de la provincia*” que pueden ser fomentados y administrados por las mismas, sin que tampoco en este precepto se concrete cuáles son los municipios “*de menor capacidad económica y de gestión*” a los que, especialmente, las provincias han de prestar asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica. Se trata, pues, de un precepto legal que no permite concretar el papel competencial que pueden desempeñar las Diputaciones Provinciales en materia de prestaciones, recursos y servicios sociales.

Ahora bien, es cierto que el apartado 1 a) del art. 36 de la LBRL, a la hora de regular la competencia de coordinación que tienen las Diputaciones Provinciales, indica que dicha coordinación se ejercerá sobre los servicios municipales, que se enumeran en el art. 26 de la LBRL. Esta coordinación ha de garantizar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal, que constituye uno de los fines propios y específicos de las provincias, según indica el art. 31.2.a) de la LBRL. Es, por ello, por lo que el art. 36.2 b) de la LBRL dispone que las diputaciones han de asegurar “*el acceso de la población de la provincia al conjunto de los servicios mínimos de competencia municipal y la mayor eficacia y economía en la prestación de éstos mediante cualesquiera fórmulas de asistencia y cooperación municipal*”.

Así pues, a pesar de las indeterminaciones que presenta la LBRL a la hora de reconocer las competencias de las Diputaciones Provinciales y, asimismo, a pesar de la necesidad de acudir a la legislación sectorial puesto que ésta es la que puede atribuir otras competencias a estos entes locales, lo cierto es que, a tenor del art. 36.1 de la LBRL, se pueden conocer cuáles son algunas de las competencias de las Diputaciones, lo que constituye un avance en la distribución de competencias. De esta forma, éstas tienen determinadas competencias propias que pueden tener repercusión en el desarrollo de la prestación de servicios sociales, aunque no se disponga así de forma expresa en el art. 36 de la LBRL. Así, las Diputaciones tienen, como competencias propias, entre otras, la asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios; el ejercicio de funciones de coordinación para la elaboración y seguimiento de la aplicación de las medidas contenidas en los planes económicos-financiero en el caso de que

se incumpla el objetivo de estabilidad presupuestaria, de deuda pública o la regla de gasto; el seguimiento de los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios de su provincia; y la coordinación de los servicios municipales, entre los cuales se encuentran, a los efectos que nos interesan, la evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, que han de prestar, en todo caso, los municipios con población superior a 20.000 habitantes, tal y como indica el art. 26.1 c) de la LBRL.

Precisamente, el ámbito de actuación de esta labor de coordinación de las Diputaciones Provinciales (así como también de las otras actuaciones de asistencia, coordinación, cooperación y seguimiento que, con carácter general, tienen las Diputaciones), se ha visto afectado por la reforma de la LBRL llevada a cabo por la LRSAL que, al regular las competencias propias de los Municipios, ha reducido el ámbito de intervención de éstos puesto que, como se ha expuesto, con anterioridad a esta reforma los Municipios tenían competencias propias en la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social. De esta forma, la labor de coordinación de la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social, en cuanto materia sobre las que los Municipios ejercían competencias propias, se reduce al restringirse asimismo la labor municipal en materia de Servicios Sociales. Y, en consecuencia, también se limitan las otras competencias de las Diputaciones que en su actuación de asistencia, cooperación y seguimiento de los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios hubieran podido desempeñar en relación con los Servicios Sociales.

Pero ello sin perjuicio de que las CCAA puedan delegar en los Municipios las competencias de prestación de los Servicios Sociales, promoción de la igualdad de oportunidades y la prevención de la violencia de género, lo que, si se diera el caso, supondría una atribución competencial de las Diputaciones Provinciales en su labor de coordinación de los servicios municipales y, por ende, en las citadas competencias de asistencia, cooperación y seguimiento de los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios en materia de Servicios Sociales. En efecto, además de las competencias propias de las Diputaciones que señala el art. 36.1 de la LBRL, se ha de tener presente que tanto las CCAA como el Estado pueden delegar competencias en las Diputaciones. En efecto, según indica el art. 37.1 de la LBRL, las CCAA *“podrán delegar competencias en las Diputaciones, así como encomendar a éstas la gestión ordinaria de los servicios propios en los términos previstos en los Estatutos correspondientes”*. A los efectos que nos interesan, las CCAA, en cuanto titulares de las competencias en materia de Servicios Sociales, pueden delegar competencias en dicha materia en las Diputaciones que pueden así ampliar su ámbito de intervención al respecto.

Asimismo, como se ha dicho, la LBRL se remite al legislador sectorial a la hora de concretar las competencias de las Diputaciones Provinciales. Respecto de la legislación sectorial estatal, se ha de recordar que, a diferencia de lo que ocurre en los ámbitos autonómicos, no existe una ley estatal reguladora, con carácter general, de las prestaciones y servicios sociales. Es, por ello, por lo que se ha de acudir a las leyes estatales que se han aprobado en atención y protección de algunos colectivos e instituciones para conocer las competencias que al respecto tienen las Diputaciones. En este sentido, atendiendo a las mismas leyes estatales a las que se hizo referencia cuando se analizaron las competencias de los Municipios, se concluye igualmente que es impreciso el tratamiento ofrecido al respecto puesto que en estas disposiciones normativas se atribuyen competencias a los poderes públicos, pero sin hacer atribución específica de las competencias de las Diputaciones.

Por ello, también para las Diputaciones, se ha de atender a las leyes sectoriales de las CCAA, de forma especial, a las leyes de Servicios Sociales, que son las que concretan las competencias de las entidades locales en esta materia. Así, las leyes de Servicios Sociales que se han aprobado en todas y cada una de las CCAA regulan la atribución competencial, concretando las competencias de las Diputaciones Provinciales. En la práctica totalidad de las leyes autonómicas de Servicios Sociales se contemplan estas competencias de las Diputaciones Provinciales como competencias propias, entre las que se encuentran, con carácter general, las competencias de coordinación y asistencia técnica y económica a los municipios de menor población, en la línea del art. 36 de la LBRL⁵⁷; además de otras competencias consistentes en la prestación material de Servicios Sociales como el desarrollo y gestión de los Servicios Sociales especializados, concesión, gestión y trámite de prestaciones económicas incluidas en las competencias propias en materia de Servicios Sociales, concertación de la gestión de Servicios Sociales, etc... En otras normas, como se dijo antes, se regulan de forma conjunta las competencias de las Diputaciones y de los Municipios, ejerciéndose las mismas en sus respectivos ámbitos territoriales⁵⁸.

⁵⁷ Vid., por ejemplo, el art. 49 de la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón (BO Aragón de 10 de julio); art. 60 de la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha (BO Castilla-La Mancha de 31 de diciembre); el art. 63 de la Ley 13/2008 de 3 de diciembre (BO Galicia de 18 de diciembre); y el art. 37 de la Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales de las Islas Baleares (BO Islas Baleares de 18 de junio).

⁵⁸ Así, art. 48 de la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León (BO de Castilla y León de 21 de diciembre); y art. 6 de la Ley 5/1997, de 25 de junio de Servicios Sociales de la Comunidad Valenciana (BO Generalitat Valenciana de 10 de julio).

Asimismo, algunas leyes de Servicios Sociales hacen referencia expresa a la posibilidad de que las CCAA respectivas puedan delegar competencias en esta materia, sin hacer una delegación específica de competencias⁵⁹; tan sólo la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía (BO Junta de Andalucía de 12 de abril) regula, con el carácter de competencias delegadas por la Junta de Andalucía, diversas competencias de las Diputaciones Provinciales, que se enumeran en el art. 18 de dicha ley.

Ahora bien, la cuestión que surge es si el reparto y atribución de competencias tanto propias como delegadas que pueda hacerse por las leyes sectoriales autonómicas ha podido verse afectado, según los términos de cada normativa autonómica, por lo previsto en la disposición transitoria segunda de la LRSAL, al disponer la asunción por las CCAA de competencias relativas a los Servicios Sociales, que, desde el 31 de diciembre de 2015, son las titulares de las competencias que se preveían como propias del Municipio, con independencia de que su ejercicio se hubiera venido realizando por Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes o cualquier otra Entidad Local. En concreto, la cuestión estriba en determinar si lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la LRSAL impide la distribución competencial que en materia de Servicios Sociales puedan tener las Entidades Locales en virtud, básicamente, de las leyes de Servicios Sociales de las CCAA.

En nuestra opinión, la respuesta a esta compleja cuestión depende de la delimitación del ámbito material sobre el que las CCAA asumen competencias a tenor de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la LRSAL. Esta concreción del ámbito material no es fácil puesto que, según se desprende del título de la propia disposición transitoria, las CCAA asumen la titularidad de las competencias “*relativas a servicios sociales*”, lo que permite entender esta atribución de las CCAA en un sentido amplio, que abarca cualquier competencia en esta materia. Sin embargo, la redacción de esta disposición es más concreta, limitándose la asunción por las CCAA de la titularidad las competencias que se preveían como propias del Municipio relativas a “*la prestación de servicios sociales y de promoción y reinserción social*”, en un sentido, pues, más restringido. Esta previsión más concreta parece que no impide que las Diputaciones puedan asumir competencias que no sean en sentido estricto prestación de servi-

⁵⁹ Así el art. 8 de la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales de Asturias (BO del Principado de Asturias de 8 de marzo).

cios sociales, como podrían ser la de coordinación, asistencia, cooperación y seguimiento de los costes efectivos de los servicios sociales prestados por los Municipios.

En cualquier caso, las dudas que surgen sobre si el reparto competencial que se contempla en las leyes autonómicas de Servicios Sociales entre las CCAA y las Diputaciones podría ser contrario a la previsión de la disposición transitoria segunda de la LRSAL en el caso de que se atribuyan a las Diputaciones competencias sobre la prestación de servicios sociales, se superaría, como se ha expuesto al analizar las competencias de los Municipios, atendiendo a la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales (art. 2 de la LBRL). En esta línea se ha de entender el art. 36 de la LBRL, que prevé que son competencias propias de las Diputaciones las que le atribuyan en este concepto las leyes del Estado y de las CCAA en los diferentes sectores de la acción pública, entre las que se encuentran las leyes de Servicios Sociales. El desarrollo normativo de esta habilitación general para la atribución de competencias a las Diputación parece estar limitado por la referida disposición transitoria para la materia concreta de los servicios sociales, que, por lo tanto, podría impedir la distribución de competencias en materia de prestación de Servicios Sociales entre las CCAA y las Entidades Locales. Sin embargo, como se ha expuesto antes, hay argumentos jurídicos para defender que la disposición transitoria segunda de la LRSAL no puede vaciar de contenido y desplazar a las leyes sectoriales de las CCAA.

Por ello, la interpretación conjunta de la disposición transitoria segunda de la LRSAL y del art. 36 de la LBRL permite concluir que, desde el 31 de diciembre de 2015, la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social es competencia de las CCAA, sin perjuicio, en primer lugar, de la posibilidad de delegar dicha competencia en las Diputaciones Provinciales (además de en los Municipios). De hecho, los convenios o acuerdos que se hubieran suscrito entre las CCAA y las entidades locales a la entrada en vigor de la LRSAL deben adaptarse a lo dispuesto en la LBRL en relación con los requisitos y condiciones que requiere la delegación de competencias, en los términos antes expuestos. Sin perjuicio, en segundo lugar, de que las Diputaciones puedan asumir, como competencias propias, otras competencias relativas a Servicios Sociales, tal y como se contempla en las leyes autonómicas de Servicios Sociales. Y, finalmente, sin perjuicio de que las Diputaciones pueden asumir competencias, diferentes de las propias y de las atribuidas por delegación, en materia de prestación servicios sociales siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por el art. 7.4 de la LBRL, analizados con anterioridad, entre los que se requiere que no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del

mismo servicio con otra Administración, que sería, desde el 31 de diciembre, la Comunidad Autónoma en cuanto titular de dicha competencia.

4. REFLEXIÓN FINAL

La reforma de la LBRL en relación con la atribución de materias sobre las que las entidades locales pueden ejercer competencias, así como el traspaso competencial a nivel interno de dichas entidades a las CCAA han generado diversos y complejos problemas jurídicos, básicamente conflictos normativos entre, por un lado, la LBRL y la LRSAL, y, por el otro, los EEAA y las leyes de las CCAA en materia de Servicios Sociales, en tanto en cuanto el esquema competencial trazado en esta materia por algunos EEAA y por las leyes sectoriales autonómicas no se ajusta a la restricción del ámbito de intervención de las entidades locales que deriva de la reforma llevada a cabo por la LRSAL. Aunque se trata de una cuestión importante y compleja, y, por ello, se ha prestado debida atención en este trabajo, lo cierto es que la relevancia práctica de la decisión que se adopte para superar estos conflictos normativos se atenúa en el sentido de que el legislador ha arbitrado una serie de vías o mecanismos con los que se permite que la realidad de la labor que vienen desempeñando las entidades locales en relación con la prestación y gestión de los Servicios Sociales apenas se vea alterada.

En efecto, aunque se puede afirmar que se ha reducido el ámbito de intervención garantizado a las Entidades Locales en la LBRL, también es cierto que bien sea mediante el ejercicio de determinadas competencias (competencias delegadas, competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación o incluso mediante el desempeño de competencias en otras materias diferentes de las contempladas en el art. 25.2 de la LBRL), bien sea atendiendo a diversos criterios y previsiones fijados en la ley (condicionamiento del traspaso competencial a lo previsto en las normas reguladoras del sistema de financiación autonómica y de las Haciendas Locales, que aún no se han reformado, y mantenimiento de los servicios que vengán prestándose por las Entidades Locales si las CCAA no asumen el desarrollo de estos servicios ni tampoco acuerdan su delegación), las Entidades Locales tendrán instrumentos y argumentos jurídicos para seguir desempeñando su importante función de atención a los colectivos más vulnerables. Así, muchas CCAA han aprobado normas en las que se ha optado por el mantenimiento y continuidad en la prestación de los Servicios Sociales por parte de los entes locales en los términos previstos en las leyes correspondientes, al menos, mientras no sean asumidas por las CCAA.

Es más, todo indica que en aplicación del apartado 5 de la disposición transitoria segunda, que regula la continuidad de la prestación de los Servicios

Sociales por parte de las Entidades Locales si las CCAA no asumen el desarrollo de los mismos o, en su caso, en el ejercicio de la fórmula de la delegación, la materia de Servicios Sociales, tan sensible y tan relevante en el ámbito local, seguirá siendo un espacio propio de intervención municipal. Y es que a los municipios les puede interesar el desempeño de funciones en materia de Servicios Sociales, máxime cuando ahora se refuerza el soporte financiero; pero es que también a las CCAA les puede convenir, especialmente en el contexto de crisis económica y de incumplimiento generalizado del déficit presupuestario, delegar dichas competencias para así no tener que asumir los elevados costes que implicaría la puesta en marcha de todo el entramado administrativo que se requiere para el desempeño de estas competencias.

Ahora bien, con independencia de cuál sea el mecanismo jurídico que permita articular la fórmula que de facto consiga que la situación apenas cambie en relación con la labor asistencial de los entes locales, lo que se refuerza con la reforma de la LBRL llevada a cabo por la LRSAL es la necesidad de que se haga conforme a los principios de estabilidad y sostenibilidad financiera que, por lo demás, es el objetivo principal de la reforma local llevada a cabo en esta materia, que pretende evitar que las Entidades Locales asuman competencias sin contar con la financiación adecuada, tal y como viene ocurriendo con las mal denominadas competencias impropias. Por ello, como se ha expuesto, en todas las fórmulas legales que permiten el desempeño por parte de las Entidades Locales de competencias relativas a Servicios Sociales, el legislador exige que éstas tengan un soporte económico suficiente. Lo que se hace, dependiendo de la vía que permita el ejercicio de competencias en materia de Servicios Sociales, mediante la aplicación de retenciones en las transferencias que correspondan a las CCAA por aplicación de su sistema de financiación, en el caso de que la CCAA no asuma la prestación de estos servicios ni acuerde su delegación; mediante la exigencia de que no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera de la Hacienda municipal, en el caso de ejercicio de competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación; mediante la dotación de recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades Locales, en el caso de asignación de competencias propias; o mediante la dotación presupuestaria adecuada y suficiente en los presupuestos de la Administración delegante, en el caso de competencias delegadas.

De esta forma, el mantenimiento de las competencias de los entes locales, al margen del tipo de competencia que desempeñen y de la previsión legal que dé cobertura a su intervención en la materia de Servicios Sociales, permite una coexistencia y aplicación no conflictiva de los principios que han de guiar la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente, cuales son los

principios de descentralización, proximidad, eficacia, eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera; sin que se dé preferencia al principio de sostenibilidad financiera, en detrimento de la eficacia y proximidad de los servicios sociales, tal y como ocurría si el traspaso competencial hacia las CCAA implicara una efectiva reducción o casi desaparición del papel que en esta materia tradicionalmente han venido desempeñando los entes locales en la atención de las demandas de los ciudadanos más necesitados.

PERMISO DE CONDUCCIÓN, INEPTITUD SOBREVENIDA Y SU EFECTO EN EL CONTRATO DE TRABAJO

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA

Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

Extracto

Palabras clave: Privación permiso de conducción; ineptitud sobrevenida; despido objetivo; prevención de riesgos laborales

La privación del permiso de conducción sigue ocasionando no pocos litigios en las relaciones entre empresas y trabajadores, pese a que pudiera pensarse que su inclusión en el concepto “ineptitud sobrevenida” y el posterior despido objetivo del trabajador resulta algo indiscutido. No es así. Es cierto que ésta suele ser la respuesta habitual del empresario, pero los convenios colectivos de las empresas de transporte obligan, en muchos casos, a la recolocación del trabajador, en tanto recupera el carnet perdido, o a la suspensión del contrato. Se discute también si la empresa puede o no imponer unilateralmente al trabajador la suspensión.

El estudio que se presenta al lector expone la situación de presente en el ámbito de la ineptitud sobrevenida causada por la privación del permiso, reflexionando sobre el propio concepto de ineptitud, quizás no del todo adecuado al supuesto que se analiza. Igualmente se consideran otras alternativas que el ordenamiento laboral podría ofrecer al trabajador-conductor privado temporalmente de su carnet; en especial, la fuerza mayor impropia temporal.

El auge de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales como instrumento para proceder al despido por ineptitud del conductor, y la falta de coordinación de éstos con los organismos públicos oficiales encargados de la evaluación de la capacidad laboral o de la autorización para conducir, son otras de las cuestiones que quedan apuntadas en las reflexiones que siguen.

ABSTRACT

Key words: Deprivation of driving license; sudden ineptitude; objective dismissal; occupational risk prevention

Deprivation of driving licences is causing not a few disputes in relations between employers and workers, even though you might think that its inclusion in the “sudden ineptitude” concept and the subsequent objective dismissal of the worker is something undisputed. It is not. It is true that this tends to be the usual response of the entrepreneur, but collective agreements of the companies of transport obligated, in many cases, the repositioning of the worker, as it retrieves the card lost, or suspension of the contract. It also discusses whether the company can or not unilaterally impose worker’s suspension.

The study presented to the reader explains the situation of present in the field of the sudden ineptitude caused by deprivation of permission, reflecting on the very concept of ineptitude, perhaps not at all suited to the so-called discussed. Are also considered other alternatives that the labour law could offer to the worker temporarily deprived of its licence; in particular, force majeure improper temporary.

The rise of occupational risk prevention services as instrument to proceed with the dismissal by the ineptitude of the driver, and the lack of coordination with official public bodies entrusted with the evaluation of work or the authorization to drive, are other issues that are targeted in the reflections that follow.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. El “articulado” encaje de la privación del permiso de conducción en el concepto “ineptitud sobrevenida”
 - 2.1. La ineptitud como causa justa de extinción de un contrato de duración como el de trabajo
 - 2.2. La privación del carnet de conducir como ineptitud legal sobrevenida
 - 2.2.1 Dos tesis jurisprudenciales como fundamento
 - 2.2.2 La flexibilidad del concepto “ineptitud” en la Jurisprudencia
 - 2.2.3 La importancia o no de la categoría profesional del trabajador
3. SU EFECTO “NATURAL” EN EL CONTRATO DE TRABAJO: EL DESPIDO OBJETIVO. CRÍTICA Y ALTERNATIVAS
 - 3.1. La reubicación del trabajador en otro puesto y/o la suspensión del contrato como alternativas al despido
 - 3.2. La impugnación de la incapacidad laboral como causa de suspensión del contrato y su “trasvase” al ámbito de la privación del permiso de conducción
 - 3.3. Incapacidad permanente o/e inaptitud-ineptitud para poder conducir
 - 3.4. El punto de partida: la independencia entre la ineptitud sobrevenida para conducir y las entidades administrativas vinculadas (Jefatura de Tráfico, INSS)
 - 3.5. La intervención de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales y su carácter decisorio
 - 3.6. Otras medidas alternativas
4. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Existen determinados trabajos que, por su nivel de riesgo o peligro, tanto para quien lo ejecuta como para otros terceros que suelen relacionarse de un modo u otro con el trabajador, están sometidos a algún tipo de autorización o licencia por parte de la Administración Pública. De este modo, se trata de velar por que el trabajador se encuentre en adecuadas condiciones de salud que son fundamentales para que pueda realizar su trabajo con la necesaria prudencia y precaución. Así sucede con los trabajadores que son conductores de vehículos o vigilantes de seguridad o pilotos de avión o controladores aéreos, etc.

El supuesto más básico y más común entre los mencionados es el primero: el del trabajador cuya tarea consiste en conducir un vehículo, normalmente de la empresa, aunque también puede ser propio, que ha de tener en vigor el permiso de conducción. Tanto la concesión como la renovación de este permiso está regulado por normas administrativas específicas, algunas de las cuales se han revisado recientemente y otras se espera que lo hagan en un breve espacio de tiempo.

Pues bien, si bien la trayectoria profesional normal de un conductor será la de ir renovando su permiso de acuerdo con los periodos que le vaya indicando

la Jefatura Provincial de Tráfico correspondiente, puede suceder que, por los motivos que sean (infracción del Código de Circulación, comisión de una falta o un delito contra la Seguridad Vial, carencia de los requisitos psicofísicos exigidos para continuar estando en posesión del permiso), se vea privado –temporal o definitivamente- de dicho permiso. El planteamiento del Derecho del Trabajo ante esta situación es conocido y puede enunciarse así: el trabajador que se ve privado del permiso de circulación incurre en ineptitud sobrevenida y puede ser despedido por la empresa *ex art. 52.a) ET*.

No obstante, pese a la claridad y la consolidación del criterio, se observa que son numerosas las cuestiones que sobre la retirada del permiso de conducción han de resolver los tribunales del Orden Social y que los pronunciamientos al respecto presentan aspectos de interés y novedad, pues realizan matizaciones, perfilan el criterio u ofrecen fallos curiosos y originales. Me estoy refiriendo a lo que podríamos denominar “jurisprudencia menor”, es decir, la que conforman los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia y no a lo que realmente y, en sentido estricto, es Jurisprudencia: los pronunciamientos del TS que, al menos, en número de dos, sientan criterio firme sobre determinada cuestión controvertida. Ha de observarse que en esta materia concreta, los litigios relativos al permiso de conducción y sus efectos en el contrato de trabajo, la Jurisprudencia es muy escasa; fundamentalmente porque no suelen encontrarse dos casos que reúnan todos los requisitos que el recurso de casación para la unificación de doctrina exige, lo que hace que el TS inadmita el recurso.

Este estudio trata de indagar algo más en una materia a la que la doctrina iuslaboralista le ha prestado escasa atención. Se trata de analizar el despido objetivo por ineptitud sobrevenida a raíz de la retirada o pérdida del carnet de conducir, prestando especial atención a los criterios que la jurisprudencia ofrece al respecto, a las cuestiones más oscuras o aún sin respuesta, así como a los problemas derivados que “planean” –si se me permite la expresión- sobre los fallos de nuestros tribunales al respecto.

2. EL “ARTICULADO” ENCAJE DE LA PRIVACIÓN DEL PERMISO DE CONDUCCIÓN EN EL CONCEPTO “INEPTITUD SOBREVENIDA”

2.1. La ineptitud como causa justa de extinción de un contrato de duración como el de trabajo

El contrato de trabajo es ciertamente peculiar, desde el momento en que: a) A diferencia de los contratos reales, se celebra con otra persona, que se compro-

mete a trabajar para la primera; b) implícitamente, hay una expectativa empresarial tanto respecto del modo de trabajo como del resultado a cuya satisfacción, también implícitamente, se compromete el trabajador; c) es un contrato de duración, de ejecución continuada, lo que implica que los resultados del trabajo podrán ser oscilantes como variable es también la vida de toda persona; y d) no hay una causa clara de extinción del contrato de trabajo cuya razón de ser sea ésta: el trabajador no satisface las expectativas del empresario, sino una causa disciplinaria por disminución voluntaria del rendimiento –que conlleva un aspecto subjetivo difícil de valorar *a priori*- así como una causa objetiva, que es la ineptitud, ligada a la incapacidad física o psíquica sobrevenida del trabajador que, precisamente por lo indicado en c), ha de ser permanente y estable.

Para muchos trabajos se requiere que el candidato a desempeñarlos esté en posesión de determinados conocimientos y destrezas, que se acreditan ante el empresario a través del título académico o profesional oficial. Una de esas destrezas puede ser la conducción de vehículos. Es una habilidad, por otro lado, que suele ser de común adquisición por la mayor parte de las personas y que está sometida a autorización y control público desde hace muchos años, en el sentido de requerirse la superación de un examen de conocimientos de las normas de circulación y otro de tipo práctico. Es lo que se conoce como permiso de conducción o carnet de conducir. Este permiso varía según el tipo de vehículo (tara, mercancías transportadas, etc.). La autoridad administrativa interviene porque entiende que debe velar por que la persona que conduzca se encuentre en un estado de salud adecuado y ello tanto por su propia vida como por la seguridad y salud de los terceros que también circulan por las carreteras. Todo ello se realiza mediante unos controles periódicos, que reciben el nombre de “renovaciones del permiso de conducir”, en los que desempeñan una función esencial los centros médicos de reconocimiento de conductores habilitados por la Jefatura Central de Tráfico.

En aquellos trabajos en los que la actividad principal es la conducción se produce el fenómeno de un mayor desgaste de la persona porque, con frecuencia, está sometida a mayor estrés, al tener que alcanzar unos determinados objetivos en un periodo de tiempo concreto, y es más propensa al cansancio ya que suele tener que realizar viajes de cierta distancia o, aunque los desplazamientos sean en la misma ciudad donde se halle el centro de trabajo, ha de permanecer un número elevado de horas conduciendo. Son los denominados conductores profesionales y en ellos nos centraremos en este estudio.

Por tanto, no basta en el caso de un trabajador-conductor que *sepa* conducir, sino que es preciso que tenga en vigor su *permiso* de conducción, lo

que conlleva un juicio de terceras personas. El empresario se convierte también en garante de que sus trabajadores conductores lo hacen con su permiso en regla y en las condiciones de salud adecuadas, ya que, de no supervisar este aspecto, puede ser declarado responsable de las acciones de sus trabajadores teniendo que hacer frente a multas económicas de menor o mayor importe.

Como decía *supra*, el contrato de trabajo lo es de duración y en el ordenamiento jurídico laboral español no existe el despido libre; es decir, la extinción del contrato de trabajo debe producirse por una justa causa, existiendo causas legales de extinción automática, causas resultantes de la autonomía de la voluntad de las partes con su régimen jurídico de regulación propio y causas que autorizan al empresario a la extinción unilateral del contrato y que se encuadran en la amplia institución conocida como “despido”.

Entre esas causas de despido, la Ley del Contrato de Trabajo de 1944 contemplaba la ineptitud. Aparecía mencionada junto a otras de carácter básicamente sancionador, lo que fue observado y criticado por la doctrina y la jurisprudencia en numerosas ocasiones hasta que el RDL 17/1977 modificó la ordenación del despido y estableció la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, conocida como “despido objetivo”, al depender en último extremo del empresario la extinción o no del contrato, entendiéndose que, paralelamente a como en el despido disciplinario se puede “perdonar” al trabajador o “imponerle una sanción menos grave que la extinción”, en el caso de causas objetivas, en donde el trabajador no es culpable de la conducta que realiza, el empresario puede buscar soluciones diversas de la extinción.

La ineptitud, de este modo, se presentaba como una causa de despido que ofrecía una ordenación en lo laboral distinta de la resolución contractual por incumplimiento propia del contrato civil; por así decirlo, “humanizaba” el incumplimiento contractual cuando éste era debido a causa no imputable a la voluntad culpable o dolosa del trabajador, siendo más adecuada la calificación de estos supuestos como imposibilidad de cumplimiento. A partir del RDL 17/1977, lo dicho queda más confirmado. El hecho de que se le concediera al trabajador –aspecto que todavía se mantiene– una indemnización cuando fuera despedido por ineptitud resultaba una clara prueba de lo afirmado.

2.2. La privación del carnet de conducir como ineptitud legal sobrevenida

La inclusión en la ineptitud sobrevenida de la llamada “ineptitud legal” exige una ampliación del binomio ineptitud-incapacidad y ello se hace por analogía. Si cuando el trabajador sufre un accidente o enferma y no puede conti-

nuar desempeñando su trabajo se le despiden por ineptitud y se le indemniza, algo similar puede entenderse que ocurre cuando, por edad o enfermedad, no consigue mantener el permiso que le autoriza para conducir y, por tanto, continuar trabajando como conductor.

2.2.1. Dos tesis jurisprudenciales como fundamento

Desde el punto de vista jurisprudencial, con anterioridad al RDL 17/1977, observamos dos corrientes que justifican la aplicación de la extinción del contrato por ineptitud cuando la privación del carnet de conducir tiene lugar y que se utilizan tanto cuando la retirada obedece a razones médicas como cuando responde a infracciones cometidas por el trabajador conductor:

a) La tesis subjetiva-objeto, que parte de entender inmerso al trabajador y su aptitud profesional en la propia “causa-objeto” del contrato de trabajo, de manera que si se modifica la aptitud por vía de denegación de autorización para conducir se está modificando el “objeto” del contrato o lo que es lo mismo: la base objetiva del contrato. Al producirse esa modificación por circunstancia sobrevenida, se entiende que cabe la resolución del contrato, si bien se encausa por el art. 77.d) LCT de 1944, que se vincula así con instituciones clásicas del contrato de trabajo: reciprocidad o equivalencia de las prestaciones, mantenimiento del sinalagma contractual o la fuerza mayor. Procede de un pronunciamiento del Tribunal Supremo de 1968: las condiciones personales necesarias para desempeñar el cometido laboral (entre las que se incluye la correcta conducta en la conducción, atendiendo en segundo lugar al hecho material de la privación o no del carnet) “constituyen desde el punto de vista obligacional la prestación fundamental del contrato de trabajo, causa y razón de toda su protección jurídica y presupuesto básico para la subsistencia del vínculo laboral, ya que la aptitud profesional, y el rendimiento en la producción o en los servicios, es la prestación económico-jurídica fundamento del contrato de trabajo, cuya extinción viene impuesta..., al mediar causas que imposibilitan la misma o la hacen defectuosa”¹.

Con posterioridad, el TCT hará suya esta tesis en dos sentencias de 1974. En la primera, se aprecia un intento de alejamiento de la crítica que se venía haciendo a la ubicación de la “ineptitud” en el artículo de los incumplimientos contractuales (art. 77 LCT), y decimos “intento” porque resulta difícil eliminar

¹ STS 17-5-1968, RJ 1968\2211, Cdo. 1º.

esa connotación cuando la privación del carnet se produce por falta o delito cometido por el trabajador conductor², en tanto la segunda sentencia realiza una simplificación de la tesis, al centrarse fundamentalmente en la privación del carnet de conducir como causa desencadenante de la ineptitud³.

b) La tesis exclusivamente subjetiva, que, centrada en el trabajador, identifica “privación del carnet de conducir” con “inhabilidad” o “inidoneidad”, luego con el carácter de no apto o inepto, defendida por dos pronunciamientos judiciales: uno del Tribunal Supremo y otro del Central de Trabajo⁴.

2.2.2. *La flexibilidad del concepto “ineptitud” en la Jurisprudencia*

Como acabo de exponer, la privación del carnet de conducir tiene un claro tratamiento como ineptitud sobrevenida. La evolución normativa posterior –aprobación del RDL 17/1977 y, más tarde, del ET 1980- servirá para que la Jurisprudencia asuma la expresión legal “ineptitud sobrevenida” y perfile o complete el concepto de ineptitud.

En la etapa previa a la aprobación de la norma estatutaria, la “ineptitud” no aparece definida claramente como pérdida de aptitud legal. Así, se habla de “incurrir en defectos” en la realización del trabajo que se entienden graves⁵, de

² “... constando en la relación fáctica subsistente, que el actor venía prestando servicios de conductor en la empresa demandada dedicada a transportes urbanos, y que por la Jurisdicción ordinaria, a virtud de sentencia, fue privado del carnet de conducir por un periodo de cuatro meses, es evidente que aunque no fuera dicho precepto aplicable (en referencia al art. 77.d LCT 1944), la conclusión a que habría de llegarse en cuanto a la extinción del contrato laboral sería la misma, como tiene dicho el Tribunal Supremo en sentencia de 3 noviembre 1970 (R. 4356), según la que la extinción del vínculo laboral la ha provocado la empresa no como sanción, sino atendida una modificación substancial –cual es la privación del carnet de conducir- que alteró las bases iniciales determinantes del contrato, lo que impide su continuidad” (STCT 23-1-1974, RTCT 296, Cdo. 2º).

³ “... al haber sido el actor privado del carnet de conducir y siendo absolutamente indispensable la condición de su utilización para el trabajo encomendado, al faltar este requisito se produce una causa de ineptitud para el mismo y queda modificada objetivamente la situación que sirvió de base a la contratación laboral que como premisa necesaria contempló el hecho de estar el trabajador en posesión del reglamentario permiso para poder prestar el trabajo contratado y por ende al haberlo así entendido el Juzgador de instancia no se cometió la infracción denunciada ya que efectivamente resulta de aplicación la causa d) del citado art. 77 de la L.C.T., por lo que ha de ser desestimado el recurso” (STCT 22-4-1974, Ar. 1835, Cdo. 2º).

⁴ STS 30-12-1964 (RJ 1964\5817) y STCT 9-10-1973 (RTCT 3737).

⁵ STS 30-6-1952 (RJ 1952\1388).

“falta de aptitud y capacidad”⁶ o de “idoneidad”⁷. Todavía se perciben algunas adherencias al carácter sancionador del art. 77 LCT, como sucede en el caso de un conductor de taxis a quien la Sala le achaca una “conducta contraria a las condiciones personales necesarias para desempeñar el cometido laboral...”⁸.

A los pocos años de aprobarse el ET encontramos dos sentencias del Tribunal Supremo 27 de octubre de 1983 que califican la retirada o privación del carnet de conducir de “ineptitud sobrevenida”, si bien no dan un concepto de ésta⁹.

Si nos situamos a la búsqueda del concepto “ineptitud” utilizado por la Jurisprudencia, el elenco de aportaciones es el siguiente:

a) “la falta de suficiencia o idoneidad para obtener y ejercer un empleo o cargo, la inhabilidad, ignorancia o incompetencia para desarrollar provechosamente el trabajo encomendado...; la ineptitud ha de ser, -para producir efectos resolutorios del contrato de trabajo- permanente y no meramente circunstancial, imputable al trabajador y no achacables a defectuosos medios de trabajo, verdadera y no disimulada..., general, o sea, referida al conjunto o por lo menos a la principal de las tareas encomendadas, de suficiente entidad, es decir, una aptitud apreciablemente inferior a la media normal, y sobre todo independiente de la voluntad, no debida a un actuar deliberado y consciente del sujeto, aunque sí en ocasiones a abulia o descuido”¹⁰.

b) “inadaptación, abulia, desatención no culpable, defectos personales, etc., que se refleja en el resultado deficitario del trabajo, produciendo menos de lo normalmente exigible o... de los mínimos establecidos, de manera reiterada”, y todo ello de forma “independiente de una determinación deliberada”¹¹.

⁶ SSTS 30-12-1964 (RJ 1964\5817) y 29-11-1979 (RJ 1979\4163).

⁷ SSTS 6-7-1965 (RJ 1965\4399) y 17-5-1968 (RJ 1968\2211).

⁸ STS 17-5-1968.

⁹ SSTS 27-10-1983 (RJ 1983, 5158 y 5159). La primera de ellas se remite a doctrina judicial de la misma Sala: SSTS 30-12-1964 y 17-5-1968, mencionadas *supra* y 14-5-1981, que trata el despido por ineptitud de dos pelotaris profesionales a quienes no se renueva la licencia deportiva profesional por no someterse al reconocimiento médico establecido.

¹⁰ STS, 6.ª, 14-7-1982 (RJ 1982\4613), Cdo. 1º.

¹¹ STS 18-10-1982 (RJ 1982\6185), Cdo. 4º.

c) “inhabilidad, una falta de aptitud, preparación, suficiencia o idoneidad para desarrollar de manera útil y provechosa la prestación de trabajo que se obligó a ejecutar”¹².

d) “falta de capacidad... para desarrollar la actividad laboral que le estaba encomendada,... inhabilidad para verificarlo...”¹³.

e) “inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo –rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.-. No se incluyen dentro del concepto de ineptitud los supuestos, como el presente, de imposibilidad legal de desarrollo de un trabajo, por lo que no son de aplicación al caso los artículos 52.a y 53 del Estatuto de los Trabajadores”¹⁴.

Como puede observarse, no hay un concepto cerrado de “ineptitud”. Es más, a partir de los señalados puede derivarse una cierta dificultad para que la privación o retirada temporal del permiso de conducción, en cuanto pérdida de una autorización administrativa, pueda englobarse en dicho concepto. Y ello porque no se trata de una “inhabilidad” o carencia de facultades *de hecho*, salvo el supuesto de incapacidad física o psíquica, pues el trabajador es capaz de conducir, sino de una carencia temporal de la autorización *de iure*, como sanción por conductas inadecuadas del trabajador en cuanto mero ciudadano. Una privación temporal que puede ser resultado de una sanción administrativa impuesta por la Jefatura Provincial de Tráfico correspondiente o de una pena dictada por sentencia judicial.

Además, siguiendo con las definiciones señaladas, resulta curioso constatar que la última citada llevaría a posicionarse en un sentido contrario a la inclusión, pues no se considera ineptitud “la imposibilidad legal de desarrollo de un trabajo”. Conviene aclarar que el argumento judicial no debe ser descontextualizado, pues se trata de un supuesto muy peculiar en donde se solicita el despido por ineptitud en uno de los trabajos que se venía desempeñando en el sector público al optarse por otro empleo en la Administración Pública, existiendo

¹² STS 5-10-1984 (RJ 1984\5240), Cdo. 2º.

¹³ STS 7-7-1986 (RJ 1986\3961), FD 1º.

¹⁴ STS 2-5-1990 (RJ 1990\3937), FD 2º. Un supuesto similar en STS 30-11-1989.

prohibición de simultaneidad¹⁵. La expresión utilizada por la Sala debe ser matizada en el sentido de que no se refiere a una *falta sobrevenida de aptitud legal*; o dicho de otra manera, aborda un caso diverso de la imposibilidad legal de desarrollo de un trabajo *por falta sobrevenida del permiso o título legalmente requerido*, que sí sería causa de ineptitud.

Y, junto a la observación anterior, sorprende también que, ocasionalmente, pero recientemente, el concepto de “ineptitud” utilizado por alguna jurisprudencia menor se atribuye erróneamente a un pronunciamiento del Tribunal Supremo de principios de los ochenta¹⁶, que utiliza otro no idéntico, pero que se ha ido repitiendo en pronunciamientos posteriores como falso argumento jurisprudencial¹⁷. El Tribunal Supremo, por tanto, no ha ofrecido hasta la fecha un concepto de ineptitud que permita, sin duda alguna, incluir en él la pérdida de título profesional habilitante o autorización administrativa necesaria para el trabajo.

2.2.3. *Importancia o no de la categoría profesional del trabajador*

Parece lógico que se exija que el trabajador ostente la categoría profesional de conductor para que el empresario pueda proceder a su despido por ineptitud derivado de la privación del permiso de conducción. No obstante, la realidad viene a ofrecer supuestos donde, pese a mencionarse la conducción en la categoría, las funciones reales no suponen que dicha actividad sea la principal y, viceversa, otros casos en donde la conducción, que no se refleja con claridad en la denominación de la categoría o del grupo, ocupa prácticamente la totalidad de

¹⁵ Art. 1 Ley 53/1984, 26-12, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas.

¹⁶ STS, 6.ª 14-7-1982, citada *supra*.

¹⁷ Esa referencia puede observarse en la STSJ Galicia núm. 4746/2014, 30-9-14 (JUR 2014\270950, FD 3º): “La jurisprudencia (STS 14-7-82) dice que la ineptitud es la incapacidad del trabajador para el desarrollo de su trabajo por ausencia de condiciones, físicas, psíquicas o legales necesarias para desempeñar adecuadamente el trabajo. Se debe estar ante una carencia de la habilidad necesaria para que pueda desarrollar su trabajo haciendo inviable el objeto del contrato de trabajo, que se manifiesta a través de un rendimiento defectuoso del mismo. Para que la ineptitud pueda originar la extinción del contrato de trabajo se requiere que el empresario demuestre la ineptitud del trabajador, sin que quepa la presunción de la misma. Se debe constatar un resultado defectuoso del trabajo desarrollado, una disminución cuantitativa o cualitativa del rendimiento del trabajador, y (que) ese resultado no se genere por una actuación dolosa o negligente del trabajador, obedeciendo a causas exógenas al mismo”; cursiva mía. Hace una referencia similar la STSJ Madrid 889/2014, 11-11-2014 (AS 2015\71, FD 3º).

la jornada del trabajador. De ahí que la jurisprudencia se muestre vacilante, inclinándose en algunos casos por dar mayor relieve a la actividad real y en otros a la denominación nominal de la categoría.

Entre los primeros, algún pronunciamiento analiza con exhaustividad si el vehículo constituye o no una “herramienta esencial” de su labor diaria y concluye que en un técnico comercial así resulta, a partir de los siguientes elementos: a) el automóvil, que le es proporcionado por la empresa, es su herramienta habitual y permanente de trabajo (un testigo declara que su trabajo “no se puede hacer con transporte público”); b) los clientes están diseminados en una amplia zona geográfica; y c) el tiempo que invierte en tareas fuera de la oficina alcanza el 70 % de su jornada. De este modo, la privación de su permiso de conducción es causa de despido procedente por ineptitud¹⁸.

Entre los segundos, encontramos uno de la misma Sala inclinándose por destacar la categoría profesional nominal y prescindir de un análisis tan exhaustivo como el que se acaba de indicar -se trataba de un “encargado” que hacía funciones de conductor¹⁹- y otro de Sala distinta, último en el tiempo que he localizado, que hace lo propio respecto de un trabajador con la categoría profe-

¹⁸ STSJ Cataluña núm. 525/1999, 26-1-1999, Rec. 6480/1998, AS 1999\875, FD 3º. En el mismo sentido: SSTSJ Islas Baleares núm. 234/2001, 7-5-01 (Rec. 180/2001, AS 2001\2452, FFDD 4º y 1º) e Islas Canarias, Las Palmas, núm. 1282/2012, 16-7-12 (Rec. 593/2012, AS 2012\2586, FD 3º). En la primera se sostiene que un Jefe de Supervisores de una Empresa Municipal de Transportes no puede ser despedido por ineptitud por privación del permiso de conducción porque... su cometido definitorio del cargo no reside en conducir vehículos de transporte, sino en controlar el funcionamiento de las líneas y vigilar el comportamiento de los conductores que las sirven, aparte de que se da la premisa esencial de que el demandante no guiaba autobuses, siquiera con carácter habitual. La segunda, por su parte, declara procedente el despido por ineptitud de un limpiador de una empresa que presta servicios de limpieza para el parque móvil de un ayuntamiento, pero añade el matiz de que el tiempo de conducción no es determinante, siendo suficiente que la tarea de conducir esté presente en la actividad con carácter constante. Lo dice así: “al margen de que D. Clemente ostentara la categoría de limpiador y en el marco de su jornada la conducción de vehículos sólo suponga un 10 %, es que para poder realizar las tareas de limpieza es necesario que traslade, primero, los vehículos municipales desde el lugar de estacionamiento hasta el lugar de lavado y que, una vez concluida la limpieza, los devuelva al lugar de origen, convirtiéndose así la conducción en tarea imprescindible para el desempeño de su labor”.

¹⁹ STSJ Cataluña núm. 3592/1999, 12-5 (Rec. 138/1999, AS 1999\1473): “En este caso, si bien el propio trabajador acredita que venía realizando funciones de conductor, no cabe duda, pues así lo reconocía la empresa en su propia documentación, que su categoría profesional es la de encargado, mucho más amplia en cuanto a la actividad a desempeñar y a la variedad de funciones que permite desarrollar. La circunstancia de que en el momento en que fue declarado en situación

sional de “mozo” que conduce un vehículo que le proporciona la empresa²⁰. Ambos despidos por ineptitud se declaran improcedentes.

Los litigios que aquí se exponen invitan a una primera reflexión sobre dos cuestiones más de fondo. La primera, que ya ha quedado esbozada, es si la ineptitud hay que considerarla en orden a la categoría profesional o a las funciones concretas del puesto de trabajo que lleva a cabo el trabajador. Realmente, parece que la respuesta debiera ser “a ambas”. Será preciso un análisis *ad casum*, considerando las características de la empresa concreta en la que trabaje el conductor y si resulta posible que continúe empleado realizando otras funciones de su categoría. Si la conducción “ocupa”, por así decirlo, todo el “espacio funcional” de la categoría, será muy probable que el trabajador sea despedido. Además, habrá que tener también presente la evolución que se está produciendo en relación con los grupos profesionales y la desaparición de las categorías a raíz de la reforma laboral de 2012 y cómo queda el engarce de los conceptos relativos al encuadramiento del trabajador/a: puesto, nivel, categoría, grupo.

La segunda cuestión haría referencia a si en los casos en donde no coincide la categoría profesional del trabajador con las funciones que realmente ejerce, no procedería algún tipo de sanción a la empresa por no haber realizado la modificación sustancial correspondiente *ex art. 41.1.f) ET*, que curiosamente habla de “funciones” y no utiliza los términos “categoría” o “grupo profesional”. Me inclino a pensar que la propia limitación del objeto del recurso de suplicación

de Invalidez Permanente parcial para su profesión habitual, viniera desempeñando las tareas propias de conductor, incluso que no se le haya renovado el permiso de conducir... no le inhabilita para el desempeño de las actividades propias de la categoría profesional que ostenta que, como con acierto señala la resolución recurrida, es la de encargado y en consecuencia la decisión extintiva ha de ser considerada no incardinable en el supuesto del art. 52 a) del Estatuto de los Trabajadores...” (FD 2º).

²⁰ STSJ Madrid 236/2013, 15-3-13 (Rec. 6678/2012, AS 2013\1425): “es claro, conforme a la regulación del transcrito art. 22 del convenio (de sector de comercio vario de la Comunidad de Madrid, BOCM 11-3-2009), que los trabajadores incluidos en el grupo profesional I, como es el caso del mozo, no necesitan formación específica, lo que por sí mismo excluye el tener que estar en posesión del permiso de conducir para realizar su trabajo. Se deduce también que cuando el convenio indica que dentro de los cometidos de los mozos figura el transporte de mercancías dentro o fuera del establecimiento por procedimientos manuales o mecánicos no se está refiriendo a transporte mediante vehículos que requieren específicamente estar en posesión de permiso de conducir, pues si vemos los cometidos propios del mozo especializado se advierte que se le atribuye la clasificación y almacenamiento de mercancías, y ninguna función de conducción de vehículos de motor se le asigna en referencia a estas funciones, con lo que menos sería exigible tal conducción al mozo no especializado como es el actor” (FD 3º, paréntesis mío).

impide a los Tribunales ir más allá de un mero reproche en este sentido, pero no sería descartable una posterior sanción por la Inspección de Trabajo.

3. SU EFECTO “NATURAL” EN EL CONTRATO DE TRABAJO: EL DESPIDO OBJETIVO. CRÍTICA Y ALTERNATIVAS

Si la privación del permiso de conducción se incluye en el concepto “ineptitud legal sobrevenida”, habrá de concluirse que en caso de que se produzca su “retirada”, bien por vía administrativa o judicial, el empresario podrá proceder al despido objetivo del trabajador-conductor. Éste viene a ser su efecto “natural” en el contrato, como queda suficientemente claro si se analiza la jurisprudencia al respecto. Dicho despido, como es sabido, lo adopta el empresario, lo que implica que, de acuerdo con los requisitos formales, la carta de despido deberá justificar adecuadamente el mismo; no se trata, por tanto, de una extinción automática. Como se comentaba *supra*, el empresario, pese a dicha pérdida de la autorización para conducir, podría reubicar al trabajador en otro puesto distinto y mantenerlo en la plantilla de la empresa. El despido objetivo, si se opta por él, conlleva la puesta a disposición del trabajador de una indemnización, a modo de compensación por el carácter involuntario (y no culpable) de la conducta que ocasiona la extinción de su contrato.

Desde el punto de vista conceptual, conviene ya realizar tres observaciones de interés: una primera es que en el despido objetivo, precisamente porque se entiende que no hay una conducta incumplidora del trabajador (como sí sucede en el disciplinario), la aproximación a una extinción automática es mayor; es decir, el trabajador-conductor sin carnet de conducir “automáticamente” –salvo reubicación del empresario- se sitúa fuera de la empresa.

La segunda observación guarda relación con la realidad que subyace a la privación del carnet de conducir: ésta suele ser un incumplimiento de la normativa del tráfico vial, lo que casa mal con el hecho de que el trabajador perciba una indemnización por ser despedido (piénsese que la retirada del permiso de conducir ha podido estar ligada a una conducción bajo los efectos del alcohol o de las drogas, es decir, a una conducta irresponsable e imprudente, que ha podido tener consecuencias de gravedad extrema si ha producido algún accidente, con fallecimiento o no de terceros). En fin, este supuesto de ineptitud dista bastante de aquél en el que el trabajador enferma y no puede continuar desempeñando su trabajo con un rendimiento mínimo que se entiende necesario.

Y la tercera es aquella otra que, ligada al concepto de ineptitud, ha servido como argumento habitual de impugnación del despido por parte del trabajador:

Si la ineptitud exige un carácter definitivo, permanente, irreversible, de entidad suficiente, ... ¿cómo se puede despedir por dicha causa cuando la privación del permiso es puntual en su aparición –no resultado de proceso alguno– y temporal en su duración? La respuesta jurisprudencial ajusta el concepto “ineptitud” en el sentido de prescindir de un proceso temporal previo, que suele exigirse en los casos de disminución de rendimiento; es decir, se subraya el hecho de que el trabajador no puede “ahora” (carácter “sobrevenido” de la ineptitud) prestar los servicios para los que fue contratado²¹ y no lo va a poder hacer durante un tiempo lo suficientemente extenso²² para entender que el equilibrio entre las partes ha quedado roto: esa no prestación de servicios prolongada en el tiempo, sin mayor concreción del periodo temporal de ausencia preciso, alcanza el carácter de “incumplimiento” y rompe el sinalagma contractual²³.

Y es que, ciertamente, estamos ante una ineptitud sobrevinida que presenta algunas notas que la dotan de cierta especialidad y contradicción: la nota del

²¹ “Siendo el puesto de trabajo del actor el de conductor de camión, conducción que ocupaba la gran parte de su actividad laboral, la privación del permiso de conducir durante un año y un día a la que fue condenado le impedía prestar los servicios para los que fue contratado, lo que equivale, como antes se ha razonado, a una ineptitud sobrevinida posterior, tal y como señaló la sentencia del Tribunal Supremo de 27 octubre 1983” (STSJ C. Valenciana núm. 782/2011, 9-3-11, JUR 2011\229015, FD 2º.3). En el mismo sentido: STSJ Galicia núm. 4746/2014, 30-9-14, Rec. 2432/2014, FD 3º.

²² “no obstan los argumentos utilizados por la parte recurrente en el sentido de que la privación del permiso de conducir es meramente circunstancial y no permanente. Es cierto que la privación de dicho permiso se produce únicamente por dos años... pero no lo es menos que durante ese tiempo el actor no podrá desempeñar su actividad laboral...” (STSJ Castilla y León, Valladolid, núm. 579/2010, 5-5, FD Único).

²³ “Es cierto que una lógica exigencia de proporcionalidad requiere que no se trate de una ineptitud menor, tanto desde el punto de vista cualitativo como temporal, sino de entidad suficiente como para que sea razonable adoptar la medida de proceder a extinguir el contrato de trabajo. Pero en este caso la ineptitud es de tal entidad que impide realizar las tareas de conducir vehículos de motor, que era precisamente el único objeto de su contrato de trabajo. En cuanto a la duración de la ineptitud sobrevinida tampoco puede calificarse de escasa entidad, cuando se trata de no poder cumplir las obligaciones del contrato durante dieciséis meses. Es obvio que la ineptitud del trabajador para cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, su deber laboral básico (art. 5.a E.T.), rompe el sinalagma del contrato de trabajo. Sin que, por otra parte, esté prevista en la Ley para estos casos la suspensión del contrato de trabajo con exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (art. 45 E.T.). Puede servir de referencia temporal para calibrar la incidencia en el contrato de la ineptitud del trabajador prolongada durante 16 meses para realizar las tareas para las que fue contratado, la duración del retraso en el cumplimiento por el empresario de su obligación recíproca de abonar el salario que justificaría la extinción por voluntad del trabajador *ex artículo 50.1 b) E.T.*” (STSJ La Rioja núm. 281/2009, 1-10-09, JUR 2009\470168, FD 4º).

incumplimiento no llega a desaparecer totalmente, pese a su configuración como imposibilidad; y su duración se trata con mayor rigor que en la enfermedad (incapacidad temporal). Además, los principios de conservación del contrato y de reequilibrio de posiciones se relativizan hasta el punto de que algún pronunciamiento judicial compara –sin atenuante alguno– el perjuicio del trabajador (su pérdida definitiva de empleo) con el perjuicio del empresario (no disponer de un trabajador-conductor durante 16 meses). Esta crítica de la proporcionalidad de la respuesta del ordenamiento jurídico laboral a la privación del permiso nos sitúa en condiciones ya de analizar otros escenarios posibles.

3.1. La reubicación del trabajador en otro puesto y/o la suspensión del contrato como alternativas al despido

Los convenios colectivos de empresas vinculadas con el transporte por carretera suelen contener alguna cláusula que establece el compromiso del empresario de no despedir al trabajador, sino de recolocarlo en otro puesto y darle la posibilidad de retorno al puesto anterior una vez transcurra el periodo de sanción y recupere el permiso de conducción²⁴. En ocasiones, se limita la obligación a un número determinado de trabajadores en función del total de conductores que haya en plantilla²⁵. La suspensión del contrato no suele ser la primera medida que se contempla²⁶ y suele ir vinculada al hecho de que el trabajador haya concertado un seguro privado para cubrir esta contingencia²⁷. Otros requi-

²⁴ El retorno se entiende implícito en las cláusulas convencionales a que me refiero. El art. 18, pfo. 2º, X Convenio Colectivo interprovincial de las empresas distribuidoras de productos petrolíferos y sus trabajadores 1988 (BOE núm. 199, 19-8-1988) limita el retorno a que no hayan transcurrido más de 4 años desde la fecha de retirada del permiso y a que no se trate de un caso de reincidencia.

²⁵ Arts. 18, pfo. 3º, X Convenio Colectivo interprovincial de las empresas distribuidoras de productos petrolíferos y sus trabajadores 1988 (BOE núm. 199, 19-8-1988) y 35.1, a) Convenio Colectivo del sector Transportes por Carretera del Principado de Asturias 2015-2018 (B.O. Principado de Asturias núm. 44, 23-2-2016).

²⁶ Sino, por ejemplo, una excedencia voluntaria con derecho a la reserva del puesto de trabajo (art. 35.4 Convenio Colectivo del sector Transportes por Carretera del Principado de Asturias 2015-2018).

²⁷ Art. 35.3 Convenio Colectivo del sector Transportes por Carretera del Principado de Asturias 2015-2018; más claramente en el art. 54.1, pfo. 2º, II Acuerdo General para las empresas de transporte de mercancías por carretera 2012-2014 (BOE núm. 76, 29-3-2012): "...la obligación de recolocación podrá ser sustituida, a criterio de la empresa, por la contratación de un seguro a favor de estos trabajadores por el que se les garantice el abono durante el período de inhabilitación de cantidad equivalente, proporcionalmente, al setenta y cinco por ciento del salario percibido el año natural inmediato anterior; la prima de dicho seguro será satisfecha íntegramente por las

sitos o consideraciones que suelen mencionarse en estas cláusulas son: a) la privación no haya sido como consecuencia del consumo de drogas o de la ingestión de bebidas alcohólicas²⁸; b) no supere un plazo que oscila de 6²⁹ a 12 meses³⁰; c) deben haber transcurrido cinco años desde que el trabajador hubiera disfrutado de este beneficio³¹; d) deberá tener una antigüedad en la empresa de, al menos, dos años³²; e) será retribuido conforme al nuevo puesto³³; f) la retirada del permiso se ha podido producir en el trayecto de ida y vuelta del centro de

empresas. En este supuesto, el contrato de trabajo será suspendido (máx. 6 meses), con reserva de puesto de trabajo, durante el citado período de inhabilitación, sin derecho a remuneración y sin que compute a ningún efecto, debiendo reincorporarse una vez finalizado el período de inhabilitación para conducir” (paréntesis mío).

²⁸ Arts. 35.1, pfo. 1º Convenio Colectivo del sector Transportes por Carretera del Principado de Asturias 2015-2018, 74 Convenio Colectivo estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia 2009-2012 (BOE núm. 162, 5-7-2010; modificación ámbito temporal Res. DGE 7-8-2012, BOE núm. 203, 24-8-12) –añadiendo la exclusión por comisión de delitos dolosos- y 54.1, pfo. 1º II Acuerdo General para las empresas de transporte de mercancías por carretera 2012-2014.

²⁹ Arts. 35.1, pfo. 1º Convenio Colectivo del sector Transportes por Carretera del Principado de Asturias 2015-2018, 18, pfo. 1º, X Convenio Colectivo interprovincial de las empresas distribuidoras de productos petrolíferos y sus trabajadores (BOE núm. 199, 19-8-1988) y 54.1, pfo. 1º II Acuerdo General para las empresas de transporte de mercancías por carretera 2012-2014.

³⁰ Art. 74 Convenio Colectivo estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia 2009-2012.

³¹ Arts. 35.1, b) Convenio Colectivo del sector Transportes por Carretera del Principado de Asturias 2015-2018, 74 Convenio Colectivo estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia 2009-2012 –reduciendo el plazo a dos años- y 54.1, pfo. 1º II Acuerdo General para las empresas de transporte de mercancías por carretera 2012-2014.

³² Arts. 35.1, pfo. 1º Convenio Colectivo del sector Transportes por Carretera del Principado de Asturias 2015-2018 y 54.1, pfo. 1º II Acuerdo General para las empresas de transporte de mercancías por carretera 2012-2014.

³³ Arts. 18, pfo. 1º, X Convenio Colectivo interprovincial de las empresas distribuidoras de productos petrolíferos y sus trabajadores y 74 Convenio Colectivo estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia 2009-2012; o conforme al puesto de conductor pero por un tiempo limitado, por ejemplo: un año (art. 55 Convenio Colectivo de la provincia de Almería del sector Transporte de viajeros por carretera 2014-2016, B.O.P. Almería nº 79, 27-4-2011; acuerdo de prórroga en B.O.P. Almería nº 116, 19-6-2014); o combinando aspectos retributivos del antiguo y del nuevo puesto: el salario base de su categoría profesional de conductor, los complementos salariales correspondiente al nuevo puesto y manteniéndose los complementos personales que tuviera (cfr. Arts. 35.1, pfo. 1º Convenio Colectivo del sector Transportes por Carretera del Principado de Asturias 2015-2018 y 54.1, pfo. 1º II Acuerdo General para las empresas de transporte de mercancías por carretera 2012-2014).

trabajo³⁴; y g) la empresa asume total o parcialmente el coste de los cursos para recuperar los puntos perdidos o del seguro³⁵.

Es posible también encontrar cláusulas convencionales que garantizan la reubicación del trabajador cuando la retirada del permiso de conducir se deba a imposibilidad física, ya sea temporal –siempre que no dé lugar a baja médica y, por tanto, a la situación de incapacidad temporal, que suspendería *per se* el contrato- o definitiva³⁶. Alguna cláusula menos garantista puede localizarse, como la del art. 57 Convenio Colectivo estatal de grúas móviles autopropulsadas 2006-2009³⁷, en donde no hay un compromiso en favor de la reubicación, sino que la empresa “podrá optar por recolocar al trabajador en otro puesto de trabajo retribuyéndolo conforme a la categoría profesional efectivamente desarrollada o bien proceder a la rescisión del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida”, si bien, en caso de despido, “se reconoce el derecho del trabajador a reingresar en la empresa una vez recuperado el carné de conducir con todos sus derechos adquiridos. El reingreso del trabajador se condiciona a la devolución de la indemnización recibida”. A mi juicio, la exigencia de la devolución de la indemnización por despido objetivo es claramente ilegal.

La suspensión del contrato aparece como segunda alternativa en las cláusulas convencionales. Es cierto que puede estar consignada en el propio contrato del trabajador-conductor o ser fruto del mutuo acuerdo acaecida la retirada del permiso (art. 45, a y b ET). Ahora bien, la jurisprudencia ofrece también el caso de que la empresa decide unilateralmente la suspensión del contrato y el traba-

³⁴ Arts. 35.1, pfo. 1º Convenio Colectivo del sector Transportes por Carretera del Principado de Asturias 2015-2018 y 54.1, pfo 1º II Acuerdo General para las empresas de transporte de mercancías por carretera 2012-2014.

³⁵ Arts. 55 Convenio Colectivo de la provincia de Almería del sector Transporte de viajeros por carretera 2014-2016, y 54.2 II Acuerdo General para las empresas de transporte de mercancías por carretera 2012-2014.

³⁶ Así, con carácter limitado a determinado personal procedente de otra empresa antes de integrarse en la principal, la DT 4ª.2 Convenio Colectivo 2010-2014 CLH Aviación, S.A. (BOE núm. 236, 30-9-2011. Denunciado en 23-10-2014, se acuerda prórroga de ultraactividad hasta 31-12-2016, v. Res. DGE 12-12-2016, BOE núm. 46, 23-2-2016), en tanto que haciendo sólo referencia a la retirada definitiva del permiso de conducir el art. 17.2.b), 4 Convenio Colectivo de la empresa Sociedad Anónima Agricultores de la Vega de Valencia, para su personal adscrito a la División de Recogida y Limpieza de Valencia (Zona 1) 2010-2013 (BOP Valencia nº 150, 27-6-2011).

³⁷ BOE núm. 88, 12-4-2007. El texto fue prorrogado por acuerdo de la comisión negociadora de fecha 5-7-2013 hasta 31-12-2014 (v. Res. DGE 30-7-2013, BOE nº 193, 13-8-2013).

jador la rechaza, demandándola por no haber procedido a su despido por ineptitud. Puede parecer sorprendente pero es así. ¿Qué motivos pueden llevar a dicho rechazo?, ¿qué puede llevar al trabajador a solicitar que se le despidiera en lugar de que se deje su contrato en suspenso? El interés de percibir la indemnización que acompaña el despido objetivo y la percepción de la prestación por desempleo subsiguiente a la extinción por despido.

La cuestión ha ofrecido, de nuevo, respuestas judiciales contradictorias. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dio la razón a la empresa apoyándose en el siguiente argumento: la ineptitud del trabajador no es definitiva, puesto que la retirada del carnet de conducir se hace por sentencia judicial durante un periodo limitado de doce meses, por lo que procede la suspensión del contrato ya que “no tiene sentido que el legislador contemple como causa de extinción... la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa (art. 52.a del Estatuto), y, sin embargo, no se prevea como causa de suspensión tal ineptitud, si se temporalizara la ineptitud”. A ello no se opone el hecho –dice la Sala– de que el art. 45 ET no contemple expresamente la retirada temporal del carnet como causa de suspensión del contrato, ya que “nos inclinamos por entender que el listado (de causas) es abierto”³⁸, pues hay otras causas de suspensión previstas en otros preceptos estatutarios (arts. 46, apartados 2 y 3, 48.2, 23.1.b ET o 9.2 RD 1382/1985, relativo a la relación especial de alta dirección) y también los convenios colectivos prevén supuestos suspensivos diversos de los estatutarios.

Unos años más tarde, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias falla a favor del trabajador basándose en dos criterios: a) no se puede afirmar que se trate de una ineptitud “temporal” porque la recuperación del carnet de conducir exige “la superación de nuevo examen y de cursos al efecto”; y b) no se puede configurar, por tanto, como causa de suspensión porque, aparte de la no temporalidad, se desconoce cuánto tiempo podría hipotéticamente durar ésta, lo que es impropio de las causas de suspensión; y porque no se le puede atribuir a la empresa la potestad de determinar unilateralmente qué sea causa de suspensión; es decir, sólo pueden operar como causas de suspensión las del art. 45 ET o las establecidas en otros preceptos estatutarios o las convencionales³⁹.

³⁸ Sentencia núm. 227/2009, 20-3-09, Rec. 350/2009, FD 4º. Con anterioridad, pero en relación a un vigilante jurado que extravía su documentación y cuya empresa suspende el contrato: STSJ Madrid 14-4-1994 (Rec. 171/1993).

³⁹ Sentencia 512/2015, 20-3-15, Rec. 474/2015, FD 3º.

Llegados a este punto, hemos de conocer y revisar si la privación del carnet de conducir por parte de un Juzgado implica o no su pérdida definitiva para así aclarar si los dos supuestos son idénticos y podrían dar lugar, como parece previsible, a un futuro recurso de casación para la unificación de doctrina. La Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial⁴⁰ califica de “pérdida temporal” la suspensión cautelar⁴¹ y la primera fase de pérdida de vigencia del permiso por presunta carencia de los requisitos de conocimientos, habilidades o aptitudes exigidos⁴², ambas con carácter de actos administrativos; en tanto que la conocida como pena de privación del permiso de conducción, contemplada en el art. 47 Código Penal viene a ser una pérdida definitiva, con independencia del tiempo de carencia del permiso, ya que tanto si éste excede los dos años como si no, el titular tiene que superar en todo caso un curso de sensibilización y reeducación vial, lo que conlleva que no estemos ante una recuperación automática. Luego entiendo que los pronunciamientos judiciales mencionados incurren en contradicción y es factible que se plantee el recurso de casación para la unificación de doctrina, decantándome por considerar correcta la sentencia asturiana cuando sostiene que no procede la declaración unilateral de la suspensión por parte de la empresa sino que se exige el previo acuerdo con el trabajador⁴³.

Ahora bien, la afirmación que acabo de realizar puede ser calificada de “mera profecía” si se considera –como agudamente observó Martínez Girón hace ya algunos años- que existen causas de suspensión jurisprudenciales⁴⁴, como ha sucedido –en un *iter* no exento de vaivenes y polémicas- con la suspen-

⁴⁰ Real Decreto Legislativo 6/2015, 30-10 (BOE núm. 261, 31-10-2015).

⁴¹ Art. 72.

⁴² Art. 70.2, pfo. 2º.

⁴³ Con anterioridad, y en relación con la STJ Madrid (Rec. 171/1993) que confirmaba la suspensión por la empresa del contrato de un vigilante jurado en contra de la voluntad de éste, se había pronunciado Fita Ortega negando esta opción a la empresa: “Es cierto que el art. 45 del E.T. contempla una enumeración amplia de causas extintivas, al permitir su extensión por el mutuo acuerdo de las partes ya sea simultáneo a la celebración del contrato o posterior a la misma (apartados a y b del art. 45.1), pero en caso alguno puede considerarse que la relación de causas suspensivas que contiene este precepto sea una enumeración abierta, que permita al tribunal valorar en cada caso concreto si estamos ante una causa suspensiva o no, tal y como propone la referida sentencia” (*La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, Edit. Tirant lo Blanch, Colecc. Laboral nº 55, Valencia 1997, p. 79).

⁴⁴ “Las causas generales de suspensión: “¿numerus clausus?” en VVAA (Marín Correa, J. M.ª, dtor.), *La suspensión del contrato de trabajo*, Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1994, pp. 50-51.

sión del contrato de trabajo a resultas de varios supuestos de impugnación: bien del alta médica que declaraba apto al trabajador, bien de resoluciones del INSS denegando la incapacidad permanente o reconociendo el grado de IPT cuando el trabajador entendía que éste debía ser IPP. Sobre esto trataré en el apartado siguiente, pero cabe adelantar que una postura jurisprudencial favorable a entender que lo procedente es la suspensión del contrato cuando se recurre la resolución de la Jefatura Central de Tráfico se toparía con algún pronunciamiento judicial, que parece entender, si bien con cierta ambigüedad, que basta la suspensión cautelar del permiso de conducción para considerar que se da la ineptitud del trabajador-conductor y que la empresa tiene la vía expedita para proceder a su despido por dicha causa⁴⁵.

3.2. La impugnación de la incapacidad laboral como causa de suspensión del contrato y su “trasvase” al ámbito de la privación del permiso de conducción

Durante más de una década, la Jurisprudencia se mostró vacilante a la hora de determinar los efectos que deben producir en el contrato de trabajo las resoluciones administrativas sobre incapacidad laboral. Aunque el ámbito del contrato es diverso del propio de las prestaciones de Seguridad Social, lo cierto es que están conectados si se considera que el contrato de trabajo se suspende por incapacidad temporal del trabajador, contingencia que no se define en el ET, lo que lleva a su integración y remisión a lo que se entiende por tal en la LGSS; o que el contrato se extingue por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, términos que tampoco se desarrollan en la norma estatutaria, lo que obliga a una integración análoga a la que se acaba de mencionar. La relación llega a tal extremo que, para no perjudicar al trabajador cuando éste no reúne los requisitos para ser beneficiario de una prestación derivada de incapacidad permanente, la Jurisprudencia, e implícitamente la ley⁴⁶, sostienen la no declaración de tal incapacidad para que el contrato continúe, y, de este modo, no se quede el trabajador sin salario y sin prestación. No ha sucedido lo mismo con la incapacidad temporal, donde no consta que la ley impida la calificación de dicha situación si no se reúnen los requisitos para ser beneficiario. En alguna ocasión

⁴⁵ STSJ Castilla y León, Valladolid, núm. 104/2008, 18-2-08, Rec. 104/2008, JUR 2008\145327, FD Único.

⁴⁶ SSTs (ud) 14-10-1991 (Rec. 344/1991, RJ 1991\7659) y 21-1-1992 (Rec. 140/1991, RJ 1992\56); v. art. 200.1 LGSS que se refiere a la declaración por el INSS de la situación de incapacidad permanente “a los efectos de reconocimiento de las prestaciones económicas”.

mantuve que este caso no solía darse, pues lo habitual era que el trabajador no suspendiera el contrato y se mantuviera en su puesto⁴⁷. Desconozco si ha habido novedad jurisprudencial al respecto, pero creo que no.

Cuando el Tribunal Supremo afronta, por vez primera, el caso de un trabajador a quien se le deniega la invalidez solicitada por resolución de la Comisión Técnica Calificadora Provincial, recurriendo, posteriormente, dicha resolución pero no reincorporándose a la empresa, y cuyo contrato ésta entiende extinguido por dimisión, la Sala tiene que hacer frente a la dificultad de interpretar el art. 144.3 LGSS. Este precepto legal prevé, simultáneamente, la posibilidad de recurrir las resoluciones de las Comisiones Técnicas Calificadoras, al tiempo que establece la ejecutividad inmediata de las mismas, lo que parece conllevar la reincorporación del trabajador. La forma de dar solución a la cuestión es la distinción de planos, de manera que dichas resoluciones “afectan sólo a materias de Seguridad Social, pero no a los derechos y obligaciones derivadas del contrato de trabajo, limitándose la ejecutividad... a reconocer al beneficiario de ellas su derecho a obtener la prestación concedida, aunque se haya formulado... el oportuno recurso jurisdiccional”; de este modo, y ésta es la conclusión que nos interesa: “el contrato de trabajo queda suspendido no sólo hasta la resolución definitiva de la Comisión Técnica Calificadora Central, sino que interpuesto contra ella demanda ante la Magistratura de Trabajo, continúa tal suspensión hasta que la sentencia sea firme”⁴⁸.

La doctrina anterior se verá, en principio, continuada⁴⁹ pero un pronunciamiento de 1986 rompe con la distinción de planos, unificándolos, y elimina la suspensión del contrato mientras penda el recurso interpuesto contra la resolución de la Comisión Técnica Calificadora, tanto en vía de reclamación previa como en vía judicial⁵⁰. Esta nueva línea sería seguida por otros pronunciamientos posteriores⁵¹.

⁴⁷ Cfr. mi “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005)”, *Relaciones Laborales*, nº21/2006, pp.115-116.

⁴⁸ STS 27-6-1983 (RJ 1983\3050), Cdo. 2º.

⁴⁹ SSTs 24-1-1984 (RJ 1984\90) y 24-1-1985 (RJ 1985\95).

⁵⁰ STS 16-5-1986 (RJ 1986\2562).

⁵¹ SSTs 7-6-1988 (RJ 1988\5241; un tanto oscura en su literalidad), 20-10-1988 (RJ 1988\8125) y 15-11-1990 (RJ 1990\8979).

Al poco tiempo, se produce un nuevo cambio de criterio, esta vez en forma de postura ecléctica, con cierta dificultad de plasmación práctica, de manera que la continuación de la suspensión del contrato de trabajo cuando se impugna la resolución denegatoria de la Entidad Gestora (INSALUD o INSS) va a depender de que el trabajador desarrolle “con la diligencia exigible en cada caso, una conducta positiva en orden a informar al empresario de la impugnación y a acreditar la subsistencia de una incapacidad temporal para el trabajo ofreciendo, en su caso, los medios para la verificación de esa situación por la empresa”. Pero el planteamiento diverge si se trata de una resolución relativa a invalidez: “las declaraciones administrativas de los grados de invalidez que menciona el artículo 49.5 del Estatuto de los Trabajadores requerirían otra consideración, pues en ellas lo que se constata es la permanencia de la falta de capacidad para el trabajo”⁵²; comentario oscuro que será posteriormente aclarado por pronunciamiento posterior de la Sala en el sentido de que “las resoluciones administrativas declarando la invalidez permanente no producen eficacia para extinguir el contrato de trabajo según el artículo 49.5 ET hasta que no alcancen firmeza, *permaneciendo entre tanto suspendido el contrato* con derecho del trabajador a percibir la pensión y sin que el empresario tenga obligación de readmitirlo”⁵³. Los últimos pronunciamientos que he localizado confirman la continuidad de esta tesis⁵⁴.

Teniendo en cuenta esta doctrina, ¿cabría extrapolarla a la retirada del carnet de conducir?; es decir, ¿se podría sostener que hasta que no adquieran firmeza las resoluciones administrativas que conllevan la pérdida “definitiva” del permiso de conducción o las sentencias del orden contencioso-administrativo o penal se imposibilitaría al empresario el despido por ineptitud? La respuesta no es clara. Si atendemos a lo establecido en los arts. 47, pfo. 3º CP y 73 Ley de Tráfico cabe entender que hasta que no recaiga sentencia penal firme, no cabe proceder al despido, luego el contrato está tan sólo en suspenso. De hecho, así puede verse en la jurisprudencia menor. Pero, por otro lado, algún pronunciamiento judicial parece considerar suficiente la suspensión cautelar para proceder al despido⁵⁵; y ello pese a que, desde el orden contencioso-administrativo, se

⁵² STS (ud) 22-10-1991 (Rec. 1075/1990, RJ 1991\7745), FD 3º.

⁵³ STS (ud) 11-5-1994 (Rec. 3082/1993, RJ 1994\5355), FD 3º.

⁵⁴ SSTSJ Islas Canarias, Las Palmas, núm. 671/1998, 4-9-98 (Rec. 751/1998, AS 1998\4245), FD 3º, y Galicia núm. 3752/2010, 13-7-10 (Rec. 1599/2010, AS 2010\1769), FFDD 5º y 6º.

⁵⁵ STSJ Castilla y León, Valladolid, núm. 104/2008, 18-2-08 (Rec. 104/2008, JUR 2008\145327). Aunque la Sala considera otros argumentos: la duración de la intervención del

recuerda que la suspensión cautelar no es una sanción⁵⁶, y que la pérdida de vigencia del permiso por falta de conservación de alguno de los requisitos exigidos contempla una fase de posible acreditación por el titular, lo que llevaría también a pensar en una suspensión del contrato unida a la probable suspensión cautelar. En contra de la suspensión: el hecho de que no se reconoce esta causa expresamente ni en el art. 45 ET ni en otros preceptos estatutarios o de otras leyes, si bien se podría pensar en su ubicación dentro de la incapacidad temporal o como fuerza mayor temporal, de la que luego trataré; y, junto a lo anterior, la realidad de que, a diferencia de la incapacidad laboral, la ineptitud sobrevenida no contempla un caso de “temporalidad”. No obstante, no parece totalmente descartable la posibilidad de que, de nuevo, la Jurisprudencia cree una nueva causa de suspensión.

3.3. Incapacidad permanente o/e ineptitud-ineptitud para poder conducir

La relación connatural entre ineptitud e incapacidad laboral parece algo obvio y evidente: basta recordar el concepto de “ineptitud”, dentro de su propia limitación. No obstante, tal afirmación no parece ser compartida en estos mismos términos por la jurisprudencia. Basten algunos ejemplos de ello, prescindiendo por el momento de detalles sobre sus respectivos contextos:

a) “... la ineptitud sobrevenida... es un concepto diferente al de Invalidez Permanente... (...). Lo esencial para que la extinción del contrato de trabajo se ajuste a lo prevenido en el art. 52, letra a) del Estatuto de los Trabajadores, es que el trabajador haya perdido, cualquiera que sea la causa, las condiciones de idoneidad mínimamente exigibles para el adecuado desempeño de las principales tareas de su puesto de trabajo... No es necesario que la pérdida de aptitud sea imputable al trabajador, ni tampoco que suponga una absoluta y total carencia de idoneidad para el desempeño del puesto de trabajo que pudiera dar lugar a una declaración de Invalidez Permanente Total”⁵⁷.

b) “el concepto de ineptitud se refiere a una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tienen su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o

permiso así como el hecho de que el trabajador se encontraba en tratamiento farmacológico incompatible con la conducción

⁵⁶ STSJ Asturias núm. 482/2001, 4-6, Rec. 2088/1997, JUR 2001\236556, FD 2º.

⁵⁷ STSJ Cataluña núm. 7103/1997, 31-10, AS 1997\3919, FD 3º.

pérdida de sus recursos de trabajo, percepción, destreza, falta de capacidad de concentración, rapidez, etc. Siendo, por tanto, un concepto diferente al de invalidez permanente, situación que por sí misma permite la extinción contractual *ex artículo 49.1 e)*, de forma que puede declararse la resolución del contrato por aquella causa cuando el trabajador no ha alcanzado ningún grado de invalidez permanente y sin embargo resulta incapaz en la realización de su trabajo ordinario⁵⁸.

Tal composición de lugar encuentra su explicación en el planteamiento estatutario de las causas de extinción del contrato y, dentro de ellas, del despido. Éste aparece, ciertamente, como una causa de extinción contractual por voluntad empresarial que, a su vez, exige causa. Pues bien, la incapacidad laboral como tal no es causa de despido sino de mera –si se me permite la expresión– extinción contractual, bastando la simple declaración empresarial al respecto. Y ello no respecto de cualquier incapacidad laboral sino de aquella que ha sido declarada por el INSS en los grados de total, absoluta o gran invalidez. Pero –insisto–, así como la ineptitud originaria o sobrevenida es causa de despido objetivo, tal como consta en el art. 52.a) ET, en dicho apartado ni en ningún otro puede leerse referencia alguna a la incapacidad laboral. De este modo, y pese a lo que pudiera parecer, la incapacidad laboral administrativa y la ineptitud de reconocimiento empresarial siguen caminos distintos. Esto mereció un aclaramiento intenso y extenso por parte de la jurisprudencia cuando tuvo que afanarse por sentar que la declaración de un trabajador en el grado de IPP no suponía automáticamente “ineptitud”, sino que ésta debía probarse por el empresario y, sólo una vez demostrada, podía proceder a despedir⁵⁹.

A partir de la aprobación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y, en particular, el desarrollo de los Servicios de Prevención externos a las empresas, aparece un tercer agente –junto a la Dirección Provincial/General de Tráfico y al INSS– que va a intervenir realizando también reconocimientos médicos de trabajadores y comprobando su adecuación al puesto de trabajo, en este caso el de conductor. El panorama en su conjunto es complejo y adolece de falta de coordinación, pues se carece de criterios unitarios y consolidados⁶⁰.

⁵⁸ STSJ La Rioja núm. 119/2008, 21-10, Rec. 121/2008, AS 2009\912, FD 3º, que acude a la sentencia catalana anterior para construir su fundamento.

⁵⁹ Así lo explicó con anterioridad Ortiz Lallana, M.ª del C., *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, Edit. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1985, p. 295.

⁶⁰ STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, núm. 656/2010, 30-6-10, Rec. 1318/2009, AS 2010\2882

De este modo, el despido por ineptitud para conducir no se condiciona a la efectiva pérdida de vigencia del carnet a partir de la Resolución administrativa de la Dirección –hoy Jefatura- Provincial o Central de Tráfico. Tampoco la declaración por parte del INSS de un trabajador-conductor en un grado de incapacidad permanente parcial o total conlleva necesariamente su despido por ineptitud, y viceversa: la pérdida del carnet de conducir no implica automáticamente que el trabajador esté afecto de una incapacidad permanente en el grado de total cuanto menos. No hay, por tanto, estas equivalencias o una suerte de relación. Y lo mismo sucede con las declaraciones de los Servicios de Prevención, que merecerían, sin duda, un estudio detenido que excede el propósito de este artículo, por cuanto no son entes administrativos, sino que tienen carácter privado y su imparcialidad se puede ver dificultada por situarse más bien al lado del empresario (al ser contratados por éste); sucede lo mismo con las declaraciones de aptitud o aptitud con limitaciones o no aptitud temporal o definitiva: no suponen automáticamente que la empresa pueda despedir al trabajador-conductor, ya que deberá demostrar y comprobar que se da una ineptitud real. Sintéticamente, es ésta la idea a la que se puede llegar tras un estudio jurisprudencial de la materia: la empresa es quien decide, a partir de los informes que estime oportunos y sin abdicar de su tarea de comprobación propia, el despido objetivo del trabajador. Decisión que, lógicamente, es revisable judicialmente.

Trataré en el apartado siguiente de ofrecer una panorámica, lo más clara posible, de las interrelaciones que se dan en el ámbito de la ineptitud para la conducción entre la señalada pluralidad de sujetos: empresario, trabajador, Jefatura de Tráfico, INSS y Servicios de Prevención.

3.3.1. El punto de partida: la independencia entre la ineptitud sobrevenida para conducir y las entidades administrativas vinculadas (Jefatura de Tráfico, INSS)

Creo que un pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Galicia puede ser un ejemplo claro de la autonomía de la empresa para despedir por ineptitud al trabajador-conductor, no siendo necesario que, con carácter previo, la Jefatura de Tráfico correspondiente le haya privado del permiso de conducción. La Sala, discrepando de la sentencia de instancia, que exigía dicha privación administrativa, afirmaba que “lo fundamental es que la situación que sufra el trabajador sea incapacitante... para el desempeño de las tareas específicas del puesto de trabajo de chófer-repartidor...”⁶¹.

⁶¹ Núm. 3173/2009, 22-6-09 (Rec. 1064/2009), FD 3º.

Igualmente, la consideración de ineptitud no está condicionada a la previa declaración del trabajador-conductor en determinado grado de incapacidad permanente. Se trata de la tesis ya conocida, que ahora vemos aplicada al supuesto concreto de la privación del carnet de conducir⁶².

El hecho de que el trabajador impugne judicialmente la denegación de la IP y ésta esté pendiente de resolución no es obstáculo para que su contrato puede ser extinguido por ineptitud, a partir de la declaración del Servicio de Prevención de Riesgos, lo que concede a estos entes una peculiar función que va más allá de una tarea meramente preventiva, como luego desarrollaré con más detenimiento. Es más, la reclamación de IP –reconociendo su incapacidad para conducir- puede volverse contra el propio trabajador, al ser un argumento que puede tener en cuenta por la Sala para considerar procedente su despido por ineptitud⁶³. Por otro lado, lo decisivo en estos casos, si atendemos a los pronunciamientos judiciales, suele ser el peligro potencial –para sí y para terceros- que constituye la conducción por el trabajador, aunque lo que le haya acontecido sea un hecho aislado y no vaya acompañado ni de privación administrativa del permiso ni de declaración de IP⁶⁴.

⁶² STSJ País Vasco núm. 1548/1998, 28-4, AS 1998\2032, FD 2º, paréntesis mío: “El actor conduce coches cisterna con material peligroso, y su deterioro físico y psíquico, como correctamente apreció el Magistrado de instancia, le inhabilita para desarrollar las funciones de su puesto de trabajo que requiere rapidez de reflejos, destreza y concentración, facultades que tiene mermadas de forma importante el recurrente, a lo que debemos añadir que sus padecimientos físicos entrañan un grave riesgo para el desempeño de su cometido y para la integridad física de las personas que circulan por la carretera. La ineptitud no queda desvirtuada por el hecho de que el INSS no le haya reconocido grado de invalidez alguno en vía administrativa...”. Tampoco consta que haya sido privado del permiso de conducción por la Jefatura de Tráfico. Por otro lado, desde una perspectiva general no centrada en el supuesto de privación del permiso de conducción, la STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife núm. 656/2010, 30-6-10 (Rec. 1318/2009, AS 2010\2882) opta por “apartar la incidencia del mecanismo de la Incapacidad Permanente que ha solicitado el demandante, puesto que lo que se ventila en la IP es la capacidad laboral de la categoría, no la del puesto de trabajo” (FD 3º, B).

⁶³ STSJ La Rioja núm. 119/2008, 21-10, Rec. 121/2008, AS 2009\912, FD 3º: “Pues bien, el demandante, disconforme con la resolución dictada en vía administrativa, dedujo la correspondiente demanda ante los juzgados de lo social (pendiente de resolución), solicitando el reconocimiento de una incapacidad permanente total para su profesión habitual, efectuando por ello el reconocimiento expreso de su inhabilidad para el trabajo, inhabilidad que se constata en el informe sanitario emitido por la empresa Riesgo y Trabajo, S.L., el 19 de diciembre de 2007”. Como puede observarse, no hay suspensión del contrato hasta la resolución judicial.

⁶⁴ SSTSJ La Rioja de nota anterior, FD 3º, último pfo: “el mantenimiento del trabajador en su puesto de trabajo determinaría la adopción de una decisión contraria a las más elementales

La jurisprudencia menor ha tenido ocasión de insistir en que no hay “comunicación”, en ninguna dirección, entre la declaración de IP y la privación del carnet de conducir, en ninguna dirección; se desea, pues, que sean ámbitos diversos. “Si se hiciera por los Tribunales lo que pretende el actor estaríamos admitiendo que serían éstos y no la D.G.T. los que decidirían que tras el reconocimiento de una incapacidad permanente el permiso se la retirado automáticamente al trabajador afectado, lo que es inadmisibles de todo punto, como igualmente lo sería que, retirado el permiso de conducir a un trabajador con categoría de conductor, se considerase que éste tenía reconocida automáticamente una incapacidad permanente total, al ser diferentes Organismos los competentes para resolver en cada uno de sus ámbitos de competencia”⁶⁵.

Al parecer, la cuestión de la conexión entre privación del permiso de conducción y declaración de IP se había suscitado en torno a la figura del

normas de prevención y protección de la salud de los trabajadores”; y Comunidad Valenciana núm. 3659/2008, 5-11-08 (Rec. 2937/2008, JUR 2009\134155) FD 2º: “resulta correcta la conclusión de que la enfermedad del demandante en su estado actual puede provocarle mareos o pérdidas de conciencia, de modo súbito, incompatible con la conducción de camiones (tarea esencial del trabajador), con el consiguiente peligro para él y para terceros y posibles perjuicios para la empresa”. Se trata de un trabajador que padece diabetes mellitus y es insulino-dependiente desde 1991. En el AH 2º se relata el suceso que desencadena el despido por ineptitud: el día 30 de octubre de 2007, mientras conducía el camión, sufrió un desvanecimiento, lo que motivó que el vehículo se saliera de la carretera, volcara y rompiera aproximadamente tres metros de acequia. Con anterioridad a dicha fecha, no había tenido ninguna descompensación glucémica en el trabajo, aunque sí, durante los últimos tiempos, en tres o cuatro ocasiones en su casa (HH.PP. 4º y 10º).

⁶⁵ STSJ Castilla y León, Valladolid núm. 1251/2008, 10-12-08 (Rec. 1251/2008, JUR 2009\102686), FD 2º: “Si se hiciera por los Tribunales lo que pretende el actor estaríamos admitiendo que serían éstos y no la D.G.T. los que decidirían que, tras el reconocimiento de una incapacidad permanente, el permiso se la retirado automáticamente al trabajador afectado, lo que es inadmisibles de todo punto, como igualmente lo sería que, retirado el permiso de conducir a un trabajador con categoría de conductor, se considerase que éste tenía reconocida automáticamente una incapacidad permanente total, al ser diferentes Organismos los competentes para resolver en cada uno de sus ámbitos de competencia”. En el mismo sentido, pero esta vez desde la DGT al INSS: SSTSJ Extremadura núm. 343/2001, 11-7-01, Rec. 337/2001, FD 3º *in fine*; y Comunidad Valenciana 6022/2002, 5-11-02 (Rec. 459/2002), FD Único: “... frente a lo que parece entender el recurrente, la determinación de la invalidez permanente no corresponde a la Jefatura de Tráfico ni a la decisión de la empresa, sino al INSS, conforme al art. 1º del R.D. 1300/95 de 21 Jul.,...; invalidez que vendrá determinada por la presencia de reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas que disminuyan o anulen la capacidad laboral del interesado (art. 134 L.G.S.S.) y no por la pérdida de una titulación o permiso administrativo o la extinción de una relación laboral...”.

taxista autónomo y había dado lugar a pronunciamientos judiciales contradictorios⁶⁶.

3.3.2. *La intervención de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales y su carácter decisorio*

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales determina la obligación del empresario de velar por la seguridad y salud de sus trabajadores. Para ello, puede apoyarse en los llamados Servicios de Prevención propios o ajenos, que le asesoran en esta cuestión, reconociendo médicamente a los trabajadores, y planteando, en su caso, la conveniencia de adoptar alguna medida preventiva para evitar un perjuicio en la salud de éstos. La realidad es que, junto con esta labor de prevención, suele ser habitual, en el caso de trabajadores-conductores, que, una vez son dados de alta médica por el Servicio Público de Salud, tras un proceso de IT, o, incluso, aunque se les ratifique el alta por el INSS, denegando una posible declaración de IP, la empresa los remita al Servicio de Prevención para reconocimiento, al que, en principio, cabe entender que no pueden negarse, pues se trata de unas funciones que afectan a la seguridad de los restantes conductores y peatones. Y ese reconocimiento en la mayoría de los casos no es tanto preventivo como de comprobación de la aptitud laboral, emitiendo el Servicio un informe que declara al trabajador: “apto”, “apto con restricciones o limitaciones”, “no apto temporal” o “no apto definitivo”. Y a veces, incluso, esa calificación se modifica en función de que la empresa indique al Servicio que tiene posibilidad o no de recolocar al trabajador en otro puesto. En fin, como puede verse, este tercer agente realiza una labor que tiene una relevancia nada desdeñable, si se tiene en cuenta que puede influir en el despido objetivo por ineptitud del trabajador.

De las escasas sentencias del Tribunal Supremo que últimamente se pronuncian en relación con el despido por ineptitud, pues muy difícilmente se acepta la identidad de supuestos en el recurso de casación para la unificación de doctrina, encontramos una relativa a la retirada de la licencia de armas de un

⁶⁶ A favor: STSJ País Vasco 15-12-1998 (Rec. 1223/1998), que considera el permiso de conducción “condición *sine qua non* para el ejercicio de su actividad de taxista”, por lo que “parece evidente que carece de las cualidades y condiciones para seguir prestando su actividad profesional, lo que, dicho de otra manera, debe llevar a revocar la resolución de instancia ante la imposibilidad administrativa dictada (...), declarando al actor afecto de una incapacidad permanente en el grado de total para su habitual ocupación de taxista autónomo” (FD 2º y Fallo); en contra: STSJ Extremadura núm. 341/2002, 26-6, Rec. 307/2002, JUR 2002\203404, FD 3º *in fine*.

vigilante de seguridad; más concretamente, *obiter dicta*, se pronuncia sobre si la denegación de aptitud laboral del vigilante puede estar basada en el informe del Servicio de Prevención, pese a que el INSS no aprecia grado alguno de IP y le ha retirado la licencia. Y la respuesta de la Sala va a ser positiva, considerando idóneo “el medio al que acudió la empresa para constatar si el trabajador conservaba, o no, la aptitud necesaria para su desempeño profesional, sin que pueda considerarse preceptivo remitir al trabajador a su reconocimiento en los centros autorizados para practicar las pruebas de aptitud para el uso de armas y para desempeñar las funciones de vigilancia de seguridad privada... frente a lo que viene a indicar la sentencia recurrida. Precisamente al contrario, no sólo carece la empresa de la facultad de promover la actuación de tales centros, sino que la obligación empresarial consiste en cumplir las normas expuestas sobre reconocimientos de salud de los trabajadores para la prevención de riesgos laborales”⁶⁷.

La tesis anterior será recibida y matizada por la jurisprudencia menor, en el sentido de requerir a la empresa la propia comprobación de la ineptitud, no pudiendo justificar su decisión sólo en el informe del Servicio de Prevención⁶⁸.

⁶⁷ STS (ud) 22-7-2005 (Rec. 1333/2004, RJ 2006\84), FD 4º.1 La denegación del grado de IP se indica en el FD 2º.2.

⁶⁸ SSTSJ La Rioja núm. 119/2008, 21-10-08 (Rec. 121/2008, AS 2009\912), FD 3º “La existencia de una ineptitud para el desarrollo de las funciones de conductor deriva por tanto de la calificación de no apto resultante del reconocimiento médico al que el demandante fue sometido por el servicio de prevención contratado por la empresa, inhabilidad que ya había sido constatada por la empresa en fechas anteriores como así se demuestra en el escrito remitido por la empresa a Fremap”; Madrid núm. 409/2014, 19-5, Rec. 25/2014, FD 2º: “La Sala en consonancia con la Jurisprudencia unificadora considera que no es suficiente para extinguir la relación contractual por ineptitud sobrevenida *ex* artículo 52.a) del ET, la mera existencia de informes médicos de la aseguradora que se refieran a unas lesiones, sino que debe probarse por el empresario –cosa que no ha sucedido– que esas lesiones son definitivas y que impiden el desarrollo de las funciones contratadas”; y País Vasco núm. 1725/2014, 30-9-14 (Rec. 1680/2014, JUR 2014\287363), FD 3º: “En efecto, la empresa no ha acreditado la falta de aptitud del demandante para el desempeño de su trabajo de conductor mecánico en ruta. No lo ha hecho por las siguientes razones: a) de un lado, porque el resultado del reconocimiento médico por ella encargado a la empresa MGO fue de no apto temporal, pero no definitivo, sin que conste el alcance de dicha temporalidad, pero sin que ello pueda dar lugar a la definitiva extinción de su contrato por esta causa; b) de otro lado, porque el demandante está en posesión del requisito del permiso de conducción, que ha recuperado tras recurrir la resolución que se lo negó en noviembre de 2013, recuperación que se ha materializado en enero de 2014. En definitiva, no se aprecia que concurra la causa objetiva que se ha hecho valer por la empresa para la extinción de su contrato”.

Por último, en relación con estos Servicios de Prevención ha surgido toda una polémica por el carácter confidencial de los datos médicos del trabajador, su no aptitud para el puesto de trabajo y el consecuente despido por parte de la empresa, que no llega a detallar –por ese carácter confidencial- el fundamento concreto de la ineptitud laboral alegada. Es una cuestión de gran interés, por estar implicados derechos constitucionales -intimidad, derecho al trabajo, seguridad e higiene, libertad de empresa, tutela judicial efectiva- pero que desborda el ámbito de este estudio. Apunto en nota algunas sentencias de interés al respecto⁶⁹.

3.4. Otras alternativas

La relación entre la ineptitud sobrevenida por privación del permiso de conducción y el despido disciplinario es escasa. No estamos pensando, lógicamente, en los supuestos en los que el trabajador no alcanza la renovación del permiso por razones psicofísicas sino en los casos en los que su conducta en el tráfico vial es inadecuada y objeto de la sanción penal de privación del carnet de conducir. ¿No podría la empresa en tales casos, cuando se ha producido un delito para la seguridad vial, proceder al despido disciplinario del trabajador? Esta misma cuestión, con respuesta afirmativa, fue planteada en su momento por Briones González⁷⁰.

Tres son las razones que me inducen a pensar en el rechazo del despido disciplinario como alternativa al objetivo:

Primera. El principio *non bis in idem*, que se conculcaría si, junto a la condena penal de privación definitiva del permiso de conducción, la empresa sancionara por el mismo comportamiento al trabajador con la máxima sanción: el despido disciplinario.

⁶⁹ STS (ud) 22-7-2005, Rec. 1333/2004, RJ 2006\84; SSTSJ País Vasco 1453/2008, 3-6, Rec. 1105/2008, AS 2008\2859, Asturias núm. 3504/2009, 18-12, Rec. 2367/2009, Asturias núm. 3223/2010, 20-12, Rec. 2519/2010, AS 2011\780 y Andalucía, Sevilla núm. 1995/2015, 16-7, Rec. 1802/2014, JUR 2015\212433. Un comentario a la primera de las sentencia mencionadas en Arias Domínguez, A., y Sempere Navarro, A. V., “Invocación genérica de la causa de despido por ineptitud por exigencia del respeto a la intimidad del trabajador”, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (Estudios doctrinales)*, nº 7/2005.

⁷⁰ *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Edit. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1995, p. 126.

Segunda (que supondría superar la primera razón, considerando que el despido disciplinario no es una sanción sino una vía de poner fin al contrato por razón de un incumplimiento contractual del trabajador). La difícil localización de una causa que amparara el despido disciplinario por errores en la conducción del trabajador. ¿Sería un supuesto de desobediencia del trabajador o de transgresión de la buena fe contractual? No parecen muy claros, aunque alguna vez se ha acudido a la transgresión de la buena fe, al entenderse que el trabajador-conductor que toma el volante de su vehículo en estado ebrio está poniéndose en claro riesgo de no cumplir con su obligación contractual, pero no deja de ser un supuesto un tanto forzado. Es cierto que como causa de despido disciplinario se contempla la “embriaguez habitual o toxicomanía”, pero se presenta el problema de demostrar dicha habitualidad, aparte de que, de ser así y siendo conocido por el empresario, éste debería haber impedido que el trabajador condujera. Por otro lado, falta una mención explícita a la “falta de diligencia” o al “incumplimiento por comisión de errores”, aparte de la dificultad en estos supuestos de probar la intencionalidad del trabajador.

Tercera. Un cierto planteamiento de benevolencia hacia el trabajador, en el sentido de que quien más quien menos comete infracciones contra la Ley del Tráfico vial; por tanto, empléese la fórmula de despido objetivo por ser más favorable para el trabajador. Ya que se queda sin empleo y como “un fallo lo tiene cualquiera”, que reciba una indemnización. Es una razón claramente criticable, aparte de que, tras la extinción del contrato, podría percibir una prestación por desempleo. Ciertamente, no parece lo mismo que se retire el permiso por pérdida de puntos a partir de infracciones leves o sólo graves (mal aparcamiento del vehículo, velocidad ligeramente superior, etc.) que estemos ante un supuesto de comportamiento claramente reprochable, como la conducción en estado ebrio o bajo el consumo de estupefacientes, la excesiva velocidad que pone en peligro la vida de terceros, adelantamientos imprudentes, etc.

En fin, así las cosas, lo cierto es que son muy escasas las sentencias –todas de jurisprudencia menor– que plantean la conexión entre el despido disciplinario y la ineptitud por privación del permiso. Además, son supuestos dispares: procedencia del despido por faltas de asistencia injustificadas al trabajo de quien ha perdido su permiso de conducción⁷¹; aceptación del despido disciplinario como

⁷¹ STSJ Cataluña núm. 462/2010, 25-1-10 (Rec. 5489/2009), FD 3º: “La ejecución de una sentencia penal que le priva del documento autorizante para la conducción de vehículos, ejecución

alternativa a la ineptitud de quien no acude al curso para recuperar el permiso, que había sido abonado por la empresa⁷²; falta de prueba de la mala fe en el trabajador que conduce ebrio⁷³. Esta diversidad impide que se lleguen a establecer criterios de aplicación general.

En cuanto a la calificación de los supuestos de privación del permiso de conducción como fuerza mayor, topa, a mi juicio, con la dificultad de qué debe entenderse por ésta en Derecho del Trabajo. Desde el estudio que en su día hiciera FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ⁷⁴ y alguna aportación doctrinal puntual reciente⁷⁵, no ha habido novedosas aportaciones de la doctrina iuslaboralista sobre este concepto. El ET da el concepto por sabido, lo que prácticamente

que conocía con anterioridad suficiente como para preparar medios alternativos de transporte, como el resto de trabajadores, y tratándose, además, de una ejecución que no le impide la realización de su trabajo al no ser éste de conductor, no le excusa del deber de acudir al trabajo con puntualidad y de acuerdo con las instrucciones recibidas. Si esas órdenes excedieran, por alguna razón, de su obligación, al no suponer su cumplimiento peligro para el trabajador ni menoscabo de su dignidad deberían, aun así, ser cumplidas sin perjuicio del ejercicio de las acciones que pudieran asistirle contra la empresa. Sorprende a esta Sala la razón del incumplimiento que el trabajador desplaza a la empresa por no ponerle coche o chófer para sus desplazamientos al trabajo sin mencionar disposición convencional o de su contrato que ampare dicha exigencia”. La Sala descarta el despido por ineptitud porque su categoría profesional no es la de conductor, sino encargado de obra y jefe de prevención.

⁷² STSJ Madrid núm. 956/2009, 10-11-09 (Rec. 4339/2009, JUR 2010/37917), FD Único: “el no haber conseguido el referido carné constituye un supuesto de ineptitud sobrevenida que justificaría el despido objetivo de que ha sido objeto, sin que sea obstáculo a lo anteriormente señalado el hecho de que el actor que fue inscrito por la empresa en un centro de formación en tres ocasiones no superara el curso y en las dos últimas por no asistir a las clases teóricas y prácticas y/o por no superar las pruebas teóricas y prácticas, pues no existe ninguna garantía de que hubiera obtenido el oportuno certificado de haber asistido a las clases teóricas o prácticas para utilizar las grúas móviles..., debiendo señalar para finalizar que aunque ciertamente no es descabellado que la empresa hubiera podido optar por realizar un despido disciplinario que llevaría aparejada la calificación de procedente dada la actitud del trabajador, la medida adoptada es correcta por lo antes reseñado y en cualquier caso beneficiosa para el trabajador, pues una y otra implican el cese del trabajador y la que se adoptó, además, una indemnización que no lleva consigo el despido disciplinario...”.

⁷³ STSJ Comunidad Valenciana núm. 1215/2011, 19-4-11 (Rec. 533/2011). La Sala entiende que es difícil que la mala fe estuviera presente teniendo en cuenta la hipotética posibilidad de “pérdida del permiso de conducir y la consiguiente imposibilidad de realizar las tareas correspondientes a su actividad laboral” (FD 2º).

⁷⁴ *La Fuerza Mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Edit. Civitas, Madrid 1993.

⁷⁵ Mendoza Navas, N., “La fuerza mayor como causa de despido”, *Revista de Derecho Social*, nº 63/2013.

obliga a seguir acudiendo al que ofreciera la LCT en su art. 76.Sexta: “incendio, inundación, terremoto, explosión, plagas del campo, guerra, tumulto o sediciones, y, en general, cualquier otro acontecimiento semejante de carácter extraordinario que los contratantes no hayan podido prever o que, previstos, no se haya podido evitar”.

El recurso a la fuerza mayor impropia⁷⁶ temporal podría servir como causa de suspensión del contrato de trabajo cuando la privación del permiso es debida a razones de salud del trabajador, ya que su empleo en el caso de conductas inadecuadas en el tráfico vial resultaría excesivo por benevolente. También se podría acudir a esta causa suspensiva en esos supuestos que hemos visto *supra* de situación de pendencia de recursos. Más difícil, pero no imposible, me parece el encuadre en el despido por fuerza mayor del trabajador que, por edad o por enfermedad crónica, pierde el permiso de conducción. No obstante, la jurisprudencia menor omite toda referencia a esta opción, muy probablemente –como digo– por el escaso desarrollo de esta causa más allá de un sentido estricto ligado a los fenómenos naturales. Desde el punto de vista del empresario, a la dificultad del concepto debe añadirse su complejidad procedimental: se hace preciso, sea cual sea el número de trabajadores afectados, la autorización administrativa para proceder tanto a la suspensión como a la extinción. Lo dicho anteriormente sobre su concepto lleva a su enfoque mayoritario como causa de empresa, siendo muy excepcionales los supuestos del trabajador⁷⁷.

⁷⁶ La distinción entre fuerza mayor propia e impropia es antigua: “consiste en que mientras la primera conoce como causa hechos totalmente ajenos a la voluntad de las partes contratantes, en la segunda se ofrece, en cambio, o bien de una forma indirecta una intervención de esa voluntariedad a virtud de actuaciones impremeditadas, pero no ajenas a la voluntad, o bien debidas a la intervención de terceros ajenos a la relación jurídica de trabajo” (Del Peso y Calvo, C., “Lección 4ª. La Fuerza Mayor Propia”, en VVAA, *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo*, Edit. Sección de Publicaciones e Intercambio, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Madrid 1970, p. 91).

⁷⁷ En la doctrina: “En definitiva, a pesar de que hemos podido comprobar la existencia de una fuerza mayor incidente sobre la persona del trabajador, la fuerza mayor suspensiva o extintiva generalmente admitida es la fuerza mayor empresarial; esto es, los hechos imprevistos o inevitables que, afectando a la empresa impiden o dificultan extraordinariamente la prestación de trabajo” (Rodríguez Copé, M.ª L., *La suspensión del contrato de trabajo*, Edit. CES, Madrid 2004, pp. 262-263); “La fuerza mayor temporal constituye una causa de suspensión del contrato de trabajo que, a diferencia de la mayoría de los supuestos recogidos en el artículo 45.1 ET, deriva de una imposibilidad temporal de prestar trabajo no vinculada con la persona del trabajador sino con el funcionamiento de la empresa” (De La Puebla Pinilla, A., “Artículo 45. Causas y efectos de la suspensión”, en VVAA, Cruz Villalón, J., García-Perrote Escartín, I., Goerlich Peset, J. M.ª y Mercader Uguina, J. R., dtors., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Edit. Lex Nova y

Otro ámbito, quizás más adecuado, para plantear la fuerza mayor es aquél de los cambios de normativa que implican que el trabajador-conductor deba estar en posesión de un nuevo permiso para llevar a cabo las mismas tareas que hacía con anterioridad. Se trata de la aplicación de la tesis del *factum principis*, que fue apuntada tempranamente por la doctrina⁷⁸ y sigue latente en la actualidad⁷⁹. Aunque pueda verse con mayor claridad su utilización en el caso, por ejemplo, de profesores que deben ostentar determinada titulación (lengua inglesa), cabría su “traslado” al supuesto del trabajador que no supera las pruebas para obtener el permiso de conductor de grúas autopropulsadas⁸⁰ y algún otro análogo⁸¹. Fuera de éstos, la aplicación se complica, pues es cierto que se da algún caso en donde el trabajador debe obtener un nuevo permiso al cambiar el tipo de vehículo que pasa a conducir en la empresa, pero parece claro que se trata de una decisión empresarial y no del legislador (o del príncipe). De ahí que la Sala resuelva el supuesto por la vía normal del art. 52.a) ET, apreciando o no que pueda tratarse de una modificación tecnológica del art. 52.b) ET en función de

Thomson Reuters, 3ª edic., Pamplona 2014, p. 523. En contra, entendiendo como causa aplicable por igual a empresario y trabajador: Toscani Giménez, D. y Alegre Nuevo, M., *El despido por ineptitud del trabajador*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pp. 62-63.

⁷⁸ Lo hizo De La Villa Gil, L. E., en su “Lección 5ª. El “Factum Principis”, en VVAA, *Dieciséis lecciones sobre fuerza mayor...*, op. cit, p. 129. Se centra sobre todo en la fuerza mayor que afecta a la empresa (empresario) pero también menciona algunos supuestos relativos al trabajador. No menciona la privación del permiso de conducción pero sí “la exigibilidad sobrevenida de determinados requisitos (titulación, diplomas, etc.) para el ejercicio de profesiones u oficios que venían desempeñándose sin ellos”.

⁷⁹ Así, Fernández Domínguez menciona como ejemplos de supuestos calificables de fuerza mayor por *factum principis*: “la retirada de permisos de residencia, de trabajo, de conducir, pilotar o navegar... sin obrar acto alguno que lo motive”, añadiendo que “la práctica totalidad de los ordenamientos, sin embargo, atendiendo a la reciprocidad del contrato, prefieren eludir su esencia, o confundirla, arbitrando la solución por incumplimiento en vez de por imposibilidad” (cfr. “Voz: Factum Principis”, en VVAA, Baylos Grau, A., Florencio Thomé, C., y García Schwarz, R., dtors., *Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2014, p. 938).

⁸⁰ STSJ Madrid núm. 956/2009, 10-11, Rec. 4339/2009.

⁸¹ STSJ Islas Baleares núm. 236/1994, 18-7-94 (AS 1994/3095): trabajador que no llega a obtener el título de conducir clase C.1, que, tras la modificación del Código de Circulación, pasa a ser exigible para conducir en las instalaciones aeroportuarias; y STSJ Navarra núm. 406/2012, 30-11-12 (Rec. 324/2012, JUR 2013\176472): Por cambio de la normativa de seguridad en plataforma impuesta por AENA pasa a exigirse al trabajador el carnet para transportar mercancías peligrosas, lo que no consigue tras varios intentos.

que el puesto de trabajo sea el mismo o sea diverso. En todo caso, como digo, no se contempla la fuerza mayor como alternativa⁸².

Finalmente, la consideración de las tesis civilistas de la base objetiva del negocio y de la resolución por incumplimiento me conduce a su descarte, pues en los momentos actuales el Derecho del Trabajo tiene sus propios medios para hacer frente a la situación de frustración del contrato por ineptitud del trabajador.

Es cierto que la Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo recurrió, en sus resoluciones previas al Estatuto de 1980, a la tesis civil de la alteración de la base objetiva del contrato⁸³ bien como argumento auxiliar en que fundamentar la extinción del contrato de un trabajador-conductor privado de carnet, bien como argumento de refuerzo del propio despido por ineptitud⁸⁴. Pero es un recurso puntual, que, poco a poco, desaparece. Sin duda, más sentido tenía su mención en supuestos de incapacidad física sobrevenida del trabajador, para justificar la extinción del contrato cuando todavía la incapacidad permanente no se mencionaba como supuesto justificativo de ruptura *ex lege*⁸⁵. Era un ordenamiento diverso del que poseemos hoy día.

Si éste es el planteamiento laboral respecto de la tesis civil de resolución por imposibilidad de cumplimiento, mucho más clara resulta la inadecuación de

⁸² STSJ Cataluña núm. 5983/2014, 17-9-14 (Rec. 3948/2014, AS 2014\2910), señalando concurrencia 52, apartados a) y b) ET, y STSJ País Vasco 7-2-2006 (Rec. 3073/2005), descartando la aplicación del art. 52.b) ET.

⁸³ Para una explicación de la misma, v. De Castro y Bravo, F., *El negocio jurídico*, Edit. Civitas, Madrid 1991 (reimp.), pp. 323-325.

⁸⁴ SSTCT 23-1-1974 (RJ 296), Cdo. 2º, y 22-4-1974 (RTCT 1835), Cdo. 2º: “resulta evidente... que al haber sido privado del carnet de conducir y siendo absolutamente indispensable la condición de su utilización para el trabajo encomendado, al faltar este requisito se produce una causa de ineptitud para el mismo y queda modificada objetivamente la situación que sirvió de base a la contratación laboral que como premisa necesaria contempló el hecho de estar el trabajador en posesión del reglamentario permiso para poder prestar el trabajo contratado”.

⁸⁵ STS 3-11-1970 (RJ 4356), Cdo. 1º: “la extinción contractual la ha provocado la empresa no como sanción, sino atendida una modificación sustancial de las circunstancias, objetivamente sobrevenida, y que por alterar las bases iniciales determinantes del contrato entiendo impiden su continuidad”; y SSTCT 13-3-1974 (RTCT 1294), 14-5-1973 (RTCT 2108), 12-11-1974 (RTCT 4688), 5-6-1975 (RTCT 2926) y 19-11-1977 (RTCT 5734): ésta última con expresión un tanto confusa: “es indudable que la baja acordada por la demandada... no constituye propiamente un despido, sino la extinción del contrato de trabajo entre las partes concertado y ello por la concurrencia de unas condiciones objetivas que sustancialmente lo modifican...” (Cdo. 2º).

la resolución contractual por incumplimiento del art. 1124 CC, ya que, básicamente, no estamos ante un incumplimiento del trabajador, dado que el contrato de trabajo *ex origine* se configura peculiarmente por la implicación del trabajador y el respeto y consideración de su dignidad (no es mercancía), lo que lleva a aceptar como riesgo de empresa la incapacidad temporal y, en principio, la permanente en grado de parcial, teniendo como fondo el principio de conservación del contrato, y a entender como riesgo del trabajador la incapacidad permanente cuando ésta alcanza grados superiores⁸⁶.

En el supuesto de ineptitud del trabajador no estamos propiamente ante un incumplimiento porque la voluntad de cumplir el contrato permanece incólume, luego queda fuera del art. 1124 CC. Más bien se trata de una imposibilidad sobrevenida para cumplir que, a diferencia del ámbito civil, no afecta *directamente* a la prestación, sino al “sujeto que la presta”. Repercute, es cierto, en el objeto y la causa del contrato de trabajo, como sucede en el civil, pero con la diferencia que objeto y causa presentan en el Derecho del Trabajo, donde hay una presencia del sujeto deudor *intra* objeto.

De ahí que los planos sean diversos y la Jurisprudencia acierte, quizás sin mucha argumentación, cuando simplemente señala que el Derecho Civil tiene carácter supletorio respecto del Derecho del Trabajo y que éste tiene sus propios mecanismos de afrontar la imposibilidad, diversos de los civiles, y que se concretan, entre otros, en el despido por ineptitud del art. 52.a) ET⁸⁷.

Además, en el caso de la privación del permiso de conducción, no se trata de una pérdida de la capacidad legal para contratar *in genere*, sino limitada al puesto de trabajador-conductor y, normalmente, con carácter temporal. Y el Derecho del Trabajo despliega su finalidad tuitiva otorgando al trabajador una indemnización económica y reconociéndole en situación legal de desempleo, lo que, unido al cumplimiento de los demás requisitos legales previstos, le hará beneficiario de una prestación que le permita sostenerse mientras encuentra un nuevo trabajo.

⁸⁶ Actuales arts. 45.1.c)-52.1.a) ET y 49.1.e) ET, respectivamente.

⁸⁷ STS 27-10-1983, RJ 1983\5159, Cdo. 4º.

4. CONCLUSIONES

Primera. El concepto de ineptitud es enormemente amplio desde que aparece como justa causa de despido en la normativa laboral. En él se incluyen tanto la privación del permiso de conducción como de otras licencias o autorizaciones administrativas. Pese a ello, el TS no ha ofrecido hasta la fecha un concepto de “ineptitud” que, explícitamente y sin lugar a dudas, contemple los supuestos indicados. Las sentencias de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia invocan, erróneamente, la STS de 14 de julio de 1982 como fundamento de la inclusión en el concepto. Basta una comprobación del texto de dicha Sentencia para constatar que no es así.

Segunda. Para que la privación del permiso de conducción pueda dar lugar a un despido por ineptitud sobrevenida, la jurisprudencia menor atiende tanto a la efectiva función conductora del trabajador como a la categoría profesional en la que éste está encuadrado. De este modo, si la categoría profesional no guarda relación suficiente con la conducción, el despido suele ser declarado improcedente. Al haberse reformado recientemente el encuadramiento profesional de los trabajadores, eliminando la referencia a la categoría profesional, será necesario una revisión de la cuestión en un breve periodo de tiempo.

Tercera. Si bien el despido objetivo parece consolidado como reacción habitual de la empresa ante la privación del permiso del trabajador, salvo que el convenio colectivo establezca otra solución (lo que suele ser frecuente en empresas de transporte), sigue cuestionándose –tanto por los trabajadores afectados como por la doctrina iuslaboralista– que la nota de la temporalidad que acompaña la privación case con el carácter permanente que exige la ineptitud. De hecho, se ha dado el caso de empresas que han optado por suspender el contrato en lugar de despedir al trabajador, habiéndose producido dos fallos de Salas de lo Social de TSJ diversos al respecto (admitiendo y rechazando la decisión empresarial). Es un supuesto que podría ser objeto de recurso de casación para la unificación de doctrina, pese a la dificultad de admisión por la Sala de casos de este tipo por entender que no se da la identidad de hechos requerida.

Cuarta. Otras calificaciones jurídicas, como el recurso al despido disciplinario o a la suspensión/extinción del contrato por fuerza mayor impropia no suelen emplearse ni por las empresas ni por la jurisprudencia. En nuestra opinión, la fuerza mayor podría ser una vía adecuada para encauzar los supuestos en los que la normativa pasa a exigir un determinado permiso de conducción en un caso que no lo precisaba con anterioridad (*factum principis*). Su utilización en otras situaciones –carencia temporal de aptitudes psicofísicas

no encuadrable ni en IT ni en IP, faltas menores contra la legislación de seguridad vial- requeriría un replanteamiento previo de la fuerza mayor en el ordenamiento laboral.

Quinta. El ejercicio por la empresa del despido objetivo por ineptitud sobrevenida a raíz de la privación del permiso parece gozar de autonomía, no siendo necesaria, con carácter previo al despido, ni la retirada del carnet por la Jefatura de Tráfico, ni la declaración de incapacidad permanente por el INSS ni el pronunciamiento de no apto de los Servicios de Prevención. No obstante, llama la atención el incremento del papel de estos últimos como fundamento de la decisión empresarial de despido, desplazando así a los órganos públicos de valoración de la salud y de la capacidad de conducción. En cualquier caso, la empresa ha de probar que la ineptitud ha sido comprobada por ella misma, no bastando una mera remisión al informe del Servicio de Prevención.

Sexta. La privación del permiso de conducción es un supuesto de imposibilidad de ejecución de la prestación por parte del trabajador que permite reflexionar sobre el concepto de incapacidad laboral, tanto psicofísica como legal, y la problemática que deriva del mismo: determinación y efectos en el contrato. Afecta al principio de conservación del contrato y a los riesgos que se entiende debe asumir la empresa, teniendo en cuenta la peculiaridad del propio contrato de trabajo. Igualmente, supone una reflexión sobre la institución suspensiva y sobre el carácter abierto de la misma en el ordenamiento laboral. Como siempre, se tratará de una cuestión de equilibrio empresario-trabajador, en la que tiene entrada el convenio colectivo, que puede mejorar la regulación estatutaria.

APROXIMACIÓN AL PROBLEMA DE LA DISCAPACIDAD EN MARRUECOS

MARÍA DEL CARMEN BURGOS GOYE

Profesora Colaboradora Doctora Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

EXTRACTO

Palabras Claves: discapacidad, protección, derechos, salud, educación, empleo

El presente trabajo pretende mostrar, una visión general de diversos aspectos relevantes en el ámbito de la discapacidad en España y Marruecos.

En primer lugar tomaré como punto de partida, la evolución terminológica en ambas legislaciones para comprender como esta multiplicidad de definiciones sobre la discapacidad, suponen a su vez, su exclusión, según se opte por una u otra definición, lo cual provoca que su tratamiento jurídico sea diferente.

En segundo lugar, examinaré los instrumentos internacionales ratificados por Marruecos y prestaré especial atención a la integración de la Convención de los Derechos de Discapacidad desde una perspectiva comparativa entre España y Marruecos, países con una realidad social y legislación diferenciada.

Y en tercer lugar, analizaré el problema específico de la sanidad en Marruecos que constituye un factor esencial para la preservación de la dignidad humana, cuyo acceso a servicios es restringido para una parte importante de la población, debido a su bajo nivel socio-económico y a la carencia de desarrollo suficiente de infraestructuras en zonas rurales y que suponen, un hándicap para hacer efectivo el derecho de toda persona, al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

No pretendo realizar un análisis exhaustivo, sino ofrecer información realista y crítica con base en la investigación realizada.

ABSTRACT

Key words: disability protection, rights, health, education, employment

This paper aims to show an overview of several relevant in the field of disability in Spain and Morocco aspects.

First I will take as a starting point, the terminological evolution in both laws to understand how this multiplicity of definitions of disability, supposed to turn their exclusion, as do one or another definition, which causes its legal treatment is different.

Secondly, I will examine the international instruments ratified by Morocco and pay special attention to the integration of the Convention on the Rights of Disabled comparative perspective between Spain and Morocco, countries with social reality and separate legislation.

And thirdly, I will discuss the specific problem of health in Morocco which is an essential for the preservation of human dignity factor, whose access to services is restricted for a large part of the population, because of their low socioeconomic status and lack sufficient infrastructure development in rural areas and involving a handicap to realizing the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health.

I do not intend to make an exhaustive analysis, but to provide realistic and critical information based on research.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL
 1. 1. Evolución terminología en la legislación española
 1. 2. Evolución terminología en la legislación marroquí
2. TRATAMIENTO LEGISLATIVO
 2. 1. El puente entre el tratamiento internacional y nacional en la legislación marroquí
 2. 2. Breves pinceladas sobre algunos reparos en el cumplimiento de la legislación internacional por la legislación española
 2. 3. Examen del Convenio sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y su adaptación a Ley marco nº 97. 13 relativo a la protección y la promoción de los derechos de las personas en situación de discapacidad
 2. 4. Examen del Convenio sobre Derechos de las Personas con Discapacidad por la legislación española
3. LA DISCAPACIDAD EN EL DERECHO INTERNO MARROQUÍ. LA NECESIDAD DE CONVERGENCIA
 3. 1. La Constitución marroquí
 3. 2. El Código de Trabajo
4. EL PROBLEMA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS DISCAPACITADOS EN MARRUECOS
5. A MODO DE CONCLUSION

INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas estructurales con los que aún se encuentra Marruecos hoy día, es la exclusión social de diversos colectivos: mujeres, discapacitados, homosexuales, menores, etc. Nuestro estudio lo focalizamos en las personas con discapacidad¹, grupo que a pesar de su paulatina inclusión, continúan siendo objeto de sesgo en materia de derechos en el país alauita. Debido fundamentalmente a la sinergia de una miscelánea de factores, cuyos mecanismos de protección son insuficientes al no contemplarse un procedimiento *de facto* para exigir

¹ Vid, Aguado Díaz, A. (1995). *Historia de las deficiencias*, Escuela Libre Editorial, Colección Tesis y Praxis, Madrid, p. 26 y ss.; Braddock, D. L., y Parish, S. L. (2001). “An Institutional History of Disability”, en la obra titulada *Handbook of Disability Studies*, Albrecht, G. L., Seelman, K. D. Y Bury, M., (Ed.), Thousand Oaks, Sage Publications. Destacan las contradicciones que desde la antigüedad han sido consustancial a los discapacitados. En Marruecos, tradicionalmente esta evolución ha oscilado entre dos perspectivas —Una de ellas, la consideraban resultado del pecado; mientras que la otra, la consideraban una enfermedad—, tesis encabezada por Lain Entralgo, P. (1961). *Enfermedad y pecado*, Toray, Barcelona, alude en el título de esta obra, su significado ambivalente: desorden físico y desorden moral. En primer lugar entonces, se asume que las causas que dan origen a la discapacidad son religiosas: un castigo de los dioses por un pecado cometido generalmente por los padres de la persona con discapacidad, o una advertencia de los dioses acerca de que la alianza se encuentra rota y que se avecina una catástrofe.

su aplicación efectiva².

Por ello, precisan un marco regulador que contemple un *status* jurídico adecuado a su situación, que garantice el disfrute de sus derechos fundamentales, así como la igualdad de oportunidades para protegerles de cualquier forma de discriminación, explotación o abandono; y superar de este modo, la exclusión social de la que ancestralmente son objeto; y de este modo, lograr la integración social, a través de la educación, la empleabilidad, el trabajo, etc.

En síntesis “barreras invisibles”, creadas por rancios pero aún vigentes estereotipos y prejuicios culturales, que dificulta en la praxis su aceptación, lo cual conduce inexorablemente a una soterrada violación de los derechos, que aunque formalmente sean aceptados, exigen el fortalecimiento del marco jurídico y de políticas públicas específicas -laborales y educativas-, que brinden mayores oportunidades para su desarrollo e integración, garantizando de este modo, el respeto e igualdad de todos los marroquíes, incluidos los discapacitados.

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

1.1. Evolución terminología en la legislación marroquí

La protección de la discapacidad en Marruecos se ha producido de forma tardía y también por tanto, la evolución de este vocablo, debido fundamentalmente a que su capacidad legislativa era prácticamente residual³ por su condición de país sometido a ocupación bajo la formulación de Protectorado hasta 1958, en que alcanzó su independencia. Consecuentemente, este vacío institucional, provocó que no se creara un marco regulador sobre esta materia, hasta la promulgación de la Ley 7/1992, de Protección Social de las Personas con Discapacidad, cuya entrada en vigor se produjo en enero de año siguiente y cuya génesis es la reforma constitucional de 4 de febrero de 1992⁴, que pretendía entre

²Quinn, Gerard, Degener, Th. (2002). *Human rights and disability: The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability*, OHCHR, United Nations, New York and Geneva, p. 23.

³ Recogida en Ley N° 05-81, de 6 de mayo de 1982, relativa a la protección social de las personas invidentes y con visión deficiente; Ley N° 07-92, de 10 de septiembre de 1993, relativa a la protección social de las personas discapacitadas.

⁴ Promulgada por Dahir n° 1-92-155 de 09 octubre (*Boletín Oficial* n° 4173 de 21 de Octubre, pp. 420-428).

otros objetivos “la consagración del Estado de Derecho” y “la apuesta por la incorporación de los derechos humanos”. Si bien, su institucionalización no se produjo hasta dos años más tarde, creándose de forma primigenia una Comisión para atender a las personas con discapacidad. Si bien, la protección de este colectivo no llegó a cristalizar en medidas específicas, hasta la promulgación de la Ley n° 65/00, de Cobertura Sanitaria Básica⁵ del año 2000, que utiliza el vocablo “discapacidad” para aludir a este colectivo.

Sin embargo esta uniformidad conceptual quebró en 2004, cuando se creó el Código de Familia por la Ley n° 70-03⁶, en el que la utilización léxica de esta disposición es fluctuante, sirva de paradigma cuando se refiere a “los minusválidos psíquicos”, utiliza indistintamente el término “discapacitado” o “incapacitado”, tal y como se desprende del tenor literal del art 213. 3 “*Tienen capacidad de obrar limitada (...)el discapacitado psíquico*”; y a renglón seguido, en el art 218 del mismo cuerpo normativo, utiliza en cambio el vocablo “incapacitado por enfermedad mental o prodigalidad”, como una pérdida de capacidad que el sujeto tendrá derecho a solicitar al tribunal la reintegración cuando estime que ha recuperado el entendimiento. Además hay que apostillar, que el referenciado texto, a pesar de contemplar la discapacidad, no reconoce derechos ni protección específica a los menores discapacitados.

Por su parte, el actual texto constitucional de 2011⁷, también refleja esta falta de homogeneidad terminológica, tal y como se desprende del Preámbulo al sistematizar una serie de compromisos, entre los que destaca el Considerando 8, al referirse a la abolición y erradicación de toda forma de discriminación, vuelve a utilizar el término “incapacidad”. En cambio en el art 34. 3, recurre al vocablo “(...) minusválidos físicos, sensomotores y mentales”, al establecer que los poderes públicos deben elaborar políticas destinadas a categorías con necesidades específicas, para que el ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos que el resto de ciudadanos, es decir, atendiendo a la especificidad y necesidades de las personas con discapacidad.

⁵ Dahir (Decreto) n° 1-02-296 du 25 rejev 1423 (3 octubre 2002).

⁶ Promulgada por el Dahir n° 1-04-22 Del 12 De Hija De 1424,3 De Febrero de 2004 (*Boletín Oficial* n° 5358 del 06/10/2005).

⁷ Aprobada por Dahir n° 1-11-19, de 1 de marzo de 2011(*Boletín Oficial* n° 5925 de 3 de marzo de 2011).

1.2. Evolución terminología en la legislación española

En primer lugar, conviene precisar la complejidad que implica dotar de definición al término “discapacidad”, debido a la heterogeneidad lexicológica de definiciones existentes en esta materia (enajenado, retrasado, incapaz, inválido, deficiente, minusválido o discapacitado, entre otras), cuya opción responden a los valores de percepción que tiene la sociedad en la que se contextualiza. A lo expuesto, hay que sumar, la evolución conceptual a partir de concepciones de base médica o asistencial. En un primer momento, se utiliza el término de “anormales “. Más tarde, en 1930, se sustituye por “inútil “y posteriormente por “deficiente”. Seguidamente, en la Orden para Asociaciones de Inválidos para el Trabajo en 1940, se reemplaza el término por el del “inválido”. Sin embargo, la modificación léxica más significativa es la realizada por la Orden para el Texto Refundido de la Legislación sobre Asistencia a los Subnormales en la Seguridad Social de 1970, en que se incorpora el vocablo “subnormal”, con un marcada connotación peyorativa. Por su parte, la Constitución española (CE), emplea indistintamente los términos “minusvalía” y “discapacidad”. A continuación, tras cuatro años de tramitación parlamentaria, se promulgó la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos de 1982(LISMI), que refuerza la opción por la noción “minusválidos”. Siendo sustituida esta terminología finalmente por la Disposición adicional octava de la ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, en la que se establecía la sustitución automática de “minusvalía” en todos los textos normativos y su aplicación desde entonces está consolidada en España tal y como refleja el RDL 1/2013 de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, en concreto en el art 2. a). define textualmente esta situación como” la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, disposición que deroga los siguientes textos: LISMI, Ley 51/2003 de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad y la Ley 49/2007, por la que se establece el Régimen de Infracciones y Sanciones en materia de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

2. TRATAMIENTO LEGISLATIVO

2. 1. El puente entre el tratamiento internacional y nacional en la legislación marroquí

El punto de partida en el plano internacional sobre discapacidad se formuló en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que si bien, no recoge expresamente ninguna referencia expresa a este colectivo, como un grupo específico vulnerable antes las violaciones de los derechos humanos, su objetivo primordial es promover y proteger los derechos humanos de todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, aludiendo a las mismas de forma transversal en los arts. 1, 2 y 3 (relativos a la dignidad, igualdad de derechos y derecho a la vida de todo ser humano), en el art. 26 (relativo al derecho a la educación), además del art. 25. 2 (derecho a cuidados y asistencia especiales de los niños), entre otros. En cualquiera de los casos, a pesar de tratarse de no ser un tratado internacional, forma parte del derecho consuetudinario internacional, y por lo tanto, sus previsiones están dotadas de fuerza jurídica, lo que posibilita que pueda ser oponible frente a los Estados, especialmente en relación a los principios consagrados en la misma. A renglón seguido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), garantiza en los países firmantes, la protección de los derechos humanos⁸. Por ejemplo, el art. 7 del Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos proporciona a todos los individuos, incluidos los discapacitados, protección frente a la tortura y la crueldad, el tratamiento inhumano o degradante, el castigo, así como el derecho a no ser sometido a experimentos médicos o científicos sin un consentimiento libre e informado. También el art. 12 del Convenio Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), reconoce el derecho de todas las personas, a disfrutar de los mejores estándares posibles de salud física y mental, señalando las medidas que deberán adoptar los Estados parte en el Pacto destinado a tal fin, en el que se incluyen normas específicamente destinadas a las personas con discapacidad. Este país alauita, ha sido signatario de ambos Pactos y su ratificación se realizó el 3 de mayo de 1979. Pero en cambio, no ocurre igual con sus

⁸ Según el Tribunal Supremo marroquí ha confirmado en varias sentencias, la primacía de la norma internacional, en particular en su sentencia N° 426 de 22 de marzo de 2003, en la que aplica el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”). Por su parte, el Tribunal de Mequinez hizo referencia al Pacto en relación con la libre circulación de personas. Sentencias que fueron confirmadas por el Tribunal Supremo del país alauita.

Protocolos, cuya actuación es más pausada y pendular, así lo evidencia que haya ratificado el Primer Protocolo Facultativo del Pacto de Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales pero no lo ha hecho por el contrario, con los Protocolos Facultativos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, es más, durante su Examen Periódico del Consejo de Derechos Humanos en marzo de 2012, Marruecos anunció que ya se ha iniciado el proceso de ratificación del Primer Protocolo Facultativo de este Pacto y aparenta en principio tener voluntad política de materializar esta voluntad antes de su próximo examen. ¿Qué consecuencias tiene esta actuación? La negativa de Marruecos a aceptar el control externo internacional, ante el cual puedan considerarse las eventuales violaciones de los derechos humanos y por tanto, las reclamaciones individuales quedan restringidas a las soluciones que ofrece su derecho interno : los Tribunales Administrativos (proceso que no solo es complejo sino también costoso) y reclamación ante una de estas instituciones nacionales -el Consejo Nacional de Derechos Humanos y el Defensor del Pueblo -ambas figuras, atienden los casos de violación de los derechos económicos, sociales y culturales, deben reducir las injusticias resultantes de la mala aplicación de la ley y reparar los daños, de conformidad con los compromisos internacionales y los convenios ratificados por Marruecos. De ahí que, se limite *de facto*, a la mera remisión de informes periódicos a los correspondientes órganos de control. En concreto en el caso de los sujetos discapacitados, ha aceptado los procedimientos de investigación en el Convención de Personas con Discapacidad para los menores y mujeres (arts. 6 y 7), sin embargo, aún no se ha llevado a ejecutar en ningún caso. Y a colación con esta cuestión ¿Qué ocurre con los adultos varones? ¿No son en este caso, objeto de una doble discriminación? En base a lo expuesto, considero que de poco sirve el compromiso de Marruecos con el respeto de los derechos humanos que reiteradamente reafirma “sus apegos” tal y como son reconocidos universalmente, si en la práctica, no admite que se pueda recurrir a mecanismos de control previstos internacionalmente que garanticen efectivamente su observancia. En síntesis, el único mecanismo de control aplicable a Marruecos al no suscribir y ratificar los Protocolos facultativos referenciados, en caso de demandas individuales en virtud de dicho Pacto, es el de los informes del propio Estado que viola los derechos humanos, por lo que no es difícil prever la escasa eficacia de los mismos. Obviando de este modo, la exigibilidad que tienen para todos los Estados que deben promoverlos y respetarlos al margen de particularismos regionales o nacionales, culturales o religiosos, y que tienen eficacia *erga omnes*, de donde se deriva el interés de todos los Estados por ver asegurada su observancia y la facultad de cualquiera de ellos, para reclamar su respeto frente a fragante violación, independientemente del país en el que se produzca y que perjudique o no a sus nacionales.

2.2. Breves pinceladas sobre algunos reparos en el cumplimiento de la legislación internacional por la legislación española

Al hilo argumentativo de lo expuesto, el país alauita no es el único incumplidor de los instrumentos referenciados, sino que también nuestro Estado ha sido censurado por los déficits en la protección de determinados derechos en el plano internacional. De este modo, se puede observar como después del examen del *Sexto Informe Periódico de España*⁹, sobre la aplicación en nuestro país del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Punto 10, constata su preocupación por la práctica de esterilización forzada a personas con discapacidad, cuya capacidad jurídica no se reconoce (arts. 2, 7 y 26). Y por ello, recuerda al estado español, su obligación de garantizar todos los procedimientos para obtener el consentimiento pleno e informado de las personas con discapacidad en la práctica de esterilización en centros de salud. Al respecto, el Estado parte debe impartir formación especial al personal de salud con el fin de dar a conocer mejor los efectos perjudiciales y los alcances de la esterilización forzada. Carencias de las que deber dar cuenta de solución o estar en vías de hacerlo, en el próximo informe periódico que deberá ser presentado por nuestro país antes del 24 de julio de 2020.

De otra parte, en relación con el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, resulta insoslayable reiterar la protección más endeble que se realiza no sólo por nuestro país, sino por el resto de Estados signatarios del mismo, si lo comparamos con la que se ofrece al PIDCP, a pesar del art. 5 de la Declaración del Programa de Acción de Viena¹⁰, establece la indivisibilidad, interdependencia y universalidad de los Derechos Humanos (punto n°8), debido a que su grado de implantación depende de los factores económicos de cada Estado, por lo que se les dota de un carácter más coyuntural y aleatorio, frente al anterior PIDCP, que tienen una eficacia jurídica inmediata. Reflejo de lo expuesto, es que en su *Quinto Informe Periódico España*¹¹ ante el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, de las Naciones Unidas en Septiembre de 2009. El Comité alude a carencias con respecto a este colectivo en una dualidad de ámbitos: de una parte, respecto “al derecho a no ser discriminado”, el Comité recomienda al Estado español que promueva la mayor

⁹ Aprobadas por el Comité en su 114 Período de Sesiones (29 junio a 24 de julio de 2015).

¹⁰ A/CONF. 157/23, de la ONU, 25 de junio de 1993(ratificado por España el 26 de septiembre de 1979).

¹¹ Aunque su publicidad oficial se realizó el 31 de enero de 2011. Puede consultarse el informe en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/cescrs48.htm>.

involucración de los poderes públicos en atención y servicios a favor de personas discapacitadas, enfermos o niños (puntos 11 y 13 del informe). Y de la otra, en materia “educativa”, se recomienda por el Comité una triada de actuaciones. En primer lugar, tratar de evitar el abandono escolar temprano y para ello, adoptar una estrategia que aborde los determinantes socio-económicos que influyen en el abandono prematuro de los estudios y priorizar a personas y grupos más desfavorecidos y marginados. En segundo lugar, asegurar la inversión económica suficiente y adecuada en el tiempo que permita garantizar la calidad y las condiciones de igualdad en el acceso para todos los menores. Por último, revisar las medidas regresivas que han sido adoptadas en materia de tasas universitarias y garantizar la igualdad en el acceso a los estudios superiores en función de sus capacidades y no en función de sus ingresos (puntos 26, 27 y 28), deficiencias que deberá subsanar o justificar su puesta en marcha antes del 18 de mayo de 2017, fecha en la que nuestro país será de nuevo evaluado en su *Sexto Informe Periódico* y que no pueden quedar encubiertas bajo por el paraguas de la crisis económica, que han llevado a políticas de “austeridad”, que han supuesto la disminución significativa en el nivel de protección efectiva de los Derechos contemplados en el Pacto con especial repercusión a los colectivos más vulnerables.

2.3. Examen del Convenio sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y su adaptación a Ley marco nº 97. 13 relativo a la protección y la promoción de los derechos de las personas en situación de discapacidad

El instrumento por excelencia más relevante en la materia, es la Convenio sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) al que Marruecos se adhirió en 2009, cuya trasposición al ordenamiento jurídico interno se está efectuando en estos momentos por el proyecto de ley nº 97. 13, relativo a la protección y la promoción de los derechos de las personas en situación de discapacidad (PLPPD), en cuyo Preámbulo se fija como objetivo garantizar el acceso a los derechos y la participación social de esta categoría social, conforme a los compromisos vinculados a la ratificación de Marruecos, de la Convención Internacional de Derechos de Personas Discapacitadas y de su Protocolo Facultativo, al espíritu y a la letra de la nueva Constitución, al programa gubernamental y a la estrategia del polo social 4+4. Si bien, su contenido antes de su aprobación ha recibido un elenco de críticas y recomendaciones por parte del Consejo de Derechos Humanos de Marruecos (órgano encargado de supervisar el respeto de la Convención y el grado de correspondencia entre la legislación marroquí y la CRPD), destacando sobre todo la necesidad de corrección de los siguientes

preceptos que a continuación se enumeran de forma sintetizada:

En relación con el art 1 del PLPPD, se adopta el término “prevención de la discapacidad”, cuando en realidad la Convención no se propone prevenir la discapacidad, “sino prevenir la discriminación por motivos de discapacidad” (art 25. b del CRPD), por este motivo, sería recomendable la revisión de la formulación de la prevención de las causas de la discapacidad, para de este modo, eliminar los efectos de esta restricción.

Con respecto al art 2 del PLPPD, define las personas con discapacidad y cuyo contenido es compatible en principio con el art 2 CRPD, sin embargo adolece de una serie de omisiones en algunas definiciones generales como “el ajuste razonable”, y de “el diseño universal”; así como las definiciones específicas de “la comunicación” y de “la lengua”. Por lo tanto, es preciso subsanar estas imprecisiones o formulaciones imprecisas, para lograr que, mediante el desarrollo normativo de dichos conceptos se permita una mejor identificación y la posibilidad de recurrir a él como medida de no discriminación, especialmente en caso de litigios ante los tribunales por los titulares del derecho, puesto que si no se positiviza claramente, no puede alegarse como una causa de discriminación.

Por su parte, el art 3 del PLPPD, no se limita a efectuar una mera enumeración de los principios generales del CRPD, extendiéndose en algunos casos, como al aludir al apartado discriminación (3. b del PLPOD) a la fórmula de la “*no discriminación por motivos de discapacidad en todas sus formas*”, provocando que su interpretación pueda ser restrictiva al dejar fuera del concepto otros supuestos diferentes de discapacidad¹² y además se aumente innecesariamente el *onus probandi*, a la parte demandante a menudo en situación de vulnerabilidad. O bien, por el contrario, en otros casos, como en el apartado c) del referenciado artículo, modifica su contenido circunscribiendo la obligación de los poderes públicos, en relación con el derecho de participación de estos sujetos, cuyo alcance fija claramente el art 34 de la CM, que establece la obligación de la Administración de elaborar, poner en funcionamiento políticas específicas para las personas con necesidades especiales, debiendo velar especialmente por su habilitación, integración en la vida social y civil y de este modo hacer que, disfruten de igualdad de derechos que el resto de ciudadanos. En este sentido, la CRPD dispone “Se debe asegurar a las personas con discapacidad la participa-

¹² Postulado contrario al art 5 de la Convención Internacional de Derechos de Personas Discapacitadas, que propugna una protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

ción e inclusión plenas y efectivas en la sociedad”. Mientras que PLPOD, al efectuar una modificación morfológica provoca que, dote al precepto de una interpretación semántica restringida, en cuanto a su alcance y sustantividad, al sesgar la garantía de participación de las personas con discapacidad únicamente en aquellas actividades que se adapten a su participación, de modo que, el resto de actividades no solo quedarían al margen de esta protección según esta formulación, sino que además, solo en las mismas se garantiza que esta igualdad pueda ser plena y efectiva, tal y como se infiere del tenor literal del PLPOD establece:” *garantizar la participación de las personas con discapacidad en todas las actividades adaptadas a su situación mediante su participación en dichas actividades de manera plena y efectiva*”.

Asimismo el referenciado precepto, vuelve a omitir otro principio medular consagrado como principio general, en particular el art. 3d), que proclama “*el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas*” y cuya consecuencia en caso de no subsanarse esta omisión, es la correlativa conculcación de discriminación por motivos de discapacidad, entre otras tipologías las derivadas por motivos de género o la edad.

Además el mencionado art. 3 del PLPOD, recorta el alcance global del principio de accesibilidad¹³, limitando la obligación de los poderes públicos a “facilitar el acceso a los diferentes espacios y servicios públicos”. Obviando que tal y como contempla la Observación General N° 2, dedicado al artículo 9: accesibilidad, en su punto 10, señala que” *La atención prioritaria ya no se centra en la personalidad jurídica y el carácter público o privado de quienes poseen los edificios, las infraestructuras de transporte, los vehículos, la información y la comunicación, y los servicios, sino que en la medida en que los bienes, productos y servicios están abiertos al público o son de uso público, deben ser accesibles a todas las personas, independientemente de que la entidad que los posea u ofrezca sea una autoridad pública o una empresa privada*”. Es decir, se debe garantizar el acceso completo, equitativo para todos los consumidores potenciales, incluyendo a las personas con discapacitados y si se les deniega el acceso a este colectivo, se está cometiendo un acto discriminatorio, siendo indi-

¹³Marruecos dispone de una Ley de accesibilidad preconstitucional promulgada en (1993), sin embargo, hasta que aprobó la CM no se aplicó, entre sus deficiencias destaca que no contemplan medidas coercitivas en caso de su incumplimiento. Además extiende el contenido de la misma únicamente a los espacios urbanos en referencia a la arquitectura y a los medios de transporte comunitarios.

ferente que la conculcación del derecho lo realice una entidad pública o privada. Además el referenciado art 3, es completado por el art. 22 del mismo texto, que no diferencia en el nivel de obligación que tienen los poderes públicos, según se trate de acceso a infraestructuras o servicios existentes o los que son de nueva construcción, situación que agrava la discriminación, puesto que no solo debe agravarse en los de nueva construcción sino que además debería de obligarse también a los edificios antiguos de forma gradual¹⁴.

A renglón seguido, el art. 4 del PLPOD, introduce como una de las novedades más destacadas y que más demanda este colectivo, el derecho de las personas con discapacidad a una prestación compensatoria económica para cubrir las necesidades de las mismas, de sus familias y sus cuidadores, para ello, se prevé la creación de fondos destinados a este fin, que deberán ser aprobados por el Ministro de Finanzas. En la actualidad, no existe esta prestación y solo se concede en algunos casos por el Estado(a través de *Entraide Nationale* dependiente del Ministerio de Desarrollo Social) para los discapacitados psíquicos no como derecho subjetivo, sino como un acto asistencial por lo que su otorgamiento es discrecional y arbitrario y se circunscribe a prestar ayudas económicas para adquirir ropa y alimentos.

Por su parte, el art 7, prohíbe expresamente cualquier forma de discriminación de las personas con discapacidad en materia de acceso a los seguros, en particular, cualquier forma de discriminación por motivo de estado de salud, edad o tipo de discapacidad en concordancia con el art 25 de la CRPD, en el que se obliga a los Estados a prestar atención de la salud gratuitos o a precios asequibles, de la misma variedad y calidad que a las demás personas; a proporcionar servicios de salud específicos como consecuencia de su discapacidad y a prohibir la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida, cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional. Por lo tanto, se subraya que la discapacidad no puede operar como cláusula limitativa de los derechos del asegurado y suponer una exclusión de cobertura.

Seguidamente en los arts. 6 y 7 del PLPOD, propone una serie de modificaciones técnicas y lingüísticas para consolidar su morfología de derecho y evitar

¹⁴ La regulación actual viene contemplada en la Ley N° 10-03 de 12 de mayo de 2003, relativa a la accesibilidad.

que este desvirtúe su estatuto por la utilización de términos inapropiados como “personas necesitadas” y “cabezas de familia necesitadas”, siendo sustituidos por “personas en situación de pobreza” y “familias en situación de pobreza”.

Con respecto al art. 8 del PLPOD, en relación con las obligaciones positivas previstas de los poderes públicos, en materia de acceso a los servicios de salud de las personas con discapacidad, se limita a fijar “*la prevención, detección y tratamiento de los diferentes tipos de discapacidad* “. En cambio el art 25 de la CRPD, su contenido es más extenso y completo (gratuidad, proximidad al usuario, etc.). Además de ser más garantistas en dos ámbitos conexos: de una parte, se establece el deber de proporcionar las garantías procesales adecuadas para su ejercicio, para que los beneficiarios discapacitados del sistema sanitario presten su consentimiento libre e informado. Y de la otra, la obligación de informar a los pacientes discapacitados de los resultados de los programas de la detección precoz, así como de las opciones, decisiones y elecciones médicas y rehabilitadoras que influirán en su calidad de vida.

Y a renglón seguido, destacan los arts. 11 y 13 del PLPOD, dedicados a la educación.¹⁵ El primero, más genérico adolece de insuficiente compromiso por parte de los poderes públicos para adecuar esta materia a las necesidades individuales de los sujetos discapacitados¹⁶. Mientras que el segundo, prevé la creación de unas futuras comisiones regionales que estudien y dictaminen si el menor en edad de escolarización tiene la aptitud o no para recibir esa enseñanza específica, lo cual conlleva que les este otorgando a dichos órganos una tarea impropia de “selección” contraria a su fin. A lo expuesto, se debe apostillar, en

¹⁵ Marruecos ha firmado el 28 de junio 2013 pero no ratificado el Tratado de Marrakech para “Facilitar el Acceso a las Obras Publicadas a las Personas Ciegas, con Discapacidad Visual o con Otras Dificultades para acceder al texto impreso”, adoptado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

¹⁶ Desde la promulgación del decreto N° 2-97-148, de 19 de diciembre de 1997, relativo a la aplicación de la Ley N° 05-5-81 sobre la protección social de los ciegos y malvidentes, el Ministerio de Educación Nacional elaboró la nota ministerial N° 10, de 16 de febrero de 1989, que impone a toda persona interesada la obligación de aplicar las disposiciones del capítulo 3 del decreto mencionado, que consagra el derecho de la persona discapacitada a la educación y le garantiza un conjunto de privilegios y prioridades por los que puede continuar su escolarización en las mejores condiciones. Ratificado por diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, entre ellos, el Tribunal Administrativo de Rabat, dictaminó basándose entre otros, en el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que el derecho a la enseñanza no sólo era un derecho constitucional, sino también un derecho reconocido universalmente.

relación al art 11, que la enseñanza es obligatoria en Marruecos solo para los alumnos que cursen “enseñanza primaria” (de 6-12 años)¹⁷ y para la “secundaria colegial” (12 -15 años); si bien, esta última, sólo puede ser cursada, por los alumnos que han superado los estudios primarios y es la única que le permite el acceso para incorporarse al mundo laboral o continuar sus estudios o bien optar a la “enseñanza secundaria de calificación”, cuyos inconvenientes son además de no ser ni obligatoria ni gratuita, y que la edad para cursarla es de los 15-17 años, el nivel exigido para su realización es mayor, por lo que si carecen de una red de apoyo y de medios económicos, se les triplica la discriminación al no poder realizarla. En síntesis, la educación en Marruecos es obligatoria hasta los 15 años de edad¹⁸. En relación a la segunda cuestión, conviene recordar que en Marruecos, no existe descentralización política sino “regionalización”, con menos potestades que nuestras Comunidades autónomas (carecen de potestad legislativa) y donde la administración local tiene un peso relevante en este ámbito, por este motivo, en cada provincia marroquí existe una “División de Acción Social”, servicio que gestiona la financiación de proyectos de desarrollo (sobre todo dotan recursos de infraestructuras) y cuyos fondos son mixtos: proceden de una parte del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo; y de la otra, del Ministerio de Desarrollo Social, de la Familia y de la Solidaridad Marroquí, que son gestionados a través del Secretariado de Estado para la Familia, la Infancia y las Personas con Discapacidad y de la Agencia de Desarrollo Social, a través de estas instancias se viene prestando tradicionalmente apoyo a las iniciativas de las organizaciones locales mediante diferentes programas. Sin embargo, a pesar de los avances que se están produciendo en materia educativa, Marruecos todavía debe desarrollar una política formativa efectiva en favor de este sector de la población, actualmente esta se viene desarrollando en el “ Programa de educación integrada de los niños discapacitados”, su objetivo es permitir que estos niños sigan sus estudios en clases ordinarias, para ello, se realiza una integración parcial en clases ordinarias, mediante unas clases específicas, y posteriormente total, en el programa escolar mediante la

¹⁷ La Ley N° 04-00, establece la obligatoriedad de la enseñanza fundamental, que constituye un derecho y un deber para todos los niños marroquíes de ambos sexos, a partir de los 6 años de edad. En la misma se obliga al Estado a garantizar la gratuidad de la enseñanza en el establecimiento escolar más próximo al lugar de residencia de los niños y, al mismo tiempo, obliga a sus padres y tutores. Y deroga la Ley N° 1-63-071, de 13 de noviembre de 1963, en que se establece la enseñanza obligatoria para todos los menores marroquíes de ambos sexos, entre los 7 y los 13 años de edad.

¹⁸ Según la Encuesta Nacional sobre Discapacidad, realizada en Marruecos en el año 2008, sólo el 32% de los niños con discapacidad de 4 a 15 años de edad asiste a la escuela.

adaptación de las estructuras técnicas de la enseñanza a sus ciclos primario y medio. Pero si la discapacidad es “media o severa” se los orienta automáticamente hacia los centros especializados. En cualquiera de los casos, los menores de edad marroquí siguen siendo en materia formativa objeto de una triple marginación: por su bajo nivel socioeconómico; la carencia de desarrollo suficiente de infraestructuras en zonas rurales; y, por su condición de discapacitados.

También el art. 15 del PLPOD, en relación al empleo y a la formación profesional, se canaliza a través del Organismo Nacional de Promoción del Empleo y las Competencias Profesionales (ANAPEC)¹⁹, establecimiento público tiene por misión contribuir a la organización y ejecución de los programas de promoción del empleo calificado aprobados por las autoridades públicas. Presenta una serie de deficiencias en esta materia entre las que destacan: la omisión de prohibición explícita de la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables; tampoco se exige el compromiso expreso por parte de los poderes públicos en apoyar a las personas con discapacidad en materia de autoempleo, búsqueda de empleo, mantenimiento del empleo y retorno al mismo; asimismo con respecto a la accesibilidad, se observa la falta un reconocimiento claro sobre el derecho de las personas con discapacidad a realizar su trabajo en un entorno laboral abierto, inclusivo y accesible, mandatos que son recogidos en el art. 27 de la CRPD.

Mientras que en el art 16 del mismo cuerpo legal, si bien establece el compromiso de los poderes públicos, de desarrollar en la legislación interna medidas que afecten a las empresas y los organismos de empleo, destinadas a promover la integración en el mercado laboral de personas con discapacidad, no propone mecanismos específicos para lograrlo.

Finalmente, el art 25 del PLPOD, a mi juicio uno de los más importantes, recoge como se va efectúa la aplicación y seguimiento institucional de la Convención. Prevé que se realice por organismos e instancias nombradas por el ejecutivo. Actuación a todas luces, contraria al contenido contemplado en el CRPD, en el que se distinguen dos niveles de control. Uno, designado por uno o más organismos gubernamentales y coordinados por el ejecutivo. Y el otro, a

¹⁹ Creado en virtud del Dahir de 5 de junio de 2000, relativo a la Ley N° 51-99.

nivel nacional, que constará de uno o varios mecanismos independientes nacionales, pero también sometidos al control del propio Estado que es quien elabora la política en este caso sobre discapacidad, de modo que, al admitirse únicamente la supervisión interna el control real resulta ineficaz. Desde mi punto de vista, sino se corrige la redacción de este precepto, se produce un reconocimiento de derechos sin garantías, lo cual provoca por ende, su vaciamiento.

2.4. Examen del Convenio sobre Derechos de las Personas con Discapacidad por la legislación española

El tratamiento de esta materia en el plano legislativo en nuestro país es más antiguo y desarrollado que en Marruecos. En este sentido, la primera instrumentalización internacional sobre los derechos de este colectivo, fue pre-constitucional, en particular se realizó en la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental²⁰ de 1971 y en la Declaración de Derechos de los Impedidos de 1975, la primera circunscribe su ámbito subjetivo exclusivamente a los discapacitados intelectuales, a los que no sólo se limita a equipar a los derechos del resto de sujetos, sino que además, les confiere una serie de derechos específicos relacionados con sus necesidades en los ámbitos médico, educativo y social. Mientras que la segunda, extiende su ámbito subjetivo de forma horizontal al resto de discapacitados en 1975, a través de la Declaración de Derechos de los Impedidos²¹, además de establecer los principios de igualdad de trato y acceso a los servicios que ayudan al desarrollo de las capacidades de las personas con discapacidad y a su integración social. De forma que, en ambos documentos comienza a configurarse una protección a las personas con discapacidad desde su calidad de titulares de derechos, y desde la consideración de que el ejercicio de dichos derechos debe ser ejercido en condiciones de igualdad, y en respeto de su autonomía como sujetos morales, sin embargo, a pesar de ser un primer intento de sensibilización hacia este colectivo, no dejan de tener la formulación de mera “declaración”, al carecer de fuerza jurídica vinculante y cuyos principios generales fueron recogidos más tarde por la OIT, cuyas normas tienen el carácter de *soft law*, por lo que carecen de aplicación efectiva (sirva de paradigma entre otros, los Convenios núm. 142 sobre desarrollo de los recursos humanos de 1975, en el que se establece que los programas de empleo nacionales deben ofrecer información sobre empleo y orientación profesional también

²⁰ Resolución de la Asamblea General 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971.

²¹ Resolución de la Asamblea General 3447 (XXX) de 9 de diciembre de 1975, ratificado por España el 17 de julio de 1990 (BOE número 281 de 23 de Noviembre).

a los grupos vulnerables y hace alusión especial a los discapacitados; y el Convenio nº num. 159 de 1983, sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, cuyo objetivo es facilitar la colocación y el empleo de las personas con discapacidad tanto en la economía formal como en la informal).

Sin embargo, en el cambio de paradigma y su actual perspectiva como integradora de los derechos humanos, no cristalizó hasta que el 13 de Diciembre de 1994, se promulgara la Observación General núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que las integra dentro de la referencia genérica a “cualquier discriminación social”, define expresamente la “discriminación por discapacidad” y alude a la necesidad de realizar “los ajustes razonables”, para evitarla o al menos disminuirla. A pesar del intento fallido en esa coyuntura de confeccionar y dotar de eficacia a la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, este objetivo no se logró hasta su aprobación el 30 de Marzo de 2007, optando por un enfoque de derechos humanos en lugar de una perspectiva social, para de este modo, superar la visión asistencialista que hasta ese momento imperaba en los instrumentos de las Naciones Unidas²², si bien, para ello, no opta por la especificación de derechos nuevos sino por su generalización de derechos para de este modo, solventar la situación de discriminación y exclusión que sufren estas personas no como grupo identitaria sino como situación segregadora que debe superarse²³.

No obstante, será la Constitución de 1978, la que finalmente realiza el andamiaje para lograr sentar las bases de un tratamiento jurídico y social de las personas con discapacidad en nuestro país, sobre todo los arts. 14 y 49. En el primero, proclama la igualdad ante la ley; y por tanto, ninguna característica personal como en el caso que nos ocupa, la discapacidad, podrá generar un tratamiento jurídico discriminatorio. Y en el segundo, establece que los poderes públicos protegerán especialmente a las personas con discapacidad para el disfrute de los derechos que el Título Primero, otorga a todos los ciudadanos españoles. En principio, la sistematización de este precepto en el Capítulo III del Título I de nuestra carta magna, puede hacer creer que no tutelan suficiente-

²² Palacios, A. (2008). *El modelo de discapacidad: orígenes, caracterización, y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, CERMI, Edit Cinca, Madrid, pp. 258 y ss.

²³ De Asís Roig y Cuenca Gómez, P. (2012) “La igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad”, en Pérez Bueno, L. C. (dir.) *2003-2013. Diez años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, Cinca, Madrid, pp-59-75.

mente a este colectivo. Sin embargo, esta norma brinda la necesaria protección y exigibilidad jurídica que se encuentra incardinada en dos normas- art. 9. 2 y 10. 2 CE-, en el que respectivamente, contiene un mandato a los poderes públicos de llevar a cabo actuaciones positivas para promover la libertad y la igualdad, exigencias de libertad e igualdad que se materializan en los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos; y de la otra, establece que la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales se realizara conforme a los Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, por lo tanto, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, debe servir de base a la hora de interpretar la prohibición de discriminación por razón de discapacidad, los derechos de los discapacitados y la exigencia de su cumplimiento por España, a pesar de que no exista un reconocimiento explícito al respecto en ningún precepto constitucional. De modo que, esta apuesta por el modelo de Estado social de nuestro país, vinculado al respeto de los derechos humanos, y por tanto, a los principios de dignidad, igualdad material y no discriminación, cuya plasmación legislativa se produjo en la Ley 13/1982 (LISMI), que si bien, optó por la continuidad del modelo médico –rehabilitador, supuso una apertura hacia la aplicación de un modelo social a través de la Ley 51/2003 de 2 de diciembre²⁴ de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, así como de la transposición de la Directiva europea sobre no discriminación en el empleo mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que exigen el desarrollo de políticas públicas a favor de la plena inclusión de personas con discapacidad; y, la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, siendo derogadas dichas disposiciones y sistematizándose toda la normativa existente en la materia mediante el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre²⁵, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social, para lograr de este modo, garantizar que la discapacidad esté contemplada en todas las actuaciones políticas y en todos los ámbitos de la sociedad²⁶.

²⁴ BOE núm. 289, de 03 de diciembre de 2003, Rec. 22066, pp. 43187 - 43195.

²⁵ BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013, Rec. 12632, pp. 95635-95673.

²⁶ Cuyo reflejo en el plano político fue la creación de la *Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020*, como fórmula para colaborar en la plena autonomía e inclusión del colectivo, cuyas 96 medidas se centran sobre todo en luchar contra la discriminación múltiple y elaborar un

Los puntos polémicos entre la Convención y nuestro derecho más destacados sin pretensiones de ser exhaustivos figuran en el Informe²⁷ Periódico sobre España 2014, elaborado por el CERMI, son entre otros:

1. El principio de igualdad y no discriminación reconocido en la CRPD, como un derecho transversal. El constituyente español en el art 14, no prohíbe todas las desigualdades, sino solamente aquella que sea discriminatoria y cuyo resultado es que ante supuestos iguales su tratamiento sea igualitario, de la misma forma, sí el supuesto es desigual su tratamiento también lo será. Sin embargo, este principio no se cumple en todos los ámbitos, la causa de contravenir este precepto, es debida a que el RD Legislativo 1/2013, no protege en el ámbito autonómico, regional, local y privado. Sirva de paradigma, “la accesibilidad universal”, consagrada en el art. 9 de la CRPD,, incide en otros derechos en el art. 13 sobre acceso a la justicia, de modo que, si una Comunidad Autónoma carece de una norma que contemple “ las infracciones y sanciones”, se impide *de facto* el acceso a la misma. Por ello, el Estado debe proporcionar recursos para aplicar la legislación sobre la accesibilidad, así como para promover y vigilar su cumplimiento (par. 28). Y por su parte, las Comunidades Autónomas, deben realizar los ajustes normativos necesarios tanto en su legislación como en sus políticas públicas, para que estas implanten en el ámbito de sus respectivas competencias el sistema de arbitraje y que aumente la asistencia jurídica gratuita²⁸.

2. En materia de salud, el sistema de copago en productos sanitarios, contemplado en el RDL 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social²⁹, de la situación incide negativamente en los artículos art. 25 relativo a la salud, como al art. 26 relativo a la habilitación

Plan central en discapacidad y potenciar la contratación pública socialmente responsable y, la elaboración del *Plan de Acción 2012-2015*, con el objetivo de fomentar la igualdad de trato ante la Ley, la accesibilidad y normalización del colectivo, el uso de nuevas tecnologías, la construcción de espacios adaptados, etc.

²⁷ Para consultar los Informes de España sobre Derechos Humanos y Discapacidad publicados hasta el momento: http://www.convenciondiscapacidad.es/Informes_new.html. Actualmente el último publicado es de 2014 y el siguiente Informe será en 2017,cuando España se vuelva a someter a examen sobre la aplicación de la Convención de la ONU.

²⁸ Informe del CERMI de España 2011 “Derechos Humanos y Discapacidad”, Ediciones Cinca, pp. 13-18.

²⁹ *BOE* núm. 289, de 1 de diciembre de 2012, *Rec.* 14695, pp. 83175 - 83179.

y rehabilitación, sin que se hayan aportado por nuestro país datos que garanticen que no se ha producido un menoscabo en el reconocimiento, goce y ejercicio de derechos derivados del mismo. Afectando particularmente de forma más gravosa a los discapacitados cuyos recursos sean escasos, puesto que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia³⁰ establece en el art 33. 1, que su participación se subordina la sinergia de una triada de factores: tipo de prestación, coste del servicio y capacidad económica personal, situación que provoca que muchos casos este colectivo se ve obligado a soportar el 50% de dicho coste o incluso sobrepasarlo,³¹ lo cual comporta la quiebra del principio de equidad, al producirse una carga desproporcionada en los gastos de salud, además este contexto se agrava por el hecho de que el Estado solo garantiza actualmente el nivel mínimo de dependencia³² y algunas Comunidades Autónomas, fijan unilateralmente los criterios mínimos de participación económica del beneficiario en el coste de las prestaciones del sistema de dependencia, ante la inexistencia de desarrollo regulativo por parte del Estado que está obligado a efectuarlo mediante una disposición general de conformidad con un procedimiento especial, es decir, se incumple la distribución competencial que tiene en esta materia de forma exclusiva el Estado (149. 1. 1ª CE), siendo finalmente los operadores jurídicos, los que dejan sin efecto toda la normativa autonómica aprobada en desarrollo del Acuerdo del Consejo Territorial de 2012, en relación a los criterios de participación del beneficiario en el coste del sistema³³.

3. Con respecto al derecho al trabajo, el art. 27 de la Convención, reconoce el

³⁰ BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006, *Rec.* 21990, pp. 44142- 44156.

³¹ Montserrat Codorniu, J. y Montejo Sarrias, I. : “El copago en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia: análisis de las medidas introducidas por la Resolución de 13 de julio de 2012”, *Actas de la Dependencia*, núm. 6, 2012, pág. 86.

³² La Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016(BOE núm. 260 de 30 de octubre, *Rec.* 11644, pp. 101965 -102560) establece en la Disposición adicional vigésima novena. Uno, relativa a los Subsidios económicos contemplados en el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, aprobado por el RDLegislativo 1/2013, de 29 de noviembre, fija a partir del 1 de enero del año 2016, la cuantía de subsidio de garantía de ingresos mínimos 149,86€/mes, por ayuda de tercera persona 58,4586€/mes, y por movilidad y compensación por gastos de transporte 63,30€/mes.

³³ En este sentido, la sentencia AS 107/14 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de marzo de 2014, es la primera sentencia que obliga a devolver las cuantías minoradas con intereses ligadas al copago de un dependiente y, además, condena en costas a la Conselleria.

derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás. Actualmente, nuestro país se encuentra en ejecución la *Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020*, que profundiza en el proceso aplicativo de la Convención, con especial intensidad en medidas estratégicas de índole socio-laboral, dirigidas a fomentar empleabilidad de este colectivo y propone el impulso de medidas específicas dirigidas a fomentar la contratación de mujeres con discapacidad en igualdad de condiciones. En concordancia con dicho precepto, el art. 35 del RDL 1/2013, de 29 de noviembre, reconoce el derecho de este grupo y garantiza la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación en particular en: el acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y de despido, en la promoción profesional, la formación profesional ocupacional y continua, la formación para el empleo, y en la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales o la incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta. Por ello, se sancionan con nulidad y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad.

Actualmente este colectivo puede ejercer el derecho al trabajo a través de las siguientes tipologías de empleo: ordinario, en las empresas y en las administraciones públicas, incluidos los servicios de empleo con apoyo; protegido, en centros especiales de empleo y en enclaves laborales; así como autónomo.

Además, la referenciada norma señala como medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad en el trabajo: la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Asimismo para garantizar su entrada en el mercado de trabajo el legislador fijó el art. 38. 1 de la LISMI, la obligación de respetar un

³⁴ La Ley 23/1988, de 28 de julio, que modifica la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, incluyendo en ésta una disposición adicional decimonovena, incremento en las ofertas de empleo público el cupo de reserva al 3%. Más tarde, la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados, modificó la disposición adicional decimonovena de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de la Reforma de la Función Pública, elevando la reserva del cupo al 5%.

cupo de reserva³⁴ para los mismos del 2%, ya se trate de empresas públicas y privadas, así como en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal, siempre que cuenten con un número de cincuenta o más trabajadores. Y en el caso de empleo público el art 42. 2, de la referenciada norma remite a la normativa reguladora en la materia,³⁵ la fijación del cupo de reserva que se fija en el 7%, sin embargo, se admite la posibilidad de derogar por autonomía colectiva o individual la obligación de establecer cupos de reserva en el ámbito laboral, lo cual supone una fisura al art 27 de la Convención. También merece especial atención, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que pretende compeler a las empresas privadas a cumplir con el cupo mínimo de reserva obligatoria para los trabajadores con discapacidad, de modo que, si incumplen esta obligación no podrán contratar con la administración pública, añadiéndose de esta forma, una nueva circunstancia a las de no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones en materia tributaria o de Seguridad Social. Para cumplir esta obligación, el legislador ha establecido una nueva disposición transitoria décima para que las empresas puedan adaptarse a ella, condicionando su exigibilidad al desarrollo reglamentario de la misma. De este modo, no será efectiva su obligatoriedad, hasta que no se desarrolle reglamentariamente, de la que además podrá eludirse, si se acoge a la “declaración de excepcionalidad”, anteriormente citada prevista en el art 42. 2 de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad.

4. Finalmente, la CRPD, proclama en su art 24, el derecho a una educación inclusiva. Que debe ser desarrollada en el marco del sistema general de educación, en cuyo ámbito deben realizarse “ajustes razonables” en función de las necesidades individuales de los alumnos, y facilitarse medidas de apoyo personalizadas y efectivas que fomenten su máximo desarrollo académico y social. Sin embargo, la LO 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), en lugar de avanzar y desarrollar este derecho, ha supuesto un retroceso en la materia, puesto que nuestra Administración tanto central como autonómica, organiza la realización de ajustes y la dotación de medios, en función de que existan en los centros una *ratio* predeterminado de alumnos con

³⁵ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público en el art 59, con carácter básico para todas las Administraciones Públicas, se establece la reserva de un cupo no inferior al 5% de las vacantes, para ser cubiertas por personas con discapacidad. Si bien, desde la oferta de empleo público para el año 2009, contemplada en el RD 248/2009 de 27 de Febrero, se incremento este cupo al 7%, especificando que el 5% de las mismas, se reservaran a quienes acrediten discapacidad intelectual.

necesidades educativas especiales, en lugar de hacerlo, en atención a las necesidades individuales de los alumnos, lo que provoca prácticas administrativas contrarias a la Convención, y que suponen en la praxis, que se realice lo contrario a lo dispuesto por la ley, es decir, en lugar de los alumnos con discapacidad sean escolarizados en centros ordinarios realizando en su caso los ajustes y apoyos necesarios tal y como dispone *ex lege* los arts. 18. 1, 2 y 3 del R DL 1/2013; y, solamente de manera excepcional escolarizarlos en centros de educación especial (en consonancia con lo expuesto, STC de 27 de enero de 2014, que resuelve un recurso de amparo 6868/2012, Fj 4, admite excepcionalmente la escolarización en centros de educación especial *cuando los ajustes que deba realizar para dicha inclusión sean “desproporcionados o no razonables”*).

En síntesis, los países que se unen a la Convención (entre ellos, España y Marruecos) se comprometen a elaborar y poner en práctica políticas, leyes y medidas administrativas para asegurar los derechos reconocidos en este instrumento-también los sociales y económicos de los grupos sociales vulnerables - y abolir las leyes, reglamentos, costumbres y prácticas que resulten discriminatorias (art. 4CND), actuaciones que exigen una puesta en marcha inmediata y no podrá condicionarse a la crisis económica que afecta a todos y en especial a los sujetos que precisan más protección.

3. LA DISCAPACIDAD EN EL DERECHO INTERNO MARROQUÍ. LA NECESIDAD DE CONVERGENCIA

3.1. La Constitución marroquí

No existe ningún corpus normativo que recoja explícitamente la prelación de las fuentes normativas en este país alauita, sino que por el contrario, se presentan de forma dispersa en diferentes textos (art. 1 del Código de Nacionalidad, arts. 475 y 476 del Código de Obligaciones y Contratos, y art. 12 de Código Personal). Según la jurisprudencia marroquí, las fuentes formales en el derecho marroquí son: la ley, principios y reglas de la *saharia*'a (ley islámica)³⁶, el esfuerzo jurisprudencial, la costumbre y principios generales del derecho, convenios, jurisprudencia y costumbre internacional. Siendo la promulgación de

³⁶ Se centra en la idea de las obligaciones que le corresponden a todo hombre musulmán, no en la de los derechos que puedan tener reconocido.

³⁷ Aprobada por Dahir núm. 1-11-19, de 1 de marzo de 2011, publicada en el Bulletin Officiel del Reino de Marruecos nº 5925 de 3 de marzo de 2011. Conviene aclarar que Un Dahir, es una disposición normativa legal adoptada por los miembros del Parlamento.

la Constitución marroquí de 2011(CM)³⁷, la que constitucionalice novedosamente, la primacía de las normas de derecho internacional sobre las del derecho interno. En este sentido, el Preámbulo de su carta magna, señala que las convenciones internacionales debidamente ratificadas —en el marco de las disposiciones de la Constitución y de las leyes del Reino, y en el respecto de su identidad nacional inmutable—, y a partir de la publicación de aquéllas, la primacía sobre el derecho interno, debiendo armonizarse en consecuencia las disposiciones pertinentes de la legislación nacional. Esta jerarquía normativa es cuestionada por diversos juristas islamistas, que consideran “la prevalencia de los tratados internacionales ratificados por Marruecos”, si bien, es consagrada por el constituyente también lo es “el respeto de su identidad nacional inmutable”, en el seno de la cual, la religión ocupa un lugar destacado. Por lo tanto, si un compromiso internacional está o no en contradicción con una disposición contraria a la Constitución, solo el Tribunal Constitucional es el competente para declarar su inconstitucionalidad. Y si se verifica la existencia de contradicción, la ratificación de dicho Tratado solo sería válida una vez que se revise la Constitución (art. 55).

Asimismo circunscribiéndonos al tema que nos ocupa, los discapacitados son objeto de tratamiento en la carta magna marroquí tanto en su parte expositiva —Preámbulo— como en su parte dispositiva-articulado—. En relación a la primera, la Constitución marroquí (CM)³⁸ en su Preámbulo, establece una serie de compromisos, entre los que destaca los Considerandos 7 y 8. En el primero, se obliga a proteger los derechos humanos y el derecho internacional humanitario; mientras que en el segundo, reafirma su compromiso de abolir y combatir todo tipo de discriminación³⁹ entre la que especifica “la incapacidad” en el último lugar, como forma de discriminación otorgando en cambio prioridad a las discriminaciones por razón de sexo, e incluso mencionándola en primer lugar, ocupando un lugar privilegiado por encima de cuestiones relacionadas con la raza, las creencias, la cultura, por causas sociales o regionales y la lengua. De modo que, hoy día la Constitución marroquí, es la única en el mundo árabe que

³⁸ Aprobada por Dahir núm. 1-11-19, de 1 de marzo de 2011, publicada en el Bulletin Officiel del Reino de Marruecos nº 5925 de 3 de marzo de 2011.

³⁹ Como contrapunto a la discriminación está el “termino igualdad”, que como señala acertadamente Ferrajoli, L. (2010). - *Derecho y Garantías, la ley del más débil*. Ed. Trotta. Madrid, p. 79. ” La igualdad no es un hecho, sino un valor. No es una aseveración, sino un precepto establecido normativamente, representa un esfuerzo de abstracción dirigido a la eliminación de cualquier diferencia.

concede a los Tratados un posicionamiento primordial, al plantear en su Preámbulo, la obligación de acatar “los principios, derechos y obligaciones que emanan de los Tratados” de los organismos internacionales, y “ reafirma su compromiso ante los derechos humanos según su reconocimiento universal”.

Por otro lado, la alusión específica a los minusválidos se efectúa en el Título II, bajo la nomenclatura “Libertades fundamentales”, en el art. 34 de su carta magna, por lo que la CM, atribuye al individuo un derecho fundamental a no ser discriminado, que despliega su eficacia, en mayor o menor medida, con todas sus modulaciones frente a todos, por lo que cualquier quebrantamiento de esta protección tendría que ser examinada por los tribunales en clave constitucional, al ser susceptible de la vía procesal del “recurso de inconstitucionalidad”(art. 132. 2 CM). Y cuya articulación en relación a los grupos vulnerables objeto de exclusión, se contempla en el apartado 2 del precitado art. 34, donde se establece el compromiso por parte de los poderes públicos de elaborar y poner en práctica políticas, destinadas a las personas con necesidades específicas. Mientras que, en el apartado 1 del mismo artículo, se alude idéntico compromiso pero circunscrito exclusivamente a ancianos, mujeres y niños, sin hacer por tanto, referencia alguna a los discapacitados, probablemente porque considere que precisan una protección mayor sin que en ningún momento de forma explícita se plasme un compromiso formal de “obligación”, ni tan si quiera de “promoción”, sino un “compromiso moral de prestar cuidado o preocupación”.

De otra parte, se fija un concepto mínimo estandarizado de persona con discapacidad, que por un lado, apela a la existencia de diversas funcionales físicas, sensomotoras y mentales, a las que los poderes públicos deben rehabilitar e integrar en la vida social y civil para facilitar el disfrute de los derechos y libertades reconocidos al resto de ciudadanos, en razón de la interrelación de una deficiencia que les impide o dificulta su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad⁴⁰ de condiciones con las demás. Sin embargo, este precepto es preciso su desmembración en dos proposiciones. En la primera, no se especifica cómo lograr estos ambiciosos objetivos-”rehabilitar e integrar”-, pero además, es más preocupante su omisión de la “prevención”, de modo que,

⁴⁰ Principio reiteradamente invocado por el constitucionalismo marroquí, junto con la garantía de ciertos derechos fundamentales en Marruecos: 1962, 1970, 1972, 1992, 1996 y actualmente en la 2011 en el art 6, de modo que, si el poder legislativo participa en una norma que provoque un *statu* discriminatorio, queda expedita la vía procesal de la excepción de inconstitucionalidad, para recurrir la presunta vulneración de cierta categoría de sujetos entre la que se encuentran entre otros, los discapacitados (art 34 CM).

de no realizarse la detección y atención socio-sanitaria inicial sobre el período de inicio de la enfermedad, difícilmente se logra alcanzar una atención integral en salud y organizar las acciones a todos los niveles. Mientras que en la segunda, tampoco señala la instrumentalización utilizada para conseguir la “igualdad” con el resto de la población, quizás hubiera sido aconsejable, ofrecer un hilo conductor de “*solución inclusiva*”, como lo hace el constituyente español, indicando que se les prestará una “atención especializada”, de modo que, esta omisión conlleva a la postre, que se perpetúe su discriminación⁴¹ y a menudo, no se respetan sus derechos humanos en condiciones de igualdad con los demás. Para corregir esta situación, el constituyente creó para la defensa de los derechos humanos el “*Consejo Nacional de Derechos Humanos*” (art 161CM), que sustituye al Consejo Consultivo de Derechos Humanos existente desde 1990, siendo sus funciones primordiales: a) realizar estudios que establezcan un marco de armonización de la legislación nacional con las disposiciones de las legislaciones internacionales de derechos humanos (labor que está realizando correctamente en la trasposición de la Convención de las personas con Discapacidad al proyecto de la Ley marco N°97/13, en el que está solicitando celeridad en su tramitación), según un enfoque inclusivo y participativo, adoptando, a la vez, unas políticas públicas regionales y locales para abordar transversalmente el problema de la discapacidad; y, promover las investigaciones promovidas a instancias de parte o de oficio, sin embargo, el problema que plantea esta cuestión es que los informes que emite son “facultativos no vinculantes”, con lo que su eficacia es cuestionable y en la práctica mayoritariamente reenvía el asunto al ministerio o departamento competente.

También se encuadra en esta protección otros dos órganos constitucionales, cuya salvaguarda es más transversal la “*Autoridad encargada de la paridad y de cualquier forma de Discriminación*”(APALD), cuya sistematización se efectúa en el art 164 y cuyas funciones figuran el art 19 del mismo texto y que se sintetizan fundamentalmente en el compromiso por parte del Estado de alcanzar la paridad entre hombres y mujeres, para ello, presentara propuestas concernientes a la lucha contra las discriminaciones y de pronunciarse sobre la acción gubernamental en este sentido, a fin de llegar a una paridad efectiva entre los dos sexos sobre los planos económico, social, político y cultural,⁴²pero además

⁴¹ Burgos Goye, M. C. la protección jurídica laboral de los menores en la legislación marroquí, Rev. Derecho Migratorio y extranjería n° 34, 2013, p. 315-338.

⁴² Aicha Abouna “Los derechos de las mujeres marroquíes en la nueva Constitución”, en *Igualdad y Democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*, Corts Valencianes, 2014, pp. 19-25. Considera que el principal

extiende su labor a la lucha contra cualquier forma de discriminación, entre las que se encuentran como categoría de personas especialmente vulnerables “los discapacitados”. Si bien, también esta institución es puesta en tela de juicio, al encomendarse esta función al “Ministerio de la Solidaridad, de la Mujer, de la Familia y del Desarrollo Social”, en lugar, de optar por la dirección y supervisión de una instancia de carácter supranacional e independiente (como por ejemplo, se hace para el Consejo Nacional de Derechos Humanos), por lo que de nuevo, se cuestiona la garantía de los derechos protegidos. Y finalmente, la “Instancia de Equidad y Reconciliación” (IER), que a pesar de haber conseguido importantes avances en la defensa de los derechos humanos, su objetivo no son los discapacitados sino investigar las desapariciones forzadas y las detenciones arbitrarias, perpetradas entre 1959 y 1999. Identificando a las víctimas, establecer un mecanismo de indemnizaciones y buscar la reinserción social. Sin embargo, la población ha discrepado del funcionamiento de este organismo porque no ha hecho público la identificación de los que habían cometido esos actos, agravado por el hecho, de que buena parte de ellos forman parte aún de la Administración actual.

3.2. El Código de Trabajo

En Marruecos *lato sensu*, siguiendo la formulación islámica en diferentes leyes (Código de nacionalidad, Código de familia, etc.) la norma tiene un doble sentido- jurídico –religioso. Sin embargo, en otras ramas como ocurre en el Código de Trabajo (CT) tienen un carácter “de orden público social”, donde la autonomía individual es fuente de obligaciones y no de normas jurídicas, por este motivo, el contrato laboral se rige por lo establecido en el Código de las Obligaciones y los Contratos, recogido en el Código Civil, y en particular, por sus artículos 109 y 723. entre sus singularidades destaca la opción por la codificación de la legislación social, materializada en el nuevo Código de Trabajo⁴³, a diferencia de otros países árabes en las no que no tienen.

escollo que se plantea al principio de paridad e igualdad de derechos es la conformidad con “la identidad nacional”. De modo que, si la religión forma parte de la “identidad nacional” definida por el constituyente en el Considerando 2 de su Preámbulo, la cuestión es cómo van a ser conciliadas ciertas disposiciones discriminatorias tales como la desigualdad en la herencia entre el hombre y la mujer, la poligamia, la prohibición del matrimonio de la mujer marroquí con alguien que no profese la fe musulmana, etc., entre otras.

⁴³ Ley N° 99-65 sobre el Código del Trabajo (promulgada por Dahir N° 1-03-194, de 14 de Rejeb (11 de septiembre de 2003) B. O. n° 5210 du 16 rabii I 1425 (6 mai 2004), en vigor desde junio de 2004. Que deroga a la legislación anterior fragmentaria existente en esta materia (Ley de 2 de julio de 1947, completada por la OM del Ministro de trabajo y Asuntos Sociales de 3 de julio de 1959 y la Ley de 24 de octubre de 1961).

En cuanto a las fuentes, se distingue entre fuentes internacionales y fuentes nacionales. Tal y como se contempla *ad initio* del Preámbulo del CT, cuya dicción literal es la siguiente: “El Derecho del trabajo se caracteriza por su cumplimiento de los principios básicos establecidos en la Constitución y las normas internacionales establecidas en las convenciones de la ONU y sus organismos especializados en relación con los asuntos laborales (...)”, entre estos se encuentran los convenios elaborados en el marco de la Organización Árabe del Trabajo, aunque estos convenios se limitan, *grosso modo*, a reproducir las mismas normas elaboradas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Seguidamente al final de dicha parte expositiva, recoge expresamente la prelación de fuentes en esta materia: I. Las disposiciones de la presente ley, las convenciones y cartas internacionales ratificados en este campo; II. La negociación colectiva; III. El contrato de trabajo; IV. Las decisiones arbitrales y la jurisprudencia; V. El uso y la costumbre, cuando no esté en conflicto con las disposiciones de esta Ley y los principios mencionados anteriormente; VI. Las normas generales del derecho; VII. Los principios y las normas de equidad (estas tienen desde el punto de vista formal un valor meramente interpretativo, si bien, en la práctica su influencia es notoria)⁴⁴.

En relación al derecho al trabajo y a la educación, está garantizado en el art. 13 de la CM, prohibiendo la discriminación explícitamente. El CT confirma esa igualdad

consagrando la igualdad de oportunidades y de trato, y por tanto, la prohibición de discriminación en el art. 9. 2, señalando diferentes motivos de discriminación entre las que explícitamente se alude a los discapacitados y cuyas medidas se focalizan primordialmente: empleo⁴⁵, contratación, realización y

⁴⁴ Se observa como en cambio el legislador español en el art. 3 rubricado “Fuentes de la relación laboral”, del DL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, es más restrictivo que el marroquí al no recoger los dos apartados últimos- normas generales del derecho y principios y las normas de equidad-.

⁴⁵ El Código tipifica como delito penal toda discriminación en el empleo (art. 9).

⁴⁶ El Tribunal Supremo de Marruecos, en su Decreto N° 45, de 12 de enero de 2005, declaró que la cuestión del salario es una cuestión de orden público y que el salario no puede reducirse de forma que quede por debajo del mínimo fijado por ley. El CT contiene disposiciones penales en las que se prevén multas de 300 a 500 dirhams por el impago del salario o el pago de un salario inferior al salario mínimo legal. La multa se impondrá tantas veces como se hayan incumplido las disposiciones relativas a los salarios, siempre que su monto total no supere los 20 000 dirhams.

distribución del trabajo, formación profesional, salario⁴⁶, promoción, terminación de la relación de trabajo⁴⁷, seguridad y salud, procedimientos expeditos de reclamación y sanciones adecuadas. Reforzado por los arts. 478 del mismo texto, en el que se prohíbe toda discriminación en materia de empleo o de ejercicio de una profesión, así como toda discriminación por agencias de contratación privadas que supongan un atentado contra el principio de igualdad de oportunidades en la esfera del empleo; y, por el art 346, que lo circunscribe al salario, bifurcando esta prohibición en dos vertientes: una prohibiendo toda discriminación entre los géneros relacionada con la remuneración salarial por un trabajo de igual valor; y, la otra, disponiendo la nulidad de pleno derecho, de todo acuerdo individual o colectivo, cuyo objetivo sea disminuir la remuneración salarial por debajo del salario mínimo legal.

Al hilo argumentativo de lo expuesto, la regulación del acceso al empleo de los trabajadores discapacitados, se vertebra en el Libro II, Título II, Capítulo III, rubricado “Disposiciones sobre el trabajo y la protección de los discapacitados”, en concreto, en los arts. 166-169, en el que se recogen una serie de garantías relacionadas con el trabajo de los discapacitados.

De su examen se observa como el art 166, se exige una responsabilidad al empleador que tras una discapacidad sobrevenida del trabajador, con la finalidad de evitar una ruptura socio-laboral, debe mantenerle en el empleo y reubicarlo en la empresa en un puesto de trabajo acorde a su discapacidad previa consulta del médico de trabajo o del comité de seguridad e higiene, después de haber sido rehabilitado y lograr su recuperación profesional, a excepción de que dicha recuperación sea imposible debido a la naturaleza de del trabajo y la gravedad de la discapacidad⁴⁸.

Seguidamente el art. 167, prohíbe expresamente emplear a trabajadores discapacitados si se consideran que las lesiones o discapacidades pueden empeorar, con este precepto el legislador pretende la protección de una serie de dere-

⁴⁷ El art. 36, en el que figuran los motivos de discriminación la discapacidad, junto a la raza, el color de la piel, la religión, la ascendencia o el origen nacional o social, se establece que cualquiera de estos motivos no constituyen una justificación válida para la adopción de medidas disciplinarias o en materia de despido. Por lo tanto, el despido de un empleado debido a una de las razones mencionadas anteriormente se considera improcedente.

⁴⁸ Obligación también dispuesta en los arts. 2 y 10 de la Orden del Ministro de Empleo y de la Formación Profesional nº 93-08 de 6 jomada I 1429.

chos fundamentales y esenciales de la persona tales como son la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores y que estas no pueden ser conculcadas cuando existe un riesgo efectivo de que el trabajador se reincorpore a su puesto de trabajo y ponderando los bienes jurídicos objeto de protección y las ventajas que suponen el empleo para el trabajador priman las primeras⁴⁹. El problema surge en determinar cuál es el órgano encargado de determinar la gravedad de las lesiones que padece el trabajador discapacitado, que le impide continuar prestar sus servicios. En base a lo expuesto en el artículo precedente, presuponemos que sería responsable de su fijación el médico de trabajo⁵⁰ o del comité de seguridad e higiene⁵¹. Sin embargo, de la lectura del art 144 del mismo texto, se desprende que son los inspectores de trabajo los que pueden en cualquier momento, solicitar un examen médico en un hospital público, para verificar que el trabajo desarrollado por el trabajador discapacitado no excede de sus capacidades y además en el caso de que el informe sea favorable, reenviarlo a sus puesto de trabajo, lo que a todas luces resulta sorprendente porque consideramos que el servicio médico a lo sumo, lo único que puede verificar es su estado de salud actual pero no valorar sin realizar un seguimiento periódico la idoneidad del puesto de trabajo que ocupa y su repercusión negativa en la salud, máximo por un inspector de trabajo que *presuntamente* debe tener amplios conocimientos médicos. En este sentido, conviene traer a colación, que los inspectores de trabajo en Marruecos, forman parte de un órgano administrativo, a saber, la

⁴⁹ En el mismo sentido se contempla en los arts. 179 y 181 del CT, si bien, en estos casos, se refiere específicamente a los menores, a los que prohíbe su contratación en trabajos que puedan impedir su normal crecimiento o empeorar su discapacidad si la tuviera.

⁵⁰ Cuya obligación también viene determinada por la Orden del Ministerio de Empleo y Formación Profesional nº 3125-10 de 22 de noviembre de 2010, en el que se establece la estructura y contenidos que debe tener el informe que debe ser elaborado por el servicio médico del trabajo, el oficial y el médico de la inspección de trabajo y que debe entregarse a los representantes de los trabajadores y, en su caso, a los representantes sindicales de la empresa, sobre la organización y el funcionamiento y la gestión financiera del servicio durante el año anterior. Completadas por la Orden del Ministerio de Empleo y Formación nº 2625-12, de 16 de Julio de 2012, en la que se recogen las disposiciones sobre la confección de los exámenes de salud a realizar por los medios de trabajo, los modelos de expedientes médicos y la ficha de aptitud a elaborar por éstos y por el Dahir nº 2-10-83, de 16 de Noviembre de 2010, en que figura la lista de trabajos (entre otros, canteras y el trabajos subterráneos como minas) que no pueden desempeñar determinadas categorías de trabajadores (menores de 18 años, mujeres y discapacitados) aduciendo como razones justificativas que puedan estar en riesgo de peligro excesivo, exceder sus capacidades o puedan afectar a su moral.

⁵¹ En este sentido, hay que traer a colación el Dahir nº 2-09-197, de 22 de marzo de 2010, que establece el modelo de informe anual que debe preparar el Comité de Seguridad e Higiene.

“inspección de las trabajo”, cuya tarea principal es la de controlar la aplicación de la legislación social. Sin embargo, en muchas ocasiones, se les amplía su ámbito de actuación para cuestiones ajenas a su cometido como son entre otras, la conciliación en los conflictos laborales o como ocurre en el caso que nos ocupa, la decisión de determinar la aptitud para reincorporarse al puesto de trabajo del trabajador discapacitado.

A reglón seguido el art 168, en materia de protección social establece la obligación del empleador de someter al trabajador discapacitados a exámenes médicos periódicos que considere necesario además de una revisión médica anual. Desde mi punto de vista, es justificable la realización de un reconocimiento médico *ex lege*, en la contratación inicial para verificar su aptitud para desempeñar el puesto de trabajo, así como reconocimientos médicos periódicos, en atención al estado biológico del trabajador. Y también porque no otro anual. Puesto que todo este haz de obligaciones, forma parte del deber instrumental que tiene el empresario de vigilar los efectos que pueden provocar en la persona del trabajador los riesgos inherentes a su trabajo pero en todo caso, debe ser consentida su realización por el trabajador, respetando siempre el derecho a la intimidad y la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud. Asimismo en cuanto a la forma de prestar el consentimiento aunque el precepto no establece la obligatoriedad de la forma escrita, su mera realización implica su aceptación tácita. En relación a lo expuesto, la información sobre la alteración de la salud del trabajador o estado de normalidad orgánica y funcional, tanto física como mental por parte del empresario, no sólo precisa del consentimiento del trabajador sino también se debería informar al médico de empresa o comité de empresa, para que verificara la pertinencia o adecuación de las pruebas médicas y que articulen mecanismos o protocolos de actuación que protejan el derecho a la intimidad del trabajador, sin embargo, no hay sustrato legal en este país alauita para esta argumentación, puesto que, las funciones que tiene el encomendada el comité de empresa recogidas en el art. 338. 8 del CT, no figura esta función y a lo más que alcanza en concreto, en relación a los discapacitados es “el deber de presentar propuestas para rehabilitar a los trabajadores discapacitados en la empresa”⁵².

⁵² Debido entre otras causas, a que la seguridad y salud laboral se sigue aplicando las disposiciones del Código de Trabajo y resto de normativa en esta materia y que el Ministerio de Empleo y Formación Profesional sigue llevando las competencias en relación a la prevención de riesgos laborales, ante la ausencia de una legislación específica sobre la materia, cuya futura gestión se está examinando encomendar al “Instituto Nacional de Condiciones de Vida en el Trabajo” (INCVT-Institut National des Conditions de Vie au Travail).

Por su parte, el art 169, fija la obligación del empleador de facilitar a estos trabajadores la accesibilidad al puesto de trabajo; y por ende, a la empresa, consideramos que la actual ley marco-en tramitación- debería también ampliar esta exigencia a otros aspectos como: condiciones de trabajo, incluyendo la reducción del tiempo de trabajo y modificaciones organizacionales.

Finaliza su tratamiento en el art. 170, en el que se admite la adopción de medidas de discriminación positiva a favor del empleo de estas personas, mediante diversos *incentivos jurídicos y financieros*. Así el Dahir nº 3/130/00, de 10 de julio de 2000, fija cuotas obligatorias de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad en la administración pública⁵³ y en la empresa privada⁵⁴, del 7% y 2% respectivamente; y, el 171, establece una serie de sanciones administrativas de carácter pecuniario cuya gradación se estructuran en función del riesgo que conlleve a la integridad física o la salud de los trabajadores cuyo baremo oscila entre 2. 000 a 5. 000 dirhams(186. 01€ a 465. 02€). En síntesis, se produce de una parte la sinergia de cuantificación insuficiente de las sanciones; y de la otra, la imprecisión de las garantías reguladas produce su vaciamiento, por lo que el cumplimiento *strictu sensu* de estos preceptos es cuestionable.

De otra parte, hay que subrayar que, a pesar reconocer en diferentes preceptos constitucionales “la prohibición de la discriminación por razón de la discapacidad”, así como en el Código de Trabajo, Marruecos hoy día, está en vías de concretizar un principio constitucional, y aún así es incapaz de materializar estos compromisos, tanto en su marco jurídico⁵⁵ como en sus políticas sectoriales. En este sentido, el “Plan de Acción Nacional de Puesta en Conformidad Social” trienal 2007-2009, tenía por objeto sensibilizar a las empresas de

⁵³ El número de contrataciones es aún insuficiente, según el *IV Informe periódico que Marruecos presento al Consejo Económico Social el 24 de marzo de 2014*, en su Recomendación nº 41, p. 60, el desde 2008, trabajan en la administración pública alauita, de manera directa y solidaria 594 personas con discapacidad, de las cuales 381 fueron contratadas en 2011.

⁵⁴ En el Informe citado *ut supra*, Recomendación nº 41, p. 59, se señala la elaboración de un proyecto ordenado por el Jefe del Gobierno, que fije las listas de los empleos que se pueden atribuir con prioridad a las personas con discapacidad en el sector privado cuya proporción se eleva al 5%.

⁵⁵ El único tratamiento legislativo en la materia fue la Ley núm. 7/92, sobre tratamiento jurídico de las personas con problemas de visión y ciegos, de 1992 y esa misma disposición, extendió su ámbito subjetivo al año siguiente al resto de discapacidades.

50 o más empleados a la importancia de fortalecer la dimensión social como vector de desarrollo y a la necesidad de conciliar su rendimiento económico con las condiciones de un desarrollo sostenible favorable a la justicia social facilitando la aplicación del Código del Trabajo, sin embargo, este método es poco efectivo cuando la mayoría de las empresas en Marruecos al igual que en España son pequeñas o medianas. Por este motivo, se implanto a su finalización “El Plan de Acción Nacional de Mejora de las Condiciones de Trabajo”, destinado a las empresas de diez o más empleados, si bien su objetivo se restringe a mejora de la salud y la seguridad en el trabajo de forma genérica, no contiene ninguna acción específica para los trabajadores discapacitados, y sus resultados han sido en el plano jurídico, elaborar un proyecto de ley marco sobre salud y seguridad en el trabajo, a fin de determinar las responsabilidades de cada uno de los actores en la empresa en relación con la salud y seguridad en el trabajo y elaborar un arsenal de reglamentos y normas en esta materia; y, reforzar el papel de los inspectores médicos, aumentando su número y intensificar la cuantía de las sanciones de las empresas que incumplan la normativa sobre salud y seguridad en la empresa. En cualquiera de los casos, la aprobación de la ley nº 97. 13 relativo a la protección y la promoción de los derechos de las personas en situación de discapacidad, obligará a reformar no solo el vigente Código de Trabajo y otras disposiciones sino también las políticas dispersas y fragmentarias que hasta este momento se viene realizando en el país alauita específicamente para los discapacitados, que en la praxis son financiadas por ONGs⁵⁶, asociaciones⁵⁷ y Estado⁵⁸ o Euromed⁵⁹, en esta ultima destacan: a) *La Estrategia Gubernamental para el período 2006-2011*, a través del “Hándicap International” con el objetivo

⁵⁶ AMSAHM (l'Association Marocaine de Soutien et D Aid eaux Hándicaps Mentaux); AFHP, se encuentra en Tánger, es una asociación de personas con discapacidad psíquica; Association marrocaïne des Hándicaps moteurs que se encuentra en Rabat; L'Association Ennassr Alhassani pour Hándicaps Physiques, L'Association des Parties et Amis d'Enfants Psychotiques; (ROA) significa visión en árabe. Es una asociación de personas ciegas y deficientes visuales.

⁵⁷ La mayoría de las ONGs son apoyadas por sus homólogas españolas, que ha servido para consolidar los métodos de trabajo de las ONG locales marroquíes, de modo que, en las últimas convocatorias, pasan a ser receptoras directas de fondos de la AECID (sirva de paradigma, Fondation Mohammed V o Salve The Children España está presente desde 1997 en Marruecos, donde colabora con la Asociación Hanan, fundada hace 39 años con el objetivo de cuidar a los niños con discapacidad física, mental y auditiva).

⁵⁸ Canalizadas mayoritariamente por la Secrétariat d'Etat chargé de la famille, de l'enfance. Que es un departamento, pero se encargan de buscar la igualdad para las personas con discapacidad.

⁵⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre La situación de las personas con discapacidad en los países Euromed, REX/294, 16 de septiembre de 2010, punto 4, pp. 7-10.

de ampliar la gama de servicios ofrecidos a las personas discapacitadas en la región conectando los centros locales en una misma red; se formó a los prestadores de servicios (por ejemplo, creando una red de fisioterapeutas en cooperación con el Ministerio de Salud); y, si no existe una red de servicios del Estado, a través de las comunidades locales, se desarrollan los servicios a través de las familias y de ONGs; b) para la inserción de las personas discapacitadas en el mercado laboral, a través del *Acuerdo celebrado con 1993 por los Estados árabes*, Marruecos recibió ayudas para fomentar el empleo y la readaptación de las personas discapacitadas para mejorar el empleo y la accesibilidad del entorno laboral a las personas discapacitadas y facilitarles la utilización de los transportes públicos; y, c) El proyecto “*Fomento de la autonomía de las personas con discapacidad en el Magreb*”, realizado por “Hándicap International” en Marruecos para el periodo 2004-2006, cuyo objetivo era favorecer las iniciativas *in situ*, con el fin de promover la integración social de las personas discapacitadas, ayudarlas a confiar más en ellas mismas y conferirles más dignidad.

4. EL PROBLEMA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS DISCAPACITADOS EN MARRUECOS

El derecho a la salud, figura sistematizado en el art. 31 de su carta magna, en el que el Estado se compromete a aportar los medios necesarios para que los ciudadanos puedan disfrutar entre otros derechos, de la protección social, cobertura médica y solidaridad mutualista organizada por el Estado, además del derecho a la educación y a la formación profesional y el derecho a participar en condiciones de igualdad en las actividades culturales, sin que puedan ser objeto de ningún tipo de discriminación,

Con respecto a la legislación marroquí en materia de Seguridad Social⁶⁰, es

⁶⁰ Regulada por el Dahir N° 1-72-184 de 27 de julio de 1972, está en trámite un proyecto de ley de reforma del sistema de seguridad social, que prevé mejora de las prestaciones de la CNSS, concretamente a largo plazo (en las pensiones por invalidez, vejez y para supérstites) y a corto plazo (licencias por enfermedad y maternidad y subsidios por fallecimiento) se ha previsto lo siguiente:

- Creación de una jubilación a partir de los 55 años para los trabajadores del sector privado;
- Creación de una jubilación a partir de los 55 años para los pescadores que acrediten diez años de trabajo a bordo;
- Creación de una jubilación anticipada para los afiliados que no cuenten con el número de días suficientes para acceder a la pensión de vejez;
- Creación de un umbral mínimo de 500 dirhams para las jubilaciones pagadas por la CNSS;

básicamente contributiva, de modo que, no contempla prestaciones de asistencia social no sujetas a aportaciones, con la única excepción de la atención médica a aquellos sectores desfavorecidos, de ahí, la necesidad de examinar sin pretender ser exhaustivo que permita una aproximación de su estudio.

La configuración de la prestación sanitaria, tiene un carácter dual: público y privada. La primera, debido al carácter contributivo del sistema, exige haber cotizado 55 días y afiliación en el plazo de 30 días naturales desde el inicio de la prestación de servicios en la Caisse Nationale⁶¹ de Sécurité Sociale (CNSS)⁶², presta un seguro médico denominado *assurance maladie obligatoire* (AMO), cuya composición actual exige la inclusión de los siguientes grupos: régimen de empleados y jubilados del sector privado, administrados por la Caja Nacional de Seguridad Social (CNSS); el de los empleados y jubilados del sector público, administrados por la Caja Nacional de Organismos de Previsión Social (CNOPS); y, de forma gradual se ha procedido a la inclusión en el mismo de los regímenes internos o administrados por compañías de seguros privadas que tenían los empleados antes del 18 de agosto de 2005 de forma facultativa y que a partir de 2008, es preceptivo. Siendo beneficiarios del mismo como titular el trabajador y como beneficiarios cónyuge e hijos a su cargo no casados y menores de 21 años. En este caso, trabajador o funcionario discapacitado tiene derecho a la asistencia médica por su inclusión en uno de los sistemas de previsión enumerados por su condición de titular o beneficiario. Asimismo estos cotizantes tienen derecho, en función de la cuantía de rentas que perciban a una prestación económica por el hecho de tener “a su cargo hijo menor de 18 años”, subsidio que se concede *por la edad del menor y rentas de la unidad económica pero no derivados por la condición de discapacidad del hijo a cargo*. También se han

Ampliación hasta los 21 años de la edad para percibir subsidios familiares y por fallecimiento para los hijos discapacitados;

- Ampliación de 12 a 16 años de la edad para percibir subsidios por fallecimiento para los hijos del afiliado;

- Aumento de la escala de prestaciones abonadas por la CNSS a fin de adecuarlas mejor a la realidad social y el nivel de vida;

- Generalización del aumento de los subsidios familiares de los funcionarios y agentes del Estado, las administraciones locales y los establecimientos públicos;

- Ampliación del subsidio por maternidad de 12 a 14 semanas.

⁶¹ Las cajas obligatorias en Marruecos son: la Caja Nacional de la Seguridad Social (CNSS), la Caja de Pensiones de Marruecos (CMR) y el Régimen Colectivo de Pensiones (RCAR).

⁶² Es el principal instrumento de protección social de los asalariados del sector privado, ofrece tres tipos de prestaciones: los subsidios familiares, las subvenciones a corto plazo y las prestaciones a largo plazo, está financiada por las cotizaciones salariales y las contribuciones patronales.

incluido el régimen de los trabajadores independientes, profesiones liberales y otras actividades no asalariadas, que continúan siendo reacios a la protección pública y prefieren suscribir seguros privados con mutuas o aseguradoras privadas.

Junto a esta modalidad contributiva, existe otra asistencial cuya integración se efectúa en el Régimen de Asistencia Médica (RAMED). De conformidad con el contenido dispuesto en la Ley n° 65/00, de Cobertura Sanitaria Básica⁶³ del año 2000, en el que se expresa el compromiso del Estado de establecer el derecho a la salud, conforme a lo dispuesto en los convenios internacionales y cuya financiación es dual: Presupuestos del Estado y de los Presupuestos de las Agrupaciones Locales. Para quedar integrado en este sistema se exige encontrarse en uno de los siguientes grupos⁶⁴: a) carecer de recursos suficientes para hacer frente a los gastos relacionados con el cuidado de la salud; o, b) acreditar pobreza (art. 116). En relación al primero, su inclusión⁶⁵ se realiza en función del medio en que se habite- zona urbana o rural- y de las condiciones socio-económicas que tenga la unidad económica. En el primer caso, sus ingresos anuales por persona debe ser inferior a 5. 650 DH (519,12 €) y tener una puntuación de las condiciones socio-económicas, calculadas sobre la base de variables relacionadas con las condiciones de vida de la familia. Mientras que, para los que viven en el medio rural, se tiene en cuenta todo el patrimonio o del al menos del 70% de personas que conviven en dicho hogar y además de tener una puntuación de las condiciones socioeconómicas, calculado sobre unos indicadores variables relacionados con las condiciones de vida de la familia (art 4) que se subordinan a los siguientes factores: que lo solicite toda la familia o solo uno de sus miembros; el número de menores de 18 años que conviven en el hogar; y, si se trata de personas que viven solas, debe acreditarse la hospitalización o la discapacidad física o mental, del miembro de la familia. En todo caso, si se le reconoce la situación de vulnerabilidad y reside en zona urbana sus ingresos por persona no pueden ser al año superior a 3. 767 dírham (346,11€) ni inferiores a 5. 650 dírham (519,12 €), mientras que, si bien habita en medio rural, su puntuación se efectúa únicamente según baremo en relación al patrimonio.

⁶³ Dahir n° 1-02-296 du 25 rejeb 1423 (3 octobre 2002).

⁶⁴ Art. 2 del Decreto N° 2-08-177, de 29 de septembre de 2008, Decreto N° 2-08-177 du 28 ramadán 1429 (29 septembre 2008), sobre la aplicación de las disposiciones del Libro III de la loi N° 65-00, sobre el régimen de asistencia médica, modificado y completado por el Decreto N° 2-11-199 du 07 chaoual 1432 (06 septembre 2011).

⁶⁵ Recogida en el art. 2 Decreto 2-08-177 de 29 septembre 2008.

En estos casos, la prestación consiste en el reconocimiento del derecho a la atención médica⁶⁶ y a recibir atención básica *únicamente en las instalaciones públicas*⁶⁷, previo pago del beneficiario de una contribución parcial anual de la situación de los beneficiarios la vulnerabilidad es de 120 dirhams (11,03 €) por persona al año hasta un máximo de 600 dirhams (55,13€) por hogar, independientemente del número de personas que lo compongan.

En cuanto a los segundos, las personas que viven en la pobreza, se reconoce esta situación siempre que sus ingresos ponderados sean inferior o igual a 3. 767 dirhams (346,11€) por persona al año, si residen en zonas urbanas, o en función del baremo patrimonial si por el contrario, residen en el medio rural. A este grupo de personas, que se encuentran en la pobreza, tienen derecho a la solicitar la prestación en especie medico-sanitaria disponibles en los hospitales públicos, instituciones de salud pública y servicios de salud del Estado, sin contribución alguna en la dispensación de medicamentos. Se les hace entrega de un documento acreditativo” tarjeta RAMED” por la autoridad administrativa local competente. Su vigencia es trianual, tanto para el beneficiario en situaciones vulnerables, como en el que se le reconoce la situación de pobreza⁶⁸, pero mientras que los primeros, para recuperarla deben abonar el pago de una contribución anual. Los segundos están eximidos de esta obligación y su expedición no conlleva coste alguno.

También se realiza la dispensación medico-farmacéutica gratuita para los que no tengan reconocida esta tarjeta, si bien, su contenido es más limitado: urgencia, acceso a los servicios básicos prestados por los centros médicos de Marruecos y acceso al programa nacional de vacunación y a las prestaciones de los programas nacionales de salud siguientes: diagnóstico y confirmación de la infección por el VIH⁶⁹, así como el seguimiento inmunobiológico (C y CV);

⁶⁶ Los servicios ofrecidos por el RAMED, incluyen la atención de las personas con afecciones de larga duración (ALD) y todos los servicios disponibles en los centros de salud, los hospitales locales, provinciales, prefecturas, regionales, universitarios y los hospitales especializados, según el nivel de servicios que ofrecen estos establecimientos.

⁶⁷ El “certificado de indigencia” fue suprimido el 1 de enero de 2012.

⁶⁸ La Decisión del Ministro de Salud nº 2284-05 de 7 de noviembre de 200, establece la lista de enfermedades para las que los enfermos que las padecen están exentos de remuneración por los servicios y prestaciones ofrecidos por los hospitales y servicios dependientes del Ministerio de Salud.

diagnóstico biológico de las infecciones de transmisión sexual; diagnóstico biológico de la malaria; y, diagnóstico biológico de la leishmaniosis cutánea y visceral.

La más reciente normalización en esta materia es la contemplada en Ley marco nº 34-09, sobre el sistema de salud y la oferta de servicios médicos. Esta disposición define los principios básicos del sistema de salud, incluida la igualdad de acceso garantizada a todas las personas, y las responsabilidades del Estado en materia de atención preventiva y de derechos de los usuarios a los servicios médicos, debido a que, el sistema sanitario no es universal. El seguro social, cubre la mitad del servicio sanitario, debiendo abonar el usuario el resto. En el art. 2, establece la solidaridad y la responsabilidad de la población en la prevención, conservación y restauración de la salud; la igualdad de acceso a los servicios médicos; la equidad en la distribución espacial de los recursos sanitarios y la adopción del enfoque de género en los servicios médicos. Pero sin lugar a dudas el más interesante en la materia que nos ocupa es el art. 7, en el que se recoge un listado de compromisos por parte de los poderes públicos en relación a la salud, y en cuyo inciso final, se alude que el listado de derechos que se contempla para toda la población se reseña expresamente la voluntad de evitar la discriminación de los discapacitados y la ayuda para lograrlo de organizaciones profesionales que trabajaban en el ámbito sanitario. En particular, la dicción literal del referenciado precepto recoge (...) “El compromiso de los poderes públicos en *adoptar las medidas necesarias* para cumplir los compromisos que ha contraído a nivel internacional, en particular los relativos a la definición de estrategias para informar a la población de los riesgos para la salud y de los comportamientos que deben adoptarse para prevenirlos; a la protección de la salud y al acceso a los servicios médicos adecuados disponibles; al respeto de la persona y de su integridad física, su dignidad y su vida privada; al respeto del derecho del paciente a la información sobre su enfermedad y sobre el tratamiento que se le dará, con ayuda de las organizaciones profesionales y de las asociaciones que trabajan en el campo de la salud, *contra toda forma de discriminación o estigmatización de la persona por su enfermedad, discapacidad o características genéticas*”. Precepto que responde al contenido art 31 de su carta magna, en el que se señala que los poderes públicos actuarán según sus medios disponibles para facilitar la igualdad de acceso de los ciudadanos a ejercer entre otros derechos: a los cuidados sanitarios y a la protección social, cobertura médica y solidaridad mutualista organizada por el Estado. Y que debe ser puesto en correlación, con el art 34. 2 del mismo texto, en el que se establece que los poderes públicos deberán poner en práctica políticas destinadas a personas y a categorías con necesidades especiales, entre las que se alude expre-

samente a los minusválidos, a los que se debe rehabilitar e integrar en la vida social y civil, y facilitar el disfrute de derecho reconocido a todos. No obstante, la puesta en pie concreta de este principio constitucional, no se ha confirmado hasta el 2014, a través la adopción por el Consejo de Ministros del proyecto de ley n° 97. 13, relativo a la protección y la promoción de los derechos de las personas en situación de discapacidad, que fija los objetivos, las orientaciones y los principios que enmarcan la acción del Estado (marroquí) en el dominio de la incapacitación (en vías de sanción), como el diseño de las medidas políticas⁷⁰ deberán tener en cuenta, que este colectivo es un gran consumidor de servicios sanitarios y sociales y que su mayoría se encuentra sumido en la pobreza por lo que muchos de ellos son abandonados y asistidos por las ONGs⁷¹.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Marruecos ha realizado importantes avances en la lucha por la discriminación por motivos de discapacidad. Tal y como se constata por el constituyente al atribuirle a estos sujetos, el derecho fundamental a no ser discriminado, si bien, el compromiso de esta protección es sesgado, puesto que, lo circunscribe *strictu sensu*, a que los poderes públicos elaboren y pongan en prácticas políticas públicas, en particular rehabilitadoras e integradoras, omitiendo la actuación en la “prevención”, que permitiría impedir o al menos paliar los factores de riesgo para el desarrollo de esta situación. Problema que se agrava al no especificar cómo va a lograr alcanzar la igualdad que consagra con el resto de la población, de modo que, de nuevo esta laguna conlleva a que persista su discriminación.

A lo que se debe adicionar, que la determinación de quiénes sean esos poderes públicos implicados, se realiza en base a la “regionalización”, puesto que en Marruecos no existe descentralización política y según reza en su art 137 CM, las regiones y otras colectividades territoriales, participan en la ejecución de la política general del Estado y en elaborar sus políticas territoriales a través de sus representantes en la Cámara de Consejeros, es decir, funciones de “gestión o ejecución”, además de que carecen de potestad legislativa y precisamente en un ámbito donde la administración local tiene un peso relevante y limitan su actuación a sus exiguos recursos y a su ámbito territorial circunscrito.

⁷⁰ Hasta Octubre de 2015, no se ha liberado por el Ministerio de la Solidaridad, de la Mujer, de la Familia y del Desarrollo Social, “el Fondo de Apoyo del Discapacitado” con un importe inicial de 50 millones de Dirhams.

⁷¹ Como señala en el Informe de la OMS (2007) “Atlas: Global Resources for Persons with Intellectual Disabilities”, Geneva: World. Health Organization; punto 6. párrafo 43. No se dispone de legislación, servicios ni recursos suficientes para este grupo de población”.

De otra parte, este problema se agrava debido a que las políticas públicas nacionales, se caracterizan por encontrarse segmentadas por ámbitos, sin una articulación efectiva y en muchos casos incoherentes, debido a la ausencia de una estrategia nacional, global e integrada al respecto, que se estructuran como regla general, en programas a corto plazo, cuya viabilidad quiebra debido a la falta de la infraestructura y de recursos humanos y financieros necesarios para garantizar su aplicación. Así a título ilustrativo, en materia educativa, sólo se integra a los menores en aulas ordinarias si su discapacidad es “leve”, en el resto de supuestos “medio o moderado”, automáticamente se derivan a centros especializados, donde además del carácter excluyente que supone su inclusión “obligada”, se van a sentir triplemente marginados: por su bajo nivel socio-económico como regla general; la carencia de desarrollo suficiente de infraestructuras en zonas rurales; y, por su condición de discapacitados, de ahí las fuertes tasas de abandono escolar y analfabetismo que tienen los menores discapacitados marroquíes.

Otro tanto similar ocurre en materia sanitaria, debido a que esta prestación no tiene un carácter universal como en España, la asistencia se realiza atendido a la modalidad en la que figure incluido el sujeto en el sistema: modalidad contributiva, seguro privado o nivel asistencial. De modo que, su prestación se condiciona a la tipología de modalidad en la que este incluido siendo diferente también el acceso a la cartera de servicios y el centro en que se presta, así como a la calidad de las prestaciones médicas, a las disparidades entre el medio urbano y el medio rural y entre las diferentes regiones. En ese sentido, para corregir la desigualdad existente en la dispensación médico-sanitaria, la Ley marco N°97/13, sobre los derechos de las personas con discapacidad, establece el compromiso de los poderes públicos, de poner en práctica políticas destinadas a personas a categorías con necesidades especiales, entre las que se encuentran los minusválidos, si bien, esta dispensación se subordina a sus disponibilidades financieras y que las existentes de destinen a este fin, en la que se echa en falta el compromiso del Estado de garantizar su gratuidad, proximidad al usuario, etc. Si bien, aunque actualmente no se les reconozca su implantación en el futuro es contemplada *de lege ferenda* en la Ley-marco. En todo caso, la insuficiencia del presupuesto destinado al sector de la salud, evidencia el déficit económico que recibe este colectivo (sirva de paradigma, la grave insuficiencia de infraestructuras sanitarias especializadas, situación que provoca que gran parte de este colectivo nunca haya frecuentado una institución médica).

De otro lado, en materia de empleo, la acción tuitiva sobre este colectivo, se complementa con una serie de medidas encaminadas a fomentar la incorporación laboral de las personas con discapacidad, entre las que hay que tener en el

cupo de reserva de plantilla con cuotas obligatorias de reserva de puestos de trabajo, sin embargo, este método es poco efectivo en el país alauita por dos motivos primordialmente. De una parte, las sanciones previstas en caso de incumplimiento de efectuar este cupo en el sector privado son de escasa cuantía económica, lo que no hace desistir de infringirla. Y de la otra, la mayoría de las empresas en Marruecos son pequeñas o medianas por lo que no aplican *de facto* los “cupos de reserva para discapacitados”.

Por todo ello, y para corregir todas estas divergencias, en cumplimiento del mandato constitucional, se está tramitando la Ley marco N°97/13, sobre los derechos de las personas con discapacidad, aunque suponen avances importantes, presenta una serie de deficiencias que en el momento actual se pueden subsanar, como la que figura en el apartado 3. c) de la futura ley, en la que exclusivamente garantiza la participación de las personas con discapacidad de forma plena y efectiva, en aquellas actividades que se adapten a su participación, de modo que, el resto de actividades quedan al margen de esta protección, sino que además, sólo en dichas actividades referenciadas, se garantiza que el disfrute de esa libertad de igualdad pueda ser plena y efectiva. En todo caso, la aprobación de esta norma es necesaria de conformidad con los principios de los convenios internacionales suscritos y su promulgación conllevará los ajustes normativos necesarios para su armonización, tanto en su legislación (Código de Trabajo, Ley de Educación, Ley Básica de Sanidad, etc.) como en sus políticas públicas, para que estas implanten en el ámbito de sus respectivas competencias, esa igualdad jurídica que aunque no suponga de inmediato el fin a la exclusión social, si al menos implique un inicio para que la igualdad formal se materialice en los diferentes sectores y en particular, en la población discapacitada marroquí, que precisa tener un encaje dentro del contexto social moderno de Marruecos, y para ello, resulta imprescindible mejorar las condiciones económicas, sociales y culturales de este colectivo para permitir el disfrute efectivo de los derechos que se les reconoce.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO DÍAZ, A. (1995). *Historia de las deficiencias*, Escuela Libre Editorial, Colección Tesis y Praxis, Madrid.
- AICHA ABOUNA “Los derechos de las mujeres marroquíes en la nueva Constitución”, en *Igualdad y Democracia: el género como categoría de análisis jurídico, Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*, Corts Valencianes, 2014.
- BOBBIO, NORBERTO. (1997). *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*, Fondo de Cultura Económica, Bogotá.

- BURGOS GOYE, M. C. (2013). “La protección jurídica laboral de los menores en la legislación marroquí”, *Rev. Derecho Migratorio y extranjería* nº 34, 2013. Tb. (2015), La paradoja del trabajo por cuenta ajena de las mujeres en marruecos. Protección sin derechos”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* nº 40.
- BRADDOCK, D. L., y PARISH, S.L. (2001). “An Institutional History of Disability”, en la obra titulada *Handbook of Disability Studies*, pp. 11-16 ALBRECHT, Thousand Oaks. Ca, Sage.
- DE ASÍS ROIG Y CUENCA GÓMEZ, P. (2012) “La igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad”, en Pérez Bueno, L. C. (dir.) 2003-2013. *Diez años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, Cinca, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (2010). *Derecho y Garantías. La ley del más débil*. Ed. Trotta. Madrid.
- LAÍN ENTRALGO, P. *Enfermedad y pecado*, Toray, Barcelona, 1961.
- LUCKASSON, R. (2003). “Terminology and Power”, en Herr, S. S.; Gostin L. O. y Koh, H. H. *The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities. Different but Equal*, Oxford, Oxford University Press.
- MONEREO PÉREZ, J.L., (2003). “El trabajo y la protección social de las personas con discapacidad”, *Revista electrónica de Geriatría y Gerontología*, volumen 5, núm. 2.
- PALACIOS, A. (2008). *El modelo de discapacidad: orígenes, caracterización, y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, CERMI, Edit Cinca, Madrid.
- QUINN, G. (2000). *A survey of international, comparative and regional disability law reform*, documento presentado en el simposio «From principles to practice» («De los principios a la práctica»), Washington, DC, 22-26 Oct.
- QUINN, GERARD, DEGENER, TH. (2002). *Human rights and disability: The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability*, OHCHR, United Nations, New York and Geneva.

Informes y Documentos

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA EN 2015

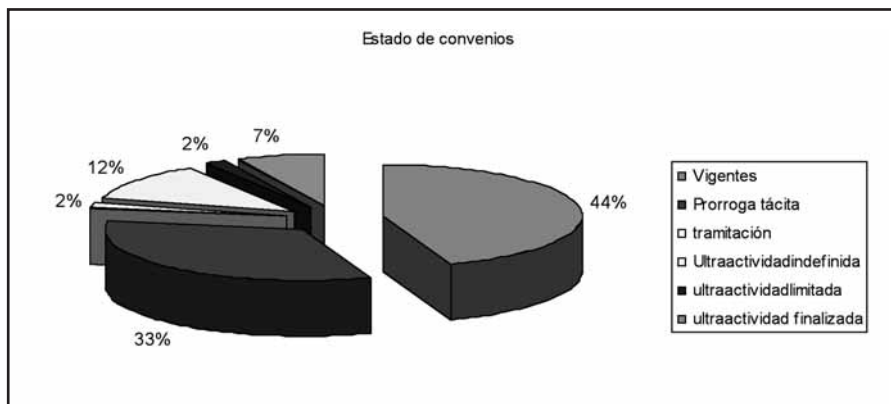
1. EVOLUCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANDALUZA EN 2015

El año 2015 ha finalizado con 685 convenios colectivos con vigencia expresa y que han dado cobertura a 1.114.357 trabajadores y 194.529 empresas aproximadamente. Estas cifras suponen mantener la cifra del millón de trabajadores bajo cobertura de un convenio colectivo con vigencia expresa perdida en los años 2012 y 2013, y recuperada en el año 2014, si bien continúa siendo inferior a las tasas de cobertura de convenios con vigencia expresa de los años previos al inicio de la crisis.

El año comenzaba a 1 de enero de 2015 con 475 convenios colectivos en vigencia expresa (70 de sector y 405 de empresa) que afectaban a 154.333 empresas y 824.501 trabajadores. Por tanto, a comienzo de año, el 33% de las aproximadamente 1440 unidades de negociación andaluzas existentes a principio de año se encontraban en vigencia expresa. Al finalizar el año, eran 685 los convenios con vigencia expresa, 108 de sector y 577 de empresa, que daban cobertura a 194.529 empresas y 1.114.357 trabajadores. Junto a este 45,5% de convenios colectivos con vigencia expresa, se encontraban a final de año un 33 % de convenios colectivos (34 de sector y 477 de empresa) en situación legal de prórroga tácita, al haber finalizado su vigencia en años anteriores, o durante el propio año 2015, y no haber sido denunciado por ninguna de las partes; éstos convenios prorrogados daban cobertura a 8.726 empresas y 146.711 trabajadores. Asimismo se encontraban denunciados 321 convenios, de los cuales 183 convenios tenían cláusulas de ultraactividad por tiempo indefinido, es decir, establecían el mantenimiento de los mismos hasta la firma del siguiente convenio. Y, 25 se encontraban denunciados y no tenían cláusulas de ultraactividad por tiempo indefinido, o bien tenían pactos de ampliación de ultraactividad por tiempo limitado. Los restantes 113 convenios colectivos denunciados (20 de sector y 93 de empresa) se encontraban a 31 de diciembre con el período de ultraactividad de un año tasado legalmente finalizado, y por tanto, habría de aplicarse el convenio colectivo superior si lo hubiere. Estos 113 convenios colectivos suponen, el 7,3% de las unidades de negociación existentes al finalizar el año (en torno a 1540 unidades de negociación a 31 de diciembre). No obstante, la finalización formal de la vigencia de la ultraactividad del convenio no está implicando en muchos casos la desaparición de la unidad negociadora, por lo que la cifra de convenios que podrían decaer se está demostrando responder al momento temporal en el que se realiza la foto fija del estado de la negociación,

antes al contrario, la mayor parte de las unidades de negociación continúan negociando, firmándose incluso los convenios ya decaídos con eficacia retroactiva. Finalmente, 27 convenios colectivos (7 de sector y 20 de empresa), se encontraban en trámite de registro.

Estado del total de unidades de negociación en Andalucía a 31 de diciembre.

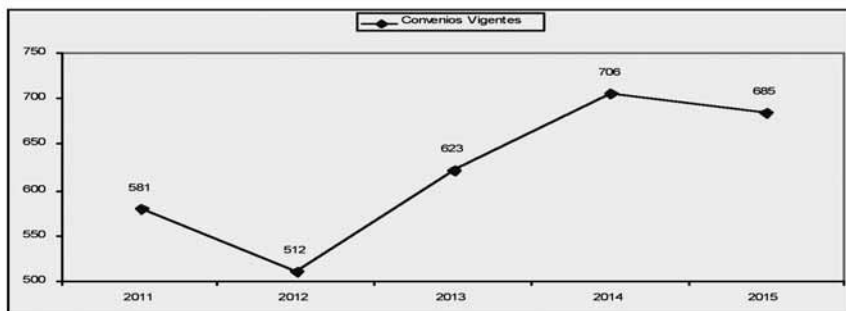


Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

La cifra de convenios colectivos en vigencia expresa supone un freno del cambio de tendencia que se inició en el año 2013, y que supuso detener el decaimiento paulatino que desde el año 2007 venía sufriendo la cifra de convenios con vigencia expresa, y cuyo suelo se alcanzó en el año 2012 con la menor cifra de convenios con vigencia expresa en los últimos 20 años, con ratios similares a los años 1993 y 1994.

Con la cifra actual (685) nuestra comunidad autónoma, si bien mantiene la cifra de más de un millón de trabajadores bajo la cobertura de convenios colectivos con vigencia expresa, no alcanza los ratios de convenios colectivos con vigencia expresa del año 2014. En este aspecto, nuestra comunidad sufre un freno en la cobertura inferior al producido en el resto del estado, pues la ralentización del número de convenios con vigencia expresa supone un 2,9% menos de convenios colectivos que dan cobertura a un 4% menos de trabajadores y un 4,3% menos de empresas; mientras a nivel global estatal, la negociación colectiva acusa una mayor ralentización, pues en 2015 se observan un 42% menos de convenios colectivos que en 2014 que dan cobertura a un 22% menos de trabajadores y un 23% menos de empresas. (2.268 convenios en el año 2015 frente a 3.921 del año 2014¹).

Evolución número de convenios colectivos vigentes en Andalucía



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

2. ANÁLISIS DE CONVENIOS COLECTIVOS CON VIGENCIA EXPRESA

Centrando el análisis en los 685 convenios colectivos con vigencia expresa en Andalucía en 2015 (convenios vigentes en adelante) , podemos observar como la gran mayoría corresponden a un ámbito funcional negociador de nivel de empresa o inferior, alcanzando a 577 de los convenios vigentes, lo que supone el 84,23% del total; por el contrario, los convenios de sector suponen 108 del total, es decir, un 15,77% de los mismos. De la totalidad de esos convenios vigentes, 213 son “originarios” —esto es, han sido recepcionados a lo largo de este año por el CARL—, mientras que el resto de los convenios vigentes, 472 son “revisados” —esto es, firmados durante años anteriores que continúan vigentes en 2015 —.

La extensión territorial de su eficacia o ámbito geográfico, permite afirmar respecto a la distribución provincial de estos convenios, que el mayor índice de actividad negociadora se localiza en la provincia de Málaga, consolidándose

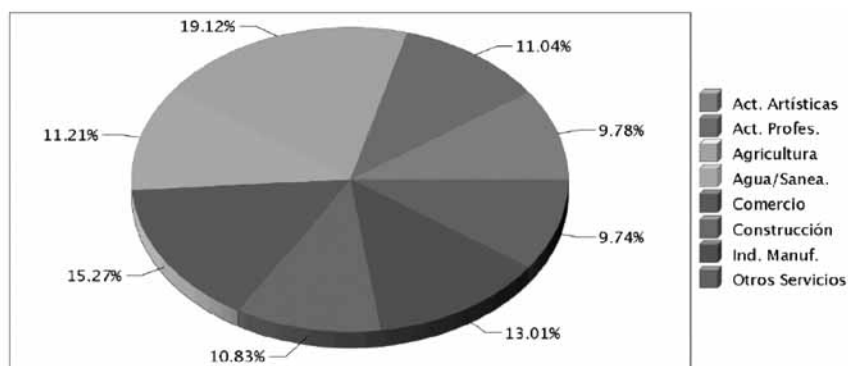
¹Según datos suministrados en el Avance mensual de enero de 2016 de la Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo elaborada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social:

2014....			
(ENE-DIC)	3.921	1.238.677	8.407.697
2015....			
(ENE-DIC)	2.268	948.493	6.484.829

como la provincia con más convenios vigentes, por delante de Cádiz y Sevilla, provincias que siempre habían tenido más convenios colectivos vigentes que Málaga.

Atendiendo al tipo de actividad económica y al número de trabajadores que acogen, los convenios más significativos de la Comunidad Autónoma andaluza son: los del sector agropecuario que dan cobertura al 19,12 % de los trabajadores, seguido por el comercio, con el 15,27% del total de los trabajadores.

Convenios de sectores más significativos (nº de trabajadores)

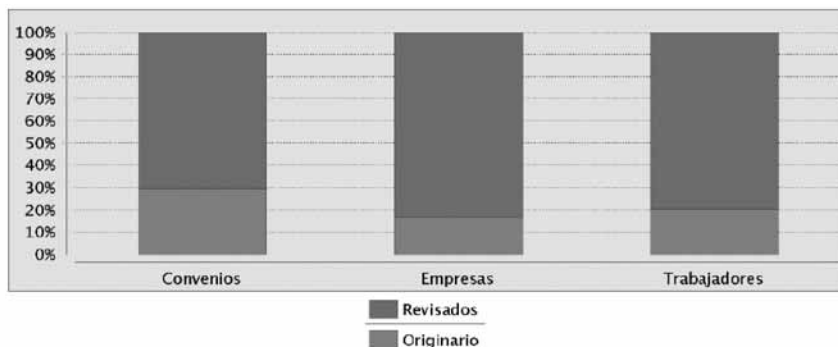


Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Convenios originarios y revisados:

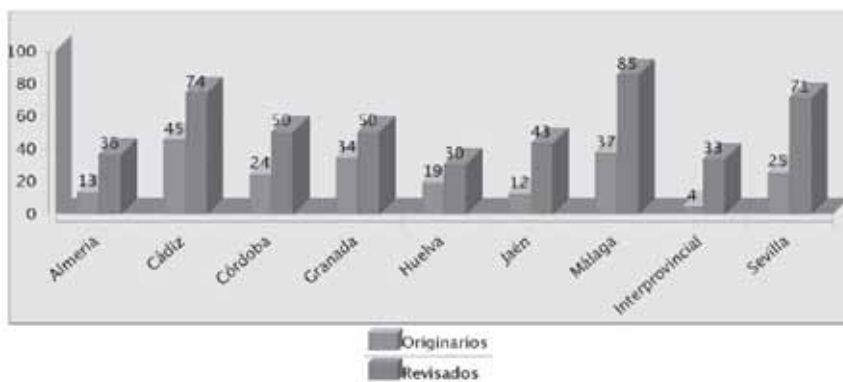
De los 685 convenios vigentes en Andalucía, los textos que pueden considerarse como originarios del año 2014, son 213, y suponen el 31,09% del total. Esta proporción se mantiene -aunque con algunas alteraciones- a nivel provincial, como puede observarse en los cuadros siguientes:

Convenios originarios-Convenios Revisados. Porcentajes de afectación



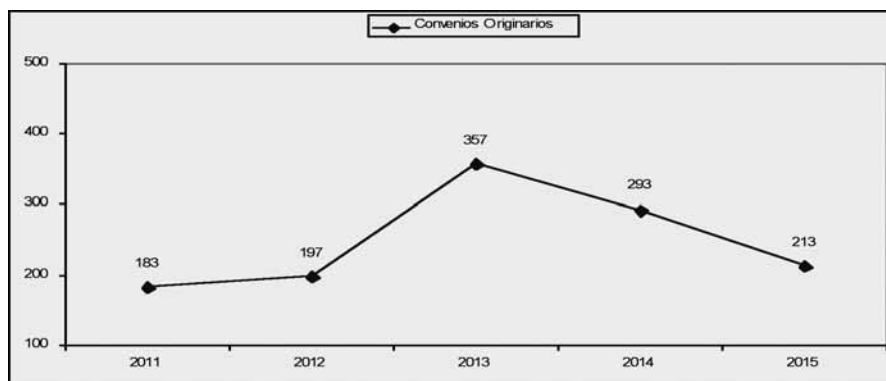
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Convenios Originarios-Convenios Revisados. Distribución Provincial



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Evolución del número de convenios originarios



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Si dentro de los convenios originarios, circunscribimos el análisis a los primeros convenios, vemos como se han recepcionado un total de 84 , siendo Málaga, de nuevo este año, la provincia más destacada en este aspecto.

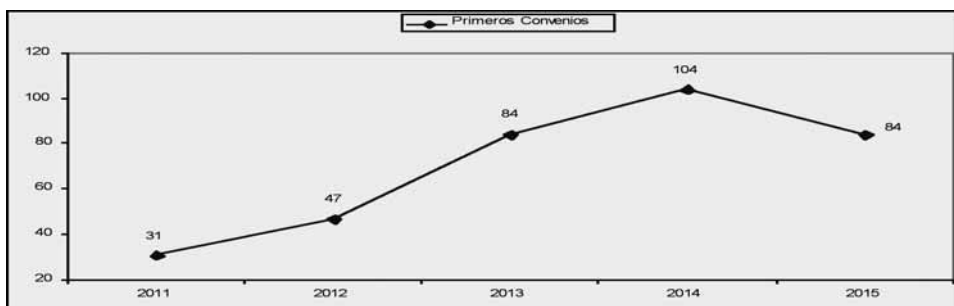
Convenios Originarios / Primeros Convenios

Ámbito geogr.	Convenios Originarios			Primeros Convenios		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	13	921	4,409	4	4	78
Cádiz	45	14,242	77,601	20	20	864
Córdoba	24	3,158	37,727	13	13	337
Granada	34	432	7,062	10	10	453
Huelva	19	3,721	33,766	3	3	68
Jaén	12	2,371	8,828	4	4	297
Málaga	37	136	2,559	22	22	677
Interprovincial	4	4	698	1	1	104
Sevilla	25	12,007	80,042	7	7	333
Total	213	36,992	252,692	84	84	3,211

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

En cuanto a la evolución de los primeros convenios, cabe destacar que los 84 primeros convenios son todos convenios colectivos de empresa. En este sentido no parece baladí señalar que la LRL introduce la prioridad aplicativa del convenio de empresa en determinadas materias, pudiendo ser esta la causa del acentuado desarrollo que los mismos han tenido a lo largo del año. No obstante, si comparamos con la cifra del año pasado observamos como se han firmado 20 convenios colectivos menos.

Evolución del número de primeros convenios



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Convenios de sector y de empresa

Cuando se pasa a analizar el ámbito funcional de los convenios vigentes, al examinar la distribución de la actividad negociadora entre convenios de empresas y de sector, se observa que, de forma similar a lo que sucede en el resto del Estado, en la negociación colectiva andaluza es clara la supremacía numérica de los convenios de empresa. De esta forma, de los 685 convenios vigentes, 577 son convenios de empresa o de ámbito inferior, lo que significa un 84,23% del total. Sólo 108 de los vigentes son convenios de sector, lo que supone el 15,77 % del total. Sin embargo, esta situación se altera drásticamente si se analizan estos mismos datos desde la perspectiva del grado de afectación personal, ya que resulta patente la primacía de los convenios sectoriales respecto de los de empresa, el 94,27% de trabajadores y el 99,7 % de las empresas bajo cobertura de convenios vigentes, lo está bajo la cobertura de convenios colectivos de sector. La situación descrita es una pauta que se reitera en todas las provincias andaluzas

Convenios vigentes sector/empresa

Ámbito geogr.	Convenios Originarios			Primeros Convenios		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	13	921	4,409	4	4	78
Cádiz	45	14,242	77,601	20	20	864
Córdoba	24	3,158	37,727	13	13	337
Granada	34	432	7,062	10	10	453
Huelva	19	3,721	33,766	3	3	68
Jaén	12	2,371	8,828	4	4	297
Málaga	37	136	2,559	22	22	677
Interprovincial	4	4	698	1	1	104
Sevilla	25	12,007	80,042	7	7	333
Total	213	36,992	252,692	84	84	3,211

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

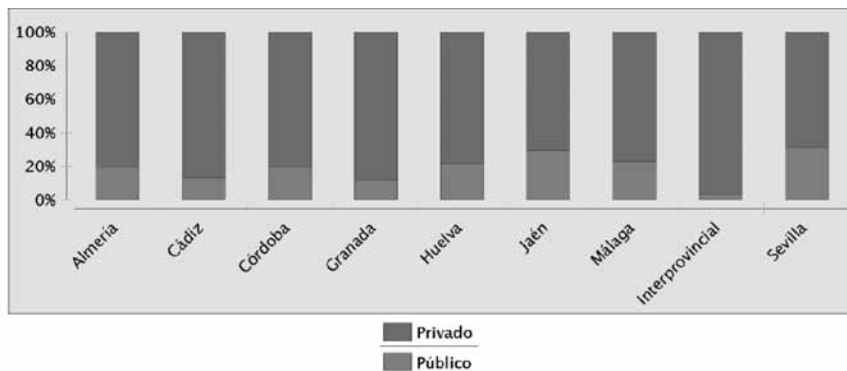
Convenios colectivos vigentes de empresa. Empresas y trabajadores afectados

Ámbito geográfico	CONVENIOS DE EMPRESA			
	Nº Conv.	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	41	41	3,755	0.11%
Cádiz	106	106	11,390	0.47%
Córdoba	63	63	5,037	0.67%
Granada	70	70	4,128	0.44%
Huelva	38	38	3,849	0.17%
Jaén	38	38	4,652	0.3%
Málaga	112	112	9,192	0.28%
Interprovincial	34	34	8,682	0.35%
Sevilla	75	75	13,169	0.12%
Total	577	577	63,854	0.31%

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Tal y como se observa en la tabla, del examen de los convenios de empresa en relación con su particular ámbito de aplicación, se deduce que son mayoritarios aquellos que corresponden a empresas privadas.

Convenios vigentes de empresa. Porcentajes provinciales según ámbito público/privado

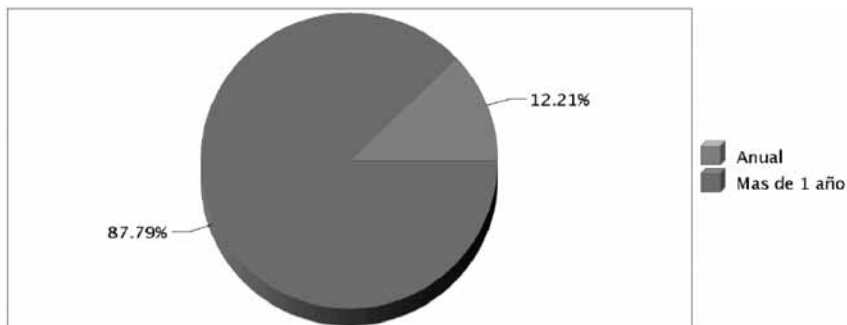


Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Periodo de vigencia:

Por lo que se refiere al periodo de vigencia determinado en los convenios en el momento de su suscripción, sigue constatándose un fuerte predominio de aquellos que se han pactado por un periodo de duración superior al año, frente a los que se han ultimado con una vigencia de carácter anual.

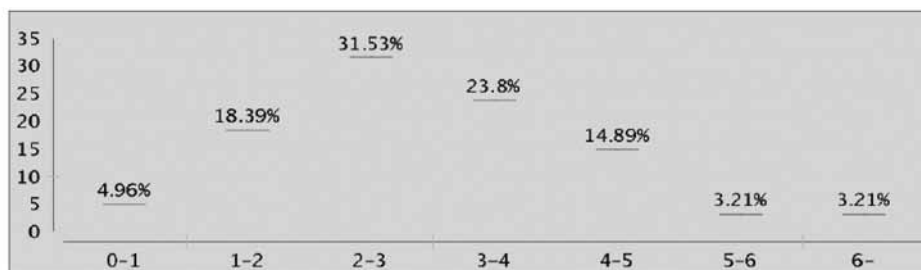
Convenios originarios anuales/supraanuales



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

La distribución de vigencias entre los convenios supraanuales implica que, al igual que en la anterior anualidad, son mayoritarios los convenios que fijan un periodo de hasta 3 años de vigencia, suponiendo el 31,53% del total de los convenios vigentes en Andalucía.

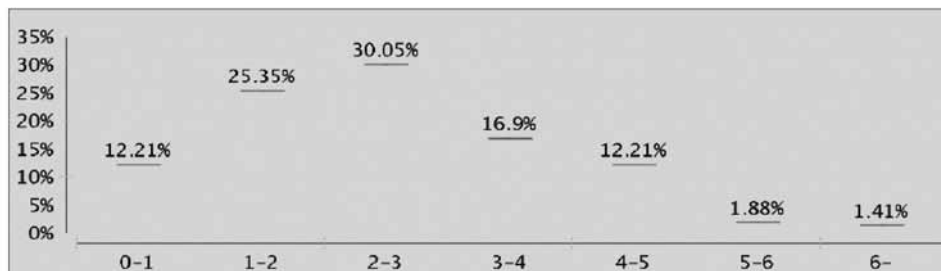
Convenios colectivos vigentes. Ámbito temporal



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Si centramos el análisis de las vigencias en los convenios originarios del año 2015 vemos como la tendencia hacia convenios de duración hasta tres años se mantiene. Ello supone un cambio respecto al año 2014 en el que los convenios originarios fueron mayoritariamente firmados con una vigencia de hasta dos años.

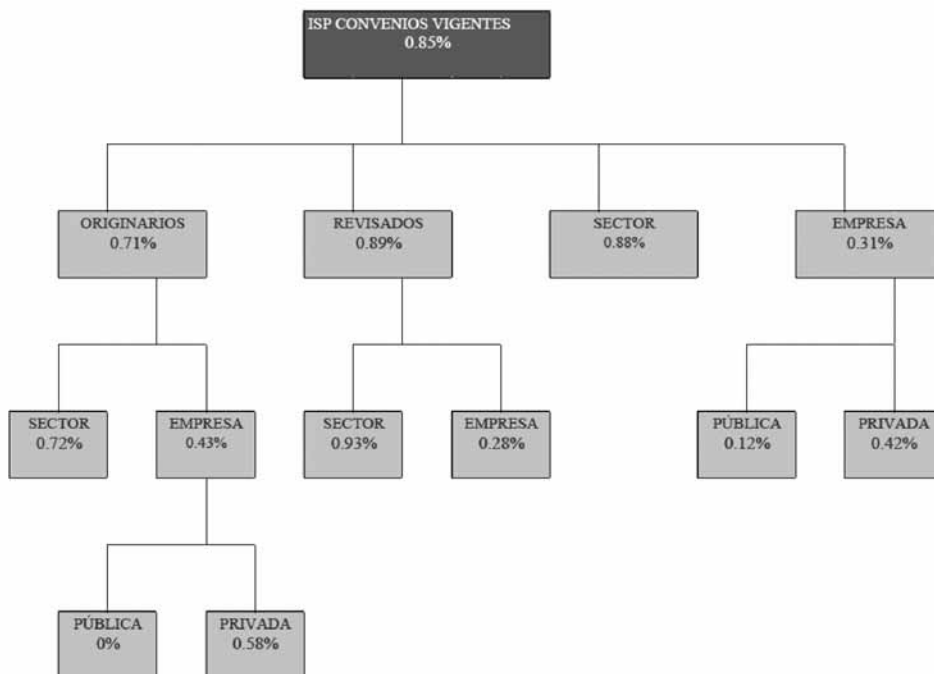
Convenios colectivos originarios. Ámbito temporal



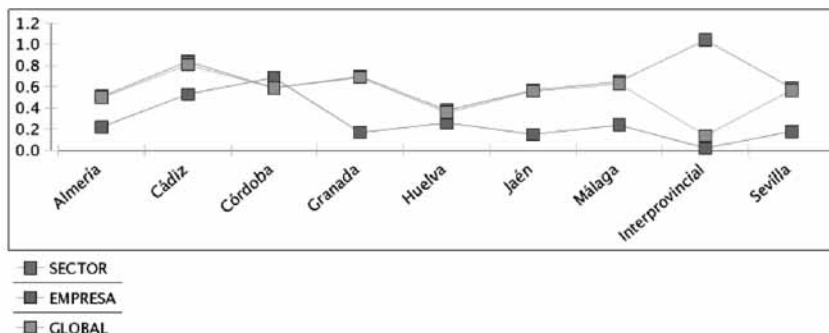
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Incremento salarial y jornada de trabajo

Por lo que respecta al incremento salarial ponderado (I.S.P.) en cómputo total, pactado durante el año 2015 se situó en 0,85%, siendo más alto en los convenios de sector (0,88%) que en los de empresa (0,31%). Por su parte los convenios colectivos suscritos en el año 2015 reflejan unos incrementos del 0,72% los convenios de sector y del 0,43% los convenios de empresa.

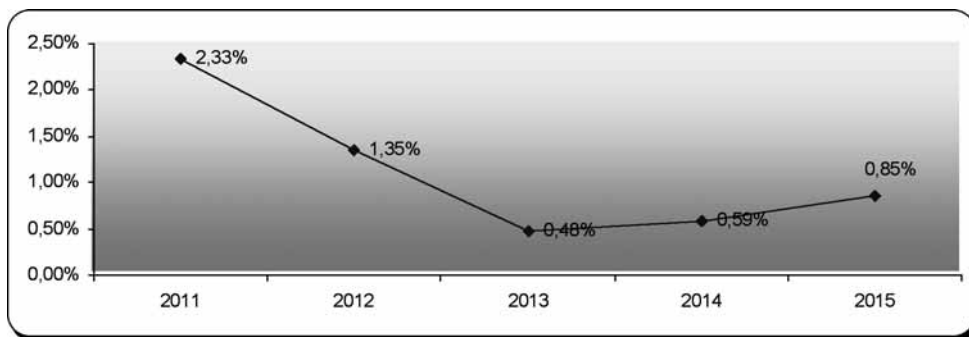


ISP en convenios vigentes (según sector-empresa) a nivel provincial



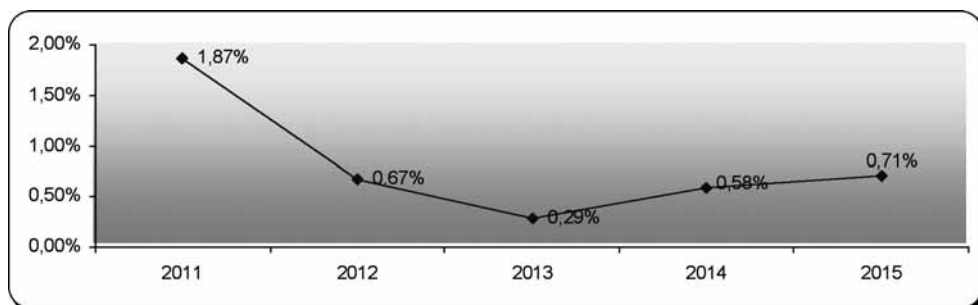
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Comparativa interanual I.S.P. convenios vigentes



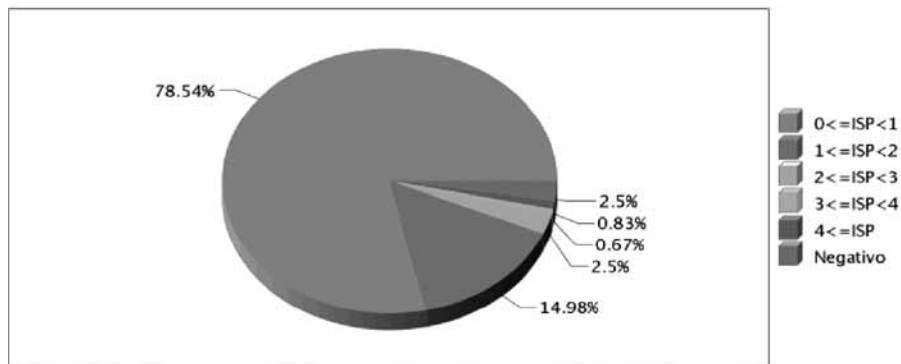
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Comparativa interanual I.S.P. convenios originarios



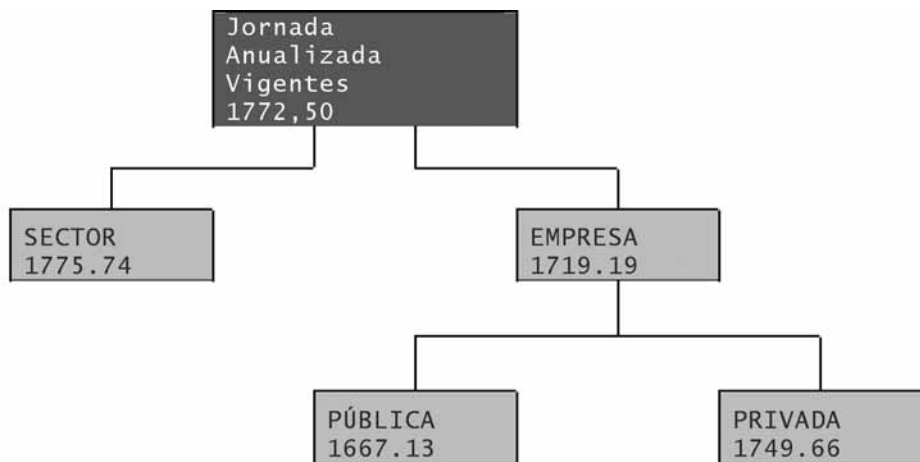
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Convenios colectivos vigentes agrupados por tramos de I.S.P.



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Por lo que respecta a la determinación de la jornada debemos indicar que, una vez anualizada y ponderada, es decir, haciendo coincidir el módulo de cómputo de la misma sobre una base uniforme, realizando para ello la correspondiente transformación en los textos que fijan dicha jornada en cómputo semanal. La media ponderada de la jornada de trabajo sobre el total de convenios queda fijada en 1772,5 horas.

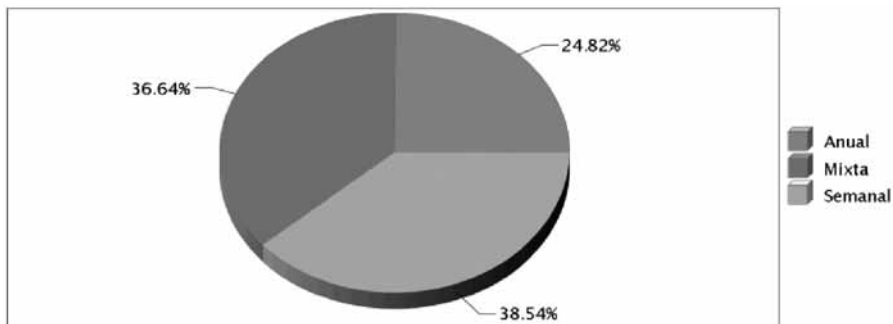


Jornada promedio convenios colectivos vigentes

Ámbito geográfico	Jornada Anualizada	Jornada Semanal	Jornada Anual
Almería	1,817.04	39.89	1,819.63
Cádiz	1,756.80	39.18	1,762.42
Córdoba	1,770.37	39.34	1,740.23
Granada	1,780.99	39.45	1,754.85
Huelva	1,776.00	39.70	1,777.87
Jaén	1,775.15	39.01	1,775.43
Málaga	1,775.86	39.75	1,774.32
Interprovincial	1,736.16	38.30	1,721.80
Sevilla	1,766.71	38.92	1,766.35
Total	1,772.50	39.31	1,769.42

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Módulo Determinación de la Jornada de Trabajo de Convenios Colectivos Vigentes



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

3. INAPLICACIONES DE CONDICIONES DE TRABAJO PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO

El fenómeno de las inaplicaciones de convenios colectivos, casi inédito en nuestra práctica negocial hasta la reforma laboral de 2012, se ha consolidado como un producto más de la negociación colectiva, si bien en el año 2015 podemos apreciar que tanto el número de inaplicaciones depositadas como el número de trabajadores afectados es menor que en las anualidades 2013 y 2014. En 2015 han sido depositados 473 expedientes de inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos en Andalucía. Ello supone un 20,8% menos que en el año 2014, en el que se depositaron 597 expedientes de inaplicación.

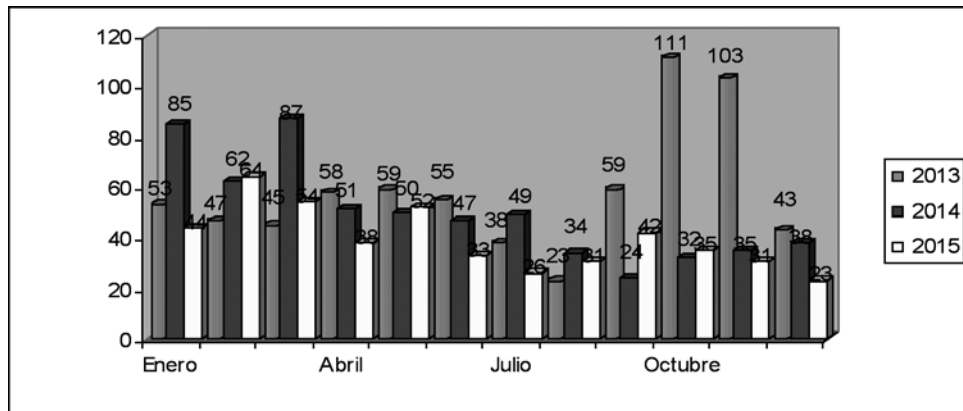
A estos 473 expedientes están afectados un total de 7.410 trabajadores, un 30.9% menos de trabajadores que los afectados por las inaplicaciones depositadas en 2014 (10.725 trabajadores).

En el conjunto del estado el número de inaplicaciones ha sido de 1.437 inaplicaciones que han afectado a 43.173 trabajadores². Ello supone que el número de inaplicaciones depositadas en nuestra comunidad representan el 33% del conjunto del estado y el 17% del número de trabajadores.

En las siguientes gráficas y tablas pueden observarse la evolución de las inaplicaciones de convenios colectivos a lo largo del año 2015 y su distribución por provincias

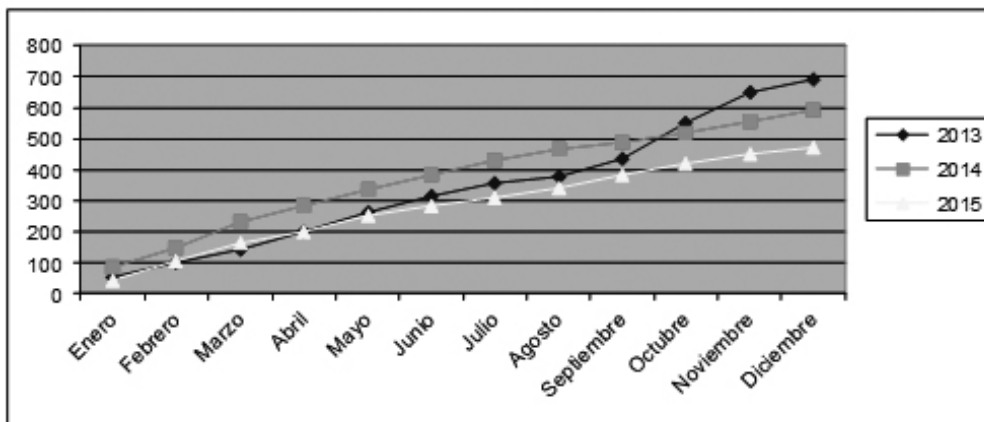
² Según datos suministrados en el Avance mensual de diciembre de 2015 de la Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo elaborada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Gráfica nº 1. Expedientes comparados por meses de los ejercicios 2013, 2014, 2015



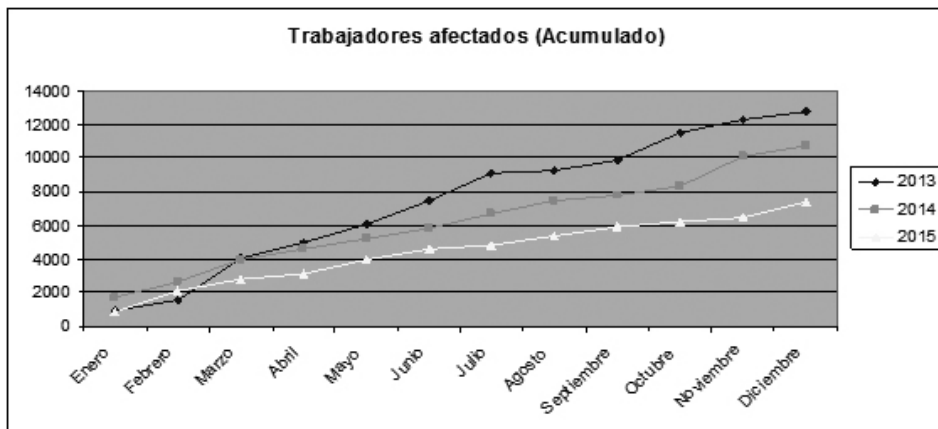
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Gráfica nº 2. Expedientes por meses (acumulados), comparando los ejercicios 2013, 2014, 2015



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Trabajadores afectados. Acumulado comparando los ejercicios 2013, 2014, 2015



Son las provincias de Granada, Córdoba y Cádiz, las que tienen un mayor número de inaplicaciones en el año 2015, al igual que ocurriera en 2014. No obstante, si se analiza el número de trabajadores afectados por las mencionadas inaplicaciones puede observarse como son las provincias de Córdoba, Granada y Sevilla, respectivamente, las que integran el mayor número de trabajadores afectados.

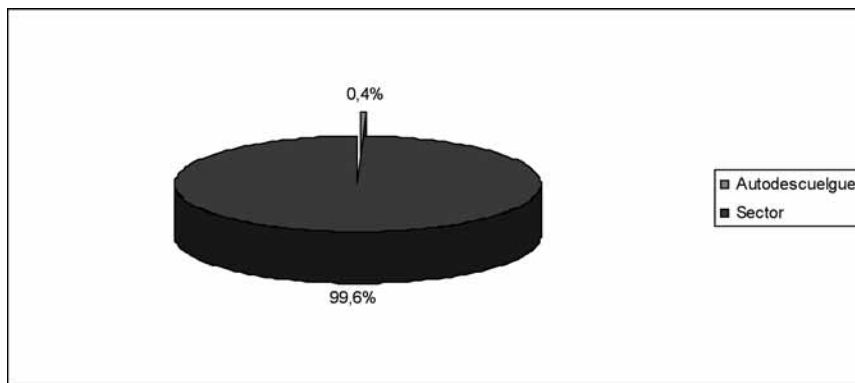
Gráfica nº 3. Número de expedientes por provincias

	Inaplicaciones	Trabajadores
Almería	4	72
Cádiz	67	940
Córdoba	116	2020
Granada	128	1307
Huelva	44	589
Jaén	28	236
Málaga	52	956
Sevilla	25	1054
C.A.Andalucía	9	236
Total	473	7.410

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Si analizamos el ámbito de los convenios colectivos inaplicados encontramos que el 99,6% son de sector, mientras que el 0,4% son de empresa (autodescuelgues).

Gráfica nº 4. Expedientes según ámbito



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

En cuanto a los sectores de actividades afectados por la inaplicación de condiciones laborales, es el sector del comercio el que mayor incidencia ha presentado, al igual que ocurriera en la anualidad anterior, con un total de 93 inaplicaciones de convenio colectivo, seguidos de los sectores de la hostelería 88, el sector de la construcción 67, seguidos del sector del metal/automoción con 51.

El sector que mayor incidencia ha tenido en cuanto a número de trabajadores afectados por la inaplicación de convenio se refiere, ha sido el sector de dependencia de mayores/asistencia sanitaria (1.668), al igual que en la anualidad anterior, seguidos por el de la hostelería (1.465), y el comercio (1060).

Gráfica nº 5. Resumen expedientes por sectores

	Expedientes	Trabaj.
Comercio	93	1060
Construcción	67	643
Dependencia/Actividades Sanitarias	20	1668
Hostelería	88	1465
Limpieza	6	77
Madera	16	272
Metal/Automoción	51	408
Oficinas y Despachos	21	90
Otros	64	1324
Transporte	47	403
Total	473	7.410

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Al igual que anteriores anualidades, durante el año 2015, el salario ha sido objeto exclusivo en 364 inaplicaciones de convenios colectivos, afectando a 4.890 trabajadores, ya sea mediante reducción de las retribuciones globales en un porcentaje, por la desaparición de complementos o paga adicional. De la totalidad de inaplicaciones solo 40 de ellas no han tenido incidencia en las retribuciones salariales, afectando a un total de 469 trabajadores.

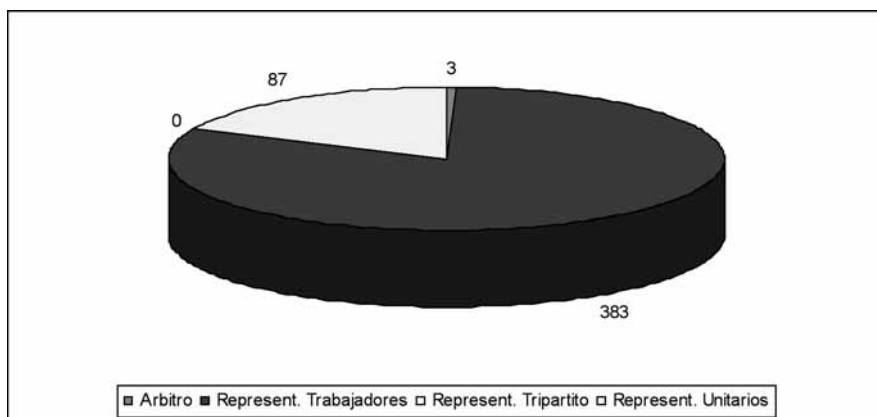
Gráfica nº 6. Expedientes según materias a inaplicar

Materias	Inaplicaciones	Trabajadores
Jornada/Horario	38	416
Jornada+Salario	43	1675
Jornada+Salario+S.Social	9	172
Mejoras S.Social	2	53
Salario+S.Social	17	204
Sistema/Cuantía Salarial	364	4890
Total	473	7410
Jornada/Horario	38	416

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Si atendemos a los firmantes de los acuerdos de inaplicación de convenios, podemos observar que a través de representación unitaria o sindical se han producido 87 inaplicaciones de convenios, mientras 383 acuerdos han sido adoptados por una comisión de representantes de los trabajadores de la empresa, atendiendo al artículo 41.4 párrafo 4 del Texto Refundido de los Estatuto de los Trabajadores (comisiones *ad hoc*).

Gráfica nº 7. Expedientes según firmantes



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

La mayoría de las inaplicaciones (98,9%) se han pactado en el período de consultas, al igual que sucediera en anteriores anualidades.

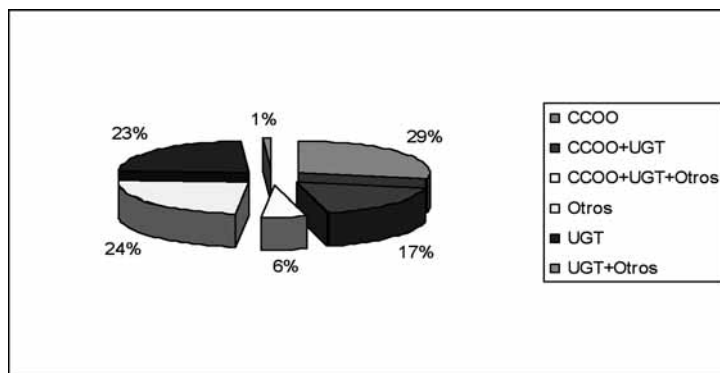
Gráfica nº 8. Expedientes según tipo de acuerdos

Tipo Acuerdo	Cuenta de Empresa	Suma de Trabajadores
Laudo CARL	3	812
Mediación SERCLA	2	37
Periodo Consultas	468	6.561
Total	473	7410

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Dentro de la Representación Unitaria es posible desagregar los Sindicatos firmantes:

Gráfica nº 9. Expedientes acordados por representación unitaria.



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Gráfica nº 10. Expedientes por Organizaciones

Sindicatos	Cuenta de Empresa	Suma de Trabajadores
CCOO	25	815
CCOO+UGT	15	1056
CCOO+UGT+Otros	5	293
Otros	21	696
UGT	20	436
UGT+Otros	1	100
Total	87	3.396

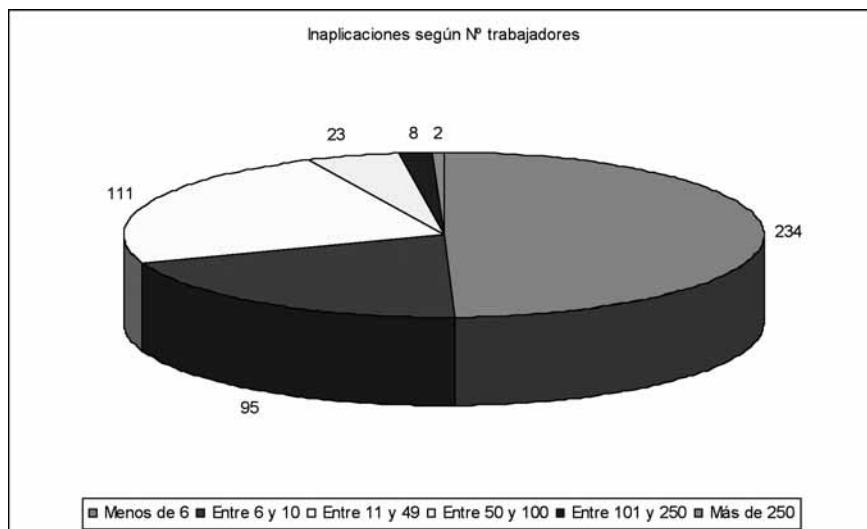
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Atendiendo a la dimensión de las empresas que han inaplicado condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, podemos observar que este fenómeno afecta principalmente a empresas de menos de 6 trabajadores (234 empresas), seguido por las empresas de entre 11 y 49 trabajadores (111) y por las empresas de entre 6 y 10 trabajadores (95). En empresas con mayor número de trabaja-

dores se observa un menor número de inaplicaciones: en las empresas de entre 50 y 100 trabajadores han habido 23 descuelgues de convenio, en las empresas de entre 101 y 250 se han producido 8, mientras que en las de más de 250 trabajadores han sido 2 las inaplicaciones de convenio colectivo.

Vemos por tanto que el 93% de las empresas que han inaplicado condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo son de menos de 50 trabajadores.

Gráfica n° 11. Empresas en función del número de trabajadores.



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Si relacionamos el tamaño de las empresas con los firmantes de los acuerdos, podemos observar que el 37% de la totalidad de inaplicaciones de Convenios en empresas de entre 11 y 49 trabajadores han sido acordadas con representación sindical o Delegado de Personal. En las empresas que tienen entre 50 y 100 trabajadores, el 70% de ellas han intervenido en las inaplicaciones de convenios colectivos a través del Comité de Empresa o representación sindical. En las empresas de entre 101 y 250 trabajadores el 88% de acuerdos de inaplicaciones de convenios se han hecho a través del Comité de Empresa.

Descuelgues s/número de trabajadores	
Menos de 6	
Árbitro	0
Represent. Trabajadores	221
Represent. Unitarios	13
Entre 6 y 10	
Árbitro	0
Represent. Trabajadores	86
Represent. Unitarios	9
Entre 11 y 49	
Árbitro	1
Represent. Trabajadores	69
Represent. Unitarios	41
Entre 50 y 100	
Árbitro	1
Represent. Trabajadores	6
Represent. Unitarios	16
Entre 101 y 250	
Árbitro	0
Represent. Trabajadores	1
Represent. Unitarios	7
Más de 250	
Árbitro	0
Represent. Trabajadores	1
Represent. Unitarios	1

3

Comentarios de jurisprudencia

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

PODER DE CONTROL EMPRESARIAL MEDIANTE CÁMARAS DE VIDEOVIGILANCIA Y DERECHO DE LOS TRABAJADORES A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), 39/2016, de 3 de marzo

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ*

SUPUESTO DE HECHO: La demandante de amparo venía prestando sus servicios para la empresa Bershka BSK España, S.A. El 21 de junio de 2012 fue despedida por transgresión de la buena fe contractual. El departamento de seguridad de Inditex, a raíz de la instalación de un nuevo sistema de control informático de caja, detectó que en la tienda y caja, donde prestaba sus servicios la demandante, existían múltiples irregularidades, de lo que podría desprenderse una apropiación dineraria por parte de alguno de los trabajadores que trabajaban en dicha caja, entre ellos la demandante. Por ello encargaron a la empresa Prosegur Compañía de Seguridad, S.A. que instalara una cámara de videovigilancia en la tienda donde prestaba sus servicios la demandante y que controlara la caja donde trabajaba. La cámara se instaló por la empresa sin comunicar a los trabajadores ni a sus representantes dicha instalación, si bien en el escaparate del establecimiento, en un lugar visible, se colocó el distintivo informativo. La empresa comunicó a la demandante su despido disciplinario en base a que se había venido apropiando de efectivo de la caja de la tienda, en diferentes fechas y de forma habitual. En concreto, se había apropiado del importe de 186,92 euros, habiendo realizado para ocultar dicha apropiación las operaciones falsas de devoluciones de venta de prendas.

RESUMEN: La demandante de amparo presentó demanda de despido en la solicitaba la declaración de nulidad del despido por atentar contra su honor, intimidad y dignidad, y subsidiariamente la declaración de improcedencia. La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de León de 11 de marzo de 2013 desestimó la demanda y declaró procedente el despido, siendo también desestimado su recurso de suplicación por la por Sentencia de la Sala de lo Social del

* Prof^a. Titular de Universidad. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 24 de julio de 2013. Recurrente en amparo ante el Tribunal Constitucional, alega la trabajadora la vulneración de los arts. 14, 15, 18.1, 18.4 y 24 CE, dando lugar a la STC 39/2016, de 3 de marzo (Pleno) que desestima dicho recurso en base a que el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas para seguridad o control laboral, por tratarse de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral, conforme con el art. 20.3 ET. Según la sentencia, además, no puede entenderse vulnerado el art. 18.4 CE cuando la trabajadora cuenta con información previa de la instalación de las cámaras de videovigilancia a través del correspondiente distintivo informativo. La sentencia ha sido objeto de dos votos particulares, contando el primero con una adhesión.

ÍNDICE

1. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE CONSTITUCIONAL. VIDEOVIGILANCIA EN EL TRABAJO Y DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL
2. LA MEDIDA EMPRESARIAL SINGULARIZADA DE VIDEOVIGILANCIA LABORAL Y EL CONSENTIMIENTO E INFORMACIÓN COMO CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS
3. EL CAMBIO DE DOCTRINA RESPECTO DEL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL
4. LA INSUFICIENCIA DEL DISTINTIVO O SELLO INFORMATIVO COMO SUSTITUTIVO DEL DEBER DE INFORMACIÓN

1. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE CONSTITUCIONAL. VIDEOVIGILANCIA EN EL TRABAJO Y DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

Centra su análisis la STC 39/2016 en la alegación de la demandante de amparo relativa a la vulneración del art. 18.4 de la Constitución española (CE), que reconoce el derecho a la protección de datos de carácter personal¹, frente al poder de vigilancia y control del empresario que, según se afirma en la sentencia comentada, deriva de la libertad de empresa, art. 38 CE, y del derecho a la propiedad privada, art. 33 CE. La controversia objeto de examen judicial gira en torno a si la medida empresarial adoptada es respetuosa o no con el derecho a la

¹ Dicho precepto impone al legislador limitar el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

protección de datos de la trabajadora despedida. Dicha medida consistió en la colocación de cámaras de videovigilancia en el puesto de trabajo (caja de recaudación del establecimiento) y tratamiento posterior de las imágenes con el objetivo de averiguar si las irregularidades contables obedecían a la apropiación dineraria por parte del alguno de los empleados que utilizaban dicha caja, entre ellos la demandante, y obtener en su caso prueba de los hechos.

Para la demandante de amparo el ámbito del contrato de trabajo cuando se produce una sanción disciplinaria al trabajador en base a imágenes captadas por las cámaras de videovigilancia instaladas en el puesto de trabajo, debe respetarse la protección de datos de carácter personal y su derecho a la información. El tratamiento de los datos sin haber informado al trabajador sobre la utilidad de supervisión laboral asociada a las capturas de su imagen, para su validez exige la necesidad de información previa, expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores sobre la captación de imágenes, su finalidad de control de la actividad laboral y su posible utilización para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo. De no hacerse así, a su juicio, se vulnera el art. 18.4 CE.

Por su parte, alega la empresa que en el presente supuesto se graba exclusivamente la caja de la tienda, para constatar que las irregularidades de la caja detectadas a través de un nuevo sistema informático se llevan a cabo mediante la apropiación dineraria por parte de algún empleado de los que utilizan dicha caja y, en su caso, para averiguar qué empleado concreto es el responsable de dicha acción. Una vez corroborado este hecho, se procede al despido disciplinario de la actora por la comisión de una apropiación de efectivo. Argumenta la empresa que adopta la medida para proteger su patrimonio, no para monitorizar el trabajo de la actora, y añade que se trataba de una medida justificada, idónea, necesaria y equilibrada.

Se puede afirmar por tanto que en el presente caso no estamos ante un supuesto de una medida general y ordinaria adoptada por la empresa en uso de su poder de vigilancia y control en la ejecución del trabajo de todos los trabajadores, sino de una medida *ad hoc*, extraordinaria, para un puesto de trabajo concreto -el de la caja del establecimiento donde los clientes abonaban las compras realizadas-, para confirmar la sospecha empresarial de un supuesto incumplimiento laboral grave por parte de alguno de los trabajadores que sucesiva o simultáneamente ocupaban ese puesto de trabajo. Se trata de lo que la doctrina denomina “un control de irregularidad, no de regularidad laboral” estando orientado el mecanismo de control a la constatación de dicha irregularidad basada en

sospechas o indicios fundados y que supone una actuación de control más invasiva por dirigirse a la supervisión de un comportamiento individual de incumplimiento².

Si bien es cierto que dicho tipo de control empresarial singularizado para la confirmación de un incumplimiento laboral concreto por parte de un trabajador, forma parte también del poder general de vigilancia y control que el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) reconoce a las empresas, sin embargo el concreto ejercicio del mismo se habrá de tener en cuenta a la hora de valorar la constitucionalidad de la medida empresarial y sus límites en relación con los derechos fundamentales afectados. En el caso analizado por la sentencia comentada, no consta la existencia de una política de control empresarial basada en el uso de videocámaras para la vigilancia del control de ejecución de la prestación de trabajo por los trabajadores.

De nuevo el debate constitucional se produce en torno al poder de vigilancia y control de las empresas y el ejercicio de derechos fundamentales en la relación de trabajo. Pero, precisamente, a este fin se han dedicado no pocas sentencias constitucionales que avanzando en la interpretación de los derechos fundamentales habían superado ya la teoría de la adaptabilidad de los derechos fundamentales al marco de los derechos y obligaciones propio del contrato de trabajo, según la cual "... el ejercicio de los derechos fundamentales por el trabajador solamente resulta posible en la medida en que no afecte a dicho marco, al fin y al cabo fruto de una decisión libremente asumida por el mismo; no en caso contrario"³.

La posición de la doctrina del Tribunal Constitucional, ha ido por tanto evolucionando hasta reconocer la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, ya que ésta no puede implicar en modo alguno la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo.

² En este sentido, González Ortega, S., "La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo", en AAVV, *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Coordinadores M. R. Alarcón Caracuel y E. Legarreta, Bomarzo, 2004, p. 44.

³ Sanguinetti Raymond, W., "Derechos fundamentales del trabajador y poderes empresariales", *Relaciones laborales* 21/2012.

Supuestos similares al ahora analizado por la STC 39/2016 han sido ya objeto de pronunciamientos por el Alto Tribunal. Es el caso analizado en la STC 98/2000 sobre la instalación de micrófonos en las dependencias que constituirían el lugar de trabajo con conocimiento de los trabajadores y del comité de empresa, con el fin de averiguar el origen de las irregularidades que se venían produciendo. También la STC 186/2000 trata el supuesto en el que la empresa instala de forma secreta un circuito cerrado de televisión a través del cual puede obtener imágenes para constatar las irregularidades que se venían produciendo en las cajas registradoras. En ambas sentencias el derecho fundamental alegado en los recursos de amparo fue el del art. 18.1 CE, es decir, el derecho a la intimidad, y en ambos casos no se considera lesionado este derecho por no alcanzar la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores la vigilancia mediante cámaras o circuitos cerrados de televisión en la ejecución de la prestación laboral en el puesto de trabajo⁴.

Diferente a los anteriores, pero muy similar en cuanto al supuesto de hecho, es el caso analizado por la STC 29/2013⁵. Se trata también de un caso de despido disciplinario por incumplimiento grave por el trabajador de su horario de trabajo que se constata mediante el procesamiento de datos a través de sistemas de videovigilancia del edificio de la entidad pública empleadora, instalados con fines de seguridad en general y no para vigilancia específica de la ejecución del trabajo. Pero la principal diferencia respecto de las anteriores sentencias citadas va a ser que el derecho fundamental respecto del que se solicita el amparo es el de la protección de datos de carácter personal derivado del art. 18.4 CE, y no el derecho a la intimidad protegido por el art. 18.1 CE. Para resolver el asunto sometido a examen, se basa en Alto Tribunal en su STC 292/2000 relativa a un recurso de inconstitucionalidad respecto de los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter

⁴ Así, para la STC 98/2000 “La actividad laboral en general, ya se considere en el sentido estricto del desempeño del cometido profesional, como concurriendo en el mismo las relaciones con los clientes, lo que supone abarcar las conversaciones de personal y clientes en el ámbito de dicho cometido profesional y en el lugar de trabajo, no están amparadas por el derecho de intimidad, y no hay razón alguna para que la empresa no pueda conocerlas, ya que en principio el referido derecho se ejercita en el ámbito de la esfera privada del trabajador, que en la empresa hay que entenderlo limitado a sus lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, servicios y otros análogos, pero no en aquellos lugares en que se desarrolla la actividad laboral”.

⁵ Sobre esta sentencia vid. el comentario de K. M. Santiago Redondo, “Intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos de carácter personal. El art. 18 CE”, Relaciones Laborales 1/2014.

Personal interpuesto por el Defensor del Pueblo, en la que se analiza entre otros aspectos la diferencia entre el derecho a la intimidad previsto en el art. 18.1 CE y el derecho a la protección de datos de carácter personal derivado del art. 18.4 CE⁶, y la necesidad de cumplimiento del derecho a la información previa, pues es complemento indispensable del derecho fundamental del art. 18.4 CE “la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo”. Para la STC 29/2013, por tanto, y en base a la anterior citada, es elemento caracterizador de la definición constitucional del art. 18.4 CE, de su núcleo esencial, el derecho del afectado a ser informado sobre quién posee los datos personales y con qué fin. En consecuencia, concluye la sentencia que “siendo la (entidad empleadora la) responsable del tratamiento de los datos sin haber informado al trabajador sobre esa utilidad de supervisión laboral asociada a las capturas de su imagen. Vulneró, de esa manera, el art. 18.4” (FD 8).

A diferente conclusión llegará el Pleno en la sentencia comentada aquí (STC 39/2016), respecto al derecho de información previa al afectado sobre el uso de videovigilancia y el tratamiento de datos de carácter personal (grabación de imágenes): no resulta necesaria una información previa y específica a la trabajadora respecto de la instalación de cámaras de videovigilancia en el puesto de trabajo, considerándose suficiente a estos efectos el distintivo informativo en el escaparate de la tienda donde prestaba sus servicios la recurrente en amparo. Y ello pese a que previamente se afirma en la referida sentencia que “*aunque no se requiere el consentimiento expreso de los trabajadores para adoptar esta medida de vigilancia que implica el tratamiento de datos, persiste el deber de información del art. 5 LOPD*”, y pese a que se reconoce que tal deber no se ha cumplido por la empresa.

⁶ Según la cual “La función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (por todas STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8). En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. (...) El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos.” (FD 6).

La comentada sentencia ha sido objeto de dos votos particulares, contando el primero de ellos con una adhesión⁷.

2. LA MEDIDA EMPRESARIAL SINGULARIZADA DE VIDEOVIGILANCIA LABORAL Y EL CONSENTIMIENTO E INFORMACIÓN COMO CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS

Dedica la sentencia objeto de comentario sus fundamentos jurídicos tercero y cuarto al análisis de los elementos que forman parte del derecho a la protección de datos regulado en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante LOPD) . Elementos que además se imponen como deberes a quienes recaben datos personales de personas físicas, sea o no con fines de almacenamiento o tratamiento de los mismos. Partiendo del recordatorio de que la imagen se considera un dato de carácter personal, tal como establece la Ley antes citada (art. 3), se refiere la sentencia al contenido esencial del derecho a la protección de datos de carácter personal tal como ha sido definido en su STC 292/2000, que cita, y que se concreta en un poder de disposición y control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, y que también le permite saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Esos poderes de disposición y control se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida de datos (consentimiento), la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo (información), y en el poder oponerse a esa posesión y usos (oposición).

Se detiene la sentencia comentada en el consentimiento del afectado en cuanto elemento integrante del derecho a la protección de datos, pese a que no se ha alegado por la recurrente su lesión. En efecto, se afirma que el consentimiento del afectado es el elemento definidor del sistema de protección de datos personales y que el legislador puede establecer reglas precisas que limiten ese derecho al consentimiento, con cita de la STC 292/2000. De este modo, se acude a la concreta limitación que ha establecido la LOPD al respecto, enumerando

⁷ El primer voto particular es el formulado por el Magistrado D. Fernando Valdés Dal Ré, al que se adhiere la Magistrada D^a. Adela Asua Batarrita, y el segundo voto particular lo formula el Magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos.

una serie de supuestos en los que no será necesario el consentimiento del afectado para recabar, tratar y ceder sus datos personales (art. 6.1). Uno de estos supuestos exentos de la necesidad de recabar el consentimiento del afectado es aquel en el que los datos se refieran a las partes un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento. A partir de esta excepción legal, se afirma en la sentencia comentada que “En el ámbito laboral el consentimiento del trabajador pasa, por tanto, como regla general a un segundo plano pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes (...) Por ello un tratamiento de datos dirigido al control de la relación laboral debe entenderse amparado por la excepción citada, pues está dirigido al cumplimiento de la misma” (FD 3).

A lo anterior se añade que, aunque no sea necesario el consentimiento en estos casos, el deber de información sigue existiendo (art. 5 LOPD), ya que forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos y resulta un complemento indispensable de la necesidad del consentimiento del afectado, afirmación que permite al Pleno enseguida hacer la advertencia de que al estar íntimamente vinculado el deber de información con el principio general del consentimiento, ello “será una elemento a tener en cuenta” en los supuesto en los que éste no sea necesario. Este hilo argumental permite ya avanzar el posicionamiento del Alto Tribunal ante el deber de información al afectado, en el sentido de entender debilitada su exigencia legal en aquellos casos en los que la propia ley dispensa del consentimiento, dado que es un complemento de éste.

Como refuerzo de la no necesidad de consentimiento respecto de datos que tengan que ver con las partes de un contrato laboral que sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento (lo que abarca, según la sentencia comentada, las obligaciones derivadas del contrato), se trae a colación en la sentencia comentada el principio de calidad de datos previsto en el art. 4 de la LOPD, que exige una relación directa entre la finalidad que justifica el fichero y los datos personales que se recaban y que afectan a los derechos de las personas, para afirmar a continuación que una vulneración de este principio supondría la vulneración del consentimiento e información. Más adelante, aplicando al caso los anteriores argumentos jurídicos sobre la excepción al consentimiento prevista en el art. 6.1 LOPD y la exigencia de la calidad de datos prevista en el art. 4.1, permitirá concluir en la sentencia (FD 4) que “el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la fina-

lidad de seguridad o control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral y es conforme con el art. 20.3 TRLET (...). En definitiva, la exigencia de finalidad legítima en el tratamiento de datos prevista en el art. 4.1 LOPD viene dada, en el ámbito de la videovigilancia laboral, por las facultades de control empresarial que reconoce el art. 20.3 TRLET, siempre que esas facultades se ejerzan dentro de su ámbito legal y no lesionen los derechos fundamentales del trabajador”.

Llegados a este punto del razonamiento jurídico de la sentencia se puede observar cómo el centro de atención se ha fijado en la sentencia en la no necesidad de recabar el consentimiento de la trabajadora para realizar la captación de imágenes mediante cámaras de seguridad que enfocan al puesto de trabajo (por tratarse de datos relativos a las partes de un contrato de trabajo), en que dicha obtención y tratamiento de datos se han hecho con una finalidad legítima amparada en el poder de control del empresario, y en que dichos datos han sido usados con el fin para el que han sido captados. Este punto de partida (y de llegada) nos permite destacar algunos puntos débiles del razonamiento:

1) El hecho de que los datos obtenidos guarden una relación directa con la finalidad que justifica su captación (según se afirma en la sentencia), cumpliendo así con el principio de calidad de datos y la no vulneración del consentimiento, no conlleva *per se* que se entienda cumplido o satisfecho el derecho a la información del afectado. Es más, como se afirma en la STC 29/2013 “aunque la existencia de una relación laboral justifica la obtención, cesión y tratamiento de datos personales sin necesidad de consentimiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.2 LOPD, incluidos los datos relativos al cumplimiento de la jornada laboral, era obligado informar previamente a los trabajadores, lo que no se hizo, incumplándose con ello el deber regulado en el art. 5 LOPD, al procederse a la recogida de los datos sin proporcionar la información que ese precepto requiere”.

2) El principio de calidad previsto en el art. 4.1. LOPD no sólo exige lo anterior, sino también exige que “los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”.

⁸ S. Rodríguez Escanciano, “Posibilidades y límites en el uso de cámaras de videovigilancia dentro de la empresa. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 2016”, Diario La Ley N° 8747, abril 2016, refiriéndose a la STC 39/2016, afirma que “tratando de

Respecto de estos otros condicionantes, no se pronuncia la sentencia, que sólo menciona su literalidad⁸. Quizás hubiese sido oportuno valorar si en el ámbito de la ejecución del contrato de trabajo y para la finalidad de obtención de prueba de un incumplimiento laboral grave, la captación oculta de imágenes resulta adecuada, pertinente y no excesiva. Máxime si se tiene en cuenta que la finalidad no sólo tiene que ser legítima, sino también explícita, es decir, informada, no habiéndolo sido en este caso.

3) El poder de control reconocido en el art. 20 ET, que legitima al empresario la adopción de las medidas de vigilancia y control laboral que estime oportunas, está condicionado a un ejercicio regular (o no irregular o ilícito) y con pleno respeto de la dignidad de la persona, lo que equivale al pleno respeto de sus derechos fundamentales, que actúan como límite de aquel poder⁹. Sin embargo, en el presente caso se omite cualquier referencia a que el poder empresarial de vigilancia y control se haya ejercido sin respeto de la legalidad vigente, pues la empresa ha incumplido su deber de informar previamente al afectado sobre la obtención de imágenes mediante videocámaras de grabación, impuesto por el art. 5 LOPD. Igual que se omite todo pronunciamiento acerca de la alegación de la recurrente en amparo sobre los incumplimientos por parte de la empresa de las exigencias legales de comunicación a la Agencia de Protección de Datos sobre la creación del fichero, de la autorización por la Comisaría de Policía, y de la comunicación al comité de empresa¹⁰. En este sentido, se afirma en el voto particular que formula el Magistrado Valdés Dal Ré¹¹, que en el

evitar que el derecho a la protección de datos pueda convertirse en un «formalismo enervante», es decir, en una vía para eludir controles lícitos capaz de lograr la inmunidad de conductas irregulares efectivamente cometidas, el Tribunal Constitucional hace ahora una peculiar y laxa aplicación del art. 4 LOPD“.

⁹ Para C. Molina Navarrete, “ Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Relaciones Laborales 17/1999, “las nuevas tecnologías informáticas y los nuevos modelos de organización de la empresa, basados en principios eminentemente productivistas y mercantilizadores principio de «cosificación» o «reificación» del trabajo como bien escaso y competitivo, amplían extraordinariamente las diferentes prerrogativas empresariales de dirección y reintroducen el principio de «autoridad» en el desarrollo de las relaciones de trabajo, por lo que la tutela o protección de los derechos de la persona del trabajador, en particular los derechos de libertad, privacidad y dignidad adquieren una renovada actualidad”.

¹⁰ El art. 64.5.f) ET incluye entre las competencias de los representantes de los trabajadores la de emitir, con carácter previo a la ejecución de la decisión, un informe acerca de las medidas relativas a la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo.

¹¹ Al que se adhiere la Magistrada D^a. A. Asua Batarrita.

presente caso estamos ante un ejercicio antijurídico del poder empresarial, de ahí que critique severamente que en tal caso se acuda al juicio de ponderación de derechos, ya que entiende el Magistrado discrepante que no estamos ante una colisión de derechos, y de haberla, no podría acudir al juicio de ponderación y proporcionalidad cuando los poderes empresariales se ejercitan con manifiesta irregularidad o exceso, esto es, fuera del marco de la ley.

3. EL CAMBIO DE DOCTRINA RESPECTO DEL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN SUPUESTOS DE VIDEOVIGILANCIA LABORAL

Resulta llamativo que en la sentencia que se comenta se afirme que “Se pretende, así, aclarar el alcance de la información a facilitar a los trabajadores sobre la finalidad del uso de la videovigilancia en la empresa: si es suficiente la información general o, por el contrario, debe existir una información específica (tal como se había pronunciado la STC 29/2013, de 11 de febrero)”, sin embargo a lo largo de toda su fundamentación jurídica no se vuelve a referir a esa doctrina que se dice se pretende aclarar, ni si existe identidad o no entre ambos casos.

Más que aclaración entendemos que se produce un cambio de doctrina en cuanto al test de constitucionalidad que se aplica a la medida empresarial objeto de discusión. Es cierto que en los supuestos de existencia de derechos constitucionales de los que son titulares dos sujetos de una relación contractual –laboral– cuya aplicación práctica deviene en contradictoria o conflictiva, la solución técnica viene mediante la ponderación de bienes¹². Sin embargo, en el caso analizado, tal como se afirma en el voto particular formulado por el Magistrado Valdés Dal Ré, “ni los poderes o facultades empresariales son, sin excepción y de manera universal, expresiones directas e indefectibles de los arts. 33 y 38 CE que quepa confrontar de manera mecánica y sin mayor fundamentación con los derechos fundamentales de los trabajadores; ni, en fin, las facultades del empresario y, menos aún si se ejercen de modo irregular o desviado (...) pueden restringir aquellos derechos en el ámbito de las organizaciones productivas, incluidos, claro está, los formulados en el art. 18 CE”.

¹² Como ocurre en el supuesto tratado en la STC 170/2013, sobre la que realicé un comentario bajo el título “Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral. límites y contra límites”, Temas Laborales 122/2013.

Si, como afirma la doctrina, la libertad de empresa se entiende como una forma de ejercer actividades económicas organizadas que garantiza un reducto mínimo de autonomía directiva al empresario¹³, en casos como el presente resulta necesario delimitar el contenido esencial de este derecho constitucional (al igual que el del derecho a la propiedad privada) que permita justificar que, en este caso, el juicio de constitucionalidad se sitúe en el plano de colisión de derechos constitucionales entre la libertad de empresa y el derecho del trabajador a la protección de datos de carácter personal reconocido en el art. 18.4 CE, como se hace en la sentencia comentada. De lo contrario, se puede caer en el exceso de considerar que toda medida empresarial que se adopte dentro del poder de vigilancia y control forma parte de dicho contenido esencial de la libertad de empresa, lo que no ocurre con ningún derecho constitucional, además de provocar que su resolución sólo pudiese llevarse a cabo mediante la ponderación de bienes y el principio de proporcionalidad.

Pero además, incluso aceptando en el presente caso, sin más, la presencia de dos derechos constitucionales en juego, debe existir como mínimo el respeto al contenido esencial de los mismos¹⁴, en tanto que la medida empresarial adoptada incumple el deber de información previa al trabajador, lo que supone la vulneración del contenido esencial del derecho a la protección de datos de carácter personal. Quizás por ello dicho incumplimiento se pretende relativizar en la sentencia de diversas formas, como la apuntada *supra* de resaltar la no necesidad de consentimiento del afectado en el contrato de trabajo para obtener datos personales con lo que la información previa al mismo pudiera carecer de sentido; o mediante el realce del cumplimiento del principio de la calidad de datos; o, en fin, considerando como suficiente a los efectos del derecho de información la colocación en el escaparate de la tienda por parte de la empresa del distintivo oficial que avisa de que el local está videovigilado.

Se podría argumentar en contra de lo expuesto que, de respetarse el contenido esencial del derecho a la protección de datos habría una imposibilidad del

¹³ J. L. Monereo Pérez, “Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (y II). Teoría jurídica y modelos de regulación de la empresa”, *Relaciones Laborales* núm 7, 2011.

¹⁴ De Domingo, T., “La Drittwirkung de los derechos fundamentales: una alternativa al conflictivismo, cit., p 125, en AAVV, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, A.L. Martínez-Pujalte y T. de Domingo, Comares, 2011, con cita de Bilbao Ubillos.

ejercicio del poder de vigilancia empresarial, pues informado previamente el trabajador de la instalación de cámaras se frustraría la finalidad u objetivo de la empresa de constatación y prueba del culpable¹⁵. Y que, por tanto, al existir una incompatibilidad de derechos, un conflicto en el que el ejercicio de uno excluye el ejercicio del otro derecho, habría que acudir necesariamente al juicio de ponderación de derechos constitucionales mediante el principio de proporcionalidad.

Al respecto se pueden hacer las siguientes consideraciones: 1) El uso de videocámaras en la relación laboral es un medio fácil y expeditivo para la dirección y control del trabajo por la empresa¹⁶, pero su no uso no impide el ejercicio de estos poderes, de manera que los mismos no se ven excluidos por ello, pues se pueden ejecutar por otros medios. En la elección de medios de control y vigilancia necesariamente deben primar las personas y los derechos fundamentales de las mismas, teniendo en cuenta que la dignidad de la persona actúa como límite de los poderes empresariales¹⁷. 2) Si se pretende hacer uso de un medio de control laboral fuera del marco legal que regula aquel medio, ello significa que ese medio de control no es adecuado, no es idóneo para alcanzar un objetivo lícito, porque éste pasaría a no serlo. El objetivo empresarial no sólo debe ser legítimo¹⁸, sino que además debe ser lícito. 3) Una falta de eficacia en la organización del trabajo y de las medidas de control no se puede pretender resolver restringiendo derechos fundamentales del trabajador, ya que éstos deberán ser respetados por el empresario “aun cuando reporte cargas para él de algún tipo”¹⁹.

¹⁵ Argumento que no aparece de forma explícita en la comentada sentencia, aunque se percibe latente en los razonamientos utilizados en la misma.

¹⁶ Para J. Mercader Uguina, “Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?”, *Relaciones Laborales* 10/2001, “La idea de la fábrica panóptica, en la que la vigilancia es la segunda sombra que acompaña al trabajador, ha sido una constante en los teóricos de la organización de la empresa”.

¹⁷ Para M. S. Herraiz Martín, “La adaptación de condiciones de trabajo y sus límites”, *Relaciones Laborales* 4/2014, “el primer y más importante límite al ejercicio del poder de dirección empresarial consiste en no poder impedir al trabajador ejercer de los derechos fundamentales. En efecto, el poder de dirección, en su manifestación ordenadora de la prestación de trabajo se muestra como mecanismo propicio para desconocer o lesionar derechos fundamentales”.

¹⁸ “...siempre que las decisiones empresariales se encuentren dotadas de una racionalidad en atención al equilibrio que se debe garantizar en todo contrato de trabajo serán legítimas”, *ibidem*.

¹⁹ M. D. Román de la Torre, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones Grapheus, Valladolid, 1992, p. 339.

En base a lo expuesto, y coincidiendo con los argumentos dados por el primer voto particular discrepante, consideramos que en este caso no procedía llevar a cabo la ponderación de bienes mediante la aplicación del *principio de proporcionalidad*, de acuerdo con el cual el sacrificio de un derecho fundamental –sea éste de titularidad del trabajador o del empresario– sólo resulta admisible desde el punto de vista constitucional en la medida que pueda ser considerado imprescindible para la satisfacción de otro derecho fundamental que resulte prevalente de acuerdo al sistema de valores consagrado por la Constitución y las circunstancias del caso concreto”²⁰.

Como hemos argumentado antes, no estamos en un caso en el que necesariamente exista colisión de derechos, ni en el que necesariamente uno de los derechos deba ser sacrificado como única forma de que pueda ser ejercido el otro derecho. La medida adoptada por la empresa, por tanto, debería haberse considerado lesiva del derecho a la protección de datos por un uso ilícito e irregular del poder de control y vigilancia del empresario, proscrito no sólo por el propio art. 20 ET, sino también por el art. 4.7. LOPD. Se puede afirmar, en base a este último precepto citado, que la utilización de vías ilícitas viciará de raíz la información obtenida, quedando prohibido su tratamiento²¹ y, por supuesto, lo desprovee de validez como medio de prueba ante los juzgados y tribunales porque “también en el proceso de trabajo y muy en particular en el proceso de despido, el posible conflicto entre la protección del derecho del individuo y la protección de los intereses de la empresa no puede llevar a aceptar la utilización de métodos probatorios que lesionen derechos fundamentales del trabajador, en particular su intimidad, aún más cuando el propio Tribunal Constitucional (Sentencia 114/84, de 28 de noviembre) ha reconocido como exigencia prioritaria en el proceso penal atender a la plena efectividad de los derechos fundamentales «relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria», doctrina que aún con más intensidad ha de aplicarse al proceso de despido”²².

²⁰ Sanguineti Raymond, W., “Derechos fundamentales del trabajador y poderes empresariales”, Relaciones laborales 21/2012.

²¹ Tal como afirman, entre otros, N. Sánchez Mouriz “Los datos Personales en el inicio de la actividad empresarial”, en AA.VV., *La protección de datos en la gestión de la empresa*, A. Marzo Portera y F. M. Ramos Suárez (Directores), Monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, número 2, Navarra, 2004, p. 57, con cita de J. J. Fernández Domínguez, y S. Rodríguez Escanciano, *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Agencia Española de Protección de Datos, Madrid, 1997, p. 212.

²² M. Rodríguez-Piñero Bravo Ferrer, *Derecho a la prueba y proceso de despido*, Editorial de Relaciones Laborales 1990.

4. LA INSUFICIENCIA DEL DISTINTIVO O SELLO INFORMATIVO COMO SUSTITUTIVO DEL DEBER DE INFORMACIÓN

Como ya se ha dicho antes, reconoce en la sentencia comentada que la empresa no ha cumplido con el deber de información al afectado que exige el art. 5 LOPD, y que uno de los argumentos, entre otros, que la propia sentencia utiliza para relativizar ese desconocimiento o incumplimiento de un deber que forma parte del contenido esencial de derecho de protección de datos²³, es el de considerar que, dado que la empresa colocó en un lugar visible del escaparate del establecimiento el distintivo informativo exigido por la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras²⁴, “[la trabajadora] podía conocer la existencia de las cámaras y la finalidad para la que habían sido instaladas. Se ha cumplido en este caso con la obligación de información previa pues basta a estos efectos con el cumplimiento de los requisitos específicos de información a través del distintivo, de acuerdo con la Instrucción 1/2006”.

El anterior argumento, que se convierte en la *ratio decidendi* de la sentencia²⁵, no puede mantenerse por diversas razones. La primera y más

²³ En la opinión del Magistrado que formula el segundo voto discrepante, J. A. Xiol Ríos, “la omisión de toda información a los trabajadores sobre la existencia de cámaras específicamente orientadas a sus posiciones plantea un supuesto enteramente diferente: supone una lesión del derecho fundamental que afecta a su contenido esencial, cualquiera que sea el método esencialista o de ponderación que se utilice para determinar su contenido y la concepción, conflictivista o armonizadora, que se abrigue sobre la relación de trabajo”.

²⁴ Con cita del art. 3 de la citada Instrucción, que exige a los responsables que cuenten con sistemas de videovigilancia cumplir con el deber de información previsto en el art. 5 Ley Orgánica 15/1999, y a tal fin deberán “colocar, en las zonas videovigiladas, al menos un distintivo informativo ubicado en lugar suficientemente visible, tanto en espacios abiertos como cerrados” y “tener a disposición de los/las interesados impresos en los que se detalle la información prevista en el art. 5.1 de la Ley Orgánica 15/1999”. El contenido y el diseño del distintivo informativo se ajustará a lo previsto en el Anexo de esta Instrucción, según el cual, el distintivo deberá incluir una referencia a la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos, una mención a la finalidad para la se tratan los datos (“Zona videovigilada”) y una mención expresa a la identificación del responsable ante quien puedan ejercitarse los derechos a los que se refieren los arts. 15 y siguientes de la Ley Orgánica 15/1999.

²⁵ En el parecer del Magistrado que formula el primer voto particular, opinión que compartimos.

elemental porque una mera Instrucción de un organismo público no es fuente formal ni material del Derecho como para que se pueda interpretar que la colocación de un distintivo informativo previsto en la Instrucción sustituye sin más, y en todo caso, el deber de información previsto en una ley orgánica como es la Ley Orgánica 15/1999, LOPD. Un límite tal del contenido esencial de un derecho fundamental no puede sustentarse en una Instrucción, sino sólo en la ley, tal como exige el art. 53.1 CE.

Una interpretación lógica y contextual de tal Instrucción hace pensar que dicho distintivo puede tener su funcionalidad como medio de información para el público en general que accede al establecimiento, y ello por una razón muy sencilla: no sería factible que el titular de un local abierto al público tuviese que informar de forma individualizada a todas y cada una de las personas ajenas que acceden dicho local como posibles clientes. Pero otra cosa muy distinta es entender que este medio de información generalizada al público sea suficiente en todo caso como materialización del deber de información, incluso para quienes prestan sus servicios en dicho establecimiento dentro del ámbito de organización y dirección del empresario titular del fichero. En este caso, cobra plena virtualidad la exigencia y requisitos previstos en el art. 5 LOPD. Este precepto exige además, no sólo que se debe informa de la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, sino también de *la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información*“.

Pero de otro lado, debe tenerse en cuenta que el art. 4.7 LOPD prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos. Entiende la doctrina que “Son medios engañosos o fraudulentos aquellos que inducen a engaño o causan confusión en el titular de los datos o en un tercero con el único objeto de obtener determinados datos del mismo. Recabar datos ocultando los fines a los que se va a destinar (...) constituye[n] un claro ejemplo de utilización de medios engañosos o fraudulentos²⁶. Resulta difícil imaginar que un sello colocado en el escaparate del establecimiento puede estar dirigido a informar sobre la vigilancia en el ejecución del contrato de trabajo, y mucho menos, en una vigilancia singularizada. Aunque el poder de vigilancia y control se desarrolle y encuentre su fundamento en el contrato de trabajo, sin embargo “la estructura del pacto contractual no puede como tal institucionalizar una supremacía jurídica para el empresario en base a las prerrogativas que aquél ostenta

²⁶ N. Sánchez Mouriz “Los datos Personales en el inicio de la actividad empresarial”, cit., pp. 57 y 58.

²⁷ M. D. Román de la Torre, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones Grapheus, Valladolid, 1992, p. 76.

como titular del elemento organizativo, externo al contrato”²⁷.

En última instancia, además, resulta obligada la observancia de buena fe por la empresa en el ejercicio de sus poderes. El hecho de que el poder de vigilancia y control pueda desplegarse a través de un abanico de medios que quedan a la libre elección del titular de tal poder, no permite afirmar que tal libertad de elección legitime cualquier medio de control, ni cualquier uso del mismo.

Ni las normas, ni la buena fe en la relación laboral pueden amparar la validez del distintivo o sello informativo que en este caso se usa con un fin distinto para el que está previsto, esto es, para pretender dar cobertura legal a un seguimiento singularizado en el trabajo, mediante confusión respecto de sus fines y destinatarios²⁸. Tanto los derechos fundamentales en el desarrollo del trabajo, como las normas y la buena fe en el contrato de trabajo permiten un amplio contenido al poder de vigilancia y control como para evitar una ejecución irregular del trabajo por los trabajadores, mediante el uso de medios adecuados, eficaces y lícitos, sin que por ello aquél se vea anulado.

²⁸ Este criterio es el que se mantiene la STS 13-5-2014, RJ 2014, 3307, sobre la utilización de las cámaras de videovigilancia instaladas como sistema disuasorio de hurtos de clientes, para sancionar a una trabajadora, cuando no ha habido una información previa a los trabajadores o sus representantes sobre la posibilidad de utilizar este sistema de control para la supervisión de la actividad laboral. Además considera que este criterio no se desvirtúa por el hecho de que existieran dispositivos anunciando su instalación y la captación de imágenes, así como la notificación de la creación de ficheros a la Agencia Española de Protección de Datos.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Internacional de La Rioja

NUEVO PRONUNCIAMIENTO (Y ¿DEFINITIVO?) SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO IMPROCEDENTE SEGÚN LA DT 5ª RDL 3/2012

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2016

RAQUEL POQUET CATALÁ*

SUPUESTO DE HECHO: El Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña acuerda la amortización del puesto de trabajo de un trabajador (el demandante), el cual había sido contratado para la prestación de servicios de educador en un centro educativo mediante sucesivos contratos temporales: contrato de fomento de ocupación al amparo del RD 1989/1984 desde el 1 de agosto hasta el 8 de octubre de 1992, contrato de interinidad por sustitución del 23 al 25 de noviembre de 1992, contrato de fomento de ocupación entre el 4 de enero de 1993 y el 3 de enero de 1994 y contrato por interinidad por sustitución desde el 4 de enero de 1996 hasta el 24 de marzo de 2013, fecha en que cesa en su puesto de trabajo mediante despido objetivo.

RESUMEN: El TS (rec. núm. 3257/2014, Ponente: A. V. Sempere Navarro) estima el recurso de casación en unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante contra la sentencia dictada por el TSJ de Cataluña, sobre impugnación del despido acordado por el Departament de Justicia de la Generalitat de Cataluña. Se discute la antigüedad del trabajador a efectos de calcular el importe indemnizatorio teniendo en cuenta los diferentes contratos temporales que ha tenido, así como, que es lo que se va analizar en este trabajo, el tope indemnizatorio a tener en cuenta en las indemnizaciones por despidos improcedentes de contratos celebrados con anterioridad al RDL 3/2012 y que continúan vigentes con posterioridad al mismo.

El iter procedimental seguido se resume en lo siguiente. En un primer momento, frente al despido, el trabajador interpone reclamación previa, que fue desestimada. Posteriormente, interpone demanda judicial y la sentencia de instancia reconoció al trabajador su condición de indefinido no fijo, pero deses-

* Profesora Asociada

timó la demanda de despido al considerar adecuada a Derecho la extinción operada.

Frente a ello, interpone recurso de suplicación y el TSJ estima el recurso del trabajador y revoca la resolución de la instancia declarando la improcedencia del despido. La empleadora condenada interesó aclaración del importe indemnizatorio y el TSJ dictó auto en el que establecía la cantidad a satisfacer teniendo en cuenta que la fecha inicial de prestación de servicios a efectos del cómputo indemnizatorio es la de 4 de enero de 1996.

ÍNDICE

1. MARCO LEGAL
2. INTERPRETACIÓN INICIAL Y PRIMER PRONUNCIAMIENTO DEL TS
3. SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 2016
4. CONCLUSIÓN

1. MARCO LEGAL

Con el fin de favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral, el RDL 3/2012 introdujo una serie de medidas en relación con la extinción de los contratos de trabajo. Una de ellas fue, como es de sobra conocido, rebajar la indemnización del despido improcedente de los 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades a los 33 días con un tope de 24 mensualidades, pues según declaró dicho RDL “*constituye un elemento que acentúa demasiado la brecha existente entre el coste de la extinción del contrato temporal y el indefinido, además de ser un elemento distorsionador para la competitividad de las empresas, especialmente para las más pequeñas en un momento como el actual de dificultad de acceso a fuentes de financiación*”¹.

Para los trabajadores cuyo contrato era anterior a dicho RDL se estableció una disposición transitoria, concretamente, la quinta, punto 2, en la cual, literalmente se prevé que “*2. La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto-ley se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha de entrada en vigor y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de*

¹ Exposición de Motivos del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

servicios posterior. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior a la entrada en vigor de este real decreto-ley resultase un número de días superior; en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso”.

Esta misma disposición transitoria se reitera en la Ley 3/2012² con ligeras modificaciones, pues en lugar de “*contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto ley*”, en la Ley se dice “*contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012*”, mencionando directamente la fecha inicial del nuevo sistema de indemnizaciones. Se especifica también para el cómputo de los dos períodos, anterior y posterior al Real Decreto-Ley, que el cálculo se hace “*prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año*”, de modo que tanto en las indemnizaciones viejas como en las nuevas se aplica la prorrata mensual de la fracción de tiempo inferior al año, más como norma aclaratoria de la precedente norma de urgencia.

2. INTERPRETACIÓN INICIAL Y PRIMER PRONUNCIAMIENTO DEL TS

La interpretación inicial generalizada fue que la indemnización generada antes del RDL 3/2012 se garantiza bajo ciertas condiciones y límites, pero que su cómputo e importe queda congelado desde ese momento. Así lo estimó también el TC³ en el que tras reseñar el contenido de la exposición de motivos del RDL 3/2012 señala que “*para el caso de los contratos celebrados con anterioridad la indemnización se seguirá calculando de acuerdo con las reglas anteriormente vigentes, si bien tan sólo con respecto al tiempo de servicios prestados antes de la entrada en vigor de esta norma para el tiempo de servicios restante se tendrán en cuenta la nueva cuantía de 33 días por año de servicio (...) con estas reglas se es respetuoso con el principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 14 CE al tiempo que se tienen en cuenta las expectativas indemnizatorias de los trabajadores con contrato en vigor*”. El TC convalida expresamente la constitucionalidad de la disposición transitoria quinta del RDL 3/2012 en la interpretación generalmente admitida de su texto sobre el sistema de cálculo dual de la indemnización por despido improcedente para los contratos formalizados con anterioridad al

² De 6 de julio de 2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

³ ATC de 12 de febrero de 2014.

RDL donde el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, *“salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior a la entrada en vigor de este real decreto-ley resultase un número de días superior; en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso”*. Es más, el TC convalida expresamente *“las variaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2012 en el factor multiplicador y en el tope máximo de la indemnización por despido improcedente”*, porque es libertad del legislador tasar los elementos de cálculo de la indemnización y revisar los establecidos anteriormente, así como ordenar la transición normativa al nuevo sistema.

Desde una interpretación literal, sistemática y finalista y siguiendo al TC, no cabe sino concluir que dicha disposición transitoria pretende reconocer los derechos adquiridos en ese momento, derechos que quedan asegurados pero paralizados, es decir, mantenidos en el estado que tenían en ese momento. Todo ello con arreglo a la finalidad de Derecho transitorio, a su carácter intertemporal y al objeto propio del acto normativo considerado, que es regular un problema de derechos adquiridos. Así se asegura el reconocimiento de la indemnización ganada individualmente antes de la entrada en vigor del RDL 3/2012, en el que se aplicaba un módulo de 45 días año con límite de 42 mensualidades.

Por tanto, en un primer momento, la interpretación literal y sistemática del precepto era que los trabajadores que antes del día 12 de febrero de 2012 hubiesen devengado un importe indemnizatorio superior a 720 días de su salario pero inferior a 42 mensualidades del mismo (equivalente a 1260 días) en caso de despido ya no devengaba más indemnización por los años de servicios posteriores a dicha fecha, quedando, por consiguiente, su indemnización tomada en ese momento. Esta disposición contempla, pues, un límite general de las indemnizaciones en 720 días de salario y congela el devengo de nuevos derechos indemnizatorios cuando la indemnización que corresponda al trabajador en la fecha de la reforma supere esa cifra. Asimismo, establece que si la indemnización de esa fecha fuera superior a 42 mensualidades, el máximo a percibir en todo caso sería el de 42 mensualidades.

Posteriormente, el TS, en concreto en su sentencia de 29 de septiembre de 2014⁴, a la luz de la diversidad de pronunciamientos de la doctrina judicial, dio

⁴ Rec. núm. 3065/2013, que enjuicia el caso de los trabajadores de una conservera despedidos con carácter objetivo y cuyo despido se declara improcedente.

una matización a esta disposición transitoria, aunque curiosamente, sin ninguna fundamentación jurídica que justifique su criterio interpretativo. En dicha sentencia el TS analiza las indemnizaciones percibidas por dos trabajadores a raíz de despidos objetivos fijadas en la STSJ Castilla y León⁵ en el que se establecía que en el cálculo del primer tramo de su indemnización se había considerado un tope de 24 mensualidades y no de 42. Frente a ello, se opone como sentencia de contraste una del TSJ de Extremadura⁶ que considera como el tope adecuado a ese primer tramo el de 42 mensualidades de salario. El TS valida el criterio de la sentencia de contraste, confirmando que al primer tramo indemnizatorio le es de aplicación el tope de las 42 mensualidades de salario. Sin embargo, va más allá y reconoce una mayor indemnización por la antigüedad devengada con posterioridad al 12 de febrero de 2012. Es decir, una vez superado el tope indemnizatorio de los 720 días de salario a la fecha de entrada en vigor de la norma, la indemnización no queda congelada, sino que puede seguir devengándose hasta el límite absoluto de 42 mensualidades.

Por tanto, el TS estima que no hay límite alguno en la generación de una mayor indemnización posterior a la fecha de febrero del 2012 para los trabajadores cuya indemnización fuera, en esa fecha, superior a los 720 días. Así, dichos trabajadores seguirán devengando indemnización hasta que ésta no sea superior a 42 mensualidades, computada la indemnización a partir de febrero de 2012 a razón de 33 días de salario por año de servicio, de tal forma que el tope de los 720 días quedaría sustituido por el de 42 mensualidades. Como se ha señalado, lo sorprendente de este pronunciamiento es la ausencia de una construcción jurídica que respalde su giro interpretativo, pues, no ofrece ninguna argumentación para vislumbrar los motivos de su fallo, lo cual dificulta su valoración y su consideración como doctrina unificadora.

De esta forma, según este pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo, la indemnización ganada antes de la reforma laboral queda garantizada, pero pudiendo ser acrecentada con el período posterior a dicha fecha, de tal forma que el trabajador podrá incrementar la indemnización ganada con la vieja norma, aunque sea superior a 720 días, siempre que no supere, a su vez, las 42 mensualidades el importe generado bajo la anterior legislación. En resumen, las situa-

⁵ De 21 de junio de 2013, rec. núm. 281/2013, que entiende que el límite indemnizatorio máximo son 720 días, y ello aunque los trabajadores a día 12 de febrero de 2012 superan los 720 días, de tal forma que los días devengados con posterioridad no generan indemnización.

⁶ De 16 de julio de 2013, rec. núm. 239/2013, que señala que el límite indemnizatorio máximo podría llegar a ser de 42 mensualidades.

ciones indemnizatorias de un trabajador con contrato en vigor el 12 de febrero de 2012, pueden ser esencialmente tres. Por un lado, una indemnización en parte anterior y en parte después del RDL, pero que no supera los 720 días, en cuyo caso percibe el importe resultante. En segundo lugar, una indemnización con períodos también anterior y posterior al citado RDL, que por la parte anterior a febrero de 2012 supera los 720 días, sin que supere las 42 mensualidades, en cuyo caso a ese importe se suma la indemnización por el tramo posterior a la reforma, siendo el tope global el de 42 mensualidades. Y, por último, una indemnización también en parte anterior y posterior al RDL, que por la parte de indemnización anterior a febrero de 2012 supera las 42 mensualidades, en cuyo caso no puede percibir más que 42 mensualidades.

De cualquier forma, se trata de un único pronunciamiento, por lo que no crea jurisprudencia en el sentido del art. 1 del CC pese al efecto reforzado que puede tener por haberse dictado en unificación de doctrina, más aun teniendo en cuenta la polémica que creó entre la doctrina.

Según criterio sistemático, la disposición transitoria reduce el tope con carácter general para todos los trabajadores equivalente a 24 mensualidades de salario, por lo que queda justificado el mantenimiento de los derechos adquiridos por los trabajadores. Sin embargo, permitir que continúen generando nuevos derechos indemnizatorios a partir del 12 de febrero de 2012, una vez se han superado a esa fecha los 720 días de indemnización, supone establecer una doble salvedad para ese colectivo⁷.

Si se atiende a la justificación de la exposición de motivos del RDL 3/2012 con ello se intenta “*reducir la brecha existente entre el coste de la extinción del contrato temporal y el indefinido*”, y se señala que el establecimiento de los dos tramos indemnizatorios “*es respetuoso con el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española*”. Además, debe tenerse en cuenta que la congelación de la indemnización del primer tramo no es absoluta, ya que el salario regulador con el que se calcula la indemnización es el del momento del despido, que puede ser diferente al que tuviera el trabajador el 12 de febrero de 2012.

⁷ FOLGUERA CRESPO, J.A., “¿Ha cambiado el Supremo las indemnizaciones de la reforma laboral? Comentario a la STS, Sala 4ª, de 29 de septiembre de 2014, rec. 3065/2013”, en *Diario La Ley*, núm. 8522, 2015 (versión on line)

Como conclusión, esta sentencia estaría bastante alejada del objetivo perseguido por el legislador con la reforma de 2012, pues se permite que si a 12 de febrero de 2012 se tienen superados los 720 días de indemnización, se puede seguir acumulando días indemnizatorios hasta el tope de 1260 días, de tal forma que el límite indemnizatorio volvería a ser de 42 mensualidades para estos supuestos.

Por su parte, la doctrina judicial recaída al respecto ha sido muy escasa. La mayoría de los pronunciamientos sobre las indemnizaciones por despido improcedente se limitan a señalar que existe un doble tramo indemnizatorio establecido por la citada disposición transitoria calculando, por un lado, la indemnización del tiempo trabajado con anterioridad al 12 de febrero de 2012 a razón de 45 días de salario por año de servicio, y por otro lado, la del período posterior a razón de 33 días de salario por año de servicios, pero sin pronunciarse en ningún momento sobre el tope indemnizatorio de 720 días y 42 mensualidades⁸. Son muy escasos los pronunciamientos que se han declarado sobre dicho tope indemnizatorio, remitiéndose simplemente a la literalidad de la disposición transitoria quinta estableciendo como límite 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el período anterior a 12 de febrero de 2012 resulte un número de días superior⁹. Algún pronunciamiento ha considerado que como existe un doble tramo indemnizatorio existe también un doble tope, estimando así que por un lado, para el período anterior a febrero de 2012 la indemnización se calcula a razón de 45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, y para el período posterior a razón de 33 días por año con un máximo de 24 mensualidades sumándose posteriormente ambos importes¹⁰. No obstante, cabe señalar que un sector judicial¹¹ ha acogido la línea marcada por el TS en su sentencia de septiembre de 2014, en la que considera que como los trabajadores a fecha 12 de febrero de 2012 acumulan una antigüedad superior a los dieciséis años, estima que el límite de la indemnización debe ser de 42 mensualidades y no de 720 días.

⁸ SSTSJ Andalucía, de 23 de abril de 2015, rec. núm. 379/2015; Castilla-La Mancha, de 8 de abril de 2013, rec. núm. 101/2013; Galicia, de 22 de marzo de 2013, rec. núm. 19/2013; Castilla y León, de 20 de marzo de 2013, rec. núm. 2453/2012;

⁹ STSJ Andalucía, de 30 de septiembre de 2014, rec. núm. 1759/2014. En el mismo sentido, SSTSJ Andalucía, de 14 de noviembre de 2013, rec. núm. 2724/2012; Andalucía, de 18 de septiembre de 2014, rec. núm. 971/2014.

¹⁰ STSJ Castilla y León, de 28 de marzo de 2012, rec. núm. 123/2012.

¹¹ STSJ Cataluña, de 22 de enero de 2016. En el mismo sentido, SSTSJ Cantabria de 19 de diciembre de 2014, rec. núm. 807/2014; Cataluña, de 8 de junio de 2015, rec. núm. 1665/2015. No

3. SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 2016

En esta sentencia, el TS resuelve el recurso de casación en unificación de doctrina de la STSJ Cataluña de 20 de junio de 2014¹² y de la sentencia de contraste del propio TS de 16 de abril de 1999¹³. En la primera de ellas, se enjuicia el caso de un trabajador del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña que prestaba sus servicios mediante varios contratos temporales hasta que se amortiza su puesto de trabajo y le es extinguida su relación laboral. La sentencia de instancia reconoció al trabajador su condición de indefinido no fijo, pero desestimó la demanda de despido al considerar adecuada a Derecho la extinción operada. El TSJ estima el recurso del trabajador y revoca la resolución de instancia considerando que el despido es improcedente, con las consecuencias legales derivadas de dicha declaración.

La sentencia de contraste aborda un pleito por despido de un trabajador de Correos y Telégrafos, estando centrada la discusión en el modo de calcularse la indemnización por despido improcedente. La sentencia de suplicación toma en cuenta el último de los contratos de la serie, pero el TS accede a la pretensión del trabajador para que se contabilice el tiempo de servicio de todos ellos, sean o no ajustados a Derecho.

En este pronunciamiento, nuestro alto tribunal analiza de nuevo la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012 y aunque indica que “no es fácil determinar el exacto alcance que posea esta norma intertemporal, dirigida a dulcificar la rebaja de la cuantía indemnizatoria que la Ley 3/2012 llevó a cabo”, señala expresamente que en la sentencia de 29 de septiembre de 2014 realizó una primera aproximación al tema, permitiendo que los trabajadores que a día 12 de febrero de 2012 hubieran superado los 720 días sería posible seguir devengando indemnizaciones hasta alcanzar el tope de 42 mensualidades. Posteriormente, en la sentencia de 2 de febrero de 2016¹⁴ se advierte que el importe indemnizatorio por el período de servicios anterior al 12 de febrero de 2012 no puede ser superior a 42 mensualidades en ningún caso, con independencia de que con posterioridad se hayan prestado servicios.

obstante, es rechazada por las SSTSJ Extremadura, de 30 de junio de 2015, rec. núm. 118/2015; País Vasco, de 29 de septiembre de 2015, rec. núm. 1421/2015.

¹² Rec. núm. 1315/2014.

¹³ Rec. núm. 2779/1998.

¹⁴ Rec. núm. 1624/2014.

Por ello, con este pronunciamiento se trata de precisar el alcance adecuado de la citada disposición transitoria, del cual se pueden extraer las siguientes reglas. Como regla general, cuando se toman en cuenta períodos trabajados antes y después del 12 de febrero 2012, el tope son 720 días de salario. Como excepción a esta norma general, este tope de 720 días de salario puede obviarse si por el período anterior a 12 de febrero de 2012 ya se ha devengado una cuantía superior. Además, se señalan una serie de puntualizaciones. En primer lugar, si por el período de prestación de servicios anterior a 12 de febrero de 2012 no se ha sobrepasado el tope de 720 días, tampoco puede superarse como consecuencia de la actividad desarrollada con posterioridad a dicha fecha. En segundo lugar, si los 720 días indemnizatorios se superan atendiendo a los servicios prestados antes del 12 de febrero de 2012, debe aplicarse otro tope, que es el importe correspondiente a lo devengado hasta esta fecha, sin que la cuantía resultante pueda ser superior a 42 mensualidades. Por último, si a 12 de febrero de 2012 no se han alcanzado los 720 días indemnizatorios, con el módulo de 45 días por año, siguen generando indemnización por el período posterior, con el módulo de 33 días, siendo el tope absoluto y global para ambos períodos el de 720 días. Además, cabe señalar que el cálculo de cada uno de los dos períodos es autónomo y se realiza tomando en cuenta los años de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año.

Por tanto, según este último pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo, la indemnización ganada antes de la reforma laboral es lo que queda garantizado al trabajador, de tal forma que el trabajador no podrá siempre incrementar la indemnización conseguida con la vieja norma pero la conserva como garantía, aunque sea superior a 720 días, siempre que no supere, a su vez, las 42 mensualidades el importe generado bajo la anterior legislación. Así, las mismas situaciones indemnizatorias de un trabajador con contrato en vigor el 12 de febrero de 2012 planteadas anteriormente quedarían como se sigue. Por un lado, una indemnización en parte anterior y en parte después del RDL, pero que no supera sumando ambos tramos los 720 días, en cuyo caso percibe el importe resultante. En segundo lugar, una indemnización con períodos también anterior y posterior al citado RDL, que por la parte anterior a febrero de 2012 supera los 720 días, sin que supere las 42 mensualidades, en cuyo caso percibía ese importe sin que se pueda añadir la parte del tramo posterior a la reforma. Y, por último, una indemnización también en parte anterior y posterior al RDL, que por la parte de indemnización anterior a febrero de 2012 supera las 42 mensualidades, en cuyo caso no puede percibir más que 42 mensualidades.

Evidentemente, tal y como se desprende de esta sentencia, la misma no

trata de rebatir el fundamento y la argumentación de la anterior de 29 de septiembre de 2014, de tal forma que en la medida que no aborda de forma frontal la existencia de una contradicción con la anterior sentencia, no quedan justificados los motivos por los que deba entenderse que aquella doctrina ha quedado superada por esta nueva sentencia. Según parte de la doctrina¹⁵, la clave de la regla prevista en la disposición transitoria quinta Ley 3/2012 es qué significado debe darse al término “*máximo*”, en cuyo caso se aplicaría este como importe indemnizatorio máximo, y especialmente, por qué el legislador empleó dicho término, si realmente quería referirse a “*único*”. Por otro lado, al igual que se había indicado anteriormente, se trata de una única sentencia que no constituye tampoco propiamente jurisprudencia, y no parece que constituya una doctrina unificada y pacífica.

4. CONCLUSIÓN

Los objetivos del RDL 3/2012 y su homóloga Ley 3/2012 son la reducción de las indemnizaciones por despido improcedente y el resto de las expectativas indemnizatorias de los trabajadores con contratos en vigor a fecha 12 de febrero de 2012.

La dificultad interpretativa de la disposición transitoria quinta del RDL 3/2012 ha llevado al Tribunal Supremo a pronunciarse al respecto. Aunque en un primer momento pareció ampliar notablemente el tope indemnizatorio a favor de los trabajadores considerando que el tope único es el de 42 mensualidades se haya llegado o no a fecha 12 de febrero al tope de 720 días, no obstante, en los momentos actuales, con su más reciente pronunciamiento parece aclarar esta interpretación y establecer una regla mucho más acorde, según mi parecer, con la intención del legislador de 2012, esto es, establecer un tope general, pero relativo, de 720 días, y permitiendo, de esta forma, que en caso de que se supere dicho tope a 12 de febrero de 2012 se pueda llegar a las 42 mensualidades, siendo éste el tope absoluto.

No obstante, como se ha indicado se trata de una única sentencia dictada al respecto, por lo que no puede crear propiamente jurisprudencia. Se tendrá que esperar a otro pronunciamiento que consolide esta línea y que sea la seguida por la doctrina judicial evitando así contradicciones e inseguridad jurídica.

¹⁵ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “STS 18/2/16, indemnización por despido improcedente y DT 5ª Ley 3/12: ¿jurisprudencia unificada?”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Recuperado el día 30 de marzo de 2016 de <http://ignasibeltran.com/> (blog del autor)

De cualquier forma, con la nueva reedición del ET, se hubiera podido aclarar dicha disposición transitoria que aparece recogida en el número 11 del mismo y así se soslayarían procesos judiciales y situaciones interminables e incertidumbres para los trabajadores.

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

ALTA EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS COMO ABOGADO E INCOMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN: UNA PUERTA MAL CERRADA

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (C-A) 856/2016, de 2 de marzo de 2016 y a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Socia)l, 23/2016, de 15 de enero.

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS*

SUPUESTO DE HECHO: En ambos casos se trata de un abogado que estaba dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) antes del momento de jubilarse, al mismo tiempo se encontraban dados de alta en la Mutualidad General de la Abogacía. Llegado el momento de jubilarse en ambos casos se pretende cobrar la pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social simultaneando dicha situación con la profesión de abogados en la que querían continuar su actividad; es decir, compatibilizando la pensión de jubilación con el ejercicio de la abogacía.

RESUMEN: Aunque las sentencias analizan la cuestión desde una distinta perspectiva, llegan a un mismo resultado final. Evidentemente, por cuestiones de competencia material, en la STS de la sala contencioso administrativo [Rec. nº 1857/2014 (RJ 2016, 642)] se examina sobre la validez o no de una baja como acto de encuadramiento, esto es, lo que se discute es si es posible o no la baja en el RETA de un abogado cuando obtiene la pensión de jubilación y pretende continuar en el ejercicio de la misma pero incluyéndose en la Mutualidad de la Abogacía. Por su parte, el objeto de litigio en la STSJ de Castilla León es, puramente, la compatibilidad de la pensión de jubilación con el ejercicio de la abogacía. La consecuencia final de ambos fallos, aunque por distintos razonamientos que más abajo serán analizados, uno de forma indirecta (STS) y otro de forma directa (STJS), dan lugar al mismo resultado: la incompatibilidad de la pensión de jubilación de los abogados que hubieran causado su pensión de jubilación estando dados de alta en el RETA con la continuidad en la misma actividad como abogado.

* Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

1. INTRODUCCIÓN: SOBRE EL ENCUADRAMIENTO DE LOS PROFESIONALES
 - 1.1. La realización de una actividad laboral o profesional como causa de inclusión nivel contributivo del sistema de la Seguridad Social
 - 1.2. La protección social de los profesionales colegiados: entre el RETA y la Mutualidades de Previsión Social
2. NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON EL TRABAJO
 - 2.1. Entre lo que subyace en la STS sala contencioso administrativo, de 2 de marzo de 2016 y lo que aflora en la STSJ de Castilla León, sala de lo social, 23/2016, de 15 de enero de 2016.
 - 2.2. La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo.
 - 2.2.1. Configuración general: hacia el envejecimiento activo como objetivo
 - 2.2.2. Breves apuntes sobre las posibilidades de compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista vigentes en la actualidad
3. EN ESPECIAL: LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL EJERCICIO PROFESIONAL COMO ABOGADO Y LAS PENSIONES POR JUBILACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL
 - 3.1. Cuestiones generales de incompatibilidad fallidas: en el encuadramiento y en las prestaciones
 - 3.2. La compatibilidad de la pensión de jubilación con el ejercicio libre de la abogacía
 - 3.2.1. La normativa vigente
 - 3.2.2. Otro intento fallido más de limitar la compatibilidad: una norma no derogada formalmente
 - 3.2.3. La necesidad de regular esta situación con una norma de rango legal que disipe las dudas

1. INTRODUCCIÓN: SOBRE EL ENCUADRAMIENTO DE LOS PROFESIONALES

1.1. La realización de una actividad laboral o profesional como causa de inclusión nivel contributivo del sistema de la Seguridad Social

Como es conocido, en el campo de aplicación del nivel contributivo de la Seguridad Social, ex art. 7 LGSS, están comprendidos los trabajadores (españoles o extranjeros en situación regular) “cualquiera que sea su sexo, estado civil o profesión” que ejerzan su actividad en territorio nacional (aunque en otras normas internas o internacionales se permite mantener la inclusión en nuestro sistema a trabajadores que desarrollan su actividad fuera de nuestras fronteras).

Con todo, ha de recordarse en la Seguridad Social tiene una profusa, y en muchos casos confusa, regulación que supone o dificulta hacer o sentenciar reglas generales. Ello es lo que ha ocurrido con los trabajadores por cuenta propia colegiados cuya inclusión en el campo de aplicación del sistema ha sido regulada con cierta “relajación”, frente a la obligatoriedad que con carácter general se aplica a la inclusión en el campo de aplicación del sistema a los traba-

trabajadores autónomos en el art. 3 a) del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Ha de recordarse que había ciertos colectivos que inicialmente no fueron incluidos en el campo de aplicación del sistema y que, desde 1995, han tenido un derecho de opción a ello. Son algunos profesionales liberales en ejercicio con “riesgo y ventura” de dicha profesión (médicos, abogados o arquitectos, por ejemplo).

Y es que, en coherencia con el artículo 7.1 b) LGSS, la inclusión de los trabajadores por cuenta propia o autónomos en el nivel contributivo de la Seguridad Social lo será siempre “que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen en esta ley y en su normativa de desarrollo”. Por ello, el art. 3 *in fine* del Decreto 2530/1970, antes citado, sólo permitía la inclusión obligatoria en el RETA de los profesionales cuando sus respectivos Colegios lo hubieran solicitado y se les hubiese concedido mediante Orden Ministerial.

1.2. La protección social de los profesionales colegiados: entre el RETA y la Mutualidades de Previsión Social.

Independientemente del hecho de que el profesional colegiado puede quedar incluido en el campo de aplicación de la Seguridad Social cuando trabaja por cuenta ajena para una empresa o entidad privada o pública o cuando goce de la condición de empleado público, como personal funcionario o estatutario, lo que nos interesa en este momento es la inclusión por la realización de una actividad profesional por cuenta propia.

Esta es la cuestión que vamos a centrarnos, pero antes de adentrarnos en la misma ha de hacerse una consideración previa aclaratoria: de forma paralela a la protección dispensada por el sistema público de Seguridad Social, desde hace más de medio siglo han venido permitiéndose que determinadas entidades de previsión social colaboraran en la gestión del sistema¹. En distinto grado,

¹ Sobre las mutualidades de previsión social de tipo profesional como comunidad de riesgos en las que los mutualistas se organizan para aportar a su régimen financiero y para repartir entre ellos los gastos por la siniestralidad cubierta, vid Moreno Ruiz, R, Mutualidades, cooperativas, seguro y previsión social, CES, Madrid, 2000. De otro lado, ha de recordarse que una Mutualidad de Previsión Social, de conformidad con el artículo 2 del RD 1430/2002, es una entidad asegura-

evidentemente, según se tratara de la entidad sustitutoria (como las extintas de la ONCE, Telefónica o la de trabajadores de notarías) que, desde hace algún tiempo, fueron absorbidas por el sistema de Seguridad Social. O bien se tratara de entidades no sustitutorias que gestionan prestaciones complementarias del sistema y que eran las que inicialmente venían a proteger a los colectivos que no se encontraban integrados en el campo de aplicación del sistema, especialmente profesionales que para ejercer su oficio habían de pertenecer a un Colegio Oficial².

Y es que, inicialmente, de conformidad con el art. 3 in fine del RD 2530/1970 que regula el RETA, la única forma en las que los profesionales colegiados podían acceder al sistema, a través de este Régimen Especial, es previa solicitud (y correspondiente OM de autorización) de los órganos superiores del Colegio Profesional, esto es, se trataba de una integración colectiva³.

De hecho, el propio Tribunal Constitucional, en Sentencia 66/1982, negó la posibilidad de que un colegiado se encuadrara en el sistema si su colegio profesional no lo había previsto, considerando ajustada la constitución la regulación en la que se imponía la integración colectiva.

Para los Colegios Profesionales que decidieron no integrarse, la protección social de los colegiados se situaba en el marco de los mecanismos de protección social que pudiese tener constituido el propio Colegio (Mutualidades de Previsión Social, como entidades sustitutorias) o, en su caso, de los que pudiese adoptar individualmente el propio profesional colegiado, a través generalmente de pólizas de seguro; e incluso, algunas de estas Mutualidades de Previsión Social de estos Colegios Profesionales eran de afiliación obligatoria para los

dora privada sin ánimo de lucro que ejerce una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria al sistema de seguridad social obligatoria mediante aportaciones de los mutualistas. Entidades que podrán ser alternativas al RETA.

² Vid, *in extenso*, Maldonado Molina, F.J. en *Las Mutualidades vinculadas a Colegios Profesionales*, Aranzadi, Elcano, 1998.

³ Por ello, numerosos Colegios Profesionales solicitaron su inclusión y fue publicada la correspondiente Orden que confirmaba dicha concesión. Así lo hicieron: economistas; odontólogos y estomatólogos; veterinarios; agentes y comisionistas de aduanas; agentes de la propiedad industrial; titulados mercantiles; ingenieros técnicos, facultativos y peritos de minas; censores jurados de cuentas; graduados sociales; asistentes sociales y diplomados en trabajo social; politólogos y sociólogos; físicos; capitanes, jefes y oficiales de la marina mercante; ópticos; e ingenieros agrónomos.

colegiados ejercientes. No obstante ello, la Ley 33/1984 del seguro privado consideró a todas las mutualidades colegiales como “voluntarias”.

Por su parte, la Ley 30/1995, de ordenación y supervisión de los seguros privados (LOSSP)⁴, en su DA 15^a⁵ intentó solucionar esta compleja cuestión estableciendo reglas específicas en orden a la incorporación de estos colectivos de profesionales colegiados en la Seguridad Social y permitió en determinadas situaciones la inclusión de los profesionales colegiados en el RETA, con independencia de que mediara o no una solicitud de los órganos superiores de representación del propio Colegio Profesional.

La regulación dejaba mucho que desear ya que era incompleta y confusa; fue una Resolución de la Dirección General de ordenación jurídica y entidades colaboradoras de la Seguridad Social de 23-1-96 y una posterior Circular 3-029, de 11-6-96 de la Dirección General de la TGSS las que integraron las lagunas. Muy lejos de tratarse de resoluciones administrativas de carácter interpretativo o de desarrollo, respecto de las que nada hay que objetar, se configuraron como verdaderas normas jurídicas al regular cuestiones para las que no tenían competencia ni capacidad, además de, al no encontrarse publicadas, generaron una fuerte dosis de inseguridad jurídica.

Fue, finalmente, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, conocida como de “acompañamiento” a la LPGE para 1999, en su artículo 33, la que estableció los criterios definitivos de inclusión de los profesionales colegiados a los que nos venimos refiriendo, modificando la redacción inicial de la DA 15^a de la Ley 30/1995.

Lo que realizó esta norma fue “una configuración en la protección de los profesionales colegiados adscritos a un Colegio de Profesionales diferenciando según su fecha de ingreso y si su afiliación a la Mutualidad a dicho Colegio ha sido preceptiva: aunque la regla general es la integración en el sistema público a través del RETA, es posible la opción personal entre la Seguridad Social o la

⁴ Actualmente sustituido por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados.

⁵ Ha de recordarse que, en concreto, la DA 15^a de la Ley 30/1995 ha sido derogada y su contenido se ha traspasado de forma íntegra a la DA 18^a LGSS (RD-Legislativo 8/2015, Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social). Si no se dice lo contrario, se la referencia a la LGSS será siempre a la vigente.

Mutua concreta en cada caso, cuando se trate de un profesional colegiado en un Colegio Profesional que tuviese una Mutua constituida antes de 10 de noviembre de 1995 y que con anterioridad la afiliación a dicha mutualidad fuese obligatoria. Por lo tanto, ahora se podrá acceder a la cobertura pública sin quedar a la merced de la decisión de los órganos directivos sobre tal incorporación”⁶.

Todo ello creaba una compleja regulación como en su momento describimos⁷ que en resumidas cuentas lo que pretendía era que los trabajadores autónomos con colegiación obligatoria pudieran afiliarse o darse de alta por su cuenta, y sin la necesaria intervención de los órganos directivos de sus colegios, en el RETA imponiéndoles la obligación de hacerlo en dicho Régimen salvo que lo hicieran a la Mutualidad de Previsión Social del Colegio Profesional como

⁶ Como indica Blazquez Agudo, EM “La doble función de las Mutuas de los Colegios Profesionales. Comentario a la Sentencia de la sala de lo contencioso del TS, de 22 de junio de 2004”, p. 3.

⁷ Álvarez Cortés, J.C., en “Comentario al art. 8 de la LGSS”, AAVV *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Dir. Alarcón Caracuel, M.R., Aranzadi, Elcano, 2001.

1. Así, de un lado, los profesionales pertenecientes a sectores integrados en el RETA antes de 10-11-1995 (que es la fecha de referencia de la Ley 30/1995) siguen como estaban: el profesional colegiado ha de integrarse obligatoriamente en el RETA y ello porque su Colegio solicitó la integración de los mismos.

2. De otro lado, respecto de los profesionales pertenecientes a Colegios no integrados en el RETA antes 10-11-1995 hay que distinguir dos grupos:

2.1 Los que iniciaron su actividad antes de 10-11-1995.

a) Si tenían establecida una mutualidad de previsión obligatoria:

Tendrán la obligación a continuar en la misma hasta tanto no se hayan adaptado los estatutos mutuales a la Ley 30/1995, y desde el momento en que se produzca la adaptación los profesionales podrán optar entre solicitar el alta en el RETA o continuar incorporados a la mutualidad.

Realmente, muchos profesionales con cierta antigüedad no quisieron optar por la inclusión en el RETA ya que las aportaciones realizadas durante bastante tiempo a la mutualidad del Colegio, aunque puedan rescatarlas, no les va a servir para abrir el derecho a prestar dicho Régimen.

b) Si no tenían establecida una mutualidad de previsión o la misma no era obligatoria:

Los colegiados no se encuentran obligados a darse de alta en el RETA. No obstante, tuvieron todo el año 1999 para poder solicitar la afiliación en el RETA, cosa que con anterioridad a la Ley 50/1998 no era posible. Trascurrido dicho plazo sólo podrían en el futuro solicitar la incorporación si su Colegio Profesional solicitase la incorporación colectiva.

2.2 Los que iniciaron su actividad a partir de 10-11-1995.

La regla general es que los colegiados a partir de tal fecha deberán de encuadrarse en el RETA. Aunque se establecen una serie de reglas especiales:

a) Las personas que se hubiesen colegiado e iniciado su actividad entre el 10-11-1995 y 31-12-1998:

entidad alternativa⁸. Como se ha dicho, lo que se ofreció por la norma era una obligación alternativa: el deber principal es el de darse de alta en el RETA pero si se prefiere la protección por la Mutualidad, los profesionales “quedan exentos de la obligación de alta en el RETA”⁹.

Lo cierto es que de la regulación producida se deducía la fuerte posición que algunos Colegios Profesionales (y sus poderosos instrumentos financieros, las Mutualidades) tenían frente a la Administración. Son muchos los intereses que se ponen en juego, al mismo tiempo que es mucho el dinero que las mutualidades “obligatorias y no sustitutorias” manejan. En muchos casos, el sistema creado que no permite la totalización de períodos o aportaciones entre la Seguridad Social y las Mutualidades, impedirá que el colegiado “antiguo” opte por la Seguridad Social.

- Colectivos con mutualidades voluntarias:

Cuando se trate de colectivos no integrados en el RETA, el alta en dicho Régimen Especial debió de producirse dentro del primer trimestre de 1999 cuando pertenecieran a un Colegio Profesional que, a fecha de 10-11-1995, tuviese establecida una mutualidad voluntaria cuyo ámbito de cobertura tuviese un contenido protector equiparable al establecido en el RETA.

A partir de 1-1-1999 este colectivo obligatoriamente queda incluido en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, salvo que la inclusión en el RETA lo hubiera sido entre tales fechas (por ejemplo, a solicitud del propio Colegio Profesional).

- Colectivos con mutualidades obligatorias:

Los profesionales pertenecientes a Colegios Profesionales con este tipo de mutualidades que hubiesen iniciado su actividad y se hubieran colegiado a partir de 10-11-1995 podrán optar entre la mutualidad de previsión obligatoria que pudiera tener constituida el Colegio Profesional o encuadrarse en el sistema de Seguridad Social.

⁸ Son Mutualidades de Previsión Social que actúan como alternativas al Régimen Especial de Autónomos respecto del encuadramiento de determinados profesionales colegiados las siguientes entidades: Previsión Mutua de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, mutualidad de Previsión Social; Mutualidad General de Previsión de los Gestores Administrativos; Mutualidad General de la Abogacía, Mutualidad de Previsión Social a Prima Fija; Mutualidad General de Previsión Social de los Químicos Españoles; AMIC. Mutualidad de Ingenieros Industriales y Aeronáuticos; Mutualidad de Previsión Social de los Procuradores de los Tribunales de España; Hermandad Nacional de Previsión Social de los Arquitectos Superiores; Preemat. Previsión Mutua de Aparejadores y Arquitectos Técnicos; Mutualidad de Previsión Social de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales; Mutual Médica. Mutualidad de Previsión Social; Alter Mútua de Previsió Social dels Advocats de Catalunya a Quota Fixa.

⁹ Como indica Sempere Navarro, A.V. la elección no es en plano de igualdad estricta ya que prevalece la “obligación de afiliación al primero, no existente en caso de acogerse a la segunda”, en “La Mutualidad de Previsión de la Abogacía y sus prestaciones ante la normativa actual”, Rev. Poder Judicial nº 50, 2000, p. 512. También del mismo autor, “Sobre la opción entre el RETA y la Mutualidad”, RD Aranzadi Social 1/2000, p. 6.

Lo que queda claro es que con la regulación, a pesar de establecer el RETA como primera opción u opción principal, se produce una “primacía de la voluntad individual” que no concuerda ni con la obligatoriedad de la colegiación ni con la regla general de obligatoriedad del encuadramiento en el sistema de Seguridad Social, como indicó en su momento PANIZO ROBLES¹⁰.

Para rematar la cuestión, la Resolución de 24 de julio de 2007 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS), vino a establecer criterios de delimitación para la actuación de determinadas Mutualidades de Previsión Social como entidades alternativas a la obligación de alta en el RETA. Como quiera que con la redacción final de la DA 15^a de la Ley 30/1995 la inclusión en el RETA de los profesionales colegiados venía condicionada por la posibilidad de que el profesional optara por incorporarse a la Mutualidad de Previsión Social establecida por su correspondiente Colegio Profesional, en tanto que la misma hubiera estado constituida antes del 10 de noviembre de 1995 (y por lo que se hubiera entendido de adscripción obligatoria), vino a producirse en la práctica una serie de disfunciones a causa de que algunas Mutualidades de Previsión Social tenían carácter territorial; lo que venía a producir resultados distintos para el colectivo de profesionales dependiendo de si la localidad o Comunidad donde radicaría el Colegio Profesional tenía o no una Mutualidad de Previsión. Evidentemente ello llevó consigo limitaciones para los colegiados que hubieran iniciado su actividad después del 10 de noviembre de 1995 porque su derecho a optar entre el RETA y la mutua se condicionaba a la existencia de la misma en su ámbito territorial. Por lo que si la misma no existía, no le quedaba otra posibilidad que incluirse en el RETA¹¹.

Por ello, la Resolución de 24 de julio de 2007 permitió que, a partir de septiembre de ese año, las Mutualidades de Previsión Social con el ámbito territorial restringido a algunos Colegios Profesionales pudieran extender su actuación como entidades alternativas, con respecto a los demás colegiados de la

¹⁰ Vid. Panizo Robles, J.A.: “El encuadramiento de los profesionales colegiados en la Seguridad Social: el mantenimiento de una situación particular” *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF nº 190, 1999.

¹¹ Ello en el fondo producía un agravio comparativo ya que a los colegiados que ejercían una misma actividad profesional por cuenta propia les podría ser de aplicación diferentes regímenes jurídicos en orden a su encuadramiento en la Seguridad Social, según la existencia o no de Mutualidad en el ámbito geográfico donde radicaba su Colegio Profesional.

misma profesión, en el resto del ámbito territorial del Estado en que se encontraran autorizadas para ejercer la función aseguradora de acuerdo con la legislación aplicable. En coherencia con ello se otorgaba una “segunda oportunidad” de opción a los colegiados que hubiesen comenzado su actividad profesional por cuenta propia con posterioridad al 10 de noviembre de 1995 y hubieran quedado incluidos “obligatoriamente” en el RETA, siempre que en su Colegio Profesional pasaran a disponer de una Mutualidad de Previsión Social, y con un plazo “improrrogable” para cambio de entidad de 6 meses desde la fecha en que dictó la Resolución¹².

2. NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON EL TRABAJO

2.1. Entre lo que subyace en la STS sala contencioso administrativo, de 2 de marzo de 2016 y lo que aflora en la STSJ de Castilla León, sala de lo social, 23/2016, de 15 de enero de 2016.

Aunque las sentencias analizan cuestiones distintas, dan lugar a un mismo resultado final. Evidentemente, por cuestiones de competencia material, en la STS de la sala contencioso administrativo se examina sobre la validez o no de una baja como acto de encuadramiento, esto es, lo que se discute es si es posible o no la baja en el RETA de un abogado cuando obtiene la pensión de jubilación y pretende continuar en el ejercicio de la misma pero incluyéndose en la Mutualidad de la Abogacía. Es curioso, la argumentación de la TGSS es que no procede la baja en la Seguridad Social porque sigue realizando la misma actividad, la de la abogacía, que es la que había dado motivo a su inclusión en el RETA. Por lo que no existiendo cese en la actividad, evidentemente, el INSS estaba legitimado para negar la pensión de jubilación, por falta del requisito que acreditaba el cese en el trabajo¹³. Lo cual, dicho sea de paso, es rigurosamente

¹² Evidentemente pudieron causar baja en el RETA si optase por su inclusión alternativa en la correspondiente mutualidad. Evidentemente, dicha baja no dio lugar a devolución alguna de cuotas ingresadas y tenía efectos a partir del día primero del mes siguiente a aquel en el que se formulase la solicitud de baja.

¹³ En coherencia con el artículo 3 a) de la Orden de 18 de enero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de Vejez en el Régimen General de la Seguridad Social, se podrá acceder a esta prestación “*Para los trabajadores que se encuentren en alta, el día de su cese en el trabajo por cuenta ajena.*”

cierto puesto que el art 35.2 del RD 84/1996 Reglamento General de Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas y Bajas de trabajadores establece que *“la baja del trabajador producirá efectos desde el cese (...) en la actividad por cuenta propia”*. Indicándose en el último párrafo de este apartado que *“La mera solicitud de la baja y el reconocimiento de la misma no extinguirá la obligación de cotizar ni producirá los demás efectos de aquéllos si continuase la prestación del trabajo o el desarrollo de la actividad o situación correspondiente...”*.

Desde luego, las interpretaciones de la Administración de la Seguridad Social son de lo más desconcertantes, porque en el Oficio de Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 4 de octubre de 2013, se permite acceder a las pensiones de “jubilación activa” sin que se haya producido un cese real en el trabajo, interpretando, ahora, que no es necesaria la baja para ello, y que la pensión se entenderá causada el “último día del mes que corresponda tomando como referencia el día en que el trabajador haya presentado la solicitud de la pensión compatible con el trabajo”¹⁴. Justamente lo contrario que mantenía en el asunto que se examina en la STS de 2 de marzo de 2016.

De otro lado, se han vertido, al comentar esta sentencia, afirmaciones inexactas: por ejemplo, se indica que en esta STS, sala contencioso administrativo, de 2 de marzo de 2016 (RJ 2016, 642), “lo que se debate es si cabe la compatibilidad en el percibo de una pensión, reconocida en el RETA, régimen de Seguridad Social en el que se estaba de alta por la realización de una actividad consistente en el ejercicio libre de la abogacía, con el desarrollo de dicha actividad, pero con una inclusión en la Mutualidad General de la Abogacía”¹⁵. E incluso, mucho más lejos de la realidad, resuelve la problemática “de forma negativa” sobre la compatibilidad en percepción de dicha pensión y el ejercicio profesional para el profesional afiliado al RETA una vez cesada la actividad y reconocida la pensión de jubilación en dicho Régimen Especial¹⁶. En mi opinión

¹⁴ Vid. Mercader Uguina, JR. “¿Puede producirse la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo sin cesar el trabajador en su actividad? El RDL 5/2013 y el valor interpretativo el Oficio de Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 4 de octubre de 2013 Información Laboral nº 1 /2014.

¹⁵ Como indican Presa García-Lopez, R y Panizo Robles, J.A en “Si has causado pensión en el Régimen Especial de Autónomos como abogado no puedes seguir ejerciendo la actividad profesional, aunque te incorpores a la Mutualidad General de la Abogacía” BIB 2016/2526 Rev Aranzadi Digital

¹⁶ En palabras exactas, lo que resuelve según Panizo Robles es que “el interesado optase por afiliarse y/o darse de alta en el RETA, pero manteniendo su incorporación en la Mutualidad, surgía

no debemos ser tan optimistas con esta sentencia ya que única y exclusivamente se analiza si procede o no una baja en el RETA cuando el solicitante de la misma continúa realizando la misma actividad que dio derecho a su inclusión. Es cierto que, según el relato fáctico de la Sentencia, inicialmente se solicitó la baja (pero sin el cese de actividad) y se concedió la pensión de jubilación en el RETA. Pero tras una revisión de oficio, se revocó la baja ya que el trabajador, sin solución de continuidad, se mantenía realizando la profesión de abogado. Y en coherencia con la anulación de la baja, vuelve a estar en alta, lo que supone una situación de activo, incompatible con el percibo de la pensión de jubilación. Realmente, el TS no hace referencia alguna a la pensión de jubilación, no puede hacerlo porque es un tema en el que no es competente materialmente. En fin, que se discute únicamente es la validez o no de un acto administrativo de encuadramiento, por supuesto, la validez del acto de alta como acto de encuadramiento lleva consigo el imposible acceso a la prestación de jubilación, pero ello es una consecuencia secundaria que ni siquiera se discute ya que no es competente el Tribunal. Pero lo verdaderamente importante, al menos para lo que no interesa es que nos permite preguntarnos sobre la consecuencia indirecta, esto es sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la realización de un trabajo con la pensión de jubilación.

Por su parte, el objeto de litigio en la STSJ de Castilla León es, puramente, la compatibilidad de la pensión de jubilación con el ejercicio de la abogacía. La consecuencia final de este fallo da lugar a la incompatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo de los abogados que hubieran causado su pensión de jubilación estando dados de alta en el RETA. En este supuesto, el actor solicitó pensión de jubilación en el RETA condicionada a la concesión de la compatibilidad de la misma con la actividad profesional de la abogacía, lo que le fue denegado. Para esta sentencia es imposible la compatibilización de la pensión de jubilación total del RETA del abogado con el posterior ejercicio de la abogacía aunque pudiese acceder a la misma a través de la cobertura de una Mutualidad de Previsión Social alternativa ya que el “actor no había solicitado baja en el

la duda de si, una vez cesada la actividad y reconocida la pensión de jubilación en dicho Régimen Especial, cabía la percepción de dicha pensión y el ejercicio profesional, con el mantenimiento de pertenencia a la Mutualidad colegial, dada la naturaleza de Mutualidad alternativa y complementaria”, en “El Tribunal Supremo zanja la cuestión: no se puede percibir la pensión de jubilación en el RETA y mantenerse en el ejercicio profesional de la abogacía, con inclusión en la Mutualidad General de la Abogacía”, CEF, Marzo 2016.p.2

RETA”. De hecho, el INSS sí le concedió a su petición una “jubilación activa”, ex RD-Ley 5/2013. En definitiva, en el FJ 2º se indica que *“Pero, en caso ahora enjuiciado, estaba dado de alta en el RETA, no consta que hubiera solicitado su baja y la primera vez que consta la solicitud de baja en el mismo, es en el escrito interponiendo el recurso de Suplicación, lo que es un hecho y cuestión nueva y que como tal no puede ser ni valorado ni tenido en cuenta para resolver el recurso.*

Y en cuanto al trabajador por cuenta propia afiliado al RETA, y al amparo de cuyo régimen solicita la jubilación... condicionada a no darse de baja en el Censo de Empresarios Profesionales y Retenedores, solo es posible la compatibilidad siempre que el trabajo por cuenta propia no genere ingresos superiores al Salario Mínimo Interprofesional, art. 165.4 LGSS..., requisito que no ha probado el actor, como también se declara con valor de hecho probado...”. O sea, que, en sentido contrario, si hubiese solicitado la baja en el RETA parecer que podría entenderse la compatibilidad.

Para incrementar la inseguridad sobre la cuestión en la que nos movemos hemos de hacer referencia necesariamente a la STSJ de Madrid, sala de lo social, de 17 de diciembre de 2013 (rec. 1741/2013) que analiza el mismo supuesto de hecho que la sentencia anterior: se trata de un trabajador que solicita la pensión de jubilación en el RETA como abogado ejerciente por cuenta propia, indicando en su solicitud que deseaba continuar ejerciendo la profesión de abogado por cuenta propia, ex DA 37ª Ley 27/2011. El INSS le denegó la prestación por no estar dado de baja en el RETA. El actor solicitó su baja en el RETA y la TGSS acordó “desestimar la solicitud de baja por no quedar acreditado el cese de actividad que dio lugar a su alta en el citado Régimen Especial”. En base a ello, el INSS resolvió la denegación de la pensión de jubilación por “no haberse producido el hecho causante de la pensión”. Pues bien, esta sentencia relativiza el requisito de la baja en el RETA para poder acceder a la pensión de jubilación compatible con la actividad como abogado (ahora cubierto por la Mutualidad) ya que en su FJ 2º indica *“Como para ejercer una actividad profesional es preciso estar de alta en el Censo de Empresarios Profesionales y Retenedores, es evidente que no es preciso cumplir el requisito que exige el INSS al actor para causar derecho a la pensión de jubilación, ya que cumple todos los demás requisitos exigidos legalmente”* y continua más adelante indicando que *“En cuanto a los efectos, la sentencia de instancia debe ser confirmada, pues entiende el I.N.S.S. que deben ser desde que se produce el hecho causante, que es la baja en el RETA, lo que no se ha producido por impedirlo el I.N.S.S., significando que para ejercer es preciso estar de alta en Hacienda y, por tanto, este requisito -acreditar documentalmente la baja en Hacienda como Abogado ejerciente por*

cuenta propia- no puede ser exigido.”. En cierto modo, culpa de la imposibilidad de conseguir el requisito de la baja al INSS y al propio servicio común que se la deniega. Con lo cual la polémica está servida. Desde luego, esta sentencia creo que cumplía con los requisitos legales exigidos para servir de contraste en un posible recurso de casación por unificación de doctrina ante la Sala IV respecto a la doctrina emanada en el sentido de la STSJ de Castilla León anteriormente comentada.

2.2. La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo

2.2.1 Configuración general: hacia el envejecimiento activo como objetivo

El alto coste económico actual de las pensiones de jubilación, que las han convertido en el gasto central de los sistemas de protección social, y su proyección a causa del envejecimiento de la población (y la baja tasa de natalidad), ha supuesto que en los últimos años se hayan producido importantes cambios normativos en esa materia.

Claramente, los distintos avisos producidos desde la Unión Europea dieron lugar a que por consenso de las distintas fuerzas políticas se adoptara a mediados de los noventa del siglo pasado el conocido como Pacto de Toledo, que, respecto del tema que nos ocupa, estableció como recomendación la flexibilidad en la edad de jubilación (que habría de establecerse de forma progresiva y gradual). La idea era que el sistema no pudiera impedir “una presencia social activa del pensionista” bien facilitando la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo desearan o bien permitiendo una jubilación parcial en el sentido de poder simultanear la pensión con la actividad laboral del trabajador.

A esta idea última idea ha de unirse que el reforzamiento de los principios de equidad y contributividad, “sin perjuicio del criterio de solidaridad”¹⁷, de tal modo que las prestaciones guarden una mayor proporcionalidad con el esfuerzo de cotización realizado. Ha sido una magistral eufemismo para recortar, de

¹⁷ Lo cual siempre me ha parecido incongruente. Estamos en un sistema de pensiones de reparto, el reforzamiento de criterios de contributividad es propio de los de capitalización, salvo que quieran imponerse como obstáculos a la obtención de prestaciones públicas y con ello conseguir contener el gasto social. ¿Quién nos garantiza una pensión proporcional al esfuerzo de cotización realizado si cuando nos jubilemos nuestras cotizaciones ya se habrán gastado en el pago de pensiones de los pasivos durante nuestro período de aportación?

forma dura a veces, los derechos a prestaciones contributivas del sistema la Seguridad Social bien incrementando los requisitos de acceso bien reduciendo la cuantía final de las prestaciones a recibir. Como indica de forma impecable GARCÍA MURCIA, el tema de la prolongación de la vida activa se vincula “al terreno de la sociología, la demografía y la ciencia financiera o presupuestaria, aunque siempre con algún ingrediente importante procedente del campo asegurador o actuarial. El gran objetivo de estas propuestas es la preservación de la salud financiera de los sistemas de Seguridad Social, aunque en su puesta de largo también suelen intervenir argumentos de otro calado: de una parte, la alusión a las expectativas de vida de las personas y, por lo tanto, al momento de llegada de la fase de vejez, que hoy en día parece en trance de despegarse del mero cumplimiento de la edad de sesenta y cinco años; de otra parte, la invocación de razones productivas y económicas, más pendientes de la posible aportación de las personas, aún a sabiendas de su avanzada edad, al sistema productivo”¹⁸.

Ya no solo se ha modificado la edad de acceso a las pensiones de jubilación o se han endurecido los requisitos para acceder a las pensiones de jubilación anticipada, sino también en el conocimiento de que en el futuro las pensiones de jubilación no cumplirán la función de rentas de sustitución de los salarios dejados de percibir, alejándose de la tasa de sustitución ideal (probablemente pasemos de los “workers poors” a los “old age pensioner poors”) ya se están diseñando válvulas de escape para tales insostenibles situaciones que permitan la compatibilidad de la pensión con el trabajo.

En definitiva, el concepto de flexibilidad afecta también a la propia contingencia de la jubilación, ya no sólo a las posibilidades que deja al trabajador en cuanto a la elección de adelantar¹⁹ o retrasar la edad de jubilación, sino también a la posibilidad de compatibilizar la pensión con el desempeño con una actividad laboral sea cual sea el momento²⁰. No solo eso, sino que además se viene a impulsar la prolongación de la vida activa, la promoción de una jubilación más tardía y progresiva y la potenciación de la jubilación activa. Dicho de otro modo,

¹⁸ En “La política contemporánea de jubilación: algunos dilemas y algún contrasentido”, en AAVV, *Tratado de jubilación: Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo motivo de su jubilación*, Coord. López Cumbre, Editorial Lustel, Madrid, 2007, pág. 395.

¹⁹ En este aspecto, francamente, cada vez son menos las posibilidades.

²⁰ Como indica Alarcón CaracueL, M.R.: “El concepto de jubilación flexible”, TL nº 66, 2002, 122-123.

se considera que es bueno alargar la vida laboral de los trabajadores en un marco lo suficientemente flexible para que pudiera dar respuesta a todas las especiales situaciones de este colectivo y para ahorrar gastos en pensiones. Y es que, como ha indicado certeramente LÓPEZ GANDÍA, “las nuevas relaciones entre pensión de jubilación y trabajo son por otro lado una muestra más del llamado Estado del Bienestar ‘activo’, del nuevo papel de las prestaciones de Seguridad Social en relación con la actividad, esto es, del paso de un sistema de protección social identificado con la sustitución de rentas del trabajo exclusivamente a un sistema de prestaciones al servicio de la recolocación”²¹.

2.2.2. *Breves apuntes sobre las posibilidades de compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista vigentes en la actualidad*

Unas de las características históricas, que con el paso del tiempo se viene desmoronando, para el acceso a las pensiones de jubilación ha sido, o es, el cese en la actividad. La contingencia que daba causa a las prestaciones por jubilación era la situación de pérdidas de salarios o medios de subsistencia que sufrían los trabajadores al alcanzar una edad, fijada por el legislador, en la que se entendía o presumía que se podrían haber perdido las aptitudes y capacidades para el ejercicio de una actividad laboral. Recordando que, salvo excepciones, alcanzar dicha edad no tenía que suponer de forma obligatoria dejar de trabajar sino que era una opción para que, en caso de no querer continuarse en activo, se pudiera acceder a la pensión de jubilación si se cumplían los requisitos.

El art. 213 LGSS establece como regla general que el disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con el trabajo del pensionista²². Ello es perfectamente coherente con el concepto de jubilación contributiva del art. 204 cuya prestación económica se reconocerá “cuando alcanzada la edad establecida, cese

²¹ En *Jubilación parcial*, Bormarzo, Albacete, 2004, pág. 7.

²² Por su parte, el artículo 93 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, al referirse a la incompatibilidad indica que:

“ 1. El disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con todo trabajo del pensionista, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación de este Régimen Especial, del Régimen General o de alguno de los demás Regímenes Especiales a que se refiere el artículo 10 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974

2. El disfrute de la pensión de jubilación será compatible con el mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad.”

o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena” (ello también es aplicable para el trabajo por cuenta propia como se recoge en el art. 42 del RD 2530/1970 de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos que indica que la misma se concederá “cuando a causa de su edad cesen en el trabajo”. También es incompatible la percepción de la pensión de jubilación con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público²³, incluyendo a los altos cargos de la Administración.

Las únicas excepciones a la compatibilización de las pensiones de jubilación con la actividad del pensionista, además de las salvedades que legal o reglamentariamente se prevean en las que nos centraremos en el apartado siguiente, serían:

a) La llamada jubilación flexible²⁴: recogida en el segundo párrafo del art. 213.1 LGSS, esto es las personas siendo beneficiarios de pensiones de jubilación acceden nuevamente al mercado de trabajo con un contrato a tiempo parcial, en cuyo caso la cuantía de la pensión “se minorará en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable”²⁵.

b) La jubilación parcial: recogida en el art. 215 LGSS, que puede ser o no anterior a la edad legal de jubilación, y que supone, siempre que se cumplan los requisitos, especialmente estrictos en los casos de anticipación, que el trabajador

²³ A excepción de los profesores universitarios eméritos y del personal licenciado sanitario emérito.

²⁴ Por todos, véase, García Ninet, J.I.: “Jubilación parcial, jubilación flexible y contrato de relevo. Nuevos intentos de utilización de esta modalidad contractual. Reparto del empleo e incentivo a la prolongación de la vida laboral a tiempo parcial”, *Tribuna Social*, n° 247, 2003, pág. 7. Y, especialmente, como se inserta la legislación española sobre la jubilación flexible en el seno de la normativa europea, puede verse López Cumbre, L., en “El marco comunitario y la legislación española sobre jubilación flexible”, *RMTAS* n° 37, 2002.

²⁵ Ha de recordarse que la “jubilación flexible” como término que utiliza el art. 1 de la Ley 35/2002 “puede llevar a confusión, pues ha referido la mención jubilación flexible a sólo un supuesto específico de ella, el de compatibilidad de la pensión de jubilación ya obtenida con un posterior trabajo a tiempo parcial. El concepto de jubilación flexible es genérico e incluye a todos los supuestos de alteración de la regla de la jubilación total y completa a los 65 años”, como indica Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M, en “La flexibilidad de la edad de jubilación”, *RL t. II*, 2002, versión leydigital.es, pág. 14. De hecho, en términos generales, podría decirse que “la jubilación parcial es una manifestación más de la jubilación flexible en relación a las condiciones de la percepción de la prestación”, como indica Pumar Beltrán, N., en “La jubilación parcial como manifestación de flexibilidad”, *TL* n° 82, 2005, pág. 139.

acuerde con el empresario una reducción de su jornada de trabajo (generalmente, entre un mínimo del 25% y un máximo del 50%) para iniciar su vida como pasivo obteniendo una pensión de jubilación parcial para compensar la ganancia de ingresos por la reducción de jornada producida.

Desde luego la jubilación parcial y la flexible son dos situaciones distintas: la jubilación parcial es para personas en activo que desean reducir su jornada de trabajo y compatibilizar con una pensión de jubilación parcial y la jubilación flexible supone que un pasivo, un trabajador ya jubilado, vuelve a acceder al mercado de trabajo a través de un contrato a tiempo parcial, viendo por ello reducida su pensión en proporción inversa a la jornada de trabajo a tiempo parcial realizada.

c) La llamada “jubilación activa”: recogida en el art. 214 LGSS que permite el disfrute de la pensión de jubilación a los pensionistas con cualquier trabajo por cuenta propia o ajena siempre que éste haya accedido a la pensión de jubilación a la edad legal (no bonificada ni anticipada) y la cuantía de su pensión hubiera obtenido el máximo posible a dicha edad (100%). En dicho caso, e independientemente de que el trabajo por cuenta ajena se realice a tiempo parcial o completo, se permite la compatibilidad con la pensión de jubilación pero la misma se reduce la 50%, excluido el complemento a mínimos que correspondiera, evidentemente, cuando se cese en dicha actividad se recuperará nuevamente la pensión de forma íntegra con las revalorizaciones correspondientes²⁶. La norma exige el acceso previo a la pensión de jubilación, por lo cual el trabajador habrá tenido que haber cesado en su trabajo, pero un “Oficio” de la DGOSS de 4 de octubre de 2013 con un valor jurídico más que discutible obvia esta obligación ya que permite acceder a la pensión de jubilación activa a los solicitantes que hubieren cumplido el resto de los requisitos “sin que se produzca el cese”²⁷. Pero lo cierto es que esta misma interpretación ya ha sido acogida en alguna sentencia (STSJ de Castilla León de 22 de octubre de 2015 (Jur 2015, 257202))²⁸.

²⁶ Durante dicho trabajo se produce una cotización reducida, de “solidaridad” que sólo computará para las prestaciones de incapacidad temporal y por contingencias profesionales.

²⁷ Una dura, pero justa crítica, a este “derecho subterráneo de la Seguridad Social”, puede verse en Mercader UguinA, J.R. “¿Puede producirse la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo sin cesar el trabajador en su actividad? El RDL 5/2013 y el valor interpretativo del Oficio de Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 4 de octubre de 2013, op. cit.

²⁸ En esta sentencia se permite acceder a la pensión de jubilación al trabajador que cumple en el momento de la solicitud los requisitos, pese a mantener su alta en el RETA “ya que la norma

d) La compatibilidad con “trabajos marginales”: el art. 213.4 LGSS recoge una situación de compatibilidad tan curiosa como complicada de controlar²⁹. Se indica en el mismo que el percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual. Y además excluye de cotización a tales supuestos por lo que no generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social.

3. EN ESPECIAL: LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL EJERCICIO PROFESIONAL COMO ABOGADO Y LAS PENSIONES POR JUBILACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

3.1. Cuestiones generales de incompatibilidad fallidas: en el encuadramiento y en las prestaciones

De forma ciertamente reiterada, a distintos Gobiernos no les ha satisfecho la regulación de la protección social de los profesionales de Colegios con Mutualidades alternativas y por ello han intentado limitar o interpretar de forma restrictiva la LOSSP.

Por parte del Gobierno o de la Administración de la Seguridad Social se ha “atacado” a la Ley desde dos frentes interpretativos:

a) En un primer lugar, respecto de la posibilidad de simultanear la incorporación en la Mutualidad Colegial y el alta en el RETA. Ya que una interpretación realizada por la TGSS en sentido exclusivo, impidió a un profesional colegiado en el RETA estar al mismo tiempo incorporado a su mutualidad. Olvidando que la en Ley 30/1995 se configuraron éstas como una instrumento complementario del sistema de Seguridad Social, además de alternativo, lo que se desprendía directamente de la declaración del art. 64 de dicha norma que indica que “*las*

no establece prohibición al respecto”, como indica Domínguez Martín, A. “La jubilación activa no requiere baja previa en la Seguridad Social” STSJ de Castilla León de 22 de octubre de 2015 (Jur 2015, 257202), Rev. Aranzadi Social, BIB, 2016/218.

²⁹ Como se ha dicho, respecto de la compatibilidad con ingresos inferiores al SMI, “... en muchos casos el control del importe real puede ser complicado por diversos motivos”, en Selma Penalva, A “Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo”, Rev. Doctrinal Aranzadi Social nº 2/2013 (BIB 2013/931), p. 5, además esta autora duda, y estoy de acuerdo con ella, que en la actualidad hayan mecanismos adecuados para comprobar que los ingresos realmente declarados por el pensionistas coinciden con la realidad.

Mutualidades de Previsión Social son entidades aseguradoras que ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementario al sistema de la Seguridad Social obligatoria”.

El Tribunal Supremo, en STS, sala de lo social, de 25 de enero de 2000³⁰ dirimió esta cuestión al interpretar en el sentido de que la DA 15ª LOSSP “*la opción establecida por la Ley 30/1995 no viene configurada como alternativa obligatoria, sino como opción voluntaria por el uno o el otro, sin que ello suponga la prohibición de permanencia en los dos*”. Lo que supone, en resumidas cuentas, que las Mutuas de Previsión Social tienen dos finalidades principales: “una primera que consistirá en servir de sistema opcional de protección al público para aquéllos que ejerzan su actividad profesional por cuenta propia y decidan no acogerse a la cobertura del RETA; por otra parte, como propósito vinculado a su propia esencia, cubrirán una atención complementaria a la del sistema público, cuando los sujetos del colectivo indicado hayan elegido la Seguridad Social como sistema de atención primario”³¹.

b) En segundo lugar, el RD 1430/2002, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Mutualidades de Previsión Social en su art. 17.2 vino a declarar incompatibles las prestaciones otorgadas por el RETA con las percibidas por la Mutualidad, cuando esta actuase como mecanismo alternativo.

Pero este precepto fue declarado nulo por la STS, de la sala contencioso administrativo, de 22 de junio de 2004, al entenderse contrario a una norma de carácter superior: la DA 15ª LOSSP que permitía la elección entre dos posibilidades, sin que ello supusiera en modo alguno la incompatibilidad de la afiliación en el RETA con la permanencia en la Mutualidad, como también se vio en la interpretación realizada por la STS, de la sala de lo social, de 25 de enero de 2000. Lo cual es, nuevamente, la aplicación del art. 64 de la LOSSP ahora como modo de protección social complementaria a la del RETA³².

³⁰ Vid. Sempere Navarro, A.V. “Sobre la opción entre el RETA y la Mutualidad de la Abogacía”, *Aranzadi Social*, nº 0, Abril 2000.

³¹ Vid. Blázquez Agudo, EM “La doble función de las Mutuas de los Colegios Profesionales. Comentario a la Sentencia de la sala de lo contencioso del TS, de 22 de junio de 2004” *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 7, 2004, p.4 y 5.

³² Vid. Ron Latas, R.P., ¿Son compatibles las prestaciones de las mutualidades de previsión social de los colegios profesionales y las del régimen especial de trabajadores autónomos? (BIB 2004/1627) *Rev. Doctrina Aranzadi Social*, 2004.

Por ello, en caso de que el profesional colegiado optara por el RETA para su protección social y se mantuviera en la Mutualidad con carácter voluntario/complementario, cuando se jubile, podrá acceder a la pensión del sistema de Seguridad Social, la cual será compatible con la pensión o rentas compatibles por la misma situación de la Mutualidad de Previsión Social del Colegio Profesional ya que no pueden considerarse como “pensiones concurrentes” que puedan afectar a la cuantía a percibir por el sistema público³³.

Ha de tenerse en cuenta que por lo general la cobertura de las Mutuas de Previsión Social aunque pueden tener ha extensión parecida a las contingencias cubiertas por la Seguridad Social según el art. 65 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, que sustituye a la LOSSP, las contingencias protegidas podrán ser las de muerte y supervivencia, jubilación, enfermedad, incapacidad, matrimonio, maternidad e hijos, etc, pero se deja a la voluntad de los órganos gestores de la Mutua la determinación y la intensidad de las prestaciones que vayan a cubrir, por lo que la decisión recogida en el art. 17.2 del Reglamento de las Mutuas de Previsión Social, correctamente anulado por el TS, era tremendamente restrictiva³⁴.

3.2. La compatibilidad de la pensión de jubilación con el ejercicio libre de la abogacía

3.2.1 La normativa vigente

Anteriormente, cuando se hizo referencia al art. 213, 214 y 215³⁵ LGSS pudimos ver las situaciones en las a pesar de existir una regla general de incompatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo se permitía, siempre que se

³³ Vid Vicente Palacio, A. “La realización de actividad profesional como elemento determinante para la inclusión en el nivel contributivo de la Seguridad Social. Algunas consideraciones desde la perspectiva de la contributividad”, RTSS-CEF, 257-258, 2004.

³⁴ Vid. Fernández Fernández, R. ; “La protección social de los abogados: ¿RETA o Mutualidad del Colegio Profesional”, RTSS-CEF, nº 267, 2005.

³⁵ Teniendo en cuenta que en el momento actual a pesar de que la Ley 27/2011 previó la regulación del trabajo a tiempo parcial de los trabajadores autónomos en el RETA, no es posible en modo alguno la jubilación parcial para ellos ya que, aunque tenía que haber entrado en vigor en enero de 2013, se ha ido posponiendo todos los años. En el momento actual la legislación ha pospuesto su entrada en vigor en enero de 2017, pero es una cuestión que no terminamos de creernos por las experiencias previas.

cumplieran los oportunos requisitos la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo, pero teniendo en cuenta que, salvo para el caso de “trabajos marginales” con rentas inferiores al salario mínimo interprofesional, en los demás supuestos la compatibilización suponía la reducción de la cuantía de la pensión de jubilación durante el periodo en el que se realizara una actividad laboral o profesional.

Junto a estas situaciones, se pospuso para este momento el análisis de la situación que legal o reglamentariamente permitiera la compatibilización de la pensión de jubilación con la actividad del pensionista.

Pues bien, el art. 16.1 de la Orden de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de Vejez en el Régimen General de la Seguridad Social establece que el disfrute de la pensión de vejez será incompatible con todo trabajo del pensionista, *“por cuenta ajena o propia, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General de alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social”*.

Por su parte, el art. 93 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos establece, de un lado, en el mismo sentido que la norma citada anteriormente, que el disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con todo trabajo del pensionista, *“por cuenta propia o ajena, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación de este Régimen Especial, del Régimen General o de alguno de los demás Regímenes Especiales”*. Y, de otro lado, que el disfrute de la pensión de jubilación será compatible con el mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad³⁶.

La interpretación parece clara: el pensionista de jubilación que realice una actividad que no de lugar su inclusión en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social podrá compatibilizar su pensión de jubilación con dicha acti-

³⁶ Como indica Sánchez-Urán Azaña, Y. “... ciertamente es un supuesto conflictivo que no ha sido actualizado por el legislador. En este sentido, la DGOSS en Resolución de 1999 entiende que tales actividades sólo son aquéllas “consistentes en dictar instrucciones directas y criterios de actuación a las personas que tienen encomendadas la gestión y administración de la empresa, así como los actos de disposición que no sean necesarios para efectuar aquéllas” en “Trabajadores de edad avanzada: Jubilación y Trabajo. Cuestiones prácticas tras la reforma de 2013” Actualidad Laboral nº 10, 2013, <http://eprints.ucm.es/22137/> p. 34

vidad (independientemente de los ingresos que pueda tener). En el momento actual, las únicas personas que pueden realizar ello son los profesionales que pertenezcan a Colegios con Mutualidad de Previsión Social alternativa al RETA ya que, como se ha dicho anteriormente, pueden optar en su cobertura por la entidad privada alternativa, con lo cual cumplirían la regla prevista en las normas citadas anteriormente. De hecho, una reiterada doctrina administrativa de la DGOSS y de la propia TGSS³⁷ venía a interpretarlo en dicho sentido, dado que la actividad por cuenta propia realizada por el profesional colegiado integrado en la Mutua, al ser externa al sistema, permitía la compatibilidad con la pensión de jubilación³⁸.

3.2.2 Otro intento fallido más de limitar la compatibilidad: una norma no derogada formalmente

Por su parte, la Orden TIN 1362/2011, de 23 de mayo, sobre régimen de incompatibilidad de la percepción de la pensión por jubilación del sistema de Seguridad Social con la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados intentó dar un giro a esta situación.

Tras indicar que la aplicación práctica de este tipo de compatibilidad “vino a suscitar ciertas dudas” sobre la compatibilización entre la pensión jubilación y el ejercicio de una profesión liberal, dio una reinterpretación al art. 16 de la Orden de 18 de enero de 1967 y extendió la incompatibilidad también a estos supuestos. La idea era evitar a partir de dicho momento, pues no afectaba a las situaciones ya consolidadas ni a los supuestos en los que el profesional en el momento de la adopción de esta Orden ya tuviera cumplido los 65 años de edad, la compatibilidad de la pensión de jubilación con el ejercicio libre de la profesión que permitiera la opción por la inclusión en una mutualidad alternativa frente al RETA.

³⁷ Según la Consulta 1366043, de 27 de Junio de 2014, al MESS, no vinculante: “La prestación de jubilación es compatible con trabajos que impliquen la afiliación a la mutualidad de un colegio profesional. Puesto que no existe un reconocimiento recíproco de cotizaciones entre los sistemas de previsión de los colegios profesionales y la Seguridad Social, estos trabajos son compatibles con la pensión de jubilación del sistema”. También la RDGOSS de 21 de noviembre de 2005 o la Resolución de la DGOSS de 6 de noviembre de 1996.

³⁸ En este sentido, López Aniorte, M.C. en “Acerca de la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia” REDT, Civitas, BIB 2012/3118 n° 156/2012, p. 5. También Requejo Gutiérrez, F “Incidencia en el ejercicio de las profesiones colegiadas del nuevo régimen de compatibilidad de la pensión de jubilación tras el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo”, NREDT n° 174/2015, BIB 2015/1047.

Norma que fue ampliamente criticada por la doctrina³⁹, pero que a pesar de ello fue parcialmente bendecida (en el sentido de no entender que la misma vulneraba el principio de jerarquía normativa) por la sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2012, que finalmente, como era de esperar, estableció que la misma, aunque no está formalmente derogada⁴⁰, no podría ser de aplicación por la DA 37ª de la Ley 27/2011 que ordenaba que se mantuviera el criterio interpretativo que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden TIN 1362/2011. Evidentemente, la presión del colectivo de profesionales afectados (y especialmente de sus mutualidades) y, quizás, las dudas sobre la legalidad de la Orden, hicieron que se adoptara esta DA 37ª de la Ley 27/2011 volviendo al momento anterior.

3.2.3. *La necesidad de regular esta situación con una norma de rango legal que disipe las dudas*

La compatibilidad de la pensión de jubilación con los profesionales ejercientes de Colegios con Mutualidades alternativas sigue siendo una cuestión de interpretación que va a depender en última instancia de lo que el legislador desarrolle en un momento dado. Por ahora se utiliza un reglamento muy antiguo, preconstitucional, para sostener la compatibilidad pero quizás, en el futuro, las necesidades económicas del sistema exijan “recortar” esta situación, además de las dudas interpretativas que suscita.

³⁹ Norma de “rango insuficiente”, “agravio intolerable”, “transitoriedades diabólicas”, entre otras cuestiones, indica Sempere Navarro, A V. “La Orden Ministerial sobre incompatibilidad de la pensión de jubilación para profesionales colegiados”, BIB 2011/1139, Actualidad Jurídica Aranzadi num.825/2011, indicando que “Visto todo lo anterior, surge la duda de si lo mejor sería la inmediata derogación de esta intrépida y desconcertante orden”. Por su parte, Tortuero Plaza, J.L., critica que una OM fuese el vehículo normativo adecuado para la regulación, dudando de su legalidad en La Reforma de la Jubilación (Marco de Referencia y la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social), Aranzadi Thomson- Reuters, Navarra, 2011, pág. 129. También indica, creo que con cierta ironía, que la Orden operó “transcurridos 13 años desde que se entendió suscitada la “anomalía”...” O refiriéndose a la corrección de errores publicada en el BOE de 4 de junio de 2011 incluyó “... así como para quienes en la citada fecha hubieran ya cumplido los 65 años de edad”, lo que evidentemente “la llamada corrección de errores supuso una variación sustancial de la norma”.

⁴⁰ En este mismo sentido, a González Ortega, S., no le queda claro que la DA 37 de la Ley 27/2011 derogara la Orden TIN 1362/2011 ya que no está en el listado de la DD Única de la citada Ley, en “La reforma de la jubilación ordinaria”, en AAVV, *La Reforma de la Seguridad Social de 2011*, Dir. García-Perrote Escartín y Mercader Uguina, Lex Nova, Madrid, 2011.

De hecho, la DA 37^a de la Ley 27/2011 contenía otro mandato claro al Gobierno para que elaborara un proyecto de Ley que regulase la compatibilidad entre pensión y trabajo pero “garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades”.

En el Oficio 21 junio 2013 DGOSS⁴¹ sobre una consulta del Colegio de Abogados de Barcelona sobre si el RD-Ley 5/2013 había afectado la situación de compatibilidad de las pensiones de jubilación con el ejercicio profesional de la abogacía, ex art. 16 de la Orden de Vejez de 1967, se contestó por esta Dirección General que el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo no es la norma de aplicación de la DA 37^a de la Ley 27/2011, ya que en la misma no se hace referencia a la misma “omisión que no parece justificable si se pretendiese abordar mediante dicha norma el mandato impuesto al Gobierno para presentar un proyecto de ley regulador de la compatibilidad entre la pensión y el trabajo” y consideró que la modalidad de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo regulado en el Capítulo I del RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo “no afectaría al específico régimen de compatibilidad previsto para los profesionales colegiados que en el ejercicio de una actividad por cuenta propia, y al amparo de lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, quedan exentos de la obligación de alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y opten o hubieran optado por incorporarse a una de las mutualidades de previsión social a las que la citada disposición legal posibilita su actuación como alternativas al alta en el expresado régimen especial”.

No obstante ello, una parte de la doctrina cree que ello no es así y que el RD-Ley 5/2013 sí afecta a esta situación, “hay que entender que el régimen de compatibilidad para aquellos profesionales que se hubieran dado de alta en el RETA... o hubieran mantenido el alta en dicho régimen y se hubieran incorporado también a la Mutualidad alternativa (de existir ésta) será el que establece ahora el RD-Ley 5/2013. Para los que hubieran optado por mantenerse incorporados a la Mutualidad o no se prevea obligación de darse de alta en el RETA, se mantendrá la compatibilidad absoluta en los términos previstos por la Ley 27/2011. En el primer supuesto, el profesional accederá a la pensión de jubilación en un régimen del sistema de Seguridad Social y, por tanto, quedará

⁴¹ Puede verse en: www.mupiti.com/pdf/legislacion/Com_DGOSS_21062013.pdf

comprendido en el campo de aplicación de la modalidad de compatibilidad que establece la norma de urgencia.”⁴². La polémica no cesa.

Y es normal que continúe ya que no parece muy normal que se mantenga este “privilegio” de compatibilidad absoluta e ilimitada de la pensión de jubilación al colectivo de profesionales que puedan incluirse en una mutua alternativa.

Es cierto que estos profesionales no pueden disfrutar, en caso de ejercer por cuenta propia y estar incluidos en el RETA, de la jubilación parcial, pero también que con el número de situaciones vigentes que permiten la compatibilidad, dicho “privilegio” parece fuera de lugar, anacrónico. De hecho, la DA 37^a de la Ley 27/2011 exige que el proyecto de Ley que regule la compatibilidad entre pensión y trabajo garantice el relevo generacional “y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades”⁴³.

En esta igualdad de condiciones parece subyacer la idea de eliminar este “privilegio” porque en el momento actual, con tantos recortes operados en la protección social, es difícilmente entendible, y mucho menos defendible, el mantenimiento de un envejecimiento activo con una carga económica tan alta para el sistema como es esta situación. Como dice SEMA PENALVA, conviene analizar “si la intención del legislador es premiar a los jubilados que abandonen su actividad laboral para emprender como profesionales autónomos nuevos retos y por tanto, actividades empresariales diferentes a las que venían realizando antes de acceder a la condición de pensionistas, o si por el contrario, podría darse el caso en el que un sujeto, apoyándose en las genéricas previsiones del art. 213.4 LGSS [añado: o del art. 16 de la Orden de Vejez de 1967], pudiese compatibilizar lícitamente el percibo de una pensión de jubilación causada en el RETA, con el desarrollo una vez jubilado, de la misma actividad que venía desarrollando a lo largo de su vida activa, pero acogándose ahora a las exenciones de cotización que esta forma de compatibilidad permite, sin que esto conllevara reducción alguna del importe íntegro de la pensión de jubilación que le corresponde”⁴⁴.

En definitiva, no parece muy adecuado mantener esta situación actual en la

⁴² Vid. Sánchez-Urán Azaña, Y. “Trabajadores de edad avanzada: Jubilación y Trabajo. Cuestiones prácticas tras la reforma de 2013”, op.cit., p. 35.

⁴³ Vid. López Anierte, MC “Acercas de la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia” op. cit.

⁴⁴ En “Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo”, op. cit.

que un profesional colegiado en el RETA, se dé de baja o no en el mismo para obtener la pensión de jubilación, y una vez obtenida se integre en la Mutualidad de Previsión Social de su Colegio Profesional para compatibilizar la pensión con su trabajo habitual, que sigue manteniendo, a veces, sin solución de continuidad, y sin que la pensión se vea afectada en modo alguno.

Por ello, PANIZO ROBLES indica con vehemencia, que si el abogado hubiese optado por incorporarse al RETA y accede a la pensión de jubilación, “no podrá realizar otra actividad, salvo que se le suspenda el percibo de la pensión o, alternativamente, opte por el sistema de la “jubilación activa”, siempre que reúna los requisitos para ello”⁴⁵.

Con la interpretación que se viene haciendo a la legislación vigente por la propia Administración y los Tribunales, yo no lo tengo tan claro. Es posible siempre acudir a situaciones que bordeen la norma para acceder a la pensión. En la sentencia del TS que tiene origen este comentario, sala contencioso administrativo, 856/2016, de 2 de marzo de 2016, se discute un acto de encuadramiento que es requisito necesario para la acreditación del cese para el acceso a la pensión de jubilación. Pero, si el abogado, o el profesional colegiado con mutualidad alternativa, solicita la baja en el RETA y obtiene la pensión, podría en cualquier momento posterior, sin que necesariamente pudiera entenderse como fraude, continuar con el ejercicio de la abogacía bien por indicar que sus ingresos anuales son inferiores al SMI, bien por darse de alta en la Mutualidad alternativa.

Es imperativamente necesario que se cumpla la DA 37^a de la Ley 27/2011 y se dicte una Ley en la que se regule claramente esta situación. Siendo, a mi juicio, lo más oportuno la eliminación de esta compatibilidad, reconduciéndola a los supuestos generales de los artículos 213 a 215 LGSS, de modo que el profesional que continúe en el ejercicio activo de su profesión vea afectada también la cuantía de su pensión, eliminando tan antiguo “privilegio”.

⁴⁵ En “El Tribunal Supremo zanja la cuestión: no se puede percibir la pensión de jubilación en el RETA y mantenerse en el ejercicio profesional de la abogacía, con inclusión en la Mutualidad General de la Abogacía”, op. cit. p.15.

Reseña de Legislación

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: ENERO A ABRIL DE 2016

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

LEY 1/2016, DE 1 DE MARZO, RELATIVA A LAS MEDIDAS EXTRAORDINARIAS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE AYUDAS A LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO NÚM. 160/2004, CORRESPONDIENTE A LA EMPRESA HITEMASA (BOJA núm. 43, de 4 de marzo de 2016).

Concreta el marco jurídico para la concesión de ayudas a los trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo número 160/2004, de fecha 8 de octubre de 2004, relativo a la empresa Hitemasa, siempre que aquellos hubieren figurado como beneficiarios de una póliza de seguro de rentas en proceso de financiación con la compañía aseguradora Apra Leven, N.V. con la finalidad de establecer las rentas a percibir por cada uno de los extrabajadores del colectivo afectado y del pago de las cuotas del convenio especial suscrito por tales trabajadores con la Tesorería General de la Seguridad Social.

LEY 2/2015, DE 29 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA FAVORECER LA INSERCIÓN LABORAL, LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO, EL RETORNO DEL TALENTO Y EL FOMENTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO (BOJA núm. 6, de 12 de enero de 2016. Corrección de errores en BOJA núm. 34, de 19 de febrero de 2016).

Mediante esta norma se pretende activar el mercado de trabajo de la Comunidad Autónoma de Andalucía fomentando la mejora de la empleabilidad, el fomento de la inserción laboral y la creación y consolidación del trabajo autónomo. Para lograr esta finalidad, se aprueban las siguientes medidas:

1. Programa de Emple@Joven y Emple@30+.

Consta de cinco líneas distintas, siendo las particularidades de cada una de ellas, las siguientes:

1.1. Iniciativa Cooperación Social y Comunitaria Emple@Joven y Emple@30+.

Se desarrolla en su Sección 1.ª del Título I (arts. 6 a 14) y trata de impulsar

la creación de empleo, facilitando la inserción laboral de personas desempleadas por parte de los Ayuntamientos, mediante la realización de proyectos de cooperación social y comunitaria.

El programa se dirige a las personas inscritas como demandantes de empleo que no estuvieran ocupadas, siempre que: a) Tengan entre 18 y 29 años, inclusive; además de estar inscritas en el fichero del Sistema Nacional de Garantía Juvenil. b) Tengan 30 o más años de edad.

El importe global de la ayuda se establece en una escala progresiva, la cuantía se incrementa con la duración de los contratos y los grupos de cotización a la Seguridad Social al que se adscriba la persona contratada. Se establece una horquilla entre los 3.900 euros (contratados de 3 meses, incluidos en el Grupo de cotización 4) hasta los 0.200 euros (contratados por 6 meses e incluidos en el Grupo de cotización 1). Los contratos tendrán que realizarse a jornada completa.

La Ley regula de forma exhaustiva:

- Las obligaciones de las entidades beneficiarias.
- Los requisitos y criterios de selección de los participantes.
- La contratación de las personas beneficiarias.
- La modificación de los contratos y la sustitución de las personas contratadas.

1.2. Becas para el desarrollo de las prácticas profesionales en empresas.

Se desarrollan en la Sección 2.^a del Título I (arts. 15 a 26) y pretenden facilitar las prácticas profesionales a andaluces menores de 30 años con titulación universitaria oficial, titulación en enseñanzas artísticas superiores, formación profesional inicial, enseñanzas artísticas, profesionales y enseñanzas deportivas.

Se dotan 1.000 becas, que serán gestionadas a través de la Universidad Internacional de Andalucía. Cada una de las prácticas profesionales tendrá asignada una cuantía de 2.880 euros (2.700 euros se destinarán a la persona beneficiaria y 180 euros para el seguro de enfermedad, accidente y responsabilidad civil).

1.3. Ayudas para la contratación de personas titulares del Bono de Empleo Joven.

Se desarrolla en su Sección 3.^a del Título I (arts. 27 a 34). Se trata de una ayuda destinada a la contratación de personas inscritas en el fichero del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, que:

a) En el momento de formalización del contrato para el que se solicita la ayuda, tengan entre los 18 y 29 años, ambos inclusive.

b) Que estén en posesión de alguna de las siguientes titulaciones: Titulación universitaria oficial o titulación en enseñanzas artísticas superiores, de formación profesional inicial o bachiller; de enseñanzas artísticas profesionales y enseñanzas deportivas; o de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria.

Se aprueban 14.600 bonos, a los que se añaden los pendientes de concesión de la convocatoria de 2014. La ayuda consiste en una cuantía a tanto alzado por el siguiente importe:

-4.800 euros (contratos a jornada completa).

-2.400 euros (contratos al 50% de la jornada laboral).

Las entidades beneficiarias de las ayudas serán las personas trabajadoras autónomas, las entidades privadas sin ánimo de lucro, así como las entidades sin personalidad jurídica que contraten a las personas titulares de un Bono de Empleo Joven, en los términos que se desarrollan en la Sección 3.^a del Título I.

1.4. Iniciativa de Proyectos de Interés General y Social generadores de empleo.

Se desarrolla en su Sección 4.^a del Título I (arts. 35 a 45). Con esta línea de ayudas se pretende potenciar la contratación, por parte de entidades sin ánimo de lucro privadas, de personas de treinta o más años de edad desempleadas.

Las ayudas serán para atender los costes salariales de las personas contratadas. Las entidades beneficiarias recibirán una ayuda máxima, que será igual al resultado de multiplicar el número de personas trabajadoras desempleadas contratadas por el número de meses de duración del contrato y por el importe del módulo que le corresponda en función del grupo de cotización a la Seguridad Social, con independencia de la retribución que finalmente reciba la persona trabajadora, con un límite máximo de 200.000 euros. Para ello es necesario que:

-La iniciativa se genere dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

-El proyecto se inicie en el presente ejercicio y hubiere finalizado el 30/3/2016, al menos.

1.5. Incentivos a la contratación indefinida de jóvenes.

Se desarrolla en su Sección 5.^a del Título I (arts. 46 a 47). Para tener derecho a la ayuda será necesario que se mantenga ininterrumpidamente el contrato de trabajo, a jornada completa, y durante un mínimo de 12 meses. La ayuda es una cantidad a tanto alzado de 4.750 euros (6000 si es una persona con una discapacidad reconocida igual o superior al 33%).

Tendrán derecho a esta ayuda:

-Las entidades beneficiarias que contraten de forma indefinida a titulares de un Bono de Empleo Joven, tras la finalización del periodo correspondiente a los doce meses de la ayuda.

-Las empresas asociadas inscritas en la Iniciativa Prácticas Profesionales en empresas, que contraten con carácter indefinido a las personas jóvenes beneficiarias en el plazo máximo de 3 meses desde el momento de finalización de la práctica profesional.

2. Programa para la contratación indefinida de personas mayores de 45 años.

Se desarrolla en el Título II de la Ley (arts. 48 a 53). Trata de incentivar la contratación indefinida de personas desempleadas de larga duración de 45 o más años de edad que se lleven a cabo por parte de las empresas ubicadas en Andalucía, como medida de fomento del empleo y estabilidad laboral en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

La ayuda consiste en una cantidad a tanto alzado de 6.000 euros por cada contrato laboral formalizado; o de 7.500 euros si el contrato se formaliza con una persona con discapacidad reconocida igual o superior al 33%; para ello es necesario que el contrato reúna las condiciones que se señalan en el art. 51 de la norma.

3 Programa para el retorno del talento.

Se desarrolla en el Título III de la Ley (arts. 54 a 58). Regula dos tipos de incentivos distintos:

-Incentivos a la contratación dirigidos a las empresas que contraten a personas andaluzas que se encuentren residiendo y trabajando en el extranjero. Estas personas deberán ser mayores de 45 años y tener título universitario de Grado o equivalente. El incentivo es de 40.000 euros por contrato laboral.

-Ayuda asociada al traslado de residencia de las personas contratadas para favorecer su retorno y establecimiento en Andalucía vinculada a la concesión del incentivo a la contratación. Esta ayuda se diversifica en gastos de desplazamiento (hasta un máximo de 5000 euros); gastos de alojamiento (hasta un máximo de 12000 euros); y gastos de escolarización del primer ciclo de educación infantil (2000 euros por hijo, hasta un límite de 5000 euros).

4. Programa de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo.

Se desarrolla en el Título IV de la Ley (arts. 60 a 66). El colectivo que se podrá beneficiar con esta ayuda serán los trabajadores autónomos (salvo los que se encuentran expresamente excluidos en su art. 61). El programa se desarrolla en dos vertientes:

-Línea 1. Fomento del trabajo autónomo.

Subvenciona el inicio de la actividad como autónomo a las personas que cumplan una serie de requisitos, entre ellos: a) Que se establezcan por primera vez como trabajadores autónomos. b) Que en los dos años inmediatamente anteriores a la fecha de su establecimiento no hayan estado dados de alta en el RETA o en el régimen que estatutariamente les corresponda.

Las subvenciones se concederán en función de una escala que tendrá en cuenta las dificultades de determinados colectivos para acceder al mercado de

trabajo. Su cuantías serán las siguientes: a) 4.000 euros para personas desempleadas menores de 30 años. b) 4.500 euros para mujeres desempleadas. c) 5.000 euros para hombres desempleados con discapacidad. d) 5.500 euros para mujeres desempleadas con discapacidad. e) 3.000 euros para personas no susceptibles de encuadrarse en los supuestos anteriores.

Tienen la consideración de personas desempleadas, aquellas que se encuentren inscritas como demandantes de empleo, no ocupadas, en el SAE.

-Línea 2. Promoción del trabajo autónomo.

Tiene como objetivo favorecer el mantenimiento y la consolidación del empleo autónomo. Con esta línea se subvenciona: a) El acompañamiento y autorización de los proyectos de los autónomos: b) Implantación de acciones de innovación y uso de las TIC a unidades económicas de trabajo autónomo consolidadas. c) Asesoramientos individualizados. d) Acciones de intermediación en los procesos de relevo generacional.

Los conceptos subvencionables se desarrollan en el apartado 4 del art. 64 de esta Ley. El límite temporal para realizar estas acciones, será el 31 de julio de 2016.

El procedimiento de concesión de las subvenciones y ayudas de los distintos apartados señalados, se regula en el Título V de la Ley (arts. 67 al 89), bajo el mismo se concretan las reglas relativas a las solicitudes; su instrucción y tramitación; su resolución, pago y justificación; reintegro y régimen sancionador.

La derogación normativa, se realiza de forma genérica, afectando a: todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a la misma o la contradigan. En cuanto al contenido de la corrección de errores publicada en el BOJA núm. 34, de 19 de febrero de 2016, ha tenido la finalidad de publicar los anexos que se habían omitido en la publicación de la Ley.

DECRETO-LEY 1/2016, DE 15 DE MARZO, POR EL QUE SE MODIFICAN LA LEY 2/2015, DE 29 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA FAVORECER LA INSERCIÓN LABORAL, LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO, EL RETORNO DEL TALENTO Y EL FOMENTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO, EL DECRETO-LEY 6/2014, DE 29 DE ABRIL, POR EL QUE SE APRUEBA EL PROGRAMA EMPLE@JOVEN Y LA «INICIATIVA @MPRENDE+», Y EL DECRETO-LEY 9/2014, DE 15 DE JULIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL PROGRAMA EMPLE@30+. (BOJA núm. 55, de 22 de marzo de 2016)

La convalidación de esta norma fue rechazada por el pleno del Parlamento Andaluz el día de de abril de 2016, al no prosperar el apoyo a una de las dispo-

siciones que contenía, por lo que se reelaboró su contenido mediante la norma siguiente:

DECRETO-LEY 2/2016, DE 12 DE ABRIL, POR EL QUE SE MODIFICAN LA LEY 2/2015, DE 29 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA FAVORECER LA INSERCIÓN LABORAL, LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO, EL RETORNO DEL TALENTO Y EL FOMENTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO; EL DECRETO-LEY 6/2014, DE 29 DE ABRIL, POR EL QUE SE APRUEBA EL PROGRAMA EMPLE@JOVEN Y LA “INICIATIVA @MPRENDE+” Y EL DECRETO-LEY 9/2014, DE 15 DE JULIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL PROGRAMA EMPLE@30+ (BOJA núm. 74, de 20 de abril de 2016).

Esta norma fue objeto de una corrección de errores, publicada en BOJA núm. 81, de 29 de abril de 2016.

ORDEN DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015, POR LA QUE SE DISPONE EL CESE Y NOMBRAMIENTO DE VOCALES DEL CONSEJO GENERAL DEL INSTITUTO ANDALUZ DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES (BOJA núm. 1, de 4 de enero de 2016; Corrección de errores en BOJA núm. 21, de 2 de febrero de 2016).

ORDEN DE 24 DE ABRIL DE 2016, POR LA QUE SE PRORROGAN PARA EL EJERCICIO 2016 ALGUNAS DE LAS MEDIDAS APROBADAS POR EL DECRETO-LEY 8/2014, DE 10 DE JUNIO, DE MEDIDAS EXTRAORDINARIAS Y URGENTES PARA LA INCLUSIÓN SOCIAL A TRAVÉS DEL EMPLEO Y EL FOMENTO DE LA SOLIDARIDAD EN ANDALUCÍA (BOJA núm. 80, de 8 de abril de 2016).

Esta Orden ha sido emitida por la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, y acuerda:

a) Prorrogar para el ejercicio 2016, el Programa Extraordinario de Ayuda a la Contratación de Andalucía gestionado por los Ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que fue aprobado mediante el Decreto-ley 8/2014, de 10 de junio, de medidas extraordinarias y urgentes para la inclusión social a través del empleo y el fomento de la solidaridad en Andalucía.

b) Prorrogra para el ejercicio 2016, el Programa Extraordinario para suministros mínimos vitales y prestaciones de urgencia social.

La finalidad de este programa es atender la cobertura de contingencias extraordinarias de las necesidades básicas de subsistencia de aquellas personas

o unidades familiares que no puedan hacer frente a gastos específicos y fue aprobado, igualmente, por el Decreto-ley 8/2014, de 10 de junio.

RESOLUCIÓN DE 29 DE DICIEMBRE DE 2015, DE LA AGENCIA DE INNOVACIÓN Y DESARROLLO DE NDALUCÍA, POR LA QUE SE DISPONE LA PUBLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA AGENCIA E INNOVACIÓN Y DESARROLLO DE ANDALUCÍA, POR LA QUE SE EFECTÚA LA CONVOCATORIA PARA LA CONCESIÓN DE INCENTIVOS EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA NO COMPETITIVA A LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS PARA EL ESARROLLO INDUSTRIAL Y LA CREACIÓN DE EMPLEO EN ANDALUCÍA PARA EL AÑO 2016 (BOJA núm. 11, de 19 de enero de 2016).

Mediante la Orden de 19 de febrero de 2015, de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo (actualmente Consejería de Empleo, Empresa y Comercio), se establecieron las bases reguladoras para la concesión de Incentivos en régimen de concurrencia no competitiva a las pequeñas y medianas empresas para el desarrollo industrial y la creación de empleo en Andalucía y se efectuó la convocatoria para el año 2015 (BOJA núm. 37, de 24 de febrero de 2015); la apertura del plazo para la convocatoria de incentivos -en concurrencia no competitiva para las pequeñas y medianas empresas, para el desarrollo industrial y la creación de empleo en Andalucía para el año 2016- se abre con la aprobación de esta disposición, desde el día siguiente a su publicación al 31 de mayo de 2016.

RESOLUCIÓN DE 25 DE ENERO DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y MINAS, POR LA QUE SE CONVOCAN PRUEBAS DE APTITUD PARA LA HABILITACIÓN PROFESIONAL Y LA OBTENCIÓN DE CARNÉS DE INSTALADORES EN SUS DISTINTAS MODALIDADES, PARA EL AÑO 2016 (BOJA núm. 19, de 29 de enero de 2016).

La publicación de la Resolución conllevó la apertura de un plazo de 15 días hábiles para solicitar la participación en las pruebas para la habilitación profesional de determinadas especialidades, a computar desde el 10 de febrero de 2016, por lo que a la fecha de publicación en este resumen dicho plazo se encontrará finalizado.

Las pruebas afectaban a las siguientes modalidades:

Instalador de Gas (categorías A, B y C).

Instalador de Productos Petrolíferos Líquidos (categorías I, II y III).
Carné profesional de instalaciones térmicas de edificios.
Operador de Calderas.
Operador de Grúa Torre.
Operador de Grúa móvil autopropulsada (categorías A y B).
Electricista minero (categorías interior y exterior).
Vigilante de obras subterráneas y mineras de interior (categorías I, II, III y IV).

La superación de las pruebas conlleva la extensión de oficio del certificado de superación de las pruebas o de la expedición de la habilitación profesional, según los casos.

RESOLUCIÓN DE 28 DE ENERO DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES LABORALES Y SEGURIDAD Y SALUD LABORAL, POR LA QUE SE COMPLEMENTA EL CONTENIDO DE LA ANTERIOR DE 12 DE DICIEMBRE DE 2015 (BOJA NÚM. 244, DE 18.12.2015), POR LA QUE SE PUBLICAN LAS FIESTAS LOCALES DE LOS MUNICIPIOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA PARA EL AÑO 2016 (BOJA núm. 22, de 3 de febrero de 2016).

Establece la relación de fiestas locales en los respectivos Municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía, no incluidas en la Resolución de 12 de diciembre de 2015 (BOJA núm. 244, de 18 de diciembre de 2015).

CORRECCIÓN DE ERRORES DE LA RESOLUCIÓN DE 10 DE DICIEMBRE DE 2015, DE LA DIRECCIÓN GERENCIA DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, POR LA QUE SE CONVOCA PARA EL AÑO 2016 LA CONCESIÓN DE INCENTIVOS PÚBLICOS DIRIGIDOS A FINANCIAR LOS COSTES SALARIALES DERIVADOS DEL MANTENIMIENTO DE LOS PUESTOS DE TRABAJO OCUPADOS POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO, REGULADO EN LA ORDEN DE 23 DE DICIEMBRE DE 2014, QUE SE CITA (BOJA núm. 242, de 16.12.2015).

Fue publicada en BOJA núm. 12, de 20 de enero de 2016.