

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
137/2017 - Segundo Trimestre

137



JUNTA DE ANDALUCÍA

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

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

137

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

JAVIER CARNERO SIERRA
Consejero de Empleo, Empresa y Comercio

VOCALES

PILAR SERRANO BOHÍGAS	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
FERMÍN 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 de la Seguridad Social Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGU MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJO DE REDACCIÓN

JAVIER CARNERO SIERRA	Consejero de Empleo, Empresa y Comercio
ÁNGEL J. GALLEGU MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la 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 de la Seguridad Social Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Huelva

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 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, más 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 137/2017

Segundo Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

El futuro del Trabajo y su gobernanza JESÚS CRUZ VILLALÓN	13
Problemas internacionales y particularidades regionales de la gobernanza del trabajo HUGO BARRETO GHIONE.....	40
El futuro del trabajo en Chile: la gobernanza del trabajo MARÍA CRISTINA GAJARDO HARBOE.....	51
Revisión de normas internacionales del trabajo: análisis crítico de las decisiones sobre temas indígenas y propuesta para una acción en la Conferencia Internacional del Trabajo (2018) NATAN ELKIN	69
La formación dual en el sistema educativo: balance y propuestas de mejora MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ	91
Medidas de políticas de empleo dirigidas a colectivos específicos en la etapa de ¿recuperación económica? La inclusión activa como paradigma Mª LUISA RODRÍGUEZ COPÉ	127
El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece? PIERRE-HENRI CIALTI	163

2. MERCADO DE TRABAJO

Motivación y actitud como vectores para la inserción laboral de los jóvenes cualificados españoles LUIS MIGUEL RONDÓN GARCÍA, FRANCISCO MUÑOZ PORTALES Y ANA GÓMEZ NARVÁEZ	185
---	-----

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

Cese voluntario y reanudación del subsidio por desempleo para trabajadores de edad madura

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS Y M^a ILUMINADA ORDÓÑEZ CASADO ... 211

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

El contrato de trabajo de grupo. El grupo como unidad vinculada personalmente, con un fin o interés reconocible y económicamente relevante

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ 223

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Universidad Internacional de la Rioja

Condiciones y disfrute del local por los representantes de los trabajadores

RAQUEL POQUET CATALÁ 235

4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

M^a DOLORES RUBIO DE MEDINA 255

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

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 que 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 entrecuadrados, 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 137/2017

Second Trimester

INDEX

1. STUDIES

The future of work and its governance JESÚS CRUZ VILLALÓN	13
International issues and regional particularities of governance of labour HUGO BARRETO GHIONE.....	40
The future of labour in Chile: the governance of work MARÍA CRISTINA GAJARDO HARBOE	51
Review of international labour standards: critical analysis of the decisions on indigenous issues and proposal for action at the International Labour Conference (2018) NATAN ELKIN	69
The dual training in the educational system: balance and improvement proposals MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ	91
Measures of employment policies aimed at specific groups in the stage of ¿economic recovery? The active inclusion as a paradigm M ^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ	127
The right to disconnection in France: more than what it seems? PIERRE-HENRI CIALTI	163

2. LABOUR MARKET

Motivation and attitude as vectors for the employment of young qualified Spanish LUIS MIGUEL RONDÓN GARCÍA, FRANCISCO MUÑOZ PORTALES Y ANA GÓMEZ NARVÁEZ	185
---	-----

3. JUDICIAL COMMENTS

SOCIAL SECURITY BENEFITS

University of Malaga

Voluntary cessation and resumption of the subsidy for unemployed workers of middle age

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS Y M^a ILUMINADA ORDÓÑEZ CASADO ... 211

LEGAL STATUS OF THE EMPLOYMENT CONTRACT

University of Seville

The Group's work contract. The group as a unit linked personally, with a purpose or interest recognizable and economically relevant

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ 223

COLLECTIVE LABOUR LAW

International University of La Rioja

Enjoyment of the premises by the representatives of the workers and conditions

RAQUEL POQUET CATALÁ 235

4. LEGISLATIVE REMARKS

Legislative comment about the Autonomous Community of Andalusia

M^a DOLORES RUBIO DE MEDINA 255

EL FUTURO DEL TRABAJO Y SU GOBERNANZA*

JESÚS CRUZ VILLALÓN

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

EXTRACTO

Palabras clave: Gobernanza, globalización, revolución digital, sistemas de relaciones laborales, retos

El presente ensayo se conforma como un conjunto de reflexiones acerca del impacto que están produciendo en la práctica totalidad de los sistemas de relaciones laborales las principales variables económicas, tecnológicas y hasta de ordenación política que caracterizan a la sociedad del siglo XXI. Los retos de la globalización, la digitalización y la robotización, el carácter supranacional de las organizaciones reguladoras, han de afrontarse desde la perspectiva que representa un modelo de Derecho del Trabajo y un marco constitucional construido sobre técnicas en parte decimonónicas, es decir, intervención del Estado, derechos públicos subjetivos y fundamentales basados en la idea de persona o ser humano, reconocimiento del factor colectivo, instrumentos procesales acordes. Nuevos escenarios en los que destacan elementos tan contradictorios como la reducción del tamaño medio de las empresas y el aumento de las transacciones comerciales internacionales, de modo que todo ello afecta a la gobernanza de las relaciones laborales sin que exista un verdadero consenso acerca de los pilares en que ha de basarse el nuevo modelo.

ABSTRACT

Key words: Governance, globalization, digital revolution, industrial relations systems, challenges

This essay is formed as a series of reflections about the impact occurring in almost all of the systems of industrial relations variables economic, technological and even political management characteristic of the society of the 21st century. The challenges of globalization, digitalization and automation, the supranational nature of the regulatory organizations, must be tackled from the perspective that represents a model of labour law and a constitutional framework built on partly nineteenth century techniques, i.e., State intervention, subjective and fundamental public rights based on the idea of person or human being, recognition of the collective factor, consistent procedural instruments. New scenarios that are so contradictory elements such as the reduction of the average size of companies and the increase in international commercial transactions, so all of this affects the governance of labour relations without any real consensus on the pillars that should be the new model.

* El presente estudio tiene su origen en el trabajo elaborado para el libro en homenaje al profesor Carlos Blancas Bustamante, de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “Técnicas jurídicas y efectividad de la norma laboral en la gestión del cambio”, Ministerio de Economía y Competitividad (DER2014-52549-C4-1-R)

ÍNDICE

1. EL CONTEXTO DEL DEBATE: LOS FACTORES CONTEXTUALES CONDICIONANTES
2. EL DETERIORO DE LA GOBERNANZA SOBRE LA BASE DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL
3. HACIA LA EXTENSIÓN SUPRANACIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES
4. ACUERDOS COMERCIALES GLOBALES, EMPRESAS TRANSNACIONALES Y CLÁUSULAS SOCIALES
5. IMPACTO SOBRE LA REGULACIÓN NACIONAL DE LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO
6. NUEVAS FORMAS DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LAS RELACIONES LABORALES

1. EL CONTEXTO DEL DEBATE: LOS FACTORES CONTEXTUALES CONDICIONANTES

Con la excusa de la celebración del centenario de la Organización Internacional del Trabajo en el año 2019, su Director General ha abierto un gran debate acerca de los retos a los que se enfrenta el mundo del trabajo a sus más diversos niveles y por parte de sus diferentes protagonistas, a través de cuatro vertientes básicas, a las que se les denomina “conversatorios”, todas ellas estrechamente conectadas entre sí: 1) trabajo y sociedad, 2) trabajo decente para todos, 3) la organización del trabajo y la producción y 4) la gobernanza del trabajo¹.

No cabe la menor duda que la realidad actual muestra un panorama ciertamente cambiante en los elementos esenciales que marcan el devenir de las relaciones laborales y, en particular, la situación del trabajo dentro de nuestra sociedad. A estos efectos, cuando menos se podrían destacar del orden de seis fenómenos que están influyendo de manera decisiva en la transformación del trabajo: la globalización de la economía, la extensión de las tecnologías de la información y las robotización de los procesos productivos, la descentralización productiva como forma de organización de las empresas, el impacto de la economía sobre el medio ambiente y el acelerarse del cambio climático, la intensificación de los flujos migratorios, así como los cambios culturales en la percepción de la ciudadanía dentro del mundo del trabajo.

Es cierto que muchos de estos factores se encuentran presentes como tendencia en el mundo del trabajo cuando menos desde el surgimiento de la primera revolución industrial hace ya más de dos siglos. Sin embargo, no es sólo que estas transformaciones se hayan intensificado y acelerado en los últimos tiempos, sino que las mismas se han universalizado en todos los territorios, sectores y profesiones, aparte de que sobre todo se presentan con rasgos cualitativamente diversos respecto del impacto que tales transformaciones tienen en la ejecución del trabajo, en las relaciones entre trabajadores y empleadores y, a la postre, en la gobernanza de las relaciones laborales.

¹ http://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/WCMS_517566/lang--es/index.htm

Ante todo, el fenómeno de la globalización ha permeado sobre todos los factores determinantes de la actividad económica y de su evolución, provocando alteraciones notables tanto en el plano macroeconómico como microeconómico. La globalización ha elevado a nivel general la competencia mercantil, de modo que la misma no se circunscribe ya al ámbito de lo local. Inicialmente se pensaba que ello sólo afectaría a las empresas que actuasen en el ámbito del comercio internacional, por tanto con un impacto limitado, pero hoy en día --aparte de haberse incrementado exponencialmente el número de empresas situadas en el ámbito comercial supranacional-- el fenómeno como tal está influyendo decididamente por vía indirecta sobre el conjunto del tejido productivo y de servicios. Esta influencia indirecta se está verificando por diversas vías: por la conexión o relación del conjunto de las empresas con aquellas que sí se sitúan en el plano internacional, por la expectativa de la deslocalización de cierto tipo de actividades aunque inicialmente no se encuentren insertas en el ámbito del comercio internacional, así como derivado del proceso de globalización también del consumidor que alternativamente selecciona el producto a consumir, el servicio a recibir o su destino personal entre los ubicados en diversos territorios nacionales, como es el caso prototípico de todo el sector turístico pero también todo el proceso derivado del comercio y suministro electrónico. Sobre las empresas no sólo ha determinado presiones superiores sobre los costos laborales en el plano de la competencia mercantil, sino también dosis superiores de incertidumbre respecto de su evolución, lo que provoca intensificación de la rotación laboral y, más genéricamente, incremento de los requerimientos de flexibilidad empresarial desde la perspectiva de la gestión de la mano de obra. En otros términos, un abandono de un modelo laboral basado sobre la estabilidad de condiciones de trabajo, que requiere de un proceso reiterado de reestructuración empresarial, con una centralidad a estos efectos de los instrumentos laborales de gestión del cambio, incluso con la incorporación de técnicas de anticipación al cambio, a las situaciones de crisis empresariales.

Pero, sobre todo, desde la perspectiva que estamos analizando aquí el fenómeno de la globalización provoca notables dificultades en el mantenimiento de modelo prevalente hasta hace poco tiempo de centralidad de la gobernanza de las relaciones laborales por medio de un fuerte protagonismo de los Gobiernos nacionales en la fijación de las reglas del juego en el desarrollo de las relaciones laborales y de control de su cumplimiento. Las reglas económicas que condicionan la gestión de las relaciones laborales se fijan a nivel supranacional, de modo que se convierten en un decisivo condicionante para la capacidad de determinación del marco jurídico o institucional por parte de los diferentes Gobiernos nacionales, por muy poderosos que estos hayan sido hasta el presente.

En segundo lugar, se percibe un proceso de fuerte aceleramiento de los cambios tecnológicos, especialmente derivados de la universalización de las tecnolo-

gías de la información y las comunicaciones, junto a una implantación de procesos productivos altamente robotizados. De nuevo, lo impactante es que este fenómeno se advierte como generalizado para la práctica totalidad de los países, de los sectores productivos y de las actividades profesionales, a diferencia de precedentes revoluciones tecnológicas más circunscritas a ámbitos muy específicos. Por añadidura, el proceso se ha multiplicado exponencialmente en los últimos años, con un ritmo en tal grado acelerado que resulta bien difícil reaccionar a los efectos de muy diverso tipo que los mismos producen. Ante todo provoca un resultado de potente desaparición de ciertas actividades laborales, hasta el presente desarrolladas necesariamente por la intermediación humana, que da lugar a una intensa destrucción de empleo, sin que haya suficiente reacción de creación de empleos alternativos. Más aún, estas tecnológicas permiten que algunas de las actividades residuales de carácter manual de necesaria realización por las personas, técnicamente sea posible derivarlas hacia los usuarios y consumidores, los cuales también por vía indirecta vienen a sustituir empleos tradicionales, que en correspondencia también vienen a desaparecer, sin correlativa reaparición en cantidad suficiente en otros ámbitos. Incluso respecto de algunos trabajos considerados de carácter técnico y profesionalizado se vislumbra su posible desaparición al ser sustituidos por la robotización. En algunos casos se está anunciando la incorporación en el corto plazo de cierto tipo de procesos automatizados que pueden provocar la desaparición en masa de profesiones completas bien tradicionales en el pasado. Destacados expertos consideran que la desaparición de profesiones empleo que se puede producir en el inmediato futuro va a desencadenar destrucciones de empleo masivas, totalmente desconocidas en cuanto intensidad hasta el momento presente.

Por lo demás, incluso tales cambios tecnológicos ya están provocando importantes cambios en los trabajos que perviven o los de nueva creación. Estos otros se alteran notablemente en sus contenidos, funciones y modo de ejecución, lo que igualmente transforma cualitativamente no sólo las condiciones de trabajo y de ejecución de la prestación, sino incluso llegan a alcanzar al tipo de vínculo obligacional que se establece entre trabajadores y empleadores. Cierta tipo de cambios tecnológicos en ciernes, que ya se barruntan, pueden tener una repercusión desde ambas perspectivas inusitados, con efectos de presión socioeconómica de una intensidad desconocida hasta el presente. En concreto, reabre el clásico debate en torno a las fronteras entre trabajo asalariado y trabajo autónomo, incrementando no sólo las zonas grises, sino provocando la emergencia de formas no meramente anecdóticas en su número de trabajos autónomos económicamente dependientes o bien de formas adicionales de concertación de contratos de falsos autónomos.

Especialmente resulta digno de mención el importante impacto que tales cambios tecnológicos provoca en relación con el juego de ciertas instituciones

y reglas tradicionales en el ámbito laboral, cuya efectividad viene a menos o bien despliegan una funcionalidad bien diversa. Baste con pensar en cómo estas tecnologías influyen sobre el lugar donde se pueden prestar los servicios, en la funcionalidad de ciertas reglas relativas al tiempo de trabajo, en la intensidad en los ritmos de trabajo, en los instrumentos de tutela en materia de seguridad y salud en el trabajo, en los procedimientos e instrumentos telemáticos de control por parte del empleador de la actividad de prestación de servicios del trabajador y su impacto sobre la intimidad del trabajador. Todo ello provoca que las reglas laborales, sin alterarse en su contenido, desplieguen una funcionalidad y eficacia bien diferente a la del pasado.

Más aún, este tipo de cambios no se circunscriben al ámbito de los estándares laborales de condiciones de trabajo, sino que en igual medida se aprecian en la vertiente de las relaciones colectivas, de modo que la actividad sindical se ve abocada a adaptarse al nuevo contexto, del mismo modo que la negociación colectiva experimenta el impacto de las transformaciones que se producen en las empresas y en los sectores productivos a resultas de la presencia intensa de las tecnologías de la información y las comunicaciones. El resultado, una vez más, va a ser un juego más complejo de las reglas clásicas del ordenamiento laboral en este nuevo escenario tecnológico.

No debe tampoco dejar de advertirse cómo la conjunción de los dos fenómenos precedentes, globalización y procesos tecnológicos, se retroalimentan, multiplicando exponencialmente sus efectos cada uno de ellos a resultas del impacto mutuo. En concreto, las tecnológicas de la información y las comunicaciones aplicadas a una economía globalizada intensifican aún más si caben sus efectos: la deslocalización ya no es un proceso referible a las empresas sino también a los trabajos sin necesidad de paralela deslocalización empresarial, con lo que la dispersión del empleo y su rotación puede ser una realidad generalizada e, insistimos una vez más, en términos desconocidos hasta el momento presente.

Los dos factores precedentes han incidido igualmente sobre la organización empresarial, donde destaca por su trascendencia la generalización en todos los ámbitos, tanto de producción de bienes como de prestación de servicios, de las diversas formas de descentralización productiva y externalización de servicios. En algunos casos ello se lleva a cabo sobre la base de la especialización, que añade mayor calidad a la actividad ejecutada por las empresas contratistas o bien proporciona superior capacidad de rápida adaptación al cambio por parte de éstas; pero que en muchas otras ocasiones se opta por estas formas de descentralización por motivaciones exclusivamente dirigidos a la reducción de costes de trabajo, a la reducción de la estabilidad en el empleo o bien directamente a la huida del trabajo asalariado. Dentro de aquellos modelos nacionales donde tradicionalmente

concorre un fuerte protagonismo la negociación colectiva sectorial, o bien donde se constata una superior capacidad de influencia sindical en el ámbito de las empresas principales, el proceso de descentralización se intensifica con vistas a provocar el efecto de la reducción de costes laborales, sobre la base de medidas de escape de la negociación sectorial o de la aplicación del convenio colectivo de la empresa principal por parte de las empresas contratistas.

También aquí se producen fenómenos sinérgicos a resultas de la acumulación aplicativa de los tres fenómenos hasta ahora descritos: globalización, procesos tecnológicos y transformaciones organizativas. De este modo, fenómenos de descentralización de estas características, que en el pasado no eran viables por razón de la tecnología empleada o de la imposibilidad de actuar en el plano supranacional o con deslocalizaciones totales o parciales, ahora resultan perfectamente viables a resultas del juego combinado de la globalización económica y de la implantación de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Del mismo modo, el efecto sinérgico de los tres factores precedentes, al presionar con intensidad hacia la reducción del costo del trabajo desemboca en la aparición de un fenómeno hasta el presente desconocido, como es el de los denominados “trabajadores pobres”. En el pasado el logro de un empleo se vislumbraba como certeza de ingresos mínimos de subsistencia, mientras que ahora emergen importantes cifras de personas que estando ocupados, sus rentas salariales no son suficientes para atender con suficiencia a sus necesidades económicas.

A resultas de ello, unido a otros factores causales complementarios, es necesario igualmente destacar como en muchas economías nacionales se extienden e incrementan las empresas de pequeña dimensión e incluso de muy pequeña dimensión, por lo que afecta en particular al número de trabajadores empleados por las mismas, de modo que el peso de las microempresas resulta cada vez más notable. De nuevo, se trata de un fenómeno que en algunos países se encuentra fuertemente enraizado y extendido desde mucho tiempo atrás, pero que hoy en día se ve acentuado y generalizado al conjunto de los sectores. El fenómeno a primera vista podría pensarse que resulta contradictorio, en la medida en que se podría presumir que un modelo cada vez más consolidado de economía globalizada, con fuerte presencia de las empresas transnacionales, debería conducir a un incremento de la dimensión media de las empresas en cuanto al número de empleados a su servicio. Sin embargo, el proceso que se advierte es el inverso, desde el instante en el que la globalización no sólo resulta compatible, sino que se favorece, con fórmulas de organización flexible de las empresas. De este modo, la conjunción entre las fórmulas de organización empresarial en red, la extensión de los modelos de descentralización productiva y la fuerte penetración de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el ámbito de las peque-

ñas y microempresas, permite como resultado final la incorporación con solidez de organizaciones empresariales de reducidas dimensiones a la citada economía globalizada. A tal efecto, no se puede desconocer que el modelo típico de intervención legal sobre las relaciones laborales estaba concebido especialmente para ser aplicado a empresas con un tamaño mediano y grande en cuanto al empleo proporcionado por las mismas, presentando mayores complejidades cuando menos el control de su aplicación en los escenarios de prevalencia de las pequeñas y microempresas, sin desconocer tampoco que ciertos derechos y garantías de los trabajadores resultan difícilmente ejercibles o disfrutables en el ámbito de las microempresas.

En todo caso, lo que es indiscutible es que una posible intensificación del peso de las empresas de muy pequeñas dimensiones hará particularmente difícil la aplicación, no sólo del modelo más tradicional de relaciones colectivas de trabajo, sino también de las nuevas realidades que como tendencia se muestran en algunos modelos de relaciones laborales. En particular, hay que ponderar el impacto que todo ello tiene sobre las reglas promocionales de la acción sindical en la empresa y, especialmente, de la perceptible tendencia a favorecer la negociación colectiva de ámbito empresarial, que por propia naturaleza requiere de organizaciones con una dimensión mínima de trabajadores.

La conjunción de todos los elementos precedentes –globalización, cambios tecnológicos y alteraciones organizativas de las empresas– desemboca en un escenario donde se acentúan las turbulencias económicas y, especialmente, donde se reduce significativamente la duración media de explotación de los productos y servicios prestados por las empresas, incluso se reduce la esperanza de vida de las propias empresas, del mismo modo que disminuye en paralelo también la duración media de la vinculación contractual entre los trabajadores y las correspondientes empresas. En estos términos, no es ya sólo que se aprecie en muchos países un significativo incremento de las fórmulas de trabajo atípico y, especialmente, un notable aumento del porcentaje de contratación temporal, sino que incluso respecto de los contratos de trabajo por tiempo indefinido se constata una reducción de su duración media. Incluso fenómenos muy singulares en el pasado de transformación de trabajo a tiempo completo en a tiempo parcial, o viceversa, se extienden de forma apreciable. El resultado de conjunto es el de una intensificación de la rotación de la población ocupada en el mercado de trabajo, con intensos flujos de entrada y salida al empleo y al desempleo, así como del empleo al desempleo parcial y viceversa.

Más allá de la superior trascendencia que ello supone respecto de la intervención en la fase de colocación y de las políticas públicas de activación del empleo, nos interesa resaltar como ello igualmente repercute sobre el modelo tra-

dicional de relaciones colectivas de trabajo. A semejanza de lo que indicábamos anteriormente respecto de la dimensión de la empresa, el modelo más tradicional de participación de los trabajadores en la empresa y, en general, de actividad sindical en la empresa se construye sobre la base de una plantilla en las empresas relativamente estable. Cuando, por el contrario, nos enfrentamos a un escenario diferente, donde los trabajadores son conscientes de que sus expectativas de continuidad en el puesto de trabajo se reducen, con altas tasas de rotación laboral, también su implicación con los procesos participativos colectivos en el seno de la empresa se resiente y, por ende, se vuelve más compleja la aplicación de ciertos modelos más tradicionales de relaciones colectivas, incluso también se advierten las dificultades de mantenimiento en el tiempo de los nuevos modelos de negociación colectiva centrada en la empresa.

El cuarto factor en juego refiere a los efectos de la actividad económica sobre el medio ambiente y, en particular, el hecho de que el incremento del consumo a nivel mundial provoca un fuerte efecto de aceleramiento del cambio climático. En muchas ocasiones ello se contempla desde la perspectiva positiva de la emergencia de nuevas posibilidades de empleo, a través de lo que se viene a denominar como el “empleo verde”, así como del indiscutible efecto de reducción de los efectos contaminantes de ciertas formas de producción de bienes y de prestación de servicios con tecnologías mucho menos nocivas para el medio ambiente en general. Incluso por algunos se proyecta cómo las nuevas tecnologías permiten con mayor intensidad las formas de trabajo a distancia, que reducen notablemente los desplazamientos diarios de los trabajadores, con lo cual se pueden reducir significativamente los daños sobre el medio ambiente derivados de tales desplazamientos.

Sin embargo, en su conjunto el incremento de los efectos negativos sobre el medio ambiente y el aceleramiento del cambio climático se posee superior envergadura o de difícil contención con los modelos de consumo imperantes. De este modo, un elemento que no había sido preocupante en el marco de la introducción de nuevas tecnologías en el pasado, mucho más nocivas para el ecosistema, como eran cierto tipo de industrias pesadas, ahora se detecta por la comunidad científica como altamente preocupante, al extremo que desde ciertas perspectivas el aumento de la calidad de vida y de empleo ya no se relaciona con el incremento del referente tradicional como ha venido siendo de manera unánime hasta el presente, como lo era en el pasado el incremento del producto interior bruto. Ello lleva a propuestas alternativas de medida del crecimiento económico y social, de la calidad de vida de la población, no ya sólo conforme a las pautas tradicionales. Ahora bien, lo anterior debe efectuarse sin ocultar que la protección del ecosistema, por un lado, y el logro de superiores niveles de empleo, de otro lado, no se presentan como factores complementarios, sino marcadamente en confrontación,

cuando menos si todo ello se desenvuelve dentro del actual modelo de gobernanza, tanto de la sociedad en general, de los hábitos de consumo, como de las relaciones laborales en particular.

En quinto lugar, se aprecia un proceso constante de flujos migratorios en muy diversas direcciones, derivados tanto de elementos más estructurales como de otros que pudieran tener más carácter coyuntural. Entre los últimos destacan los efectos derivados de situaciones de fuerte inestabilidad política con resultado de fuertes conflictos sociales en cierto tipo de países, especialmente en el medio oriente. Entre los de carácter estructural destacan los fenómenos derivados de una globalización que no es sólo económica de circulación de capitales, mercancías y servicios, sino que se extiende también a las personas, con una más amplia información de la población mundial acerca de las expectativas de cambio de sus condiciones de vida personal, si bien lo sea a riesgo de aventurarse a los siempre inciertos resultados de los desplazamientos transnacionales. Sea por unos u otros motivos, el resultado cierto es que tales fuertes flujos migratorios provocan efectos indiscutibles de presión sobre el mercado de trabajo de los países receptores de los mismos; sin desconocer tampoco el impacto de salida de las generaciones más jóvenes y de superior cualificación profesional hacia otros territorios que les pueden ofrecer en teoría mejores expectativas de trabajo, pero que indiscutiblemente provocan un fuerte daño en el capital humano y profesional de los países que sufren la emigración. El fenómeno llega a ser de tal complejidad que, de manera un poco sorprendente, algunos países se convierten hoy en día simultáneamente en naciones de inmigración de población exógena y de emigración de población autóctona, con todas las dificultades que ello comporta sobre la estructuración del mercado de trabajo.

Por lo que afecta a la perspectiva objeto de análisis en este momento, lo destacable es que se trata de flujos migratorios que escapan en gran medida a las expectativas de gestión de los mismos por parte de los poderes públicos, más allá de los controles de fronteras que puedan establecer los Estados afectados por los mismos; incluso más allá de los intentos en gran medida fallidos de establecer políticas de gestión de los flujos migratorios a nivel transnacional en ciertos ámbito regionales, paradigmáticamente en el ámbito de la Unión Europea. De nuevo, se aprecia un claro debilitamiento de los poderes gubernamentales nacionales, incluso de los supranacionales hasta el momento, en su tradicional actuación de gestión de los flujos en la medida en que ello favorezca o perjudique a sus respectivos mercados de trabajo.

Por último, todo el conjunto de factores precedentes desemboca en un mercado de trabajo percibido de modo mucho menos uniforme por parte de los trabajadores, de modo que ello conduce a indiscutibles cambios culturales y sociales

respecto del modo como la población se enfrenta a su incorporación y permanencia en el mercado de trabajo. La por así decirlo simplicidad dual con la que se concebía el funcionamiento del contraste de intereses en el mercado de trabajo, ahora se percibe mucho más plural y, por ende, mucho menos unitario. Los tradicionales elementos de concentración de intereses entre la población asalariada se diluyen, emergen fenómenos de segmentación del mercado de trabajo, crisis identitarias de la población ocupada y, a la postre, tendencias más refractarias hacia la plena delegación en la acción efectuada por la representatividad colectiva y sindical. El trabajador antes que trabajador a secas tiende a asumir roles identitarios diversificados, en atención a factores muy diversos en cada caso: en ocasiones vinculados al territorio, en otros supuestos vinculados al origen familiar, en otros casos relacionados con su trayectoria profesional, a veces conectados con el tipo de contratación a través del que se inserta en el mercado de trabajo, unidas a su género, edad, origen nacional o raza, concepciones vitales, religiosas o de capacidad profesional, sin descartar la acumulación de varios de estos elementos a un mismo tiempo. A la postre, una diversidad de percepciones personales y culturales poco propicia para una respuesta unitaria por parte de los protagonistas del sistema de relaciones laborales.

2. EL DETERIORO DE LA GOBERNANZA SOBRE LA BASE DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL

El poder soberano de los Estados nación en el período álgido de la sociedad industrial ha constituido el referente por excelencia del surgimiento y desarrollo del Derecho del Trabajo como instrumento de ordenación del trabajo subordinado. Especialmente en los países económicamente más desarrollados, pero por extensión también en el conjunto de los países con economía de mercado, el poder público estatal ha diseñado durante largas décadas las instituciones claves reguladoras del trabajo subordinado. Ello se percibe mucho más acentuado en los países de impronta europea continental y respecto de aquellos Estados de otros continentes a los que ese modelo de cultura jurídica germánico-latina les ha influido más decisivamente; países donde la concepción constitucional propia del Estado Social de Derecho, les ha conducido a la atribución al poder público, sea legislativo o gubernamental, un protagonismo decisivo tanto en la fijación del marco jurídico del sistema de relaciones laborales como de la implementación aplicativa del mismo. Probablemente ese protagonismo no ha resultado tan acentuado en los países de cultura jurídica anglosajona, si bien ello no desmerece del rol político influyente en la ordenación de las relaciones laborales en estos otros modelos, por cuanto que los mismos en el período preponderante de la sociedad industrial han otorgado un papel indirecto decisivo en el desarrollo de políticas económicas y

sociales que requerían de una actitud del todo alejada a los postulados propios del “*laissez faire – laissez passer*” propio de la concepción liberal del Estado. Más aún, de forma complementaria a todo lo anterior, en la práctica totalidad de los modelos jurídicos correspondientes a la sociedad industrial ha sido también el poder público, a través ahora de los jueces y Tribunales de Justicia, o bien por medio de la actuación de las autoridades administrativas, quien ha controlado en gran medida el efectivo cumplimiento de los estándares laborales fijados por el propio poder legislativo estatal, incluso de los compromisos asumidos privadamente por trabajadores y empresarios, hayan sido en el plano colectivo o en el individual.

A pesar de que en muchas ocasiones todo lo anterior se ha llevado a cabo gracias al impulso desplegado por diversos organismos de ámbito supranacional, comenzando ante todo por la influencia que al respecto ha tenido la Organización Internacional del Trabajo, el rol decisivo le ha correspondido al Estado-nación, en términos tales que los modelos de relaciones laborales se han configurado en este concreto ámbito, respondiendo cada uno de ellos a sus particularidades políticas, económicas, históricas, sociales y culturales.

A partir de esa decisiva influencia, el Estado se ha convertido en el protagonista por excelencia en el desarrollo de la función de equilibrio de intereses entre trabajadores y empresarios en las relaciones laborales. Tanto los contenidos como los métodos de intervención han venido siendo notablemente diferentes en cada uno de los países, pero en todo caso se puede afirmar que han tenido ese hilo conductor común de la influencia decisiva del Estado nación, tanto en su rol de legislador como en su función de despliegue de políticas públicas de orientación de la evolución del mercado de trabajo.

Esa intervención estatal ha sido especialmente intensa en lo que afecta a la fijación de estándares mínimos de condiciones de trabajo, con voluntad de aplicación uniforme para el conjunto de la población asalariada. Ciertamente que en unos países --típicos de la cultura europea continental-- se ha prestado una atención integrada al régimen jurídico del contrato de trabajo desde su nacimiento hasta su extinción, mientras que en otros países --típicos de la cultura anglosajona-- se ha puesto el acento en aquellas instituciones que se consideran básicas a los efectos de la efectiva gestión de los recursos humanos y del mercado de trabajo por parte del poder público: flujos migratorios, políticas antidiscriminatorias, salarios mínimos, así como actuación sobre los procesos de reestructuración empresarial. En todo caso, con una u otra metodología, el resultado material ha sido muy similar en la efectiva gobernanza de las relaciones laborales desde el poder estatal.

Por contraste, algo más dispar ha sido su intervención en el diseño del modelo de relaciones colectivas de trabajo. En efecto, en esa otra vertiente del desarrollo de las relaciones laborales, se observan opciones más distantes entre unos

y otros países. Ciertamente en la generalidad de las economías desarrolladas durante el período de expansión del modelo fordista de producción la actuación de las organizaciones sindicales y empresariales ha desplegado un protagonismo indiscutible en paralelo, que ha propiciado en las más de las ocasiones una intervención complementaria a la propia estatal, especialmente a través de una influyente negociación colectiva de adaptación de los estándares mínimos legales a las peculiaridades bien lo sea de las empresas o bien lo sea de los sectores productivos, incluso de ciertas concretas profesiones. Pues bien, ese desarrollo de la actividad sindical y de la negociación colectiva en unos modelos se ha verificado también sobre la base de un marco normativo estatal tanto de la libertad sindical como del régimen jurídico de la negociación colectiva, incluso en algunos casos de fijación de reglas referenciales para el desarrollo de otras manifestaciones típicas de la autonomía colectiva: participación en la empresa, ejercicio del derecho de huelga, procedimientos de conciliación y arbitraje en el desarrollo de los conflictos colectivos. En definitiva, un modelo que ha partido de un papel igualmente decisivo del Estado en el establecimiento de las reglas del juego del sistema de relaciones colectivas de trabajo. Es cierto que frente a ello, durante este largo período de expansión de las economías industrializadas, también se identifican otros países donde ha primado un modelo de mayor abstencionismo legal en el diseño del sistema de relaciones colectivas, dejando a las propias organizaciones sindicales y empresariales fijar las mencionadas reglas del juego, especialmente respecto del régimen de la negociación colectiva como del desarrollo de los conflictos laborales. Eso sí, incluso en esos otros modelos más abstencionistas, en el trasfondo siempre estaba el rol del Estado, que bien lo fuese conforme a las reglas comunes de Derecho Civil por la vía en casos puntuales pero claves de intervención del poder judicial o por concepciones de políticas públicas, no legislativas pero de claro intervencionismo administrativo público, acababa fijando las reglas básicas del sistema de relaciones colectivas de trabajo. Si al final la negociación colectiva en el conjunto de los países industrializados acabó por tener un papel influyente en la gestión del mercado de trabajo, lo fue siempre sobre un modelo nacional de negociación colectiva, con sus propias peculiaridades comparativas respecto de otros países, y ello precisamente determinado por la cultura jurídica propia de cada país y, en concreto, del específico modelo de intervención del Estado en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, lo fuese por vía normativa, administrativa o judicial.

Sin poderse considerar que, con el paso del tiempo y de las transformaciones referidas en el apartado precedente, la influencia del Estado haya pasado a un rol marginal en el diseño de las políticas laborales, no cabe la menor duda que el panorama que vivimos actualmente se ha convertido en mucho más complejo y, en particular, se observa un palpable debilitamiento de la capacidad de que el Es-

tado por sí sólo pueda gobernar y gestionar las relaciones laborales con plenitud como lo ha venido haciendo en el pasado. Inicialmente ese proceso de deterioro de la eficacia tradicional en la gobernanza de las relaciones laborales por parte de los diferentes Estados-nación quedaba oscurecido y no resultaba palpable, bien porque ha sido un proceso paulatino no fácil siempre de advertir, bien porque el Estado aparentemente no ha dejado de adoptar importantes medidas en el terreno de lo laboral pero que en la práctica no tenían el impacto que se detectaba en el pasado, o bien porque en un primer momento se consideraba que se trataba de un escenario meramente coyuntural derivado exclusivamente de concretas y temporales crisis económicas. Sin embargo, a estas alturas el panorama resulta mucho más palpable para el conjunto de los países desarrollados, constituyendo un hilo conductor común de la evolución de todos ellos.

Factores tradicionalmente conocidos se expanden en sus efectos hoy en día.

Por ejemplo, no puede dejar de tenerse en cuenta a estos efectos la fuerte presencia en muchos países de la denominada como economía informal o, por ser más precisos, de empleo informal. Es cierto que la expresión empleo informal agrupa realidades muy diversas, siendo entendida de manera bien diversa según países. En todo caso, cuando menos la misma incorpora dos fenómenos distintos, por mucho que en ocasiones se encuentren fuertemente interconectados. De un lado, hace referencia a la presencia de actividades laborales que escapan al control aplicativo de las normas laborales dictadas por el Estado, de modo que se desenvuelven en el terreno del empleo irregular, donde no se cumplen los estándares mínimos establecidos por el ordenamiento laboral. De otro lado, hace referencia a la presencia de actividades profesionales por cuenta propia, formas de autoempleo, que en igual medida quedan al margen del intervencionismo estatal de gestión del mercado de trabajo por medio de la legislación laboral. Tanto uno como otro fenómeno, expresivo del empleo informal, no sólo afecta a la vertiente individual de las relaciones laborales, sino que igualmente tiene el correlativo impacto sobre el juego de la actividad de las organizaciones sindicales y, muy especialmente, del ámbito de influencia de la negociación colectiva. No cabe la menor duda de que esta realidad del empleo informal se encuentra extendida en algunos países desde mucho tiempo atrás, pero lo destacable es que el mismo no sólo convive con el nuevo escenario de la economía globalizada, sino que por añadidura en algunos Estados se ve intensificado en el porcentaje de empleo que ocupa respecto del total.

En particular, se advierte como, sin alterarse la normativa laboral vigente en el ordenamiento jurídico correspondiente, éste goza de una menor capacidad de efectividad o eficacia, por cuanto que son cada vez mayores los ámbitos en los que no se aplica en la práctica dicha normativa, sin capacidad del Estado de ha-

cer cumplir su normativa, bien lo sea por la insuficiencia de sus instrumentos de control del cumplimiento de dicha normativa o bien lo sea por la ausencia de real efecto disuasorio de sus facultades sancionadoras frente a los incumplimientos. Incluso se observa en ocasiones como a pesar de la introducción de determinado tipo de reformas legislativas, cambiando las reglas del juego, la práctica empresarial se adapta con cierta facilidad a las mismas para cumplirlas en lo formal pero sin que materialmente se alteren lo que constituye el funcionamiento tradicional de las relaciones laborales y del equilibrio de los intereses en juego. De este modo, a veces se identifica la efectividad, es decir el formal cumplimiento de la norma, con la eficacia de la norma, es decir el logro de los objetivo y la finalidad última buscada por el legislador, de modo que aparentemente se produce un cambio de las reglas, que presentan efectividad pero no eficacia, puesto que las mismas no provocan resultados materiales; en definitiva, efectividad sin eficacia.

Desde la segunda de las perspectivas de la idea de empleo irregular, por parte de algunos se proyecta que la elevada tasa de asalarización, considerada durante largas décadas uno de los rasgos más definitorios del progreso en una economía industrial desarrollada, se puede ir reduciendo significativamente en algunos mercados de trabajo, especialmente impulsada por las nuevas formas de organización del trabajo, por los esquemas de las empresas en red y por la implantación de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Todos estos factores permiten formas más extendidas de trabajos autónomos, sin que ello afecte a la productividad, eficiencia y competitividad de las empresas. Naturalmente, de constatarse esta tendencia, no cabe la menor duda de que una vez más la intervención del Estado en la gestión del mercado de trabajo de nuevo se hace más compleja, cuando no directamente se debilita de forma irremediable. Es cierto que el análisis de ciertos datos estadísticos de conjunto en estos momentos en los países desarrollados todavía no permiten apreciar una caída sensible de la tasa de asalarización, pero podemos estar en una fase de transición, en la que todavía el fenómeno se encuentre en estado de mera incubación, pero que en breve puede provocar efectos de alteración sustancial de la peso comparativo entre trabajo subordinado y trabajo autónomo. A veces puede ocurrir que dichas estadísticas estén mostrando un gap entre la percepción social de la situación del trabajador en cuestión y su incardinación formal en sus relaciones con la empresa.

A partir de esas circunstancias, los riesgos de dumping social a nivel transnacional se acentúan, con el lógico efecto de que el poder estatal en la gestión de las relaciones laborales viene a menos. El Estado pierde la condición de “dueño y señor” del diseño de las reglas que han de regir las relaciones entre trabajadores y empleadores, de modo que su protagonismo resulta cada vez más complejo. No es que pueda considerarse que se haya producido una retirada del intervencionismo estatal, por la vía de optar por favorecer el desarrollo de las reglas del merca-

do globalizado sin referentes de intervención del Estado, pero sí desde luego que el poder público nacional encuentra superiores dificultades técnicas, económicas, jurídicas y políticas de lograr que su intervención tenga la efectividad e impacto del pasado.

En el campo específico de las relaciones colectivas de trabajo, no se aprecia proceso alguno de desregulación por parte de los Estados tradicionalmente protagonistas en esta vertiente, pero sí que la regulación existente está concebida para un modelo no globalizado, de modo que en el nuevo escenario su capacidad de impacto puede ser diferente. En concreto, puede no alterarse el marco jurídico de regulación de la negociación colectiva, pero la misma por el impacto de las transformaciones descritas logra ser de menor aplicación con riesgos de tendencia hacia la reducción de la tasa de cobertura negocial, o bien sin llegar a caer formalmente su tasa de cobertura pierde capacidad real de ser protagonista en la gobernanza de las relaciones laborales.

Es más, el proceso de globalización de la economía, como uno de los factores más reseñables, más allá de algunas experiencias concretas y parciales, no ha provocado la emergencia de entidades u organizaciones alternativas al poder estatal, de modo que con ello se observe un proceso sustitutivo de protagonistas en ámbitos diversos de actuación. De un lado, la conformación de organizaciones regionales o internacionales en este nuevo escenario de la economía globalizada no ha venido a sustituir el papel tradicional que hasta el presente ha venido desplegando durante largas décadas el Estado. Por decirlo en el caso concreto de la experiencia europea, el protagonismo de los Estados miembros de la Unión Europea en la gobernanza de las relaciones laborales no ha venido a ser sustituido por el protagonismo de las instituciones europeas, por mucho que sea ciertamente atractivo el desarrollo que se ha producido a resultas de la política de armonización de la legislación laboral y la extensión por diversas técnicas de la política social europea, sin olvidar el enorme impacto de la técnicas de *soft law* por parte de ciertas instituciones de ámbito regional e internacional a la que aludiremos posteriormente.

Tampoco los agentes sociales han logrado crear instancias de interlocución a nivel supranacional con la solidez suficiente como para actuar como instancias de compensación de la pérdida de protagonismo del poder estatal. Es cierto que se observan en algunos territorios significativas experiencias novedosas en el ámbito de la economía globalizada. En unos casos, se ensayan fórmulas de participación y representación de los trabajadores en el ámbito de las empresas transnacionales, buscando canales de interlocución con las direcciones centrales de los grandes grupos de empresa, por tanto no ciñéndose a niveles que se quedan en el ámbito nacional. De igual forma, en algunos muy concretos ámbitos se aprecian

experiencias de negociación colectiva transnacional, bien lo sean de nuevo para empresas que actúan en la economía globalizada o bien lo sean para sectores productivos que actúan en el terreno de lo transnacional, como es significativamente el sector del transporte tanto de mercancías como de personas. Eso sí, en relación con esas experiencias de desarrollo de las relaciones colectivas transnacionales, su diseño en nada o en muy poco proviene del Estado o, en su caso, de organizaciones internacionales o supranacionales. En definitiva, se constata de nuevo el mismo fenómeno al que venimos aludiendo: una mayor complejidad en la capacidad de protagonismo de los agentes sociales en este terreno de la gobernanza de las relaciones laborales.

A tenor de todo lo anterior, a pesar del perceptible debilitamiento del poder estatal en la gestión de las relaciones laborales, a la vista de que no aparece un interlocutor público a nivel supranacional, puede considerarse que los Estados nacionales continúan siendo en la actualidad un referente indiscutible a la hora de orientar el desarrollo de las relaciones laborales, corrigiendo los efectos distorsionadores del simple juego de las reglas de la oferta y la demanda propias de una economía capitalista. Diferente es que sea preciso adaptarse al nuevo escenario de la globalización, que la intervención venga a resultar más compleja y que deba procederse a actuar con técnicas jurídicas más amplias, pero no que hayamos de olvidarnos del papel de la norma laboral estatal ni de la intervención de las políticas públicas estatales en este terreno.

Incluso en la hipótesis de que el proceso de globalización provoque una llamada a una actuación a niveles supranacionales en la gestión de ciertos fenómenos de las relaciones laborales actuales, ello nunca podrá comportar la marginación del intervencionismo estatal. La emergencia de esas experiencias en el ámbito de lo supranacional, desde luego de notable interés, va a requerir en todo caso de la sucesiva actividad complementaria por parte de los poderes gubernamentales nacionales, en la medida en que resulta insustituible su intervención sucesiva de implementación, aplicación y/o control de lo establecido a niveles superiores. En suma, el protagonismo del nivel estatal en la gobernanza de las relaciones laborales seguirá siendo imprescindible.

3. HACIA LA EXTENSIÓN SUPRANACIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES

A partir del paso desde los modelos de Estado liberal a los Estados sociales en la práctica totalidad de los Estados democráticos de derecho, como una de sus comunes señas de identidad, se presenta la consolidación de los más clásicos derechos fundamentales y libertades públicas y, en particular por lo que aquí nos interesa, la integración dentro de los mismos de los llamados derechos sociales.

Particular relevancia a estos efectos ha tenido en muchos ordenamientos jurídicos nacionales el reconocimiento de la extensión de la garantía y disfrute de tales derechos fundamentales y libertades públicas al ámbito de las relaciones laborales, incluyendo entre ellos los más específicos derechos laborales de carácter colectivo derivados del principio de autonomía colectiva: libertad sindical, participación en la empresa, negociación colectiva, medidas de conflicto y de resolución de los mismos.

Bien es cierto que ello se ha producido de manera dispar, en cuanto a su contenido y especialmente en cuanto al alcance material y procesal de la vinculabilidad jurídica de tales derechos.

Así, por ejemplo, el listado de derechos laborales que se suelen considerar integrados dentro de esa categoría de derechos fundamentales laborales es muy desigual, con unos ordenamientos proclives a la recepción de una relación reducida de derechos pero de intensa protección, frente a otros con una orientación favorable a una tendencia expansiva en la lista de derechos a reconocer pero con cierto riesgo de provocar un debilitamiento de su vinculabilidad jurídica.

Del mismo modo, mientras que algunos ordenamientos han afianzado y perfeccionado la eficacia horizontal o '*inter privatos*' de tales derechos fundamentales laborales --elemento de capital importancia en orden al juego de los mismos en el ámbito de las relaciones laborales de impronta privatista--, en otros modelos el panorama resulta mucho más diluido, en muchas ocasiones condicionado por la imprescindible intermediación de la voluntad del legislador ordinario en la incorporación o no de estrictas obligaciones jurídicas frente a los particulares, en especial frente al empleador.

En ocasiones se contemplan canales precisos de reclamación procesal frente a presuntas conductas lesivas de tales derechos laborales, mientras que en otros casos los mecanismos se encuentran mucho menos articulados o pueden presentar ciertas fallas en su implementación aplicativa. No sólo se trata de identificar un preciso mecanismo procesal de reclamación sino dar respuesta a interrogantes relativos a la valoración jurídica a realizar frente a posibles renunciaciones o transacciones de derechos en este terreno, la reglas relativas a la carga probatoria de la concurrencia de la conducta lesiva especialmente en los supuestos muy extendidos en los que ello se produce de manera oculta o indirecta, al contenido preciso del fallo judicial estimatorio de la concurrencia de los actos lesivos, a la mayor o menor discrecionalidad judicial o pública en la sanción a imponer frente a tales conductas y el efecto disuasorio real de las mismas, a la garantía de ausencia de medidas de retorsión frente a las reclamaciones que se puedan producir al efecto.

A mayor abundamiento, los cambios que se vienen produciendo en muy diferentes perspectivas están provocando un cierto envejecimiento de los textos

tradicionales que hasta el momento presente, tanto a nivel nacional como internacional, han institucionalizado el reconocimiento de los derechos fundamentales laborales. Las transformaciones de muy diversa índole que se están verificando en la sociedad contemporánea presentan tanto nuevas oportunidades ampliatorias de la tutela de los derechos fundamentales laborales como igualmente nuevos desafíos que los ponen en riesgo de debilitamiento. Todo ello aventura un presente e inmediato futuro que abre paso a nuevos interrogantes, que requiere continuar el debate dogmático sobre el juego y efectividad de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales.

El primer factor a destacar que se está presentando como novedoso se sitúa en los cambios sociales, económicos, técnicos y sobre todo de sensibilidad ciudadana, que repercuten en lo cultural y que provocan, bien una lectura desde perspectivas diferentes de la lista tradicional de los derechos fundamentales, o bien la directa emergencia de nuevos derechos de los que se reclama su incorporación a los más tradicionales.

No deja de influir en todo ello el hecho de que las sociedades de ciertos países durante largas décadas eran bastante homogéneas en su estructura y funcionamiento, con su concreción en un mercado de trabajo bastante estable y uniforme, mientras que por contraste la sociedad contemporánea se viene a caracterizar cada vez más por su diversidad en muy diversos aspectos, de modo que en términos prácticos se presentan con mayor agudeza los problemas de discernir entre lo que constituye discriminación vedada constitucionalmente y diferencias de tratamiento objetivamente justificadas. Especialmente compleja se presenta esa diversidad social cuando afecta a un tratamiento diferenciado que acumula al propio tiempo una posible situación de tratamiento discriminatorio y una posible lesión a un específico derecho fundamental; piénsese en la combinación simultánea de fenómenos sumados entre flujos migratorios, diferencias nacionales, étnicas, por razón de género y religiosas. De otro lado, van apareciendo nuevas situaciones de posible marginación social y laboral que expresamente no se encuentran en el listado de las más tradicionales causas de discriminación contempladas en los correspondientes textos constitucionales, pero que por su impacto y efectos en clave de tratamiento peyorativo injustificado y arbitrario reclaman ser incorporadas al mencionado elenco; baste mencionar fenómenos de segregación relacionados con la orientación sexual, edad, discapacidad, cierto tipo de enfermedades consideradas “deshonrosas” o que provocan rechazo social, imagen y apariencia física, segmentación por la forma de contratación laboral, etc.

Otro factor a tomar en consideración es el relativo a la titularidad de los derechos fundamentales, que de principio no se pensaba que pudiera suscitar interrogantes y que, sin embargo, son cada vez más perceptibles los problemas

aplicativos. Por un lado, por su propia naturaleza, los derechos fundamentales tienden a gozar de una *vis expansiva* absoluta desde el punto de vista subjetivo, de modo que al encontrarse estrechamente vinculados a la idea de los derechos “humanos”, parece que resulta difícil concebir una restricción de los mismos desde el punto de vista de su titularidad. No obstante, en algunos casos ciertos derechos fundamentales por su propia esencia requieren de una cierta condición personal, como por ejemplo la de ser trabajador para afiliarse o participar en una huelga. Mucho más compleja es la comprensión limitada que presentan algunos textos respecto del alcance de la discriminación por razón de la nacionalidad, en algunos casos con silencios clamorosos, en otros con limitaciones de mayor o menor alcance.

Mucho más compleja se presenta el reconocimiento de la titularidad de tales derechos fundamentales en relación con la persona jurídica. Se trata de un aspecto que inicialmente pasó inadvertido, sin discusión ni puesta en cuestión, a partir del reconocimiento de las manifestaciones colectivas de la libertad sindical a favor del sindicato como persona jurídica. Sin embargo, los dilemas emergen a partir de la toma en consideración de la titularidad para otras personas jurídicas, de las sociedades mercantiles o civiles, comenzando por el propio empleador. La tendencia a la aceptación de tales derechos a favor del empleador, aunque no exista fundamento jurídico para su exclusión general, no deja de suscitar interrogantes. Algunos derechos fundamentales por su naturaleza parece que sólo son susceptibles de atribución a la persona física como ciudadano: el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho al “*habeas corpus*”, el derecho a la educación y a la formación profesional, el derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio, etc.; mientras que para otros derechos puede reconocerse también a las personas jurídicas, si bien su fundamento puede ser diverso. Por poner un ejemplo palmario, la afectación al honor o a la intimidad de una persona física no puede ser del mismo tenor que el correspondiente a una persona jurídica; en el primer caso va indisolublemente unido a la tutela de la dignidad de la persona y al desarrollo de su personalidad como ser humano, mientras que en el segundo caso tiene más un carácter instrumental o como simple medio de satisfacción del interés patrimonial o de objetivo social de la organización por medio de la que actúa la correspondiente persona jurídica. Por tanto, también su intensidad debe ser igualmente diversa en términos comparativos. Finalmente, lo más importante, su incorporación respecto de las personas jurídicas no es un mero resultado de suma cero, por cuanto que nos vamos a encontrar con un escenario en el que el reconocimiento del derecho fundamental de las personas jurídicas (empleadores) comporta limitaciones de los derechos fundamentales de las personas físicas (trabajadores).

Desde otra perspectiva, cuando entramos en el terreno de la aplicación de los derechos fundamentales al ámbito de lo laboral y, más ampliamente, de lo

social, se trata de ir más allá de una mera prohibición de perjudicar, para el logro de la igualdad formal. Se trata por el contrario, en el marco del Estado Social de Derecho, del logro de la igualdad material. Y para desembocar en la igualdad material es preciso ir más allá de la simple prohibición de injerencia, para dar el salto cualitativo de ir hacia el mandato de intervención necesaria del poder público o privado de logro de la misma. En definitiva, todo ello abre paso a la no sencilla discusión relativa a la incorporación de medidas de acción positiva. Y ello abre todo un nuevo y desafiante frente en esta materia, por cuanto que ya no se trata tan sólo de articular una comprensión de las medidas de acción positiva como compatibles con el principio de igualdad de trato, sino en positivo de la imperiosa necesidad de que se camine por la senda de establecer medidas de este tipo como elemento de efectividad de la igualdad material.

Todo lo anterior, por añadidura, puede llegar a provocar un impacto de enorme calado, si no lo está teniendo ya, a partir del actual escenario de globalización económica, sobre la tradicional efectividad de los derechos fundamentales de carácter laboral. La cuestión ahora es en qué medida el modelo de economía globalizada provoca cierto tipo de embates sobre los derechos fundamentales. En la medida en que el nivel de actuación de la economía supera el ámbito territorial de influencia, los poderes públicos que establecen tales derechos y, de igual forma, el del ámbito de actuación de los Tribunales de garantía de su cumplimiento también nacionales, se debilitan en su efectividad.

Muchos otros retos plantea toda esta materia, de indiscutible trascendencia, que hoy en día no presentan una cabal respuesta pacífica en los diversos ordenamientos jurídicos: la diferenciación en ciertos textos entre derechos subjetivos y principios informadores, el contraste entre los derechos fundamentales y el reconocimiento en paralelo o dentro de los mismos de las libertades económicas y empresariales, el posible contraste entre la vertiente individual y la vertiente colectiva de los derechos laborales, el régimen de sanciones frente a los incumplimientos que logre ir más allá de la mera monetarización de las conductas lesivas, la posible prescriptibilidad o no del ejercicio de las acciones judiciales, la pluralidad de instancias judiciales y la contradicción o complementariedad entre ellas.

A partir de todo lo anterior, se presenta como decisivo que el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales se verifique a nivel supranacional y se haga por tanto con cierto contenido homogéneo para el conjunto de los Gobiernos nacionales. Dicho de otro modo, en la medida en que la concurrencia empresarial se desarrolla a nivel global, la efectividad de los derechos fundamentales laborales sólo es susceptible de pervivir en la medida en que éstos adquieran grados de homogeneidad en su efectividad también a nivel global.

A estos efectos, se presenta como decisiva la propuesta formulada desde hace ya tiempo por parte de la Organización Internacional del Trabajo de establecer unos estándares comunes a nivel supranacional, recientemente sobre la idea fuerza del “trabajo decente”. Ello se ha realizado esencialmente por medio de la apelación a cuatro concretos Convenios de la OIT, con sus correspondientes materias: libertad sindical, trabajo forzoso, discriminación y trabajo infantil. No obstante, al margen del limitado éxito de la implementación de la propuesta relativa al trabajo decente trascurridos ya suficientes años desde su lanzamiento, el contenido de esos cuatro Convenios es incompleto en cuanto que no suele abarcar el conjunto de derechos y libertades fundamentales de carácter fundamental en la pacífica aceptación por parte de la comunidad laboral, por tratarse de cuatro textos diferenciados, por haberse aprobado en momentos históricos diversos que no presentan la necesaria unidad de tratamiento jurídico que requeriría un tratamiento integral de la materia y que, sobre todo, en algunos aspectos muestran su insuficiencia por dar respuestas a los variados retos a los que hemos aludido previamente.

Por todo ello, en el marco de la nueva gobernanza globalizada del trabajo habría que valorar la oportunidad de consensuar entre todos los protagonistas de las relaciones laborales a nivel supranacional algún tipo de Carta Universal de los Derechos Fundamentales Laborales, que lograra establecer unos estándares comunes a estos efectos como contrapeso a la competitividad en el marco de la economía globalizada.

Adicionalmente, y de manera complementaria a lo anterior, habría que destacar la trascendencia del proceso que se está desarrollando en algunos ámbitos de celebración de Tratados de libre comercio en espacios continentales e incluso intercontinentales amplios venga acompañados o incluyan cláusulas sociales de contrapeso, que puedan convertirse a su vez en instrumento de garantía de los derechos fundamentales laborales en aquellos Estados en los que van a implementarse este tipo de Tratados de levantamiento de fronteras económicas y, con ello, de expansión de la globalización. Procedamos a analizar con mayor detalle este fenómeno.

4. ACUERDOS COMERCIALES GLOBALES, EMPRESAS TRANSNACIONALES Y CLÁUSULAS SOCIALES

Otra de las realidades a las que nos enfrentamos hoy en día se sitúa en el hecho de que la economía globalizada no es el resultado de un simple desarrollo por sí sola de la actividad de las empresas en el ámbito del comercio transnacional, sino que las mismas en muchas ocasiones se ven favorecidas o enmarcadas por la celebración de grandes Acuerdos internacionales de libre comercio, no ya solo en clave bilateral de dos Estados sino cada vez más extendidos los celebrados o

en fase de negociación entre zonas regionales de grandes economías, sin olvidar que obviamente unos y otros Acuerdos de carácter internacional son resultado de procesos negociales y de su firma por parte de los correspondientes poderes estatales comprometidos a los mismos.

Baste señalar al efecto el actual el ya cerrado entre la Unión Europea y Canadá con la firma del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA), el en estos momentos bloqueado proceso negocial de similar acuerdo entre la Unión Europea y Estados Unidos con el pretendido cierre del Acuerdo Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP), así como otros en el ámbito del continente americano o en el área del pacífico. En su origen ha tenido gran influencia la actividad desplegada en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que ha sido una de las instancias que con mayor influencia ha gestionado estos procesos de liberalización de las transacciones internacionales. Naturalmente, el contenido central de tales acuerdos se ha situado sobre todo en el terreno del intercambio de capitales, productos o servicios, así como el régimen fiscal establecido para los mismos. Pero, del mismo modo, resulta indiscutible que el fenómeno en cuanto a su influencia no se queda circunscrito a tal ámbito de lo comercial y aduanero, sino que acaba teniendo una importante repercusión sobre muchos otros aspectos del funcionamiento de la economía y de la sociedad en general en un escenario de globalización. Y, no cabe la menor duda, de que entre esos otros aspectos se encuentra de manera destacada el impacto que todo ello tiene sobre el mercado de trabajo, sobre el empleo y las condiciones de trabajo, especialmente cuando tales Acuerdos de libre comercio afectan a países con modelos laborales y de relaciones sindicales bien dispares entre sí. Ello no sólo puede repercutir sobre compromisos legislativos de los Estados en cuestión, sino incluso sobre la competencia jurisdiccional de los Tribunales de Justicia nacionales, por los compromisos de arbitraje incorporados a los mismos, que como efectivo reflejo marginan de falto al poder judicial.

A tenor de ello, existe una cierta experiencia de incorporación en estos Acuerdos de libre comercio de cierto tipo de cláusulas sociales, si bien parece que el impacto real de las mismas ha sido cuando menos modesto hasta el momento presente. Tales cláusulas, por añadidura suelen ser muy dispares en su contenido y confección, presentan en ocasiones redacciones con un elevado grado de ambigüedad y no siempre vienen acompañadas de mecanismos de seguimiento y control de sus resultados.

Se trataría, a estos efectos, de conocer cuál es la actitud de los diferentes Estados nacionales respecto de la inserción de estas cláusulas sociales en los acuerdos de libre comercio, así como precisar el papel que desempeñan las diversas economías nacionales en el impulso de tales cláusulas sociales. En estos

términos, sería procedente partir de un estudio lo más completo posible del contenido de tales cláusulas sociales en sus diferentes aspectos, así como la virtualidad de proporcionarles elementos superiores de efectividad. El estudio comparativo de las mismas puede resultar de enorme utilidad, detectando entre las mismas los compromisos que pueden aportar superiores dosis de incidencia en el marco de la economía globalizada. En particular, habría que detectar qué tipo de medidas pueden hacer frente con mayor efectividad a los riesgos de dumping social; especialmente puede resultar de interés analizar el fenómeno del desplazamiento transnacional de trabajadores entre países a los que les resultan de aplicación los mencionados acuerdos de libre comercio, partiendo de la detección de hasta qué punto la implementación de los espacios de libre comercio incrementan los flujos de trabajadores entre unos y otros países, debilitan o no el marco normativo nacional de gobernanza de las relaciones laborales dentro de sus respectivos territorios.

A la luz de todo lo anterior, resultaría de notable interés que se produjera un posicionamiento, en términos de Recomendación, por parte de la propia Organización Internacional del Trabajo respecto del posible contenido y alcance de las cláusulas sociales a incorporar a este tipo de acuerdos de libre comercio.

Como es sabido, entre las empresas transnacionales se extienden cierto tipo de prácticas de comportamiento desde el punto de vista social en el marco del comercio global, a cuyo efecto se desarrolla una interesante experiencia de responsabilidad social corporativa en este terreno. Por muy débil que se pueda considerar este tipo de códigos de conducta desde el punto de vista jurídico formal, lo importante es el impacto aplicativo práctico que tienen las mismas, en qué medida tales códigos suponen la introducción de facto de ciertos estándares laborales en el terreno de lo práctico, o bien se convierten en el embrión que puede dar paso a fases más institucionalizadas y jurídico-vinculantes de derechos/deberes entre las partes. Desde esta perspectiva, se trataría de analizar hasta qué punto dichas prácticas y compromisos sociales se establecen en el marco de la exclusiva iniciativa empresarial, en conjunción en su caso con los representantes de los trabajadores, o alternativamente en su caso los Acuerdos de libre comercio y el impulso de los Estados nacionales puede incidir para motivar a un desarrollo más extenso de tales buenas prácticas. En los mismos términos, habría que detectar qué conexión existe entre tales fenómenos y el desarrollo del diálogo social o directamente de la negociación colectiva transnacional, incluidas medidas de apoyo al mismo.

Otros asuntos a tratar al respecto serían los relativos a la intervención en este ámbito por parte de los Estados respecto de las condiciones a las inversiones extranjeras y su relación con la movilidad laboral. En particular, desde algunas esferas se está proponiendo la constitución de algún tipo de Fondos estructurales

de apoyo económico, con el objetivo de compensar los efectos laborales de cierto tipo de reestructuraciones empresariales que son el resultado del impacto que tienen sobre ciertos territorios, sectores o empresas la puesta en práctica del nuevo escenario de libre comercio creado a partir de los Acuerdos internacionales de referencia. No cabe la menor duda, de qué los procesos de transición económica antes y después de la puesta en práctica de los Acuerdos de libre comercio provocan impactos singulares en el empleo, en la medida en que pueden desencadenar el desplazamiento de la producción de bienes o de la prestación de servicios desde unos territorios hacia otros, en algunas ocasiones con necesidad de acometer medidas drásticas de reducción de empleo por parte de ciertas empresa en ciertos espacios locales. A estos efectos, se trata de analizar hasta qué punto desde las políticas públicas de los diferentes Estados se aborda una previsión de este tipo de efectos, así como programan medidas de reacción frente a los previsibles efectos negativos en cierto tipo de empresas.

5. IMPACTO SOBRE LA REGULACIÓN NACIONAL DE LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

Particular interés se debe prestar a los efectos que las transformaciones descritas al inicio presentan sobre el desarrollo de las relaciones colectivas de trabajo en sus diferentes vertientes. De un lado, detectar cómo la reglas tradiciones despliegan un resultado diferente en un escenario que indiscutiblemente se ha transformado profundamente, al propio tiempo que también vislumbrar si se aprecian cambios en la intervención legislativa por parte de los diferentes Estados nación.

En concreto, sería de sumo interés detectar que está sucediendo en el campo de la participación en la gestión de la empresa y, en especial, en las más asentadas instituciones de representación colectiva de los trabajadores en el seno de la empresa: en qué medida perviven los modelos de cogestión en aquellos países que tienen implantadas fórmulas de este tipo, hasta qué punto se adaptan los órganos de representación de los trabajadores, tipo comités de empresa y representación sindical, a las nuevas estructuras empresariales, como pueden ser las representaciones de ámbito transnacional, si en este terreno se están verificando cambios en las funciones asignadas a la actividad representativa en la empresa, si se asumen funciones o competencias diferentes. Naturalmente todo ello desde la perspectiva particular de si en este tipo de transformaciones actúa o no la legislación estatal. Incluso en términos extremos, comprobar si este tipo de instituciones experimentan un proceso de auge o, por el contrario, de pérdida de influencia ante la realidad cambiante.

Asimismo, resulta obligado detectar la evolución que está teniendo en este campo la negociación colectiva: líneas de tendencia en la pervivencia o cam-

bio en las tasas de cobertura de la negociación colectiva, transformaciones en la estructura negocial con particular atención a la incidencia de las propuestas de orientar a la empresa como ámbito preferencial de desarrollo de la negociación colectiva, espacio que mantiene o no donde los haya los procesos de negociación colectiva sectorial o de rama, juego de interinfluencias de los procesos de individualización de las relaciones laborales. Elementos de Derecho comparado de importancia indiscutible a estos efectos deben ser necesariamente las transformaciones que se aprecian en lo que refiere a la vinculabilidad jurídica de lo pactado a través de la negociación colectiva, la presencia de formas directas o indirectas de eficacia *erga omnes* de los convenios colectivos, el papel del juez en el cumplimiento de los convenios.

En el terreno de la huelga y otras manifestaciones de conflictividad colectiva, es preciso conocer cuál es la actitud del legislador, de carácter más intervencionista o más abstencionista, el grado de relación que se suele establecer entre actuaciones de control vía movimientos huelguísticos de los fenómenos empresariales de desplazamiento de trabajadores en el marco transnacional y hasta qué punto la negociación colectiva nacional abarca o no a tales grupos de trabajadores desplazados. Necesariamente va a resultar también muy útil el conocimiento de si la intervención legal diferencia o no según que las paralizaciones de la actividad en el marco de conflictos sindicales afecten o no a la prestación de servicios públicos o de servicios que se consideran esenciales para la comunidad. La actitud y reacción de los consumidores debe ser también relevante a estos efectos, pues se intuye que en esta materia se están produciendo cambios en las actitudes de la población afectada por este tipo de conflictos laborales.

Por último, tampoco debería olvidarse la comparación entre modelos nacionales que intervienen en el campo de propiciar el desarrollo de procedimientos de mediación y/o arbitraje a los efectos de resolver cierto tipo de conflictos laborales. En concreto, si en aquellos modelos nacionales que contemplan la promoción de tales procedimientos de mediación y/o arbitraje, los mismos logran acoger en su seno a aquellos que se desenvuelven en el terreno transnacional. Debe tenerse en cuenta que en esta materia las disparidades de culturas laborales nacionales son de enorme calado, entre modelos de intenso protagonismo de los procedimientos de mediación/arbitraje hasta otros de fuerte rechazo a los mismos por parte sobre todo del poder judicial.

6. NUEVAS FORMAS DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LAS RELACIONES LABORALES

Las formas más clásicas de intervención legal del Estado en el ámbito de la ordenación laboral lo han sido a través de la fijación de estándares mínimos de

condiciones de trabajo, de modo que la técnica jurídica más extendida ha sido la de fijar regulaciones de derecho necesario, por tanto indisponibles para las partes, todo ello bajo el formato de lo que viene a conocerse como *hard law*. Esta técnica de intervención, si bien lo más habitual es que se identifique con la esfera de las relaciones individuales de trabajo, desde la contratación hasta la extinción del contrato pasando por las condiciones de ejecución de la prestación de servicios, tampoco ha sido desconocida en absoluto en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo. También en esta segunda vertiente ha sido intenso el uso de las reglas de *hard law*.

Por contraste a ello, en las últimas décadas se vienen extendiendo de manera muy profusa experiencias de *soft law*, por medio de instrumentos de lo más variado, como pueden ser informes de diagnóstico, orientaciones, directrices, recomendaciones, aportación de buenas prácticas en ámbitos concretos con voluntad de extensión a otros diversos, aportaciones de ayudas económicas condicionadas a cambios en la legislación laboral nacional, evaluaciones de resultados, etc. En el nuevo escenario de la globalización, este tipo de técnicas de actuación se aprecia especialmente intenso cuando la gobernanza económica y de las relaciones laborales se desarrolla a nivel supranacional. Pero, al propio tiempo, todo este nuevo entramado de actuación desde diversas instancias no se verifica exclusivamente en el terreno de las instituciones internacionales, pues por efecto mimético se aprecia como también desde los poderes nacionales se asumen e interiorizan estas actuaciones de *soft law*. En muchas ocasiones ello se presenta como alternativa a las tradicionales técnicas de *hard law*, ante la imposibilidad de que las mismas actúen en ciertas esferas con rasgos de imperatividad, o bien como elemento complementario de las clásicas actuaciones de *hard law*, con voluntad de propiciar una más eficiente y eficaz consecución de los objetivos habitualmente pretendidos exclusivamente con las formas de *hard law*. Pero en otras ocasiones también se detecta cómo ello es el resultado de un retraerse en la regulación *hard* para situar la gobernanza laboral en clave esencialmente *soft*.

Desde esta perspectiva, se trataría de analizar si se ha producido algún tipo de evolución en la intervención estatal en clave de *hard law*, tanto por lo que refiere al hecho de que se haya verificado una disminución del intervencionismo público en el uso de esta técnica jurídica, como si se aprecian cambios en la eficacia aplicativa de las mismas. En paralelo, se trataría de analizar hasta qué punto se mantiene el auge de las técnicas de *soft law*, qué grado de agotamiento se aprecia en las mismas, así como cuál es la eficacia detectada en su impacto real sobre las relaciones laborales.

A la postre, se trataría de analizar en qué medida se detectan vasos comunicantes, influencias mutuas entre las técnicas de *hard law* y de *soft law*, con vistas

a detectar si se suelen presentar las unas como alternativas, sustitutorias de las otras, o bien, por el contrario, se conciben como métodos complementarios que se enriquecen mutuamente.

A resultas de todo lo anterior, se trata igualmente de investigar la posible presencia de nuevas herramientas utilizadas por el Estado para dotar a las partes de las relaciones laborales de instrumentos para hacer frente con mayor eficacia a los nuevos desafíos: economía verde, economía digital, formación profesional, integración de los jóvenes, inclusión social, equilibrio entre la vida laboral y familiar, envejecimiento activo, flujos migratorios, etc.

PROBLEMAS INTERNACIONALES Y PARTICULARIDADES REGIONALES DE LA GOBERNANZA DEL TRABAJO

HUGO BARRETTO GHIONE*

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de la República (Uruguay)

EXTRACTO

Palabras clave: Gobernanza, Tripartismo, Organización Internacional del

La gobernanza del trabajo es una de las cuatro *conversaciones* sobre la iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo, una propuesta que lanzó el Director General de la OIT en su Memoria de la 104ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en 2015. El término convoca a reflexionar sobre el lugar que la regulación del trabajo y el tripartismo ocupa en el actual desarrollo de las relaciones laborales, así como las modalidades que ha adquirido en ciertos países latinoamericanos (que se califican como “gobernanza desde el gobierno”) y las tensiones que se perciben en la actividad normativa y de instancia de control asumida por el organismo mayor de Gobernanza: la OIT.

ABSTRACT

Key words: Governance, tripartism, International Labour Organization

Governance of labour is one of the four conversations on the Centennial Initiative on the future of work, a proposal that the Director-General of the ILO launched in his memory of the 104th session of the International Labour Conference in 2015. The term calls to reflect on the place of the regulation of work and tripartism in the current development of labour relations, as well as modalities that has acquired in certain Latin American countries (which are qualified as "governance from the Government") and the tensions that are perceived in norm and instance of control assumed by the major governance body: ILO.

* Director del Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho y miembro del Consejo de Redacción de la revista Derecho Laboral, fundada en 1948 por Francisco de Ferrari, Américo Plá Rodríguez y Héctor-Hugo Barbagelata.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. COMPONENTES DE LA GOBERNANZA
3. NORMAS E INSTITUCIONES DE LA GOBERNANZA BAJO SOSPECHA. LA DERIVACIÓN LATINOAMERICANA
 - 3.1. LA OIT EN SU LABERINTO
 - 3.2. MODALIDADES RECIENTES EN EL CONO SUR DE AMÉRICA LATINA: LA “GOBERNANZA DESDE EL GOBIERNO”
4. CONSIDERACIONES FINALES
5. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

La gobernanza del trabajo constituye, como se sabe, una de las cuatro conversaciones sobre el centenario de la OIT relativa al futuro del trabajo que ha promovido el Director General en su Memoria de la 104^o reunión de la Conferencia en 2015. A partir de ese impulso, se ha desencadenado una serie de actividades con miras a la celebración del año 2019. En esta contribución plantearemos como punto de partida la idea general que sobre gobernanza ofrece la Memoria, para examinar luego los obstáculos externos e internos que se presentan a nivel de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) y dar cuenta de las experiencias recientes de los países del cono sur de América Latina, para terminar con algunas anotaciones sobre el diálogo social y el tripartismo en esos países, que denotan, digámoslo desde ya, severos déficits de libertad sindical, presupuesto básico de todo proyecto deliberativo.

2. COMPONENTES DE LA GOBERNANZA

En lo sustantivo, el mensaje concibe a la gobernanza internacional del trabajo como “la adopción de convenios internacionales del trabajo a través de negociaciones tripartitas y que, una vez ratificados, tienen rango de leyes internacionales y están sujetos al control de la OIT. El sistema se apoya en tres razonamientos: la necesidad de establecer igualdad de condiciones para todos los Estados Miembros con la adopción de normas comunes; el objetivo compartido de establecer el respeto universal de los principios y derechos fundamentales en el trabajo inscritos en la Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo; y la idea de que las normas internacionales -incluidas las recomendaciones, que no tienen carácter vinculante- deberían proporcionar un marco de referencia para los Estados Miembros que tratan de conciliar el crecimiento económico con el progreso social” (Memoria del Director General, núm. 77, en adelante MDG), siendo la estructura tripartita de la OIT demostrativa que “para la OIT los gobiernos y las organizaciones de trabajadores y de empleadores, y los procesos de diálogo social que los reúnen, constituyen un factor clave para la gobernanza del trabajo” (MDG, núm. 82).

Una construcción del concepto de Gobernanza como la que se propone, permite ajustarla a los diversos niveles de relacionamiento entre los sujetos de las relaciones de trabajo, y así podemos hablar de una gobernanza a nivel nacional, circunscribiéndola a los ordenamientos jurídicos particulares, y una gobernanza regional, para atender a los arreglos normativos e institucionales existentes en experiencias como la Unión Europea o el MERCOSUR, y aún, más parcialmente, sería posible extender el concepto a la consideración de los aspectos laborales contemplados en los Tratados de Libre Comercio.

Cada uno de esos niveles presenta perfiles y problemas propios, y bueno es recordar que el derecho del trabajo nació como manifestación de las luchas obreras en el concreto escenario de las relaciones laborales nacionales, pero la dimensión internacional no estuvo ajena desde el inicio y puede decirse que está en su ADN, tanto en las concepciones ideológicas de las organizaciones de trabajadores durante el siglo XIX (Primera y Segunda Internacional de Trabajadores, etc.) como en la temprana recepción que tuvo en iniciativas diversas que dieron origen a la OIT en 1919, cuando el derecho del trabajo recién comenzaba su expansión disputando terreno a las concepciones privatistas (civilistas) y con la compañía inestimable y definitiva del constitucionalismo social que ahora cumple 100 años (Constitución mexicana de Querétaro, 1917).

Esos sucesivos círculos concéntricos que constituyen la gobernanza del trabajo (partiendo del ordenamiento jurídico nacional, hasta el regional, multinacional, etc.), son precisamente menos “governables” por los actores nacionales (y hasta por los mismos países) a medida que se alejan del centro normativo originario, y esa verificación hoy indudable constituye uno de los desafíos mayores a tener en cuenta. Y esto no solamente por la obvia pérdida de dominio que supone sobre las decisiones de política laboral (y aún sobre las oportunidades de discutir e influir sobre las mismas) sino también por promover, estas instancias u organismos internacionales o multinacionales, lógicas contrarias al desarrollo de los derechos de las personas que trabajan, operando un giro en favor de la competitividad u otras magnitudes propias del interés de las empresas y de las corporaciones financieras.

3. NORMAS E INSTITUCIONES DE LA GOBERNANZA BAJO SOSPECHA. LA DERIVACIÓN LATINOAMERICANA

El análisis que aquí se desarrolla toma partido por indagar en los principales problemas que afectan a la gobernanza del trabajo en dos niveles espaciales bien diferenciados: a) en el espacio de la OIT, por entenderse que es su ámbito internacional propio; y b) en ciertas modalidades que adopta la gobernanza en los últimos diez años en los países del cono sur de América Latina. Trataremos por su orden ambos temas.

3.1. La OIT en su laberinto

La gobernanza del trabajo en la OIT enfrenta desafíos a nivel interno y externo a su sistema normativo y de controlador de la aplicación de los convenios y recomendaciones.

A nadie se ocultan los problemas que padece hoy su sistema normativo -e institucional-, que la Memoria identifica de manera asimétrica ya que se detiene con detalle en referencias a las externalidades, pero repara escasamente en los cuestionamientos a la interna recibidos por parte del grupo de los empleadores que tuvo como objetivo el sistema de control, lo que parece una estocada estratégica en tanto el sistema normativo había sido ya ralentizado desde los hechos políticos de 1989 en adelante, que quitaron del horizonte la tentación de la revolución social.

En relación a los aspectos normativos, de tipo *interno*, se dice en la Memoria que “Hay varias cuestiones fundamentales relacionadas con la reglamentación internacional del mercado de trabajo, por ejemplo, si debe ser muy detallada, la naturaleza de esta reglamentación y su contenido, y con la manera de aumentar su eficacia, que constituyen el marco contextual de la labor que tenemos por delante, y se podrían abordar con el mecanismo de examen de las normas” (MDG, núm. 79). Se trata de cuestiones que van a la médula de la función reguladora de la OIT, y que explican cierta parálisis en la producción normativa en los últimos años, cuando en realidad bastaba con recordar que el problema del “universalismo” y la “flexibilidad” de las normas laborales es una temática tradicional que simplemente requiere de los equilibrios habituales en una disciplina jurídica fuertemente conflictiva.

El planteo de enlentecimiento o la práctica detención de la función normativa coincide con otro fenómeno que relata el documento, de carácter sinérgico, como es “una tendencia a la desreglamentación en muchos países —y no se puede pasar por alto el gran número de trabajadores de la economía informal que quedan por completo fuera del ámbito de gobernanza”— aunque señala, con cierto optimismo, que “por otro lado, se reconoce cada vez más que las normas del trabajo son un componente clave de los procesos de integración regionales y subregionales y de un creciente número de acuerdos comerciales de distintos niveles. Además, los propios procesos de cambio que están transformando el mundo del trabajo constituyen de por sí una razón para focalizarse en las normas, y en particular, para adoptar nuevas normas o para revisar las normas actuales a fin de responder a las nuevas necesidades y circunstancias” (MDG, núm. 79).

Corresponde mirar con distanciamiento esta coyuntura para apreciar con mayor propiedad el grado de amenaza que esta posición del Grupo de los Empleadores de la OIT significa respecto al sentido último de la función normativa y de la regulación del trabajo a escala internacional, como es la promoción de la Justicia Social.

Como bien se encarga de decir la MDG, ese detenimiento en la producción de normas convive no solamente con las políticas neoliberales aplicadas en muchos países miembros, sino que cabe agregar que tiene como colofón el cuestionamiento al sistema de control implementado desde la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones y de la Comisión de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo.

El origen de la controversia se sitúa en la posición asumida por el Grupo de los Empleadores en la OIT en oportunidad que sostuvieron la imposibilidad de interpretar las normas por parte de los organismos de contralor mencionados, lo que en los hechos haría que prácticamente pudieran aplicarse solamente aquellos – pocos – textos que no tuvieran ambigüedades, ambivalencias o “textura abierta”, propiedades todas de las que están plagados, conscientemente, las normas internacionales del trabajo, dado que es el recurso lingüístico idóneo para facilitar la ratificación de los Convenios por parte de Estados de bien disímiles condiciones económicas, sociales y culturales.

El asunto emergió con fuerza en 2012, en ocasión del debate sobre la existencia de un derecho de huelga en el Convenio Internacional núm. 87, que había sido secularmente aceptado por todos según lo dispuesto en los arts. 3° y 10° del instrumento. Sin embargo, a partir de ese momento, los empleadores manifiestan que no existe un reconocimiento internacional del Derecho de Huelga en tanto no hay referencia explícita al mismo en el CIT 87 ni en otro instrumento de la OIT, y por tanto dicho derecho quedaba recluido y reducido a su reglamentación en los ordenamientos jurídicos nacionales, casi siempre de naturaleza disciplinadora y restrictiva, al menos en muchos países latinoamericanos.

Si esta fuera verdaderamente la matriz desde la cual se leyera la totalidad del conjunto normativo de la OIT, la imposibilidad de interpretar (que es como decir la imposibilidad de comprender y por tanto de aplicar) el derecho internacional del trabajo se desplegaría a todo el sistema normativo, lo que haría caer, uno a uno, como una implosión, casi todos los convenios y el edificio jurídico/dogmático todo de la OIT construido desde 1919 a nuestros días.

El acuerdo entre el grupo de los trabajadores y empleadores en febrero de 2015 que permitió la continuidad de la Comisión de Aplicación de Normas de la OIT no puso fin al diferendo, sino que a nuestro juicio simplemente difirió su resolución mediante una “transacción” que deja más dudas que certezas sobre el futuro de la función de contralor.

Por otra parte, en relación a los factores *externos* que debilitan la gobernanza –o el “contrato social”, como prefiere decir un documento reciente de la OIT sobre el futuro del trabajo (Nota Informativa núm. 4)– se mencionan: a) la *globalización*, “que si bien ha traído muchas oportunidades, también ha cambia-

do el equilibrio de la mano de obra y el capital, con una competencia mundial más intensa, mayor inestabilidad macroeconómica y un aumento secular de la desigualdad de ingresos”; b) *las nuevas formas de trabajo*, que “asociadas a la automatización y la digitalización ponen en entredicho las responsabilidades y derechos relacionados con una relación de trabajo”, y c) *el deterioro de las instituciones del mercado laboral*, que “no solo enfrentan fuerzas externas, sino que muchos países no se han podido adaptar a un contexto que cambia rápidamente. Mantener a estas instituciones a la par de las necesidades cambiantes de los trabajadores y empleadores también es una responsabilidad interna de sus actores”.

Estos factores operan afectando los diversos niveles ya anotados de gobernanza (ordenamientos nacionales, regionales, internacionales, etc.) y se potencian con otro elemento puesto de relieve en un número reciente de la Revista Internacional del Trabajo, como es la incidencia de los organismos internacionales de crédito y desarrollo, que de algún modo han entrado en “competencia” desigual con la OIT, que se ha visto arrinconada y presa de un discurso defensivo y acusado de “obsoleto”.

En términos globales, la gobernanza de la OIT en materia de trabajo se ha visto “invadida” por organismos internacionales financieros, económicos y de desarrollo, que intervienen cada vez de manera más decisiva en cuestiones que se sitúan más allá de las fronteras de la economía. Dice Rittich (2015:94) que “una concepción extensiva de la gobernanza económica ha permitido que intervengan en un amplio espectro de normas y políticas relativas al trabajo, desde el ámbito de la igualdad de género hasta el de la reglamentación del mercado laboral y la política social”, y organismos como el Banco Mundial, la OCDE y el FMI promueven reformas estructurales del derecho del trabajo concebidas para responder mejor a los imperativos económicos, convirtiendo en verdaderos “tópicos jurídicos” las “bondades” de la desregulación laboral.

El desafío en este frente es dar respuesta a la disyuntiva de si la OIT debe ocuparse de “coordinar” con estos organismos mediante “diálogos y foros” (Maupain, 2015) o por el contrario si debe retomar la labor de influencia en los reguladores nacionales, actores, otros organismos internacionales, etc., en orden a cumplir su mandato constitucional de “examinar y considerar (...) cualquier programa o medida internacional de carácter económico y financiero” según prescribe la Declaración de Filadelfia en el par. II.d (Charnovitz, 2015:100).

El frente interno del desacuerdo en torno a las facultades de los organismos de contralor y el freno operado en la faz de creación normativa, suponen desafíos (factores *internos*) muy decisivos para la gobernanza internacional del trabajo, que puede quedar cada vez más al albur de las decisiones y vaivenes de *otros* organismos internacionales que ostentan una lógica diversa, disruptiva, en

clave de mercado (factores *externos*), para abordar los temas de las relaciones de trabajo.

3.2. Modalidades recientes en el Cono Sur de América Latina: la “Gobernanza desde el Gobierno”

Visto este panorama desde la región latinoamericana, y todavía desde un país como Uruguay, definitivamente insular en todo este proceso, parecería que se trata de un espectáculo en pantalla de HD, hiperrealista y ajeno e inalcanzable, pero que paradójicamente puede incidir de manera muy decisiva en las condiciones de vida de los trabajadores, muchos de los cuales se sitúan, desde siempre, fuera de toda gobernanza.

Dice al respecto la OIT que “en el mundo se desarrollaron o introdujeron modelos similares de regímenes legales para las relaciones de trabajo. Durante el colonialismo, estuvieron principalmente relacionados con la protección del trabajo y de las condiciones laborales de minorías elegidas, principalmente los mismos colonizadores. Sin embargo, en términos generales, la normativa de las relaciones de trabajo en el contexto colonial o de los países en desarrollo siempre fue y sigue siendo concebida a partir de condiciones que no coinciden con la realidad de una gran parte de los trabajadores. De hecho, independientemente del modelo de la normativa legal, la relación de trabajo (...) no ha sido la norma en esta parte del mundo” (Nota Informativa núm. 3).

La cita permite volver sobre una serie de especificidades del “continente mestizo”, recordando al respecto que se trata de una región fuertemente dependiente de la inversión extranjera de empresas multinacionales que se sirven, en los últimos eslabones de las cadenas de suministro, de trabajo informal o de maquiladoras. La dependencia comprende también la padecida respecto de organismos de crédito, que son capaces de imponer orientaciones en políticas tributarias, previsionales y laborales a los países que recurren a sus “servicios”.

Pero la cita es también reveladora de cierto automatismo que se tiene desde las cátedras universitarias en el continente, en las cuales se enseña un derecho del trabajo que se aplica a una porción reducida de la población trabajadora, con base en una doctrina escrita para otra realidad. No se repara suficientemente en que sería menester en esos casos dedicarse con mayor detenimiento al estudio de las modalidades de trabajo que efectivamente se aplican, afectadas de informalismo y precariedad, lo que permitiría desnudar el discurso de ciertos centros de producción simbólica –cátedras, revistas, etc.- que reclaman “flexibilidad” laboral en mercados de trabajo desregulados secularmente.

En este punto corresponde advertir una particularidad de los estudios laborales en Latinoamérica, que si bien en muchos casos no han atendido a esos

elementales datos de la realidad, surcada por el informalismo y la precariedad (donde no resultan ajenas, además, la supervivencia de modalidades tradicionales de trabajo, en ocasiones heredadas de formas venidas de la época colonial), pudo señalar en cambio los déficit de la normativa -y de la gobernanza, diríamos hoy- de las relaciones colectivas de trabajo.

Así Ermida Uriarte (2006:7) planteó una especie de paradoja esencial en el sentido de admitir la existencia de un intervencionismo estatal ambiguo. En concreto, la legislación sobre el trabajador individual, de carácter protector, se trasmataba en limitativa o controladora de la actividad sindical: “la legislación sindical latinoamericana se caracteriza mucho más por el reglamentarismo y la limitación, que por la promoción, soporte o apoyo de la acción colectiva y sus manifestaciones, como la huelga, la negociación colectiva o la participación”.

Este sesgo de las instituciones del derecho colectivo no ha tenido cambios sustantivos en los últimos años, pese a que casi todos los países del sur del continente contaron con gobiernos calificados como “progresistas”, que se identificaban mayormente con el interés de los trabajadores, a tal punto que las organizaciones sindicales más representativas (la Confederación General del Trabajo, en Argentina, la Central Única de Trabajadores en Brasil, el Plenario Intersindical de Trabajadores/Convención Nacional de Trabajadores, en Uruguay) nutrieron con muchos de sus dirigentes y técnicos a los cuadros oficiales de esos gobiernos afines (del partido Justicialista en Argentina, del Partido de los Trabajadores en Brasil, de la Concertación para la Democracia de Chile y del Frente Amplio en el Uruguay).

La incorporación de esos cuadros a los elencos gubernativos vinculados a las políticas laborales y sociales significaron un ejercicio ciertamente particular de la gobernanza, ya que la misma no se asentó solamente en los habituales espacios del tripartismo, sino que pudo verse una transversalidad del personal producto de la migración desde el sindicalismo al gobierno nacional o municipal o regional, marcando así una impronta singular de un ejercicio “desde adentro” de la gobernanza del trabajo: una gobernanza desde el gobierno.

La gobernanza parecía así tener buenas perspectivas de operar a favor de transformaciones del derecho sindical de países como Argentina, Brasil y Chile, que han sido secularmente objeto de observaciones y solicitudes directas por la CEARC, ya que la asunción de responsabilidades gubernativas por representantes de los trabajadores hasta el mismo nivel ministerial hacía prever que de una vez por todas se superarían las limitaciones a la libertad sindical debidas a los derechos exclusivos del sindicato con personería gremial (Argentina), la unicidad sindical impuesta a nivel constitucional (Brasil) las restricciones a la huelga y la excesiva burocratización de la negociación colectiva (Chile).

En un artículo reciente (Barretto Ghione, 2017) hemos señalado que pese a esa inestimable oportunidad para el cambio, todo indica que las culturas jurídicas preexistentes al “progresismo” han pervivido más allá de la variación de los contextos sociales, culturales y políticos que les dieron origen a mediados del siglo pasado en el caso de Argentina y Brasil, y como producto del “plan laboral” de la dictadura en el caso de Chile.

Lo verdaderamente interesante es que a nuestro juicio la invariabilidad sustancial de los modelos de libertad sindical durante el período “progresista” respecto del panorama preexistente, se sustentó no tanto en la resistencia al cambio de sectores del conservadurismo clásico -en el nivel político o empresarial- sino fundamentalmente, en los mismos estamentos sindicales, que no dieron el paso hacia una modificación profunda de los modelos sindicales (caso de Argentina y Brasil). En efecto, los sindicatos mayoritarios persistieron en prácticas que parecían ante todo tributarias de pre/compreensiones y cosmovisiones tradicionales, y en consecuencia, alcanzada la gobernanza desde el interior mismo del poder político, optaron por mantener las estructuras del derecho colectivo.

Ni las instancias tripartitas promovidas en algunos casos para la reforma del sistema, y de las cuales los países daban cuenta en sus memorias y respuestas a la CEACR, ni las continuas apelaciones de este organismo a los gobiernos para desatar el cambio, fueron eficaces para conmover las estructuras, y buena parte de ese resultado es atribuible a ese ejercicio de la “gobernanza desde el gobierno” por los representantes sindicales.

4. CONSIDERACIONES FINALES

En las Notas Informativas de la OIT citadas se reconoce que “uno de los desafíos para el contrato social es cómo fortalecer la representación de los diferentes grupos de trabajadores y empleadores. Por el lado de los trabajadores, esto incluye el desafío de organizar la representación colectiva de los trabajadores informales, así como de aquellos fuera de las relaciones de empleo establecidas, y la necesidad de crear coaliciones de mayor alcance con organizaciones que tengan intereses similares, tales como cooperativas, los grupos de usuarios, las asociaciones de comerciantes y otras organizaciones constituidas por afiliación representativas de la sociedad civil” (Nota N° 4).

Las observaciones que se hacen omiten llamativamente un punto que consideramos fundamental para América Latina si se trata de “fortalecer las organizaciones de trabajadores”, como se predica en el documento: la necesidad de proceder a una reforma laboral que condiga con los lineamientos que histórica-

mente la CEACR ha observado para ampliar los márgenes de libertad sindical en los países latinoamericanos.

Lo que resulta novedoso, al punto que requiere una redoblada reflexión sobre sus orígenes y efectos, es que los más de 10 años de gobiernos progresistas en el Cono Sur de América Latina no hayan sido aprovechados para promover una reforma laboral que abata los obstáculos que el derecho colectivo ha puesto al desarrollo del sindicalismo autónomo, de la huelga y de la negociación colectiva. La oportunidad era óptima en tanto los gobiernos progresistas no solamente tenían una mayor cercanía y sensibilidad a favor de los trabajadores y sus organizaciones, sino que los mismos sindicatos prestaron buena parte de sus cuadros a los partidos políticos que ostentaban el poder, poniendo en práctica una gobernanza desde el ejercicio del gobierno, una experiencia absolutamente inédita y que demorará unos años en volver a presentarse de manera tan generalizada.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Barretto Ghione, H. (2017) “Cultura jurídica y progresismo en el cono sur: estudio de la libertad sindical según tres variables analíticas” en *revista Derecho Laboral*, num 265 (enero – marzo)
- Charnovitz, S. (2015) “Reinventar la OIT” en *Revista Internacional del Trabajo*, 2015/1, vol. 134
- Ermida Uriarte, O. (2006) “Caracteres, tendencias y perspectivas del derecho del trabajo en América Latina y en Europa”, en *Revista de Derecho Social Latinoamérica*. Núm 1
- Maupain, F. (2015) “Una revisión del futuro” en *Revista Internacional del Trabajo*, 2015/1, vol. 134
- Memoria del Director General “Iniciativa del Centenario relativa al Futuro del Trabajo”, en el sitio: http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/104/reports/reports-to-the-conference/WCMS_370408/lang--es/index.htm
- Nota Informativa N° 3. “Un futuro lleno de retos para las relaciones de trabajo: ¿es el momento de consolidar o de buscar alternativas? En el sitio: http://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/WCMS_543159/lang--es/index.htm
- Nota Informativa N° 4. “El contrato social y el futuro del trabajo: desigualdad, seguridad de los ingresos, relaciones laborales y diálogo social”, en el sitio: http://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/WCMS_543160/lang--es/index.htm
- Rittich, K. (2015) “La OIT. Retos en tiempos de crisis” en *Revista Internacional del Trabajo*, 2015/1, vol. 134

EL FUTURO DEL TRABAJO EN CHILE: LA GOBERNANZA DEL TRABAJO

MARÍA CRISTINA GAJARDO HARBOE

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Chile

EXTRACTO

Palabras clave: Gobernanza, Chile, despido, subcontratación, negociación colectiva empresarial, autónomos, migrantes

Para comprender la gobernanza del trabajo en un país es preciso retroceder en la historia de sus instituciones, que aportan elementos propios y permiten proponer un futuro de gobernanza más eficiente. Sobre las instituciones ya existentes no parece prudente la adopción de soluciones globales ni menos la eliminación de las estructuras de gobernanza estatal en Chile, porque han funcionado adecuadamente, aun cuando puedan ser perfectible; y las erosiones que el sistema exhibe en materia de negociación colectiva y sistema de pensiones dicen relación con modelos especiales y particulares. Distinto es el escenario tratándose de nuevas problemáticas, como es el caso de los trabajadores autónomos y los trabajadores migrantes, en que hay ausencia de gobernanza estatal y son asuntos que están surgiendo en el mundo globalizado, de modo tal que la experiencia comparada y el apoyo técnico que puedan brindar organismos como la OIT resultan fundamentales. En la realidad chilena el diálogo social aun es moderado, dándose cuenta en el presente trabajo de algunas experiencias de diálogo social bipartito en materia de negociación colectiva. En definitiva, la cuestión de la gobernanza del trabajo no tiene una única respuesta dentro de un país como Chile y con certeza tampoco la tendrá en el mundo, por más globalizado que lo enfrentemos hoy.

ABSTRACT

Key words: Governance, Chile, dismissal, outsourcing, collective negotiation by company, independent workers, migrants

To understand the governance of work in a country it is necessary to go back in the history of its institutions, which contribute their own elements and allow us to propose a more efficient future for governance. On existing institutions, it does not seem prudent to adopt global solutions, nor less the elimination of the structures of state governance in Chile, because they have worked properly, even though they may be perfectible; and the erosions that the system exhibits in matters of collective bargaining and pension system relate to special and particular models. The scenario is different in regards of new problematics, as in the case of self-employed workers and migrant workers, in which there is an absence of state governance and are emerging in the globalized world, so that the comparative experience and technical support provided by agencies such as the ILO are fundamental. In the Chilean reality, social dialogue is still moderate, and in the present work some experiences of bipartisan social dialogue in collective bargaining are reported. In short, the question of labor governance does not have a single answer within a country like Chile and certainly will not have it in the world; however globalized we face it today.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. HISTORIA DE LA GOBERNANZA DEL TRABAJO EN CHILE
3. EROSIONES A LA GOBERNANZA ESTATAL ESTABLECIDA Y UNA INCIERTA RESPUESTA INSTITUCIONAL
 - 3.1. EN DERECHO INDIVIDUAL DE TRABAJO
 - 3.2. EN DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO
 - 3.3. EN DERECHO DE SEGURIDAD SOCIAL
4. OBSERVACIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

¿Necesitamos estructuras de gobernanza nuevas o diferentes para regular el trabajo en forma efectiva? Esta pregunta nos la hace la OIT en torno a estudiar iniciativas para revitalizar las normas e instituciones existentes, o bien crear nuevas formas de reglamentación que podrían ayudar a superar los retos de gobernanza presentes y futuros.

Sobre estos retos adelantamos que es indispensable indagar en las particularidades de cada país. Si bien hay algunas tendencias generalizadas que, en países en vías de desarrollo como Chile se encontraban consolidadas a fines del siglo XX, tales como normas básicas sobre la forma y los tiempos de trabajo, el despido, la libertad sindical o una cobertura mínima en la seguridad social, todo lo anterior con respaldo institucional en el sistema de fiscalización laboral y en la justicia especializada, ciertamente la historia económica y política chilena ha determinado un sello particular que provoca algunos problemas muy difíciles de universalizar, y más aún sus soluciones, según intentaremos explicar en las líneas que siguen.

Algunas informaciones generales sobre Chile son pertinentes. Su población activa alcanza a 8.7 millones de personas¹, con una tasa oficial de desempleo de 6,1%². La economía chilena es una de las más abiertas del mundo, con bajas tarifas aduaneras y fuerte orientación a las exportaciones. Ha sido el primer país latinoamericano en ingresar a la OCDE en el año 2010. En los últimos dos años ha descendido el PIB, alcanzando a 2,5 % en el año 2015 y solo a 1,5 % en el año 2016; con anterioridad venía creciendo entre 7 % y 4 %. Chile es miembro del APEC y solo asociado del MERCOSUR; ha suscrito acuerdos comerciales con la Unión Europea, México y Canadá.

¹ Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas, Encuesta Nacional de Empleo (ENE) Julio-Septiembre 2016.

² Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas, Encuesta Nacional de Empleo (ENE), Octubre-Diciembre 2016. Debe atenderse a cierta crítica hecha a este guarismo (Alejandro Alarcón, Universidad de Chile), pues basta que una persona esté dos horas a la semana trabajando para que se considere empleada, los conductores de Uber son considerados como empleo por cuenta propia y en el último trimestre han aportado 60 mil de los 100 mil nuevos empleos.

2. HISTORIA DE LA GOBERNANZA DEL TRABAJO EN CHILE

Para visualizar el futuro de la gobernanza del trabajo, sus particularidades y algunas vías de solución a los problemas que identificaremos, es indispensable revisar someramente su historia.

Las normas protectoras del trabajo se identifican en Chile tempranamente y es posible distinguir las siguientes etapas.

Primera etapa

Marcada por el Código Civil de 1855, reguló la relación de trabajo de los criados domésticos y la del arrendamiento de servicios.³

La *cuestión social* como objeto de estudio y protección por el Derecho del Trabajo y como consecuencia de la revolución industrial, se manifestó a fines del siglo XIX en la zona salitrera, al norte del país, con huelgas que ayudaron a crear conciencia sobre la necesidad de una adecuada legislación social (Thayer y Novoa:2015; Walker:2003).

Mientras rigió la regulación del trabajo desde el Código Civil, hubo leyes aisladas que comenzaron a surgir, como la Ley sobre Descanso Dominical N° 1990 de 1907, la Ley N° 2951 de la Silla de 1915, la Ley N° 3170 sobre Accidentes del Trabajo de 1916 y la Ley N° 3186 de 1917 sobre Salas Cunas.

En el año 1924 se dictan nuevas leyes importantes, tomadas de capítulos de un fallido proyecto de Código del Trabajo: Ley N° 4054 sobre Seguro Obligatorio de Enfermedades e Invalidez, Ley N° 4055 sobre Tribunales de Conciliación y Arbitraje, Ley N° 4057 sobre Organización Sindical, Ley N° 4058 sobre Sociedades Cooperativas, y Ley N° 4059 sobre Empleados Particulares.

Segunda etapa

Se inicia con la promulgación del primer Código del Trabajo en el año 1931, fuertemente inspirado en los convenios de la OIT, organismo al que Chile se había incorporado en el año 1919. Se convirtieron en secciones de este primer código las leyes promulgadas en el año 1924 a que ya hicimos referencia.

Nacen en esta época la Oficina Estadística del Trabajo, antecedente de la actual Dirección Nacional del Trabajo, en el año 1919, y años más tarde se crearía el Ministerio del Trabajo, en 1924. En lo relacionado con la institucionalidad judicial, los Tribunales del Trabajo pasaron a integrar formalmente el Poder Judicial en el año 1955, ya que antes de esa fecha tenían un carácter administrativo.

³ El Código Civil rige hasta hoy, y en lo relacionado con el trabajo independiente también, con excepción de las normas sobre criados domésticos.

Hasta este momento histórico podemos sostener que Chile siguió más o menos la tendencia mundial en torno a las normas de gobernanza estatal de trabajo a través de las normas laborales que hemos señalado y la institucionalidad correspondiente.

Tercera etapa

El Gobierno Militar instalado en Chile entre septiembre de 1973 y marzo de 1990, es decir, por 17 años, trajo importantes consecuencias en la legislación laboral que se observan hasta hoy.

Las ideas de libre mercado y de corte neoliberal que inspiraron el marco regulatorio del trabajo, se contuvieron en el llamado Plan Laboral del año 1978 (Walker: 2003; Piñera:1991; Mardones:1987) y marcaron un sello particular a nuestras normas laborales y de seguridad social, lo que más tarde se recogería en la Constitución Política de 1980⁴.

Chile tiene un orden público económico laboral marcado en libertades (libertad de trabajo, libertad económica, libertad de elegir un sistema público o privado de seguridad social), en el cual a pesar de las múltiples discusiones dogmáticas y políticas desde el retorno a la democracia en el año 1990, los gobiernos posteriores ya sea de centro izquierda o de centro derecha, solo han introducido ajustes normativos menores pero no han modificado sustancialmente el modelo.

Su regulación normativa se tradujo con el Plan Laboral en los siguientes términos.

- En derecho individual: se derogaron regímenes laborales de excepción (Piñera:1991), quedando regidos todos por unas mismas normas; dejaron de dictarse leyes sobre reajuste de remuneraciones, pasando a regir el ingreso mínimo legal; en materia de despido se consagró el llamado “desahucio”, que es el despido *at will* del derecho norteamericano, con indemnización por años de servicios en un comienzo sin tope y que luego tendría un límite de 30 días de remuneración por 11 años que se mantiene en la actualidad.

En la década de 1990 se modifica el régimen del despido quedando como lo conocemos hoy: el incausado acotado a trabajadores de casa particular y personal de exclusiva confianza del empleador, seguido de la causal de “necesidades de la empresa” muy similar al despido objetivo español.

- En derecho colectivo: se radicó la negociación colectiva en la empresa, con base constitucional que se mantiene hasta hoy; se estableció la restric-

⁴ Por los alcances de este trabajo, adoptamos una postura objetiva y de observadores frente a este proceso, aun cuando por muchos años ha sido fuente de debates económicos, jurídicos y políticos.

ción de las organizaciones sindicales para participar en actividades político partidistas; la huelga no tuvo – ni tiene hoy - consagración constitucional expresa y se regula en la ley dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada.

Cuando Chile ratifica los Convenios 87 y 98 de la OIT, adecúa su legislación interna en el año 2001 a través de la Ley N° 19.759, pero no modifica el modelo de negociación colectiva. Tampoco lo ha hecho con la reforma de la Ley N° 20.940 del año 2016 a que nos referiremos más adelante.

- En derecho de seguridad social⁵: a través del Decreto Ley N° 3500 de 1980 se creó un sistema de pensiones basado en la capitalización individual, que ha servido de modelo en los países de la región y del mundo en general. El antiguo sistema de reparto se mantuvo para quienes no quisieron cambiarse en el año 1980 al sistema nuevo. Este último se basa en un aporte del 10 % de la remuneración imponible, de cargo de los trabajadores, que es administrado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), organizadas como sociedades anónimas de giro único y cobran una comisión que hasta ahora no ha superado el 3 % de la remuneración o renta imponible del afiliado. Existen cuatro modalidades de pensión que conjugan seguridad y riesgo, a elección del afiliado: retiro programado, renta vitalicia inmediata, renta temporal con renta vitalicia diferida y renta vitalicia inmediata con retiro programado.

El Estado tiene un rol subsidiario en la gestión de la seguridad social, asegura libertad de elegir entre un sistema público y uno privado dentro de los gestores.

La capitalización individual también existe en el Seguro de Cesantía.

En el año 2008 y con la Ley N° 20.255 se introdujeron cambios relevantes para introducir el llamado pilar solidario en el sistema de pensiones, lo que también se incorporó al seguro de cesantía.

- En derecho laboral procesal: desde el año 2007 tenemos un modelo de juicio oral, de única instancia⁶. Ha sido tomado del modelo español en sus líneas

⁵ Se mantiene el sistema de reparto en materia de salud común pero con aporte del trabajador del 7% de su remuneración imponible; en materia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales con aporte del empleador del 0,95% como cotización básica; y en materia de prestaciones familiares inspirado en el principio de asistencia social.

⁶ Véase el siguiente conjunto de normas que aplicaron el nuevo modelo de justicia laboral en Chile: Ley N°20.022 publicada en Diario Oficial de 30 de mayo de 2005; Ley N°20.023 publicada en Diario Oficial de 31 de mayo de 2005; Ley N°20.260 publicada en Diario Oficial de 29 de marzo de 2008; Ley N°20.087 publicada en Diario Oficial de 3 de enero de 2006; Ley N°20.287 publicada en Diario Oficial de 17 de septiembre de 2008.

gruesas, e imitado por los países de la región. En general se observa por los operadores jurídicos como un modelo exitoso.

Avances significativos en la gobernanza estatal del trabajo:

A fines del siglo XX se incorporan importantes regulaciones que vendrán a fortalecer el marco normativo e institucional de la relación de trabajo clásica.

Entendemos por relación de trabajo clásica a aquella referida al trabajo realizado en el marco de contratos a tiempo completo, formales e indefinidos (sin límite de tiempo) en una relación de trabajo subordinada (OIT: 2016-b). La principal característica de esta relación de trabajo es su organización jerárquica: el empleador tiene la autoridad para dirigir el trabajo de los trabajadores, monitorearlos para fiscalizar su desempeño, y corregirlos cuando no lo hacen bien. Es el dispositivo legal clave para asignar derechos y obligaciones entre un trabajador y un empleador. En una relación clásica de trabajo, es el trabajador quien tiene acceso a las prestaciones y derechos estipulados por la ley pública, sin perjuicio de la posibilidad de superar los mínimos legales a través de la negociación individual o colectiva.

Derribando mitos en torno a esta materia, la Encuesta Laboral (ENCLA) elaborada por la Dirección del Trabajo más reciente (Dirección Nacional del Trabajo: 2015) demuestra que esta relación de trabajo clásica sigue siendo mayoritaria dentro del universo de trabajadores asalariados, como se aprecia en el siguiente gráfico:

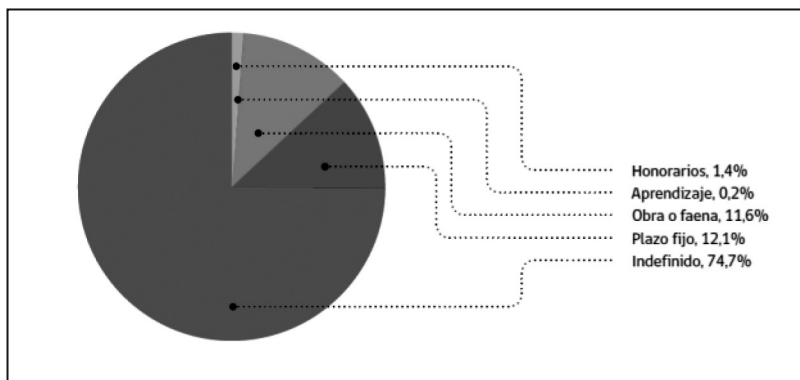


Gráfico 1: Distribución de trabajadores según contrato
Fuente: ENCLA 2014 (Dirección Nacional del Trabajo:2015)

Ha sido a este universo de trabajadores – los asalariados clásicos - al que se han aplicado las siguientes reformas incorporadas a la gobernanza del trabajo apenas iniciado el siglo XXI.

- El concepto de ciudadanía en la empresa. A través de la Ley N° 19.759 de 2001, se incorporó de forma expresa en el artículo 5° del Código del Trabajo, en los siguientes términos: “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”. Este precepto significó el reconocimiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa, lo que se ha denominado por la doctrina como “ciudadanía en la empresa”, consagrándose la eficacia horizontal de los derechos fundamentales; años más tarde se le sumaba la protección procesal indispensable para otorgar eficacia a la norma sustantiva, a través de los artículos 485 a 495 del Código del Trabajo, que establecieron el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, mediante la Ley N° 20.087 de 2008. De esta forma hoy se asegura una tutela judicial efectiva respecto de los siguientes derechos: derecho a la vida e integridad física y psíquica, derecho a la intimidad e inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, libertad de conciencia y religiosa, libertad de emitir opinión y de informar, libertad de trabajo y su libre elección, igualdad y no discriminación en el empleo, libertad sindical e indemnidad.⁷
- Regulación particular de la descentralización productiva: en el año 2006 y con la Ley N° 20.123 se incorporó al Código del Trabajo un conjunto de normas que, reconociendo esta nueva forma de operación de las empresas, estableció resguardos mínimos para asegurar el cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales de dar, respecto de trabajadores asalariados que se desempeñaran en un sistema de trabajo subcontratado y también en empresas de servicios transitorios. Al mismo tiempo, se establecieron importantes responsabilidades para la empresa principal en los trabajos subcontratados, y para la empresa usuaria en los servicios transitorios, en materia de seguridad y salud en el trabajo. Las normas específicas sobre esta materia se encuentran en los artículos 183 – A a 183 – AE del Código del Trabajo, que en lo sustancial siguen el modelo español⁸.

⁷La aplicación práctica de este procedimiento hecha por la Corte Suprema ha tenido algunos cuestionamientos jurídicos recientes a propósito del principio de igualdad y no discriminación, por la interpretación extensiva hecha por nuestro máximo tribunal. Véase a título ilustrativo sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 5 de agosto de 2014, en la causa “Sindicato de Trabajadores Central de Restaurantes Aramark Ltda. N°2 Faena Collahuasi con Aramark Servicios Mineros Remotos Ltda.”, disponible en www.pjud.cl

⁸Una salvedad debe hacerse en lo relacionado con la responsabilidad de la empresa principal, que en España es solidaria siempre, a diferencia del modelo chileno en que bajo ciertas condiciones es subsidiaria de la responsabilidad que cabe al contratista.

- Reconocimiento de la figura del empleador múltiple para efectos del ejercicio de derechos colectivos: asumiendo el legislador la realidad de la fragmentación empresarial, que en muchas ocasiones tiene razones de mayor eficiencia, con la Ley N° 20.760 de 2014 se estableció en el artículo 3 del Código del Trabajo que “Dos o más empresas serán consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, cuando tengan una dirección laboral común, y concurren a su respecto condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común. / La mera circunstancia de participación en la propiedad de las empresas no configura por sí sola alguno de los elementos o condiciones señalados en el inciso anterior. /Las empresas que cumplan lo dispuesto en el inciso cuarto serán solidariamente responsables del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales emanadas de la ley, de los contratos individuales o de instrumentos colectivos.” Con esta regulación se resolvió el problema interpretativo respecto del ejercicio de derechos colectivos en figuras de multi-empleador, que la jurisprudencia judicial solo había resuelto para efectos del ejercicio de derechos individuales.

No podemos dejar de mencionar dentro de la consolidación de la gobernanza estatal del trabajo en estos primeros años del siglo XXI, el rol de los tribunales del trabajo en ciertas materias relevantes y la consolidación de la Dirección del Trabajo como ente fiscalizador del cumplimiento de normas del trabajo.

Sobre los tribunales del trabajo, es preciso destacar el rol que han tenido respecto de los criterios aplicables a las distintas modalidades de huelgas. Desde el Plan Laboral del año 1978 y hasta la fecha actual, la huelga se encuentra sin reconocimiento constitucional explícito y su regulación legal es a propósito de procesos de negociación colectiva reglada exclusivamente, a pesar de existir en los hechos múltiples formas de negociación colectiva llamadas “al margen del Código del Trabajo” y también “no regladas”. Asumiendo a la huelga como un derecho fundamental y en ausencia de normas positivas que sustenten una decisión basada en la técnica de la subsunción, ha sido reconocido el derecho a huelga como manifestación de la libertad sindical con un criterio amplio. A título ilustrativo citamos la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 23 de octubre de 2015 en la causa “*Action Line Chile S.A. con Claudio Yutronic y otro*”, Rol Reforma Laboral 1144-2015⁹.

Si bien no compartimos – como muchos – la forma discrecional en que nuestros tribunales en general resuelven conflictos jurídicos, en ocasiones contra

⁹ Véase en www.pjud.cl

ley expresa, en el tema de la huelga ciertamente debemos reconocer que han sabido superar las estrecheces normativas, introduciendo sensatez en el respeto y garantía de instituciones laborales relevantes.

En lo relacionado con la labor de la Dirección del Trabajo, es amplia puesto que dentro de su misión se comprende: velar por el cumplimiento de la legislación laboral, previsional y de seguridad y salud en el trabajo, promover el ejercicio pleno de la libertad sindical, fomentar el diálogo social, fortalecer sistemas de prevención y solución alternativa de conflictos, que permitan relaciones más justas y equitativas entre trabajadores y empleadores, contribuyendo a un sistema democrático de relaciones laborales (Dirección Nacional del Trabajo:2016).

Cuenta con 16 direcciones regionales, 85 inspecciones comunales y 5 centros de conciliación y mediación. Durante el año 2015 atendió a un 40% más de usuarios de manera presencial que en el año 2014.

Es uno de los servicios públicos más requeridos por solicitudes de acceso a la información pública por ley de transparencia. Realiza estudios laborales dentro de los que destaca la ENCLA como el de mayor envergadura, pues permite conocer cada tres años la evolución de las relaciones laborales al interior de las empresas.

Durante el año 2016 se ejecutó un proyecto modernizador con apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo, que busca mejorar la operación de la Dirección del Trabajo a través de un nuevo sistema de gestión de los servicios a los usuarios, el rediseño de los procesos de fiscalización y conciliación, la consolidación y aumento de plataforma tecnológica y su integración en el proceso global de modernización del servicio.

En conclusión

La evolución de la gobernanza estatal del trabajo en Chile ha tenido un origen y evolución similares al de otros países, solo hasta la implantación del Plan Laboral en el año 1978, en que se le imprime un sello particular, marcado por libertades individuales, un modelo de negociación colectiva radicado en la empresa empleadora y un sistema previsional basado en la capitalización individual. En este contexto, la fiscalización laboral y los tribunales de justicia exhiben un grado de desarrollo que permite garantizar un efectivo cumplimiento de las normas positivas, pero dentro del marco explicado, vale decir: en cuanto se trate de relaciones de trabajo clásicas y en el particular contexto normativo en que se desenvuelven.

4. EROSIONES A LA GOBERNANZA ESTATAL ESTABLECIDA Y UNA INCIERTA RESPUESTA INSTITUCIONAL

En todos los modelos de gobernanza existen aspectos que mejorar, deficiencias técnicas y otras no tan técnicas, con detalles que no son de igual importancia y magnitud. En el caso chileno consideramos importante comentar las erosiones al sistema de regulación y control institucional que hemos descrito, referidas a la subcontratación laboral, trabajadores autónomos y trabajadores migrantes, en las relaciones individuales del trabajo; en lo colectivo, las erosiones al modelo de negociación colectiva, y en el orden previsional, las erosiones al modelo de pensiones basado en la capitalización individual. Pasemos a revisar cada una de ellas.

3.1. En derecho individual de trabajo

El sistema de subcontratación laboral implementado desde el año 2006 ha mostrado algunos inconvenientes en lo relacionado con diferencias remuneracionales. Al no establecerse como requisito desde la ley la igualdad de trato entre trabajadores directos y los subcontratados que desempeñen las mismas labores en una empresa principal, se observa una tendencia a la precarización en el empleo de estos últimos. Esta deficiencia por ahora se ha resuelto desde la responsabilidad social empresarial, con normas que las grandes empresas han incorporado dentro de los procesos de licitación de subcontratos, que exigen similares niveles remuneracionales en la situación descrita.

La situación del trabajador autónomo es más compleja de abordar. Cuenta con una escasa regulación desde la ley y ninguna supervisión institucional. En el año 2008 se contempló su incorporación al sistema previsional de AFP con la Ley N° 20.255, pero con carácter voluntario hasta ahora. La ausencia de gobernanza para este colectivo es extremadamente preocupante, porque se trata de un sistema de trabajo que va en aumento, como lo muestra el siguiente gráfico en que los autónomos o independientes aparecen destacados en color ocre. En este sistema de trabajo ciertamente el modelo clásico de gobernanza no es eficiente.

Una tercera erosión al sistema de gobernanza chileno la está generando el tema de las migraciones. Chile recibe hoy más migraciones que en el pasado, lo que percibimos en nuestro entorno diario y que aun escasamente es medido de modo científico. Uno de los pocos instrumentos que cuentan con información (Ministerio del Interior y Seguridad Pública: 2016) indica que de 83 mil migrantes en el año 1982 pasamos a tener 411 mil en el año 2014, cifra que representa el 2,3 % del total de la población; el promedio mundial fue de 3,2 % en el año 2013.

En el Código del Trabajo hay solo dos normas, los artículos 19 y 20, que se ocupan de regular el porcentaje máximo de extranjeros que es permitido en

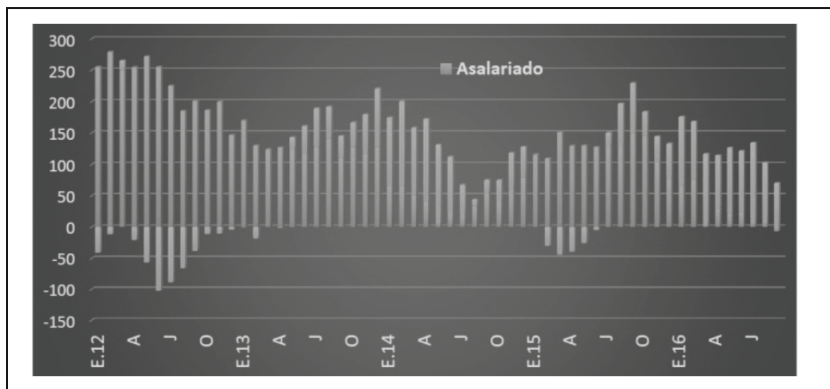


Gráfico N°2: aumento de la ocupación en miles

Fuente: Banco Central de Chile – INE, años 2012 a 2016

empresas de más de 25 trabajadores, que es del 15 %, y la forma de computar dicho porcentaje. En muchas empresas estos porcentajes no se cumplen y tampoco se sancionan.

En lo relacionado con el acceso al empleo, no existen diferencias – institucionales - entre chilenos y extranjeros, quienes pueden acceder por igual a trabajos dependientes y subordinados regulados por el Código del Trabajo, con la excepción prevista en el Decreto Ley N° 3607, al exigir la nacionalidad chilena para desempeñarse como vigilantes privados, nocheros, porteros, rondines u otras funciones similares.

Hay un mayor desarrollo normativo, pero anacrónico, dentro de las normas migratorias. El Decreto Ley N° 1094 de 1975, comúnmente llamado Ley de Extranjería, fue inspirado en la *doctrina de la seguridad nacional* y establece diversos requisitos que deben ser cumplidos para que un extranjero trabaje remuneradamente en Chile. Las normas migratorias constituyen una fuerte excepción a la consensualidad del contrato de trabajo, puesto que exigen su escrituración y firma ante notario público, además de ciertos contenidos especiales: cláusula sobre vigencia supeditada a cumplimiento de normas migratorias; cláusula de viaje del trabajador y su familia; cláusula de régimen previsional, y cláusula de retención de impuesto a la renta; en base a todo lo anterior la autoridad migratoria concede las autorizaciones de trabajo.

En materia de seguridad social hay normas especiales sobre contratación de profesionales y técnicos extranjeros en la Ley N° 18.156 de 1982, que los faculta para exceptuarse del cumplimiento de obligaciones previsionales cuando acrediten tener cobertura de seguridad social en sus países de origen, para casos

de enfermedad, invalidez, vejez y muerte. En general los trabajadores extranjeros no tienen diferencias con los trabajadores chilenos, con la salvedad anotada, y para resolver los inconvenientes que se presentan para compatibilizar regímenes financieros de reparto y de capitalización individual, Chile ha suscrito un gran número de convenios de seguridad social, tanto bilaterales como multilaterales.

De acuerdo con las normas internacionales del trabajo, y principalmente los convenios de la OIT sobre los trabajadores migrantes (núm. 97 y núm. 143), un trabajador migrante puede exigir que haya igualdad de trato en el trabajo frente a un trabajador ciudadano del país anfitrión. Sin embargo, es difícil ponerlo en práctica en los sectores u ocupaciones que se han vuelto “trabajos de migrantes”, rechazados por las poblaciones locales, donde hacer valer los derechos conlleva altos riesgos de represalias y el acceso a recursos legales es costoso (OIT: 2016, a). En Chile este fenómeno se está con frecuencia en las empresas de aseo.

Ciertamente está todo por hacer en materia migratoria, pues la globalización no se detendrá, al menos en lo relacionado con la circulación de trabajadores, y Chile requiere de una legislación y una institucionalidad laboral que proteja al trabajador migrante.

3.2. En derecho colectivo del trabajo

Por largo tiempo se ha criticado nuestro modelo de relaciones sindicales. Se dice en esa línea que Chile no tiene suficientes trabajadores sindicalizados, lo que lleva a no tener más y mejores negociaciones colectivas y que, al estar radicado el proceso en la empresa o centro de trabajo, con posibilidad de reemplazar abiertamente a los trabajadores en huelga, es el empleador quien fija en definitiva las condiciones de trabajo y remuneraciones, solo respecto de su ámbito, generando por esta vía un debilitamiento de la libertad sindical.

Además, en los últimos años este tema se ha visto desde un prisma más político, en donde han sido frecuentes las referencias a obtener a igualdad social a través de los procesos de negociación colectiva, no solo respecto de trabajadores que desempeñan similares funciones para distintos empleadores, sino que respecto de quienes son dueños de los medios de producción, vale decir, una igualdad horizontal y también vertical.

La reforma promovida en diciembre del año 2014 por el Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet sobre Modernización del Sistema de Relaciones Laborales¹⁰ buscaba los ambiciosos objetivos de aumentar los niveles de negociación colectiva y por esa vía favorecer la existencia de condiciones de trabajo más igualitarias y en definitiva, igualdad social.

¹⁰ Véase Boletín 9835-13 en <http://bcn.cl>

Con enormes expectativas desde los actores sociales y casi dos años de tramitación parlamentaria, el resultado ha sido la aprobación de la Ley N°20.940, publicada en el Diario Oficial de 8 de septiembre de 2016 y con vigencia en régimen completo a contar del 1° de abril de 2017. Esta ley presenta deficiencias técnicas y jurídicas que no entraremos a detallar.

A modo general podemos señalar que ha mantenido el modelo de negociación colectiva instaurado por el Plan Laboral del año 1978, con ámbito reducido a la empresa o centro de trabajo, así como la estructura negociadora ya conocida. Su avance – si es que puede hablarse de “avance” - nos parece que ha consistido más bien en recoger algunas líneas jurisprudenciales ya asentadas, v. gr. en abuso del fuero sindical o en prácticas antisindicales.

Una de las discusiones más álgidas durante el proceso de trámite legislativo ha sido el reemplazo de trabajadores en huelga y la titularidad sindical en la negociación.

Sobre lo primero, el resultado ha sido brutal, pues a pesar de contar el Gobierno de la Presidenta Bachelet con mayoría parlamentaria en ambas cámaras del Congreso Nacional, se ha aprobado una norma que permite a la empresa principal en sistemas de trabajo descentralizado, reemplazar a un contratista cuyos trabajadores estén en huelga por otros trabajadores contratados directamente o bien por otro contratista¹¹.

Sobre lo segundo, es decir, la titularidad sindical exclusiva en la negociación colectiva, la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 9 de mayo de 2016 (Rol N° 3016(3026)-16) derribó este objetivo, al reconocer la titularidad del derecho para negociar colectivamente a todos y cada uno de los trabajadores, es decir, como un derecho de ejercicio individual y no a partir de la organización sindical a que pertenecen, entendiendo que solo de esa forma se respeta el mencionado derecho, así como el derecho de asociarse sin permiso previo y la libertad de afiliación sindical, sobre la base del artículo 19 números 16, 15 y 19 de la Constitución Política de la República. Con ello, se reconoció el derecho de los trabajadores para negociar colectivamente, representados por una organización sindical o bien directamente como grupo negociador, también llamado “trabajadores interesados” en la terminología de la OIT.

Sin embargo, un veto presidencial de fecha 7 de mayo de 2016 no introdujo adecuaciones en las reglas del procedimiento de negociación colectiva que

¹¹ Es el nuevo artículo 306 inciso final del Código del Trabajo que establece: “La negociación colectiva en una empresa contratista o subcontratista no afectará las facultades de administración de la empresa principal, la que podrá ejecutar directamente o a través de un tercero la provisión de la obra o el servicio subcontratado que haya dejado de prestarse en caso de huelga.”

permitieran entender de manera explícita que en ellas se comprende al grupo negociador. Por ejemplo, en materia de fueros, derecho a información, inicio de la negociación colectiva reglada y presentación del proyecto de contrato colectivo, comisión negociadora, oportunidad de presentación del proyecto, respuesta del empleador, impugnaciones y reclamaciones, derecho a suscripción del piso de la negociación, votación de la huelga, servicios mínimos y equipos de emergencia, por mencionar los institutos más relevantes del procedimiento de negociación colectiva de aplicación general. Gran problema.

Más allá de las razones técnicas que indicamos, la idea de negar la negociación colectiva a los trabajadores organizados como un grupo entra en contradicción con la finalidad declarada por la misma reforma en cuestión, en cuanto buscó promocionar este derecho; negar el acceso a negociar por no tener un procedimiento aplicable, margina de la negociación a un gran número de trabajadores que por desinterés, por decisión personal o por la razón que fuere, ha decidido no afiliarse a un sindicato.

Las cifras son claras: de acuerdo a información disponible en el Ministerio del Trabajo y Previsión Social (Huneeus, Flores y González: 2014), en el año 2013 el 21 % de los instrumentos colectivos que se firmaron fueron acordados con grupos negociadores y favorecieron al 11,5 % de trabajadores que negociaron colectivamente; los grupos firmaron 586 instrumentos, que beneficiaron a 36.830 trabajadores involucrados.

Por otra parte, Chile cuenta con niveles de sindicalización que siguen las tendencias de la OCDE, tal y como se muestra en el siguiente gráfico.

Nos parece que el tema de fondo no es la sindicalización – que no mejorará con nuevas leyes – sino la cobertura de la negociación colectiva, que por mandato constitucional está acotada al ámbito de la empresa o centro de trabajo.

Algunos actores laborales muestran experiencias interesantes de observar, como es el caso de las grandes empresas – aquellas que superan los 200 trabajadores de acuerdo al artículo 505 bis del Código del Trabajo – que negocian de acuerdo a cronogramas o protocolos acordados directamente entre los intervinientes en el proceso y al margen del Código del Trabajo, bajo la guía de un compromiso guiado por la buena fe. Otro caso es el de los trabajadores portuarios, que a pesar de las estrecheces normativas, al momento de negociar colectivamente lo hacen por área de actividad, también al margen del Código del Trabajo.

¿Qué respuestas puede ofrecer el derecho a esta problemática? Es complejo aventurar soluciones o solucionadores. La gobernanza del trabajo en lo relacionado con las relaciones colectivas de trabajo se encuentra muy debilitada.

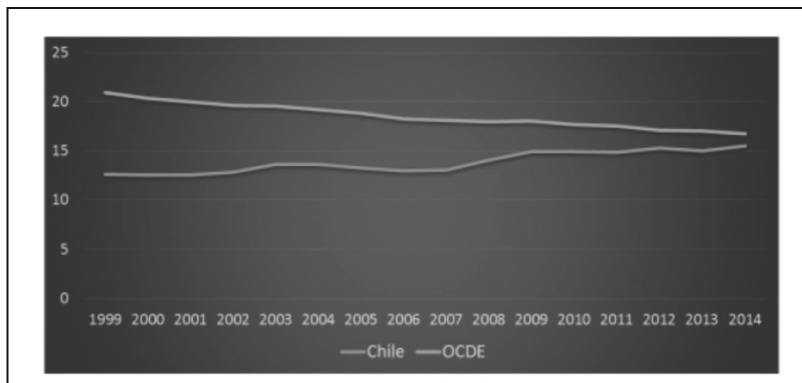


Gráfico N°3: Chile & OCDE – Tasa de sindicalización
Fuente: OCDE

3.3. En derecho de seguridad social

El sistema de pensiones establecido en el año 1980, con el Decreto Ley N°3500, basado en el sistema financiero de capitalización individual, a 25 años desde su puesta en marcha está mostrando erosiones serias.

Las prestaciones que está entregando dependen del historial de contribuciones de los afiliados. Un 50% de los pensionados entre 2007 y 2014 recibe pensiones iguales o inferiores a \$82.650, es decir, €118 aprox. (Comisión presidencial pensiones:2015). Hay una brecha importante entre los montos de pensiones de hombres y mujeres. El 50% de los pensionados recibe pensiones que como máximo, equivalen al 34% de su salario promedio de los últimos años, siendo esta su tasa de reemplazo. Para los pensionados de los años 2025 y 2035 la tasa de reemplazo se estima en 30% y para el 50% de los pensionados no superará el 37%. Estos porcentajes se encuentran por debajo de los parámetros internacionales, pues en el caso de la OCDE en promedio se observa una tasa de reemplazo de 66% para hombres y 65% para mujeres, con historiales de cotizaciones completos. En Chile se aprecia además que los cotizantes no exhiben densidades de cotizaciones superiores a 50% para el total de la población afiliada.

En conclusión

Las erosiones a la gobernanza estatal que el presente nos muestra dicen relación, por una parte, con problemáticas que no cuentan con algún tipo de regulación y que han emergido como tales también en otros países, como es el caso de los trabajadores autónomos y los trabajadores migrantes. Por otra parte, existen erosiones referidas a modelos muy propios de la cultura local, siendo el caso de las relaciones colectivas del trabajo y el sistema de pensiones basado en

la capitalización individual. Esta distinción es relevante para las observaciones finales que siguen.

4. OBSERVACIONES FINALES

La pregunta inicial sobre la necesidad de nuevas o distintas estructuras de gobernanza para regular el trabajo en forma efectiva, no tiene una única respuesta:

1. Desde luego, para relaciones de trabajo clásicas nos parece que habrán de mantenerse en Chile las estructuras actuales que en general han sido eficaces, aun cuando pueden mejorar. Reiteramos lo señalado en detalle a propósito de la justicia laboral y la Dirección Nacional del Trabajo.

Tal como plantea María de la Luz Vega (Vega: 2016, 535), la función actual de la Inspección del Trabajo debe adaptarse a las necesidades de un mundo cambiante y de necesidades heterogéneas tales como la economía informal o los efectos de la crisis económica, pero no sugiere estructuras distintas y nos parece que es lo adecuado.

2. Sobre los problemas que Chile enfrenta ahora y que carecen de gobernanza (trabajadores independientes, trabajadores migrantes), está todo por hacer y pareciera de conveniencia tomar experiencias del mundo globalizado, desde que son temas que están surgiendo en muchos países. El apoyo técnico que la OIT pueda ofrecer en este orden es invaluable.

Tal como indica Niklas Luhmann (Luhmann: 2005), en las circunstancias actuales existe solo un sistema social, que denomina la sociedad del mundo, en donde el sistema político mundial coloca a los Estados en una dependencia recíproca indisoluble, con una lógica obligada de prevención e intervención.

En el mismo sentido pero desde otro ángulo, Thomas Duve (Duve: 2014, 5) plantea que “a legal history of the globalization of law is insofar dedicated to a specific case of the constantly observable emergent reproduction of law within time and space, stretching across broad expanses of space and thus transgressing different epistemic communities of legal cultures”, de lo que se puede augurar la desaparición de las realidades nacionales no solo para efectos de observación jurídica sino también para nuevos modelos normativos a futuro. Y agrega el mismo autor que “owing to the growing globalization, deregulation, and digitization of our societies, a process of denationalizing law and justice, which delegates more and more space to the regulation of private sector, has been going on for decades” (Duve: 2014, 8), lo que podrá tener vigor respecto de situaciones nuevas que el derecho deba enfrentar, como es el caso del trabajo y las tecnologías, el trabajo on demand, el sistema uber y similares.

3. Tratándose de instituciones que registran una historia propia y además diferenciada del mundo en general, como es el modelo chileno de negociación colectiva con sus prácticas de diálogo social bipartito al margen de la gobernanza estatal, y el sistema de pensiones basado en la capitalización individual, no creemos que el camino para obtener respuestas eficaces sea la vía global; piénsese por ejemplo en las cuestiones sobre el sistema de pensiones chileno, que apenas hemos esbozado y que tienen su propia historia, componentes económicos, políticos y sociales que obedecen a una realidad particular, y que debe ser regulada del mismo modo por el ordenamiento jurídico.

Quizás en estas instituciones más complejas el diálogo social sea el camino.

5. BIBLIOGRAFÍA

Libros impresos:

1. Cifuentes Lillo, Hugo, Walker Errázuriz, Francisco y Arellano Ortiz, Pablo, *“Seguridad Social. Parte general y pensiones”*, Librotecnia, Chile, 2013, 600 páginas.
2. Luhmann, Niklas, *“El derecho de la sociedad”*, traducción de Javier Torres Navarrete, México, Herder, Universidad Iberoamericana, 2ª edición en español, 2005, 676 páginas.
3. Mardones V., Patricio, *“Evolución de la legislación laboral chilena”*, Estudios Públicos N°26, Chile, 1987, pp. 135-148.
4. Piñera Echeñique, José, *“El cascabel al gato”*, Editorial Zig-Zag, Chile, 1991, 172 páginas. Disponible en: josepinera.org
5. Thayer Arteaga, William, *“Dimensión histórica del Derecho del Trabajo”*, Ediciones Universidad del Desarrollo, Chile, 2008.
6. Thayer Arteaga, William y Novoa Fuenzalida, Patricio, *“Manual de Derecho del Trabajo”*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 6ª edición actualizada, 2015, pp. 27-30, 187-197.
7. Vega Ruiz, María de la Luz, “Los sistemas de inspección del trabajo en el mundo, Transformaciones y retos”. EN: “La inspección del trabajo. Regulación española y perspectiva internacional”, Thomson Reuters Aranzadi, España, 2016, 716 páginas.
8. Walker Errázuriz, Francisco, *“Derecho de las relaciones laborales: un derecho vivo”*, Chile, Editorial Universitaria, 1ª edición, 2003, 718 páginas.

Páginas web:

1. Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones, “*Comisión presidencial pensiones. Resume ejecutivo*”, Chile, septiembre de 2015. Disponible en: <http://comision-pensiones.cl>
2. Dirección del Trabajo de Chile, 2016, “*Cuenta pública 2015*”. Disponible en: http://www.dt.gob.cl/1601/articulos-109051_recurso_pdf.pdf
3. Dirección del Trabajo de Chile, 2015, “*Encuesta laboral 2014*”. Disponible en: http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articulos-108317_recurso_1.pdf
4. Duve, Thomas, 2014, “*Global legal history - A methodological approach*”, Max Planck Institute for European Legal History, Research paper series, N°2016-04. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2781104>
5. Ministerio de Interior y Seguridad Pública de Chile, “*Migración en Chile 2005-2014*”. Disponible en: <http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/02/Anuario-Estad%C3%ADstico-Nacional-Migraci%C3%B3n-en-Chile-2005-2014.pdf>
6. OIT, 2016:
 - a) “*El futuro de la oferta de mano de obra: Datos demográficos, migración y trabajo no remunerado*”. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_543158.pdf
 - b) “*Un futuro lleno de retos para las relaciones de trabajo: ¿es momento de consolidar o de buscar alternativas?*”. Disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_543159.pdf

Trabajos académicos inéditos:

- Huneus, C., Flores L. y González S., 2014, “*Organizaciones sindicales y negociación colectiva en Chile*”, Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Chile.

REVISIÓN DE NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO: ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS DECISIONES SOBRE TEMAS INDÍGENAS Y PROPUESTA PARA UNA ACCIÓN EN LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018)

NATAN ELKIN

Profesor Visitante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas
Universitat Jaume I

El presente del destino humano, presente en el cual estamos viviendo – mejor dicho, presente que somos nosotros; se entiende, nuestras vidas individuales – es el que es porque sobre él gravitan todos los presentes, todas las otras generaciones. Si esos presentes pasados, si la estructura de la vida en esas generaciones hubiese sido otra, nuestra situación sería también distinta. En este sentido cada generación humana lleva en sí todas las anteriores y es como un escorzo de la historia universal. Y en el mismo sentido es preciso reconocer que el pasado es presente, somos su resumen, que nuestro presente está hecho con la materia de ese pasado, el cual pasado, por tanto, es actual – es la entraña, el entresijo de lo actual-. Es, pues, en principio indiferente que una generación aplauda o silbe a la anterior – haga lo uno o haga lo otro, la lleva dentro de sí- (José Ortega y Gasset, En torno a Galileo. Esquema de las crisis. Madrid, 1965, págs. 59-60).

L'avenir ne nous apporte rien, ne nous donne rien ; c'est nous qui pour le construire devons tout lui donner, lui donner notre vie elle-même. Mais pour donner, il faut posséder, et nous ne possédons d'autre vie, d'autre sève, que les trésors hérités du passé digérés, assimilés et recréés par nous. De tous les besoins de l'âme humaine il n'y en pas de plus vital que le passé (Simone Weil, L'Enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain, Paris, 1949).

EXTRACTO

Palabras clave: Organización Internacional del Trabajo, Pueblos Indígenas, Convenios 107 y 109

En el marco del más reciente de los periódicos procesos de debate general y de revisión de normas que se llevan a cabo en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, el presente estudio aborda el estado de la cuestión en relación al tratamiento de los pueblos y las poblaciones indígenas. Muy especialmente respecto de los Convenios 107 (1957) y 169 (1989), como consecuencia de la posibilidad de ser sometidos a los nuevos procesos de derogación por pérdida de objeto o eficacia.

ABSTRACT

Key words: negociación colectiva, estructura, descuelgue, Trubual Constitucioneala, reforma laboral

In the context of the most recent periodic processes of general debate and revision of standards that are conducted in the bosom of the International Labour Organization, the present study addresses the State of the art in relation to the treatment of the indigenous populations. Especially with regard to the conventions 107 (1957) and 169 (1989), as a result of the possibility to undergo new processes of repeal by loss of efficiency or object.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. TEMAS INDÍGENAS EN LA OIT
3. DEL CONVENIO NÚM. 107 (POBLACIONES INDÍGENAS) DE 1957 AL CONVENIO NÚM. 169 (PUEBLOS INDÍGENAS) DE 1989
 - 3.1. POLÍTICA DE REVISIÓN DE NORMAS Y TEMAS INDÍGENAS: (1977-1987) LOS TEMAS INDÍGENAS EN LA PRIMERA RONDA DEL EXAMEN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO
 - 3.2. REVISIÓN DEL CONVENIO NÚM. 107 Y ADOPCIÓN DEL CONVENIO NÚM. 169: LA POLÍTICA NORMATIVA ENGENDRA UN NUEVO CONVENIO
 - 3.3. EXAMEN DEL CONVENIO NÚM. 107: RESERVAS PARA FOMENTAR LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO NÚM. 169 EN EL GRUPO DE TRABAJO CARTIER (NOVIEMBRE DE 1997)
 - 3.4. ¿QUÉ OTROS CONVENIOS SE DEROGAN?
4. PROPUESTA PARA UNA ACCIÓN EN LA 107. LA REUNIÓN DE LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DE TRABAJO (JUNIO DE 2018)

1. INTRODUCCIÓN

La tentación es grande de extrapolar las meditaciones sobre las generaciones y las crisis desarrolladas en 1933 por Ortega y Gasset a lo que acontece en la Organización Internacional del Trabajo con las normas internacionales del trabajo. Si bien la OIT no cumple rigurosamente con los quince años del ciclo de las generaciones concebido por Ortega; se observa que, al finalizar la década de los Setenta, cada algo más de diez años, de manera recurrente, la Organización constituyó grupos tripartitos para celebrar ruedas de negociaciones sobre las normas internacionales del trabajo entre representantes gubernamentales, empresariales y sindicales. La tarea principal de los grupos tripartitos fue la de evaluar y determinar la suerte de las normas internacionales del trabajo adoptadas por las generaciones anteriores. En febrero-marzo de 1977 y noviembre de 1984, se iniciaron las reuniones de los dos grupos de trabajo presididos por Gabriel Ventejol; en noviembre de 1995, se iniciaron las labores del grupo de trabajo sobre la política de revisión de normas con Jean Louis Cartier como presidente; y en febrero de 2016, se reunió el Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas (MEN), presidido por Jan Farzan.

Se produjo un empalme generacional entre la década de los años Setenta y la de los años Ochenta dado el contacto privilegiado que tuvieron quienes fundaron la Organización con aquellos que pudieron ver resultados. Gabriel Ventejol (1919-1987), dirigente sindical francés, participa en la Resistencia y en la creación del sindicato CGT Force Ouvrière, al igual que su mentor Léon Jouhaux (1879-1954). Léon Jouhaux fue representante de los intereses obreros en la Comisión de la Legislación Internacional del Trabajo de la Conferencia de Paz de Versalles donde se redactó, en 1919, la parte XIII del Tratado de Paz que constituye el acto fundacional de la Organización Internacional del Trabajo.

En la década de los Noventa hasta inicios del siglo XXI, quien aparece como mentor generacional es todavía un francés, colaborador de Gabriel Ventejol, Jean Luis Cartier quien durante muchos años fungió como jefe de la división de relaciones internacionales del Ministerio de Trabajo de su país. Al inicio de las labores del Grupo de Trabajo Cartier, en los documentos oficiales aparecen los nombres de los representantes de los interlocutores sociales: la señorita Catherine Hak (Países Bajos), la portavoz del grupo de los empleadores, reemplazada al jubilarse, desde el segundo semestre de 1996, por el Dr. Daniel Funes de Rioja (Argentina). El grupo de los trabajadores también tuvo dos voceros: Jean Claude Parrot (Canadá) y Ulf Edstrom (Suecia).

En el período actual, quien tiene la responsabilidad de presidir los trabajos destinados al examen de las normas es un representante gubernamental alemán (Jan Farzan) lo que preserva el tropismo europeo y masculino que caracteriza mayormente a la Organización. El vocero del sector trabajador ha sido Luc Cor-tebeck, dirigente sindical belga, de origen socialcristiano; y el vocero del sector empleador es el Dr. Andrés Echavarría Saldarriaga (Colombia).

A diferencia de las rondas anteriores, la Organización cuenta con una disposición constitucional que permite derogar los convenios “si se considera que ha perdido su objeto o que ya no representa una contribución útil a la consecución de los objetivos de la Organización”¹. El texto de esta disposición, concebido durante los años 1995-1997, solamente entró en vigencia en octubre de 2015, al alcanzarse el número suficiente de aceptaciones para darle legitimidad.

Dejando a salvo lo actuado en relación con las peores formas de trabajo infantil (Convenio núm. 182 de 1999) y la consolidación de las normas sectoriales relativas a la gente de mar y a los pescadores (el Convenio sobre el trabajo marítimo, de 2006; y el Convenio núm. 188 de 2007), la Organización no deslumbra por la originalidad de los temas abordados ni por los convenios adoptados durante las últimas dos décadas. Cuanto más se acerca a su centenario, la Organización parece motivada para derogar cantidad de instrumentos sin que se logren adoptar normas innovadoras. En 2004, la Conferencia Internacional del Trabajo retiró 11 recomendaciones y en 2017 se tiene previsto derogar cuatro convenios vigentes y el retiro de dos convenios. Para 2018, en la agenda

¹ El Instrumento de Enmienda de 1997 entró en vigencia el 8 de octubre de 2015, al registrarse la aceptación de la enmienda por el número suficiente de Estados Miembros (125 Estados Miembros de los cuales siete (Brasil, China, Francia, India, Italia, Japón y Reino Unido) corresponden a los Estados de mayor importancia industrial. La Oficina registró la ratificación por parte de España del Instrumento de Enmienda de 1997 el 8 de noviembre de 1999. No han aceptado el Instrumento de Enmienda de 1997 los siguientes tres Estados de mayor importancia industrial: Alemania, Estados Unidos y la Federación de Rusia.

de la Conferencia figura la derogación de seis convenios y el retiro de tres recomendaciones.

No sorprende que cada generación intente un “examen de las normas”, si acaso el examen consiste en determinar de manera equilibrada cuáles son aquellos convenios y recomendaciones internacionales del trabajo que se podrían desechar, identificar aquellas normas que merecerían ser objeto de una mayor publicidad por parte de la Organización y de sus Estados Miembros y encontrar los temas que la Organización debería tratar en el futuro. Cada generación ha buscado preservar lo conseguido como una mejor manera para asegurarse que, en el futuro, las actividades normativas de la Organización seguirán teniendo éxito.

Para España, el miembro de la Organización que más convenios internacionales del trabajo ha ratificado y tiene en vigencia, el resultado de las discusiones sobre la revisión de normas es medular. Si las normas internacionales del trabajo pierden de su pertinencia, parte del ordenamiento jurídico social español también se devalúa. Con 133 convenios ratificados de los cuales 87 se encuentran en vigencia, los responsables gubernamentales, las organizaciones empresariales y las confederaciones sindicales españolas tienen que mostrarse particularmente vigilantes de lo que resulte en materia de política de revisión de normas.

A diferencia de lo ocurrido en las rondas anteriores, las tareas actualmente en curso sobre la revisión de las normas se producen en un clima muy tenso entre los interlocutores sociales. El principal enfrentamiento resulta de las posiciones encontradas entre los interlocutores sociales sobre la inclusión del derecho de huelga en el Convenio núm. 87, inclusión que no admite el sector empleador de la Organización. Las tareas de la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo se encuentran parasitadas por este enfrentamiento que repercute también en el funcionamiento del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (la Comisión de Expertos)².

Hace falta destacar que la actividad del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas (MEN), formalmente establecido en noviembre de 2011, se reunió solamente cinco años después, en febrero y octubre de 2016. A diferencia de las pasadas ruedas de negociaciones donde se habían creado grupos tripartitos de trabajo de naturaleza temporal, la Organización parece haber optado por crear un “mecanismo de examen de las normas” destinado probablemente a perdurar hasta que se haya agotado su muy amplio mandato —y resuelto los di-

² Este enfrentamiento se refleja claramente en el informe de la Comisión de Expertos publicado en 2017. Ver Conferencia Internacional del Trabajo, 106.ª reunión, 2017, Informe III (Parte 1A), párrafos 14 y 15.

ferentes temas que enfrentan a los interlocutores sociales-. Por ende, las críticas pueden parecer prematuras dado que se aducirá que hace falta abstenerse de sacar conclusiones sin conocer los resultados globales.

No obstante lo anterior, el hecho de que el Consejo de Administración, en noviembre de 2016, haya aprobado las recomendaciones del MEN y que se tomarán decisiones derogatorias en la Conferencia Internacional del Trabajo que tendrá lugar en junio de 2018, merece que se intente una crítica de lo actuado en relación con los convenios que afectan a temas indígenas.

2. TEMAS INDÍGENAS EN LA OIT

Los temas indígenas se encuentran en el código genético de la Organización. En efecto, en la Parte Primera del Tratado de Paz suscripto en Versalles, el 28 de junio de 1919, en los artículos 1 al 26 del Tratado, se encuentra “el Pacto de la Sociedad de las Naciones”.

El artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones (es decir, el artículo 22 del Tratado de Paz) establece la tutela de la Sociedad de las Naciones sobre los territorios “habitados por pueblos aún no capacitados para dirigirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno”. El artículo 23 del Pacto de la Sociedad de las Naciones estableció lo siguiente (énfasis agregado):

Con la reserva y de conformidad con las disposiciones de los convenios internacionales existentes en la actualidad o que celebren en lo sucesivo, los miembros de la Sociedad:

- a) Se esforzarán en asegurar y mantener condiciones de trabajo equitativas y humanitarias de los hombres, mujeres y niños, tanto en sus propios territorios, así como en todos los países a que se extiendan sus relaciones de comercio y de industria, y para este fin fundarán y conservarán las necesarias organizaciones internacionales;
- b) Se comprometerán a asegurar un trato equitativo de las poblaciones indígenas en los territorios sometidos a su administración;

Si se consulta la página 382 del Tratado de Paz, se encuentra la parte XIII del Tratado de Paz donde se ha previsto la fundación de una “Organización del Trabajo”. A diferencia de las otras partes, la parte XIII del Tratado de Paz (artículos 387- 427) fue principalmente redactada por la Comisión de Legislación Internacional del Trabajo que se compuso no sólo por representantes gubernamentales de nueve países (Bélgica, Cuba, Checoslovaquia, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Polonia y el Reino Unido) sino también por representantes de

las organizaciones de trabajadores y de empleadores lo cual constituyó una gran originalidad para la época.

El artículo 421 del Tratado de Paz dice así:

Los miembros se comprometen a aplicar los Convenios a que se hayan adherido, conforme a las disposiciones de esta parte del presente Tratado, a aquellas de sus colonias o posesiones y a aquellos de sus protectorados que no se gobiernen plenamente por sí mismos, y a reserva de lo siguiente:

1° Que las condiciones locales no hagan inaplicable el Convenio;

2° Que las modificaciones que sean necesarias para adaptar el Convenio a las condiciones locales quepan dentro de éstas.

Cada uno de los miembros deberá notificar a la Oficina Internacional del Trabajo la decisión que se propone adoptar en lo que respecta a cada una de sus colonias, posesiones o protectorados que no se gobiernen plenamente por sí mismos.

Indudablemente el eco colonial de estas disposiciones causan cierto malestar. Sin embargo, guarda toda su pertinencia un comentario de época al artículo 421 del Tratado de Paz³:

No es necesaria una gran insistencia para comprender cuál es el alcance de esta disposición. Hasta el presente las explotaciones de las colonias lo eran asimismo de los indígenas, en términos que daban una lamentable idea de la sedicente misión civilizadora que las Potencias se arrogaban para justificar su política de expansión colonial. Este sistema de explotación inicia, a más de su enorme injusticia en derecho, un positivo peligro: el que esos países de explotación fuesen transformados en países de explotación industrial. Llegado ese caso y teniendo en cuenta el trabajo bárbaro y miserablemente retribuido de los indígenas, los productos industriales competirían en precio con los europeos en términos que serían ruinosos para la industria y las masas obreras europeas. A evitar ese peligro y poner fin a esa injusticia tiende el artículo 421 mencionado. Nadie se podrá desinteresar en lo sucesivo del colonialismo; los gobiernos y aún más que los gobiernos las masas obreras están interesadas en evitar que pueda restaurarse la inicua explotación de indígenas, realizada impunemente gracias a los que se desinteresaban de las cuestiones coloniales, unos por no sentir toda la iniquidad que representaba la labor de los negreros del siglo XX, otros por considerar el fenómeno colonial como un fenómeno capitalista, y demandando el abandono de la expansión colonial.

³ El Tratado de Versalles de 1919 y sus antecedentes, Publicaciones del Instituto Ibero-Americano de Derecho Comparado, Madrid, agosto de 1920, pág. 26.

En este contexto, dando seguimiento a iniciativas tomadas en la Sociedad de las Naciones para combatir la esclavitud, los primeros esfuerzos de la Organización se orientan a “suprimir, lo más pronto posible, el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas” (artículo 1 del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930). En el artículo 14, párrafo 3, del Convenio núm. 29 se dijo que “los salarios deberán pagarse a los propios trabajadores y no a su jefe de tribu o a otra autoridad”, entre otras disposiciones destinadas a que, durante un período transitorio, se consideren aceptables las condiciones del trabajo forzoso que afectaban a los indígenas.

Otro ejemplo de la especificidad indígena que recogen las normas internacionales del trabajo se encuentra en el párrafo I de la Recomendación sobre la reglamentación del trabajo forzoso, 1930 (núm. 36), que dice así: ...”todas las leyes o reglamentos concernientes a la indemnización en caso de accidente, enfermedad o muerte del trabajador, deberían ser impresos por las autoridades competentes en una o varias lenguas indígenas, de suerte que los trabajadores interesados y la población en la cual son reclutados puedan conocer el contenido de estos textos” (énfasis agregado).

Cumpliendo con el mandato específico en relación con los indígenas, la Organización adopta cuatro convenios y dos recomendaciones que se refieren a las condiciones de trabajo de los trabajadores indígenas en los territorios dependientes:

- el Convenio sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas, 1936 (núm. 50);
- el Convenio sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), 1939 (núm. 64);
- el Convenio sobre las sanciones penales (trabajadores indígenas), 1939 (núm. 65);
- la Recomendación sobre la duración máxima de los contratos escritos de los trabajadores indígenas, 1939 (núm. 58) y la Recomendación sobre la inspección del trabajo (trabajadores indígenas), 1939 (núm. 59)⁴;
- el Convenio sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), 1947 (núm. 86) que recoge las disposiciones sobre la duración máxima de los contratos escritos de los trabajadores indígenas que se encontraban en la Recomendación núm. 58;

⁴ Las Recomendaciones núms. 58 y 59, adoptadas dos meses antes del inicio de la Segunda Guerra Mundial, el 27 de junio de 1939; fueron retiradas el 16 de junio de 2004. Ver el informe VII (1), Retiro de dieciséis recomendaciones, y el acta 26/8 de la 92.a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo.

- el Convenio sobre la abolición de las sanciones penales (trabajadores indígenas), 1955 (núm. 104).

La serie de instrumentos sobre trabajadores indígenas culmina con el Convenio núm. 104 que pide la abolición inmediata de las sanciones penales que acaso hubiesen todavía podido afectar a los trabajadores indígenas en territorios dependientes.

El Convenio núm. 50 alcanzó 33 ratificaciones (30 ratificaciones en vigencia, fue denunciado por Bélgica, Mauricio y Somalia).

El Convenio núm. 64 alcanzó 31 ratificaciones (28 ratificaciones en vigencia, fue denunciado por Bélgica, Mauricio y Somalia).

El Convenio núm. 65 alcanzó 33 ratificaciones (32 ratificaciones en vigencia, fue denunciado por Mauricio).

El Convenio núm. 86 alcanzó 22 ratificaciones (21 ratificaciones en vigencia; fue denunciado por Australia);

El Convenio núm. 104 alcanzó 26 ratificaciones, todas en vigencia.

Hay que destacar que cuatro de los cinco convenios que se derogan en 2018 – los Convenios núms. 50, 64, 65 y 104 - alcanzaron un nivel superior de ratificaciones al número de adhesiones reunidas por el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). En cuanto al Convenio núm. 86 de 1947 - que también se deroga en 2018 - logró 22 ratificaciones, es decir, una adhesión equivalente a la del convenio más reciente, el Convenio núm. 169 de 1989.

3. DEL CONVENIO NÚM. 107 (POBLACIONES INDÍGENAS) DE 1957 AL CONVENIO NÚM. 169 (PUEBLOS INDÍGENAS) DE 1989

Adoptados en 1957, el Convenio núm. 107 y la Recomendación núm. 104 son los primeros instrumentos que identifican y reconocen derechos sociales a las poblaciones indígenas en territorios independientes. Entre los objetivos de los instrumentos adoptados en 1957 figura el de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas, uno de los sectores más vulnerables en los países que surgen de la descolonización. En el artículo 2, párrafo 1, del Convenio núm. 107 se pide a los gobiernos que adopten “programas de acción sistemática y coordinada tendientes a la protección de las poblaciones (indígenas) y a su integración progresiva en la vida del país”.

Como se verá en la sección siguiente, el Convenio núm. 169 es un resultado positivo de la capacidad que ha tenido la Organización de revisar los enfoques que han quedado superados y proponer nuevas e innovadoras soluciones. Sin em-

bargo, también se sabe que las discusiones actuales se desarrollan en un contexto particularmente conflictivo entre interlocutores sociales. El sector empleador insiste en que la Organización debe lograr que la implementación de la consulta previa requerida en el Convenio núm. 169 sea un proceso eficiente, eficaz y predecible⁵. La consulta previa requerida por el Convenio núm. 169 es fuente de derecho para las comunidades indígenas, derechos resguardados con particular atención por las jurisdicciones nacionales y los órganos regionales de derechos humanos en América latina.

3.1. Política de revisión de normas y temas indígenas: (1977-1987) los temas indígenas en la primera ronda del examen de las normas internacionales del trabajo

En la reunión de febrero-marzo de 1977, el Consejo de Administración constituyó un “Grupo de Trabajo sobre normas internacionales del trabajo” cuya tarea principal fue establecer las categorías en las que deberían dividirse los convenios y recomendaciones, identificar los instrumentos que precisaban ser revisados y decir los temas que se consideraba que requerían otros estudios o nuevas normas. Durante esta fase de las labores del grupo de trabajo presidido por G. Ventejol, los países socialistas de Europa del Este fueron particularmente activos. Entre otras cosas, intentaron que no se utilice el título “derechos humanos fundamentales” para cubrir los temas de libertad sindical, trabajo forzoso y discriminación aduciendo que existían otros derechos sociales igualmente fundamentales como el derecho a trabajo, a la seguridad social, a las vacaciones, etc. Concretamente, el grupo de trabajo accedió a que el tema “política de empleo y desarrollo de los humanos” se colocase inmediatamente después del tema “derechos humanos fundamentales” para resaltar con ello la vinculación existente entre ambos⁶.

⁵ En octubre de 2016, el sector empleador formuló ocho recomendaciones específicas: impulsar espacios de diálogo permanente entre el Estado y los pueblos indígenas; promover instancias de participación en la planificación territorial; sistematizar, unificar y mantener actualizado un registro sobre los pueblos indígenas; considerar recursos para la implementación de la consulta previa; reconocer, respetar e impulsar el fortalecimiento de las organizaciones indígenas; estudiar mecanismos institucionales que permitan a los pueblos indígenas beneficiarse por los proyectos desarrollados en sus territorios; generar una institucionalidad competente y focalizada en la implementación de la consulta previa; impulsar procesos de capacitación y difusión sobre el Convenio núm. 169. Ver documento OIT, Convenio núm. 169 [...] y la consulta previa a los pueblos indígenas en proyectos de inversión. Reporte regional: Colombia, Costa Rica, Guatemala, Chile. Lima, 2016. Documento disponible en: http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_507710/lang-es/index.htm

⁶ Ver párrafos 15-16 del documento GB.209/PFA/5/3 (209.a reunión, febrero-marzo de 1979), Estudio detallado de las normas internacionales del trabajo. Informe final del Grupo de Trabajo.

En febrero-marzo de 1979, al concluir una primera etapa de sus labores, el grupo de trabajo propuso clasificar las normas en cuatro categorías: instrumentos existentes, cuya ratificación y aplicación conviene promover con prioridad; instrumentos existentes que conviene revisar, otros instrumentos existentes y cuestiones sobre las que debería preverse la elaboración de nuevos instrumentos. Además, el grupo de trabajo estableció una lista de temas según la cual se clasificaban a los convenios y recomendaciones adoptados hasta el momento.

En el tema “poblaciones indígenas y tribuales”, dentro de la categoría “instrumentos que deberían promoverse con prioridad” quedaron clasificados tres instrumentos: el Convenio núm. 104 (abolición de las sanciones penales) y el Convenio núm. 107 junto con la Recomendación núm. 104 (poblaciones indígenas). En la categoría “otros instrumentos” quedaron clasificados el Convenio núm. 50 y la Recomendación núm. 46 (reclutamiento de trabajadores), los Convenios núms. 64 y 86 y la Recomendación núm. 58 (contratos de trabajo) y el Convenio núm. 65 (sanciones penales).

En noviembre de 1984, el Consejo de Administración restableció el grupo de trabajo sobre normas internacionales del trabajo solicitándole que actualice sus propuestas en relación con la clasificación de las normas y proponga una política para adoptar nuevas normas. A diferencia de lo ocurrido en la primera ronda, los países socialistas de Europa del Este no participaron en las labores del grupo.

En este contexto, en febrero-marzo de 1985, el Consejo de Administración consideró que diez convenios habían “perdido su pertinencia” (*had lost their relevance*), cinco de los cuales tenían que ver con las condiciones de trabajo de los trabajadores indígenas en territorios dependientes (es decir, los Convenios núms. 50, 64, 65, 86 y 104⁷). La decisión del Consejo de Administración tuvo una consecuencia exclusivamente burocrática: la suspensión del pedido de memorias a los países que tenían en vigencia los convenios mencionados.

La medida de “dejar en suspenso” tenía como objetivo facilitar la tarea de las administraciones nacionales encargadas de preparar las memorias, reducir la carga de la Oficina de administrar los expedientes y evitar que los miembros de la Comisión de Expertos tomen conocimiento de carpetas conteniendo informaciones poco pertinentes⁸. La decisión consistió en “suspender” la correspondencia

⁷ En cuanto al Convenio núm. 104 que, en febrero-marzo de 1979, había sido considerado en la misma categoría que el Convenio núm. 107, se observa que, en marzo de 1987, se lo coloca en el encabezamiento de “otros instrumentos”, sin entrar en otras consideraciones. Ver párrafo 44 del Anexo III Comentario sobre la clasificación revisada de convenios y recomendaciones y temas que pueden ser objeto de nuevos instrumentos del documento GB.235/12/8 (235.a reunión, 2-6 marzo de 1987), Informe del Grupo de trabajo sobre normas internacionales del trabajo.

⁸ Las preguntas planteadas por la Comisión de Expertos a los gobiernos que habían ratificado

de la Oficina con las administraciones de los países que habían ratificado estos diez convenios. Sin embargo, en la práctica diaria de la Organización, en lugar de decir que se había suspendido la correspondencia relativa al pedido de memorias de unos pocos convenios con algunos gobiernos, se comenzó a hablar de una categoría normativa específica de “convenios en suspenso”.

Al concluir sus labores sobre la clasificación de las normas, en marzo de 1987, el grupo de trabajo propuso que, en el tema “poblaciones indígenas y tribuales”, dentro de la categoría “instrumentos que deberían promoverse con prioridad”, figuraran dos instrumentos: el Convenio núm. 107 y la Recomendación núm. 104. Sin embargo, el Convenio núm. 107 aparece también en la categoría “instrumentos que deberían ser revisados”. Se reúnen también seis instrumentos en la categoría “otros instrumentos”: el Convenio núm. 50 y la Recomendación núm. 46 (reclutamiento de trabajadores), los Convenios núms. 64 y 86 y la Recomendación núm. 58 (contratos de trabajo) y los Convenios núms. 65 y 104 (sanciones penales).

3.2. Revisión del Convenio núm. 107 y adopción del Convenio núm. 169: la política normativa engendra un nuevo convenio

Impulsado por el sector trabajador⁹, desde noviembre de 1985, el Consejo de Administración tomó iniciativas concretas para revisar el Convenio núm. 107. En la 231.a reunión (noviembre de 1985), el Consejo de Administración reservó fondos para convocar una reunión de expertos destinada a examinar la posibilidad de revisar el Convenio núm. 107. La reunión de expertos tuvo lugar del 1 al 10 de septiembre de 1986. El antropólogo mexicano Rodolfo Stavenhagen fue el presidente y relator de dicha reunión que recomendó al Consejo de Administración que, entre otras cosas, incluya la revisión del Convenio núm. 107 en el orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1988. El Consejo de Administración dio curso a este pedido – sin evocar la sustitución de la Recomendación núm. 104.

los cinco convenios antiguos podían crear problemas inútiles. Por ejemplo, en una solicitud directa formulada en 1973 sobre el Convenio núm. 104, la Comisión de Expertos pidió al Gobierno de Panamá que tome medidas para modificar las disposiciones del Código de Trabajo de manera de cumplir con el artículo 1 del Convenio núm. 104 que requiere que las faltas al contrato de trabajo por parte de los trabajadores indígenas en territorios dependientes no den lugar a sanciones penales. En su respuesta, el Gobierno de Panamá indicó que el numeral 2 del artículo 1064 del Código de Trabajo había sido mal interpretado. El Gobierno de Panamá manifestó que “es deseo de nuestro gobierno dejar muy en claro que en nuestro país todo indígena que trabaja en determinado lugar lo hace por propia y exclusiva voluntad, ya que al trabajador indígena en ningún momento se le conmina u obliga a trabajar”.

⁹ La revisión del Convenio núm. 107 figuró entre las prioridades que la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres presentó al grupo de trabajo (ver párrafo 51 del documento GB.235/12/8 (235.a reunión, 2-6 marzo de 1987), Informe del Grupo de trabajo sobre normas internacionales del trabajo.

Dada su importancia, el informe de la reunión de expertos de 1986 se reprodujo en el anexo del informe que presentó la Oficina a la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 1988 para apoyar las labores de revisión del Convenio núm. 107. En junio de 1989, la Conferencia adoptó el Convenio núm. 169, que revisa al Convenio núm. 107.

Doce meses después de registrarse las dos primeras ratificaciones del Convenio núm. 169 (Noruega y México), el 5 de septiembre de 1991, el Convenio núm. 169 entró en vigencia y consecuentemente el Convenio núm. 107 quedó cerrado a la ratificación. Apenas cuatro años después de haberse obtenido las orientaciones del Consejo de Administración sobre la necesidad de revisar el Convenio núm. 107, la Organización fue capaz de renovar su visión sobre los pueblos indígenas y lograr que entre en vigencia el Convenio núm. 169.

Al momento de quedar cerrado a la ratificación, el Convenio núm. 107 había alcanzado 27 ratificaciones¹⁰. Casi dos generaciones después de su adopción, el Convenio núm. 169 de 1989, no logró el nivel de adhesión del Convenio núm. 107 de 1957.

Con la caída del Muro de Berlín y la desaparición de los países socialistas de Europa del Este, la Organización tuvo una excelente oportunidad de refrescar temas que habían quedado en suspenso desde la generación anterior. El examen de las normas se realizará siguiendo muy de cerca las orientaciones ensayadas durante la rueda precedente.

Al margen de la revisión de las normas, la nueva ronda dará lugar a que se establezca un mecanismo constitucional para derogar convenios y retirar recomendaciones. El mecanismo ideado para derogar convenios aguardó pacientemente 18 años antes de alcanzar legitimidad suficiente para ser puesto en práctica, lo que no disipa las dudas sobre la urgencia histórica de su creación.

El Grupo de Trabajo Cartier “deja de lado” a los convenios sobre trabajadores indígenas en territorios dependientes y promueve la ratificación del Convenio núm. 169 (marzo de 1996)

En marzo de 1996, al inicio de las tareas sobre “la política de revisión de normas”, el Grupo de Trabajo Cartier confirmó el enfoque anterior en relación con los cinco convenios que se ocupaban de los trabajadores indígenas en los territorios dependientes. Si bien se consideró que las prácticas que se evocaban en los convenios habían “desaparecido en gran medida” seguían planteándose

¹⁰ Al 1 de abril de 2017, 17 países siguen vinculados por el Convenio núm. 107: Angola, Bangladesh, Bélgica, Cuba, República Dominicana, Egipto, El Salvador, Ghana, Guinea-Bissau, Haití, India, Iraq, Malawi, Pakistán, Panamá, República Árabe Siria y Túnez.

“problemas relacionados con el reclutamiento de trabajadores indígenas en ciertos Estados”... “Además, muchos países que habían ratificado esos Convenios ya no tenían poblaciones indígenas dependientes en el sentido de los convenios y los problemas que se planteaban en el ámbito de las migraciones internacionales de mano de obra debían abordarse en el marco de los convenios relativos a los trabajadores migrantes o, en lo que respecta a las migraciones internas de trabajadores, a través del Convenio sobre política social (normas y objetivos básicos), 1962 (núm. 117)”¹¹.

En efecto, el vínculo de los temas indígenas con los problemas que plantean las migraciones internacionales ya había sido observado en la rueda anterior, y se refleja específicamente en un párrafo 38 de la Recomendación sobre la protección de los trabajadores migrantes (países insuficientemente desarrollados), 1955 (núm. 100) donde se había establecido lo siguiente (énfasis agregado):

A reserva de la aplicación de las leyes nacionales de inmigración y de las leyes especiales relativas al empleo de los extranjeros en los servicios públicos, todo obstáculo que, por motivo de origen nacional, raza, color, credo, **asociación a una tribu** o filiación sindical, impida o limite la admisión de cualquier parte de la población, incluidos los trabajadores migrantes, a determinados tipos de trabajos o empleos debería considerarse contrario al orden público, y debería aceptarse el principio de su abolición.

Por su parte, el Convenio núm. 117 contiene la parte V “Indiscriminación en Materia de Raza, Color, Sexo, Credo, Asociación a Una Tribu o Afiliación a un Sindicato”, cuyo artículo 14 dice así:

1. Uno de los fines de la política social deberá ser el de suprimir toda discriminación entre los trabajadores fundada en motivos de raza, color, sexo, credo, asociación a una tribu o afiliación a un sindicato, en materia de:
 - (a) legislación y contratos de trabajo, que deberán ofrecer un trato económico equitativo a todos los que residan o trabajen legalmente en el país;
 - (b) admisión a los empleos, tanto públicos como privados;
 - (c) condiciones de contratación y de ascenso;
 - (d) facilidades para la formación profesional;
 - (e) condiciones de trabajo;
 - (f) medidas de higiene, seguridad y bienestar;

¹¹ Ver páginas 19-21 y 33-36 del documento GB.265/LILS/WP/PRS/1 (marzo de 1996) Examen de los convenios menos ratificados o en suspenso, donde figura el resumen de la situación que desarrolló la Oficina para los Convenios núms. 50, 64, 65, 86 y 104.

- (g) disciplina;
- (h) participación en la negociación de contratos colectivos;
- (i) tasas de salarios, las cuales deberán fijarse de acuerdo con el principio de salario igual por un trabajo de igual valor, en la misma operación y en la misma empresa.

2. Deberán tomarse todas las medidas pertinentes a fin de reducir cualquier diferencia en las tasas de salarios que resulte de discriminaciones fundadas en motivos de raza, color, sexo, credo, asociación a una tribu o afiliación a un sindicato, elevando las tasas aplicables a los trabajadores peor pagados.

3. Los trabajadores de un país contratados para trabajar en otro país podrán obtener, además de su salario, prestaciones en dinero o en especie, para sufragar cualquier carga familiar o personal razonable que resulte del hecho de estar empleados fuera de su hogar.

4. Las disposiciones precedentes de este artículo no causarán menoscabo alguno a las medidas que la autoridad competente juzgue necesario u oportuno adoptar con objeto de proteger la maternidad, la salud, la seguridad y el bienestar de las trabajadoras.

Si bien el concepto de “asociación a una tribu” puede provocar reservas por su perfume colonialista, en el artículo 14 del Convenio núm. 117, “la asociación a una tribu” acompaña y se sitúa al mismo nivel que la “afiliación a un sindicato”, sobre la importancia fundamental de este último concepto no hace falta abundar. En todo caso, tanto el párrafo 38 de la Recomendación núm. 100 como el artículo 14 del Convenio núm. 117 conservan su pertinencia jurídica para proteger a los derechos indígenas.

De lo anterior se entiende que el Consejo de Administración, en marzo de 1996, haya decidido: a) dejar de lado, con efecto inmediato, los Convenios núms. 50, 64, 65, 86 y 104; b) invitar a los Estados que habían ratificado los Convenios núms. 50, 64 y 86 a contemplar la posibilidad de ratificar el Convenio núm. 169 y/o el Convenio núm. 117, el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97) y el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143), al tiempo que denunciaban los convenios anteriores; c) invitar a los Estados que habían ratificado los Convenios núms. 65 y 104 a contemplar la posibilidad de ratificar el Convenio núm. 169, al tiempo que denunciaban los convenios anteriores; y d) examinar de nuevo, en su momento, la situación de los Convenios núms. 50, 64, 65, 86 y 104¹².

¹² Ver páginas 12-13 del documento GB.265/8/2 (marzo de 1996), Informes de la Comisión de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo (LILS), donde se encuentra el

Por su parte, el Consejo de Administración puso en evidencia “el estrecho vínculo que existe entre las propuestas que tienden a la ratificación de los convenios más recientes y actualizados y las que se dirigen a la denuncia eventual de determinados instrumentos obsoletos”¹³. En efecto, la decisión del Consejo de Administración de marzo de 1996 puso el acento en la denuncia de los países que mantenían en vigencia los cinco convenios anteriores y obtener que, simultáneamente con la denuncia, se ratifique el Convenio núm. 169 o bien lograr más adhesiones para las normas relativas a la política social (Convenio núm. 117) y las migraciones laborales (Convenios núms. 97 y 143)).

El Consejo de Administración fue sensible a las materias específicas tratadas por los Convenios núms. 50, 64 y 86 (reclutamiento de trabajadores indígenas) y los Convenios núms. 65 y 104 (sanciones penales) y convocó a los países que los mantenían vigentes a que adhieran a las normas más recientes. De esta manera, el Consejo de Administración procedió de manera coherente con la necesidad de reconocer que los convenios antiguos contribuyen a la consecución de los objetivos de la Organización, buscando que quienes opten por la denuncia de los convenios obsoletos también contemplen la posibilidad de ratificar los convenios más recientes. Al ponerse énfasis en la necesidad de obtener nuevas adhesiones a los convenios recientes se fortalece las normas de la OIT y se asegura el liderazgo de la OIT en temas sociales.

3.3. Examen del Convenio núm. 107: reservas para fomentar la ratificación del Convenio núm. 169 en el Grupo de Trabajo Cartier (noviembre de 1997)

En noviembre de 1997, no perduró el consenso entre los interlocutores sociales sobre la manera de abordar los temas indígenas. En efecto, se produjo un intercambio importante en relación con la propuesta que había formulado la Oficina de invitar a los 21 países que tenían en vigencia el Convenio núm. 107 de 1957 de ratificar el Convenio núm. 169 de 1989 el cual sólo había obtenido diez ratificaciones (ocho de las cuales provenían de América latina y dos países Nórdicos)¹⁴.

El sector empleador expresó sus reservas en cuanto a la posibilidad de invitar a ratificar el Convenio núm. 169 sin antes conocer cuáles eran las dificultades y los obstáculos que planteaban el mentado convenio. El sector trabajador no

informe del Grupo de Trabajo Cartier y su decisión en relación con los Convenios núms. 50, 64, 65, 86 y 104.

¹³ *Ibid.*, párrafo 24, d), ii) del documento GB.265/8/2.

¹⁴ Noruega, junio de 1990; México, septiembre de 1990; Colombia, agosto de 1991; Bolivia, diciembre de 1991; Costa Rica, abril de 1993; Paraguay, agosto de 1993; Perú, febrero de 1994; Honduras, marzo de 1995; Dinamarca, febrero de 1996 y Guatemala, junio de 1996).

quiso modificar la propuesta de la Oficina y se negó a encarar la posibilidad de hacer un estudio sobre el Convenio núm. 169. Por sobre todo, el sector trabajador subrayó que el grupo de trabajo carecía de mandato para examinar los convenios y las recomendaciones adoptados con posterioridad a junio de 1987.

La decisión del Consejo de Administración comportó una simple invitación a los países que tenían en vigencia el Convenio núm. 107 a que ratifiquen el Convenio núm. 169. Luego de las consignas del Grupo de Trabajo Cartier, sólo tres países – Argentina, Brasil y Ecuador - ratificaron el Convenio núm. 169, produciendo las correspondientes denuncias automáticas del Convenio núm. 107. Portugal denunció al Convenio núm. 107 en octubre de 2009, sin proceder con la ratificación del Convenio núm. 169.

Tercera ronda de la política de revisión de normas: el Convenio núm. 169 en un contexto conflictivo

Luego de variados intentos de lograr que el sector trabajador acepte renovar el ejercicio de revisión de normas, en noviembre de 2011, el Consejo de Administración aceptó pronunciarse sobre un “mecanismo de examen de las normas” (MEN) en el marco de la “política normativa de la OIT”.

Nuevas dificultades aparecen pocos meses después cuando, en la 101.a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (junio de 2012), las labores de la Comisión de Aplicación de Normas quedaron paralizadas al cristalizarse la controversia entre los interlocutores sociales sobre el mandato de la Comisión de Expertos y su manera de considerar que el derecho de huelga se desprendía del Convenio núm. 87. Guy Ryder – que iniciaba su primer mandato como Director General de la Oficina - consideró oportuno hacer del MEN “el núcleo” de la «iniciativa relativa a las normas», una de las siete iniciativas para celebrar el Centenario de la Organización propuestas en la 102.a reunión (junio de 2013) de la Conferencia Internacional del Trabajo.

Contrariamente a las rondas anteriores, el examen de las normas se desarrolla en un contexto particularmente conflictual y el Convenio núm. 169 hace parte de la crisis.

En efecto, la Organización Internacional de Empleadores (OIE), en agosto de 2012, manifestó ante la Comisión de Expertos que «la mala aplicación e interpretación del requisito de la consulta previa puede implicar obstáculos legales y acarrear dificultades para los negocios, afectar a la reputación y tener costos financieros para las empresas ¹⁵». La OIE agregó que «las dificultades para cum-

¹⁵ Párrafo 103 del informe de la CEACR publicado en 2013. Pág. 37 de la versión en español del informe que se encuentra en la siguiente dirección: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_205508.pdf

plir con la obligación de consulta pueden tener repercusiones sobre los proyectos que las empresas quieren llevar a cabo a fin de crear un entorno propicio para el desarrollo económico y social, la creación de trabajo productivo y decente y el desarrollo sostenible del conjunto de la sociedad». La OIE pidió a la Comisión de Expertos que evite «interpretaciones extensivas» de las disposiciones del Convenio núm. 169.

En su respuesta a la OIE, la Comisión de Expertos confirmó lo expresado en la observación general de 2011 respecto que al conocer «del significado de las consultas permanece fiel tanto a la letra como al espíritu de las disposiciones pertinentes del Convenio núm. 169, a los trabajos preparatorios que condujeron a su adopción y a las conclusiones de los comités tripartitos establecidos por el Consejo de Administración en virtud del artículo 24 de la Constitución». La Comisión de Expertos señaló que no era «un tribunal de justicia y como resultado de ello no tiene poder de requerimiento ni de dictar medidas provisionales» (*the Committee stated that it was not a court of law and that, as a result, cannot issue injunctions or provisional measures*). El mandato de la Comisión de Expertos, desde la reunión que tuvo lugar en noviembre-diciembre de 2013, se encuentra definido en términos precisos¹⁶.

Análisis crítico de las decisiones sobre el Convenio núm. 107 y los cinco convenios sobre trabajadores indígenas

El MEN ha compartimentado su análisis sobre los temas indígenas. En lugar de estudiar conjuntamente los cinco convenios sobre los trabajadores indígenas

¹⁶ Se pueden consultar los Informes III (Parte 1A) de la Comisión de Expertos presentados a la 103.^a reunión (2014) y a la 104.^a reunión (2015) de la Conferencia Internacional del Trabajo. En los párrafos 31 y 29 de los Informes de 2014 y 2015 se dice lo siguiente: «La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones es un órgano independiente establecido por la Conferencia Internacional del Trabajo y sus miembros son nombrados por el Consejo de Administración de la OIT. Está compuesta por expertos en el terreno jurídico que se encargan de examinar la aplicación de los convenios y recomendaciones de la OIT por parte de los Estados Miembros de la OIT. La Comisión de Expertos realiza un examen técnico e imparcial de la manera en que los Estados Miembros aplican los convenios en la legislación y en la práctica, teniendo en cuenta las diferentes realidades y sistemas jurídicos nacionales. Al hacerlo, debe determinar el alcance jurídico, contenido y significado de las disposiciones de los convenios. Sus opiniones y recomendaciones no son vinculantes y buscan orientar las acciones de las autoridades nacionales. El carácter persuasivo de esas opiniones y recomendaciones se deriva de la legitimidad y racionalidad de la labor de la Comisión que se basa en su imparcialidad, experiencia y competencia técnica. La función técnica y la autoridad moral de la Comisión están ampliamente reconocidas, especialmente porque ha llevado a cabo su labor de supervisión durante más de 85 años, y debido a su composición, independencia y métodos de trabajo cimentados en el diálogo continuo con los gobiernos, teniendo en cuenta la información que transmiten las organizaciones de empleadores y de trabajadores. Esto se ha reflejado en la incorporación de las opiniones y recomendaciones de la Comisión en legislaciones nacionales, instrumentos internacionales y decisiones de los tribunales».

en los territorios dependientes, los instrumentos sobre poblaciones indígenas y tribales (Convenio núm. 107 y Recomendación núm. 104 de 1957) y el Convenio núm. 169 de 1989; en noviembre de 2016, se tomó una decisión transitoria sobre el Convenio núm. 107 y otra decisión definitiva sobre los cinco convenios sobre trabajadores indígenas, dejando pendiente el análisis del Convenio núm. 169 para octubre de 2017.

La recomendación del MEN, adoptada por el Consejo de Administración, dice lo siguiente¹⁷:

1) en relación con el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107):

a) la Oficina empiece en los próximos doce meses el proceso de seguimiento con los Estados Miembros que actualmente están vinculados por el Convenio:

i) alentándolos a ratificar el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), como el instrumento más actualizado en este ámbito, lo cual implicaría la denuncia automática del Convenio núm. 107, y

ii) acopiando información de esos Estados Miembros con el objetivo de entender mejor los motivos que tienen para no ratificar el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169);

b) sobre la base del informe de la Oficina acerca de la información obtenida a través de ese seguimiento, el Grupo de Trabajo del MEN realizará un examen completo de la situación del Convenio núm. 107 al examinar ulteriormente otros instrumentos sobre pueblos indígenas y tribales (serie de instrumentos 17) y decidirá en ese momento si recomienda o no derogarlos o retirarlos, según corresponda;

2) En lo que respecta al Convenio sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas, 1936 (núm. 50), el Convenio sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), 1939 (núm. 64), el Convenio sobre las sanciones penales (trabajadores indígenas), 1939 (núm. 65), el Convenio sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), 1947 (núm. 86) y el Convenio sobre la abolición de las sanciones penales (trabajadores indígenas), 1955

¹⁷ El texto comentado que contiene la recomendación del MEN al Consejo de Administración respecto del Convenio núm. 107 y los cinco convenios antiguos se encuentra en el párrafo 26 del documento GB.328/LILS/2/1, publicado el 3 de noviembre de 2016, en la siguiente dirección: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_534149.pdf

(núm. 104), el Consejo de Administración considera la posibilidad de inscribir un punto en el orden del día de la 107.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (2018) en relación con su derogación.

Al momento de concluir este estudio (marzo de 2017), no se conocen los términos de las discusiones que tuvieron eventualmente lugar en el marco del MEN entre los interlocutores sociales en relación con los temas indígenas dado que, debido a la falta de tiempo y a la necesidad de nuevas consultas¹⁸, las actas detalladas de las discusiones del MEN no se transmitieron al Consejo de Administración.

Al aprobarse lo actuado por el MEN en el Consejo de Administración, el sector empleador indicó que “en las actas de las futuras reuniones debería incluirse un resumen de las deliberaciones previas a la adopción de cada una de las recomendaciones¹⁹”. Por su parte, el sector trabajador sostuvo que las recomendaciones del MEN habían sido elaboradas de modo que “los Estados tengan tiempo para ratificar los convenios actualizados antes de derogar los instrumentos más antiguos, de modo que no se creen lagunas en materia de cobertura²⁰”. Los representantes gubernamentales de los países de América latina y del Caribe consideraron que cuando un país no denuncia un convenio es debido a que lo considera pertinente y se preguntaron “si la denuncia de un convenio es positiva para los interlocutores sociales o para la OIT, y si su derogación anima a los gobiernos a ratificar nuevos instrumentos²¹”.

3.4. ¿Qué otros convenios se derogan?

Cabe reconocer que en la decisión relativa al Convenio núm. 107 existe un estímulo a alentar la ratificación del Convenio núm. 169 entre los 17 países que tienen en vigencia el Convenio núm. 107, lo cual no es innovador sino una reiteración de la invitación precedente formulado por el Grupo de Trabajo Cartier. Algo nuevo parece ser la autorización que recibió la Oficina para obtener informaciones de los 17 países que tienen en vigencia el Convenio núm. 107 sobre las dificultades que tengan para ratificar el Convenio núm. 169. Los 17 países que tienen en vigencia el Convenio núm. 107 son los siguientes: Angola, Bangladesh, Bélgica, Cuba, República Dominicana, Egipto, El Salvador, Ghana, Guinea-Bissau, Haití, India, Iraq, Malawi, Pakistán, Panamá, República Árabe Siria y Túnez.

¹⁸ Ver el párrafo 4 del informe de la reunión del MEN, documento GB.327/LILS/2/1, publicado el 3 de noviembre de 2016: “Debido a la falta de tiempo después de la reunión del Grupo de Trabajo tripartito del MEN, la preparación del resumen de la discusión está pendiente de nuevas consultas”.

¹⁹ Documento GB.327/PV, párrafo 569 (publicado el 2 de febrero de 2017).

²⁰ *Ibid.*, párrafo 568.

²¹ *Ibid.*, párrafo 571.

Sin embargo, resulta suspicaz que se haya puesto el foco en la posibilidad de decidir la derogación del Convenio núm. 107 cuando se proceda, en octubre de 2017, con el examen del Convenio núm. 169. En efecto, el texto de la recomendación del MEN en relación con el Convenio núm. 107 utiliza un lenguaje plural al decir “derogarlos o retirarlos”, dejando entender que, al realizar el “examen completo” de la situación del Convenio núm. 107 y “examinar ulteriormente otros instrumentos sobre pueblos indígenas y tribales” (es decir, el Convenio núm. 169²²), el MEN “decidirá en ese momento si recomienda o no derogarlos o retirarlos, según corresponda”²³.

Teniendo en cuenta el poco éxito que han tenido los llamamientos para ratificar el Convenio núm. 169 entre aquellos que mantienen en vigencia el Convenio núm. 107, parece temerario anticipar una derogación del Convenio núm. 107.

Cualesquiera sean las reservas que inspire el Convenio núm. 107, se trata de un instrumento que se encuentra vigente en países donde existen situaciones particularmente conflictivas (se piense en Egipto, Iraq, República Árabe Siria y Túnez) que afectan a comunidades particularmente identificables y vulnerables (como es el caso en Bangladesh, India y Pakistán).

Ruptura del “estrecho vínculo” entre las medidas relacionadas con los convenios antiguos y la promoción de convenios recientes

El Consejo de Administración ha actuado de manera expedita e inscripto en el orden del día de la 107.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (junio de 2018) la cuestión de la derogación de seis convenios y el retiro de tres recomendaciones²⁴. El documento que propuso al Consejo de Administración la derogación de los convenios antiguos evoca brevemente las motivaciones que se tuvieron en cuenta en el MEN para proponer una medida extrema: los Convenios núms. 50, 64, 65, 86 y 104 aludían a “situaciones que prácticamente ya no existían” y que el enfoque normativo aplicable a los trabajadores indígenas y las realidades de la migración laboral (en relación con el Convenio núm. 21) “habían cambiado radicalmente desde su adopción”²⁵.

²² El Convenio núm. 169 es el único instrumento que figura bajo el acápite “Pueblos indígenas y tribales” en el “Conjunto de instrumentos 17: Instrumentos de carácter transversal y sectorial”, documento GB.328/LILS/2/1, octubre-noviembre 2016, pág. 31.

²³ Ver párrafo 26, apartado 1, b) de la recomendación del MEN en el documento mencionado en la nota 17.

²⁴ Ver documento GB.328/INS/3 (Add.), publicado el 3 de noviembre de 2016. Además de los cinco convenios sobre trabajadores indígenas en territorios dependientes, la Conferencia Internacional del Trabajo se deberá pronunciar sobre la derogación del Convenio 3 (sobre la inspección de los emigrantes, 1926 (núm. 21) y el retiro de la Recomendación sobre las horas de trabajo (pesca), 1920 (núm. 7), la Recomendación sobre los trabajadores migrantes, 1939 (núm. 61) y la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (colaboración entre Estados), 1939 (núm. 62).

²⁵ Ver párrafo 3 del documento GB.328/INS/3 (Add.).

Sin embargo, nada indica que se haya debidamente sopesado que la decisión de derogar los cinco convenios antiguos no comporte la invitación de ratificar el Convenio núm. 169 a los 34 países que tienen en vigencia los cinco convenios antiguos sobre trabajadores indígenas en territorios dependientes²⁶. De esta manera, se interrumpió el “estrecho vínculo” que se había puesto en las rondas anteriores entre las actuaciones tendientes a descartar normas consideradas como antiguas con la promoción activa de las normas más recientes.

Conviene indicar que un total de 58 países mantienen en vigencia los cinco convenios sobre trabajadores indígenas, algunos de estos países también han ratificado el Convenio núm. 107 o el Convenio núm. 169. Los cinco convenios antiguos – junto con el Convenio núm. 107 y el Convenio núm. 169 - representan 156 ratificaciones vigentes para 58 países (ver cuadros I y II).

La mayor parte de estas ratificaciones vigentes se encuentran en África (61), Caribe (27), Asia (13), Países Árabes (15), Sudamérica (13), América Central (11), Oceanía (9), Europa (6).

El perfil de ratificaciones del Convenio núm. 169 presenta dos distorsiones importantes. Por una parte, 22 países han ratificado el Convenio núm. 169 de 1989, un número muy escaso si se lo compara con la cantidad de países que ratificaron el Convenio núm. 107 de 1957, el cual logró la adhesión de 27 países. Por la otra, las ratificaciones del Convenio núm. 169 se distribuyen mayormente en América latina (14), cuatro en Europa, una en África (República Centroafricana), otras en Asia (Nepal), en el Caribe (Dominica) y en Oceanía (Fiji). Sin embargo, las ratificaciones del Convenio núm. 107 – y aquellas ratificaciones vigentes de los convenios sobre trabajadores indígenas – tienen una distribución geográfica equilibrada. Hay comunidades indígenas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad y que viven en los 34 países (enumerados en la nota 26) que tienen en vigencia los convenios antiguos sobre trabajadores indígenas.

En consecuencia, no es suficiente con promover la ratificación del Convenio núm. 169 entre los 17 países que tienen en vigencia el Convenio núm. 107, sino que la Organización debería lograr que aquellos 34 países que tienen compromisos en relación con los “trabajadores indígenas” también adhieran al Convenio núm. 169.

²⁶ Bahamas, Barbados, Burundi, Camerún, Granada, Guyana, República Islámica de Irán, Jamaica, Japón, Kenia, Lesoto, Liberia, Libia, Malasia, Marruecos, Mauricio, Níger, Nigeria, Nueva Zelandia, República Democrática de Congo, Reino Unido, Ruanda, Santa Lucía, Seychelles, Sierra Leona, Singapur, Somalia, Suazilandia, Tailandia, República Unida de Tanzania, Trinidad y Tobago, Uganda, Yemen y Zambia.

4. PROPUESTA PARA UNA ACCIÓN EN LA 107.A REUNIÓN DE LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DE TRABAJO (JUNIO DE 2018)

Las críticas que presenta este estudio se focalizan en que, la decisión de derogar ciertos convenios antiguos, no conlleva una invitación de ratificar el Convenio núm. 169 a los 34 países que tienen en vigencia los cinco convenios antiguos sobre trabajadores indígenas en territorios dependientes. Se trata de los siguientes países: Bahamas, Barbados, Burundi, Camerún, Granada, Guyana, República Islámica de Irán, Jamaica, Japón, Kenia, Lesoto, Liberia, Libia, Malasia, Marruecos, Mauricio, Níger, Nigeria, Nueva Zelandia, República Democrática de Congo, Reino Unido 27, Ruanda, Santa Lucía, Seychelles, Sierra Leona, Singapur, Somalia, Suazilandia, Tailandia, República Unida de Tanzania, Trinidad y Tobago, Uganda, Yemen y Zambia. Conviene tomar conciencia que las 158 ratificaciones vigentes para los países mencionados pueden ser valorizadas y servir como motivación para que los interlocutores sociales y las otras partes interesadas contemplen la ratificación del Convenio núm. 169.

Para cumplir con los plazos constitucionales, el 30 de noviembre de 2016, la Oficina circuló el informe²⁸ que contiene el cuestionario al que responderán los gobiernos, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, en relación con la derogación de los antiguos convenios sobre los trabajadores indígenas. Las respuestas al cuestionario deberían recibirse en la Oficina, el 30 de noviembre de 2017, a más tardar. Mientras continúan los preparativos para la derogación de los convenios corresponde reflexionar sobre la posibilidad de intentar que, a nivel de la Conferencia Internacional del Trabajo que tendrá lugar en junio de 2018, se haga un sincero llamamiento para ratificar el Convenio núm. 169, aunque quede consumada la derogación de los convenios antiguos.

²⁷ El Reino Unido ha declarado que alguno de los cinco convenios antiguos es aplicable en los territorios de Anguilla, Bermudas, Islas Vírgenes Británicas, Guernesey, Isla de Man, Jersey, Montserrat y Santa Elena. Para muestra de la aplicabilidad del Convenio núm. 169 en países europeos ver las solicitudes directas de la Comisión de Expertos publicadas en 2014.

²⁸ Conferencia Internacional del Trabajo, 107.a reunión, 2018, Informe VII (1), Derogación de seis convenios internacionales del trabajo y retiro de tres recomendaciones internacionales del trabajo.

LA FORMACIÓN DUAL EN EL SISTEMA EDUCATIVO: BALANCE Y PROPUESTAS DE MEJORA

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ

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

EXTRACTO

Palabras clave: Formación Profesional Dual, corresponsabilidad, participación, tutorías, relación laboral

El desconcertante modelo bifronte de formación dual Español, con un desarrollo escasamente cuidado en el marco del sistema educativo, con desdén absoluto por los aspectos laborales y un contrato, continuista respecto a la tradición y que flexibiliza la faceta formativa, exige un cambio de rumbo hacia un esquema único, imbricado en el sistema educativo y bajo el paraguas protector de una relación laboral. La evolución ha de descansar en un cuidado diseño del modelo, con implicación de los distintos actores desde la propia planificación de los programas formativos hasta su evaluación y control y en la búsqueda de soluciones adecuadas al espinoso tema de la financiación. Se trata de adaptar soluciones que en otros países marcan notorias diferencias en el empleo juvenil y la transición entre escuela y trabajo, a las especialidades sociales, culturales, educativas, productivas y empresariales propias de nuestro país.

ABSTRACT

Key words: Dual Vocational Training, co-responsibility, participation, tutorials, work relationship

The Spanish disconcerting two-faced model of dual training, with a careless development in the framework of the educational system, with absolute disdain for the aspects of employment and without a contract, which continue with the tradition and makes more flexible the educational facet, requires a change of direction towards a unique scheme, interwoven in the educational system and under the protective umbrella of a working relationship. The evolution demand a careful design of the model, with involvement of the different actors from the own planning of training programs to its evaluation and control and in the search for appropriate solutions to the thorny issue of financing. We should adapt solutions that in other countries mark notorious differences in the youth employment and the transition between school and work, to the social, cultural, educational, productive and business specialties of our country

ÍNDICE

1. DESEMPLEO JUVENIL Y FORMACIÓN: UN BINOMIO INSEPARABLE
2. PRINCIPALES "BONDADES" DE LOS MODELOS DE FORMACIÓN DUAL
 - 2.1. VENTAJAS PARA LOS ESTUDIANTES
 - 2.2. VENTAJAS PARA LAS EMPRESAS
3. LA FORMACIÓN DUAL EN EL SISTEMA EDUCATIVO: EL TÍTULO III DEL RD 1529/2012
 - 3.1. CONSIDERACIONES DE CORTE GENERAL
 - 3.2. DEFINICIÓN
 - 3.3. FINALIDAD
 - 3.4. TIPOLOGÍA
 - 3.4.1. SEGÚN EL GRADO DE PARTICIPACIÓN E IMPLICACIÓN DE LAS EMPRESAS EN LAS ACTIVIDADES FORMATIVAS
 - 3.4.2. EN FUNCIÓN DE LA FORMA DE SEGUIMIENTO O DE IMPARTICIÓN DE LA FORMACIÓN
4. ELEMENTOS CLAVE: LA INDEFINICIÓN LEGAL COMO PUNTO DE PARTIDA
 - 4.1. LA "IDONEIDAD" DE LOS CENTROS DOCENTES EDUCATIVOS
 - 4.2. EL CONVENIO DE COLABORACIÓN
 - 4.2.1. EL PROGRAMA FORMATIVO
 - 4.2.2. LA SELECCIÓN DE LOS ESTUDIANTES
 - 4.3. DERECHOS Y DEBERES DE LOS SUJETOS IMPLICADOS
5. TUTORÍAS Y MECANISMOS DE EVALUACIÓN Y CONTROL
 - 5.1. UN ELEMENTO CLAVE EN LA FORMACIÓN PROFESIONAL DUAL: LAS TUTORÍAS
 - 5.2. MECANISMOS DE EVALUACIÓN Y CONTROL
6. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y PRINCIPALES DIFICULTADES PARA IMPLANTAR EL MODELO DE FORMACIÓN DUAL
7. PROPUESTA DE UN NUEVO MODELO "ÚNICO" DE FORMACIÓN PROFESIONAL DUAL

1. DESEMPLEO JUVENIL Y FORMACIÓN: UN BINOMIO INSEPARABLE

A pesar de los últimos datos positivos en materia de empleo, el desempleo juvenil sigue constituyendo una lacra fundamental en la sociedad española¹. Aun tratándose de un problema multicausal, no debe negarse su estrecha relación con la formación², que ocupa un lugar central en el estudio de la empleabilidad³. En el plano legislativo no es infrecuente encontrar justificaciones de este tipo. A modo de ejemplo, el RDL 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la

¹ En esta misma línea, considerándolo el “problema de los problemas”, en un momento de cifras récord de desempleo juvenil, Mercader Uguina, J.R., “Razones, referentes y marco institucional de la formación dual en España”, *RDSyE* nº 1/2014, p. 71.

² Eckert, H., “Entre el fracaso escolar y las dificultades de inserción profesional: la vulnerabilidad de los jóvenes sin formación en el inicio de la sociedad del conocimiento”, *RdE* nº 341/2006, pp. 35 ss.

³ Sobre la diferencia entre empleabilidad, que no es un rasgo personal sino relacional -al puesto de trabajo y a otras personas que optan a ocuparlo- y la cualificación, vid. Chisvert, J.M. et altri, *La implantación de la Formación Profesional Dual en España: certezas e incertidumbres*, UVEG, Valencia, 16 de noviembre de 2015, p. 6.

promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo⁴, en su Exposición de Motivos señalaba que *“la mejora de las oportunidades de empleo está directamente relacionada con el nivel de cualificación de las personas”*.

Aun siendo certera la afirmación de que la tasa de empleo aumenta con el nivel educativo, de forma que los jóvenes con cualificación han soportado mejor el impacto de la crisis económica⁵, no basta cualquier tipo de formación. En España se destaca tanto la sobrecualificación⁶, en el sentido de que las empresas no tienen capacidad de ocupar en tareas de alta cualificación a todos los egresados universitarios, como el desajuste⁷ entre las competencias y habilidades adquiridas y las exigidas por las necesidades productivas esgrimidas por los empresarios. Aún a riesgo de generalizar en demasía, los estudios se caracterizan por su escasa profesionalización, con gran cantidad de contenidos teóricos y carentes de un adecuado aprendizaje sobre el terreno.

De las consideraciones anteriores podemos deducir que la Formación Profesional Dual (en adelante, FPD)⁸, con resultados muy positivos en otros países, sería una vía a explorar para la mejora de la empleabilidad de los jóvenes, pues la inserción laboral viene acompañada de adecuados niveles de cualificación, constituyendo una eficaz herramienta de lucha contra el desempleo juvenil y un paso adelante hacia el incremento de la tasa de trabajadores con una formación de nivel medio, invirtiendo la apuntada tendencia.

⁴ BOE de 30 de agosto.

⁵ Fernández Bernat, A., “La Formación Profesional Dual: algunas reflexiones sobre su regulación y puesta en práctica”, p. 261. en *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil. XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, Sevilla, 2014, p. 261. Aun partiendo de este binomio, una visión crítica, que plantea que la relación no es tan automática en Molina Navarrete, C., “A más formación, más empleo y de mayor calidad: ¿una ecuación correcta?”, *RTSS* n° 386/2015, pp. 5 ss.

⁶ Pueden verse los datos que avalan la tesis de que nuestro país sufre un problema tanto de infra como de sobrecualificación o de hipotrofia por el centro, es decir, en lo referente a la superación de la educación secundaria y post-obligatoria no universitaria en Pérez Del Prado, D., “La formación dual en España: primeros datos”, *IL* n° 6/2015, BIB 2015/2571, p. 1. Mercader Uguina, J.R., “Razones, referentes y marco...”, op. cit., p. 74. Sobre el empeoramiento de la posición de los trabajadores desempleados con un nivel de educación bajo, entre otros, Sierra Benítez, E.M., “Las fronteras del empleo juvenil: entre la contratación laboral y la iniciativa emprendedora”, *RDyE* n° 1/2014, p. 49.

⁷ Sobre el desajuste provocado por la poca simbiosis que se establece entre el ámbito docente y el profesional, así como el exceso de bagaje académico y la inexperiencia profesional, por todos, Sagardoy Bengoechea, J.A., “El reto del empleo joven”, *RDSyE* n° 1/2014, p. 13.

⁸ Por todos, Costa Reyes, A., “El modelo de Formación Profesional Dual”, *RDS* n° 68/ 2014, pp. 13 ss.

A fin de dar respuesta a esta problemática, se aprobó el RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la FPD⁹ que continúa la estela de las distintas recomendaciones y estrategias comunitarias sobre la necesidad de reforzar la formación basada en el empleo en el marco de la formación profesional¹⁰ y refrenda, teóricamente al menos, los perfiles y las líneas maestras del exitoso modelo alemán¹¹. Como primera señal de identidad, encontramos un modelo bifronte, con soluciones tomadas seguramente de forma apresurada, imprecisa y confusa. La norma se distingue por regular dos “modelos” o dos fórmulas “bien” diferenciadas de FPD. Por un lado, se da un nuevo marco regulador al contrato para la formación y el aprendizaje¹², de larga tradición

⁹BOE de 9 de noviembre.

¹⁰Puede verse el documento *Work-Based Learning in Europe. Practices and Policy Pointers*, European Commission, Education and Training, Bruselas, Junio 2013, basado en el mandato del Comunicado de Brujas sobre una cooperación europea reforzada en materia de educación y formación profesionales, Bélgica, 7 de diciembre de 2010; asimismo “VET for Better Skills, Growth and Jobs”, de 20 de noviembre de 2012, consultado en http://ec.europa.eu/education/news/rethinking_en.htm. Con anterioridad, vid. el. El impulso de este tipo de formación viene de la mano también de la creación en 2013 de la Alianza Europea para la Formación de Aprendices, vid. La Declaración del Consejo de 18 de octubre de 2013 sobre “European Alliance for Apprenticeships”.

¹¹Con más detalle, Lauterbach, U. y Lanzerdorf, U., “El sistema de formación profesional en Alemania: funcionamiento y situación actual”, *RIPF* 30/1997, pp. 51 ss; Euler, D., *El sistema dual en Alemania ¿Es posible transferir el modelo al extranjero?*, Fundación Bertelsmann, Gütersloh, 2013, www.bertelsmann-stiftung.de; Castro Conte, M. y Núñez-Cortés Contreras, P., “La formación dual en España inspirada en el modelo alemán: análisis del RD 1592/2012, de 8 de noviembre”, *AL* 2014-1, pp. 13 ss; Morales Ramírez, M.A., “Sistema de aprendizaje dual: ¿una respuesta a la empleabilidad de los jóvenes?”, *RLDS* n° 19/2014, pp. 90 ss; Nieto Rojas, P., “Las transiciones escuela-trabajo: mecanismos de inserción laboral para jóvenes con escasa cualificación”, *RTSS*, n° 391/2015, en especial un análisis comparado con Alemania, Suiza y Nueva Zelanda en pp. 27 ss; Todolí Signes, A., “La formación dual alemana y el contrato para la formación y el aprendizaje: ¿Diferente legislación o diferentes controles de calidad?”, *RICRLyDE*, Vol. 3, n° 4/2015, pp. 1 ss. Es interesante el análisis de Rego Agraso, L., Barreira Cerqueiras, E.M. y Rial Sánchez, A.F., “Formación Profesional Dual: comparativa entre el sistema alemán y el incipiente modelo español”, *REEC* n° 25/2015, pp. 149 ss. German Office for International Cooperation in Vocational Education and training. *Formación Profesional Dual* 2014, http://www.bibb.de/dokumente/pdf/govet_servi-ce_download_praesentation_duales_system_es.pdf.

¹²Sobre el contrato, entre otros, Apilluelo Martín, M., *El contrato para la formación y el aprendizaje: la cualificación profesional como clave*, Bomarzo, Albacete, 2014; Escudero Rodríguez, R., “Nuevos derechos de formación y contrato para la formación y el aprendizaje”, *RL* n° 23-24/2012, pp. 49 ss; Garate Castro, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato para la formación y el aprendizaje”, *AL* 2012-1, pp. 900 ss; Gómez-Millán Herencia, M.J., “Aspectos novedosos del contrato para la formación y el aprendizaje tras las últimas reformas”, *TL* n° 119/2013, pp. 119 ss; Gutiérrez Pérez, M., “El contrato para la formación y el aprendizaje tras las Reformas de 2011 y 2012”, *RArD* n° 4/2012, BIB 2012/1181, pp. 1 ss; Moreno Gené, J. *El contrato para la formación y el aprendizaje y otras figuras afines. El impulso de la cualificación profesional en régimen de alternancia*, Atelier, Barcelona, 2015; Sánchez Trigueros, C., “El contrato para la formación tras las reformas 2012 y 2013”, *RDArS* n° 11/2014, BIB 2014/121. Resulta también interesante el Informe

en nuestro país¹³ pero caracterizado por su escasa eficiencia, analizado atentamente por la doctrina¹⁴ y de cuyo régimen jurídico-laboral no hemos de ocuparnos. Las novedades introducidas en esta institución no conllevan la consecución de un verdadero e innovador modelo de formación dual; es notorio el adelgazamiento de las exigencias formativas que, junto a otras medidas flexibilizadoras, podrían estar en la base del incremento apreciado en la utilización de este tipo contractual¹⁵.

Por otro lado, se abre la puerta al ensayo de nuevos proyectos de FPD imbricados en el sistema educativo, que conllevarían la realización de períodos de formación práctica en las empresas, al margen de vínculo laboral alguno, con unos perfiles imprecisos¹⁶, que quedan a la posterior determinación por parte de los respectivos proyectos y convenios de colaboración y cuya implantación suscita algunas dudas. En este punto, cabe coincidir con la doctrina que señala que “el encaje de ambas instituciones en una misma disposición no es fácil,

de CCOO, *El fraude de los contratos para la formación y el aprendizaje*, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Secretaría de Formación para el Empleo y Formación Sindical, Madrid, 2015. vid. el análisis de Sempere Navarro, A.V., “Cuestiones prácticas del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la Formación Profesional Dual”, *RArD* nº 8/2012, BIB 2012/3413, pp. 1 ss.

¹³ La Ley de aprendizaje industrial de 17 de julio de 1911, lo definía (art. 1) como aquel contrato en el que el patrono se obliga a enseñar prácticamente, por sí o por otro, un oficio o industria, a la vez que utiliza el trabajo del aprendiz, mediando o no retribución, y por un tiempo determinado; vid. “Contrato de formación en la historia de España”, en <http://www.aenoadigital.com/index.php/secciones/f-deoferta/755-contrato-de-formacion-en-la-historia-de-espana>; Braña Bejarano, B. y Cases Díaz, J.A., *Visión Histórica-Legislativa de la figura del aprendiz*, Fundación Metal Asturias, 2006, pp. 84 ss. Por su parte, la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944, lo definía (art. 122) como “aquel en que el empresario o patrono se obliga a enseñar por sí o por otro un oficio o industria, a la vez que utiliza el trabajo del que aprende, por tiempo determinado, mediando o no retribución”. Esta posibilidad de trabajo no retribuido no desaparece hasta 1976, por lo que resulta enormemente llamativa la deslaboralización y la posible gratuidad prevista en la FPD en el sistema educativo, como veremos. La evolución posterior, que incluye la creación del contrato en prácticas, está plagada, como es sabido, de reformas y contrarreformas que han ido acentuando la precariedad de la relación, su carácter de medida de inserción y relajando y descuidando los aspectos formativos. Sobre el problema de la inserción laboral de los jóvenes, entre otros, Megino Fernández, D., “Jóvenes y mercado de trabajo: precariedad a cambio de inserción laboral”, *RTSS* nº 383/2015, pp. 93 ss.

¹⁴ Más específicamente, sobre los aspectos formativos Romero Burillo, A., «La actividad formativa en el contrato para la formación y el aprendizaje: nuevas cuestiones», *RDArS* nº 9/2014, BIB 2014/68, pp. 1 ss. Gutiérrez Colominas, D., “El tratamiento de la actividad formativa en el contrato para la formación y el aprendizaje, el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa y el contrato de primer empleo joven ¿nuevas alternativas para la formación y el empleo?, *DL* nº 105/2015, quien considera (p. 56) que no ha apostado el nuevo régimen jurídico flexibilizado por generar sinergias que contribuyan a la calidad del empleo y la formación.

¹⁵ Pérez del Prado, D., «La formación dual...», op. cit., p. 6

¹⁶ La crítica a la vaguedad e indeterminación del régimen jurídico establecido para la Formación Profesional Dual en el sistema educativo resulta unánime, por todos, Fernández Bernat, A., “La Formación Profesional Dual...”, op. cit., p. 267.

puesto que ambas parten de dos lógicas distintas, la laboral y la educativa, la del trabajador/aprendiz y la del estudiante”, aun cuando pueda destacarse que “su contemplación unitaria tiene la ventaja de destacar el papel formativo de alternancia...”¹⁷. En definitiva, ésta última es el único elemento común que las une.

El objetivo del trabajo pasa por el estudio en profundidad de las posibilidades abiertas a esta segunda “vía”, que debiera ser la imperante, con los pertinentes cambios legales. La quiebra principal de esta opción es la posibilidad de prescindir de un contrato de trabajo, que permita el necesario equilibrio entre una formación de calidad y no desvirtuada y unas condiciones dignas de trabajo en la empresa para el joven. Se trataría de avanzar decididamente hacia una FPD basada en una mayor colaboración y participación de las empresas en los procesos formativos incardinada en el propio sistema de formación profesional. Ello les va a permitir conocer de manera más cercana la formación que reciben los jóvenes, que debiera ir adaptándose a las demandas de los sectores productivos y a las propias necesidades específicas de aquéllas. La meta última podría ser que la empresa y el centro de formación profesional estrechen sus vínculos, aúnen esfuerzos y favorezcan una mayor inserción del alumnado en el mundo laboral mientras desarrollan un periplo formativo con las suficientes garantías de suficiencia y calidad.

2. PRINCIPALES “BONDADES” DE LOS MODELOS DE FORMACIÓN DUAL

Reina un alto grado de unanimidad¹⁸ a la hora de resaltar las ventajas más o menos evidentes que la FPD puede aportar en la trayectoria vital y profesional de los jóvenes que no son los únicos beneficiados, en la medida en que pueden también extraerse notables intereses para las empresas, poco o nada visibles aún en nuestro país. De una forma bastante general, sin entrar en especificidades ni en particularidades concretas de países o sistemas determinados, podríamos clasificarlas del siguiente modo, resaltando su incidencia en el caso español.

¹⁷ En palabras de Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Contrato de aprendizaje y formación dual. El Real Decreto 1529/2012”, *RL* nº 1/2013, p. 1. vid también Esteban Legarreta, R. y Gutiérrez Colominas, D., “Los contratos formativos en perspectiva de Reforma Laboral”, en Pérez Amorós, F. y Rojo Torrecilla, E. (Dir.), *Balance de la Reforma Laboral de 2012*, Bomarzo, Albacete, 2016, pp. 235 ss, que ponen de manifiesto, aparte de cierto refuerzo del deber formativo del contrato, una mayor precarización y su clara inclinación hacia la finalidad de inserción.

¹⁸ vid. Fernández Bernat, A., “La Formación Profesional Dual...”, op. cit., pp. 260 ss; Mercader Uguina, J.R., “Razones, referentes y marco...”, op. cit., pp. 100 ss; Moreno Gené, J., *El contrato para la formación...*, op. cit., p. 166. Morales Ramírez, M.A., “Sistema de aprendizaje dual...”, op. cit., pp. 96 ss.

2.1. Ventajas para los estudiantes

A buen seguro cabe residenciar la ventaja esencial en una transición paulatina al mercado de trabajo, que no queda post-puesta al momento de finalización de los estudios. Ello iría acompañado del correspondiente percibo de una remuneración durante el proceso (al menos en la mayoría de los modelos). Especialmente importante en caso de estudiantes que proceden de familias con escasos recursos y/o que ya llevan a sus espaldas fracasos educativos anteriores. En el caso español, seguramente podría actuar como acicate para “repescar” a estudiantes que abandonaron de forma temprana el mercado de trabajo, obteniendo una cualificación profesional o, incluso, en otros casos, posibilita recualificarse para nuevos sectores con mejores perspectivas de empleo¹⁹. Ayudaría a mejorar las posibilidades de encontrar un empleo y a solventar los problemas de cualificación ya apuntados. Estudios de formación profesional con programas duales bien diseñados podrían lograr orientar a un número mayor de estudiantes hacia los estudios profesionales, frente a los universitarios. El propio preámbulo de la LO 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa²⁰ (en adelante, LOMCE) pone de manifiesto cómo *“la principal diferencia del sistema educativo español con los de nuestro entorno radica en el número especialmente bajo de alumnos y alumnas que transitan por nuestra Formación Profesional. Esta situación incide inevitablemente en la empleabilidad y en la competitividad de nuestra economía, limitando opciones vitales de muchos jóvenes”*. Al hilo de esta reflexión, se resalta, asimismo, la necesidad de implicación de las empresas en el proceso formativo, con la importante novedad de la FPD y la búsqueda de acercamiento a otros modelos cercanos.

2.2. Ventajas para las empresas

La principal, sin lugar a dudas, que beneficiaría también al propio sistema educativo, radicaría en la participación de las empresas en los sistemas de formación profesional, con el presumible acercamiento entre la formación recibida por los jóvenes y las necesidades de las empresas y las demandas y cambios de exigencias en los sectores productivos. De esta forma, podría contribuir a paliar el desajuste o la brecha existente entre las competencias y habilidades adquiridas por los estudiantes y las exigencias de las empresas (*skills mismatch*).

Se considera, asimismo, que los modelos de formación dual conllevan un notable ahorro en costes de selección, reclutamiento y formación²¹ por parte de

¹⁹No obstante, también se pone de manifiesto que los estudiantes de más edad busca la dual como medio de inserción profesional, para acelerar la incorporación al trabajo, en un uso espurio de la misma, Chisvert, J.M. et alrri, *La implantación de la Formación Profesional...*, op. cit., p. 38.

²⁰BOE de 10 de diciembre.

²¹En opinión mayoritaria (87.76%) de la las 270 empresas que integran la Alianza para la

las empresas que pueden optar a insertar al estudiante en su plantilla, una vez concluido el proyecto formativo. Asimismo, suele ponerse de manifiesto que este periplo suele contribuir también a una mayor fidelización con la empresa, adecuando la cualificación e incrementando la productividad. Se planifican mejor los recursos humanos a medio y largo plazo, partiendo del conocimiento de las personas y de la formación recibida, sus competencias y habilidades. A título meramente ejemplificativo, los datos en Alemania son impresionantes, en tanto se estima que el 80% permanecen en la empresa con un contrato de trabajo ordinario tras el proceso formativo²².

Con carácter mucho más genérico, se puede considerar que este tipo de formación refuerza el compromiso con el entorno, mejorando la imagen de la empresa ante la sociedad y haciéndola participe de su política de Responsabilidad Social Corporativa²³.

3. LA FORMACIÓN DUAL EN EL SISTEMA EDUCATIVO: EL TÍTULO III DEL RD 1529/2012

3.1. Consideraciones de corte general

El modelo previsto por el RD 1529/2012 pivota, como hemos indicado, sobre dos tipos de formación dual: la arbitrada a través del contrato y la imbricada en el sistema educativo. Esta dualidad arroja la imagen de un legislador dubitativo que no apuesta por un sistema de formación dual claro²⁴. Esta indecisión provoca determinadas carencias y problemas de definición que le llevan a un modelo claramente escorado hacia la regulación del contrato laboral. Qué duda cabe que el sistema ideal a implantar debe estar bajo el paraguas de la norma laboral, pero no cabe ignorar que el diseño legal favorece el contrato para la formación y el aprendizaje como medida de inserción laboral descuidando de forma flagrante los aspectos formativos²⁵. A nuestro juicio, el mayor peso de la formación y la

FPD se busca sobre todo formar trabajadores potenciales y crear una “cantera de personal”. Otros objetivos menores son apoyar la inserción laboral juvenil, optimizar los costes de la inserción, promover la FPD y mejorar la reputación de la empresa, vid. “Las empresas que impulsan la FP Dual buscan crear una “cantera de personal””, www.educaweb.com/noticia/2016/10/24/informe-fp-dual-empresas-formacion-espana-crear-10596/.

²² Rego Agraso, L. et alri, “Formación Profesional Dual...”, op. cit., p. 160.

²³ Portal Formación Profesional Andaluza, Consejería de educación de la Junta de Andalucía, <http://www.juntadeandalucia.es/educacion/portals/web/formacion-profesional-andaluza>.

²⁴ Todolí Signes, A., “La formación dual alemana...”, op. cit., p. 32. Sobre la falta de claridad del modelo también Costa Reyes, A., “El modelo de formación...”, op. cit., p. 16. Ya con anterioridad se han puesto de manifiesto los problemas de identidad y funcionalidad del contrato para la formación y el aprendizaje, vid. Escudero Rodríguez, R., “Nuevos derechos de formación...”, op. cit., p. 70.

²⁵ También la doctrina considera que con las bonificaciones empresariales a las cuotas de la

garantía de su calidad y suficiencia sólo va a ser posible si ligado a programas formativos oficiales de formación profesional, dentro del sistema educativo, con importantes mecanismos de evaluación y control por parte de las administraciones públicas y otras entidades especializadas. Es prácticamente unánime la opinión doctrinal al señalar que la parte formativa del contrato, bastante menguada en la actualidad, parece tener un objetivo más centrado en justificar la reducción salarial y la temporalidad del contrato que de formar al trabajador²⁶. Como se ha sostenido con acierto, ha primado el empleo frente a una formación efectiva y de calidad que pudiera favorecer la empleabilidad del trabajador²⁷.

El estudio en profundidad del sistema diseñado vagamente en la legislación vigente, donde destacan algunas deficiencias, permite apreciar la necesidad de rediseñar el sistema de formación dual desde el propio sistema educativo, al amparo de un contrato de trabajo, equilibrado y caracterizado por la corresponsabilidad de la empresa. Sería precisa la desaparición del trabajo del estudiante -con beca o de forma gratuita-, con un claro replanteamiento de los agentes que deben intervenir en el modelo, y los instrumentos a emplear. El modelo debe ser único, no bifronte, con un perfecto equilibrio entre prestación laboral y formación en el centro educativo -que debiera concurrir en todo caso-. Hace falta un proceso de concienciación empresarial sobre la relevancia de la formación del joven y la adquisición de un bagaje que incremente su valor en el mercado, desterrando sus propios intereses individuales. Esta propuesta quizás conllevaría, de modo más ambicioso, el propio replanteamiento de algunas de las dificultades de nuestro sistema educativo y, en concreto, del sistema de formación profesional. El modelo legal adolece de un forzado encaje en un sistema formativo que, aunque reformado en tiempos recientes, presenta numerosas carencias.

En la actualidad, esta trayectoria formativa arroja una relación personal entre estudiante y empresario que queda al margen de la relación laboral, por

Seguridad Social de este tipo de contrato se priman los intereses empresariales frente al valor de la formación, Aguilar González, C., “El sistema “alternativo” de Formación Profesional Dual para el Empleo en España: perspectivas de evolución”, *RICRLyDE*, Vol. 3, nº 4/2015, p. 21. Es patente el deterioro de las condiciones de formación que lleva asociada la nueva regulación del contrato, Informe de CCOO, *El fraude de los contratos...*, pp. 2 ss; Escudero Rodríguez, R., “Nuevos derechos de formación...”, op. cit., en especial pp. 50 y 76 ss; Chisvert, M.J. y Marhuenda, F., “Transiciones tempranas al mercado laboral. Los contratos de formación y aprendizaje, ¿oportunidad o trampa para los jóvenes?”, *RASE* vol. 5, nº 2/2012, pp. 163. *In extenso*, vid. Poquet Catalá, R., “La actividad formativa en el contrato para la formación y el aprendizaje tras las últimas reformas”, *RL* nº 6/2013, pp. 71 ss. Muy crítico con la importancia real que el legislador concede a la formación en las distintas modalidades contractuales formativas y otras fórmulas, más o menos informales, de prácticas, Costa Reyes, A., «El modelo de formación...», en especial p. 15.

²⁶ Todolí Signes, A., “La formación dual alemana...”, op. cit., p. 35.

²⁷ Escudero Rodríguez, R., “Nuevos derechos de formación...”, op. cit., p. 68.

decisión del legislador y que, sin embargo, debiera ser objeto también de una detenida atención. Ahora bien, aunque la distinción parece nítida no lo es tanto en la regulación legal, como señalara en su momento el Consejo de Estado y se ha encargado de poner de manifiesto autorizada doctrina²⁸ que, sin embargo, también ve ventajas en una regulación legal unificada, pese a la existencia de un punto de partida bien diferenciado y dos lógicas bien distintas. El sistema ha recibido aceradas críticas tanto por parte de organizaciones sindicales como de asociaciones estudiantiles, no en vano, plantea razonables dudas una prestación de este tipo y una vinculación con la empresa que prescindiera de un contrato de trabajo o de unas mínimas garantías para quien la desempeña, con el evidente riesgo de precarización de las condiciones de trabajo que acarrea.

Entrando en el contenido del Título III, la regulación legal se caracteriza por su indefinición y su parquedad y por omitir casi más de lo que regula, pero abre la puerta a explorar el mundo de la formación dual desde un prisma marcadamente educativo, no desde la inserción laboral exclusivamente. Ahora bien, el carácter bifronte de la regulación suscita importantes problemas, pues siendo las dos caras de una misma moneda, entre otras, se plantean dificultades de compatibilidad, interrelación y efectos entre una y otra forma de formación dual. De ahí la propuesta de un modelo único.

Del art. 28 RD 1529/2012 cabe extraer las claves de la FPD en el sistema educativo. En primer lugar, cabe destacar que el establecimiento de un marco y no de un régimen jurídico completo permite una mayor flexibilidad y un mayor margen regulador para los actores del sistema: CCAA²⁹, agentes sociales, empresas y centros educativos. Huye la norma de opciones cerradas, algo que puede ser valorado positivamente pero quizás obste la implementación real de los programas.

En segundo lugar, pone en el centro del marco a desarrollar la participación de los centros educativos y las empresas, por tanto, son éstos los protagonistas del diseño y puesta en práctica de los modelos concretos, con ajuste a unos mínimos legales. La opción del legislador, aun cuando criticable, es clara: sitúa este tipo de formación dual extramuros del ámbito jurídico laboral. El estudiante es primordialmente esto y el empresario actúa como un engranaje indispensable del proceso de formación-aprendizaje, dentro del sistema educativo (formación profesional reglada). En este punto, con los cambios pertinentes, no es

²⁸ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Contrato de aprendizaje...”, op. cit., p. 1. Moreno Gené, J., *El contrato para la formación...*, op. cit., p. 149.

²⁹ A pesar de la relevancia del ámbito local en esta materia, este aspecto es ignorado por el RD 1529/2012, aunque susceptible, lógicamente, de encaje en el desarrollo posterior y en la ejecución de los proyectos; por todos, vid. Costa Reyes, A., “El modelo de formación...”, op. cit., p. 20.

descabellado plantearse la posibilidad de trasladar este esquema a la formación universitaria³⁰, ámbito donde, sin lugar a dudas, las resistencias y las dificultades pueden ser aún mayores.

Para concluir, no supone la imposición de cambios en el modelo de FP existente que, como es bien sabido, incluye módulos prácticos, sino una posibilidad de desarrollo de programas de formación dual que se inserten en el sistema existente.

3.2. Definición

A nivel europeo se incide en que los sistemas de formación dual vienen caracterizados por la alternancia entre formación y empleo, que sería la característica definitoria del modelo. Sin su existencia, no cabe hablar de formación dual. Ahora bien, no existe una definición clara acerca de los elementos concretos ni un reparto estricto entre uno y otro tipo de formación, por lo que podría entenderse que es suficiente cualquier mínimo de aprendizaje en el centro de trabajo para estar ante formación dual.

La Ley de formación profesional alemana (*Berufsbildungsgesetz*) de 1969 viene a definirla en su art. 1 como aquella “*que debe proporcionar a través de estudios ordenados, una preparación de ancha base, así como las habilidades y conocimientos necesarios para el ejercicio de una actividad profesional calificada*”. En dicho país, el reparto viene a ser de 1/3 en el centro educativo y 2/3 en la empresa.

Con carácter general, englobando por tanto ambas vías o trayectorias, en España la formación dual viene definida como “*el conjunto de las acciones e iniciativas formativas, mixtas de empleo y formación, que tienen por objeto la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral en una empresa con la actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo (art. 2.1)*”. Precepto que conecta con las previsiones contenidas en el art. 31.1 RD 1147/2011, de 29 de julio, que establece la Ordenación General de la Formación Profesional del Sistema Educativo, que señala que “*podrán desarrollarse programas formativos en alternancia en colaboración con empresas para aquellas*

³⁰ Ámbito en el que empiezan a darse algunas experiencias pilotos, a título meramente ejemplificativo, vid. Lázaro Cantabran, J.L. y Gisbert Cervera, M., “El desarrollo de la competencia digital docente a partir de una experiencia piloto de formación en alternancia en el Grado de Educación”, *Educar* 2015, vol. 51&2, pp. 321 ss. Un estudio aplicado desde una perspectiva esencialmente académica, donde se comprueba que la experiencia universitaria va creciendo paulatinamente, extendiéndose también a ámbitos como el trabajo social y la sanidad, en Lentzen, S., “Los modelos de formación dual como integración de lo académico y lo laboral”, *RPr*, Vol 1 (1), 2016, pp. 1 ss del ejemplar consultado en <http://resvistapracticum.com>.

personas que dispongan de un contrato para la formación, una beca de formación en empresas o entidades pública o condición de voluntario”.

En esta línea, el art. 42 bis de la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (introducido por la LOMCE) define la Formación Profesional del Sistema Educativo español, como “*conjunto de acciones e iniciativas formativas que, en corresponsabilidad con las empresas, tienen por objeto la cualificación profesional de las personas, armonizando los procesos de enseñanza y aprendizaje entre los centros educativos y los centros de trabajo*”. Ahora bien, ahí queda la regulación legal, que se limita a encomendar al Gobierno la regulación de las condiciones y requisitos básicos que permitan su desarrollo por las administraciones educativas.

Podríamos reconducir a dos los elementos cruciales de la definición. Por un lado, su entendimiento en términos de conjunto de acciones e iniciativas formativas y por otro, su carácter mixto (empleo y formación). En una valoración de conjunto es lógico deducir que, al menos en teoría, debería desplegar una mayor relevancia el componente formativo que el de empleo.

Se considera³¹, según la definición más extendida, como aquella en que los aprendices, jóvenes de hasta 19 años aproximadamente, realizan una formación estructurada y a largo plazo que combina períodos en el aula y períodos en la empresa y conduce a la obtención de una acreditación (título o certificado). El proceso se articula mediante un contrato laboral-formativo específico y, a menudo, está monitorizado por los sindicatos y los empresarios, que intervienen en la definición de los programas didácticos y en la evaluación de las habilidades adquiridas.

Éstos son, por tanto, como iremos desentrañando a lo largo del trabajo los ejes del modelo: la alternancia, la existencia de un contrato, la obtención de un título o certificado y la participación de los agentes sociales y empresarios. En la definición aportada por la LOMCE hay un salto cualitativo de importancia, en tanto que no sólo pide la participación de la empresa sino su corresponsabilidad.

El contrato que une al estudiante con la empresa será específico en tanto debe ser temporal y puede tener especialidades tanto salariales como de distribución del tiempo de trabajo o de otro tipo, pero no debe configurarse como una modalidad más centrada en la inserción que en la adquisición de las competencias y habilidades necesarias para completar el correspondiente itinerario formativo.

Sin lugar a dudas, el término alternancia presupone tanto la existencia de ambos tipos formativos como la necesaria relación entre ellos, pero permite una flexibilidad suficiente para que pueda articularse de diferentes formas y

³¹ CC.OO., *El fraude de los contratos para la formación y el aprendizaje...*, op. cit., p. 2.

con diferentes módulos temporales (diarios, semanales, incluso mensuales o trimestrales). En este sentido, el art. 17 RD 1529/2012, en relación con el contrato para la formación y el aprendizaje, permite la concentración de la formación en determinados períodos de tiempo respecto a la actividad laboral durante la vigencia formativa, así como (art. 17.2) la posibilidad de que las actividades formativas se organicen con una distribución temporal flexible que en todo caso deberá garantizar que el trabajador pueda cursar los módulos profesionales del ciclo formativo o los módulos formativos del certificado de profesionalidad. Por tanto, aunque no se exige en modo alguno un desarrollo simultáneo, deberían evitarse fórmulas que incluyan una patente desconexión temporal entre ambos tipos de formación, que pueden imposibilitar el cumplimiento de su finalidad última. Posibilidad que, al menos para el contrato formativo, parece vetar el art. 19.2 RD 1529/2012. Por su parte, el art. 3 Orden ESS/2518/2013, de 26 de diciembre, por la que se regulan los aspectos formativos del contrato establece expresamente que “cuando las partes acuerden concentrar las actividades formativas en determinados períodos de tiempo durante la vigencia del contrato, deberán hacerlo constar expresamente en el acuerdo para la actividad formativa”. De esta forma, parece que lo más adecuado sería la simultaneidad de ambos tipos de formación, si bien con un reparto totalmente flexible y la posibilidad de concentración en el tiempo, siempre que quede constancia a efectos de posible control. De nuevo aquí cabe apreciar cierta desconfianza sobre el adecuado cumplimiento de los tiempos dedicados a la formación “teórica”.

Quizás es este el lugar oportuno para poner de manifiesto cómo el legislador muestra a las claras su confusión o su falta de orientación en la configuración del modelo, en tanto el RD 1529/2012 dice desarrollar preceptos como el art. 6 y el 11.3 LO 5/2002 o el 42.2 LOE 2/2006 que hacen referencia a las prácticas o a la fase práctica de la formación profesional, sin marcar distancias con lo existente³². Por tanto, para el legislador parece que no hay una línea de frontera entre las prácticas ya existentes y el plus que debería aportar la alternancia y la imbricación entre empresa y centro formativo en el modelo dual, en especial en la fase de diseño de los programas y de evaluación y control de la formación adquirida -en ambas facetas-.

3.3. Finalidad

La finalidad de los proyectos, escasamente oculta, descansa, junto al incremento del número de estudiantes, en la inserción laboral. Se echa en falta un objetivo claro, aunque cabe extraerse de algunas referencias normativas, de mejora de la calidad de la formación profesional. Para lograrlo debieran darse las

³² Una acertada crítica a esta situación en Costa Reyes, A., “El modelo de formación...”, op. cit., p. 21.

garantías suficientes para que la inserción no prime de modo absoluto a costa de la precarización de la prestación de trabajo y del debilitamiento de la formación del estudiante. La Exposición de Motivos del RD 1529/2012, considera como objetivo primordial la consecución de un mayor grado de colaboración y una participación más activa de la empresa en el proceso formativo. No obstante, resulta patente que con anterioridad estas posibilidades de colaboración podían extraerse de diversas disposiciones en el campo de la Educación³³. Por tanto, la diferenciación habríamos de residenciarla en el cambio de enfoque que supone situar a la empresa en el centro del modelo, de forma que sin su participación, implicación y corresponsabilidad, resulta imposible transitar con éxito hacia auténticos sistemas de formación dual.

De forma más concreta, el art. 28 RD 1529/2012 las enumera del siguiente modo: incremento del número de estudiantes; inserción laboral; mayor contacto entre la empresa y el mundo educativo; incremento del ajuste entre la oferta educativa y la demanda laboral; la mayor empleabilidad del estudiante; conseguir una mayor motivación del alumnado, disminuyendo el abandono escolar temprano; incrementar la vinculación y corresponsabilidad del tejido empresarial con la formación profesional; potenciación de la relación del profesorado de formación profesional con las empresas del sector, así como obtener datos cualitativos y cuantitativos que permitan la toma de decisiones en relación con la mejora de la calidad de la formación profesional.

Cada una de estas finalidades, miradas de forma individual, no presentan dificultad, quizás alguna carencia, y enlazan bien con las ventajas ya vistas de los sistemas de formación dual. No obstante, se pueden presentar algunas paradojas si las analizamos desde un prisma conjunto y en conexión con el contrato para la formación y el aprendizaje. Se ha considerado que esta regulación de una formación dual, ajena a la relación laboral, junto al contrato formativo, podría dar lugar a un efecto contrario al deseado, esto es, a una reducción del número de estudiantes o a un abandono temprano del sistema educativo³⁴, atendidas las ventajas de un acceso con mayores garantías al mundo laboral, aun a pesar de descuidar los aspectos relativos a la formación de tipo académico.

En el caso alemán a las necesidades de la empresa y la inserción laboral se unen objetivos de corte más general, centrados en el aumento de la productividad y la capacidad productiva de los trabajadores³⁵, dado que a la postre la participación en programas de formación dual les asegura mejores ocupaciones y salarios más elevados.

³³ También Fernández Bernat, A., “La Formación Profesional Dual...”, op. cit., p. 266.

³⁴ Fernández Bernat, A., “La Formación Profesional Dual...”, op. cit., p. 271.

³⁵ Todolí Signes, A., “La formación dual alemana...”, op. cit., p. 11.

3.4. Tipología

3.4.1. Según el grado de participación e implicación de las empresas en las actividades formativas

A pesar de que la mayoría de las materias se han regulado de forma independiente para el contrato formativo y los proyectos educativos de formación dual, existe una clara convergencia en lo relativo a las modalidades de desarrollo de la formación dual reguladas en el art. 3, que resulta de común aplicación para ambos sistemas.

El art. 3 RD, atendiendo al grado de participación e implicación de las empresas, distingue hasta cinco tipos de desarrollo de las actividades formativas: 1) Formación exclusiva en centro formativo, que consiste en compatibilizar y alternar la formación que se adquiere en el centro de formación con la actividad laboral desarrollada en la empresa; 2) Formación con participación de la empresa, consistente en que las empresas faciliten a los centros de formación los espacios, las instalaciones o los expertos para impartir total o parcialmente determinados módulos profesionales o formativos; 3) Formación en empresa autorizada o acreditada y en centro de formación, que consiste en la impartición de determinados módulos profesionales o formativos en la empresa, complementariamente a los impartidos en el centro de formación; 4) Formación compartida entre el centro de formación y la empresa, que consiste en coparticipar en distinta proporción en los procesos de enseñanza y aprendizaje en la empresa y en el centro de formación; 5) Formación exclusiva en la empresa, caracterizada porque la formación en su totalidad es impartida en la empresa.

Hemos de tener presente que todas estas modalidades, aunque teóricamente posibles por igual, presentan un diferente grado de implantación, determinado en buena medida por la capacidad o idoneidad de las empresas para impartir actividades formativas, que viene en gran parte condicionada por sus dimensiones, notablemente pequeñas en nuestro país. No obstante, frente a una extendida creencia, en Alemania el peso de la participación de las pequeñas empresas ha dejado de ser meramente testimonial³⁶.

El precepto legal, en relación a la actividad formativa inherente al contrato para la formación y el aprendizaje, prevé una serie de controles o cautelas, en los que rezuma con claridad cierta desconfianza del legislador hacia la labor que las empresas puedan desarrollar en este ámbito.

Ahora bien, el éxito del modelo no va a depender exclusivamente de la presencia de dos espacios distintos de formación ni de una subdivisión entre

³⁶ Los datos de participación en Nieto Rojas, P., “Las transiciones escuela-trabajo...”, op. cit., p. 41.

formación teórica y práctica, sino de la verdadera implicación de ambas instituciones y de la labor compartida, que ha de iniciarse desde el propio diseño del currículo formativo, de la planificación del tipo de formación más adecuada y su temporización para la sincronización del desarrollo de ambos aspectos de forma simultánea o lo más paralela posible. Por ello plantea bastantes dudas la formación exclusiva en la empresa, cuyo esquema difícilmente responde a la pretendida finalidad de un modelo dual. La presencia del centro formativo, de sus profesores, tutores y de los sistemas de evaluación propios del sistema educativo resultan indispensables para el éxito de la formación dual, que debe completarse con una actividad laboral, plenamente coherente con el itinerario formativo, en el seno de la empresa.

3.4.2. En función de la forma de seguimiento o de impartición de la formación

En este caso, volvemos a un régimen separado para ambos tipos de formación dual, pues mientras que en la formación en el contrato se admiten las modalidades presencial, tele-formación o mixta, en el segundo se incluyen solo la presencial o a distancia, de conformidad con lo previsto en las normas sobre el sistema educativo (art. 17 RD 1529/2012). Aunque nada obsta que se pueda avanzar hacia modalidades de tele-formación, dadas las innovaciones en el campo de las nuevas tecnologías y, en concreto, de las plataformas de enseñanza. La única cautela que se deriva del precepto legal es la relativa a su compatibilidad con la realización de la prestación laboral. En el caso concreto que nos ocupa, cobra una importancia primordial la garantía de que la realización de la experiencia laboral en la empresa no entorpezca el seguimiento de la formación teórica marcada por el ciclo educativo correspondiente.

No debe perderse de vista que el principal problema que plantea la formación a distancia es el de su control y su efectividad. Resulta evidente que en este tipo de formación la comprobación del cumplimiento de las obligaciones formativas se plantea no exenta de dificultades, más aún que en aquellos tipos de tele-formación y, por ello, son más que posibles los fraudes en el cumplimiento. Pese a la ausencia de previsiones legales específicas, debiera garantizarse la seriedad y la efectividad de las pruebas de evaluación realizadas al aprendiz. En este sentido, la Orden ESS/41/2015, de 12 de enero, por la que se modifica la Orden ESS/2518/2013, de 26 de diciembre, por la que se regulan los aspectos formativos del contrato de aprendizaje, expresamente señala que la prueba de evaluación final de carácter presencial que corresponde en la modalidad de tele-formación habrá de ser realizada en el centro educativo. Exigencias que debían resultar extensibles a la formación no presencial, pese al mutismo legal.

4. ELEMENTOS CLAVE: LA INDEFINICIÓN LEGAL COMO PUNTO DE PARTIDA

4.1. La “idoneidad” de los centros docentes educativos

Resulta bastante lacónica la regulación legal en este punto; si nos atenemos a lo dispuesto en el art. 29 RD 1529/2012 “podrán participar en estos proyectos los centros docentes autorizados para impartir ciclos formativos de formación profesional y que establezcan convenios de colaboración con empresas del sector correspondiente de acuerdo con lo que determine la normativa autonómica”. Resulta llamativa la ausencia de una regulación que incluya exigencias específicas y concretas a los centros educativos, a quienes se les exige exclusivamente un requisito de “idoneidad”, al señalar que “los centros educativos deben disponer de entornos productivos que reúnan requisitos idóneos para su aplicación, de conformidad con las características de la actividad profesional a la que responde el ciclo formativo, las características de las empresas del entorno del centro educativo y las características de la formación implicada en cada ciclo formativo”.

La “idoneidad” exigida suponemos viene referida tanto a las titulaciones y tipos de estudios impartidos, como a las instalaciones y medios materiales, capaces de acoger experiencias de este tipo, así como a los sujetos, principalmente personal docente y tutores. Sin duda, la valoración de la adecuación del centro al proyecto planteado quedará en manos de la Administración a quien se atribuye la competencia de autorizar a los centros participantes, sin que en principio se excluya a ningún centro, con independencia de su carácter público, privado o concertado. Ahora bien, quizás la norma podría haber avanzado por el terreno de determinar algunas de las características o requisitos mínimos o indispensables de la idoneidad, aspecto del que podrían también ocuparse los respectivos Decretos de las CCAA.

Hemos de tener en cuenta que, quizás, estamos repitiendo modelos ya bien conocidos en otros niveles de formación, donde las posibles experiencias, proyectos piloto y los avances se confían a la buena voluntad de los profesionales de los centros sin la suficiente implicación administrativa y sobre todo económica de la Administración correspondiente. La preparación de los centros para acoger programas de formación dual debe ponerse en el centro de mira, quizás junto a una reformulación de algunos de los paradigmas de la formación profesional.

4.2. El convenio de colaboración

No cabe duda de que el elemento primordial para el diseño e implantación de los proyectos de formación es el preceptivo convenio de colaboración entre la empresa y el centro educativo. Estamos ante el instrumento a través del cual se va a proyectar un engranaje, que debería destacar por la perfecta coordinación y

sincronización, entre la empresa y el centro formativo. Convenio que ha de ser autorizado por la autoridad educativa competente (Ministerio de Educación o Consejería o equivalente de la CCAA)³⁷.

El contenido del convenio de colaboración viene establecido reglamentariamente y pasaría por lo siguiente: programa de formación, número de alumnos participantes, régimen de becas, jornada y horario en el centro y en la empresa; condiciones a cumplir por las empresas, los alumnos y tutores; los seguros necesarios para el alumnado y el profesorado para la cobertura de la formación.

El art. 30.1 RD 1529/2012 señala que el convenio suscrito especificará la programación para cada uno de los módulos profesionales.

El precepto legal es bastante abierto, si lo comparamos con proyectos anteriores de la norma donde se incluían mayores limitaciones³⁸. Resulta especialmente llamativa la falta de requisitos concretos para las empresas que deseen participar en los proyectos, a quienes, como mínimo, se les deberían imponer algunas exigencias en orden también a su idoneidad para garantizar el éxito de los proyectos. Con ello no se pretende excluir la participación de empresas de muy reducido tamaño pero sí impedir que el proceso formativo quede neutralizado por la falta de capacidad de la empresa en orden a la formación del estudiante, la obsolescencia de los equipos o los procesos productivos o la propia precariedad organizativa y de las instalaciones. La empresa debería disponer de una estructura formativa aunque sea mínima, con medios materiales y humanos, así como la capacidad de acreditar la cualificación profesional de las personas que hayan de actuar como tutores, aspecto que, por su trascendencia ocupará nuestra atención *infra*. En este sentido, no faltan propuestas interesantes, así, por ejemplo, quienes apuntan a la conveniencia de fijar un número máximo de participantes en un proyecto en relación al tamaño de la plantilla y a las posibilidades reales de formación en la empresa³⁹. El aval a mostrar sería su capacidad real para garantizar la calidad y la solvencia de la formación impartida, y su plena imbricación con

³⁷ La atribución en determinados supuestos de la decisión al Estado ha sido avalada, como es sabido, por la STC 27/2014, utilizando como criterio el de la extraterritorialidad, esto es, atendiendo a que la autorización recae sobre situaciones que implican elementos ubicados en más de una CCAA, acompañada de la preceptiva excepcionalidad del supuesto; sobre estas y otras cuestiones que suscita el citado pronunciamiento, acompañado de un interesante voto particular, con mayor detalle Costa Reyes, A., “El modelo de formación...”, op. cit., pp. 24 ss, quien, entre otros aspectos, critica que el Estado se irrogue una competencia ejecutiva cuando podría haber desarrollado de forma más exhaustiva su competencia normativa, desarrollando los requisitos y exigencias de los correspondientes centros formativos.

³⁸ Vid. las consideraciones de Moreno Gené, J., *El contrato para la formación...*, op. cit., p. 156.

³⁹ Moreno Gené, J., *El contrato para la formación...*, op. cit., p. 159.

el programa académico que cursa el estudiante, requisitos capaces de mejorar la empleabilidad del joven, aunque la empresa no disponga de posibilidades reales de incorporarlos en un momento posterior como trabajadores de la plantilla. En Alemania han de acreditar que reúnen unas adecuadas instalaciones para la formación dual y personal preparado para la tutorización, a quienes se les exige tanto experiencia como un título de Maestro (Meister) que exige la superación de un examen teórico-práctico⁴⁰. Un aspecto a considerar, habida cuenta la estructura micro de nuestro tejido empresarial sería la posibilidad de importar fórmulas similares a los llamados talleres de formación supraempresariales que pueden englobar trabajadores de distintas empresas que aun cuando con importantes carencias, pueden arrojar resultados positivos⁴¹.

4.2.1. El programa formativo

Una de las cuestiones más importantes incluidas en el contenido mínimo del convenio de colaboración es el programa formativo que debe contemplar, como contenido mínimo las actividades a realizar en el centro y en la empresa, la duración de las mismas y los criterios para su evaluación de aprendizaje establecidos. Cabe pensar que la búsqueda de una menor rigidez y el abrir la puerta a un diseño conjunto del programa por empresas y centros educativos, sin sujeción a límites estrictos, es lo que ha llevado al legislador a eliminar la exigencia de incluir una planificación rígida de las actividades formativas; planificación que, en buena lógica, desde un punto de vista cronológico ocupa un lugar posterior al del diseño de los contenidos de cada programa o proyecto específico.

Si miramos al modelo alemán, un aspecto destacado reside en el carácter consensuado (entre empresarios, sindicatos y autoridades competentes) de los temarios y las acciones formativas a implementar, cariz donde puede residenciarse parte de su éxito, susceptible de ser trasladado a nuestro sistema. En aquel país la normativa presta cierta atención al plan de formación⁴², fijando un contenido mínimo que comprende las habilidades a adquirir, la cronología del aprendizaje en la empresa; la formación que recibirá en la escuela de formación profesional, las pruebas o exámenes, prácticos y teóricos, que el aprendiz debe superar para obtener su certificado de profesionalidad. Plan susceptible de ser completado y adaptado en la empresa para cada trabajador individual con objetivos, cronología, actividades a realizar y aptitudes o habilidades a adquirir.

Un tema crucial, para garantizar la “alternancia” sería el reparto entre la formación teórica y experiencia en la empresa. En este caso, se encarga la norma

⁴⁰ Todolí Signes, A., “La formación dual alemana...”, op. cit., p. 12.

⁴¹ vid. Costa Reyes, A., “El modelo de formación...”, op. cit., p. 32.

⁴² Por todos, Todolí Signes, A., “La formación dual alemana...”, op. cit., pp. 7 ss.

de fijar un mínimo (indisponible) para la formación en la empresa, situado en el 33% del total (frente al 20% del sistema ordinario) (art. 28 RD 1529/2012). El peso mayor que cobra la formación en el puesto de trabajo justifica, seguramente, las posibilidades previstas de ampliación del ciclo formativo a 3 años, siendo lo normal de 2 años, de forma que la práctica no suponga una merma en el seguimiento y superación del contenido académico del correspondiente programa.

En Alemania el reparto puede llegar a alcanzar el 80% de formación práctica en la empresa y el 20% de formación teórica en la escuela (de dos a tres años y medio y asistencia uno o dos días a la Escuela y tres o cuatro a la empresa, dependiendo de la profesión y el curso en el que esté⁴³). Similar en Austria, donde el reparto común se sitúa en el 70-30% (asiste uno o dos días a la escuela y a la empresa entre tres y cuatro)⁴⁴. El promedio de duración es de tres años.

La norma española incluye también una mínima referencia a la jornada u horario de trabajo, que debe procurar evitar la sobrecarga de trabajo y que debe ser en todo punto compatible con la formación en el centro educativo. En este sentido, son los proyectos y los respectivos convenios, los que han de poner las suficientes cautelas para evitar que se materialicen los fantasmas que sobrevuelan a este tipo de formación, con grave riesgo de precarización.

Resulta patente el diferente planteamiento entre el contrato para la formación y el aprendizaje, donde la formación va sufriendo un paulatino proceso de adelgazamiento (mínimo 25% primer año y 15% el segundo) y la formación en el sistema educativo, donde la formación cobra, como no puede ser de otra forma, un mayor peso específico. El hecho de primar esta faceta educativa seguramente ha llevado a un evidente descuido de los aspectos de “empleo”, que parecen quedar en un lugar subsidiario. A la vista de la imposición legal exclusivamente de un mínimo -el 33%- de formación en la empresa, da vía libre para alcanzar situaciones paritarias de dedicación o, incluso, donde la formación en la empresa se torne en la prioritaria, puesto que no existen otros límites que resulten de aplicación.

4.2.2. La selección de los estudiantes

Otro aspecto que queda en las más absoluta indefinición es el relativo a los procesos de selección o de acceso de los estudiantes a estos programas formativos. Resulta primordial evitar fórmulas donde el peso principal lo lleven las empresas, sujetas al albur de intereses empresariales o de preferencias individuales, si

⁴³ Mercader Uguina, J.R., “Razones, referentes y marco...”, op. cit., p. 80. El peso de la formación práctica es mayor, aproximadamente un 30-40% en la escuela y un 60%-70% en la empresa, Rego Agraso, L. et altri, “Formación Profesional Dual...”, op. cit., p. 151.

⁴⁴ Morales Ramírez, M.A., “Sistema de aprendizaje dual...”, op. cit., pp. 94 y 99.

tenemos en cuenta que la imbricación de este tipo de FPD en el sistema educativo exige unas mínimas garantías de intervención de la Administración y de tutela de principios como la igualdad y no discriminación o el mérito y la capacidad. Esta es seguramente la faceta más criticable del modelo alemán, donde los estudiantes solicitan la plaza de aprendizaje, y los mejor calificados son invitados a una entrevista personal o prueba de admisión, siendo la empresa la que elige a los aprendices, concertando con ellos un contrato⁴⁵.

En relación con lo anterior, se puede plantear el tema de la edad de los aprendices, que ha sufrido una importante ampliación en el caso del contrato para la formación y el aprendizaje y puede suscitar algunas dudas. En Alemania, como hemos apuntado con anterioridad, el tope suele estar en los 19 años. En principio, aunque lo lógico sería el acceso temprano y siguiendo los itinerarios formativos a este tipo de formación, si tenemos en cuenta los problemas señalados de abandonos escolares tempranos, y la clara finalidad de “repescar” jóvenes sin trabajo ni formación, cabría acceder a edades más tardías. Si se dan las suficientes garantías y se prioriza una formación suficiente y de calidad, no debería ser la edad un obstáculo para acceder a estos programas formativos. Siempre que no se utilice, como ha acontecido con el contrato para la formación y el aprendizaje, como una vía de inserción laboral que prima el empleo sobre su calidad, con elevados niveles de precariedad. No obstante, este tema no encuentra regulación alguna en la normativa actual, aunque en algunos proyectos formativos concretos se hacen recomendaciones en tal sentido. Así, la Orden de la Junta de Andalucía de 29 de enero de 2016 por la que se convocan Proyectos de FPD del Sistema Educativo para el curso 2016/2017⁴⁶ considera preferible la edad de 16 a 30, pero no excluye a estudiantes de edades más avanzadas.

4.3. Derechos y deberes de los sujetos implicados

Según el art. 32 RD 1529/2012 el alumno viene obligado a cumplir las condiciones del proyecto previstas en el convenio así como el calendario, la jornada y el horario establecidos en el programa. En cuanto a los derechos pasan por la información y orientación, la facilitación de la obtención del título y la posibilidad de percibir becas por la prestación desarrollada en la empresa (arts. 32 y 33 RD).

El régimen de derechos y deberes resulta absolutamente insuficiente para la garantía de un trabajo decente a los estudiantes que participan en este

⁴⁵ Lauterbach, U. y Lanzerdoof, U., “El sistema de formación profesional...”, op. cit., p. 62. Ojeda Avilés, A. y Gutiérrez Pérez, M., “Las políticas de empleo alemanas como buenas prácticas de empleo”, *RDSyE* nº 2, 2014, p. 34.

⁴⁶ BOJA de 4 de marzo de 2016.

tipo de proyectos. A nuestro modo de entender la cuestión, en tanto no se produzcan modificaciones legislativas, son los convenios los que deberían huir de prestaciones totalmente gratuitas, garantizando una mínima contraprestación económica a cambio del desempeño de la actividad en la que consiste el desarrollo de la experiencia laboral en la empresa.

Seguramente, éste es uno de los ámbitos donde resulta más discutible la separación que nuestra norma realiza respecto al sistema alemán que le sirve de modelo. Resulta cuestionable⁴⁷ que la regulación se refiera a la beca en términos potestativos, y además, excluyendo la posibilidad de una contratación laboral, mientras que, como es bien sabido, en el sistema alemán se les garantiza tanto el derecho a una remuneración, que oscila entre los 500 y los 800⁴⁸ euros, formalizando un contrato de aprendizaje, como la protección del sistema de Seguridad Social⁴⁹. En Alemania, la remuneración, inexcusable en el marco de la relación laboral que une a las partes, viene fijada por negociación colectiva sectorial y suele ser aproximadamente de un tercio de lo que percibe un trabajador “ordinario” y va aumentando conforme transcurre el aprendizaje. La empresa paga las cuotas a la Seguridad Social, que otorga derecho al desempleo⁵⁰.

Por su parte, la Comisión Europea orienta a la existencia al menos de una beca, puesto que considera que la formación dual se formalizará a través de un convenio de la empresa por medio de un programa de becas de entre 250 y 500 euros⁵¹.

⁴⁷ Así lo hace también Moreno Gené, J., *El contrato para la formación...*, op. cit., p. 163. Castro Conte, M. y Núñez-Cortés Contreras, P., “La formación dual en España...”, op. cit., p. 25. Sobre las cuestiones jurídicas que plantean las becas en las que no hemos de entrar, entre otros, Arrieta Idiákez, F.J., “Las últimas reformas en materia de becas de trabajo”, *AL* 2013-1, pp. 333 ss; Duque González, M., “Análisis actual de la normativa de becarios, formación práctica y contratación de jóvenes”, *IL* nº 2/2014, BIB 2012/802, pp. 1 ss (consultada en base de dato Aranzadi). Villalba Salvador, “Aspectos jurídicos de los programas o becas para la realización de prácticas profesionales”, *AL* 1998-1, pp. 195 ss.

⁴⁸ En esta cifra la sitúan, siguiendo datos ofertados por FETE- UGT, Rego Agraso, L. et altri, “Formación Profesional Dual...”, op. cit., p. 152. Sobre los datos de remuneración en los distintos países y cuál sería la retribución adecuada en España para equilibrar costes y beneficios es interesante la consulta del estudio de Wolter S.C. y Mühlemann, S., *La Formación Profesional Dual en España: ¿Un modelo rentable para las empresas?*, Fundación Beterlsmann, Madrid, 2015, en especial pp. 50 ss.

⁴⁹ La doctrina denuncia un auténtico supuesto de huida de Derecho del Trabajo, a los que tan acostumbrados nos tiene el legislador, vid. en este sentido Costa Reyes, A., “El modelo de formación profesional...”, op. cit., p. 28. También Mercader Uguina, J.R., “Razones, referentes y marco...”, op. cit., p. 96, señala ésta como una de las principales diferencias, al no garantizar al estudiante ningún mínimo económico. Diferencia no sólo con el modelo alemán, sino con otros también exitosos como el suizo y el neerlandés, por todos, Nieto Rojas, P., “Las transiciones escuela-trabajo...”, op. cit., p. 42.

⁵⁰ Con más detalle, Todolí Signes, A., “La formación dual alemana...”, op. cit., pp. 6 ss.

⁵¹ vid. el documento *Formación Profesional Dual: un futuro laboral para los jóvenes*, ela-

En el terreno de la Seguridad Social, también la norma patria ha suscitado importantes dudas, al referirse de forma imprecisa a la concertación de un seguro. También aquí resulta cuando menos llamativo que no se haya acudido a una operación, aunque también discutible, de extensión del régimen de protección social previsto en el RD 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la DA 3ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización y modernización del sistema de Seguridad Social⁵². No obstante, la doctrina mayoritariamente considera que deberían quedar asimilados de conformidad con lo previsto en el art. 1 de esta última norma⁵³. Además, esta equiparación está apareciendo en algunas de las normas autonómicas aprobadas hasta el momento⁵⁴. Más dudoso, sin duda, se plantea el supuesto en que ni siquiera se cuente con la cobertura de una beca, ya que el precepto citado se refiere a la existencia de una “contraprestación económica para los afectados, cualquiera que sea el concepto o la forma en que se perciba”. En este caso, deben de concertarse los seguros necesarios, dando cobertura al accidente de trabajo.

El régimen legal, marcado por la flexibilidad, remite al convenio la regulación del régimen de las respectivas becas, en cuanto a duración, cuantía, requisitos, pagador, convocatorias y otros análogos. Como se ha sostenido, también el convenio, pese al silencio legal podría incluir garantías como que se reconozca el tiempo de la beca a efectos de antigüedad en la empresa, si llegara a contratarlos o de evitar un período de prueba⁵⁵.

Otro aspecto que resulta llamativo, y cuya razón de ser no queda plenamente explicitada, es el relativo a que la posibilidad de bonificarse de la totalidad o parte del coste de la formación por parte de las empresas, resulte únicamente de aplicación al contrato formativo a tenor de lo previsto en el art. 24 RD 1529/2012⁵⁶.

borado por la Representación en España de la Comisión Europea, Junio 2013, http://ec.europa.eu/spain/actualidad-y-prensa/noticias/educacion-formacion-y-juventud/fp-dual-2013_es.htm.

⁵² BOE de 27 de octubre.

⁵³ Moreno Gené, J., *El contrato para la formación...*, op. cit., p. 165. Mercader Uguina, J.R., “Razones, referentes y marco institucional...”, op. cit., p. 96. Así lo entiende también en relación a este tipo de becarios, pese al criticable vacío legal, Rodríguez Escanciano, S., “Las especialidades de Seguridad Social en las actividades fronterizas”, *Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios*, Cinca, Madrid, 2016, p. 206. Además, el RDL 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE de 5 de julio), prevé una bonificación del 100% en las cuotas (DA 25ª).

⁵⁴ A título de ejemplo véase art. 12 Decreto 83/2015, de 2 de junio, por el que se establece la FPD en Régimen de Alternancia en la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOPV 8 de junio).

⁵⁵ Arrieta Idiákez, F.J., “Las últimas reformas...”, op. cit., pp. 347-8.

⁵⁶ Sobre la conveniencia de extenderlo también a las empresas en este modelo o que los dis-

Resulta patente que la previsión de un posible desarrollo de formación en régimen de alternancia que incluya una parte importante del tiempo dedicado a la experiencia en la empresa al margen del ámbito laboral, plantea enormes dudas. Sobre todo, se cuestiona si vamos a ser capaces de implantar estos programas, cuyas bondades han quedado explicadas con anterioridad, sin que pasemos a “legitimar” otra vía adicional de obtención de mano de obra barata para los empresarios⁵⁷. Quizás las ventajas del sistema, la necesidad de reenfoque de la formación y de evitar los desajustes en las competencias y habilidades de los egresados y las necesidades de las empresas, justifica esta modalidad “informal” de prestación de servicios, pero seguramente hubiera sido más adecuado un diseño más definido del modelo y unas garantías salariales, laborales y de protección social mínimas, unidas a una garantía de la calidad del programa de formación seguido por el estudiante. Sin duda, pesa sobre la Administración la mayor responsabilidad para controlar que no transitemos por esta vía hacia la explotación de los jóvenes estudiantes.

Por último, es preciso resaltar, en la línea ya manifestada por un sector doctrinal, que la regulación legal no recoge compromisos de contratación, apareciendo la posterior inserción laboral, como un mero *desideratum*⁵⁸, sin incluir mecanismos dirigidos expresamente al cumplimiento. Este planteamiento parece chocar con el objetivo primordial de inserción posterior en la empresa, con los consiguientes ahorros de coste para ésta, de fidelización del trabajador y de progresión en la carrera profesional de éste, gracias a la especial cualificación. Aspectos que están en la base de la notable implicación de las empresas en otros países.

5. TUTORÍAS Y MECANISMOS DE EVALUACIÓN Y CONTROL

5.1. Un elemento clave en la Formación Profesional Dual: las tutorías

No resulta demasiado completo el régimen diseñado para esta institución que debe ocupar un lugar central a fin de lograr el perfecto engranaje y funcionamiento

tintos proyectos prevean compensaciones adecuadas para las empresas, también Castro Conte, M. y Núñez-Cortés Contreras, P., “La formación dual en España...”, op. cit., p. 25.

⁵⁷ Así lo pone de manifiesto Fernández Bernat, A., “La Formación Profesional Dual...”, op. cit., p. 272; denuncia similar en Moreno Gené, J., *El contrato para la formación...*, op. cit., p. 166. Sobre el complejo panorama de formas de inserción no laborales para jóvenes puede verse Sánchez-Rodas Navarro, C., “Formas no laborales de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo”, en Monereo Pérez, J.L. (Coord.), *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil, XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, Sevilla, 2014, pp. 175 ss.

⁵⁸ Moreno Gené, J., *El contrato para la formación...*, op. cit., p. 159.

del sistema. El tratamiento es conjunto para ambas vías de formación dual, a diferencia de lo que sucede con la mayor parte de las cuestiones analizadas (arts. 30 y 20 RD 1529/2012). No obstante, el desarrollo específico de esta cuestión ha llevado a unas especificaciones en la Orden ESS/41/2015, de 12 de enero, de modificación de la Orden ESS/2158/2013, que incluye un nuevo artículo (el 12) dedicado a las funciones del tutor de la empresa exclusivamente para los contratos de formación y aprendizaje, aunque no hubieran existido inconvenientes para su extensión a la formación dual del sistema educativo.

El art. 20 se limita a diseñar un sistema de tutorización también dual. La tarea primordial de los tutores, un profesor del centro educativo en perfecta coordinación con un tutor de la empresa, pasa por la supervisión del alumno, siendo responsable del seguimiento del acuerdo para la actividad formativa, de la coordinación de la actividad laboral con la formativa y de la comunicación con el centro de formación. A tal efecto, debe elaborar, al finalizar la actividad laboral, un informe sobre el desempeño del puesto de trabajo. También se caracterizan por su parquedad las exigencias en cuanto a la especialización, capacitación y experiencia del tutor⁵⁹, sin cuya concurrencia el sistema no puede tener éxito. Al decir del precepto, el tutor debe poseer la cualificación o experiencia profesional adecuada, incluyendo la posibilidad en las empresas de delegar en un trabajador de la plantilla. No existe, por tanto, una regulación detallada como en el sistema alemán ni se impone la necesidad de realizar examen o control alguno que avale su idoneidad para la tutorización de los jóvenes, quizás buscando no imponer trabas excesivas a las pymes⁶⁰. En el caso alemán debe superar unas pruebas para acreditar sus capacidades técnicas, administrativas, docentes y pedagógicas.

No ha pasado desapercibida la desaparición de las restricciones previstas en el RD 488/1998, 27 de marzo (art. 8.3) sobre el número máximo de aprendices por tutor⁶¹, limitación que la legislación alemana sigue situando en tres⁶² y que resulta crucial para la garantía de la calidad del aprendizaje y del seguimiento personalizado de la evolución de la adquisición de competencias y habilidades.

⁵⁹ La doctrina también llama la atención sobre estas carencias, que pudieran ser suplidas por la negociación colectiva, Apilluelo Martín, M. *El contrato para la formación...*, op. cit., p. 37. Sobre esta específica cuestión, puede verse Tolozano Benites, S.E., Lara Díaz, L.M., Illescas Prieto, S.A., “Actitudes y aptitudes del tutor para enfrentar el desafío de la formación en la modalidad dual”, *RUyS* 8/2016, pp. 81 ss, consultado en <http://rus.ucf.edu.cu/>.

⁶⁰ La necesidad de buscar un equilibrio entre las exigencias y el no dificultar la participación en la formación de las pymes, fue puesta de manifiesto en un Dictamen del Consejo Escolar del Estado en julio de 2012, Moreno Gené, J., *El contrato para la formación...*, op. cit., p. 88.

⁶¹ Entre otros, Moreno Gené, J., *El contrato para la formación...*, p. 91.

⁶² Algún autor considera un dislate esta desaparición, que podría ser suplida por la negociación colectiva o bien por la actuación comprometida de las Cámaras de Comercio en la designación de los tutores, vid. Apilluelo Martín, *El contrato para la formación...*, op. cit., p. 38.

Resulta llamativo asimismo el silencio de la regulación legal acerca de la posible remuneración del tutor. En Alemania, por el contrario, suele reconocérseles un estatus superior en la empresa y son recompensados con mejoras salariales⁶³. Esta desatención legal seguramente conllevará que al trabajador se le sobrecargue con tareas de tutorización -sin recompensa alguna-, con riesgo de desmotivación y poca dedicación, algo que repercute en la calidad del aprendizaje, habida cuenta que el tutor es uno de los ejes sobre los que debe pivotar el modelo. La tarea puede ser gratificante pero a la vez ardua, y debiera contar siempre con una compensación -en dinero o en descanso-.

Considera el art. 30.5 RD que las tutorías son el mecanismo para cumplir la coordinación de la actividad formativa en la empresa y el centro educativo, con reuniones mensuales⁶⁴ de control en las que se llevará a cabo un seguimiento individualizado de los alumnos para identificar problemas y proporcionar ayudas y orientación.

5.2. Mecanismos de evaluación y control

El art. 34 RD 1529/2012 establece que “las Administraciones educativas se responsabilizarán de realizar el seguimiento y evaluación de estos proyectos”. Qué duda cabe que resultan elementos esenciales para la implantación con éxito de proyectos de formación dual sistemas de evaluación y seguimiento adecuados, que permitan detectar las debilidades y fortalezas, disminuir las primeras y promover estas últimas. Para ello son más que recomendables las experiencias pilotos con pocos y bien seleccionados participantes, que permitan posteriormente la extensión del modelo. Aspectos a considerar a la hora de valorar el éxito o el fracaso de los proyectos implantados son los que hacen referencia a la proporción de alumnos que abandonan sus estudios en relación al número de participantes, alumnos que culminan con éxito, alumnos que continúan en la empresa tras la finalización del ciclo formativo, en funciones relacionadas con el mismo.

Brillan por su ausencia las previsiones sobre mecanismos y organismos específicos para el control de la calidad del aprendizaje realizado en las empresas,

⁶³ Todolí Signes, A., “La formación dual alemana...”, op. cit., p. 36. También aboga por el carácter retribuido de las tareas o por otorgar una especie de crédito horario, Moreno Gené, J., *El contrato para la formación...*, op. cit., p. 92.

⁶⁴ Este asunto fue objeto de recurso ante el TC que en su Sentencia 27/2014, de 13 de febrero, encuadra esta cuestión en materia de educación, en concreto entre las normas básicas de desarrollo del art. 27 CE, lo que se justifica por la necesidad de asegurar unas condiciones mínimas de igualdad en la fijación de los requisitos y procedimientos para la evaluación y acreditación de las competencias, conocimientos y capacidades de los alumnos así como su conexión con el contenido de la formación. Asimismo, para el Alto Tribunal, la regulación estatal no impide que, partiendo de su respeto, la CCAA pueda establecer otros mecanismos que garanticen la coordinación.

frente a cierta capacidad de control por parte de los Servicios Públicos de empleo y de la ITSS sobre la utilización del contrato para la formación.

Un aspecto que necesita especial atención es el relativo a la indispensable participación de los agentes sociales, que en la actualidad, seguramente por considerarlo un tema meramente educativo, es escasa o más bien nula. De nuevo aquí el contraste con el modelo alemán es patente, pues allí existe un alto grado de implicación en los pertinentes controles de la calidad de la formación en la empresa por los organismos pertinentes, entre ellos las cámaras de comercio y los colegios profesionales, a quienes avala su experiencia y especialización profesional. Incluyen pruebas para dictaminar si el aprendiz obtiene la cualificación profesional. En la medida en que la evaluación está en manos públicas o de tales organismos y es bastante selectiva, se incentiva a los alumnos a obtener una formación en los conocimientos previstos en los reglamentos formativos y no en habilidades específicas centradas excesivamente en la empresa concreta⁶⁵. En este sentido debiera caminar también el modelo español, garantizando la calidad de la enseñanza y la adquisición de las competencias y habilidades propias del currículo formativo. En nuestro país, parece que preocupan más otros aspectos. Así, el art. 32 RD 1592/2012 se limita a reseñar que las administraciones educativas pertinentes posibilitarán la obtención del título por otras vías, como el cambio de centro educativo, cambio de empresa o prolongación del proyecto.

Junto a un impulso a la participación de los agentes sociales no sólo en esta faceta, sino también en el diseño general del modelo de formación dual y su financiación, sería fundamental otorgar un papel más destacado en esta materia a la negociación colectiva⁶⁶, en aspectos como la garantía de unos mínimos derechos para los participantes en los programas de formación dual, que incentivarían también, sin duda, la permanencia en el sistema educativo.

6. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y PRINCIPALES DIFICULTADES PARA IMPLANTAR EL MODELO DE FORMACIÓN DUAL

La formación dual no era una auténtica desconocida en nuestro sistema, con relevantes antecedentes sea en el campo de las Escuelas taller, casas de oficio y talleres de empleo como algunos ensayos llevados a cabo por diferentes CCAA⁶⁷,

⁶⁵ Todolí Signes, A., “La formación dual alemana...”, op. cit., p. 14.

⁶⁶ Algunos ejemplos de fórmulas retributivas (de los alumnos y tutores) incluidas en la negociación colectiva en Muñoz, A.B., “Buenas prácticas relativas a la formación dual en la negociación colectiva”, *IL* n° 4/2015, BIB 2014/1549, pp. 3 ss (versión recuperada de la base de datos de Aranzadi).

⁶⁷ Con mayor detalle, Fernández Bernat, A., “La Formación Profesional Dual...”, op.

con cotas de éxito dispares, siendo pionera en este terreno el País Vasco, quizás por su larga tradición industrial, aunque con notables dificultades para su ejecución. Asimismo, se pueden encontrar algunos ejemplos en la negociación colectiva⁶⁸ y nuevos proyectos a nivel autonómico al amparo del RD 1529/2012⁶⁹.

Si acudimos a los datos presentados por el Ministerio de Educación, en 2014 se incrementaron en un 218% los centros participantes en proyectos de formación dual respecto al año anterior. Todas las CCAA cuentan con algún centro desarrollando proyectos frente a las 14 que lo hacían anteriormente⁷⁰, estando a la cabeza Cataluña, Euskadi y Andalucía. No obstante, aún está bastante lejos de ser una práctica generalizada ni un camino capaz aún de atraer a estudiantes hacia la Formación Profesional. Como ya apuntamos, el tratamiento asimétrico de las dos modalidades de formación dual puede generar una relación conflictual o de competencia entre ambos sistemas que haga decantar la balanza en favor del primero, dado su carácter retribuido, con el consiguiente abandono temprano del sistema educativo de los estudiantes.

De los modelos analizados con anterioridad, previstos en el art. 3 RD 1259/2012, en la práctica predomina (casi el 85% de los proyectos) la

cit., p. 269. Asimismo, Rego Agraso, L. et altri, “Formación Profesional Dual...”, op. cit., pp. 158 ss. Mercader Uguina, J.R., “Razones, referentes y marco institucional...”, op. cit., p. 82. Puede encontrarse además información en los siguientes documentos: ADIMAD, 2012, *Formación profesional sistema dual: análisis, reflexión y propuestas para un debate*, Madrid, 2012, http://www.adimad.org/wp-content/uploads/2012/03/informe_fpdual.pdf; Departamento Vasco de Educación, política lingüística y cultura, Gobierno Vasco, 2012, *Hezibi, Formación profesional en alternancia*, <http://issuu.com/hezibi/docs/presentacion-datos-20122013/1?e=6936932/1157426>.

⁶⁸ Puede verse Muñoz, A.B., “Buenas prácticas...”, op. cit., pp. 1 ss.

⁶⁹ Así, por ejemplo, la Orden de 29 de enero de 2016, por la que se convocan proyectos de FPD o en alternancia del sistema educativo en Andalucía para el curso 2016/2017 (BOJA 4 marzo); también en otras CCAA como Cantabria o Valencia. Proyectos que, pese a su descoordinada y fracturada implantación van ganando alumnos, aunque los datos son aún escasos. vid. Aguilar González, C., “El sistema “alternativo”...”, op. cit., p. 3.

⁷⁰ Datos extraídos de Ministerio de Educación, cultura y deporte, Subdirección General de Orientación y Formación Profesional, 2015, *Informe de Formación Profesional Dual. Seguimiento de Proyectos de Formación Profesional Dual: curso 2013-2014*, (<http://www.mecd.gob.es>). La doctrina critica la escasez de datos y que no se ha procedido al cumplimiento de la norma en lo relativo al seguimiento y evaluación de los proyectos, Echevarría Samanes, B., “Primer trienio de Formación Profesional Dual”, consultado en www.educaweb.com/noticias/2016//01/12/primer-trienio-formacion-profesional-dual-9021, p. 1. Del mismo autor, “Transferencia del sistema de FP Dual a España”, *RIE* n° 34(2)/2016, pp. 295 ss. Puede verse Chisvert, J.M. et altri, *La implantación de la Formación Profesional...*, op. cit., pp. 37 ss.

coparticipación, mientras que son minoritarias las fórmulas exclusivas sea en centro formativo o en la empresa. Además, mayoritariamente los proyectos se centran en la formación profesional de grado superior.

En normas más recientes parece confirmarse que el legislador no tiene claro el papel a jugar por la FPD del sistema Educativo, primando la impartida en el ámbito laboral, aunque quizás simplemente responde a la propia coherencia del contenido de la norma. Así, el art. 26.3 d) Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación profesional para el Empleo en el ámbito laboral⁷¹ (que convalida el RD 4/2015) encomienda a las Estructuras Paritarias Sectoriales, a requerimiento del SPE Estatal o de la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo, la posibilidad de participar “en la extensión y consolidación de la FPD, a través del contrato para la formación y el aprendizaje, en el ámbito laboral”. Ahora bien, la propia norma, mostrando quizás nuevamente la desorientación del legislador en esta materia, en su art. 8 enumera entre las distintas iniciativas de formación profesional para el empleo, la formación en alternancia con el empleo (otras iniciativas), incardinándola junto a la destinada a la obtención de certificados de profesionalidad, pero como si fuera una opción distinta a la FPD. Introduciendo de esta forma más confusión si cabe en este ámbito. Por su parte, los Planes Anuales de Política de Empleo (el último de 2016)⁷² aunque incluyen en el Eje 2 (dedicado a la formación) la necesidad de promover la formación profesional en alternancia, parecen seguir dando más proyección al contrato formativo.

Como se ha señalado reiteradamente, resulta peligroso en extremo trasladar un modelo predeterminado sin tener en consideración las especiales características económicas, empresariales, sociológicas, culturales o inherentes al mercado de trabajo, del nuevo territorio al que se pretende la extensión⁷³. Y esto se puede enunciar sin reservas en relación a sistemas de FPD como el alemán o el danés⁷⁴. Por tanto, aun cuando la solución no es copiar, sin más el modelo, sí hay algunos aspectos centrales que deben constituir el basamento sobre el que se construya un modelo apropiado a las características propias de nuestro país.

⁷¹ BOE de 10 de septiembre.

⁷² Resolución de 22 de agosto de 2016, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de agosto de 2016, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2016, según lo establecido en el artículo 11.2 del Texto Refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre (BOE 31 de agosto).

⁷³ Entre otros, Fernández Bernat, A., “La Formación Profesional Dual...”, op. cit., p. 272.

⁷⁴ Por todos, en perspectiva histórica, Juul, I., “El sistema danés de formación profesional en los siglos XIX y XX”, *Hist. educ.*, 33, 2014, pp. 109 ss.

Uno de los aspectos a destacar pese a su evidencia es que sistemas como el alemán, cuya tradición y funcionamiento ajustado es más que palpable, no se construyeron sobre medidas coyunturales⁷⁵, ni estamos ante modelos contingentes, al albur de los cambios políticos. Muy al contrario, se trata de un sistema estable, bastante complejo, en el que resulta fundamental el diseño, la participación y corresponsabilidad de los diferentes agentes, así como los necesarios controles de la calidad de la formación dispensada. Todo ello en el marco de un contrato formativo imbricado en el corazón del sistema educativo, diseñado casi desde el principio para que un buen porcentaje de los estudiantes se inclinen por estudios de tipo profesional. Por ello mismo, debe tenerse muy en cuenta que implantar un sistema de este tipo lleva tiempo, no es algo inmediato.

Ahora bien, incluso en aquellos sistemas modélicos se señalan algunos handicaps y dificultades⁷⁶, en especial centrados en que la oferta no responde a la demanda, y no hay plazas suficientes para las demandas de las jóvenes, diferencias entre jóvenes más o menos cualificados en títulos de mayor o menor proyección o la falta de flexibilidad del sistema. Entre ellas, resaltamos dos grandes dificultades que resultan enormemente preocupantes si trasladadas a nuestro país: las mayores dificultades para el tránsito al empleo de los jóvenes que realizan la formación en empresas pequeñas y la complejidad para la planificación de la oferta y para garantizar la calidad de la formación. Además, es preciso también tener en cuenta que en los modelos más exitosos, la selección de los alumnos se produce en un marco de necesidades de la empresa, por lo que está vinculada de manera indisoluble a la coyuntura económica⁷⁷. Por tanto, ésta influirá de forma patente en la reconstrucción del modelo, que debería contar con intervención pública garantista en los procesos de selección, si incardinamos, como debiéramos, la formación dual de forma exclusiva en el sistema público educativo con amparo en un contrato laboral. Por último, se ha considerado que las empresas esperan recuperar la inversión en formación⁷⁸, con el riesgo de una posible sobrecarga de los aprendices⁷⁹.

⁷⁵ Un estudio reciente denuncian una puesta en marcha acelerada, atropellada, poco planificada y falta de seguimiento y control del modelo por parte de las administraciones educativas en nuestro país, Chisvert, J.M. et altri, *La implantación de la Formación Profesional...*, op. cit., p. 39.

⁷⁶ Sobre los problemas permanentes y su posible solución es interesantes la consulta de “Memorandum de Berlín para la Modernización de la Formación Profesional. Orientaciones para crear un sistema dual, plural y modular (Sistema DPM) de formación permanente, REFP (CEDEFOP) nº 20/2000, pp. 21 ss. También Halfpap, K., “Desarrollo de planes de estudios en el marco de la Formación Profesional Dual en Alemania”, REFP (CEDEFOP) nº 21/2000, pp. 34 ss.

⁷⁷ Morales Ramírez, M.A., “Sistema de aprendizaje dual...”, op. cit., pp. 94 y 99.

⁷⁸ Wolter S.C. y Mühlemann, S., *La Formación Profesional Dual...*, op. cit., pp. 11 ss.

⁷⁹ vid. estas consideraciones y referencias allí citadas en Fernández Bernat, A., “La Formación Profesional Dual...”, op. cit., p. 264.

Obviamente, la reconsideración del modelo de formación dual y la posible adopción de fórmulas importadas exige partir de un conocimiento profundo de las diferencias tanto en el sistema educativo como en el propio tejido productivo.

Aunque a la vista de otros modelos se piensa que los programas de FPD se desarrollan fundamentalmente en empresas de gran tamaño, más interesadas en este tipo de formación y con altas cotas de inserción laboral, pues se forma un estudiante “a la carta”, es creciente la participación, con notables dificultades, de las pequeñas y medianas empresas⁸⁰. Un aspecto crucial es el de la garantía y control del nivel de calidad alcanzado, terreno en el que resulta esencial la corresponsabilidad entre ambas instituciones (institución formativa y empresa) y su compromiso. En este sentido, quizás tampoco se han promovido experiencias suficientes en nuestro país como para crear una cultura empresarial consciente de la relevancia de participar y responsabilizarse en el terreno formativo. Dadas las marcadas diferencias en la cultura empresarial y social, unido al desprestigio que acompaña desde antaño a la formación profesional y la notoria preferencia (individual e inducida) del joven por la formación universitaria, resulta precisa la concienciación y sensibilización de empresas, comunidad educativa y de la sociedad en su conjunto de un cambio de enfoque en la formación profesional, y de la necesidad de procesos más centrados en los aspectos prácticos de la formación, en la imbricación de estos períodos con el contenido de la formación académica y del ajuste entre ésta y los requerimientos y necesidades de las empresas y de la sociedad. En este último campo, suele considerarse un obstáculo importante en nuestro ordenamiento la falta de consensos generalizados en materia educativa entre los agentes sociales⁸¹.

Pero si hay una dificultad central en el despegue del modelo es el relativo a su financiación, caracterizándose la regulación legal por su absoluto mutismo, a pesar de resultar evidente que sin resolver el mismo la experiencia está llamada claramente al fracaso. La implantación de un modelo exitoso exigiría importantes inversiones tanto a la administraciones públicas -en especial, en los propios centros y en personal cualificado específicamente para el desarrollo

⁸⁰ Según Mercader Uguina, J.R., “Razones, referentes y marco institucional...”, op. cit., p. 81, este tipo de empresas ponen a disposición más del 80% de las plazas de formación. Aunque no es obligatoria la participación en los programas, intervienen en torno al 25% de las empresas, cifra que alcanza el 90% en las de 500 o más trabajadores, vid. Fernández Bernat, A., “La Formación Profesional Dual...”, op. cit., p. 2, según datos de García, A., *Desempleo juvenil en España: causas y soluciones*, BBVA, Documentos de Trabajo 11/30, 2011, p. 18. Sobre las dificultades derivadas del tamaño de las empresas, también Todolí Signes, A., “La formación dual alemana...”, op. cit., p. 36.

⁸¹ En este sentido, Rego Agraso, L. et altri, “Formación Profesional Dual...”, op. cit., p. 159. También el actual modelo de formación dual en el sistema educativo se ha implantado sin diálogo con los agentes sociales y educativo, vid. Chisvert, J.M. et altri, *La implantación de la Formación Profesional...*, op. cit., p. 39.

de programas de formación dual- como a las empresas, aspecto en el que no parecen interesados en exceso ni las propias Administraciones ni los empresarios; panorama que igual puede cambiar ante previsiones económicas algo más positivas. De nuevo se manifiesta una relevante diferencia cultural con el país germano, donde los empresarios están más dispuestos a participar en este tipo de programas, mostrando además su satisfacción con los resultados obtenidos. No obstante, debe conseguirse un verdadero equilibrio, sin que las empresas sean capaces de imponer sus exigencias sobre los programas educativos, marginando éstos o condicionando los aspectos académicos en demasía.

A modo de conclusión, lo que más nos separa del modelo alemán es el perfecto engranaje entre los sujetos y las herramientas que componen el sistema, comenzando por el diseño de la formación para cada profesión, con posibilidades de concretar la duración tanto del contrato como de los estudios, que se realizan, sea de una u otra manera, de forma conjunta.

7. PROPUESTA DE UN NUEVO MODELO “ÚNICO” DE FORMACIÓN PROFESIONAL DUAL

Podríamos situar el punto de partida de este epígrafe conclusivo en un planteamiento legal centrado en un contrato para la formación y el aprendizaje, preocupado por el fomento del empleo y la inserción de los jóvenes, junto al que se colocan, para cubrir el expediente, los cimientos para un proyectado modelo de FPD en el seno del sistema educativo⁸². Este erróneo comienzo tiene su reflejo en el conjunto de la regulación legal y justifica la propuesta⁸³ de un modelo único de FPD en el marco del sistema educativo y bajo el paraguas de una ineludible contratación laboral, que pudiera tener especialidades respecto al contrato ordinario⁸⁴, con plena aplicación del Sistema de Seguridad Social. Para ello, en primer lugar, habría que definir qué entendemos por formación dual de una forma más clara y precisa que en la regulación actual. Como se ha puesto ya de manifiesto, existe un peligro real derivado de las dos vías actualmente

⁸² Muy críticos con los resultados obtenidos de la implantación de la formación dual, rechazando incluso su necesidad Chisvert, J.M. et altri, *La implantación de la Formación Profesional...*, op. cit., p. 40.

⁸³ Vid. también las propuestas de Rego Agraso, L. et altri, “Formación Profesional Dual...”, op. cit., pp. 161-162. Asimismo, Todolí Signes, A., “La formación dual alemana...”, op. cit., p. 36.

⁸⁴ Autores como Mercader Uguina, J.R., “Razones, referentes y marco...”, op. cit., p. 75, ponen de manifiesto cómo el legislador de la Ley 3/2012 persevera el error al conservar el tipo contractual (el contrato para la formación y el aprendizaje). Por su parte alguna propuesta va más allá, hasta el punto de considerar que este modelo podría terminar con la finalidad del contrato en prácticas, lógicamente, si la formación dual se extendiera también a los estudios universitarios, como apuntamos *supra*, Todolí Signes, A., “La formación dual alemana...”, op. cit., p. 40.

existentes, una remunerada y otra no, una con mayor peso específico de la formación teórica y la otra mucho más libre en este sentido, que puede provocar o contribuir a aumentar el abandono educativo temprano en lugar reducirlo⁸⁵. En tanto perduren fórmulas más baratas y precarias, por ejemplo, el contrato de primer empleo joven, la formación dual no va a desplegar todo su potencial. En puridad, si tenemos en cuenta que las becas se caracterizan por la no realización de trabajo productivo, su presencia es inadecuada para garantizar la utilidad de la parte de la formación desarrollada mediante el empleo. El éxito del modelo debe descansar en el equilibrio de roles y la corresponsabilidad entre el centro educativo y la empresa, que ni puede ostentar un protagonismo tal que desvirtúe el programa formativo, ni puede quedar al margen de las decisiones atinentes al diseño, planificación, desarrollo y evaluación de los programas. Lógicamente, por tanto, en su diseño debieran participar tanto la Administración educativa como de empleo.

En este camino, en primer lugar, habría que partir de un catálogo de profesiones reconocidas estatalmente (que en Alemania alcanza las 350 aproximadamente, con una demanda muy desigual), de forma que los estudios y el contrato quedaran ligados de forma exclusiva al catálogo. Algún autor, a fin de garantizar una mayor eficacia del sistema, avanza la posibilidad de que los jóvenes (hasta 18) solo pudieran trabajar bajo esta modalidad contractual⁸⁶. Lógicamente, y en concordancia con lo tratado en apartados anteriores del trabajo, en la elaboración del catálogo así como en su concreta regulación debe contarse con una participación relevante de los agentes sociales.

La regulación legal debería incluir un mayor grado de detalle sobre los requisitos exigibles a las empresas que participen en los programas de PFD. Las peculiaridades de nuestro modelo productivo, con menor incidencia de la industria; con un número reducido de grandes empresas y un crecimiento del empleo -con alta rotación y temporalidad- en empresas de reducido tamaño, no deben impedir la implantación de un sistema de formación dual eficiente y de calidad. Ahora bien, el diseño del modelo debe ajustarse a estas características, facilitando el papel de las empresas⁸⁷, sus responsabilidades y también el coste y la financiación de la formación. Debe prestarse una atención especial a los programas formativos, de forma que los itinerarios no sean tan “singularizados”

⁸⁵ Fernández Bernat, A., “La Formación Profesional Dual...”, op. cit., p. 269. Según los datos oficiales en 2014 el número de participantes en la trayectoria formativa del sistema educativo era de 16.199 alumnos frente a los 139.864 que participaron en el sistema laboral (con contrato para la formación y el aprendizaje), vid. CC.OO., *El fraude de los contratos para la formación...*, op. cit., p. 1.

⁸⁶ Todolí Signes, A., “La formación dual alemana...”, op. cit., p. 37.

⁸⁷ En general, sobre el nuevo papel de la empresa como entidad formativa en el Sistema de FPD vid. Aguilar González, C., “El sistema “alternativo”...”, op. cit., p. 12.

sino más genéricos e intercambiables en distintas empresas, incluso de sectores diferentes⁸⁸, que no sea excesivamente particularista y no se limiten las posibilidades del alumnado de responder a las necesidades de otra empresa⁸⁹. A nuestro juicio, debería tenderse a que los programas de formación dual fueran los preeminentes, exclusivos, incluso, en algunos sectores de actividad.

Es notoria la necesidad de una mayor atención a la preparación y cualificación de los tutores (en especial, en las empresas), incluidas las posibles fórmulas de evaluación y/o acreditación con implicación de diversos organismos (las cámaras de comercio o los colegios profesionales si queremos seguir la estela germana) pero también otras instancias educativas, incluso las universidades. En correspondencia a estas exigencias también debería preverse también un mínimo de retribución al tutor, terreno abonado para la negociación colectiva. Dada su centralidad, deberíamos volver a un límite máximo (parece adecuado el tradicional de tres) de aprendices por tutor, a fin de garantizar la eficacia del instrumento. Aunque este tema resulta más dudoso⁹⁰, nos parece conveniente la fijación de un tope máximo de aprendices por empresa, bien en función de la plantilla o en atención a otros condicionantes. No cabe despreciar tampoco el interés de cualificar y especializar a los docentes en el campo de la formación dual, para que en los programas formativos estén perfectamente integrados los contenidos formativos en el centro de trabajo y la formación en el empleo.

Aun cuando el diseño corresponda al Estado, en coherencia con la naturaleza esencialmente educativa de la FPD, serían las CCAA las encargadas de impartir la formación, así como de las correspondientes evaluaciones. Si bien cabrían establecerse mecanismos de control de calidad de la formación en la empresa especialmente que garantizaran un nivel uniforme en las distintas autonomías. En este terreno, seguramente, también sería apropiado la elaboración de buenas prácticas por las Comunidades más avanzadas, que pudieran ser fácilmente trasladables a otros proyectos.

En línea con lo señalado, habría que regular de manera adecuada el contrato de trabajo sobre el que se sustentará el currículo formativo del joven, que tiene un peso esencial y debe presentar un perfecto engranaje con el desempeño de la actividad profesional. Sin lugar a dudas, como en la actualidad, el Salario Mínimo Interprofesional, en función del tiempo de trabajo efectivo, ha de ser un límite indisponible, pero es el convenio colectivo, en función de los diferentes sectores

⁸⁸ También Moreno Gené, J., *El contrato para la formación...*, op. cit., p. 151 aboga por una formación de tipo polivalente que permita su contratación por otras empresas una vez concluido el período formativo.

⁸⁹ Fernández Bernat, A., “La Formación Profesional Dual...”, op. cit., p. 272.

⁹⁰ Todolí Signes, A., “La formación dual alemana...”, op. cit., p. 37.

de actividad, el instrumento destinado a garantizar unos mínimos salariales para el contrato.

Junto al progresivo cambio social y cultural, elemento esencial para el éxito del sistema de FPD es la clarificación del modelo de financiación⁹¹ con una definición de los porcentajes a asumir por cada uno de los implicados (Estado, CCAA y empresas), con importantes dosis de aportaciones públicas. Por su parte, resulta esencial la previsión de subvenciones, bonificaciones u otros estímulos para las empresas que participan en los proyectos de FPD, evitando que el coste sea un obstáculo insalvable.

Como vimos, en Alemania se da un papel esencial a las Cámaras de Comercio, modelo que pudiera trasladarse sin excesivos problemas o proceder a la creación de un órgano específico, capaz de encargarse de gestionar y evaluar la formación, adaptar los currículos al modelo de FPD, tratando de adecuar la oferta formativa a las características socio-laborales de cada territorio⁹². Por su parte, en el país germano también juegan un papel destacado organismos como la Agencia Federal de Empleo, con personal especializado para fomentar la formación dual y para orientar de forma individualizada a los jóvenes, ofreciendo directorios de empresas que ofertan plazas⁹³. Competencias que cabría atribuir a los Servicios Públicos de Empleo, que ya las asumen actualmente en relación al contrato para la formación y el aprendizaje (art. 22 RD 1529/2012), aunque falta esa vertiente de especialización e individualización que marca seguramente la diferencia.

⁹¹ Echevarría Samanes, B., “Transferencia del sistema...”, op. cit., p. 307.

⁹² En esta línea, Rego Agraso, L. et altri, “Formación Profesional Dual...”, op. cit., p. 161.

⁹³ Entre otros, Lauterbach, U. y Lazendorf, U., “El sistema dual de formación profesional...”, op. cit., pp. 12 ss; Ojeda Avilés, A. y Gutiérrez Pérez, M., “Las políticas de empleo alemanas...”, op. cit., p. 34.

MEDIDAS DE POLÍTICAS DE EMPLEO DIRIGIDAS A COLECTIVOS ESPECÍFICOS EN LA ETAPA DE ¿RECUPERACIÓN ECONÓMICA? LA INCLUSIÓN ACTIVA COMO PARADIGMA

M^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras clave: inclusión activa; juventud; desempleo de larga duración; mayor edad; envejecimiento activo

Partiendo del concepto de Inclusión Activa y, teniendo en cuenta que el principal factor de riesgo de situaciones de exclusión social gira en torno al empleo (las dificultades para acceder al mismo, la pérdida de éste o la precariedad laboral), el trabajo hace repaso a las distintas políticas diseñadas e implementadas en los últimos años con el fin de facilitar a las personas, que quieren y pueden trabajar, el acceso a un mercado de trabajo de calidad. Dada la amplitud de colectivos especialmente vulnerables y los múltiples criterios que se pueden tener en cuenta a la hora de abordar su problemática, el estudio se centra en un elemento clave que puede actuar como factor de exclusión: la edad. A partir de ahí, se identifican tres colectivos: los jóvenes, las personas de mayor edad (próximas o en edad de jubilación) y los que podríamos llamar “expulsados del mercado laboral”: parados de muy larga duración mayores de 45 años.

ABSTRACT

Key words: active inclusion; youth; long-term unemployment; older age; active aging

Starting from the concept of Active Inclusion, and taking into account that the main risk factor of situations of social exclusion revolves around the employment (the difficulties to access it, the loss of it or the precariousness of the work), the work reviews the different policies designed and implemented in recent years in order to facilitate people, who want and can work, access to a quality job market. Given the breadth of particularly vulnerable groups and the multiple criteria that can be taken into account when addressing, their problems, the study focuses on a key element that can act as a factor of exclusion: age. From there, three groups are identified: the young, the elderly (near or in retirement age) and those who might be called out of the labor market: very long unemployed people over 45 years.

ÍNDICE

1. CUESTIONES PREVIAS
2. LA ESTRATEGIA DE INCLUSIÓN ACTIVA EN LAS POLÍTICAS SOCIOLABORALES
 - 2.1. ASPECTOS CLAVES
 - 2.2. LA INCLUSIÓN ACTIVA EN EUROPA COMO VÍA PARA LA INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS MÁS ALEJADAS DEL MERCADO DE TRABAJO
 - 2.3. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA
3. LA INCLUSIÓN SOCIAL ACTIVA DE COLECTIVOS ESPECIALMENTE VULNERABLES: JUVENTUD Y MAYOR EDAD
 - 3.1. JÓVENES
 - 3.1.1. LÍNEAS DE ORIENTACIÓN EN EL ÁMBITO COMUNITARIO
 - 3.1.2. EL SISTEMA DE GARANTÍA JUVENIL COMO CLAVE PARA LA INTEGRACIÓN LABORAL DE LOS JÓVENES EN RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL. REFLEXIÓN CRÍTICA
 - 3.2. MAYORES DE 45 AÑOS Y DESEMPLEO DE LARGA DURACIÓN COMO CAUSAS DE EXCLUSIÓN
 - 3.2.1. EL INCREMENTO DE LA EMPLEABILIDAD COMO MEDIDA DE LUCHA CONTRA LA EXCLUSIÓN DE LOS DESEMPLEADOS MAYORES DE 45 AÑOS
 - 3.2.2. LAS AYUDAS DIRIGIDAS A LOS EXPULSADOS DEL MERCADO DE TRABAJO. LA DIMENSIÓN PASIVA DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO DIRIGIDAS A LOS TRABAJADORES DE MAYOR EDAD
 - 3.3. TRABAJADORES DE EDAD AVANZADA (55-65 AÑOS). LA DIMENSIÓN LABORAL DEL ENVEJECIMIENTO ACTIVO COMO ALTERNATIVA AL RIESGO DE EXCLUSIÓN
 - 3.3.1. LA PROLONGACIÓN DE LA VIDA LABORAL: CLAVE DE LA POLÍTICA DE EMPLEO.
 - 3.3.2. LA DIMENSIÓN LABORAL DEL ENVEJECIMIENTO ACTIVO COMO ALTERNATIVA AL RIESGO DE EXCLUSIÓN
4. CONCLUSIÓN

NOTA ACLARATORIA

La pretensión de este trabajo no es sino dejar constancia de una realidad, que no por ser evidente y de larga trayectoria en el tiempo, debe considerarse cuestión anticuada o desfasada para su estudio: la situación de vulnerabilidad laboral que vienen padeciendo ciertos colectivos por motivos de su edad. La juventud y la mayor edad siempre han condicionado la entrada en el mercado de trabajo y la permanencia en el mismo en condiciones dignas, lo que ha fomentado el riesgo de pobreza y exclusión de estos grupos, originando un mercado de trabajo cada vez más segmentado. Como sabemos, los gobiernos llevan décadas articulando, en la mayoría de las ocasiones sin éxito, políticas dirigidas a remediar estas circunstancias. Al día de hoy, estas situaciones -estructurales- forman parte de nuestro panorama laboral; exigen una reconversión de las políticas tradicionales, máxime cuando las secuelas de la crisis parecen estar presentes, aún con gran virulencia, en estos entornos, provocando graves consecuencias económicas, generadoras, sin duda, de grandes desigualdades sociales.

Aunque quizás el lector espere encontrar en estas líneas un análisis de la problemática que rodea a los llamados colectivos *nuevos*, pues en los últimos tiempos han despertado la atención mediática por incorporarse tristemente a los

grupos de excluidos o que presentan un alto riesgo de estarlo – tal es el caso de los refugiados¹ o los llamados trabajadores pobres², protagonistas desde comienzo de la última crisis- se le indica que, sin perjuicio de las referencias - ineludibles- a los mismos, el estudio queda centrado en aquellos grupos referenciados - jóvenes y mayores- que no por ser *tradicionales* deben dejar de suscitar el interés de los investigadores; en definitiva, son éstos los que, con su labor, invitan al análisis reflexivo, imprescindible para avanzar en la mejora de un escenario que nos preocupa a todos.

1. CUESTIONES PREVIAS

Los fenómenos de pobreza y exclusión social ocupan un lugar preferente en las preocupaciones ciudadanas, en las portadas de los medios de comunicación y, cómo no, en las agendas de los gobiernos. España, con el 9,2% de la población de la Unión Europea, contribuye con el 11% del total europeo de personas pobres y en riesgo de exclusión³. Lamentablemente, la puesta en marcha de políticas de lucha contra la pobreza y planes de inclusión en las dos últimas décadas no ha impedido que la acusada crisis haya agudizado estas situaciones. Entre sus consecuencias nos encontramos con la desestabilización de cada vez más sectores sociales, antes ubicados en las zonas de vulnerabilidad o integración. A los grupos tradicionales (personas con problemas de toxicomanía u otros trastornos adictivos en proceso de rehabilitación, discapacitados, familias monoparentales, reclusos y exreclusos, inmigrantes y minorías étnicas), habría que añadir otros, como son los integrados por las personas que, huyendo de conflictos bélicos, catástrofes

¹ El interés actual que despierta esta problemática, también, cómo no, desde el punto de vista laboral, exigiría un estudio diferenciado. Recordemos que el Plan Anual de Política de Empleo para 2016, prevé que teniendo en cuenta los últimos compromisos adquiridos por España en el ámbito de la Unión Europea relativos al acogimiento de refugiados, éstos podrán incluirse como colectivo prioritario de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 del vigente texto refundido de la Ley de Empleo siendo, por tanto, destinatarios específicos de los programas dirigidos a fomentar el empleo de personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo.

² Véase, al respecto, el reciente trabajo de CALVO GALLEGO, “Trabajadores pobres y pobreza de los ocupados: una primera aproximación”. *Temas Laborales*, 134/2016, pp. 63-106.

³ En la Unión Europea, el indicador de riesgo de pobreza y exclusión europeo (ARPE) de 2015 llega al 24,4%, un total de 122,3 millones de personas. Según el VI Informe sobre “El estado de la pobreza. Seguimiento del indicador de pobreza y exclusión social en España 2009-2015” que ha presentado la *Red Europea de lucha contra la Pobreza y Exclusión* (EAPN) 2016, en el caso español, el ARPE es del 28,6%, lo que supone un total de 13.334.573 personas en esta situación. La desigualdad está muy asentada en la estructura de renta de nuestro país. El 10% más rico de la población obtiene una cuarta parte de los ingresos de toda la población. En la UE, la desigualdad entre el 20% de la población con más ingresos y con menos ingresos es de 5,2 veces -en España es de siete veces-. Estos porcentajes llevan a España al tercer puesto de entre los países con mayor desigualdad de la Unión Europea, solo después de Rumanía y de países de fuera de la UE, como Serbia.

naturales, etc., piden asilo, mujeres con dificultades para el acceso al empleo, víctimas de violencia de género, personas -divorciadas/separadas- sin recursos, jóvenes con dificultades para acceder al primer empleo y personas desempleadas de edad avanzada (con especial consideración a los parados de larga duración), que si bien -excepto en el caso de los refugiados- no son colectivos novedosos en cuanto destinatarios de las políticas de empleo, sí han incrementado su vulnerabilidad y el riesgo de pobreza y exclusión tras el periodo de crisis, rasgos que se mantienen en la llamada fase de recuperación económica y que exige por parte de los gobernantes la perseverancia en la adopción de medidas destinadas a paliar los efectos socioeconómicos de esta situación.

Estamos ante un proceso dinámico que puede atravesar diferentes etapas y que se caracteriza por su tendencia a la persistencia, lo que determina que pueda prolongarse durante toda la vida de los afectados, traspasando incluso el umbral de una generación. Esta situación supone una ruptura con una serie de pertenencias que acaban dejando al individuo afectado en una especie de periferia, que se traduce en la marginación sociolaboral y cultural.

En un momento en el que se discuten los propios modelos de crecimiento económico, la cuestión clave se debe centrar en cómo conseguir que la protección y la inclusión sociolaboral de estos grupos con alto grado de vulnerabilidad se tengan efectivamente en cuenta en el diseño, elaboración e implementación de las políticas de empleo. Esto conlleva, lógicamente, a promover modelos de desarrollo inclusivos con medidas de empleo de carácter preventivo y con actuaciones concretas que incentiven la incorporación al mercado de trabajo respetando los objetivos de flexiseguridad; esto es, políticas que hagan posible un enfoque integrado de flexibilidad y seguridad a partir de directrices claras y concretas.

En este contexto, debemos recordar que el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, establece en el artículo 2, dentro de sus objetivos generales, garantizar la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación en el acceso al empleo; asimismo, es objetivo a lograr, asegurar políticas adecuadas de integración dirigidas a aquellos colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral, especialmente jóvenes, mujeres, personas con discapacidad y parados de larga duración, mayores de 45 años.

Por su parte la Estrategia Española de Activación para el Empleo (2013-2016), contempla como objetivos estratégicos o prioritarios, mejorar la empleabilidad de los jóvenes (cumpliendo lo previsto por la Garantía Juvenil) y favorecer la empleabilidad de otros colectivos especialmente afectados por el desempleo (desempleados de larga duración, mayores de 45 años...), reforzando la vinculación de las políticas activas y pasivas de empleo. Propósitos que se especifican

también en el Plan Anual de Políticas de Empleo para 2016, según lo previsto en el artículo 11 del texto refundido de la Ley de Empleo. En la misma línea, el Programa Nacional de Reformas para 2016, reconoce que la modificación de los perfiles de pobreza y exclusión social observada en los últimos años está muy relacionada con el complicado contexto económico vivido recientemente. Por ello, la vía más efectiva para luchar contra la pobreza y la exclusión social es la creación de empleo y la inserción laboral. Esa vía de actuación debe seguir siendo prioritaria, a través de las políticas activas de empleo y de la adecuación constante del capital humano, así como de otras medidas en el ámbito del mercado de trabajo.

Aunque se ha mantenido, y se desprende claramente de los documentos citados, que el mejor antídoto contra la pobreza es el trabajo, las estadísticas revelan una realidad diferente. En 2015, el 14,8% de personas con empleo estuvo en situación de riesgo de pobreza. Un porcentaje que ha ido evolucionando de manera creciente [2013 (11,7%); 2014 (14,2%)] desde que la crisis económica llegase a España en 2008⁴. Esta última y las transformaciones del mercado de trabajo en las décadas pasadas han provocado la proliferación de empleos precarios, de baja calidad, de duración limitada y de escasa remuneración. La creación de este tipo de empleo ha afectado en especial a los sectores con menor formación y se ha erigido en la relación habitual con el mundo del trabajo de buena parte de los sectores socialmente más excluidos. Se trata de empleos que no permiten la obtención de recursos suficientes para una vida digna, ni aportan nada en términos de integración social. Los datos estadísticos vienen a mostrar que no cualquier trabajo protege de la pobreza y que el fenómeno de los pobres con trabajo ha llegado para quedarse. Estamos, sin duda, ante un tema de interés indudable por las repercusiones sociales, económicas y laborales que conlleva, que exige de los gobiernos no sólo la adopción de medida que fomenten el empleo estable y de calidad, sino de intervenciones públicas de carácter tuitivo que se traduzcan en ayudas de carácter económico que sirvan para paliar la insuficiencia de los salarios, y que incluyan la garantía de ingresos como uno de los elementos fundamentales a tener en cuenta. A pesar del interés que despierta la cuestión no es el tema central de este trabajo.

En estas líneas, teniendo como referente el concepto de *Inclusión Activa*, trataremos de analizar las distintas políticas diseñadas y aplicadas en los últimos

⁴ Datos que, según el VI Informe sobre “El estado de la pobreza”, presentado por EAPN, opus cit., están vinculados con la jornada laboral a tiempo parcial. En 2014 y 2015 se han registrado los valores máximos de pobreza entre los ocupados a jornada parcial, que a su vez han coincidido con el descenso de las cifras del paro en respectivos años. Asimismo, se observa una evolución progresiva de empleados en este tipo de jornada laboral. Entre ellos, los más jóvenes -de 16 a 29 años- son los que soportan mayores porcentajes de este tipo de jornada. Además, han sido el grupo de población más afectado por la tasa de riesgo de pobreza (29,2%) en 2015 junto con los mayores de 64 años.

años destinadas a facilitar a las personas que quieren y pueden trabajar - y que, por circunstancias varias, se encuentran en situación de exclusión social o en riesgo de estarlo-, su incorporación a un mercado de trabajo de calidad y, con ello, su inclusión en la sociedad actual. No cabe duda que el principal factor de riesgo de situaciones de marginación y de exclusión social gira en torno al empleo: las dificultades de acceso al mismo, la pérdida de éste o la precariedad laboral. Ello se debe a que el trabajo no es sólo fuente de ingresos sino también instrumento que permite conectar a la persona con toda una red de relaciones sociales que facilitan la integración.

Dada la amplitud de colectivos especialmente vulnerables y los múltiples criterios que se pueden tener en cuenta a la hora de abordar su problemática, para configurar este estudio, nos centraremos, como ya adelantamos, en un elemento clave que puede actuar como factor de exclusión: la edad, que si bien podría pensarse que no es criterio novedoso ni original, sí nos va a permitir identificar los grupos poblacionales en situación de mayor vulnerabilidad a la hora de conseguir su integración en un mercado de trabajo globalizado, cambiante y, por ende, cada vez más exigente. Partiendo, pues, de tal criterio, identificaremos a tres colectivos: los jóvenes, las personas de mayor edad (próximas o en edad de jubilación) y los que podríamos llamar *expulsados del mercado laboral*: parados de muy larga duración mayores de 45 años. En todos los casos haremos un repaso de las medidas de políticas de empleo nacionales, tanto en su dimensión activa como pasiva, no sin antes- y es lo que constituye la parte inicial de este trabajo- indagar en la que pretende ser la vía de prevención contra la exclusión (laboral): la llamada *Inclusión Activa*.

2. LA ESTRATEGIA DE *INCLUSIÓN ACTIVA* EN LAS POLÍTICAS SOCIOLABORALES

2.1. Aspectos claves

Partimos de una base incuestionable: la integración en la sociedad y la participación en sus oportunidades es un objetivo universal para todos los ciudadanos, además de un derecho fundamental (Carta de los Derechos Fundamentales). Bien es cierto que las medidas que configuran la denominada *Inclusión Activa* tienen como destinatarios no sólo a las personas en situación de exclusión sino a toda la población. No obstante, sobre este principio general, se va a dar prioridad a aquellos colectivos y personas que han quedado excluidos del proceso de integración general. Este principio se materializa en estrategias integradas que comprendan los tres pilares de una renta digna, una ocupación adecuada y el acceso a los servicios de bienestar que hagan posible la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar, así como la mejora del bienestar personal.

Con respecto a estos pilares fundamentales, el derecho a una renta adecuada o suficiente se basa en el respeto al binomio seguridad económica-empleo para garantizar una vida digna. Se rechaza, de este modo, la existencia de la pobreza en el trabajo así como las distintas formas de empleo irregular que necesariamente excluyen de la protección social; idea que conecta con otro de los pilares esenciales: la creación de mercados de trabajo inclusivos, que garanticen empleos estables y de calidad para todas las personas, así como una adecuada progresión profesional (formación permanente a lo largo de la vida, apoyo a la búsqueda de empleo, apoyo personal en el puesto de trabajo...). Finalmente, y como tercer pilar, la inclusión activa requiere servicios de calidad universales, accesibles y garantizados para todas las personas, sobre todo los servicios de sanidad, educación y servicios sociales, así como el acceso a una vivienda digna.

Para asegurar la efectividad de estas políticas, son necesarios al menos tres elementos: que haya un diseño político preciso en el que se tengan en cuenta los tres ámbitos a los que hemos hecho referencia (apoyo con ingresos adecuados, mercados laborales inclusivos, acceso a unos servicios de calidad) con una visión conjunta de la integración económico-social de las personas en desventaja; que las acciones se realicen de modo integral en los tres ámbitos de la inclusión activa, abordando las múltiples causas de la pobreza y de la exclusión social, y que haya una coordinación política en los distintos niveles administrativos, con refuerzo de la participación activa de todos los actores relevantes en la planificación, puesta en marcha y evaluación de las estrategias que se lleven a cabo (organizaciones sociales y económicas y, particularmente, las personas afectadas). Además, como más adelante reseñaremos, es necesario respetar una serie de principios transversales fundamentales y tener en cuenta la perspectiva a largo plazo de estas políticas, de modo que puedan apoyar la solidaridad intergeneracional y romper el círculo de la transmisión de la pobreza.

2.2. La inclusión activa en Europa como vía para la integración laboral de las personas más alejadas del mercado de trabajo

En 2007⁵, la Comisión Europea, mediante la Comunicación titulada “Modernizar la protección social en aras de una mayor justicia social y una cohesión económica reforzada: promover la inclusión activa de las personas más alejadas

⁵ Recordemos que la Recomendación del Consejo 92/441/CEE de 24 de junio de 1992 (sobre los criterios comunes relativos a recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social) abordó ya en esta fecha de manera específica la pobreza y la exclusión social en el ámbito comunitario. No obstante, la subsistencia de determinados problemas, sobre todo referentes a la persistencia de las situaciones de pobreza y el desempleo, exigió a la Comisión un replanteamiento de ideas que se basaron en la modernización de los sistemas de protección social y la aplicación de políticas globales e integradas.

del mercado laboral”, de 17 de octubre⁶, proponía una estrategia global llamada de *Inclusión Activa* en favor de la integración de las personas situadas al margen del mercado de trabajo.

Se pretendía unir un acompañamiento social al ejercicio de una actividad económica, para permitir a las personas en grandes dificultades ejercer un trabajo en un marco y con un ritmo adaptado a sus circunstancias. Los objetivos claves de esta nueva estrategia consistían, entre otros, en integrar profesionalmente a las personas afectadas, reforzando los vínculos entre la inserción profesional, la garantía de una renta mínima y el acceso a los servicios sociales de interés general (orientación profesional, cuidados sanitarios, cuidado de niños, formación permanente, etc.). El núcleo de este enfoque llamado de *Inclusión Activa* quedaba integrado por tres ejes: en primer lugar, un apoyo a la renta suficiente para evitar la exclusión social; en segundo lugar, un acceso a mercados laborales inclusivos, favoreciendo la ayuda para la orientación profesional personalizada y los incentivos financieros en favor de los solicitantes de empleo y los empresarios; finalmente, en tercer lugar, un mejor acceso a servicios sociales de calidad.

El Consejo Europeo, en su Decisión de 7 de julio de 2008, reconoció la necesidad de poner en marcha políticas globales e integradas orientadas a aquellas personas situadas en los márgenes o fuera del mercado de trabajo. Posteriormente, la Comisión, a través de la Recomendación 2008/867/CE, de 3 de octubre de 2008⁷, instó a los Estados miembros a que definiesen una estrategia integrada y global en este ámbito. Posteriormente, el Parlamento Europeo⁸ fortaleció la filosofía de que toda estrategia de *Inclusión Activa* se tenía que construir sobre los principios de los derechos individuales, el respeto a la dignidad humana, la no discriminación, la igualdad de oportunidades y la igualdad de género.

Actualmente, la batalla contra la exclusión es uno de los objetivos globales de la Estrategia Europea de Empleo 2020; en ella se apuesta por la inclusión social (definida como proceso que asegura que aquellas personas en riesgo de pobreza y de exclusión social aumenten las oportunidades y los recursos necesarios para participar completamente en la vida económica, social y cultural, así como gozar de unas condiciones de vida y de bienestar que se consideran normales en la sociedad en la que viven), por la prevención de la exclusión del mercado laboral y por el apoyo en la integración en el empleo de las personas desfavorecidas⁹.

⁶ COM (2007) 620 final - no publicada en el Diario Oficial.

⁷ Recomendación sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral. Diario Oficial L 307 de 18.11.2008.

⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2009, sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral (2008/2335(INI)).

⁹ En el ámbito de la misma, la Comisión aprobó, como una de sus siete iniciativas emblemáti-

Transcurrido ya unos años desde el arraigo y consolidación de este concepto en las políticas de la Unión Europea y en las de sus Estados miembros, la evaluación de la efectividad de las medidas y programas es aún muy limitada, de modo que el conocimiento de la misma es escaso. Ello se debe, entre otras cuestiones, a la inexistencia de herramientas de evaluación y a los condicionamientos políticos y administrativos que limitan en la práctica la evaluación de los resultados.

Según las conclusiones extraídas en estudios publicados¹⁰, estas políticas no garantizan una efectiva conexión de los tres pilares; además, las experiencias existentes en los países de nuestro entorno no nos permiten establecer modelos ni prácticas de referencia ideal.¹¹ No obstante, sí podemos afirmar que en la Unión Europea existe una clara segmentación en este tipo de políticas¹². El déficit en la inclusión laboral de los grupos más excluidos de la población es evidente en la mayoría de las políticas. Los programas de inclusión tienen éxito en reintegrar a las personas excluidas en el estado de bienestar en su vertiente protectora, favoreciendo de paso una mayor inclusión social, pero en mucha menor medida consiguen sus propósitos en cuanto a inserción laboral. En consecuencia, la finalidad primordial, esto es, facilitar la integración a un empleo duradero y de calidad de todas las personas capaces de trabajar y proporcionar unos recursos suficientes para vivir con dignidad, queda en entredicho.

cas, la “Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social: un marco europeo para la cohesión social y territorial” (2010), en la que se exponían las medidas dirigidas a conseguir el objetivo de reducir en 20 millones el número de personas en situación de pobreza y/o riesgo de exclusión social.

¹⁰ Véase, las interesantes conclusiones de MARBÁN GALLEGU/RODRÍGUEZ CABRERO: Estudio comparado sobre Estrategias de Inclusión Activa en los países de la Unión Europea”. Informes, estudios e investigación 2011. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, pp. 138 y ss.

¹¹ A pesar de las diferencias entre las políticas de *Inclusión Activa* en los distintos regímenes de bienestar de los países que conforman la Unión Europea, podemos destacar algunos elementos comunes. La tendencia a este tipo de inclusión es un rasgo común en todos los países miembros. La filosofía general que orienta sus políticas y programas persigue una finalidad: la inclusión en el mercado ordinario de trabajo (mercados de trabajo inclusivos). Para ello se diseñan itinerarios flexibles, adaptables a las circunstancias concretas, con medidas de control y con exigencia de responsabilidad individual. La descentralización de los programas y la combinación de actores institucionales y sociales es también una tendencia común, si bien con un mayor peso en los países del norte. Los avances que se están produciendo en la interrelación entre garantía de rentas y acceso al empleo -y a la formación para el mismo- no están siendo acompañados por una adecuada vinculación con otro de los ejes principales: el acceso a unos servicios de calidad. Sólo los países del régimen nórdico son los que más se acercan a la combinación entre los tres ejes; también algunos países del régimen continental (caso de Bélgica y Países Bajos). De nuevo, MARBÁN GALLEGU/RODRÍGUEZ CABRERO, cit., pp.70 a 72.

¹² Muy interesante el estudio de ARRIBA GONZÁLEZ DE DURANA, “Contenidos e instrumentos de las políticas de inclusión social e inclusión activa”, Lan Harremanak/29 Revista de Relaciones Laborales (2013-II), pp. 163 y ss., en donde se pone de manifiesto como en la UE la inclusión social activa se ha materializado de forma desigual a través medidas que tienen que ver con las diversas tradiciones políticas y con las *coloraciones* políticas de los gobiernos.

2.3. La situación en España

En España, realidades como la segmentación en el mercado de trabajo, la discriminación de género o la pobreza en el trabajo, por ejemplo, son factores que han condicionando- y continúan haciéndolo- la elaboración y puesta en marcha de la política de empleo, en general, y como manifestación específica, los programas y planes que forman parte de estas políticas. En nuestro país, la vinculación de la lucha contra la pobreza con las políticas activas de empleo y acceso a los servicios públicos se ha desarrollado progresivamente a partir de la Estrategia de Lisboa. Hoy por hoy, las estrategias de *Inclusión Activa* no sólo se vinculan con la activación (búsqueda de empleo y formación ocupacional), sino también con la integración en su sentido más amplio (caso de las rentas mínimas de inserción de las Comunidades Autónomas), pues una parte importante del colectivo en situación de exclusión o riesgo grave no puede ser objeto directo de activación laboral pero sí de cierta mejora de las condiciones sociales y de vida a través de este tipo de medidas.

En el caso español existe una tendencia clara a aplicar en este ámbito la filosofía propia de la política comunitaria desde sus comienzos en 2008 hasta la actualidad. La inserción activa debe ser omnicomprensiva y si bien la búsqueda de empleo y la integración laboral son objetivos estratégicos, no por ello se puede olvidar la existencia de colectivos muy vulnerables que deben ser objeto de programas y acciones específicas y flexibles.

Observamos como la estrategia de activación se ha abierto paso en los últimos años y se ha traducido en una intensificación de las acciones de orientación, apoyo a la búsqueda de trabajo y seguimiento de los individuos sin empleo, estableciendo incluso itinerarios de inserción individualizados y profundizando en el esquema de incentivos dirigidos a empujar la vuelta al trabajo de los parados¹³. Asimismo, el despliegue del binomio políticas activas/pasivas ha sido intenso en la década pasada; muestra de ello es la creación de la renta activa de inserción, el reforzamiento del principio de activación en las prestaciones asistenciales por desempleo, la expansión de la formación ocupacional y continua en parados y ocupados, la mejora de los servicios públicos de empleo o los incentivos a la empresa privada para la contratación de determinadas categorías de trabajadores para la creación de empleo (sobre todo la bonificación de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social¹⁴).

¹³ GARCÍA SERRANO, C. "Las políticas de mercado de trabajo: desempleo y activación laboral". *Política y Sociedad*, vol.44, 2. 2007, p. 150.

¹⁴ No olvidemos que una crítica general a las políticas activas de empleo radica en que, a pesar de que en los últimos años se produce un incremento del presupuesto en estas políticas, sigue teniendo un peso significativo el sistema de bonificaciones a la contratación o al mantenimiento del

El planteamiento del Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social (2013/2016) implica la superación de estrategias sólo enfocadas hacia aspectos parciales de la problemática de la exclusión y la pobreza, tales como las dirigidas de manera exclusiva hacia el mercado de trabajo, o las basadas sólo en políticas asistenciales. Se trata de articular políticas que combinen la inserción por la vía laboral con el apoyo a colectivos más desfavorecidos a través del mantenimiento de niveles de protección social que permitan desarrollar una vida digna y una mayor cohesión social y económica. Por tanto, como se refleja en el texto del propio Plan, el enfoque de inclusión activa, aunque se orienta a las personas situadas en los márgenes del mercado de trabajo, es plenamente complementario de la denominada *flexiguridad*. Constituye lo que se podría definir como una asistencia social activa, en la medida en que ofrece itinerarios personalizados hacia el empleo y vela para que las personas imposibilitadas para trabajar puedan llevar una vida digna y contribuir, en la medida de sus posibilidades, a la sociedad. En esta línea, la inclusión activa y los tres ejes que la articulan se complementan con otras medidas destinadas a cubrir las necesidades específicas de estos colectivos vulnerables, que precisan de una intervención más concreta¹⁵.

empleo, siendo baja la inversión en formación o en los servicios del mercado de trabajo comparativamente con la U.E. Estos incentivos a las contrataciones no acaban de ofrecer resultados solventes e implican una importante inversión presupuestaria; deberían de caracterizarse por su carácter coyuntural y selectivo (concentrándose en determinados colectivos). Las reformas de 2010 y 2012 reconocen esta realidad e introducen importantes cambios- atenuados, en gran medida, después.

¹⁵ El PNAIN se articula a través de un conjunto de objetivos estratégicos y operativos y de actuaciones que se estructuran en torno a dos grandes capítulos, uno general y otro específico:

1. El primer capítulo y también de carácter general contiene, a su vez, tres objetivos estratégicos asociados a los pilares de la inclusión activa:

- *Objetivo estratégico 1:* Impulsar la inclusión a través del empleo de las personas más vulnerables
- *Objetivo estratégico 2:* Garantizar un sistema de prestaciones que permitan apoyar económicamente a aquellas personas con necesidades especiales
- *Objetivo estratégico 3:* Garantizar la prestación de unos servicios básicos a toda la población enfocados, de forma particular, hacia los colectivos más desfavorecidos, especialmente el caso de servicios sociales, educación, sanidad y vivienda.

2. El segundo capítulo se refiere a colectivos específicos que requieren actuaciones concretas y diferenciadas que no tienen cabida, por su particularidad, en los objetivos prioritarios de la inclusión activa. En particular, los colectivos considerados son los siguientes: personas sin hogar, personas con discapacidad, personas mayores, personas en situación de dependencia, personas inmigrantes, mujeres víctimas de violencia de género, población gitana, personas víctimas de discriminación por origen racial, étnico, orientación sexual e identidad de género, personas con problemas de adicción (drogas, alcohol, juego, etc.) y personas reclusas o exreclusas.

3. LA INCLUSIÓN SOCIAL ACTIVA DE COLECTIVOS ESPECIALMENTE VULNERABLES: JUVENTUD Y MAYOR EDAD

Como apuntábamos al principio, de las numerosas y variadas razones que puedan generar situaciones de exclusión o de riesgo se encuentra, sin duda, el componente de la edad. En base a este elemento, y atendiendo a su relación con el mercado de trabajo, diferenciamos tres grandes grupos, caracterizados todos ellos por su fragilidad y posición de desventaja en un mercado laboral cada vez más competitivo. Los jóvenes que quieren, y no pueden, acceder a su primer empleo, las personas que, cumplida una edad, dejan de ser trabajadores activos para convertirse en pasivos o pensionistas y, por último, los llamados *expulsados del mercado de trabajo*, que son aquellos mayores de 45 años que, por razones diversas, se encuentran en situación de desempleo, en no pocos casos de larga duración, con escasas posibilidades de reintegrarse en un puesto de trabajo.

Aun aceptando que el empleo/desempleo juvenil y el de los trabajadores de mayor edad son las dos caras de una misma moneda (¿pasaremos de hablar de la Garantía Juvenil a la Garantía de los Trabajadores de edad?), se trata, sin duda, de dos problemáticas con perfiles distintos que como tales requieren tratamientos dispares. No obstante, comparten un elemento común: son los colectivos más débiles del mercado laboral y cada vez cada vez tiene más sentido preguntarse: ¿la excepción se convierte en norma¹⁶?

Veamos cuáles son las políticas articuladas en los últimos años para conseguir que la integración a través del empleo se haga realidad. Con tal fin comenzaremos refiriéndonos a las líneas u orientaciones marcadas desde la Unión Europea, en particular en el caso de los jóvenes –repasso muy necesario por el avance que han supuesto en el desarrollo de las políticas los Estados miembros y en el fomento de una cultura que hace valer las aptitudes y capacidades de los más jóvenes ante el empleador y la sociedad en general- para luego descender a las prácticas nacionales, perfiladas a partir de los principios comunitarios y desarrolladas, como no podía ser de otra forma, atendiendo a las peculiaridades de nuestra realidad socioeconómica.

3.1. Jóvenes

3.1.1. Líneas de orientación en el ámbito de la Unión Europea (UE)

No nos cabe duda de que el desempleo juvenil es más sensible al ciclo económico que el desempleo general, ya que los jóvenes poseen menos experiencia, tienen frecuentemente contratos temporales de corta duración y están, por tanto,

¹⁶Al respecto, CARRASQUER OTO/ RECIO CÁCERES, CAROLINA (2013): “Los colectivos más débiles del mercado laboral: ¿la excepción como norma? Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, Vol. 1, pp. 187- 194.

más expuestos a la precariedad laboral, a la rotación y al despido, y también se concentran más en los sectores económicos de mayor riesgo con las coyunturas económicas desfavorables.

Por estas y otras razones, los jóvenes integran un colectivo especialmente vulnerable, la inquietud por sus problemas en la normativa comunitaria ha sido creciente a lo largo de las últimas décadas. Prueba de ello son las numerosas acciones emprendidas en ámbitos diversos, tales como el educativo, el acceso a las tecnologías de la información y, en lo que a nosotros más nos interesa, el empleo y la formación profesional. Consideramos imprescindible en este apartado referenciar los documentos comunitarios más representativos, pues son el punto de partida (y de llegada) de las políticas de juventud llevadas a cabo en nuestro país.

El Libro Blanco sobre la Juventud, publicado en 2001, marca una línea de actuación que debía implantarse tanto en el ámbito de la Unión Europea como en el nacional, y que repercutió en la adopción de políticas nacionales sociolaborales a favor de los jóvenes. Una mejor consideración de la juventud en las políticas sectoriales, sobre todo en lo que a empleo e integración social se refiere, y en particular la lucha a favor de la mejora de los mecanismos de acceso a sistemas de formación permanente, son pautas esenciales a seguir.

Para alcanzar el objetivo de Europa 2020 de aumentar la tasa de empleo general de los 20 a los 64 años hasta el 75%, la Comisión considera primordial reducir el alto nivel de desempleo juvenil, insistiendo – siguiendo así la tónica que inspira a la política de empleo de la Unión Europea- en que el trabajo por cuenta propia y el espíritu empresarial constituyen valiosas oportunidades para ello; hace hincapié en tres aspectos claves: en primer lugar, los jóvenes precisan más apoyo en la transición entre la educación y el trabajo, por lo que deberán adoptarse no sólo medidas socio-educativas, en sentido estricto, sino políticas que activen el mercado laboral, incentivando, por ejemplo, a los empleadores para la contratación de jóvenes en formación o sin experiencia laboral. Otro elemento crucial - el segundo- es la especial atención a los jóvenes que están en situación de riesgo, activando medios que propicien su reinserción en los itinerarios formativos y educativos o la incorporación por primera vez al mercado de trabajo. Finalmente, como tercer eje, la Comisión se comprometió a establecer un seguimiento sistemático de la situación de los jóvenes que ni estudian, ni trabajan (los llamados *ni-ni*), por su especial predisposición a la exclusión social.

En esta línea, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 20 de diciembre de 2011, “Iniciativa de Oportunidades para la Juventud¹⁷” exponía

¹⁷ COM (2011) 933 final.

la situación laboral de los jóvenes en la Unión Europea proponiendo soluciones al objeto de luchar contra la elevada tasa de desempleo en el colectivo. Posteriormente, la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de mayo de 2012, sobre la “Iniciativa de Oportunidades para la Juventud¹⁸” acogió con satisfacción la Comunicación citada, pero manifestó serias dudas sobre si la envergadura de las acciones propuestas guardaba proporción con la gravedad de la crisis del desempleo de los jóvenes experimentada en muchos Estados miembros; apuesta, al igual que lo hace la Comisión, por promover la denominada *Garantía Juvenil*. La Resolución reconoce que los jóvenes sufren discriminación laboral en lo que se refiere a su acceso al mercado de trabajo y a su permanencia en él a consecuencia de su precaria situación y de los contratos temporales, y que esta situación exige que se respete el principio de igualdad de trato establecido por la legislación europea¹⁹. En abril de 2013 se adoptó oficialmente la Recomendación sobre la Garantía Juvenil²⁰ para garantizar a los jóvenes una incorporación satisfactoria al mercado laboral. Este Sistema, que trata de garantizar que ningún joven de hasta 25 años²¹ se quede más de cuatro meses sin trabajo, formación o periodo de prácticas, es prueba evidente de que la lucha contra el desempleo juvenil, como factor que propicia el riesgo de exclusión social entre los jóvenes, se convierte en una prioridad de la Estrategia Europa 2020 y de la lucha contra la crisis.

Teniendo presente que es objetivo primordial facilitar la transición de los jóvenes del sistema educativo al mundo laboral para aumentar así sus posibilidades en el mercado de trabajo, la Recomendación del Consejo de 10 de marzo de 2014, sobre un marco de calidad para los periodos de prácticas²², invita a los Estados miembros a garantizar que todos los jóvenes reciban una buena oferta de empleo, educación continua, periodo de aprendizaje o prácticas. Sin embargo, los estudios ponen de manifiesto que un porcentaje importante de los periodos de prácticas presentan problemas de calidad y relativos a las condiciones de trabajo. Jornadas

¹⁸ (2012/2617(RSP)).

¹⁹ Como punto especialmente interesante, destacamos la referencia particular que se hace a las madres- jóvenes que, como expone la Resolución, sufren una discriminación particular en el mercado de trabajo por introducir pausas en su carrera debido a obligaciones familiares; pide, por consiguiente, a los Estados miembros que consoliden sus políticas de equilibrio entre la vida laboral y la vida profesional, especialmente reforzando la Directiva relativa al permiso de maternidad a nivel de la UE y ofreciendo unos servicios accesibles, asequibles y de buena calidad de cuidado de los niños y los adultos dependientes.

²⁰ Recomendación del Consejo de 22 de abril de 2013 sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil 2013/C 120/01.

²¹ En el caso de España, la Ley 25/2015, de 28 de julio (disposición final duodécima) eleva la edad límite hasta los 30 años, mientras que la tasa de desempleo de este colectivo sea igual o superior al 20 por ciento. En todo caso, el límite se mantiene en los 30 años si el/la joven acredita un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento en el momento de solicitar la inscripción en el Sistema.

²² 2014/C 88/01.

laborales largas, ausencia de cobertura de la seguridad social, presencia de riesgos para la salud y la seguridad, remuneración o compensación económica escasa o inexistente, falta de claridad del régimen jurídico aplicable y excesivamente larga duración del período de prácticas, son algunos de los problemas detectados. Por tal razón, se recomienda a los Estados miembros que articulen medidas para garantizar que se respeten los derechos y las condiciones laborales de los trabajadores en prácticas recogidos en la legislación nacional y europea aplicable.

Para finalizar este repaso a los documentos más recientes, debemos hacer referencia a la Resolución relativa al Plan de Trabajo de la Unión Europea para la cooperación en el ámbito de la juventud para 2016-2018, que detalla una serie de acciones dirigidas los jóvenes –con referencias expresas a los migrantes y refugiados- con el fin de ofrecerles mejores oportunidades socio-laborales, en particular, a aquéllos que por sus carencias formativas o relacionadas con el trabajo (ausencia de éste o precariedad laboral) se encuentran en riesgo de exclusión.

El Plan de Trabajo para la Juventud vigente para el periodo 2016-2018 se centra en temas muy diversos; desde el apoyo a la salud y el bienestar de los jóvenes, a la participación de éstos en la vida democrática de Europa; Se aboga por una mejor inclusión social del colectivo, facilitando la transición de la juventud a la vida adulta, en particular en lo que respecta a su integración en el mercado de trabajo. Para ello, y en lo que a esta última cuestión concierne, se insta a los países de la Unión a comprometerse a seguir desarrollando medidas en favor de un trabajo profesional y de calidad en el ámbito de la juventud, a establecer medidas de apoyo que incluyan educación y formación y a ampliar el alcance del trabajo en el ámbito de la juventud de forma que incluya a jóvenes de dieciocho años o más y a jóvenes con menos oportunidades.

Si bien los destinatarios de estas medidas son todos los jóvenes, se hace especial hincapié en aquellos que están expuestos al riesgo de marginación, a los que no están trabajando ni estudiando o siguiendo una formación (*ni-ni*), y a los inmigrantes recién llegados y refugiados jóvenes, propiciando con tal fin la adopción de la puesta en práctica de medidas que coadyuven a cumplir los objetivos propios de la *Inclusión Activa*.

3.1.2. El sistema de garantía juvenil como clave para la integración laboral de los jóvenes en riesgo de exclusión social en España. Reflexión crítica

Repasando la normativa sobre políticas activas de empleo dirigidas a los jóvenes durante los años que coinciden con la crisis económica²³, percibimos una

²³ Al respecto, muy interesante, el trabajo de GARCÍA QUIÑONES, Políticas activas de empleo durante la crisis económica (2010-2015). Colección de Derecho Laboral. Madrid, 2015, que hace

manifiesta hiperactividad legislativa, así como la invocación recurrente a razones de urgencia. Desde 2011, a través de diversas fórmulas (acuerdos, programas, planes... que forman parte del conjunto de medidas de carácter coyuntural previstas para 2011-2012) se proponen acciones para la mejora de la empleabilidad mediante actuaciones de orientación y formación para el empleo dirigidas a la juventud²⁴.

En diciembre de 2013, España aprobó el Plan Nacional de Implantación de la Garantía Juvenil, en coherencia con la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016. La Ley 18/2014, de 15 de octubre, sentó las bases del Sistema. Éste responde a las directrices contenidas en la Recomendación del Consejo Europeo de 22 de abril de 2013, entre las que se encuentran la atención al género y diversidad de los jóvenes objeto de la Garantía -todos ellos, sin embargo, con un elemento común: no estar trabajando, ni recibiendo formación- así como la adaptación a las circunstancias nacionales, regionales y locales.

No es objetivo de este trabajo hacer un análisis de los instrumentos mediante los cuales las diferentes vertientes (formativa, laboral...) de la Garantía Juvenil han tratado de ponerse en marcha en nuestro país.²⁵ Sin embargo, sí es nuestra finalidad indagar en cómo las medidas articuladas en el sistema, no han tenido el éxito esperado. Los factores de éxito de la Garantía Juvenil radican no sólo en la eliminación de las barreras entre el sistema educativo y el mercado laboral y en las estrategias de difusión para acercar a más jóvenes al sistema; hay que apostar por sistemas de educación y formación profesionales modernos que proporcionen las capacidades necesarias en el mercado laboral con fuerte implicación de los empleadores y de los poderes públicos y coordinación entre estos últimos.

un recorrido por las reformas legales que tienen una proyección directa o indirecta en materia de política activas de empleo. Véase, en particular, pp. 383 y sigs., sobre los estímulos a la contratación de los jóvenes regulados por la Ley 11/2013, y pp. 448 y sigs., sobre el Sistema Nacional de Garantía Juvenil.

²⁴ Al respecto, véase, CAVAS MARTÍNEZ, “Los incentivos al empleo juvenil en el contexto de las políticas públicas de empleo y de protección social”. Revista de Derecho de la Seguridad Social, número monográfico: Medidas de Seguridad Social de Fomento de Empleo y su incidencia en la sostenibilidad del sistema en España e Italia, 2016, p.38. Véase, con respecto a las figuras contractuales reguladas en la Ley 11/2013, GUERRERO VIZUETE, “Las medidas de estímulo a la creación de empleo juvenil contenidas en la Ley 11/2013 de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo: puntos críticos”. Temas Laborales, 122/2013, pp. 13-43; RODRÍGUEZ CRESPO, “Últimas novedades en materia de estímulos a la contratación de jóvenes. Un análisis de las medidas adoptadas por la Ley 11/2013, de 26 de julio”. Revista de Información Laboral, 11/2013, pp. 7-22

²⁵ Al respecto, véase, el interesante estudio de MORALES ORTEGA, “La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven y la Ley 11/2013 en el contexto europeo: garantía laboral y garantía formativa”, en la obra de AA.VV (Coord. FERNÁNDEZ LÓPEZ/CALVO GALLEGO), La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil, pp.74-93.

Sin duda, podemos decir que España ha hecho los deberes a medias, y las actuaciones llevadas a cabo en los últimos años para incrementar la empleabilidad de los *ni-ni* no han dado los resultados esperados. A pesar de que existen recursos disponibles subvenciones y ayudas, parece que la Garantía Juvenil no está logrando su objetivo. Sin tener acceso a datos oficiales sobre la empleabilidad y tipo de contrataciones tras el programa, todo parece indicar que la reducción del paro que se ha registrado entre los jóvenes es la misma que en el resto de tramos de edad y tiene su explicación en la recuperación económica y no en las acciones concretas del Plan. Y ello, a pesar que, desde un principio, el Plan dejó clara su filosofía de adoptar medidas ajustadas a los distintos perfiles de jóvenes en función de su situación, para alcanzar tanto a los inscritos como demandantes de empleo, como a quienes no optaron por esa vía de activación, y también a los jóvenes más alejados del mercado laboral, con alto riesgo de marginación social.

Es hora, pues, de poner en entredicho la eficacia de las medidas previstas en este sistema. En particular, y en lo que concierne a la vertiente formativa, una gestión estatal deficiente, haciendo caso omiso al llamamiento de la Unión Europea de que la lucha contra el desempleo juvenil debe tener como principal flanco la lucha contra el abandono escolar, puede traer –y de hecho lo hemos comprobado– resultados desastrosos. En la misma línea, un diseño del sistema educativo-formativo que no responde a las demandas de las empresas, aboca a que la formación que está recibiendo el joven no va a repercutir en sus posibilidades de inserción laboral. Si la formación ofertada no redundan positivamente en la empleabilidad de los jóvenes, no va a tener ningún efecto en su futuro laboral. La inserción laboral, por tanto, se aparcará ¿temporalmente?, mientras dure la formación²⁶, convirtiendo en ardua tarea la consecución de los objetivos que proclama la tan ansiada *Inclusión Activa*.

Por otra parte, y en lo que respecta a la vertiente laboral, sin entrar a valorar las diversas fórmulas de contratación existentes desde 2013, los estímulos a la misma, la apuesta por el emprendimiento, las reformas en los contratos formativos y el intento de potenciar un marco coherente y compatible con unas prácticas no laborales de calidad²⁷, los resultados obtenidos nos demuestran que en nuestro país no se ha tenido en cuenta la recomendación de las instituciones comunitarias acerca de que las diversas vías a través de las cuales las empresas se ven beneficiadas de la contratación temporal, no debe contribuir a la precariedad laboral, o lo que es lo mismo, al fomento de los llamados trabajadores pobres, en un alto porcentaje jóvenes que no obtienen con su trabajo recursos suficientes para poder

²⁶ MORALES ORTEGA, op., cit., p. 82.

²⁷ Al respecto, véase, CAVAS MARTÍNEZ, “Los incentivos al empleo juvenil en el contexto de las políticas públicas de empleo y de protección social”, cit. pp. 31 a 38.

vivir dignamente, aunque a efectos estadísticos estén integrados en el mercado de trabajo.

Desde muchos foros se critica la actuación de las administraciones públicas en la puesta en marcha del sistema²⁸, señalando graves defectos de forma como la falta de difusión, la dificultad del proceso de inscripción, la falta de transparencia y participación en su gestión, así como la ausencia de datos que permitan realizar una evaluación de impacto real. Desde los sindicatos se hace hincapié en que, teniendo en cuenta el amplio campo de potenciales beneficiarios, ha sido muy escaso el porcentaje de los que han hecho uso de estas medidas, pareciendo estar más pensado para conceder subvenciones a las empresas que para garantizar una empleabilidad duradera de los jóvenes. De manera similar, las críticas se hacen llegar desde las propias instituciones comunitarias²⁹; la Comisión Europea, ante la precariedad en la ejecución del sistema en nuestro país, pidió al Gobierno el reintegro de parte de los fondos adelantados para facilitar su implantación³⁰.

²⁸ Véase, FERNÁNDEZ AVILÉS, “El nuevo sistema nacional de garantía juvenil (más “burocratización” que originalidad)” en el editorial de la Revista de Trabajo y Seguridad Social núms. 377-378 /2014 (Editorial), en dónde afirma que el Sistema de Garantía Juvenil puesto en marcha por el RDL 8/2014 es *una medida caracterizada tanto por la creación de una nueva y compleja infraestructura burocrática-administrativa para el control y seguimiento del sistema, como por la poca originalidad en las medidas de fomento del empleo juvenil, que ofrece adornada además de algunas imperfecciones técnicas, quizás fruto de la celeridad con la que se aborda la cuestión.*

²⁹ La cobertura del programa en España apenas alcanza al 10,7% de los *ni-nis* españoles, es decir, de los menores de 30 años que ni estudian ni trabajan frente a la media europea del 41,9%, según el informe de la comisaría europea de Empleo, Marianne Thyssen. (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: La Garantía Juvenil y la Iniciativa de Empleo Juvenil, situación al cabo de tres años - COM (2016) 646 final-, Octubre, 2016, cit.) Casi el 90% de los potenciales destinatarios de la ayuda ni siquiera se han registrado en el programa y es probable que muchos ni siquiera conozcan su existencia. Y, según el informe, la escasísima difusión de la Garantía Juvenil no es el único síntoma del aparente fracaso del programa en España. El plazo de cuatro meses tampoco se ha respetado en muchos casos. Casi la mitad de los jóvenes españoles que han dado el paso de registrarse (el 47,5%) seguían esperando una oferta después de haber expirado el plazo de los cuatro meses. Pero tal vez la conclusión más preocupante del balance sea el de la efectividad del programa en la integración laboral de estos jóvenes con alto riesgo de exclusión social. Según los datos de la Comisión, el 62,3% de los jóvenes que se acogieron a la Garantía durante 2015 se quedaron otra vez sin empleo, prácticas o estudios apenas seis meses después.

³⁰ Es interesante recordar que Bruselas aumentó en febrero de 2015 el nivel de prefinanciación del Sistema de Garantía Juvenil, que pasó del 1% del programa al 30%, con vistas a facilitar su rápido desarrollo. El cambio permitía a España recibir por adelantado 283 millones de euros en lugar de los nueve millones previstos inicialmente. Pero ese anticipo estaba supeditado a que antes del 23 de mayo de 2016 España presentase una solicitud para el pago del 50% y demostrarse contar con un sistema de gestión y control riguroso aprobado por la autoridad nacional de auditoría. España se retrasó en el proceso y no pudo justificar suficientes pagos certificados. En consecuencia, la Comisión tuvo que pedir a España el reembolso temporal de la prefinanciación. Según la Comisaría Europea de Empleo, el retraso era síntoma del escaso interés o habilidad para

Entre las posibles causas del mal resultado de la Garantía Juvenil en comparación con otros países, podríamos apuntar al hecho de que el programa no se ha desarrollado a través de los servicios nacionales de Empleo. En España, el registro de jóvenes se ha canalizado a través de las comunidades autónomas, las cámaras de comercio y otras organizaciones³¹. Por otra parte, el 100% de las ofertas se han financiado con cargo al subsidio europeo sin participación pública ni privada nacional, lo que demuestra su escasa implicación en el proceso y justifica, en parte, el fracaso de la medida.

El Real Decreto-ley 6/2016, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, modifica algunos aspectos relativos al sistema de inscripción y cumplimientos de requisitos. En primer lugar, se simplifican estos últimos; en particular, los relativos a no haber trabajado ni recibido acciones educativas o formativas en determinados periodos antes de presentar la solicitud, que se limitan al día natural anterior. En segundo lugar, se permite que todas las entidades participantes en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil puedan establecer procedimientos específicos para la inscripción de los jóvenes en el fichero único del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, lo que exigirá mayor grado de coordinación - precisamente la implicación y cooperación es la que se ha echado en falta en la etapa precedente y a esta descentralización descoordinada se le achaca el fracaso del Sistema-. En tercer lugar, se posibilita que todos los jóvenes inscritos como demandantes en los servicios públicos de empleo que cumplan con los requisitos de la Garantía Juvenil, sean inscritos automáticamente en el Sistema, incluso con efectos retroactivos.

El escaso tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de estas medidas nos impide hacer balance acerca de sus efectos. No obstante, no dudamos de que el perseverar en el re-diseño y puesta en marcha de políticas que potencien las nuevas capacidades, conocimientos y habilidades de los jóvenes para adaptarse a un mercado de trabajo en pleno cambio, atendiendo especialmente a quienes tienen más necesidades educativas, formativas y de empleo, facilitará el camino hacia los objetivos propios de la *Inclusión Activa* (sorteando los obstáculos) y

aplicar un programa en un país con una tasa de desempleo juvenil del 50% y casi un millón de jóvenes parados.

³¹ Sobre el proceso de inscripción y sus deficiencias, el prof. ROJO TORRECILLA, en su Blog (<http://www.eduardorjotorrecilla.es/>) planteaba con ocasión de la puesta en marcha del sistema la siguiente cuestión: ¿Tiene sentido que deba ser el joven el que se inscriba en el fichero, so pena de no poder acceder a las distintas medidas, o no sería más lógico que fueran los poderes públicos, a partir de los registros disponibles, los que hicieran una primera lista de las personas a las que debe dirigirse las medidas y que después cada joven ratificara en su caso su incorporación? Sus críticas se centran en la separación organizativa de los Servicios Públicos de Empleo, preguntándose cómo se computarían los jóvenes que se inscribiesen en el fichero y no en los servicios públicos de empleo.

fomentará la creación de mercados de trabajo de calidad donde las transiciones de una etapa a otra se hagan efectivas, (sin situaciones traumáticas de desamparo público) reforzando la filosofía que inspira la flexiseguridad como vía de estímulo de las políticas sociolaborales, en general y, en particular, de la política de empleo de los jóvenes, permitiéndoles una flexibilidad de entrada y salida en el mercado de trabajo y una seguridad en el mercado de trabajo, mediante una buena articulación de las políticas -activas y pasivas- de empleo.

3.2. Mayores de 45 años y desempleo de larga duración como causas de exclusión

El desempleo de larga duración es uno de los mayores retos para cualquier mercado laboral: cuanto más tiempo permanece una persona sin trabajar, más complicado se vuelve para ésta asentarse en un nuevo empleo. En los países del Sur de la Unión Europea, entre los que se encuentra España, el desempleo de larga duración se está convirtiendo cada vez más en un problema estructural, que lastra el conjunto de la economía y que condena a los que lo padecen al ostracismo, la marginalidad y la exclusión social.

La Recomendación del Consejo, de 15 de febrero de 2016³², sobre la integración de los desempleados de larga duración en el mercado laboral, reconoce este desempleo como un gran obstáculo para el crecimiento en la Unión Europea e insiste en que deben redoblar los esfuerzos de integración en el mercado laboral para las personas más afectadas por el mismo. Propone medidas preventivas y recomendaciones concretas a los Estados miembros que, ajustándose a sus realidades, deberán, además de proporcionar una orientación personalizada a las personas afectadas, fomentar los acuerdos de integración laboral y la colaboración más estrecha con los empleadores.

En nuestro país, los mayores de 45 años, tanto hombres como mujeres, son el grupo con mayores dificultades para encontrar empleo y, según datos del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), un elevado porcentaje de los parados de larga duración tienen más de 45 años³³. ¿Qué ayudas específicas existen para paliar el riesgo de exclusión al que se enfrenta este colectivo condicionado en negativo por su mayor edad?³⁴ ¿Cuáles son las opciones que se arbitran desde

³² (2016/C 67/01).

³³ Al respecto, muy interesante el Informe 2/2014 sobre la Situación Sociolaboral de las Personas de 45 a 64 años de edad, elaborado por el Consejo Económico y Social (2014). En él se alerta de la necesidad de abordar medidas para paliar el empleo de un colectivo con elevadas tasas de paro de larga duración y frecuentemente con cargas familiares, afirmando que parte del problema de su empleabilidad radica en sus niveles bajos de formación, pero también a su menor capacidad para acceder a procesos formativos dentro de la empresa y una vez en el desempleo.

³⁴ Para PÉREZ AMORÓS, la combinación de la edad -alta- del parado y la duración -larga- del

los poderes públicos para propiciar su reintegración en el mercado laboral? No podemos asociar, sin más, las medidas dirigidas a parados de larga duración con las de mayores de 45 años, ya que no siempre se da esta doble coincidencia pero, en la medida que 1 de cada 2 parados de larga duración se encuentra en la franja de edad de 45 a 64 años, comprobamos que la coincidencia es bastante frecuente, lo que nos legitima a hacer un análisis conjunto.

3.2.1. El incremento de la empleabilidad como medida de lucha contra la exclusión de los desempleados mayores de 45 años

En el Sistema Público de Empleo, los 45 años de edad son el umbral a partir del cual la normativa establece ayudas específicas, y reseñamos la palabra *ayuda* porque, efectivamente las políticas dirigidas a este heterogéneo colectivo, se han articulado preferentemente en su vertiente pasiva, dejando poco espacio a la dimensión activa, sin perjuicio de las matizaciones que luego haremos, pues en los últimos años la separación entre ambas no es absoluta, observándose una clara tendencia entre el desempleo subsidiado y la actividad laboral.

La vertiente activa de la política de empleo dirigida a este grupo se plasma en medidas específicas dirigidas al fomento de la contratación y la permanencia en la empresa de los trabajadores de edad, a través de la formación y recualificación y, fundamentalmente, mediante exenciones fiscales, subvenciones, bonificaciones y/o reducciones sobre las cuotas patronales a la Seguridad Social. Hemos de recordar que, después de la derogación de las bonificaciones de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, el ordenamiento jurídico no contempla figuras contractuales o ayudas vinculadas que velen específicamente por el empleo de los mayores de 45 años³⁵, salvo las bonificaciones previstas en el marco del

paro da lugar a una situación problemática, que podría serlo todavía más si también se tiene presente que la superación del tiempo que dura la protección por desempleo deja a un porcentaje elevado de desempleados sin ningún tipo de cobertura. Según datos de 2015, aproximadamente, a 3.6 millones de parados no tenían prestación alguna, de los que 3.1 millones eran parados de larga duración, y 561.000 de parados, aproximadamente, no habían trabajado nunca. Según estos datos, (EPA 2S 2015), la cobertura del paro solo alcanza al 28 % de los parados. Véase, PÉREZ AMORÓS: “Paro, empleo y jubilación de los trabajadores de edad en España: ¿un trabajo decente?” Ponencia presentada en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ciudad de Guatemala, 26 a 28 febrero. Disponible en <http://aijdtssgc.org/wp-content/uploads/2014/04/Paro-empleo-y-jubilaci%C3%B3n-de-los-trabajadores-de-edad-en-Espa%C3%B1a-%E2%80%94Francisco-P%C3%A9rez-Amor%C3%B3s-Espa%C3%B1a.pdf> (última consulta: marzo de 2017).

³⁵ Actualmente, los beneficios se limitan a la reducción que fomenta la permanencia en plantilla de los trabajadores que hayan alcanzado la edad de jubilación y que cuenten con cotizaciones que les permitan percibir el 100 por 100 de la base reguladora de la prestación a los que se les concede bonificaciones del 100 por 100 por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal. Para DESBARATS/LEGARRETA, “Incentivos y medidas contractuales para el fomento del empleo de

contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, sin perjuicio de las iniciativas autonómicas.

En lo que concierne a las acciones de formación profesional, el Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas, hace una referencia especial a las acciones de mejora de la empleabilidad que combinen actuaciones de orientación profesional y formación para el empleo (en particular, acciones de recualificación y especialización profesional). Aunque las medidas se centran en los colectivos de trabajadores de menor y mayor edad, se insiste en la especial problemática que presentan estos últimos por provenir en su mayoría de sectores de producción considerados excedentarios, lo que acentúa aún más sus dificultades laborales y el riesgo de exclusión laboral y, en consecuencia, social³⁶.

3.2.2. *Las ayudas dirigidas a los expulsados del mercado de trabajo. La dimensión pasiva de las políticas de empleo dirigidas a los trabajadores de mayor edad*

Como muestra de políticas pasivas en sentido estricto, entendidas éstas como medidas que contemplan una renta sustitutoria de los ingresos dejados de percibir ante la ausencia de trabajo, el Sistema Público de Empleo fija los 45 años de edad como umbral a partir del cual la normativa establece ayudas específicas. De todas ellas, sólo dos van destinadas de modo expreso a los mayores de 45 años, aunque es evidente que éstos se podrán beneficiar de otras ayudas que no contemplan ningún requisito de edad.

La primera de ellas es el subsidio para mayores de 45 años³⁷, que percibirán los trabajadores siempre que hayan agotado la prestación contributiva por desempleo y tengan carencia de otras rentas (en ese caso pueden solicitar a continuación una ayuda de 426 euros mensuales durante seis meses). Esta ayuda entra en juego si el trabajador no tiene responsabilidades familiares (hijos o cónyuge a su

trabajadores maduros. Propuestas de mejora desde la experiencia francesa³⁷. IUS Labor 3/ 2016., pp. 21-22, no deja de ser un supuesto *anecdótico y cicatero* en su formulación pues *se pretende el mantenimiento en el empleo de quien ya puede jubilarse porque probablemente le va a costar caro al sistema de Seguridad Social.*

³⁶ Véase, SELMA PENALVA, “La función social de la Renta Activa de Inserción en el siglo XXI” Revista de Derecho de la Seguridad Social, núm. monográfico Medidas de Seguridad Social de Fomento de Empleo y su incidencia en la sostenibilidad del sistema en España e Italia, 2016, pp. 99.

³⁷ Si el trabajador tiene más de 55 años y cumple determinados requisitos de cotizaciones a lo largo de su vida laboral, podría solicitar el subsidio para mayores de 55 años, que es más beneficioso que el de 45, porque se prolongará hasta la edad de jubilación.

cargo), porque en este caso cobraría la llamada ayuda familiar, un subsidio por agotamiento de la prestación contributiva que puede llegar hasta los 30 meses. Tanto en el caso de agotar el subsidio para mayores de 45 años como la ayuda familiar, el trabajador podrá solicitar a continuación y por una sola vez la ayuda extraordinaria de 400 euros durante seis meses improrrogables que contempla el Plan Prepara³⁸.

La segunda medida prevista de manera específica para los mayores de 45 años es la Renta Activa de Inserción (RAI)³⁹; en este caso, a la edad, se le añade un requisito más: el ser desempleado de larga duración. De esta forma, cuando un trabajador tiene 45 o más años de edad, ha agotado todas las prestaciones por desempleo y subsidios posibles, tiene carencia de rentas y lleva inscrito como demandante de empleo más de un año, puede solicitar y tendrá derecho a percibir una ayuda de 426 euros mensuales que se cobra durante 11 meses seguidos y puede solicitarse hasta tres veces, es decir, tres anualidades, con el requisito de pedirla en años alternos. Se convierte en la última vía de ingresos asistenciales destinada particularmente a mayores de 45 años inscritos como demandantes de empleo durante 12 o más meses⁴⁰. Esta opción ha quedado configurada como residual, pues se puede recurrir a ella sólo en casos extremos⁴¹.

Agotadas todas las ayudas, como último resorte para evitar el riesgo de exclusión, el Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre (BOE 20 de diciembre)⁴², aprobó el Programa de Activación para el Empleo (PAE) que, aunque no va dirigido específicamente a los mayores de 45 años, al configurarse como la

³⁸ El Consejo de Ministros acordó que este plan se mantendrá vigente hasta que la tasa de paro no baje del 18%. El Plan va destinado a los trabajadores en desempleo que han agotado todas las prestaciones y subsidios. La ayuda se puede solicitar una sola vez y se percibirá por seis meses como máximo. Al mismo tiempo, el Plan contempla acciones formativas para facilitar la reinserción en el mercado laboral.

³⁹ Para una visión del origen y evolución de la regulación de la renta activa de inserción en nuestro sistema de protección social, véase, MUÑOZ MOLINA, “La renta activa de inserción”. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 90/2007, pp.77-105

⁴⁰ Hay que tener en cuenta que una vez agotadas las posibilidades que ofrece el sistema de protección por desempleo, la única opción de cobertura económica a la que pueden recurrir las personas sin empleo para evitar la exclusión social se reduce a las rentas mínimas de inserción autonómicas, ámbito en el que cabe lamentar las importantes diferencias que se observan entre las regulaciones regionales en cuanto a requisitos de acceso, cuantía y duración de las prestaciones.

⁴¹ SELMA PENALVA, “La función social de la Renta Activa...”, cit., p. 102. También, GARCÍA ROMERO, “Lagunas de cobertura del sistema español de Seguridad Social y la necesaria reordenación del nivel no contributivo”, *Revista de Derecho Social*, 68/2014, pp. 80 y ss.

⁴² El Programa de Activación para el Empleo (PAE) es una ayuda que se puede recibir durante 6 meses, no prorrogables, y consiste en una prestación económica de 426 euros mensuales y la realización, por parte de los Servicios Autonómicos de Empleo, de un Itinerario Personalizado de Inserción para intentar que el trabajador consiga acceder a un puesto de trabajo.

última ayuda para los parados de larga duración con responsabilidades familiares -muchos de ellos trabajadores de más edad-, un amplio porcentaje de los primeros se verán beneficiados⁴³.

Podemos comprobar que todas estas medidas-ayudas por desempleo no se limitan a fijar cantidades económicas para paliar situaciones de necesidad derivadas de la pérdida de recursos sino que, además, se acompañan de otra serie de acciones claramente incardinadas en la política activa de empleo como actuaciones específicas en materia de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional. En algunos casos, se prevé, además, la compatibilización del empleo-desempleo, de tal manera que si hay una oferta de trabajo el desempleado pueda compatibilizar ambas situaciones sin tener que renunciar a la ayuda que estaba recibiendo. El fin que subyace es no caer en la trampa del desempleo; y ello porque la alternativa del empleo resulte más favorable a la de estar parado.

De este modo, tal y como acabamos de comprobar, la política pasiva deja de tener como objetivo principal el proporcionar ingresos económicos que garanticen la subsistencia durante la situación de desempleo, centrándose formal y materialmente en dirigir esos ingresos a subvencionar la búsqueda activa de empleo. La protección económica, en sentido estricto, pasa a un segundo plano. Se trata de poner las políticas pasivas al servicio directo de las activas, no tanto como mecanismo de protección mientras se está fuera del mercado de trabajo, sino como mecanismo de cobertura para la reentrada en dicho mercado.

La filosofía de estas políticas para las que la participación del desempleado (entendida como posición activa del mismo) es esencial y obligatoria, conlleva numerosas ventajas de cara al cumplimiento de objetivos. Desde el punto de vista económico, pretende incentivar la inserción laboral del beneficiario permitiéndole obtener unos ingresos más elevados compatibilizando el cobro de la prestación, subsidio o ayuda con actividades laborales. En esta línea, numerosos programas y medidas vigentes⁴⁴ tienen como destinatarios a beneficiarios de prestaciones o

⁴³ Como muestra de que la interrelación entre política pasiva y activa siempre ha existido, y que, como hemos dicho, en los últimos tiempos se aprecia una mayor aproximación entre ambas, el programa comprende políticas activas de empleo, actuaciones de intermediación laboral y una ayuda económica vinculada a la participación en las mencionadas políticas de activación para el empleo, que se podrá compatibilizar con el trabajo por cuenta ajena. El empresario descontará la cuantía de la ayuda económica del importe del salario que corresponde percibir al trabajador. Véase, al respecto, GARCÍA ROMERO, B., “Desempleados de larga duración: medidas de incentivación del emprendimiento y del empleo”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. monográfico *Medidas de Seguridad Social de Fomento de Empleo y su incidencia en la sostenibilidad del sistema en España e Italia*, 2016, p. 52 y ss.

⁴⁴ Véase en este sentido, el trabajo de GARCÍA ROMERO, “Medidas de Seguridad Social de

subsidios por desempleo y se sirven de la prestación económica reconocida para subvencionar su contratación como trabajadores por cuenta ajena⁴⁵ (sin olvidar que también se fomenta el autoempleo, mediante la compatibilización del subsidio por desempleo con el trabajo autónomo, o a través de la capitalización de su prestación para llevar a cabo acciones de emprendimiento). Desde el punto de vista sociolaboral, la posición activa del desempleado le ayudará a recuperar su autonomía social, a asumir mejor su vida personal y familiar y, mediante las acciones formativas y la propia experiencia laboral, a mejorar su cualificación profesional y, por ende, su empleabilidad, disminuyendo en consecuencia el riesgo de acomodarse en una situación casi constante de desempleo subsidiado que, a medio plazo, desincentiva la aceptación de un puesto de trabajo e incrementa el riesgo de exclusión.

Sin menospreciar el esfuerzo hecho en los últimos años para potenciar la dimensión activa de la política de empleo, reforzando sus objetivos y reflejándolos en la vertiente pasiva, (siempre al servicio de la primera) concluimos afirmando lo evidente: las acciones y medidas vigentes otorgan prioridad a los desempleados con derecho a prestaciones frente a la de otros colectivos de parados y de personas en riesgo de exclusión social que, a pesar de carecer de empleo (por no poder acceder al mismo o haberlo perdido) o pertenecer a la categoría de trabajadores pobres, no tienen acceso a una renta de sustitución-compensación. Sin duda, estas políticas, al destinarse prioritariamente a los desempleados beneficiarios de ayudas públicas, generan el efecto perverso de lograr un mayor desamparo de la restante población inactiva que carece de cualquier protección, incrementado el riesgo de marginalidad e impidiendo que se cumpla los objetivos propios de *Inclusión Activa*.

fomento del empleo..., cit., pp. 47, y ss., en dónde analiza el fomento del empleo de desempleados que perciben prestaciones o subsidios por desempleo, haciendo referencia al contrato de apoyo a los emprendedores, el programa de fomento de empleo para mayores de 52 años beneficiarios del subsidio por desempleo, programa de activación para el empleo, etc..

⁴⁵ Como ejemplo, la medida prevista en la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. Contempla un programa de apoyo al empleo de perceptores de subsidios asistenciales que acrediten una edad superior a 52 años. La participación es voluntaria para los trabajadores, y va a beneficiar fundamentalmente al empleador, que podrá ahorrarse del salario a pagar el 50 por 100 de la cuantía del subsidio por desempleo durante el tiempo de contratación en que el trabajador mantenga el derecho al cobro de ese subsidio. El programa exige contratación a tiempo completo y señala que el trabajador podrá compatibilizar el trabajo con el 50 por 100 de la cuantía de su subsidio. No obstante, el programa no supone ningún beneficio para el trabajador en términos de acumulación salario-subsidio ya que la percepción del 50 por 100 del subsidio de desempleo será compensada por la rebaja salarial conectada que tiene derecho a aplicar el empresario.

3.3. La vulnerabilidad laboral de la *mayor edad* (55-65 años)

La vulnerabilidad del colectivo de trabajadores de edades comprendidas entre los 55 y los 65 años responde a dos razones principales: el tipo de paro que le afecta- con tasas muy elevadas y de larga duración- y el trato desfavorable que en ocasiones padecen cuando trabajan, no sólo porque pueden ser despedidos –individual y colectivamente con mayor facilidad- sino por la dificultad que tienen para acceder a un nuevo empleo, generalmente más precario (trabajos temporales y/o a tiempo parcial) debido, entre otras razones, no solo a la baja oferta de empleo, sino también a desajustes formativos o a la descualificación que un elevado porcentaje de parados de edad presentan⁴⁶.

Si bien estamos ante el inicio de una fase de recuperación económica y las estadísticas más recientes nos revelan una mejora del empleo y reducción del paro, los trabajadores de edad y los parados de tal condición, no han resultado ser los principales beneficiarios. Sin duda, el paro de los trabajadores de edad es el más grave de todos (incluso que el paro juvenil)⁴⁷; y ello por los tres elementos que concurren: su elevada tasa, la persistencia o larga duración y, precisamente, la edad de los afectados. La combinación de estos tres elementos provoca, en palabras del profesor PÉREZ AMORÓS, la denominada *espiral del paro* que hace que a medida que transcurre el tiempo, cada vez sea más difícil acceder a un nuevo empleo y mucho más a un trabajo digno. Sin duda, el panorama puede ser aún más crítico cuando el trabajador de edad debe jubilarse y lo ha de hacer en condiciones desfavorables, consecuencia de su condición de desempleado de larga duración.

Esta situación, si bien se ha acrecentado como consecuencia de la crisis, no es novedosa. Prueba de ello es que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) abordó ya de manera específica la situación particular de los trabajadores de edad avanzada en 1980, concretamente en la “Recomendación sobre los trabajadores de edad” (núm. 162). Este instrumento ofrece un marco constructivo para el establecimiento de condiciones de trabajo decente y productivo para los trabajadores de edad avanzada que eligen o necesitan un empleo remunerado. En la Recomendación se hace un llamamiento a favor de la igualdad de oportunidades y trato para estos trabajadores, en ámbitos como la formación profesional, la seguridad en el empleo y el desarrollo de la carrera profesional. Se aboga además por la adopción de medidas con miras a garantizar que el paso de un trabajador a la situación de retiro se efectúe voluntariamente⁴⁸.

⁴⁶ PÉREZ AMORÓS/ROJO TORRECILLA, La garantía de empleo de las personas de edad. Su concreción en el ámbito internacional y en la Unión Europea. Anuario IET | 2016, vol.3, pp. 3-5.

⁴⁷ Véase, PÉREZ AMORÓS: “Paro, empleo y jubilación de los trabajadores de edad en España: ¿un trabajo decente?”, cit. p. 18.

⁴⁸ La Recomendación se completó en 2008 con una breve ficha de información en la que

En 2011, la OIT publicó el informe “Discriminación por edad: Mayor de 50, ¿y qué?”, en donde se recuerda que es necesario lograr una mayor participación y mejores condiciones laborales de los trabajadores de edad en el mercado de trabajo. En el documento se señalan – y se hace crítica- dos aspectos, a nuestro modo de ver, cruciales: los Gobiernos procuran, cada vez más, reforzar la participación de los trabajadores de edad avanzada en el mercado laboral mediante la revisión de las disposiciones sobre la edad de jubilación. Por otra parte, a menudo, estos trabajadores han de superar la reticencia de los empleadores a contratarles y a mantenerles en su empleo.

En línea similar, la Unión Europea, mediante la Estrategia Europa 2020 para el crecimiento y la ocupación, contempla, hoy día, objetivos y establece estrategias para mejorar el empleo, y a la vista de la aceleración del envejecimiento de la población y el consiguiente descenso de la población activa y el aumento del número de mayores advierte que el colectivo de trabajadores mayores, merece y reclama una especial atención en materia de empleo.

En el plano nacional, recordemos que la “Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores de Más Edad 2012-2014” (Estrategia 55 y más) proclamaba medidas de gran relevancia social y económica destinadas a “elevar la tasa de empleo y reducir el desempleo de este colectivo, favorecer el mantenimiento en el empleo para contribuir a la prolongación de la vida laboral, mejorar las condiciones de trabajo, especialmente en lo referente a la seguridad y la salud laboral, y promover su reincorporación al mercado de trabajo, asegurando una adecuada protección social durante la situación de desempleo...”; unas previsiones programáticas que, hasta la fecha, no se han podido cumplir de manera totalmente satisfactoria.

Atendiendo al panorama normativo, las medidas vigentes en España en relación con el empleo de los trabajadores de más edad podrían agruparse en las tres siguientes categorías:

1. Medidas dirigidas a favorecer la permanencia en el mercado de trabajo (mediante, por ejemplo, jubilaciones graduales y flexibles, reducciones/bonificaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social respecto de los contratos in-

se ofrece asesoramiento sobre el empleo de trabajadores de edad avanzada. En ella se refieren las ventajas que pueden obtener los empleadores al reclutar tanto trabajadores de edad avanzada y amplia experiencia, como otros más jóvenes. Se sugiere además que la flexibilidad en el tiempo de trabajo de estos trabajadores experimentados puede constituir una vía para su mantenimiento en el empleo *al ofrecer a los trabajadores de edad avanzada diversas opciones respecto al modo de ordenar su tiempo de trabajo, los empleadores se benefician tanto de mantener la experiencia y las cualificaciones de estos empleados, como de la transmisión de su conocimiento de la organización a los trabajadores más jóvenes.*

definidos celebrados con trabajadores que tienen 59 años o más y reducciones especiales en el Impuesto sobre la Renta para los que opten por seguir trabajando más allá de la edad legal ordinaria de jubilación. Por otra parte, la Ley 3/2012 añadió a la tradicional prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en caso de traslados y despidos colectivos, los trabajadores mayores de determinada edad).

2. Medidas dirigidas a favorecer la reincorporación al mercado de trabajo cuando los trabajadores de más edad pierden el empleo (a través de programas específicos de mejora de la empleabilidad que desarrollan los Servicio Públicos de Empleo, acciones formativas, bonificaciones de las cuotas empresariales de la Seguridad Social por la contratación indefinida de parados de larga duración, compatibilización del trabajo a tiempo parcial con la pensión de jubilación, exoneración de las cuotas a la Seguridad Social de los trabajadores mayores de 65 años que continúen o reinicien la actividad laboral mediante un contrato indefinido- siempre que acrediten al menos 35 años de cotización efectiva a la Seguridad Social-, etc...)

3. Medidas relacionadas con la protección social y con la edad de jubilación (como por ejemplo, normas específicas en materia de condiciones de acceso y cuantía de la pensión en la jubilación anticipada, regulación legal de las cláusulas de los convenios colectivos referidas a la edad ordinaria de jubilación, convenio especial con la Seguridad Social que debe financiar la empresa en el caso de que se produzca un despido colectivo que afecte a trabajadores mayores de 55 años, ayudas previas a la jubilación ordinaria y ayudas extraordinarias para trabajadores o trabajadoras afectados por expedientes de regulación de empleo en situaciones de especial desprotección social).

De ellas, la permanencia en el mercado de trabajo y la reincorporación al mismo tras la pérdida del empleo, asegurando una adecuada protección social durante la situación de desempleo, son las estrategias clave de lucha para evitar el riesgo de exclusión de los integrantes de este colectivo especialmente vulnerable. Veámoslas.

3.3.1. La prolongación de la vida laboral: clave de la política de empleo

No olvidemos que la ya citada denominada “Estrategia 55 y más” (vigente durante el periodo 2012-2014) establecía como uno de los objetivos primordiales favorecer el mantenimiento en el empleo de los trabajadores y las trabajadoras mayores de 55 años para contribuir a la prolongación de la vida laboral y a la existencia de carreras de cotización a la Seguridad Social más largas. Las políticas llevadas a cabo para el cumplimiento de estos fines han utilizado entre sus instrumentos el de la regulación flexible de la jubilación, basándose en los efectos positivos, tanto en el plano individual (reforzar la autoestima del jubilado) como

en colectivo (beneficiarse de la experiencia de los trabajadores de más edad y, al mismo tiempo, aligerar la carga del sistema de pensiones), buscando efectos no sólo económicos sino también sociales.

Si bien, con el fin de reducir los altos niveles de paro, la política de empleo de la década de los 80 se centró en las fórmulas de reparto de trabajo mediante el fomento de las prejubilaciones, jubilaciones parciales y fijación de edades laborales máximas, pronto se puso de relieve la incidencia negativa del uso de estas supuestas medidas de creación de empleo y, en consecuencia, la necesidad de optar por políticas de signo contrario, restringiendo las jubilaciones prematuras y tratando de aprovechar la experiencia laboral de los trabajadores mayores, propiciando su permanencia en el mercado de trabajo⁴⁹.

De acuerdo con las propuestas de la Unión Europea (y en particular de las contenidas en el Libro Blanco 2012⁵⁰ y la Estrategia Europa 2020) se acoge la idea de compatibilizar jubilación y actividad laboral (binomio: jubilación flexible- envejecimiento activo), dando lugar a un nuevo concepto, el de *jubilación activa* (o pensionista activo) que no sustituye sino que convive con los tipos de jubilación ya existentes (ordinaria, anticipada, parcial, gradual y flexible)⁵¹. Esta tendencia se recoge en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social y se desarrolla aún más mediante el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, que entró en vigor el 17 de marzo de 2013⁵².

⁴⁹ Véase MONTOYA MELGAR, “La vejez ante el Derecho del Trabajo” en la obra de AA.VV. (Dir. URIBE OTALORA) *Envejecimiento activo en España*. Tirant Humanidades. Valencia, 2014, p. 303. En este sentido, recordemos que el Pacto de Toledo (1995) contenía una intención similar cuando declaraba que la edad de jubilación debía ser flexible, gradual y progresiva (Recomendación X). Esta voluntad se concretaba en otros propósitos que defendían que el pensionista no debía ser apartado de la vida social activa (abriéndose así la vía de la compatibilidad entre jubilación y trabajo), que debía facilitarse la prolongación voluntaria de la vida laboral de los mayores de 65 años - pues de ello se derivarían beneficios económicos y sociales- y por último que el fomento de esa prolongación de la vida activa debía discurrir mediante la reducción o exoneración del deber de cotizar. De este modo, la idea de jubilación progresiva se vino instrumentando desde la reformas de 2001 y 2002, particularmente a través de la jubilación parcial combinada con el trabajo a tiempo parcial y el de relevo.

⁵⁰ Libro Blanco 2012: Ayuda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles [COM (2012) 55 final].

⁵¹ Véase MARTÍN JIMÉNEZ, “¿Compatibilidad entre las pensiones y el trabajo por cuenta propia o ajena?”, en AA.VV. (Dir. URIBE OTALORA) *Envejecimiento activo en España*. Tirant Humanidades. Valencia, 2014, pp. 513y ss.

⁵² El texto normativo contiene múltiples medidas en el ámbito de la jubilación anticipada, la jubilación parcial, la compatibilidad entre vida activa y pensión, la lucha contra el fraude y la discriminación por razón de la edad en el mercado de trabajo. Según se expone en el propio texto

Responde este Real Decreto-Ley a las políticas comunitarias que favorecen el envejecimiento activo, abriendo la posibilidad de compatibilizar la condición de jubilado con el trabajo, tanto por cuenta ajena como propia, a tiempo completo o parcial, si bien percibiendo el 50% de la pensión. El RD-Ley facilita la posibilidad de ser pensionista activo, una opción que estaba muy restringida en el ordenamiento español, a diferencia de otros países europeos, abriéndose la posibilidad de trabajar, tanto por cuenta ajena como propia, a tiempo completo o parcial, percibiendo el 50 por 100 de la pensión y estando exento de un buen número de cotizaciones sociales⁵³. Finalizado el periodo de actividad, se restablece el pago de la pensión íntegra, sin que el pensionista pierda esta cualidad en ningún momento⁵⁴.

Además de este catálogo de jubilaciones, que podríamos denominar *dúctiles*, otra vía por las que discurren estas políticas (otra cara de la misma moneda) es el fomento de la prolongación de la vida activa a través del retraso de la edad de jubilación. Hoy día carece de sentido considerar que el trabajador de 65 años es, por su edad, inválido para el trabajo, de ahí que desde la Unión Europea se haya insistido y apostado por esta opción de permanencia. No obstante hay que hacer algunas matizaciones. Desde las instituciones comunitarias no se propone, sin más, elevar la edad de retiro para retrasar la jubilación –asegurando ingresos y evitando gastos-, sino que también se hace hincapié en el fomento de mecanismos que mejoren las condiciones de los trabajadores de edad que siguen en activo (envejecimiento activo). El fin, pues, es aumentar la edad de jubilación reforzando los incentivos que tienen los trabajadores para trabajar más tiempo.

normativo, el incremento de la edad de jubilación, la prolongación de la vida activa y el incremento de la participación en el mercado de trabajo de los trabajadores de más edad suponen elementos básicos para la adecuación y sostenibilidad de las pensiones. Para ello, es recomendable vincular la edad de jubilación a los aumentos de la esperanza de vida, racionalizar el acceso a los planes de jubilación anticipada y a otras vías de salida temprana del mercado laboral, y favorecer la prolongación de la vida laboral, facilitando el acceso al aprendizaje a lo largo de la vida, desarrollando oportunidades de empleo para los trabajadores de más edad y fomentando el envejecimiento activo.

⁵³ Se introduce, no obstante, una cotización de “solidaridad” del 8 por 100 (6 por 100 a cargo de la empresa, 2 por 100 a cargo del trabajador).

⁵⁴ Sin entrar a analizar el régimen jurídico aplicable, sí hay que hacer constar que el trabajador tendrá derecho a seguir percibiendo el 50% de la pensión, aplicándose la reducción a la cuantía de la pensión que se está percibiendo realmente y no a la pensión teórica que debería percibir el jubilado de acuerdo con su cotización, lo que sin duda desincentiva la opción por este tipo de jubilación, máxime si tenemos en cuenta que existen otras alternativas, tales como la jubilación parcial- que permite el percibo de la pensión con el trabajo a tiempo parcial en la empresa o la jubilación flexible, además de otras posibilidades que permiten la compatibilidad de la pensión con la realización de trabajos por cuenta propia. Véase MARTÍN JIMÉNEZ, “¿Compatibilidad entre las pensiones...?”, cit., p. 516.

Parece que en el caso de España, si bien se ha retrasado la edad de jubilación siguiendo las directrices y orientaciones marcadas desde la UE, no se han cumplido objetivos, pues ¿se han establecido las medidas necesarias para que los trabajadores de mayor edad –en activo y en desempleo- puedan mantenerse en el mercado laboral disfrutando de unas condiciones decentes - adecuadas a las mismas pautas comunitarias y de la OIT- y con expectativas reales de una jubilación digna?

Compartimos las reflexiones de los profesores PÉREZ AMORÓS Y ROJO TORRECILLA⁵⁵ cuando afirman que retrasar la edad jubilatoria no ayuda a solventar los problemas que tienen en España los trabajadores de edad. Mucho menos mientras que, en primer lugar, perdure el trato desfavorable que en ciertos casos sufren cuando están- o quieren estar- en activo; en segundo lugar, mientras continúen las limitaciones de la protección por desempleo y, en definitiva, mientras el desempleo que sufre este colectivo sea tan elevado como lo es en la actualidad.

Por otra parte, la prolongación de la vida laboral no puede resultar menos atrayente que el pase a la condición de pensionista y esto obliga al legislador a una acción incentivadora, (pues elevar la edad de jubilación resulta ser una alternativa polémica, máxime si se toma sin adoptar, paralelamente, medidas favorables durante los años inmediatamente anteriores a ésta); sin olvidar, por supuesto, el gran esfuerzo de cara a la formación y readaptación continua de estos trabajadores de más edad, si se quiere evitar su salida del mercado de trabajo. Estamos ante la otra cara del envejecimiento activo como arma para luchar contra la marginalidad.

3.3.2. *La dimensión laboral del envejecimiento activo como alternativa al riesgo de exclusión*

La defensa del llamado envejecimiento (laboral) activo como vía para que los trabajadores de edad puedan permanecer más tiempo en el mercado de trabajo, evitando así el riesgo de exclusión, exige no sólo medidas flexibilizadoras de la jubilación, o políticas de empleo activas dirigidas a bonificar el empleo de los mayores para facilitar su inserción, reinserción y/o continuidad en el mercado de trabajo; es requisito *sine qua non* que la vida laboral de estos trabajadores, mientras permanezcan en activo, sea digna y de calidad.

Esta intención ya se puso de manifiesto en la Recomendación 162 de la Organización Internacional de Trabajo⁵⁶, que hacía referencia a tres objetivos básicos que se deberían alcanzar para superar las dificultades que acechan a este

⁵⁵ PÉREZ AMORÓS/ROJO TORRECILLA, “La garantía de empleo de las personas de edad. Su concreción en el ámbito internacional...” ,cit., p. 10.

⁵⁶ Recomendación 162, sobre trabajadores de edad, en la 66ª Conferencia Internacional del Trabajo el 23 de junio de 1980.

colectivo. El último de ellos, sobre el que ya hemos hablado, abogaba porque el retiro sea tanto progresivo como voluntario en el sentido que la edad, en sí misma considerada, no debe ser un factor determinante de jubilación. Centrémonos en los otros dos.

El primer objetivo trata de proteger a los trabajadores mayores frente a la discriminación y se concreta en que, sea cual fuera la edad del trabajador, debe gozar tanto de igualdad de oportunidades como de trato para acceder al trabajo, y de igualdad de condiciones laborales mientras trabaje. Por tanto, cualquier medida empresarial motivada exclusivamente por la edad avanzada del trabajador debe ser calificada como discriminatoria, del mismo modo que la negativa del empresario a contratar un trabajador por su edad avanzada, así como los actos de acoso, hostigamiento o vejación basados en la edad⁵⁷.

La igualdad de oportunidades y de trato no impide que la Recomendación permita y fomente las medidas especiales de protección y asistencia de los trabajadores de edad que se consideren necesarias, admitiendo así las discriminaciones positivas a favor del colectivo de trabajadores de más edad. En este sentido, la Directiva 2000/78/CE, sobre igualdad de trato en el empleo, proscribía tanto las discriminaciones directas como indirectas, por razón de edad, pero permite que los Estados puedan establecer diferencias por este motivo aduciendo razones legítimas⁵⁸.

El segundo objetivo pretende la adopción de medidas que permitan que estos trabajadores continúen ejerciendo un empleo en condiciones satisfactorias. Este grupo de medidas abarcaría aspectos muy diversos, desde los relacionados con la gestión del tiempo de trabajo - reducción de la jornada, incremento de vacaciones, permisos para conciliar trabajos y cuidados familiares- hasta los que versan sobre el derecho a una formación profesional permanente que permita la readaptación profesional y la participación plena en el mercado laboral en puestos de trabajo de calidad. A ellos, referidos de manera expresa en la Recomendación, habría que añadir otros tales como el fomento de unas condiciones de trabajo y entornos laborales que mantengan la salud y el bienestar de los trabajadores para garantizar así una capacidad de inserción profesional a lo largo de toda la vida y una estrategia adecuada de gestión de la edad, con el fin de adaptar los puestos

⁵⁷ Recordemos que los artículos 4.2.c) y 17 del Estatuto de los Trabajadores (ET) reconocen el derecho del trabajador a no ser discriminados por razones, entre otras, de edad. El apartado g) del artículo 54.2 ET proscribía las discriminaciones en materia laboral, incluidas las basadas en la edad. Véase, MONTOYA MELGAR, op., cit., p. 315.

⁵⁸ Una permisibilidad criticada por la doctrina, pero avalada por el propio TJUE (v.gr.: sentencia 16 de octubre de 2007, asunto C-411/05, Palacios de la Villa; y, sentencia de 26 de septiembre de 2013, asunto C-476/11, HK Danmark).

y condiciones de trabajo a las necesidades cambiantes de los trabajadores según envejecen y evitar así una jubilación anticipada. Y ello sin olvidar la transferencia de experiencias, como forma de rentabilizar el conocimiento y las capacidades de los trabajadores mayores, mediante el intercambio de experiencias y conocimientos.

Para terminar este apartado, consideramos que no hay que recurrir a la edad como criterio decisivo para valorar si un trabajador es apto o no para un puesto de trabajo. En este contexto, hay que evitar estereotipos negativos relacionados con la edad y actitudes discriminatorias en el puesto de trabajo. Por supuesto, los objetivos que se plantean en este ámbito serían más fácilmente alcanzables si se pusiera de relieve la contribución que hacen los trabajadores mayores y se articularan políticas más eficaces, tanto a las hora de gestionar la edad como condición de la persona- trabajadora, como en la articulación de una adecuada red de servicios de empleo para este colectivo que proporcionen asesoramiento, colocación y apoyo a la reintegración de los trabajadores de edad que deseen permanecer en el mercado laboral.

4. CONCLUSIÓN

La crisis económica ha dado lugar a un nuevo contexto, especialmente para los sectores más vulnerables. Y ello porque, por una parte, muchos trabajadores precarios han perdido sus empleos y han visto cómo se ha intensificado su situación de exclusión social y, por otra, aquellos que han logrado acceder al mercado de trabajo lo han hecho ocupando puestos de trabajo de baja calidad pues, como estrategia de supervivencia, han optado por no rechazar cualquier trabajo o actividad, por precario que sea, aun cuando estos empleos no aporten nada en términos de integración social. Podríamos hablar de auténticos *empleos de exclusión* que poco aportan al bienestar de estas personas y que consumen una parte importante del tiempo y de las energías que bien podrían canalizarse hacia actividades más cualificantes. La conclusión es obvia: el empleo (máxime si no se trata de un empleo de calidad) por sí solo no garantiza la integración.

En sintonía con estas reflexiones, debemos afirmar que las políticas de inclusión no pueden estar subordinadas a las políticas de empleo, ya que el empleo, siendo necesario, no es garantía suficiente en la lucha contra la exclusión⁵⁹. A

⁵⁹ Véase, al respecto, los comentarios de OLARTE ENCABO, “El problema de la inserción ocupacional de colectivos con especiales dificultades: balance, perspectivas y propuestas en el contexto de la reforma de las políticas activas de empleo 2011”, pp. 162 y 163, en la obra de AA.VV (Coord. DE LA CASA/ VALLECILLO), Empleo, mercado de trabajo y sistema productivo: el reto de la innovación en políticas de empleo. Bomarzo. 2011.

pesar de ello, y sin perjuicio de lo dicho, el empleo bien gestionado - junto con una adecuada política formativa- sí se puede convertir en una de las medidas que con mayor eficacia coadyuven a la integración de estos colectivos. El trabajo (de calidad) puede ser un instrumento vertebrador a partir del cual se recupere la posibilidad de participar en la sociedad. El problema está en que para ciertos colectivos resulta especialmente difícil la búsqueda y obtención efectiva de cualquier puesto de trabajo debido a la posición inicial de desventaja social y los obstáculos que ello genera de cara a su empleabilidad.

Con la única intención de reflexionar sobre estos aspectos (que no hacen sino evidenciar la dificultad que tienen los colectivos aquí tratados para acceder y/o permanecer en el mercado de trabajo en condiciones dignas) y las consecuencias sociolaborales que de ello se derivan, queremos poner de relieve dos cuestiones principales.

Recordemos las directrices marcadas por la Unión Europea y, en particular, la recomendación de la Comisión sobre la promoción de políticas de *Inclusión Activa* de las personas que se encuentran al margen del mercado laboral; en ella se establece la garantía de ingresos como uno de los tres elementos fundamentales, además del fomento de unos mercados laborales inclusivos y de unos servicios de calidad.

La garantía de una renta -asistencial- que sustituya la renta salarial ante la ausencia de trabajo ha sido el pilar de las políticas pasivas de empleo. De este modo, se delimita un sistema complementario de protección que beneficia a aquellos sectores de la población en los que se produce una ruptura en los procesos habituales de acceso a unos recursos suficientes, ya sean los vinculados al trabajo o, alternativamente, los relacionados con las redes primarias de protección. Actualmente, el debate iniciado por sindicatos y partidos políticos sobre el derecho a una renta mínima, básica o garantizada, sobre el que no entraremos, es un paso más en la formulación de medidas tendentes a aumentar la protección social y acabar con la pobreza ante la situación de paro, la caída de las prestaciones, el empleo precario y, como consecuencia de todos estos factores, el aumento de la desigualdad.

En cualquier caso, estas ayudas -prestaciones, subsidios, rentas (activas, mínimas...)- por desempleo, no se limitan a cuestiones económicas destinadas a paliar situaciones de necesidad derivadas de la pérdida de recursos, sino que, además, se acompañan de otra serie de medidas claramente incardinadas en la política activa de empleo. Se constata que incluso en los programas más flexibles de activación, las personas se ven obligadas a realizar alguna acción para mantener el derecho a la asistencia: un compromiso de actividad, un itinerario de inserción, acudir a entrevistas periódicas, o cualquier otra acción que sea establecida por

los servicios pertinentes. Es un claro ejemplo de que las políticas pasivas actúan, no tanto como mecanismo de protección mientras se está fuera del mercado de trabajo, sino como dispositivo de cobertura para la reentrada en dicho mercado. Aún valorando esa puesta en servicio directo de las políticas pasivas en relación con las activas, sí debemos apuntar -y aquí nuestra primera consideración-, que este proceso entraña un riesgo elevado para las personas excluidas. Existen evidencias de las limitaciones de estos programas a la hora de favorecer la inserción laboral de las personas en situaciones más intensas de exclusión. La mayoría de las evaluaciones muestran que los programas de activación favorecen la vuelta al empleo de los perceptores de prestaciones asistenciales que cuentan con mejores niveles de cualificación y menores niveles de exclusión social; sin embargo, apenas tienen efecto en la inserción laboral de aquellos que llevan más tiempo vinculados a los mecanismos de asistencia social que, casi indefinidamente, continúan (sobre) viviendo de las ayudas públicas.

Las razones son muy variadas y, aunque en todos los casos endémicas, dependen del colectivo en cuestión. En todo caso, ya se trate de jóvenes o de personas de más edad, la causa en esencia es, *grosso modo*, la falta de sintonía entre la oferta y la demanda del mercado laboral, provocada, entre otros motivos, por las graves debilidades estructurales en los modelos económicos y los cambios que las nuevas tecnologías y el proceso de globalización están provocando en la esfera de las relaciones laborales. En el caso de España, los trabajadores despedidos como consecuencia de la crisis en sectores que fueron claves en los años de bonanza económica (p.e. la construcción) – ahora parados, en su mayoría de edad avanzada, y en un alto porcentaje de larga duración- carecen de las aptitudes necesarias para volver a encontrar trabajo.

El ineludible proceso de adaptación se ha visto dificultado por una escasez de medidas de reconversión profesional y formación continua, elementos necesarios en todo caso, pero claves en la inserción/ reinserción laboral de los colectivos de menor y mayor edad, por su especial vulnerabilidad. El aumento de las medidas que incidan en la vertiente formación/recualificación, junto con una gestión más eficaz de los recursos destinados al diseño, desarrollo y, en particular, a la implementación de las políticas activas de empleo y de intermediación laboral, resultan ser elementos-base para la consecución de los objetivos propuestos. Pero, insistimos, sólo a través de una gestión racional, eficaz y transparente de los recursos disponibles se conseguirán resultados en esta etapa de recuperación económica que iniciamos. Aún así, muchos parados de larga duración, especialmente los de mayor edad, apenas tendrán perspectivas de encontrar un nuevo trabajo, incrementándose su riesgo de exclusión social, y contribuyendo, lamentablemente, a corroborar los datos de estudios recientes que confirman el aumento de las desigualdades en España y la conformación progresiva de un país a dos velocidades.

En este mismo orden, y aquí nuestra segunda consideración, no podemos obviar otra realidad: aunque se consigan los objetivos propuestos y un elevado número de personas que quieren trabajar puedan acceder al mercado de trabajo, no podemos sino preguntarnos en qué condiciones.

Las transformaciones del mercado de trabajo en las últimas décadas y la salida de la crisis han supuesto el crecimiento del empleo en general, pero en muchas ocasiones -y en especial para los sectores con menor experiencia/ formación/recualificación (entre ellos jóvenes y mayores) - se ha tratado de empleos precarios, de baja calidad, de duración limitada y de escasa remuneración. El empleo estable y de calidad, a pesar de ser el que enarbola los objetivos de la política de empleo, queda relegado en la práctica a una posición ínfima.

El pensar que la estrategia de empleo es el mecanismo privilegiado para reducir la pobreza estructural y que la inclusión en el mercado de trabajo y la obtención de ingresos derivados de la prestación de la fuerza de trabajo es la mejor receta para salir del riesgo de pobreza, se cuestiona hoy fundadamente y con preocupación. Las nuevas orientaciones de las políticas laborales, que están fomentando la precarización y la contención salarial, o directamente la reducción de las tasas salariales como elemento central para mejora de la competitividad en esta etapa de recuperación, está haciendo aparecer en Europa, y por ende, más si cabe, en España, un fenómeno estructural en otros mercados de trabajo: la categoría de los trabajadores pobres.

Precisamente, los colectivos que han acaparado la atención de este estudio son los que, por excelencia, configuran la categoría de los nuevos trabajadores pobres. La pobreza laboral incrementa el riesgo de exclusión social y marginalidad y veda a los que la padecen el poder disfrutar de una ciudadanía plena. Esa ruptura del vínculo entre el individuo y la sociedad derivada de su no participación en el proceso productivo nos invita a la reflexión y exige de los gobiernos la articulación de medidas no sólo paliativas sino también preventivas, que hacen imprescindibles la complicidad y colaboración de las empresas, concienciadas -y con ellas la sociedad en general- de que éste es el camino más acertado.

EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN EN FRANCIA: ¿MÁS DE LO QUE PARECE?*

PIERRE-HENRI CIALTI

Profesor Visitante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo

EXTRACTO

Palabras claves: Herramientas digitales; desconexión; Francia; derecho a la salud

Frente a la importancia y a los desafíos que representa el uso de las herramientas digitales en las relaciones de trabajo, la ley francesa n° 2016-1088 de 8 de agosto de 2016 *relativa al trabajo, a la modernización del diálogo social y a la protección de las trayectorias profesionales* introduce un derecho a la desconexión para los trabajadores. Una primera aproximación conduce a poner este nuevo derecho en el ámbito de las relaciones verticales entre empleadores y trabajadores. Naturalmente, se refiere a ellas pero va más allá y toma en consideración tanto los comportamientos individuales al margen de una relación jerárquica, como la organización colectiva en la empresa que permite justamente diluir dicha relación. El propósito de este trabajo reside, por lo tanto, en analizar el contenido y el proceso de implementación de este derecho a la desconexión que otorga un papel central a la negociación colectiva. Ahora bien, de forma previa, resultará oportuno enmarcar la actuación legal en la experiencia convencional y en la existencia de informes que inspiraron en gran medida el contenido de la ley.

ABSTRACT

Key words: Digital tools; disconnection; France; right to health

Given the importance and challenges of the use of digital tools in working relationships, the French Law n°2016-1088 of August 8, 2016 *relating to labor, modernization of social dialogue and securing of professional careers* introduces a right to disconnection for workers. An initial approach leads to the introduction of this new right in the field of vertical relationships between employers and workers. It obviously refers to them, but goes further and takes into consideration both individual behaviors outside of a hierarchical relationship and the collective organization that precisely allows watering down that relationship in the company. The purpose of this paper is therefore to analyze the content and process of implementation of this right to disconnect that gives a central role to collective bargaining. It would however be appropriate to previously frame the legal action in the conventional experience and the existence of reports that substantially inspired the content of the law.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación dirigido por el Prof. Cruz Villalón, “Técnicas jurídicas y efectividad de la norma laboral en la gestión del cambio”, Ministerio de Economía y Competitividad (DER2014-52549-C4-1-R).

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS ANTECEDENTES A LA LEY DE 2016
 - 2.1. LA ACTIVIDAD CONVENCIONAL
 - 2.2. EL INFORME METTLING
3. EL RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO A LA DESCONEXIÓN EN LA LEY DE 2016
 - 3.1. LAS MODALIDADES DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN EN UN ACUERDO COLECTIVO DE EMPRESA O, EN SU DEFECTO, EN UNA CARTA
 - 3.2. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN
4. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

La erupción de las TIC¹ en el mundo laboral despliega facetas bien distintas en las cuales los papeles de las partes en las relaciones de trabajo se intercambian. Cuestiona la intrusión de la vida privada en el lugar y tiempo de trabajo y remite al control empresarial del uso de internet y de las redes sociales². También, plantea dificultades en relación con el uso de las TIC por parte del empresario para ejercer su poder de control sobre los trabajadores, chocando con los derechos a la dignidad y a la intimidad de aquellos³. Ambas cuestiones se colocan desde el prisma del control empresarial. El propósito del trabajo y el espectro de actuación del derecho a la desconexión, objeto de estudio, adoptan una perspectiva distinta que se centra en el trabajador y en la necesidad de que las TIC no borren por completo la separación entre el tiempo de trabajo y la vida personal. Por lo tanto, el derecho a la desconexión toma como marco de análisis la conciliación entre vida personal y vida profesional y, como trasfondo, remite al derecho a la salud de los trabajadores⁴.

La revolución tecnológica que se caracteriza por su rapidez, ha provocado modificaciones de gran calado en la forma de trabajar, en la organización del

¹ Las Tecnologías de la Información y de la comunicación (TIC) abarcan tanto objetos físicos (ordenadores, tabletas, smartphone) como herramientas inmateriales (software, internet, conexión inalámbrica, correos electrónicos, redes sociales, etc.).

² F.J. Calvo Gallego, "TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 4, nº 9, 2012, p. 125-151; J.E. Ray, «Actualité des TIC: tous connectés, partout, tout le temps?», *Droit Social* 2015, p. 516.

³ A. Goldstein, "Los sistemas de control: uso de correo electrónico, cámaras de videovigilancia, llamadas telefónicas y el respeto a la intimidad y vida privada del trabajador", *Revista derecho del trabajo*, nº. 11, 2016, p. 197-213; M. Sepúlveda Gómez, "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", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 133, 2016, p. 219-235.

⁴ C. Mathieu, "Le droit à la déconnexion : une chimère?", *Revue de Droit du Travail*, 2016, p. 592.

trabajo y en el modelo productivo. También ha tenido impacto sobre las relaciones y condiciones de trabajo y ha conducido a nuevas maneras de trabajar. Entre ellas, se puede identificar un fenómeno de desintegración del colectivo de trabajo, de individualización de las relaciones de trabajo, entendida en su dimensión física, que plantea una nueva problemática relativa a la organización colectiva de los trabajadores para asegurar la defensa de sus intereses. Por otra parte, es indudable que las herramientas digitales permiten más flexibilidad a la cual los trabajadores no quieren renunciar. Sin embargo, pueden impactar sobre la calidad de vida en el trabajo y exponer a los trabajadores a riesgos de sobrecarga cognitiva y emocional, sentimiento de cansancio, de excitación, de estrés, es decir, a considerables riesgos psicosociales⁵. Igualmente, tienen consecuencias importantes sobre la calidad de vida en general, pudiendo conllevar a la fusión y confusión de los ámbitos de la vida profesional y personal⁶. Se trata por lo tanto de encontrar un equilibrio, de velar por no convertir una oportunidad de mejora de las condiciones de trabajo y de producción, desde luego, en una nueva carga para los trabajadores.

La ley francesa n° 2016-1088 de 8 de agosto de 2016 *relativa al trabajo, a la modernización del diálogo social y a la protección de las trayectorias profesionales* se propone tomar en consideración esta mutación y los problemas que pueden derivarse de ella y reconoce a los trabajadores, a partir del 1 de enero de 2017, un derecho a la desconexión⁷. Como consideración previa, conviene observar que la ley no define el derecho a la desconexión⁸. Sin pretensión de generalización, se podría definir como el derecho para el trabajador de no tener ningún contacto con herramientas digitales relacionadas con su trabajo durante su tiempo de descanso y sus vacaciones.

La pertinencia de proclamar un derecho a la desconexión para los trabajadores puede resultar a primera vista inútil⁹. El preámbulo de la Constitución de 1946, parte integrante del bloque de constitucionalidad vigente, “*garantiza [...] la*

⁵ Sobre la cuestión de la calidad de vida en el trabajo, ver *Droit Social*, febrero de 2015, n° especial.

⁶ F. Favennec-Héry, “Temps et lieux de vie personnel, temps et lieux de vie professionnelle”, *Droit Social*, 2010, p. 23.

⁷ Artículo 55 de la ley, codificado en el artículo L. 2242-8-7° CT.

⁸ Para J.E. Ray « era misión imposible » definirlo (“Grande accélération et droit à la déconnexion”, *Droit Social* 2016, p. 917)

⁹ La doctrina habla por primera vez de un derecho a la desconexión en una serie de artículos en el año 2002 (J.E. Ray, De la sub/ordination à la sub/organisation, *Droit Social*, 2002, p. 5 ; J.E. Ray, Le droit à la déconnexion, droit à la vie privée au XXI^e siècle, *Droit Social*, 2002, p. 939 ; ver también, F. Favennec-Héry, Temps et lieux de vie personnel, temps et lieux de vie professionnelle, *Droit Social*, 2010, p. 23; F. Jauréguiberry, « Déconnexion volontaire aux technologies de l’information et de la communication », 2013. Disponible en <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00925309>).

protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio” que se convierten por lo tanto en derechos fundamentales¹⁰. Los artículos L. 3131-1 y L. 3132-2 CT establecen un derecho a un descanso mínimo continuo, diario y semanal cuyo respeto es de orden público. Se distinguen, por lo tanto, un tiempo de trabajo efectivo, “*tiempo durante el cual el trabajador está a la disposición permanente de su empleador sin poder realizar sus ocupaciones personales*”¹¹, y un tiempo de descanso durante el cual el trabajador “*está totalmente dispensado directa o indirectamente, salvo casos excepcionales, de desempeñar para su empleador una prestación de trabajo, incluso si es sólo eventual u ocasional*”¹². En el mismo sentido, la Corte de casación consideró desde 2001 que los trabajadores no tienen obligación de aceptar trabajar, ni de instalar instrumentos de trabajo en su domicilio¹³. Igualmente, recuerda que no se puede despedir a un trabajador por falta grave cuando no contesta a solicitudes profesionales fuera de su tiempo de trabajo¹⁴. Respecto a las relaciones horizontales, considera que no existe ninguna falta si un trabajador “*corta de forma categórica cualquier posibilidad de contacto con sus compañeros*”¹⁵.

Pues bien, a pesar de este marco que parece ofrecer soluciones adecuadas, la generalización de las TIC no deja de plantear dificultades. Es cierto que su uso remite a la actuación de la parte empresarial, a la ejemplaridad de la jerarquía, y así se plasma en la ley y la jurisprudencia. Sin embargo, cuestiona igualmente los comportamientos de los propios trabajadores, tanto en las relaciones verticales como en las relaciones horizontales¹⁶. El uso de las TIC tiene una dimensión individual que se refiere a la capacidad de organización de cada trabajador, hacia él mismo, hacia sus compañeros de trabajo, sus clientes o sus proveedores. Por otra parte, tiene una dimensión colectiva, que conduce a contemplar la organización colectiva de la empresa y sus modalidades de trabajo, además del único comportamiento patronal. Como lo subraya Jean-Emmanuel Ray, “*la desconexión es ante todo una cuestión de formación, de*

¹⁰ 11º apartado del preámbulo de 1946.

¹¹ Art. L. 3121-1 CT.

¹² Cass. Soc. 10 de julio de 2002, nº 00-18.452. Ver también Ph. Waquet, “Le temps de repos”, *Droit Social*, 2000, p. 288.

¹³ Cass. Soc. 2 de octubre de 2001, nº 99-42.727.

¹⁴ Cass. Soc. 17 de febrero de 2004, nº 01-45-889. Este asunto es muy revelador ya que se refiere a un conductor de ambulancia que no contesta a tres llamadas telefónicas de su empleador en su teléfono personal durante su tiempo de descanso al mediodía. Los jueces consideran que no puede constituir un comportamiento culpable característico de falta grave que justifica un despido, aludiendo al hecho de que las llamadas se realizaron fuera de los horarios de trabajo en su teléfono personal.

¹⁵ Cass. Soc. 15 de junio de 1999, Bull. Civ. V, nº 279.

¹⁶ J.E. Ray, op. cit., 2016, p. 916.

*organización, individual y sobre todo colectiva. Pero también de saber vivir y de reglas de conductas*¹⁷.

Por lo tanto, no cabe descartar la pertinencia del reconocimiento legal de un derecho a la desconexión. Ahora bien, para superar esta primera consideración, resulta imprescindible analizar detenidamente su contenido y los mecanismos previstos para garantizar su efectividad. Ante de proceder a ello, conviene exponer los antecedentes que han conducido a su proclamación.

2. LOS ANTECEDENTES A LA LEY DE 2016

2.1. La actividad convencional

Anteriormente a la Ley de 2016, los interlocutores sociales se apoderaron del tema en todos los ámbitos.

A nivel interprofesional, el Acuerdo Nacional Interprofesional (ANI) de 19 de junio de 2013 sobre la calidad de vida en el trabajo¹⁸, en su artículo 17 titulado *“promover una gestión inteligente de las tecnologías de la información y de la comunicación al servicio de la competitividad de las empresas, respetuosa de la vida privada de los trabajadores”*, parte de la premisa de que las TIC *“forman parte integrante del entorno de trabajo y son indispensables al funcionamiento de la empresa”*. Sin embargo y de manera inmediata, pone énfasis sobre los riesgos de confusión que pueden producir entre la vida personal y la vida laboral y sobre los riesgos de degradación de las condiciones de integración de los trabajadores.

En este marco, coloca a las empresas en el centro del dispositivo, como impulsadoras y responsables, y distingue tres ámbitos de actuación. Primero, toma en consideración a los trabajadores que pueden encontrar dificultades en el manejo de estas tecnologías y encomienda a las empresas a establecer formaciones específicas. Segundo, requiere que las empresas, *“tras haber conocido el punto de vista de los trabajadores sobre el uso de las TIC en la empresa”*, busquen *“los medios para conciliar vida personal y vida profesional, [...] por la instauración, por ejemplo, de tiempos de desconexión”*. Finalmente, se hace una mención especial a la posibilidad para las empresas de *“poner en marcha acciones de sensibilización sobre el buen uso de las TIC para los trabajadores y directivos”*.

¹⁷J.E. Ray, op. cit., 2016, p. 917.

¹⁸“Hacia una política de mejora de la calidad de vida en el trabajo y de la igualdad profesional”. Disponible en http://www.journal-officiel.gouv.fr/publications/boccc/pdf/2013/0041/boc_20130041_0000_0011.pdf o en la web de la Agencia Nacional para la mejora de las condiciones de trabajo (ANACT): <https://www.anact.fr/node/10206>

Igualmente, dos constantes aparecen a lo largo del Acuerdo y hacen referencia, por un parte, a la necesidad de tomar en consideración las especificidades de la empresa, las funciones ejercidas y la persona de la que se trate, y, por otra parte, a la importancia del buen uso de la TIC para la competitividad de las empresas.

De forma general, el Acuerdo convierte el diálogo social en cauce preferencial para construir la mejora de la calidad de vida en el trabajo y configura un procedimiento general de actuación que va más allá del derecho a la desconexión, y que consta de tres etapas: 1) Establecer un diagnóstico previo; 2) Definir indicadores específicos a la empresa; 3) Acompañar a los equipos de dirección y gestión.

En el ámbito sectorial, se encuentra pocos convenios que se refieren a un derecho a la desconexión como tal. Además, se centran en general en la situación de los directivos en “forfait-jours”¹⁹. Pues bien, entre ellos, se puede citar una cláusula adicional a los acuerdos de “import-export”²⁰ o del comercio mayorista²¹ que obliga al trabajador a desconectarse de las herramientas de comunicación remota. Por otra parte, insiste en el papel del empresario de garantizar los tiempos de descanso y de tomar las medidas necesarias para ello, así como de recordar a los trabajadores la no-obligación de atender las solicitudes y a los directivos la posibilidad de recurrir a los envíos diferidos.

El ámbito empresarial, especialmente en las grandes empresas, ha sido, en cambio, el terreno predilecto de la actividad convencional en la materia²². Cabe destacar tres aspectos comunes y presentes en los diferentes acuerdos colectivos:

¹⁹ “forfaits-jours”: se trata de un dispositivo legal destinado a los trabajadores con un nivel de autonomía necesario al ejercicio de sus responsabilidades que impide una determinación del tiempo de trabajo y la aplicación del horario colectivo en la empresa. Así, dichos trabajadores son sometidos a un régimen especial de medición de la jornada de trabajo que no se mide en horas sino en días trabajados y que excluye la limitación de la jornada máxima diaria y semanal. Su implementación necesita un acuerdo escrito individual con el trabajador (art. L.3121-55 CT) y un acuerdo colectivo que contempla su puesta en marcha (art. L. 3121-63 CT). Respecto a nuestro tema, cabe señalar que el artículo L. 3121-60 CT dispone que el empleador debe comprobar “*de forma regular que la carga de trabajo del trabajador es razonable y permite una buena repartición en el tiempo de su trabajo*” y que el artículo L. 3121-64-3 CT prevé que “*el acuerdo colectivo que autoriza la conclusión de convenio individual de forfait en días determina: [...] 3º las modalidades según las cuales el trabajador puede ejercer su derecho a la desconexión*”.

²⁰ Import-export (avenant du 27-06-2016)- Liaisons Sociales Quotidien- L’actualité n° 17196 du 8 novembre 2016.

²¹ Commerces de gros (avenant du 30-06-2016)- Liaisons Sociales Quotidien- L’actualité n° 17181 du 14 octobre 2016.

²² Para profundizar, ver Liaisons Sociales Quotidien, le dossier Convention collective n° 215/2016 de 1 de diciembre de 2016. No se pretende analizar de manera pormenorizada toda la actividad convencional, sino destacar sus mayores tendencias.

el reconocimiento de un derecho a la desconexión y su importancia para la salud y para el respeto de la vida personal; el papel de la jerarquía, aunque no solamente, para su puesta en marcha, y la previsión de mecanismos que permiten su efectividad y su seguimiento. Indiscutiblemente, esta filosofía marcará el contenido de la ley de agosto de 2016.

Respecto al reconocimiento de un derecho a la desconexión y a la necesaria compaginación de la vida profesional y de la vida personal, el Acuerdo en la empresa Thalès firmado a principios de 2014 afirma que *“los trabajadores disponen [...] de un derecho a la desconexión fuera de los horarios de apertura del establecimiento en el cual cumplen regularmente su trabajo o, al menos, durante el tiempo legal del descanso diario y semanal”*²³. El acuerdo firmado en la empresa Orange, considerando la necesidad *“de garantizar la buena utilización de las herramientas digitales a la vez que preservar la salud en el trabajo para garantizar condiciones y entorno de trabajo respetuosos de todos”*, afirma que *“el respeto de la vida privada y el derecho a la desconexión son considerados fundamentales para proteger a los trabajadores de potenciales prácticas intrusivas de sus superiores y/o de sus compañeros y/o de ellos mismos”*²⁴. Por otra parte, directamente conectado con el imperativo de productividad, resulta interesante apuntar que prevé la posibilidad de un derecho a la desconexión durante el tiempo de trabajo a la vista del posible exceso de solicitudes. En el acuerdo de la empresa Areva, *“cada trabajador, independientemente de su nivel jerárquico, velará por desconectarse de la red y no enviar correos fuera de los horarios habituales de trabajo. Así, el trabajador dispone de un derecho a la desconexión”* excepto *“en caso de circunstancias particulares, producidas por la urgencia y por la importancia de los temas tratados”*²⁵.

El papel que ha de desempeñar la jerarquía constituye otro aspecto presente en los acuerdos. El acuerdo Areva anuncia que *“la jerarquía se asegurará por su ejemplaridad del respeto de esta medida”* [no mandar correos fuera de los horarios habituales de trabajo]. El acuerdo Thalès prevé que *“el manager velará por el respeto de este derecho, especialmente comprometiéndose a no mandar correos durante los periodos de descanso legal”*. En el acuerdo Orange, corresponde a la dirección *“asegurarse del respeto al derecho a la desconexión”*.

²³ Accord sur la Qualité de vie au travail au sein du groupe Thalès (Titre II- 4.1. Bon usage des outils informatiques (TIC) : droit à la déconnexion).

²⁴ Accord Orange de 27 de septiembre de 2016 sur l'accompagnement de la transformation numérique (Point 3.2- Assurer le respect de l'équilibre vie privée/vie professionnelle en garantissant un droit à la déconnexion)

²⁵ Artículo 20 del Accord sur le développement de la qualité de vie au travail au sein du groupe Aréva en France, firmado el 31 de mayo de 2012.

El tercer aspecto relevante se refiere al establecimiento de mecanismos que permiten hacer efectivo el derecho a la desconexión. Por una parte, en el acuerdo Thalès, se opta por poner en marcha acciones de acompañamiento, de formación y de sensibilización, así como la distribución al conjunto de los trabajadores de notas relativas al uso de las TIC. El ANI que pone el acento sobre la importancia del diagnóstico, contempla la posibilidad de realizar una auditoría sobre el uso de las TIC. Por otra parte, de manera más pragmática, en el acuerdo Orange, el derecho a la desconexión reconoce la ausencia de obligación de contestar a correos electrónicos y promueve la función del envío diferido. La empresa Areva se propone establecer “*un seguimiento específico y regular de los correos electrónicos así como de su reparto temporal*”. Más contundente, el acuerdo Michelin se propone detectar situaciones de riesgos, operando un control remoto de las conexiones fuera del tiempo de trabajo²⁶.

Finalmente, en defecto de acuerdo, varias empresas optan por adoptar de forma unilateral instrumentos que dan un marco de uso adecuado y razonable a las TIC. La empresa Natixis ha elaborado un anexo a su acuerdo colectivo que invita a los trabajadores a desconectarse especialmente el fin de semana y durante las vacaciones, y se compromete a llevar a cabo acciones de formación y de promoción²⁷. La Société Générale, por su parte, se compromete a elaborar y difundir una guía de buen uso de los correos electrónicos, así como de organizar acciones de sensibilización al respecto²⁸.

2.2. El informe Mettling

A petición del Ministerio de Trabajo, se elabora en marzo de 2015 un informe cuyo objetivo consiste en examinar el efecto de la transformación digital en el trabajo. Este informe, llamado informe Mettling en razón de su autor²⁹ y titulado *Transformación digital y vida en el trabajo*³⁰, contempla la cuestión desde varios puntos de vista (económico, productivista, societal, etc.).

De manera general, planteando el marco de análisis, subraya que las TIC afectan al conjunto de las profesiones, manuales o intelectuales, conducen a nuevas competencias, a la creación de nuevos puestos de trabajo o, por el contrario, a la

²⁶ Acuerdo de 15 de marzo sobre el control de la carga de trabajo de los directivos autónomos en “forfait-jours” (punto 4.4.1.2- Accord portant sur la maîtrise de la charge de travail des cadres autonomes en convention de forfait-jours).

²⁷ Accord sur la Qualité de vie au travail (26 de agosto de 2016).

²⁸ Accord sur les conditions de vie au travail (30 de marzo de 2015).

²⁹ Bruno Mettling era por aquel entonces Director de Recursos Humanos de Orange.

³⁰ *Transformation numérique et vie au travail*, rapport remis au Ministre du travail Myriam El Khomri, septembre 2015, 69 p. Disponible en <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/154000646.pdf>

desaparición de otros, a las transformaciones de las relaciones y de la organización del trabajo, aumentando cada vez más la autonomía de los trabajadores con el riesgo de aislamiento que conlleva y transformando las modalidades del ejercicio del poder de dirección y de control que se realiza cada vez más a distancia y en redes³¹. Igualmente, conectado con el punto anterior, detecta una problemática muy interesante que se refiere a la facilidad que ofrecen estas herramientas para fomentar el trabajo fuera del marco asalariado, vía el trabajo autónomo. Por otra parte, pone énfasis sobre la diferencia del impacto de las TIC según el sector de actividad y el tamaño de la empresa y sobre la diversidad de problemas y desafíos que ello implica³².

Más concretamente y por lo que nos interesa, cuatro elementos resultan destacables.

En primer lugar, considerando que el lugar de trabajo evoluciona y que emergen nuevos espacios exteriores a la empresa física, como el coworking, el teletrabajo³³ o el nomadismo³⁴, el informe insiste en la necesidad de mantener una presencia física, garante de la estabilidad emocional de los trabajadores afectados.

En segundo lugar, calificado de “*tema particularmente sensible*”, el informe pone en relación directa, y con acierto, la cuestión del tiempo de trabajo con la determinación de la carga de trabajo³⁵ y recalca su importancia en cuanto a la buena articulación entre vida privada y vida profesional, que representa, por otra parte, “*uno de los factores claves del éxito de la transformación digital*”, entendida como herramienta de mejora de la calidad de vida en el trabajo³⁶. No cabe duda de que la relación entre derecho a la desconexión y la clara determinación de la carga de trabajo resulta ser un punto crucial de la cuestión³⁷.

³¹ Las TIC’s desplazan un control presencial hacia un control de objetivos que puede convertir una obligación de medios en una obligación de resultados (p. 23).

³² Se distingue 4 modelos de empresas: las empresas cuya actividad está en el centro de la economía digital (servicios de telecomunicaciones; economía del Web); los sectores fuertemente impactados por el numérico (edición, música, finanzas y seguros); los sectores en vías de transformación (comercio, industria, administración, enseñanza); los sectores poco afectados (agricultura, servicios a la persona, restauración, etc.) (p.11).

³³ Respecto al teletrabajo, cabe señalar la ley de 22 de marzo de 2012, que exige la fijación de horarios diarios durante los cuales se debe poder contactar con el trabajador (art. L. 1222-10 CT). Al contrario, fuera de ellos, es un tiempo libre y disponible.

³⁴ Forma de teletrabajo, de trabajo a distancia, el nomadismo se refiere a los trabajadores cuya prestación de trabajo no permite identificar de forma clara y regular periodos y localización de trabajo a razón de los desplazamientos inherentes a su función esencialmente comercial, que se caracteriza por una presencia muy cercana a los clientes (p. 17)

³⁵ Ver p. 18. Sobre la noción de carga de trabajo, ver S. Fantoni y P.Y. Verkindt, “Charge de travail et qualité de vie au travail”, *Droit Social*, 2015, p. 106.

³⁶ Ver p. 20.

³⁷ Lerouge Loïc, “Le droit à la déconnexion «à la française»”, *réseau Cielo*, noticias Cielo n°1 2017, p. 3. Disponible en <http://www.cielolaboral.com/francais-le-droit-a-la-deconnexion-a-la-francaise/>

En tercer lugar, elemento clave de su reflexión, se toma en cuenta, por un lado, la responsabilidad del empleador de asegurar la salud y seguridad de los trabajadores, especialmente garantizando un tiempo de descanso, y, por otro lado, la capacidad propia de desconexión individual del trabajador. En este marco, opta por configurar el derecho a la desconexión como una *“corresponsabilidad del trabajador y del empresario que implica también un deber de desconexión”*³⁸. Ahora bien, consciente de los límites del planteamiento, condiciona aquella responsabilidad del trabajador a una cultura de la empresa propicia y a la reciprocidad entre trabajadores. Así reconoce, aunque de manera implícita, que la capacidad del trabajador y la realidad de su deber de desconexión quedan a merced de otros elementos que impiden creer en su libre disposición y en su total capacidad de manejar tales situaciones.

En cuarto lugar, a la vez que reconoce los riesgos de intensificación del trabajo y de degradación de la salud de los trabajadores, el informe propone convertir las TIC en una herramienta de mejora de la calidad de vida en el trabajo. Por eso, insiste en la necesaria regulación de su uso y en la importancia de encontrar técnicas de medición de la carga de trabajo, admitiendo que ya no se puede asimilar al horario de trabajo o a la presencia en el lugar de trabajo. Propone fomentar los intercambios entre empleadores y trabajadores y los mecanismos de evaluación periódica de la carga de trabajo que ha de medirse a nivel empresarial y no individual, sin perjuicio de tomar en consideración las situaciones y percepciones individuales.

Frente al panorama descrito, se formulan propuestas reagrupadas en 6 categorías conformemente a los 6 objetivos perseguidos³⁹: 1) desarrollar la educación digital vía la formación inicial y continua; 2) colocar la transformación digital en el centro de la profesionalización y de la movilidad profesional; 3) elaborar un marco jurídico y fiscal incitativo y protector; 4) poner la transformación digital al servicio de la calidad de vida en el trabajo; 5) llegar a una empresa de la co-construcción y de la co-innovación; 6) comprender y anticipar los desafíos de la transformación digital.

Sin lugar a dudas, y de acuerdo con la finalidad del informe, estas propuestas van más allá de la protección de los trabajadores y contemplan, desde un punto de vista empresarial, las exigencias y los desafíos que suponen las TIC para el crecimiento y la adaptabilidad de las empresas. Por lo que nos interesa, merece una especial atención las propuestas siguientes: la puesta en marcha de formaciones relativas al conocimiento de las TIC para no excluir a trabajadores poco formados; la formación continua garante de adaptabilidad; la formación en

³⁸ Ver p. 21.

³⁹ Ver p. 42.

cuanto a su uso propiamente dicho; la importancia de velar por la feminización de la cultura digital. También son relevantes la exigencia de un deber de desconexión, como complemento del derecho a la desconexión, que pesa sobre el trabajador y sobre el personal directivo, la voluntad de abordar las TIC como una herramienta de mejora de la calidad de vida en el trabajo, el papel activo que han de jugar las empresas en una política de regulación del uso de las herramientas digitales, la importancia de reforzar lo colectivo en las empresas para compensar la individualización de las relaciones de trabajo y del trabajo, el protagonismo que ha de tomar la negociación colectiva en la materia y, finalmente, el papel central que ha de desempeñar la noción de carga de trabajo⁴⁰.

3. EL RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO A LA DESCONEXIÓN EN LA LEY DE 2016

No cabe duda de que la ley de 2016 se inspira en gran medida de las experiencias convencionales y del contenido del informe. El nuevo artículo L. 2242-8-7° CT dispone que integra el contenido de la negociación anual obligatoria en las empresas, la determinación de *“las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por parte de la empresa de dispositivos de regulación del uso de las herramientas digitales, con vistas a garantizar el respeto de los tiempos de descanso y de vacaciones. En defecto de acuerdo, tras la consulta del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados del personal, el empleador elabora una carta. Esta carta define las modalidades del ejercicio del derecho a la desconexión y prevé además la puesta en marcha de acciones formativas y de sensibilización para un uso razonable de las herramientas digitales, dirigidas a los trabajadores y al personal directivo”*⁴¹. A pesar de su escueto contenido, se destacan dos aspectos claros. Además del reconocimiento de un derecho a la desconexión, otorga a la negociación colectiva empresarial un papel central para su puesta en marcha e incide en la necesidad de la formación y de acciones concretas para garantizar su efectividad.

⁴⁰ p. 44-52-61

⁴¹ En francés, « 7° Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques. »

3.1. Las modalidades del derecho a la desconexión en un acuerdo colectivo de empresa o, en su defecto, en una carta

La lógica de la ley es la siguiente: remite la determinación de las modalidades del derecho a la desconexión a la negociación colectiva de empresa en el marco de la obligación anual de negociar. En caso de no alcanzar un acuerdo, el empresario elabora de forma unilateral una carta.

Por lo que se refiere al procedimiento de negociación colectiva, el derecho a la desconexión constituye un nuevo apartado que integra la negociación anual obligatoria en las empresas en materia de igualdad profesional entre hombres y mujeres y de calidad de vida en el trabajo⁴². Parece coherente remitir al ámbito empresarial la puesta en marcha del derecho a la desconexión dado que, como lo subrayó el informe Mettling, las realidades, situaciones y contextos de las empresas pueden ser variados frente al uso de las TIC. Así, se podrán adoptar modalidades específicas y adaptadas a cada empresa (empresas multinacionales con zonas horarias distintas; medianas empresas industriales, start up en nuevas tecnologías, periódicos, etc.).

La incorporación del tema del derecho a la desconexión en las negociaciones anuales obligatorias plantea, sin embargo, dos dificultades.

Por una parte, puede haber dudas sobre la aplicación de las nuevas reglas de mayoría para la validez de los acuerdos y convenios de empresa⁴³. En efecto, se distingue dos periodos en función de los temas de negociación. Para los acuerdos relativos al tiempo de trabajo, a los descansos y vacaciones, las nuevas reglas se aplican a partir del 1 de enero de 2017⁴⁴. Dada la concomitancia de las fechas entre la aplicación de las reglas de validez y la entrada en vigor del derecho a la desconexión, así como en razón del estrecho vínculo del derecho a la desconexión con las cuestiones de tiempo de trabajo, descanso y vacaciones, se puede afirmar que las nuevas condiciones de validez se aplican a la negociación relativas a las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión⁴⁵.

⁴² Artículo L. 2242-8 CT. Anualmente, se ha de negociar también sobre la remuneración, el tiempo de trabajo y el reparto del valor añadido en la empresa. Cada tres años, se negocia en las empresas de más de 300 trabajadores sobre la gestión de los empleos y las trayectorias profesionales (Artículo L. 2242-1 CT).

⁴³ Artículo L. 2232-12 CT: Mayoría de los firmantes sindicales del 50% de los votos a las elecciones de los representantes de los trabajadores. Si representan entre 30% y 50%, los firmantes pueden convocar un referéndum (anteriormente, la mayoría era al 30% con un derecho a oposición de los no firmantes que representan al 50%).

⁴⁴ Artículo 21 IX de la ley n° 2016-1088 de 8 de agosto de 2016. Para “los otros acuerdos colectivos”, salvo excepciones, la entrada en vigor es el 1 de septiembre de 2019.

⁴⁵ En este sentido, J.E. Ray, op. cit., 2016, p. 920.

Por otra parte, la realidad de la negociación anual obligatoria supone la existencia en la empresa de interlocutores salariales, concretamente de secciones sindicales⁴⁶, cuya constitución resulta difícil en las PYMES. Igualmente, el agente de negociación es el delegado sindical cuya presencia se impone en las empresas de al menos 50 trabajadores. Es cierto que un delegado del personal en las empresas de al menos 11 trabajadores puede ejercer de delegado sindical y así negociar eventualmente un acuerdo⁴⁷. Igualmente, los negociadores subsidiarios (representantes de los trabajadores o trabajador con mandato sindical) pueden negociar un acuerdo relativo al derecho a la desconexión⁴⁸. Sin embargo, ya no se tratará de una negociación obligatoria y su puesta en marcha dependerá en gran medida de la voluntad de la parte empresarial. Por lo tanto, resulta que la opción de limitar la obligación de negociar a nivel empresarial y de excluir el ámbito sectorial va a conducir a privar a numerosos trabajadores de mecanismos de efectividad del derecho a la desconexión. Ahora bien, aunque las modalidades de su ejercicio queden pendientes de su concreción en un acuerdo colectivo, el conjunto de los trabajadores es titular del derecho a la desconexión, dado su vínculo con el derecho a la salud en el trabajo. En efecto, la obligación de seguridad y salud que corresponde al empresario y que implica establecer medidas de prevención, incluso en materia de desconexión, no desaparece y podría incentivar al empresario a tomar iniciativas. Volveremos más adelante sobre esta cuestión.

En ausencia de acuerdo, la ley aporta una respuesta e impone al empresario la obligación de elaborar una carta⁴⁹. Si bien la ley reconoce un nuevo derecho a los trabajadores, al mismo tiempo, y siguiendo la tónica general, aumenta el poder normativo del empresario, sobre quien recae la obligación de elaborar la Carta⁵⁰. En cierta medida, este poder unilateral encuentra una compensación en la obligación de consultar al comité de empresa que ha de emitir un informe, aunque no vinculante. En este punto, resulta imprescindible apuntar que no deja

⁴⁶ Artículo L. 2242-1 CT relativo a la negociación anual obligatoria. Pues bien, en virtud del artículo L. 2142-1 CT, pueden constituir secciones sindicales los sindicatos reconocidos representativos en la empresa considerada o por afiliación a un sindicato representativo a nivel nacional e interprofesional, así como los que cumplen determinadas exigencias (respeto de los valores republicanos, independencia, tener un ámbito de actuación profesional y geográfico que incluye la empresa y una antigüedad de al menos dos años).

⁴⁷ Art. L. 2143-6 CT.

⁴⁸ Art. L. 2232-21 CT y art. L. 2232-22 CT. En efecto, pueden negociar acuerdos colectivos relativos “*a medidas cuya puesta en marcha está condicionada por ley a un acuerdo colectivo [...]*”.

⁴⁹ En los otros temas de negociación anual obligatoria, excepto en el relativo a la igualdad profesional entre hombres y mujeres, no se prevé esta alternativa a la ausencia de acuerdo. Igualmente, cabe señalar que en los borradores iniciales, la ley imponía la elaboración de la carta a la empresa de más de 300 trabajadores.

⁵⁰ C. Mathieu, op. cit., p. 593.

de ser, por lo menos curioso, que la ley no contemple la intervención del Comité de Higiene, de Seguridad y de las Condiciones de Trabajo (CHSCT) mientras constituye el órgano de predilección para intervenir en materia de salud de los trabajadores⁵¹.

En todo caso, el llamamiento al instrumento de la carta plantea varios interrogantes.

En primer lugar, mientras el acuerdo colectivo, como acto de naturaleza normativa, puede ser invocado ante los jueces, la carta carece de tal naturaleza⁵². En caso de incumplimiento de las disposiciones de la carta, ninguna sanción puede ser aplicada. Dado que su contenido se relaciona con la salud de los trabajadores, varios autores proponen incluirla en el reglamento interior y así poder pronunciar sanciones disciplinarias para los comportamientos excesivos y contrarios a la carta⁵³. Si la Carta se concibe como un anexo al reglamento interior, no habrá problema y tendrá un carácter vinculante⁵⁴. En este caso, su adopción deberá seguir el procedimiento pertinente, más gravoso para el empresario⁵⁵. En caso de no formular de forma explícita su incorporación al reglamento interior, un sector de la doctrina considera que su contenido dictará su régimen jurídico⁵⁶. Así, si se limita a enunciar grandes principios, no tendrá fuerza vinculante y se quedará en un mero instrumento programático o si, al contrario, establece medidas concretas y prácticas de aplicación, podría permitir la adopción de sanciones. Ahora bien, la ausencia de cumplimiento de los requisitos necesarios correspondientes al reglamento interior podría plantear dificultades. En todo caso, queda una tercera vía que consiste en asimilar la carta a un compromiso unilateral del empleador. Ciertamente, no permitirá imponer sanción hacia los trabajadores, pero garantizará su obligatoriedad respecto a las actuaciones empresariales, sometidas así a control y limitaciones.

En segundo lugar, el dispositivo legal no prevé ninguna sanción si no se establece la carta⁵⁷. Así, es posible que si no se alcanza un acuerdo, el empresario no

⁵¹ L. Lerouge, op. cit., p. 3.

⁵² J.E. Ray, op. cit., 2016, p. 920.

⁵³ J.E. Ray, op. cit., 2016, p. 920.

⁵⁴ L. Lerouge, op. cit., p. 3.

⁵⁵ Como lo subraya H. Guyot, "L'adaptation du droit du travail à l'ère numérique", *La Semaine Juridique Sociale*, n° 37, Septembre 2016, 1310. Básicamente, el reglamento interior implica un procedimiento de información y consulta de los representantes del personal y ha de ser transmitido a la Inspección del Trabajo (art. L. 1321-1 y ss. CT).

⁵⁶ H. Guyot, op. cit., 1310.

⁵⁷ Cabe apuntar que, inicialmente, el proyecto de ley contemplaba sanciones en caso de ausencia de acuerdo o de carta. En todo caso, la sanción en caso de incumplimiento de la obligación anual de negociación puede alcanzar el año de cárcel y 3750 euros de multa (art. L. 2242-8 CT).

tome la iniciativa de elaborar la carta, dejando a los trabajadores sin modalidades efectivas de ejercicio del derecho a la desconexión. Ahora bien, en caso de litigio, la ausencia de carta será tomada en consideración por el juez y constituirá una situación claramente perjudicial para el empresario que tiene, por lo tanto, mucho interés en disponer de tal instrumento.

Más allá, los jueces prestan, de manera general, una atención especial al cumplimiento de la obligación del empresario de garantizar la seguridad y proteger la salud física y mental de sus trabajadores y proceden a un control estricto y exigente. Así, para exonerarse de culpa, el empresario debe haber tomado, con anticipación, todas las medidas de prevención previstas en los artículos L. 4121-1 y L. 4121-2 CT⁵⁸ y haber adoptado medidas inmediatas para poner fin a una situación de riesgos⁵⁹. Sin lugar a dudas, la carta debería constituir una de las medidas preventivas que pesa sobre el empresario y su ausencia constituiría un elemento muy en su contra en un juicio relativo al efecto de las TIC sobre el estado de salud de un trabajador. En definitiva, por su vínculo con el derecho a la salud, es posible afirmar que el derecho a la desconexión puede ser invocado por cualquier trabajador, independientemente del tamaño de su empresa y de la existencia de un acuerdo colectivo o de una carta.

3.2. El contenido del derecho a la desconexión

La doctrina ha lamentado que la ley no haya optado, en la línea del informe Mettling, por el reconocimiento de un deber de desconexión, correlativo al mismo derecho, que pesara sobre empleador y trabajador⁶⁰. Si bien el alcance simbólico y el carácter explícito de tal deber para el empresario hubiera conducido a promover y acentuar su compromiso en la materia, no es menos cierto que, por el mero hecho de su reconocimiento legal, el derecho a la desconexión constituye en adelante un declinación explícita de la obligación del empresario de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, como se acaba de apuntar. Respecto a la imposición de tal deber a los trabajadores, el artículo L. 4122-1 CT dispone que *“corresponde a cada trabajador cuidar, en función de su formación y según sus posibilidades, de su salud y de su seguridad, así como de las de las otras personas afectadas por sus actos o sus omisiones en el trabajo”*. Ahora bien, como lo subraya el informe Mettling, *“saber desconectarse es una competencia que se construye a*

⁵⁸ Art. L. 4121-1 CT: el empleador ha de tomar medidas que permiten la realización de “acciones de prevención de los riesgos profesionales, de información y de formación” así como la puesta en marcha de “una organización y de medios adaptados”. El artículo L. 4121-2 CT se refiere a los principios generales de prevención, entre ellos “evitar los riesgos” o “adaptar el trabajo a la persona”.

⁵⁹ Ver Cass. Soc. de 1 de junio de 2016, en materia de acoso laboral (nº14-19.702).

⁶⁰ H. Guyot, op. cit., 1310; C. Mathieu, op. cit., p. 592.

*nivel individual pero que necesita apoyo a nivel de la empresa*⁶¹. La política de la empresa resulta en todo caso fundamental. El carácter voluntario o la libertad del trabajador de desconectarse o no resulta ser un engañoso señuelo en el marco de una relación de subordinación. Respecto a la actuación de los trabajadores hacia los demás, la formación y la sensibilización para un uso razonable de las TIC puede constituir una respuesta satisfactoria si se inscribe, de nuevo, en el marco de la política de la empresa. Se trata justamente de un elemento clave del dispositivo legal.

La ley no establece elementos explícitos que permitan guiar la negociación que dispone por lo tanto de un amplio margen de libertad respecto a las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión. Sin embargo, en cuanto a la carta, la ley prevé que deberá por una parte, definir “*las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión*” y, por otra parte, establecer “*acciones de formación y de sensibilización para un uso razonable de las herramientas digitales*” destinadas a trabajadores y directivos⁶². Sin lugar a dudas, ambos aspectos impuestos en la carta son extensibles al proceso de negociación y constituyen la base de partida del contenido de las discusiones.

En primer lugar, por lo que se refiere a las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión, conviene observar que la ley remite a la negociación colectiva la determinación de las modalidades de su “*pleno ejercicio*” lo que implica, desde luego, no limitarse a declaraciones de buenas intenciones⁶³. En todo caso, esta precisión terminológica permitirá un control importante y estricto de los jueces para garantizar la realidad del tiempo de descanso⁶⁴.

Más concretamente, como mínimo, las modalidades del pleno ejercicio del derecho a la desconexión deben definir los tiempos de descanso y garantizar su respeto, salvo urgencia que sería por lo tanto deseable definir. Conduce a descartar e impedir cualquier sanción o reproche al trabajador por no contestar a una solicitud durante el ejercicio de su derecho al descanso.

A partir de esta base, corresponderá a las partes negociadoras en la empresa concebir e imaginar los mecanismos que permitirán el pleno ejercicio del derecho a la desconexión. Las experiencias convencionales anteriores constituyen seguramente unos indicadores pertinentes. Se podría entonces, por ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, establecer una desconexión total y automática, bloquear el acceso a las herramientas digitales, dejar las TIC en el lugar de trabajo, recurrir

⁶¹ Ver p. 20.

⁶² Art. L. 2242-8-7° CT

⁶³ C. Mathieu, op. cit., p. 592.

⁶⁴ J.E. Ray, op. cit., 2016, p. 919.

a herramientas tecnológicas de gestión de flujo de los correos electrónicos (envío diferido, redireccionamiento hacia otras personas disponibles y borrar los correos, invitar a volver a escribir, distinguir la urgencia del correo etc.), tomar en cuenta el significativo tiempo de respuesta a los correos electrónicos como carga de trabajo, determinar las relaciones entre ruptura del derecho a la desconexión y el reconocimiento de horas extraordinarias⁶⁵. La lista es inagotable, cada empresa tiene una realidad propia y las modalidades del derecho a la desconexión han de tomarlas en consideración.

En todo caso, como lo indica el ANI de 2013, resultará oportuno establecer un diagnóstico del uso de las herramientas digitales en la empresa considerada, lo que deberá movilizar los servicios informáticos y la instalación de mecanismos de control remoto para conocer el volumen de correos fuera de los horarios de trabajo o para detectar usuarios excesivos o compulsivos que contaminan a las demás personas⁶⁶. Resulta fundamental tomar en consideración la fuente, es decir, el expendedor, para gestionar los flujos.

Surgen aquí dos consideraciones. Por una parte, el manejo de las relaciones entre trabajadores debería conducir a otorgar un papel importante a los representantes de los trabajadores que tendrían que estar asociados a los servicios de recursos humanos y a los superiores jerárquicos. Por otra parte, el papel que han de desempeñar los servicios informáticos implementando técnicas de control, podría plantear problemas de respeto de la intimidad que convendrá regular y anticipar, especialmente para los controles fuera del tiempo y del lugar de trabajo.

Otro elemento importante reside en la importancia de tomar en consideración el contexto y los deseos de los trabajadores a quienes corresponde elegir los periodos de desconexión para asegurar la real conciliación de la vida personal y familiar. En este sentido, la empresa deberá realizar un esfuerzo de diálogo y adaptabilidad importante.

En segundo lugar, las acciones de formación y sensibilización permiten contemplar la necesidad de pedagogía en cuanto al uso razonable y adecuado de las TIC. Destinadas a trabajadores y directivos, pueden permitir ofrecer soluciones y pautas de comportamiento individuales, comunes y homogéneas a la

⁶⁵ Cass. Soc. 9 de marzo de 1999, n° 96-44.080, Vidalen. En todo caso, la realización de horas extraordinarias, en contra de las directivas del empresario, no constituye un acto de insubordinación sino una manifestación de una carga de trabajo inadecuada (Cass. Soc. 25 de septiembre de 2013, n° 12-13.965). Los correos enviados durante los tiempos de descansos pueden constituir elementos de pruebas para el reconocimiento de horas extraordinarias (Cass. Soc. 21 de enero de 2015, n° 13-16.896).

⁶⁶ J.E. Ray, *op. cit.*, 2016, p. 918.

colectividad de trabajo. Igualmente, deberán permitir la formación para adquirir nuevas competencias y garantizar la adaptación a nuevas tecnologías, con una especial atención a las personas con dificultades frente a estas transformaciones. En efecto, según la generación, el sector y la profesión, la relación entre las TIC y los trabajadores puede variar de forma considerable.

Ahora bien, el legislador ha perdido la ocasión de poner en relación directa estas acciones de formación con las formaciones previstas en el marco de la prevención de riesgos laborales y con las formaciones previstas en la “ley por una República digital” de 7 de octubre de 2016⁶⁷.

Conviene finalmente advertir que la eficacia de estas acciones de formación y sensibilización se confronta a la precariedad y al turn-over, que pone fuertemente en cuestión los adecuados usos colectivos cuya implementación necesita tiempo y adaptación.

En todo caso, las referencias a las acciones de formación y de sensibilización constituyen un elemento fundamental y decisivo para garantizar la realidad del derecho a la desconexión y un uso razonable de las TIC. Más que reglas, sanciones o control, un buen uso de las TIC ha de responder a pautas comportamentales y a nuevas maneras razonables de uso.

4. CONCLUSIÓN

Sin poder ser calificado de ocurrencia legal, dado que viene avalada por una práctica convencional importante, el derecho a la desconexión constituye una nueva herramienta de limitación de los poderes del empresario, con el fin de garantizar la conciliación entre la vida profesional y personal, así como el derecho a la salud, vía el respeto de los tiempos de descanso. En este sentido, se podría considerar como un derecho instrumental para garantizar la efectividad de aquellos. Ahora bien, no es menos cierto que la ausencia de sanción en caso de incumplimiento de la parte empresarial del derecho a la desconexión resulta ser un punto débil.

Sin embargo, se podría considerar que el dispositivo no pretendió perseguir únicamente esta visión simplista, que encierra el derecho a la desconexión en la relación jerárquica patrón/trabajador y eso, por varios argumentos.

⁶⁷ Ley nº 2016-1321. Ver art. L. 6111-2 CT “*las acciones a favor del aprendizaje de competencias digitales forman parte de la formación profesional a lo largo de la vida*”; Art. L. 6321-1 CT: “*Las formaciones que contribuyen al desarrollo de las competencias digitales*”, son una de las acciones que corresponde al empresario poner en marcha para garantizar la adaptación del trabajador a su puesto de trabajo.

Por un lado, el establecimiento de una sanción para el incumplimiento del derecho a la desconexión podría resultar superfluo. En efecto, el respeto de los tiempos de descanso disfruta teóricamente de un régimen protector suficiente. La obligación que corresponde al empresario de velar por la salud de los trabajadores se ve igualmente muy reforzada por la proclamación del derecho a la desconexión. En definitiva, el nuevo derecho a la desconexión se presenta como una variable de apreciación explícita del derecho al descanso y del derecho a la salud, que tienen un régimen protector propio.

Por otro lado, el aporte más interesante de la ley de 2016 reside en la concepción amplia del derecho a la desconexión que permite, no solo contemplar la relación jerárquica o vertical, sino también abarcar el conjunto de las relaciones existentes en las empresas. Respecto a las relaciones horizontales, la importancia y el papel dado a las acciones de formación y sensibilización en las empresas constituyen un elemento fundamental para implementar un uso razonable de las TIC y olvidar, por ejemplo, la creencia de que el volumen de trabajo se mide en número de mails enviados. Respecto a las relaciones con terceros (administraciones, clientes, proveedores, etc.), el derecho a la desconexión ampliamente entendido debe permitir a la empresa encontrar una política general, una organización colectiva que deberá permitir la satisfacción de las exigencias de estos terceros con el derecho al descanso de los trabajadores. Igualmente, el control y el seguimiento de la carga de trabajo resultan ser un elemento central y determinante en la organización colectiva de la empresa.

Por todo ello, parece razonable que las modalidades del “pleno ejercicio” del derecho a la desconexión se establezcan a nivel empresarial para tomar en consideración las múltiples realidades. Sin embargo, es lamentable que se haya excluido al ámbito sectorial, que hubiera podido aportar pautas y elementos comunes para garantizar un marco común aplicable a todos los trabajadores del sector considerado.

Para concluir, la proclamación del derecho a la desconexión tiene, en todo caso, un alcance simbólico, si bien claramente insuficiente, y el mérito de promover la toma de conciencia colectiva de un uso razonable de las TIC. Solo mediante la adhesión y el compromiso de los diferentes actores en las empresas se podrá alcanzar la senda por la cual las TIC representen una herramienta de mejora de la calidad de vida en el trabajo y no una nueva herramienta de alienación.

Mercado de Trabajo

MOTIVACIÓN Y ACTITUD COMO VECTORES PARA LA INSERCIÓN LABORAL DE LOS JÓVENES CUALIFICADOS ESPAÑOLES

LUIS MIGUEL RONDÓN GARCÍA
FRANCISCO MUÑOZ PORTALES
ANA GÓMEZ NARVÁEZ

*Departamento de Trabajo Social
Universidad de Granada*

EXTRACTO

Palabras clave: Inserción laboral, jóvenes desempleados cualificados, actitudes, motivación laboral, empleo

El presente artículo se enmarca en un proyecto subvencionado por la Dirección General de Economía Social de la Junta de Andalucía. Se analizan los principales elementos que se relacionan con las actitudes y la motivación en el proceso de búsqueda de empleo de los jóvenes cualificados andaluces, basado en una muestra de 500 jóvenes realizada por encuesta telefónica. Se relacionan de forma simultánea la vertiente laboral y la psicosocial con el proceso de inserción de los jóvenes andaluces en el mercado laboral.

En síntesis, se trata de una población joven, cualificada, que ha mejorado su formación y la adquisición de competencias específicas e instrumentales, con una autopercepción y formación media alta. En cambio, las expectativas laborales y la motivación son bajas. A esto añadimos, la todavía escasa iniciativa para el emprendimiento social. Se evidencian resistencias internas a romper barreras para emprender, por una actitud en ocasiones pasiva en el proceso de búsqueda de empleo, unido a la escasa motivación extrínseca

ABSTRACT

Key words: Employability, qualified young unemployed, attitudes, work motivation, employment

This article is part of a project funded of the Junta de Andalucía. The main elements that relate to the attitudes and motivation in the process of finding employment of qualified young Andalusian, based on a sample of 500 young people by telephone survey are analyzed. They relate simultaneously work and psychosocial aspect to the process of integration of young Andalusians in the labor market.

In short it is a young skilled population, which has improved its training and acquiring specific and instrumental skills, self-awareness and a high average training. However, job prospects and motivation are low. To this we add, the still limited initiative for social entrepreneurship. Internal resistance to break barriers to undertake a sometimes passive attitude in the job search process, coupled with the low extrinsic motivation are evident.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
 - 1.1. OBJETIVOS
 - 1.2. METODOLOGÍA
2. RESULTADOS
 - 2.1. ACTITUDES RELACIONADAS CON LA INSERCIÓN LABORAL Y BÚSQUEDA DE EMPLEO
 - 2.2. MOTIVACIÓN INTRÍNSECA Y EXTRÍNSECA
3. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La presente investigación, se realiza para la Dirección General de Economía Social (expediente FO/018-2013) la cual tiene como objetivo último, la creación y mantenimiento del empleo como eje básico y fundamental en los jóvenes andaluces cualificados. El objetivo general se dirige a la creación y mantenimiento del empleo, fundamentalmente en el colectivo de los jóvenes. En primer lugar, se describen los datos sociodemográficos y descriptivos. Seguidamente, se analizan los principales elementos que se relacionan con las aptitudes y la motivación para la búsqueda de empleo. De forma transversal y paralelamente se explica la conexión de la formación y cualificación profesional, con el mercado y las necesidades de cara al empleo.

En los países mediterráneos el desempleo juvenil es principalmente estructural y se ha deteriorado durante la gran recesión económica. Por lo tanto, las estrategias para luchar contra la juventud bien organizado desempleo debería mejorar el rendimiento global del mercado de trabajo. La meta es reducir el nivel de desempleo alto, la volatilidad del empleo y el riesgo de la exclusión de grupos específicos del mercado de trabajo. Las reformas tienen que ser introducido el que tratar conciliar la seguridad, la eficiencia y los aspectos fiscales de las políticas de mercado de trabajo. Ser efectiva, las reformas tienen que entender cuáles son las políticas y las instituciones pueden hacer en diferentes contextos. Con el fin de mejorar la posibilidad de empleo, es importante establecer incentivos adecuados para reducir los altos índices de deserción, suavizar la transición de la educación al trabajo, y también aumentar la posibilidad de conseguir un trabajo permanente. Al mismo tiempo, la educación profesional tiene que ser tan alta de tal manera que la inversión en todas las variedades de la educación es vale la pena. Además, la correspondencia entre la oferta y la demanda tiene que ser mejorarse (Pastore, 2012).

España siempre ha tenido un problema estructural de paro juvenil con respecto a otros países de la Unión Europea, es decir, incluso en situación de prosperidad económica, el número de jóvenes desempleados de nuestro país es superior al del resto de países de su entorno. Por tanto, no se trata sólo de una cuestión coyuntural auspiciada por la crisis, sino que hay otros factores concretos y dife-

renciales que, en nuestro caso, influyen en esta situación (De Frutos, 2015). Entre ellos, según el informe de BBVA (2011) sobre el desempleo juvenil en España, destacamos los siguientes:

- Una alta tasa de abandono escolar: es el doble que la de los países de la Unión Europea. Esto implica, en la población joven, pasar a ser demandante de empleo a una edad temprana y sin tener una formación adecuada, sin ningún tipo de especialización.
- En España, el boom inmobiliario en el sector de la construcción fueron la alternativa para muchos de esos jóvenes que habían abandonado prematuramente sus estudios. A su vez, esa facilidad de poder encontrar trabajo tuvo un efecto llamada haciendo que muchos otros jóvenes tomaran la decisión de abandonar los estudios por un empleo que en su momento, estaba bien remunerado y no requería de una cualificación mínima.
- La Formación Profesional de Grado Medio tiene un peso relativamente reducido, dando mayor proyección e imagen social a la formación universitaria. En este sentido, la orientación escolar juega un papel fundamental para encauzar correctamente el futuro de los jóvenes
- Alta incidencia de la temporalidad y el trabajo a tiempo parcial no deseado. El informe titulado “La mesure du déclassement” del Centro de Análisis Estratégico del Gobierno francés (2009) habla del fenómeno del desclasamiento de los jóvenes, que se sienten desplazados dentro de su clase social. A esto cabe añadir el estancamiento de la economía y el deterioro de las condiciones de trabajo, que son más acuciadas en el colectivo juvenil
- Los jóvenes con difícil acceso al mercado laboral tienen un alto riesgo de vulnerabilidad social, al tener un difícil acceder al mercado laboral, que es excluyente con personas sin experiencia, como proceso a lo largo del tiempo, deriva en exclusión social.
- Escaso emprendimiento y dependencia del empleo por cuenta ajena que se ha agravado con la crisis, ante la escasez de oportunidades, perspectivas y el clima negativo.
- Por último, existe un problema en el sistema educativo, porque los jóvenes están muy formados, pero presentan una carencia de habilidades a la hora de desarrollar un trabajo en una empresa, por la disociación de esta formación con la realidad del mercado laboral.

La situación laboral de los jóvenes en España y, más concretamente en Andalucía es muy preocupante. Como se desprende de las estadísticas más recientes, no podemos más que clasificar esta situación como dramática y preocupante. La

crisis económica ha tenido efectos devastadores tanto en Andalucía, como en resto de España. En concreto, en Andalucía la crisis ha provocado un aumento de la tasa de desempleo, el desempleo juvenil es un problema estructural, con una dificultad añadida en el caso de los jóvenes andaluces, que se ha mantenido de forma muy estable en los últimos 15 años (García y Prieto, 2015). De acuerdo con los resultados de la EPA para el último trimestre de 2016, en total, a final de 2016, había en la comunidad andaluza 1.120.300 parados, y ello después de que en el cuarto trimestre del año el desempleo se redujo en 13.500 andaluces en relación al trimestre anterior, un 1,19% menos.

Andalucía fue la segunda comunidad en la que más se redujo el desempleo en términos absolutos. A esto hay que añadir que el número de personas activas descendió el pasado año en Andalucía en 52.100 personas, un 1,3%. En este sentido, la tasa de actividad se situó en el 54,47%, cuatro puntos por debajo de la media nacional.

Los datos también reflejan que el paro en Andalucía sigue teniendo rostro de mujer. Tanto es así que la tasa de desempleo femenino es muy superior a la de los hombres, un 31,38% frente a un 25,7%. En cuanto a la edad, el 57,8% son menores de 25 años, frente al 26,2% mayores de 25 años, reflejando también un desempleo juvenil ligeramente superior a la media nacional y la dificultad añadida o plus específico de encontrar empleo en las mujeres jóvenes andaluzas.

Como confirman los resultados del informe BBVA sobre el empleo juvenil en España (2011) la crisis económica también ha puesto en evidencia lo que parece en España un hecho inexorable: la importancia de la edad y de la educación del individuo como determinantes de su probabilidad estar desempleado, especialmente en ciclos recesivos como el actual. Durante la última década los efectos de la edad y del nivel educativo sobre la probabilidad de que un individuo se encuentre parado están condicionados a su lugar de residencia, a sus características individuales (sexo, estado civil, nacionalidad, etc.). Si bien la probabilidad condicionada de estar desempleado es decreciente con la edad, su efecto se aprecia en los primeros años de vida activa del individuo, permaneciendo prácticamente constante desde los 30 años hasta el momento de la jubilación.

Desde esta perspectiva, el desempleo juvenil es un problema societario, a largo plazo, donde debe implicarse la Sociedad en el desarrollo de los potenciales de las personas jóvenes y que, por tanto, dé sostenibilidad a una sociedad. No es prioritariamente un problema económico ni financiero, es un problema que implica fundamentalmente la forma de entender el sistema de valores de una sociedad y su propio desarrollo (INJUVE, 2013). El hecho de que se trate de un problema estructural, que dificulta encontrar empleo al colectivo juvenil, no significa que los jóvenes no tengan dificultades singulares o específicas. En ade-

lante, analizamos, la cualificación y competencias específicas, unidas a la actitud y la motivación, como factores determinantes en esta problemática específica del desempleo juvenil.

Como punto de partida, el aumento de los trabajadores/as andaluces/as, como el resto de españoles en los últimos 30 años ha sido un hecho inexorable. Sin embargo, el cambio en el modelo productivo y los requerimientos de formación en los puestos, no parecen haber avanzado al mismo ritmo (Montalvo, 2013). La cuestión de la inserción laboral de los jóvenes, especialmente en los cualificados es compleja, por eso nos adentramos a analizar algunos factores, a nuestro juicio pueden ser explicativos, pero nunca determinantes.

Cabe señalar que la información obtenida representa un estudio- diagnóstico de la situación laboral de los jóvenes andaluces: perfil, necesidades de cara al empleo y características específicas, especialmente los que tienen una formación media y los/as titulados/as universitarios.

Siguiendo con el desarrollo metodológico, la presente investigación pretende alcanzar los siguientes objetivos:

1.1. Objetivos

- Estudiar la autoeficacia y la actitud de los jóvenes cualificados andaluces en el proceso de inserción laboral.
- Identificar las competencias adquiridas por parte de los jóvenes cualificados andaluces en función de las necesidades del mercado y las exigencias del Espacio Europeo de Educación Superior.
- Analizar los factores coyunturales que influyen en el desempleo juvenil en Andalucía.
- Explorar un modelo de análisis psicosocial que relacione actitudes y motivación con la eficacia en la búsqueda de empleo.
- Ofrecer a los profesionales que trabajan en el sector de la orientación profesional, formación, herramientas que permitan evaluar las acciones formativas y las posibilidades de inserción laboral

1.2. Metodología

Desde el paradigma cuantitativo, se ha realizado un cuestionario telefónico multiitem de 30 preguntas cerradas, en función de los objetivos de investigación. Para el análisis de los resultados, se ha utilizado la herramienta metodológica SPSS, versión 20, con análisis descriptivo e inferencial.

El diseño de esta muestra se ha realizado en todas las provincias andaluzas, con el objeto de ofrecer una perspectiva holística sobre la empleabilidad de

los jóvenes andaluces. El universo es toda la población residente en Andalucía de 18 a 30 años. La muestra se ha realizado a 501 jóvenes andaluces, mediante entrevistas asistidas por ordenador (CATI) con un cuestionario estructurado. Las entrevistas han sido realizadas por entrevistadores cualificados con instrucción específica en este estudio. El trabajo de campo se llevó a cabo del 18 al 24 de marzo de 2015.

El tipo de muestreo es aleatorio polietápico combinado. Las unidades primarias de muestreo, los municipios, se han seleccionado proporcionalmente para cada estrato provincia en función del tamaño del municipio. Las unidades secundarias, viviendas, se han seleccionado siguiendo un procedimiento aleatorio sistemático de las bases telefónicas existentes. Se utilizaron tanto contactos con teléfonos fijos como móviles con el fin de obtener un mejor alcance y representatividad de la población. Se definen cuatro cuotas de edad y sexo: de 18-24 años, y de 25 a 30 años. Se han realizado un total de 8365 llamadas, con una ratio de respuesta (RR1) de 12.93%.

2. RESULTADOS

En primer lugar, analizamos los resultados obtenidos en las variables relacionadas con las aptitudes y las cualificaciones profesionales para situarnos y comprender las características sociodemográficas y sociolaborales de la población estudiada. Se trata en general de una población joven cualificada, que ha mejorado su formación en idiomas y nuevas tecnologías y en mayor medida la gente más joven y las mujeres.

La cualificación, sin negar su construcción social está influida por el nivel competencial que registra un individuo, en función de entorno donde se encuentra. El análisis del proceso laboral, pone en evidencia, que los trabajadores adquieren unas capacidades individualmente, que les permiten atender mejor a las tareas y demandas de trabajo (Olaz, 2010). Como establece Castillo (2000) una cualificación profesional, es el resultado de la capacidad de trabajo y del conocimiento del oficio o profesión. Entendido como el conocimiento de habilidades individuales y colectivas, del saber hacer, dentro del proceso de organización del trabajo.

El análisis del nivel de estudios alcanzado de los encuestados, muestra que casi la mitad tiene estudios universitarios (45.1%), seguidos de la formación profesional de grado medio y superior (28.4%). Sólo un 21.2% no ha realizado una formación específica o especialización. Se trata de unos sujetos participantes con una cualificación profesional media alta y que en su mayoría han realizado estudios oficiales para aprender una profesión o cualificación. En el sector de los

universitarios, un 43% son titulados en Ciencias Sociales y Jurídicas, seguidos de Ciencias de la Salud (21%) e Ingenierías (17%). Los titulados en formación profesional, las familias o campos profesionales de los ciclos formativos de formación profesional de mayor porcentaje son: Administración y Gestión (27.5%), Sanidad (14.1%), Electricidad y electrónica (9.2%) y Hostelería y Turismo (7%) e Informática y Comunicaciones (6.3%). El abanico de opciones es muy amplio y diverso, aunque predominan las ramas tradicionales.

Si analizamos la razón de género en los estudios realizados, encontramos que las mujeres están algo más cualificadas representando un porcentaje mayor las universitarias. En cambio, los hombres cursan en mayor medida los estudios de formación profesional. Además, el segmento de hombres sin formación específica o titulación es más amplio que el de las mujeres. Si relacionamos género con los estudios de Formación Profesional de Grado Superior, encontramos significación (0.25 Chi-Cuadrado de Pearson).

El 57.5% tienen un nivel de idiomas medio-alto. Algo más de la mitad tienen un nivel comprendido entre el B1 y B2. Esto implica, que el nivel de conocimientos de lengua extranjera va mejorando en los jóvenes andaluces. Es destacable que el 19.2% tiene un nivel bajo, es decir, uno de cada 5 jóvenes no tiene conocimientos en ninguna lengua. Un 31.8% cuenta con certificación oficial y el 68 % tiene adquirida la competencia pero sin acreditación.

La lengua mayoritariamente hablada es la inglesa (82%), seguido de la francesa en un 2.8%. El resto de idiomas (Portugués, Alemán, Italiano, Árabe y Rumano) se presenta en muy pocos casos que no llegan al 1%. En cuanto a la edad, el segmento con un nivel mayor es el comprendido entre 23 y 26 años, siendo más reducido en edades superiores (27 a 30 años.). Esto puede responder a las exigencias del Espacio Europeo de Educación Superior que han mejorado el nivel de idiomas. Con respecto al género, encontramos que en las mujeres el nivel de idiomas es ligeramente superior al de los hombres, siendo algo superiores en los niveles medio y alto.

El nivel de informática es bastante óptimo. La mayoría se maneja a nivel de usuario en el uso de internet y en Microsoft Office (32.1%). Un 37.7% tiene un conocimiento medio o más avanzado en procesadores de texto y uso de la red informática. El 25.9% tienen unos niveles avanzados en manejo de programación y sistemas operativos. Tan sólo un 4.2 % tiene unos conocimientos escasos o nulos, es decir, es insignificante el número de jóvenes sin conocimientos en informática. En las variables específicas de sexo y edad, apreciamos que las mujeres tienen un nivel más alto que los hombres en términos generales.

En la formación especializada hay una dualidad. Algo más de la mitad ha realizado formación ocupacional o específica (59.3 %). En cambio, un 40.7% no

ha realizado acciones de formación complementaria. Esto indica que en general los jóvenes deciden complementar, mejorar, su formación de cara al empleo y que es un colectivo bien formado. En cuanto a la formación de postgrado oficial, un 21.2% del segmento de titulados universitarios ha realizado algún Máster o Doctorado y, un 4.9% lo está estudiando en este momento, frente a un 73.4% que no lo ha cursado. Esto implica que 1 de cada 4 universitarios opta por especializarse en estudios oficiales de postgrado al finalizar la carrera. En ambos casos (formación especializada y Máster) también puntúan más alto las mujeres.

El nivel de desempleo como hemos visto es alto, pero una gran mayoría ha trabajado en alguna ocasión. Un 80.8 % cuenta con algún tipo de experiencia laboral, pero no siempre relacionada con los estudios, el 39.3% ha tenido alguna experiencia relacionada con su formación. Es decir, la experiencia profesional es media alta y el nivel de inserción de los estudios o formación también. Por género, se denota que la experiencia laboral es ligeramente superior en los hombres, sobre todo en la que está relacionada con los estudios. Por edades, en el intervalo comprendido entre los 23 y los 26 años es donde la experiencia laboral es mayor, siendo 24 años la edad modal.

Parece que a nivel de ocupabilidad o capacidad de encontrar empleo, los altos o bajos niveles de formación reglada y especializada, no son indicativos por sí mismos. Está más correlacionado con otras variables que desarrollamos en profundidad a continuación, como son las actitudes y la motivación.

2.1. Actitudes relacionadas con la inserción laboral y búsqueda de empleo

El concepto de actitud fue introducido por Thomas y Znaniecki en 1918. Aunque existen múltiples definiciones, desde una perspectiva psicosocial acorde a nuestra investigación, seguimos la propuesta por Triandis (1991) quien la conceptualiza como un estado personal que predispone a una respuesta favorable o desfavorable frente a algo. Las actitudes de cara a la inserción laboral de los jóvenes dirigen la conducta y colaboran en la inserción laboral. Para la transición socio-laboral, es necesaria además de una formación adecuada y adquirir las competencias, una actitud que favorezca la motivación y la autorresponsabilización de las personas para buscar y encontrar empleo.

Para relacionar estas indicaciones con los resultados obtenidos, concretamos las acciones que llevan a cabo los jóvenes para buscar empleo, que representan las diferentes categorías de esta variable. Están muy relacionadas con una actitud positiva en el proceso de inserción. Sistematizamos en el gráfico nº 1 los porcentajes obtenidos en términos generales sobre los sujetos que han respondido a esta pregunta:

Figura número 1. Acciones llevadas a cabo para la búsqueda de empleo

Acción	Porcentaje
Ponerse en contacto con la oficina de empleo	75.1%
Apuntarse a bolsas de trabajo de organismos públicos y centros privados	67.2%
Actualizar los datos y curriculum en plataformas de internet	87%
Responder a anuncios y ofertas publicadas en internet	87.8%
Entregar el curriculum en empresas y/o directamente a empleadores	85.1%
Utilizar los contactos de grupos primarios, secundarios y conocidos	79.4%
Autoempleo y realizar gestiones para crear empresa o empleo propio	17.5%

Fuente: Elaboración propia

La mayoría opta por las técnicas pasivas de búsqueda de empleo: utilizar las redes y plataformas de internet (87%), ponerse en contacto con las oficinas de empleo (75.1%) entregar el curriculum en empresas y empleadores (85.1%). La iniciativa propia es muy reducida, sólo un 17.5% opta por esta fórmula de inserción. Los conocidos y personas cercanas se consideran por un 79.4% como un incentivo para encontrar trabajo.

Una vez descritos los datos descriptivos, nos adentramos en los resultados obtenidos en la estadística inferencial, destacando aquellas que son significativas estadísticamente hablando en relación con las variables, género, edad y nivel de estudios. Estas pruebas nos permiten determinar si existe una relación entre estas tres variables categóricas. Entendemos que pueden ser explicativas a la hora de llevar a cabo estas acciones y en consecuencia de una actitud acorde con la búsqueda de empleo e inserción:

- Ponerse en contacto con la oficina de empleo y otros recursos institucionales. Existe significación en relación con la edad (0.01 chi-cuadrado). Esto implica que la edad influye a la hora de utilizar la oficina de empleo como recurso.

- Apuntarse a bolsas de trabajo públicas y privadas. El género es significativo en esta variable, como se constata en el análisis estadístico (0.011 Chi-cuadrado). Las mujeres se apuntan en mayor medida a las bolsas de trabajo públicas y privadas que los hombres. La edad también es significativa (0.034 chi-cuadrado). Los más jóvenes usan en mayor medida la red que los mayores, siendo para este colectivo un recurso fundamental para encontrar empleo.

- Utilizar las redes de contacto, grupos primarios y secundarios para buscar

empleo. En esta acción ninguna de las variables género, edad o nivel de estudios son significativas estadísticamente hablando. Esto implica que el uso de redes de contacto para buscar empleo, es algo común a toda la población estudiada en general, sin estar correlacionado con variables específicas.

- Técnicas activas: búsqueda espontánea, ofrecerse a las empresas u organizaciones, autopresentación. La edad está correlacionada de forma muy significativa (0.03 chi-cuadrado). Concluimos que la población más joven, tiende más a buscar trabajo de su propia iniciativa, movilizandando sus recursos personales y potencialidades, en lugar de responder de forma pasiva a las ofertas que se publican u ofrecen.

2.2. Motivación intrínseca y extrínseca

Cuando hablamos de motivación de cara al empleo, nos referimos a aquellas actuaciones que llevan a cabo los jóvenes para lograr los objetivos de inserción laboral. En definitiva, la voluntad que manifiestan por ellos mismos en función del contexto actual del mercado laboral para alcanzar ciertas metas. Según Herzberg (1968) la motivación extrínseca está motivada por incentivos independientes de la propia actividad que el sujeto realiza para conseguirlos, cuyo control depende de personas o eventos externos al propio sujeto que realiza la actividad. En cambio, la intrínseca, se fundamenta en aspectos característicos de la propia actividad, motivadores por sí mismos y que caen bajo el control del propio sujeto.

Siguiendo este enfoque, añadimos a la tarea de inserción laboral, tanto la motivación intrínseca derivada de cuestiones individuales, como la motivación extrínseca o externa. Hay que constatar en cualquier caso en el análisis global, que tanto los aspectos extrínsecos, como los intrínsecos, son considerados como importantes por los jóvenes para el empleo, con un ligero predominio de los extrínsecos.

De forma sintética, las motivaciones que conducen a los jóvenes a trabajar son básicamente: ganar dinero para vivir (43.1%) e independizarse (34.7%) como especificamos en lo sucesivo. Pero tienen una autopercepción y valoración de ellos mismos es bastante positiva. Casi un 90% se considera preparado para acceder al mercado laboral, teniendo en cuenta que nuestros sujetos participantes están por lo general bastante cualificados. Tienen una mayor autovaloración y motivación intrínseca los universitarios. Analizamos los resultados obtenidos en los vectores relativos a la motivación en ambas dimensiones (intrínseca y extrínseca).

Las metas o expectativas laborales van en la dirección de trabajar, pero deducimos una clara diversificación de las mismas, estando muy repartidas, sin destacar ninguna con relevancia. Los datos están repartidos entre trabajar por cuenta ajena (28.1%), crear su propia empresa (26.7%) o ser empleado público (20.6%).

Se denota de los resultados que las expectativas laborales son bajas y en consecuencia aceptarían en general empleos alejados de su perfil profesional. Una gran mayoría incluso contratos precarios. De forma cuantitativa, un 71.9% admitiría un empleo diferente a su formación académica y un 26.7% sólo empleos relacionados por su formación. Los cambios introducidos en la reforma laboral, con mayor flexibilidad en el despido, ajuste de salarios y empleo precario, parecen tener un impacto en la motivación y en las perspectivas de los jóvenes. En palabras de Zimmermann (2013), son incentivos equivocados, que conducen a jóvenes formados y motivados hacia empleos poco cualificados y una mala estrategia a largo plazo en un país que debe pensar en el futuro y rentabilizar su capital formado y el coste que ha supuesto para el sistema.

En referencia a las modalidades de contratación, los datos son contundentes y apuntan hacia una flexibilización. Casi la mitad (46.3%) estaría dispuesto a aceptar cualquier contrato de trabajo. Un gran 78.8% aceptaría contratos a tiempo parcial y temporal. El 88.8% se conforma con un trabajo que le permita vivir y cumplir sus necesidades básicas. Por último, indicar que el contrato en prácticas es considerado como una opción factible para casi un 79%.

Encontramos pequeñas diferencias por género y edad. La razón por género es ligeramente mayor en el contrato a tiempo parcial. Pero en general, existe un equilibrio de género en el tipo de empleo con una mayor receptividad a los contratos precarios en las mujeres. Aunque ambos géneros valoran cualquier oferta y tipo de contrato

Por edad tampoco encontramos diferencias específicas. Una ligera tendencia a aumentar las exigencias a mayor edad, es decir, de los 24 años en adelante, pero son tan mínimas que en realidad no deben tenerse en cuenta. Sin duda, la crisis económica y el alto nivel de desempleo han tenido un impacto en este sentido.

Si discriminamos la información según los tipos de contrato, encontramos que la variable edad es significativa (0.03 Chi-cuadrado de Pearson) en relación al contrato a tiempo parcial y al contrato en prácticas. Los más jóvenes, entre 18 y 24 años son más receptivos a los contratos en prácticas y a tiempo parcial.

Sobre la movilidad geográfica y funcional motivada por cuestiones laborales en los jóvenes andaluces, parece que es un hecho inexorable. Se trata de un colectivo dinámico porque una gran mayoría (83.6%) estaría dispuesto a trabajar en otra ciudad o Comunidad Autónoma por motivos laborales. Aunque es importante considerar, que al tratarse de un colectivo en edad joven, muchos de ellos no tienen formada una unidad familiar, que es un factor clave para explicar la movilidad. Algo más de la mitad (59.5%) tiene previsto emigrar al extranjero, preferentemente a países de la Unión Europea, si no encuentran trabajo en España en un plazo razonable. Aunque hay un porcentaje de rechazo mayor que a

la movilidad nacional o migración interna. Por **género y edad** no encontramos diferencias significativas relativas a la movilidad. En las emigraciones laborales al extranjero, hay una mayor tendencia en el estrato de edad más joven (18-25 años) y prácticamente están empatados en la razón de género con un 51.67% en el caso de los hombres y un 48.33% en el de las mujeres.

La valoración de la situación y el contexto actual es bastante pesimista. En el contexto actual de crisis económica y elevada tasa de desempleo, observamos que la motivación extrínseca es baja. Un 62.1% percibe la actual situación económica como un escenario en el cual es casi imposible encontrar un puesto de trabajo. Apuntan al devenir del destino y al tráfico de influencias, a factores externos como influyentes en la trayectoria de búsqueda y/o inclusión laboral. Un 78% opina que acceder al mercado laboral depende mayoritariamente de los enchufes y contactos, frente a un 44.7% que lo asocia a la suerte o azar. Aunque estadísticamente hablando no están correlacionadas, ni existe significación.

De otra parte y en contraposición a lo anterior, un 95% considera que depende de ellos encontrar empleo. En realidad, ambas posturas no son tan divergentes y tienen aspectos complementarios. Las connotaciones son claras, hay una construcción simbólica en torno a la situación actual y las perspectivas de empleo. En cambio, cuando lo analizan de forma racional y consciente consideran que encontrar un trabajo es una cuestión vinculada al esfuerzo personal o individual.

Si analizamos la motivación en el contexto actual, aunque no existe correlación estadística, de forma descriptiva encontramos diferencias en función de la formación de entrada o nivel de estudios. Los/as universitarios/as y los que tienen estudios medios tienen una percepción más pesimista, junto a los niveles educativos más bajos. Por el contrario, los titulados en formación profesional son los más optimistas. La significación estadística de las cuestiones descritas en torno a la motivación y el contexto, hemos encontrado que son significativas en correlación con la variable nivel de estudios (0.035 Chi-Cuadrado). En el caso del nivel de estudios, los titulados universitarios valoran en mayor medida el contexto actual como muy difícil para encontrar trabajo, seguido de las personas sin formación específica. Por el contrario, los titulados medios (bachiller y formación profesional) tienen una percepción más optimista. Por edad, los más jóvenes tienen una visión más pesimista del contexto actual, el cual definen como un escenario difícil para encontrar trabajo.

En la valoración de los contactos y su influencia en la empleabilidad, no encontramos correlaciones estadísticamente hablando en género, edad o nivel de estudios. Es decir, la visión subjetiva que considera los enchufes y contactos como algo primordial para emplearse, no tiene significación alguna con las variables indicadas en este estudio. No obstante, comentamos algunos datos descrip-

tivos. En general los más jóvenes consideran en menor medida la importancia de enchufes y contactos, estando las mayores puntuaciones en las edades medias.

La estimación sobre la relación de factores externos como el azar o la suerte en el éxito de la inserción, podemos afirmar que en términos generales no se relaciona el destino o la suerte como un factor determinante. Sólo encontramos significación estadística en la variable nivel de estudios. El nivel de estudios está correlacionado con la valoración del azar y destino como determinantes en la empleabilidad. Los titulados no consideran de forma clara que el devenir del destino o la suerte sea directamente proporcional al éxito en la inserción. En general, a menor nivel educativo, más relevancia se le concede al destino y la suerte. Sin embargo, los titulados en formación profesional le den más importancia al destino y la suerte. Una vez analizados los factores externos, nos adentramos en el eje opuesto, en la importancia que conceden a factores internos y al esfuerzo individual para lograr la inserción. En general los jóvenes participantes valoran el empleo como una cuestión importante para sus vidas y parecen estar concienciados de la importancia del esfuerzo o dedicación personal para lograr el éxito. No es significativa estadísticamente hablando, pero de forma específica, en función de género se aproxima.

Concluimos los resultados, con un elemento que nos parece fundamental para integrarse en el mundo laboral actual como es el emprendimiento social y el autoempleo. Como apunta CEPES (2014) el hábitat de nuestros sujetos participantes se sitúa en el primer lugar en el Ranking Nacional de Empresas de Economía Social, lo que supone el 23.88% del total español. El 50.2% de los trabajadores de Economía Social Andaluza tiene menos de 40 años, siendo los jóvenes, los principales generadores de empleo en el sector. Esto debería traducirse en un impacto comunitario en la población joven y cualificada andaluza, al suponer un estímulo y un clima de emprendimiento que debería traspasarse a los jóvenes titulados, como una gran oportunidad para desarrollar sus capacidades y aportar el capital cultural y social adquirido en su trayectoria formativa y académica. Los datos reflejan que conocen mayoritariamente el emprendimiento social, pero son muy pocos los que han realizado alguna iniciativa al respecto y/o emprendimiento social (4.8%). Sería interesante entonces definir las inercias o fuerzas internas y externas que limitan la iniciativa propia y el emprendimiento social.

La actitud emprendedora de los jóvenes y el trabajo por cuenta propia, son temas que la Unión Europea considera importantes para el desarrollo tanto económico como social. Aunque es verdad que si miramos la tasa de variación de jóvenes afiliados a la Seguridad Social como autónomos los que mayor crecimiento representan son los jóvenes de entre 16 y 19 años que ha aumentado un 22.30% según datos del SEPE (2014), lo cual indica que el emprendimiento y el

trabajo por cuenta propia es un fenómeno en expansión en las nuevas generaciones españolas.

A lo largo del estudio, hemos correlacionado las actitudes y motivaciones de cara al empleo, y hemos concluido que son media-bajas y representan variables transversales en cualquiera de los procesos o acciones de inserción social. Se evidencia que los que han participado menos han sido los titulados en los grados medio y superior de formación profesional. Si comparamos esto con los datos anteriores, podemos considerar que tienen poca iniciativa, pero que lo consideran una opción interesante para trabajar. En el caso de los/as universitarios/as existe una dualidad: la mayoría no ha participado, pero en cambio, dentro del sí también representan el segmento más alto. Es decir, la conocen y utilizan, pero la mayoría no opta por esta alternativa, quizás por falta de iniciativa y, no tanto de conocimiento. Sí hemos encontrado significación por razón de género. Las mujeres valoran más el emprendimiento como una buena opción para la inserción laboral.

3. CONCLUSIONES

En España en sintonía con la línea del resto de países mediterráneos, el desempleo juvenil es principalmente estructural y se ha deteriorado durante la Gran Recesión. Por lo tanto, las estrategias para luchar contra el desempleo juvenil, deberían mejorar el rendimiento global del mercado de trabajo. La meta es reducir el nivel de desempleo alto, la volatilidad del empleo y el riesgo de la exclusión de grupos específicos del mercado de trabajo (Eichhorst y Neder, 2014). Pero este discurso en relación a la sociedad del trabajo para ser más eficaz y realista, debe complementar el análisis con las estrategias individuales para gestionar la resistencia a estas fluctuaciones de los jóvenes, la resiliencia y etiología individual, al ser herramientas vitales en la resistencia y mejora de la empleabilidad. Nos referimos a las actitudes y la motivación, que son variables explicativas a tener en cuenta de forma subjetiva, frente a la definición social de la crisis económica y el desempleo. Estar motivado y tener una actitud positiva, son factores cardinales para el éxito laboral, como hemos averiguado en nuestro estudio, máxime en el caso de los jóvenes cualificados, que cuentan con mayores recursos y potencial a priori por la formación recibida o inputs de entrada.

Según el análisis realizado, la aportación específica y diferencial de este artículo, es que relaciona de forma simultánea la vertiente laboral y la psicosocial con el proceso de inserción de los jóvenes andaluces en el mercado laboral. Esto se logra, recabando información no solo de las características descriptivas, sino también valorando sus preferencias en aspectos psicológicos, sociales, tales como la flexibilidad laboral (contractual, geográfica, movilidad, etc.), en sus múltiples facetas. Además, se correlacionan estos factores con las actitudes y la

motivación, como vectores básicos a la hora de la iniciativa o puesta en marcha de la búsqueda y localización de empleo.

Después del análisis minucioso de los resultados, con la intención de contextualizar el estudio, la sensibilidad del desempleo juvenil al ciclo económico en la muestra observada se hace plausible en las distintas variables, que están directamente correlacionadas con las actitudes y la motivación; como ejes transversales en la búsqueda y localización de empleo, condicionados por la coyuntura económica y laboral actuales. En líneas generales, hemos analizado la transición laboral de los jóvenes cualificados andaluces, para referirnos en el caso de la inserción profesional, a la transición a la vida activa o inserción laboral, en el proceso que va desde la vida académica a la laboral (inserción socio-laboral).

El efecto de este ciclo económico y del contexto actual en el desempleo de los jóvenes andaluces por niveles educativos es muy diferente. Muchas veces se refieren a los jóvenes cualificados y graduados universitarios como los menos vulnerables de cara al desempleo y la exclusión laboral, pero esto como hemos verificado no es siempre así. Las representaciones sociales de los jóvenes andaluces sobre el trabajo, además de influir en la forma de orientarse hacia la empleabilidad, tiene un importante papel e impacto psico-social en ellos. Su visión y percepción del mercado de trabajo y del contexto actual inciden en su manera de orientar la carrera laboral o profesional. Tienen la sensación de un clima negativo y de crisis, considerando en ocasiones el devenir del futuro, las influencias y contactos, como condicionantes del éxito (factores externos). Como reflejan los datos, parecen ser conscientes del cambio de tendencia, de las fluctuaciones del mercado, pero necesitan un mayor empoderamiento, para hacer frente a estas cuestiones por ellos mismos y empoderarse.

Como evidencian los resultados, en general son personas cualificadas con una buena formación, es decir, empleables, porque tienen los requisitos necesarios para acceder al mercado laboral. Sin embargo, en el valor de mercado es donde existen barreras psicológicas, sociales, que limitan sus posibilidades. Este concepto toma importancia en estos momentos, donde una determinada cualificación o formación no implica necesariamente encontrar trabajo, ni la movilidad social o laboral, tampoco el empleo público. Se necesitan unas competencias instrumentales aplicadas a la realidad del mercado. No se pone en duda la necesidad de invertir más en una educación y una formación profesional de calidad para nuestros jóvenes, pero si esta inversión no va acompañada de la adopción de medidas tendentes a facilitar la transición de la educación formal al empleo de este segmento de población, se pierde el sentido que supone este considerable gasto. Una inversión inteligente en el capital humano que constituyen los jóvenes supondrá, sin lugar a dudas, un importante beneficio a largo plazo que

contribuirá a la consecución de un crecimiento económico sostenible e inclusivo (Vela, 2013).

Es una necesidad prioritaria, contemplar el emprendimiento social, como una competencia transversal en la formación recibida, acompañada de una adecuada orientación socio laboral en los distintos estudios y acciones recibidas, para desarrollar las potencialidades y la iniciativa social. La empleabilidad depende de un conjunto de factores internos, externos, actitudinales y de la flexibilidad para adaptarlos a la demanda de los empleadores y del contexto.

Desde nuestra perspectiva, consideramos que cuando existe una determinada cualificación, acompañada de una experiencia profesionalizadora, se facilita el desarrollo hacia una carrera o inserción profesional, como hemos observado en los jóvenes cualificados andaluces. Pero para lograr que este capital social se transforme en unos resultados concretos, pragmáticos, se necesita de una madurez vocacional, que se va adquiriendo gradualmente con la edad. Se debe tener en cuenta el pensamiento autoreferente, es decir, como construyen los códigos, la información obtenida, los sujetos acerca de sus capacidades y del mercado de trabajo. En ocasiones, este proceso condiciona el éxito en el futuro o el acceso al mundo laboral. Añadimos como propuesta, fomentar la intermediación laboral y los estímulos motivacionales. Se observa que el uso de internet se ha instaurado en la metodología de búsqueda de empleo de los participantes. Por esta razón, sería interesante crear redes de mentores virtuales, mediante redes sociales o internet, que ahorraría coste y tiempo (eficacia) y sería factible a sus necesidades.

En términos generales, la inserción laboral de los jóvenes cualificados, parece concebirse como un término amplio, que abarca itinerarios formativos profesionalizadores, cualificados o semicualificados, que puede entenderse como un proceso, a través de acciones de inserción y formación especializada. El tránsito hacia la inserción social y/o estatus de adulto, se ralentiza en función de las actitudes hacia el empleo, la capacidad de autonomía, iniciativa y emprendimiento social.

Por último, desde la perspectiva heurística vamos a explicar las variables relativas a la inserción laboral de forma específica en el proceso de la inserción socio laboral. Nos referimos a las necesidades que deben ser cubiertas desde todos los ángulos, como un constructo en el que influyen una serie de características que están interrelacionadas y se retroalimentan entre sí, siendo las actitudes y la motivación las de variables explicativas del éxito en el proceso de inserción socio laboral de estos jóvenes.

En primer lugar, las aptitudes e infraestructura personal. Se trata de un colectivo bastante formado, con una cualificación alta compuesta en su mayoría por titulados en formación profesional y grados universitarios (73.5%). Las capaci-

dades personales y la formación recibida son de bastante calidad, aunque existe una cierta segregación vertical; en el sentido de concentración de titulados/as en ciencias sociales y jurídicas en el caso de universitarios/as y en administración, gestión, sanidad, electricidad y electrónica en los de formación profesional. Esta segregación tiene un plus específico en el caso de las mujeres, concentradas mayoritariamente en ciertos estudios tradicionalmente vinculadas a la mujer (profesiones de ayuda). Ha mejorado el nivel de especialización, las competencias y con un nivel medio en idiomas y medio alto en informática. También la calidad de las prácticas profesionales y la valoración de las mismas. En cuanto a la formación específica y continuada, más de la mitad cursa este tipo de formación para la mejorar su capacidad de empleabilidad. Como viene ocurriendo en los últimos tiempos, el nivel de formación de las mujeres es superior al de los hombres en todos los niveles educativos.

Una vez más, se evidencia en las competencias laborales y sociales, la necesidad de adaptación, tanto en los jóvenes como en el diseño y adaptabilidad de los planes de estudios universitarios. En un mundo que cambia rápidamente, los centros educativos deberían tener también la posibilidad de adaptarse a las demandas cambiantes del mercado de trabajo. Los estudios universitarios, así como los programas de formación profesional deberían poder ser adaptables a las demandas del mercado laboral. Sería favorable que la Administración Pública y las universidades se coordinaran y ofrecieran a sus estudiantes competencias vendibles (CITI, 2013).

Como hemos indicado, cuentan con una formación de entrada bastante óptima, pero no tanto la de salida, o en todo caso los resultados de la misma como recurso de acceso hacia la ocupación. Los datos parecen indicar un desajuste subjetivo entre formación y ocupación como patrones diferentes. Podría suceder que los jóvenes dada la situación actual del mercado de trabajo, tengan en un futuro inmediato una ocupación que no es adecuada a su nivel de cualificación. Esta interpretación enfatizaría en las expectativas y actitudes como analizamos a continuación.

En segundo lugar, las actitudes y recursos para el empleo. Las actitudes son determinantes para la eficacia en la búsqueda de empleo. La autoeficacia dirige las conductas y es precursora de actitudes y conductas de búsqueda (Eden & Aviram, 1993). Para la transición socio-laboral no basta con formar en conocimientos, habilidades y destrezas, sino que es necesario poseer una autoeficacia elevada que favorezca la motivación de la persona para llevar a la práctica los conocimientos adquiridos, es decir, para buscar y encontrar empleo (Díaz, Beas, Pérez y Salanova, 2003).

Los recursos y destrezas de inserción utilizados por los jóvenes para comba-

tir el desempleo son variados. Las estrategias consisten sobre todo en técnicas pasivas (ponerse en contacto con las oficinas de empleo, responder a ofertas, etc.). Sin embargo, las técnicas activas como el autoempleo, emprendimiento, se dan en menor forma (17.5%). Es destacable como los jóvenes perciben internet como una herramienta útil y necesaria para encontrar empleo (87%) aunque su eficacia sea limitada. El uso de recursos tecnológicos e internet es una variable significativa estadísticamente hablando en relación con la actitud hacia el empleo.

En cuanto a la infraestructura personal, en general se utilizan los contactos y los grupos primarios, secundarios, para la búsqueda de empleo, aunque no existe determinada madurez vocacional, a la hora de llevar a cabo las acciones, siguiendo básicamente las redes de internet y los mecanismos habituales de búsqueda. Las líneas de carrera que se perfilan en el mercado de trabajo, constituyen un mecanismo intermediario entre las conductas y las disposiciones individuales de los individuos. La trayectoria concreta que seguirá un joven, dependerá sobre todo de sus recursos y cualificaciones personales, de sus actitudes laborales y de su capital relacional en su competencia por conseguir una posición de entrada acorde a sus características. (García Blanco y Gutiérrez (1996)

La manifestación de actitudes negativas hacia la búsqueda de empleo debido a barreras o impedimentos que los jóvenes asumen como reales (suerte, políticas de trabajo, frustraciones, falta de confianza en sus posibilidades para encontrar empleo, etc.), impide la realización de conductas o estrategias adecuadas para la búsqueda de empleo y que faciliten la transición socio-laboral (González y Navarro, 1998).

Se hace necesario fomentar actitudes positivas y acordes a la inserción laboral, para que les ayude a dirigir sus conductas y acciones con unos resultados más óptimos. Esta influencia recíprocamente con los recursos, representa una estrategia positiva para el éxito de las acciones. La toma de decisiones como proceso cognitivo, también incide, se necesita una mejor planificación y eficiencia en la búsqueda para adquirir madurez y autonomía. Las atribuciones causales basadas en las metas personales, las creencias positivas acerca de conseguirlas y la persistencia son imprescindibles para mejorar la inserción de los jóvenes cualificados andaluces. Las puntuaciones obtenidas en este sentido han sido bajas.

Estas circunstancias, exhortan la necesidad de fomentar actitudes positivas de cara al empleo y que las entidades de economía social, universidades, centros de formación, organismos oficiales, fomenten el emprendimiento social; creando puentes que sirvan de bisagra para que los elevados inputs que tienen de entrada puedan plasmarse en outputs o resultados favorables.

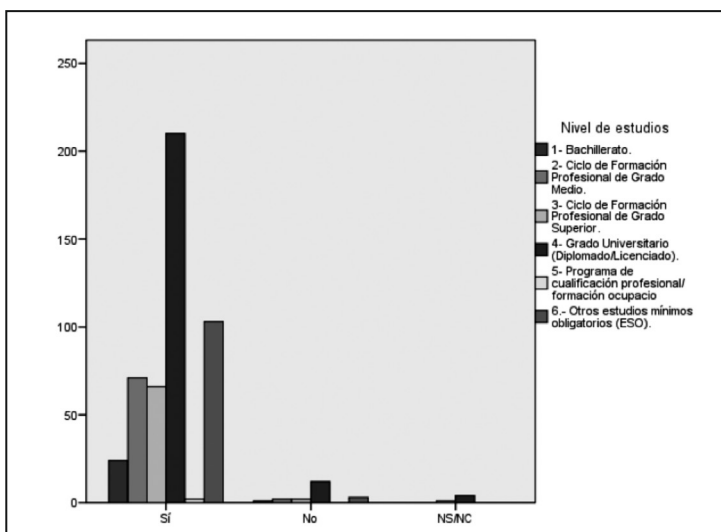
Concluimos que se puede apreciar una tendencia al cambio en los espacios y ámbitos laborales, en el mercado de trabajo, pero una cierta resistencia a inte-

riorizar esta realidad, por parte de los jóvenes andaluces, con especial incidencia en los/as universitarios/a.

En tercer lugar, la motivación intrínseca y extrínseca. Las motivaciones que conducen a los jóvenes a trabajar van relacionadas con su inserción social y transición hacia la vida adulta. Un 43.1% quiere trabajar para ganar dinero, tener autonomía y un 34.7% para independizarse.

Se trata de una población, con una autopercepción y valoración de ellos mismos bastante positiva. Casi un 90% se considera preparado para acceder al mercado laboral, teniendo en cuenta que nuestros sujetos participantes están por lo general bastante cualificados. Tienen una mayor autovaloración y motivación intrínseca los universitarios, seguidos de los que tienen estudios básicos. Los titulados en formación profesional optan más por la motivación externa como visualizamos en la figura nº 2:

Figura número 2. Motivación intrínseca en función del nivel de estudios.



Fuente: Elaboración propia

En términos generales, las metas laborales van orientadas a encontrar un empleo sin grandes pretensiones, independientemente de las características del mismo, la modalidad de contratación o el ajuste a su nivel o cualificación de entrada.

La flexibilidad laboral y contractual para los jóvenes participantes parece un hecho inexorable. Se verifica nuestra hipótesis inicial: en la actual situación

de crisis y del mercado de trabajo, las preferencias de los jóvenes se diversifican, con una mayor flexibilización en sus preferencias y opciones. Son también más flexibles en los cambios funcionales. El empleo público, que se presenta como una garantía de seguridad sólo representan el 20.6% de las metas. Aceptarían en general cualquier tipo de contrato para encontrar empleo en el 46.3% de los casos y un 78.8% aceptaría el contrato temporal y en prácticas. Este último en mayor medida en las mujeres. Como refuerzo a este argumento, hemos encontrado significación estadística, en relación a la edad, parece que a menor edad, mayor flexibilidad laboral y contractual.

En cuanto a la flexibilidad geográfica, es de menor nivel de exigencia en la actual coyuntura económica y social. Una gran mayoría (83.6%) aceptaría desplazarse a otra ciudad o comunidad autónoma diferente a su medio connatural, para encontrar empleo y algo más de la mitad (59.5) tiene previsto emigrar al extranjero si no encuentra trabajo, preferentemente a países de la Unión Europea.

La motivación actual es fundamentalmente intrínseca, con una visión del contexto actual como un momento difícil. Hemos encontrado que la motivación está correlacionada con el nivel de estudios. Siendo mayor la motivación intrínseca en los titulados, pero más alta la motivación extrínseca en los de formación profesional, que suelen dar en general valoraciones más positivas. En cuanto al azar la, la suerte y el devenir del destino, los que están más cualificados, no lo consideran como un factor determinante y creen más en sus capacidades en lugar de condicionantes externos.

La iniciativa personal supone una aproximación activa en el proceso de búsqueda, para llevar a cabo acciones que conduzcan al éxito en lo que se quiere, en este caso encontrar un empleo. La pasividad en la planificación de la búsqueda se evalúa tanto en función de la diversidad de acciones que se realizan, como en los recursos que se utilizan formales, informales, tecnológicos y, sobre todo, en clarificar y planificar bien las metas y expectativas. También influye en esta autoeficacia, las creencias en las propias capacidades, que produzcan unos logros y resultados según lo requerido. Como se evidencia desde distintas voces y perspectivas, el dilema el empleo juvenil, nos remite de forma tozuda a la innovación tecnológica, económica y social. Habrá actividad económica sostenible si incorporamos la innovación social en aspectos tan intangibles como valores, comportamientos, estilos de liderazgo. Esto en la práctica incluye a personas, organizaciones y sociedad. (INJUVE, 2013).

En síntesis, los más jóvenes (18 a 24 años) tienen una visión más pesimista a la hora de encontrar trabajo que los adultos. Una vez más, se evidencia la falta de conexión de la realidad empírica y laboral con las necesidades laborales de los jóvenes.

El escaso segmento que ha participado en actividades de emprendimiento social, lo ha hecho fundamentalmente en proyectos de empleo relacionados con el tercer sector (4.9%). Sólo hemos encontrado significación en función del nivel de estudios, siendo los titulados en formación profesional de grado superior, los que tienen o han tenido mayores iniciativas, quizás por las características y la visión pragmáticas que tienen estos ciclos formativos. Compartimos sustancialmente con Molina y Barbero (2005) que tiene que estimularse la cultura emprendedora en la sociedad, lo cual debe aplicarse a todos los niveles educativos. Hay que fomentar el autoempleo y el desarrollo de ideas innovadoras en la población joven. Es esencial promover los correspondientes sistemas financieros de apoyo, que creen un entorno favorable para el nacimiento de pequeñas y medianas empresas impulsadas por jóvenes cualificados.

Para finalizar, entre las aplicaciones de este estudio, se destaca, la posibilidad de diagnosticar las actitudes, motivaciones y competencias adquiridas por los jóvenes cualificados hacia la búsqueda de empleo, tanto a nivel general como en particular en los más cualificados. Así como conocer los patrones y estrategias adecuadas para la búsqueda de empleo, con el fin de facilitar la transición socio-laboral de los jóvenes con formación a la empleabilidad.

Como aportación final, representamos en el siguiente cuadro un análisis DAFO representado en la figura número 3 (debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades), que pretende sistematizar los datos y la información obtenida, para aplicarlo a la radiografía de la situación social y las necesidades de empleo de los jóvenes cualificados andaluces.

Figura número 3. Análisis DAFO de la situación laboral de los jóvenes cualificados andaluces.

DEBILIDADES	AMENAZAS
<ul style="list-style-type: none"> • Falta de madurez vocacional • Divergencias entre la formación de entrada y la situación de salida • Actitudes poco receptivas al emprendimiento e iniciativa propia. • Segregación vertical por titulaciones y género. • Orientación sociolaboral inadecuada. 	<ul style="list-style-type: none"> • La crisis económica y la situación del mercado de trabajo. • Cambios sociales y dinamismo actuales • La falta de empoderamiento y de desarrollar las capacidades, potencialidades • La disociación entre la formación y las necesidades ocupacionales.

FORTALEZAS	OPORTUNIDADES
<ul style="list-style-type: none"> • Aptitudes adecuadas para la empleabilidad. • La adquisición de competencias en informática e idiomas. • La mejor calidad de las prácticas profesionales • La flexibilidad y la motivación intrínseca • Andalucía es líder en emprendimiento y Economía Social. 	<ul style="list-style-type: none"> • La crisis es una oportunidad para redefinir el papel de los agentes implicados. • Nuevos espacios de empleo y emprendimiento social • Las oportunidades que ofrece la economía social para el autoempleo. • La concienciación de los jóvenes sobre la necesidad de adecuar sus planteamientos al contexto actual.

Fuente: Elaboración propia.

BIBLIOGRAFÍA

- Banco bilbao vizcaya, BBVA (2011), Informe sobre el Desempleo juvenil en España: causas y soluciones, España. Disponible en: https://www.bbva-research.com/KETD/fbin/mult/WP_1130_tcm346-270043.pdf?ts=2152012 [1 de septiembre de 2015]
- Castillo, J J, (2000), “División del trabajo, cualificación, competencias: una guía para el análisis de formación de los trabajadores”. *Revista Sociología del Trabajo*, 40 (3).
- CITI, Foundation IESE (2013), Reducir el desempleo juvenil en España. ¿Qué tiene que hacer Administración, empresas, educación y jóvenes?, España. Disponible en: <http://www.iese.edu/research/pdfs/ESTUDIO-311.pdf>
- Confederación Empresarial Española de Economía Social De Andalucía, (2014) Informe estadístico de la Economía Social Andaluza. Cuarto trimestre de 2014. Sevilla: CEPES.
- De Frutos Velasco, C. (2015), Trabajo fin de grado. El desempleo juvenil en España. Un análisis estadístico y económico. Grado de Ciencias Empresariales. Universidad de Valladolid. Segovia.
- Díaz, R. y Beas, M. I. (2003), Jornadas de fomento de la investigación. Universidad Jaime I. Actitudes y autoeficacia para la búsqueda de empleo de los usuarios del programa de orientación profesional OPEA y su relación con el proceso de búsqueda. Disponible en: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/ACTITUDES%20Y%20AUTOEFICACIA%20PARA%20LA%20BUSQUEDA%20DE%20EMPLEO%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/ACTITUDES%20Y%20AUTOEFICACIA%20PARA%20LA%20BUSQUEDA%20DE%20EMPLEO%20(1).pdf)

- Donoso, T. (2000), “La inserción socio-laboral: Diagnóstico de las variabl[es relevantes]”, En Sobrado, Luis [comp.], *Orientación Profesional: Diagnóstico e inserción sociolaboral*, España, Estel.
- Eden, D. & Aviram, A. (1993) “Self-efficacy training to speed reemployment: helping people to help themselves”. *Journal of Applied Psychology*, 78.
- Eichhorst, W. & Neder, F. (2014). “Youth Unemployment in Mediterranean Countries”. *Policy papers* 80, pp. 2-13.
- Encuesta De Población Andalucía De 2016, Disponible en: <http://www.juntadeandalucia.es/institutodeestadisticaycartografia/>
- García Blanco, J.M. y Gutiérrez, R. (1996), “Inserción laboral y desigualdad en el mercado de trabajo: cuestiones teóricas”. *Revista REIS: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 75, pp. 15-32
- García Montalvo, J. y Peiró, J. (2011), *Crisis económica e inserción laboral de los jóvenes: resultados del observatorio de inserción laboral de los jóvenes*, Bancaja, España.
- García Pérez, J.I. y Prieto, M. (2015), “Propuestas para mejorar la conexión de los jóvenes con el mundo de la economía social en Andalucía”. *Metodología y herramientas para la adecuación de las necesidades de empleo cualificado en empresas andaluzas de Economía Social y su conexión con jóvenes desempleados cualificados*, Escuela Andaluza de Economía Social, España
- González y Navarro (1998). “Desarrollo de competencias transversales para el acceso al empleo. Practical & Educational Training, una propuesta metodológica”. *Intervención psicosocial*, 7 (3), pp. 427-44
- Herzberg, F. (1968) “*One more time: How do you motivate employees?*”, *Journal Business*, reprint number.” Review, USA
- INJUVE, Instituto de la Juventud e España (2013) *Situación actual del empleo juvenil en España*, Disponible en: <http://www.injuve.es/sites/default/files/2014/39/publicaciones/Estudio%20situacion%20actual%20del%20empleo%20juvenil%20en%20Espa%C3%B1a.pdf>,
- Llorens, S, Beas, M.I. y Cifre, E. (2000), *Diseño y validación de un instrumento de evaluación de actitudes hacia la búsqueda de empleo. IV Jornadas de Fomento de la Investigación en Ciencias Humanas y Sociales*, Universidad Jaume I, España.
- Molina, J.A. y Barbero, E. (2005) “El desempleo juvenil en Europa y España”, *Revista Acciones e Investigaciones Sociales*, 21.

- MONTALVO, José (2013), Desempleo ¿juvenil?. En España el número de jóvenes que buscan empleo se sitúa en la media de la OCDE. Aquí el problema es de paro, sin adjetivos, Disponible en: línea).http://economia.elpais.com/economia/2013/05/31/actualidad/1370002005_648043.html
- Olaz, A. (2011): "Una aproximación conceptual a la cualificación profesional desde una perspectiva competencial", *Revista papers*, 96 (2).
- Pastore, F. (2012): "Youth Unemployment in Italy at the Time of the New Great Depression", *Friedrich Ebert Stiftung*
- Triandis, H. (1991), "Attitude and attitude change". *Journal Enciy, human biology*, 1. la situación de desempleo juvenil. Jóvenes altamente cualificados: los grandes olvidados. - IV Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=448ec802-5cc1-403c-b6cc-79c5f45012cb&groupId=10128.
- Zimmermann, E. (2013): "Youth unemployment and vocational training", *Foundations and Trends in Microeconomics*, 9 (1-2), pp. 1-157.

Comentarios de Jurisprudencia

CESE VOLUNTARIO Y REANUDACIÓN DEL SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA TRABAJADORES DE EDAD MADURA

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 700/2017, de 15 de febrero

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

M^a ILUMINADA ORDÓÑEZ CASADO¹

SUPUESTO DE HECHO: En la sentencia que se comenta la cuestión planteada es si un subsidio por desempleo para mayores de 52 años, concedido años antes, debe reanudarse por parte del Servicio Público de Empleo Estatal tras un periodo de suspensión del mismo siendo el trabajador el que causa baja voluntaria en el puesto de trabajo.

RESUMEN: El Tribunal Supremo, en esta sentencia, unifica el criterio por el cuál considera que la reanudación de un subsidio por desempleo no puede hacerse efectiva cuando la causa de la extinción laboral es el cese voluntario del trabajador ya que en ese caso el trabajador no se encuentra en situación legal de desempleo; requisito que el Tribunal entiende indispensable para la concesión y/o reanudación del subsidio por desempleo. Cuenta la sentencia con el voto particular de la magistrada Dña. Rosa M^a Virolés Peñol la cual basa su argumentación en que el hecho de encontrarse en situación legal de desempleo no es un requisito en el momento de la reanudación de un subsidio ya concedido previamente.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: EL “QUERER” TRABAJAR COMO REQUISITO DE ACCESO A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO.
2. LA EXIGENCIA DE ESTAR EN SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPLEO PARA REANUDAR EL LLAMADO SUBSIDIO PARA TRABAJADORES EN EDAD MADURA.
 - 2.1. REQUISITOS PARA EL ACCESO AL LLAMADO SUBSIDIO DE PREJUBILACIÓN
 - 2.2. SUSPENSIÓN Y REANUDACIÓN DEL SUBSIDIO
 - 2.3. LA “NO REANUDACIÓN” COMO EXTINCIÓN DEL SUBSIDIO.
3. CONCLUSIONES

¹ Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y doctoranda de la misma Universidad, respectivamente.

1. INTRODUCCIÓN: EL “QUERER” TRABAJAR COMO REQUISITO DE ACCESO A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

El articulado de nuestra Constitución establece la obligación a los poderes públicos de “realizar una política orientada al pleno empleo” (art. 40) y más concretamente “garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo” (art. 41), ahora bien esta protección debe entenderse no como un derecho universal destinado a cubrir la situación de necesidad de quien queriendo y pudiendo trabajar no tiene trabajo, ya que según el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 65/1987, el desempleo es un riesgo específico previsto para aquellos ciudadanos a los que la legislación se dirige², quedando por tanto excluidos todos aquellos sujetos que no cumplan los requisitos establecidos legalmente, como es el caso por ejemplo de los jóvenes en búsqueda de primer empleo los cuáles a pesar de su situación de paro no entran dentro de dicha protección.

De todos es conocido que el objeto de la protección por desempleo que otorga el sistema de Seguridad Social va a cubrir a las personas que, pudiendo y “queriendo” trabajar, hayan perdido su empleo (o, en determinadas condiciones, cuando vean reducida su jornada de trabajo).

El “querer” trabajar se ha convertido en un elemento fundamental tanto en el nivel contributivo como en el asistencial de la protección por desempleo, así lo indica el art. 262 LGSS. Aunque la norma permite en distintas situaciones (especialmente respecto del llamado “nivel contributivo” de las prestaciones por desempleo, el acceso a las prestaciones cuando el trabajador por su voluntad, eso sí siempre a consecuencia de determinadas vicisitudes en el marco de su relación laboral, extinguiera la relación laboral).

Ello se refleja de muchas formas en la normativa vigente. De hecho, la acción protectora no sólo supone la obtención de una prestación económica o incluso el abono de cotizaciones a la Seguridad Social, sino también comprende acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional ya que las mismas ahondan en las posibilidades reales de empleabilidad, que pueda tener un desempleado.

Inicialmente se estableció como requisito para acceder a la protección por desempleo el “inscribirse como demandante de empleo” y, por supuesto, el mantenimiento de dicha inscripción durante la percepción de las prestaciones económicas. Pero, a pesar de ser un requisito que actualmente se mantiene (ex art. 266. 1 e) de la LGSS) ya no es lo más importante puesto que al haberse entendido

² Quesada Segura, R, *Los principios constitucionales y el modelo legal de protección por desempleo*. Monografías de Temas Laborales, nº 20, 2004, págs. 17 y 39.

como un requisito puramente formal, se ha buscado algo más: la demostración de una actitud real de “querer trabajar”.

La Ley 51/1980 Básica de Empleo reguló la protección del desempleo desde el punto de vista de las políticas pasivas destinadas únicamente a cubrir económicamente dicha situación estableciendo una serie de requisitos para el acceso a la misma, sin embargo la entrada en la Comunidad Europea obligó a un nuevo planteamiento de la situación del desempleado y tal como se recoge en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 5/2002 y posteriormente en la Ley 45/2002³, la Estrategia Europea de Empleo y las Directrices sobre Empleo que anualmente se aprueban por la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno, insisten en que la protección de los mismos debe unir a dichas políticas pasivas puramente económicas una serie de las llamadas políticas activas dirigidas a mejorar la empleabilidad del trabajador en paro. Dichas medidas consisten en programas de orientación y formación profesional dirigidas directamente a ellos así como subvenciones para hacer su contratación más atractiva.

Es a partir de esta reforma legislativa cuando se establece como requisito para la obtención de la prestación y como condición para el mantenimiento de la misma la formalización de un “compromiso de actividad” así como la participación en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales⁴, siendo por tanto necesaria la participación activa de búsqueda de empleo por parte del trabajador para mantener las condiciones que le hagan acreedor a dicha prestación. Este “compromiso de actividad”⁵ se convirtió en un nuevo requisito que exige un plus de actividad en el desempleado, que lo condiciona a tener una actitud determinada y activa en la búsqueda de empleo. Una declaración de voluntad, de “querer” trabajar, que ha de manifestarse por el solicitante o beneficiario de las prestaciones por desempleo “de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad”.

Ese “querer trabajar” supone buscar de forma activa empleo, como una parte más de un itinerario de inserción o “re-inserción” en el mercado de trabajo y ha de acreditarse ante los Servicios Públicos de Empleo ya que de no ser así, se entenderá como incumplido el “compromiso de actividad”.

³ Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo y Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

⁴ Monereo Pérez, J.L., “El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques”, en *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, 2015, pág. 130.

⁵ Al respecto, véanse Mercader Uguina, J. R., “El compromiso de actividad: significado, contenido y alcance”, RL nº 19, 2003, págs. 109 y sigs. o Mella Méndez, L., *El compromiso de actividad del desempleado*, CEF, Madrid, 2005.

Más aún, se vincula la existencia de la situación legal de desempleo (requisito, causa o condición determinante de acceso a las prestaciones por desempleo contributivas) al hecho de que el desempleado acredite su disponibilidad para buscar activamente y para aceptar colocación adecuada.

No obstante hay que recordar que, aunque dicho compromiso de actividad se planteó como requisito para la obtención de la prestación contributiva por desempleo y que, según algunos autores⁶, tiene un carácter contractual entre el desempleado y la Administración que se comprometía a facilitar la reinserción laboral del mismo⁷, la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo en su art. 27 apartados 1 y 2 extendía a los solicitantes de subsidio la plena disponibilidad para aceptar una oferta de colocación adecuada. Y en el punto 4, el deber de participar en las políticas activas de empleo que se determinasen en el itinerario de inserción⁸.

En la sentencia que nos ocupa el problema se plantea no con la prestación contributiva por desempleo sino con una de las modalidades de subsidio o prestación no contributiva por desempleo, las cuales tienen como objetivo atender a situaciones reales de necesidad, siempre que estas se acrediten objetivamente y se encuentren dentro de los supuestos legalmente establecidos.

Al ser el objeto a proteger diferente para las dos modalidades de protección por desempleo, los requisitos para acceder a las mismas también son necesariamente diferentes: en el caso de la prestación contributiva se parte de una situación legal de desempleo posterior a una situación de trabajo activo en el que el sujeto ha cotizado durante el tiempo necesario para la creación del derecho a la misma, mientras que en el caso del nivel asistencial se parte de una situación de necesidad por falta de rentas y no es indispensable, a priori, el requisito de situación legal de desempleo como se desprende del articulado de la propia legislación⁹.

⁶ Como es el caso de Monereo Pérez, J.L. en la obra citada anteriormente y Molina Navarrete, C. “El concepto de “colocación adecuada”:” profesionalidad” versus” empleabilidad” del trabajador.”, en *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, n^o 143, 2002, págs. 9-22.

⁷ Monereo Pérez, J.L., op. cit., págs. 138-140.

⁸ Trillo García, A.R., “Compromiso de actividad: las salidas del desempleo” en *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, 2015, págs. 435 y 436

⁹ Véanse los arts. 266 c) y 274.1 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. En el caso a estudiar se correspondían con los arts. 207 c) y 215.1. El texto, que no ha sufrido variación a través de las reformas indica expresamente que, para la modalidad contributiva el sujeto debe: “Encontrarse en situación legal de desempleo...”, mientras que para la segunda modalidad el precepto dice que “Serán beneficiarios del subsidio: 1. Los parados que, figurando inscritos como demandantes de empleo durante el plazo de un mes,...” por lo que no considera, a priori, necesaria dicha situación “legal” de desempleo, tan solo en una de las modalidades se vuelve a indicar expresamente la necesidad de encontrarse en situación legal de desempleo (art. 215.1 2))

2. LA EXIGENCIA DE ESTAR EN SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPLEO PARA REANUDAR EL LLAMADO SUBSIDIO PARA TRABAJADORES EN EDAD MADURA

De los diferentes subsidios por desempleo contemplados en la legislación el que nos interesa en este estudio es el conocido como subsidio para mayores de 55 años, (en la sentencia que se comenta se hace referencia a la anterior edad de 52 años) pensado como ayuda para los trabajadores desempleados de edad avanzada carentes de ingresos aunque no tengan responsabilidades familiares hasta que alcancen la edad que le permita acceder a la pensión contributiva de jubilación en cualquiera de sus modalidades, ya que son los que cuentan con mayor dificultad para una posible reincorporación al mercado de trabajo y de esa forma se les garantiza un medio de subsistencia¹⁰.

2.1. Requisitos para el acceso al llamado subsidio de prejubilación

Indica el art. 274.4 LGSS que podrán acceder al subsidio los trabajadores mayores de 55 años¹¹, aun cuando no tengan responsabilidades familiares, siempre que se encuentren en alguno de los supuestos que dan lugar al acceso a un subsidio por desempleo: haber agotado una prestación por desempleo, trabajadores retornados, trabajadores que han recuperado su capacidad para trabajar tras una situación de incapacidad permanente, liberados de prisión o centros de internamiento y, finalmente, trabajadores que puedan acceder a un subsidio por desempleo por falta de cotización suficiente para obtener una prestación contributiva. Como segundo requisito, se les exige que hayan cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral. Como tercer requisito, se les exige que acrediten que, en el momento de la solicitud, reúnen todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

Además, por lo que nos interesa, como requisito común exigido a todos los subsidios por desempleo, se exige el “querer trabajar”, que se demuestra únicamente ex art. 275 LGSS, estando “inscrito como demandante de empleo”, lo que debe de hacerse en el servicio público de empleo competente, y se mantendrá durante todo el periodo de abono de las prestaciones económicas (en caso contrario, se produciría la sanción que podría llevar tanto la suspensión como, en caso de reite-

¹⁰ Quesada Segura, R., op. cit., págs. 70 y Collado García, L. y Piqueras Piqueras, M.C., *El subsidio por desempleo: un estudio del nivel asistencial de protección*, Madrid, Ed. Trotta, 1997, págs. 96 a 98.

¹¹ Para obtener el subsidio el trabajador deberá tener cumplida la edad de 55 años en la fecha del agotamiento de la prestación por desempleo o del subsidio por desempleo; o tener cumplida esa edad en el momento de reunir los requisitos para acceder a un subsidio por desempleo contemplados en la LGSS o cumplirla durante su percepción.

ración, la extinción de la protección) . Dicha demanda supone la suscripción de un compromiso de actividad. Es curioso, pero dicho compromiso, ex art. 300 LGSS supone que el solicitante o beneficiario de las prestaciones ha de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las obligaciones de los trabajadores, solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo.

Obligaciones que se traducen, ex art. 299 LGSS, y centrándonos de forma exclusiva en la que se refieren a la “voluntad de trabajar”:

- en proporcionar la documentación e información que permita controlar al servicio público de empleo la situación del trabajador o la comunicación del mismo a efectos de poder comunicar diversas cuestiones, entre ellas, posibles ofertas de empleo;
- en inscribirse como demandante de empleo, mantener la inscripción, suscribir y cumplir las exigencias del compromiso de actividad;
- en renovar la demanda de empleo en la forma y fechas en que se determine en el documento de renovación de la demanda y comparecer, cuando haya sido previamente requerido, ante la entidad gestora, los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquellos.
- en buscar activamente empleo y participar en acciones de mejora de la ocupabilidad que se determinen por los servicios públicos de empleo competentes, en su caso, dentro de un itinerario de inserción, por supuesto, justificando las actuaciones realizadas en tal orden;
- en participar en los trabajos de colaboración social, programas de empleo, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, que determinen los servicios públicos de empleo, o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquellos y aceptar la colocación adecuada que le sea ofrecida por los servicios públicos de empleo o por dichas agencias;
- en devolver a los servicios públicos de empleo, o, en su caso, a las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquellos, en el plazo de cinco días, el correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por los mismos;
- en solicitar la baja en las prestaciones por desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los

requisitos exigidos para su percepción, en el momento de la producción de dichas situaciones.

Como puede verse, en ningún momento se hace relación, respecto de los beneficiarios del subsidio por desempleo para trabajadores de edad madura, a la exigencia de encontrarse en “situación legal de desempleo”. La única excepción a esta regla es cuando el mayor de 55 años acceda a este subsidio desde la condición de beneficiario de un subsidio para trabajadores que no tengan derecho, por insuficiencia de período de cotización previo, a una prestación “contributiva” por desempleo, ex art. 274.3 LGSS.

La redacción de la LGSS que interpreta el Tribunal Supremo en la sentencia que se comenta, la de la LGSS de 1994, no difiere de la actual, salvo la edad y la no exigencia de carencia de rentas ya que en aquél momento eran distintas. Esto es, se produjeron importantes modificaciones en los requisitos para acceso a este subsidio, introducidas en la reforma de 2012 por Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

2.2. Suspensión y reanudación del subsidio

En el caso a estudiar nos encontramos con un subsidio concedido dos años antes a los hechos ocurridos el cual se suspende debido a una contratación y se solicita sea renovado tras la renuncia a seguir con dicho trabajo.

No se trata de determinar si se trataba o no de una colocación adecuada¹² ya que se desconocen los datos de su profesión habitual por lo que no se puede asegurar que la contratación como empleado de hogar coincidiera con ella o que debido al hecho de llevar dos años cobrando el subsidio el Servicio de Empleo considerara que el trabajo se adaptaba a sus aptitudes físicas y formativas; tampoco se tienen datos referentes a su residencia habitual, excepto la del escrito del empleador que indica que “añoraba su pueblo” y la deducción de que el trabajador debe ser de la provincia de Murcia por ser del Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad la sentencia recurrida; siendo el lugar de trabajo en Madrid, como consta en el mencionado escrito, y no disponiendo de datos de si se le ofreció o no alojamiento apropiado siendo este último requisito necesario para que se entendiera como adecuada.

Dando, pues, por supuesto que se trataba de una colocación adecuada según lo establecido en la legislación vigente en su momento¹³, hay que centrarse en

¹² Alfonso Mellado, C.L., “Salidas del desempleo: La colocación adecuada” en *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, 2015, págs. 458 y 459.

¹³ Véase el art. 231.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se

el hecho probado de que la finalización de la misma se debió a la voluntad del trabajador dentro del plazo del periodo de prueba, hecho que la Seguridad Social interpreta como extintivo del subsidio ya que la finalización de un contrato por voluntad del trabajador sin causa justificada produce los efectos de no encontrarse el mismo en situación legal de desempleo.

Lo que pretende clarificar el Tribunal Supremo es “si se tiene derecho a reanudar el subsidio cuando el beneficiario ha puesto término de manera voluntaria al trabajo que provocaba la suspensión”. Para ello, aplicando la legislación vigente en materia de Seguridad Social en 2011, que es la fecha de la suspensión y solicitud de la reanudación, la mayoría del Tribunal Supremo, con una poderosa y bien sólidamente argumentada ponencia, que introduce la cuestión girando sobre un eje común que es la involuntariedad en la pérdida del empleo, lo que da lugar a una situación de legal de desempleo, pero curiosamente todo ello se refiere a prestaciones por desempleo no a subsidios.

Aunque en la regulación actual, el art. 271.4 b) LGSS sigue sin resolver claramente esta cuestión ya que, la reanudación de la percepción de las prestaciones o subsidios a petición del interesado tras la realización de una actividad laboral necesita, por parte de este que *“acredite que ha finalizado la causa de suspensión, que, en su caso, esa causa constituye situación legal de desempleo o inscripción como demandante de empleo en el caso de los trabajadores por cuenta propia, o que, en su caso, se mantiene el requisito de carencia de rentas o existencia de responsabilidades familiares”*. Cuando el art. 271.4 b) LGSS y su anterior 212.3 b) LGSS de 1994, hacen referencia a la reanudación de las prestaciones y subsidios tras haber acreditado que la finalización de la causa de la suspensión, “en su caso” constituye una situación legal de desempleo. Ello supone que dicho requisito será exigido cuando sea preciso, esto es, creemos que para el tipo de protección que así lo exigiera. Más aún, la propia sentencia en su FD 3^o reconoce la deficiencia en la redacción de dicho precepto que “podría mejorarse fácilmente”. Obsérvese que en el redactado el encontrarse en situación legal de desempleo es una de las dos opciones que se ofrecen siendo la otra el mantener el requisito de carencia de rentas o existencia de responsabilidades familiares por lo que no es indispensable el encontrarse en dicha situación para poder proceder a la reanudación¹⁴.

aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Actualmente, art. 301 del Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre.

¹⁴ En la sentencia analizada se indica que de la redacción del art. 212.3b) se desprende la idea de que decae el derecho a reanudar el cobro del subsidio si la causa de suspensión no constituye situación legal de desempleo; sin embargo, el redactado no se centra sólo en dicha opción sino que añade que se puede reanudar si se acredita que se mantienen los requisitos de carencia de renta o existencia de responsabilidades familiares por lo que volvemos a insistir que el argumento dado por el SPEE, a nuestro juicio, no es válido para la extinción.

No obstante, la doctrina de la Sala se basa en tres argumentos para exigir en la reanudación de los subsidios por desempleo el encontrarse en situación legal de desempleo:

a) La Sala entiende que, como en otros asuntos precedentes, “la reanudación del subsidio suspendido queda condicionada a que persistan las circunstancias precisas para su reconocimiento inicial”. Entendiendo que para prorrogar el subsidio por desempleo es preciso que concurren las mismas circunstancias y condiciones existentes en el momento de la concesión primigenia. Lo cierto es que tal argumento podría rebatirse en el sentido que no hay, como anteriormente hemos visto, dentro de los requisitos para el acceso a los subsidios por desempleo de trabajadores en edad madura uno que haga referencia de forma expresa a encontrarse en situación legal de desempleo¹⁵. De hecho, la sala indica que, respecto de los requisitos para la percepción del subsidio que no es “necesario que se mantengan al interesarse la reanudación del abono tras su suspensión”. Aunque es probable que haya habido un error de transcripción porque dicha afirmación va precedida de por otra que indica que los requisitos han de acreditarse “no solo en el momento de su inicial solicitud”. En cualquier caso, seguimos manteniendo que nos encontramos ante la exigencia de un requisito inexistente en el llamado nivel asistencial por desempleo.

b) El segundo argumento de la Sala, recogiendo su propia doctrina de sentencias anteriores, se refiere a que “el supuesto de solicitud de reanudación de la prestación por desempleo no es el mismo de concesión inicial del beneficio, sino otro independiente y separado del primero que viene determinado por el hecho de que varía la situación del recurrente beneficiario”. Dicha doctrina se diseñó para dar respuesta a las prestaciones contributivas por desempleo, no para las asistenciales. Ya que, necesariamente, la reanudación de las prestaciones por desempleo es un segundo proceso que, creemos, con la Sala, que exige, en su caso, la demostración del trabajador de encontrarse nuevamente en situación legal de desempleo. Pero la Sala extiende esta doctrina a los subsidios por desempleo, indicando que la reanudación de la percepción lo será “mientras las circunstancias de su concesión sean las mismas, pero sí varían falta el fundamento para mantener el subsidio”. Pero no aclara qué condiciones, o en qué manera han de variar,

¹⁵ Como indica la sentencia recurrida: “El artículo 215 que regula el subsidio por desempleo, no establece el requisito de encontrarse en situación legal de desempleo para tener derecho a las prestaciones del nivel asistencial y tal requisito tampoco se establece para el caso de reanudación de la percepción del subsidio, cuando la misma se suspende por efecto de una contratación de duración inferior a 12 meses, según resulta del contenido del artículo 219.3., el cual se limita a establecer el efecto suspensivo del derecho al subsidio que se produce por una contratación inferior a tal periodo de tiempo y se cuida de expresar que tal contratación no afectará al derecho a obtener el subsidio.”

son las que impiden poder reanudar el subsidio, un argumento tan contingente deja abierto a cualquier interpretación futura en uno u otro sentido.

Además con respecto a la reanudación del subsidio el art. 13.1 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo nos dice que, para reanudar un subsidio que se ha suspendido por una contratación por cuenta ajena inferior a doce meses basta con la solicitud del interesado siempre que acredite que ha finalizado la causa de la suspensión y dicha acreditación la puede realizar con el parte de baja de la Seguridad Social y su posterior inscripción como demandante de empleo. Nada más sobre la situación en la que ha de encontrarse el trabajador que pretende reanudar su subsidio.

c) El tercer argumento, lo enfoca desde las facultades de control del SPEE, ya que aun siendo cierto que para la reanudación de la prestación o el subsidio es necesario que haya finalizado la causa de la suspensión, la entidad gestora puede llevar a cabo la comprobación de los requisitos oportunos, entendemos, de que procede la reanudación. Pero este argumento deja en manos de la entidad gestora la interpretación de los requisitos necesarios para la reanudación de la prestación, cuando realmente son los Tribunales de justicia los que tienen encomendados el control jurisdiccional de las decisiones y resoluciones de las Administraciones Públicas y de los organismos de los que de las mismas dependen.

Por todo ello, la Sala entiende que la realización de un trabajo por cuenta ajena inferior a doce meses constituye una causa de suspensión del subsidio que para su reanudación exige además, de la inscripción como demandante de empleo, que ha finalizado la causa de la suspensión y “que esa causa constituye situación legal de desempleo”, lo que se “desprende” del art. 212.3 b) de 1994, actual art. 271.4 b) LGSS.

Con todo el respeto que nos merece la decisión de la Sala, y en especial por la brillantez de su ponente en este asunto, hemos de disentir con la interpretación realizada ya que creemos que no pueden exigirse en el nivel asistencial de la protección por desempleo requisitos previstos para el nivel contributivo. Es cierto que la protección por desempleo está prevista para quienes quieren trabajar. Pero dicha situación, respecto de la voluntariedad en el cese, ha sido excepcionada por la norma en diversas ocasiones (para las prestaciones por desempleo) y la razón de los subsidios por desempleo es la cobertura de situaciones de necesidad que ha de tener en cuenta situaciones tan complejas y delicadas como la que se plantea en este asunto de una persona de edad madura que decide aceptar un trabajo a casi 400 kilómetros de su hogar, en el marco de una relación laboral especial, la de empleados del hogar que, para colmo, jamás podría dar lugar a situación legal de desempleo puesto que dicha contingencia no está prevista en este sistema especial

de la Seguridad Social. El legislador en los últimos años ha procurado, con importantes modificaciones en la protección por desempleo, evitar las situaciones de fraude y exigir importantes obligaciones a los trabajadores beneficiarios de las mismas. Si no lo ha hecho clara e inequívocamente para esta situación, el Tribunal Supremo debería de haber sido “pro beneficiario”. Y es que examinando rectamente la norma a la que se refiere la reanudación de la protección suspendida, la misma no es un nuevo reconocimiento, sino la continuidad de un derecho que ya venía disfrutándose, así lo ha dicho también nuestro Tribunal Supremo en la STS de 11 de noviembre de 1996, ya que “para el supuesto de reanudación no cabe aplicar analógicamente las disposiciones previstas para el inicio o el nacimiento del derecho”. Y es que, ante dos prestaciones con distinta teleología, ha de primar el principio de especialidad cuando la norma de forma expresa no diga lo contrario, en el mismo sentido que lo hace el voto disidente de la magistrada Virolés Piñol.

2.3. La no reanudación como “extinción” del subsidio

Para proceder a la no reanudación del subsidio el SPEE aduce la causa de no encontrarse en situación legal de desempleo. Pero ello, equivale a una extinción *de facto* del subsidio que venía percibiendo. No obstante, al examinar los supuestos recogidos como de extinción en la Ley General de la Seguridad Social, el único supuesto al que podría equipararse dicha extinción, sería al previsto en el apartado 1.b del art. 272 LGSS, que equivaldría a una imposición de sanción por falta grave.

Pero, nos parece que dicha equivalencia y dicha analogía es excesiva puesto que el trabajador no ha incumplido sus obligaciones formales, ya que la única que tenía era la de comunicar el cese en la actividad tras la suspensión (no el modo en que dicho cese se produjo). Al anudar la reanudación del subsidio a un modo concreto de cesar en la actividad laboral (“estar en situación legal de desempleo”) está creándose *ex novo* una causa de extinción no prevista en la norma. Con lo cual, en aplicación del principio de legalidad, establecido en el art. 9.3 y 103 de la CE debe evitarse una interpretación extensiva de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Por lo cual la actuación del SPEE en la exigencia de un requisito no previsto claramente en la norma equivale a una sanción de extinción del subsidio que creemos no ajustada a la legalidad, con todos los respetos a la convalidación de dicha interpretación realizada por el Tribunal Supremo en la sentencia que se comenta.

3. CONCLUSIONES

En primer lugar, reiterar la exposición realizada en la sentencia recurrida ya que en los requisitos para la obtención del subsidio para trabajadores en edad madura no se indica de forma expresa la condición de estar en situación legal de desempleo por lo que si dicho requisito no es obligatorio para el inicio del subsidio no parece ajustado a derecho que sí se considere obligatorio para la reanudación del mismo tras un periodo de suspensión.

En segundo lugar, no existe abuso de derecho, a pesar de que el Ministerio Fiscal en un caso como en el que se trata en la sentencia por el hecho de que *el beneficiario del subsidio aceptase la ocupación adecuada, por estar obligado legalmente a ello, y que se reanudara la percepción simplemente por su voluntad.*” Ante esta declaración hay que tener en cuenta que, aunque subyace la obligación de aceptar la ocupación adecuada, se prevé también en la legislación, la posibilidad de rechazarla calificando dicha acción como falta grave y teniendo una sanción diferente a la extinción del subsidio (o la equivalente no reanudación como ocurre en este caso) por lo que el trabajador bien podría haber rechazado la oferta a priori, en lugar de aceptarla y desistir de la misma durante el periodo de prueba al constatar que no se adaptaba a las condiciones de la misma.

Como última consideración, nos gustaría señalar que la extinción voluntaria de dicho contrato en el periodo de prueba puede también entenderse como un rechazo *de facto* a una oferta de colocación, máxime cuando el tiempo dado de alta fue tan solo de un día y, si se interpreta de esta forma, la sanción a aplicar no es la extinción del subsidio sino la recogida en el art. 47.1.b) 2^o párrafo del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, consistente en pérdida de 3 meses de prestación para la primera infracción, 6 meses para la segunda y extinción para la tercera infracción¹⁶.

En definitiva, la interpretación del Tribunal Supremo ha sido tremendamente rigurosa en nuestra opinión sin tener en cuenta la finalidad para la que se crearon los subsidios por desempleo para los trabajadores en edad madura, extinguiendo un subsidio (al no permitir la reanudación) por una causa no prevista en la norma.

¹⁶ Alfonso Mellado, C.L., op. cit., págs. 461.

EL CONTRATO DE TRABAJO DE GRUPO. EL GRUPO COMO UNIDAD VINCULADA PERSONALMENTE, CON UN FIN O INTERÉS RECONOCIBLE Y ECONÓMICAMENTE RELEVANTE

Sentencia TSJ de Navarra (Sala de lo Social), de 20 enero 2017

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ¹

SUPUESTO DE HECHO: El demandante, con categoría profesional de peón agrario, ha prestado servicios entre los años 2009 y 2015 para una sociedad civil (EXPOCASA) cuyo objeto es la explotación de fincas rústicas para el cultivo del espárrago. Empresa demandada que suscribió contratos de trabajo de grupo para la recolección entre 2009 y 2015, teniendo el grupo un representante o jefe entre 2009 y 2013, y otro diferente durante los años 2014 y 2015. En dicho contrato de grupo se pactó como objeto “la recolección y clasificación del espárrago”, debiendo los trabajadores entregarlo en el local que designara el empleador hasta su extinción, automática, a la finalización de la campaña. La contraprestación económica se devengaría y abonaría coincidiendo con el cobro por parte del empleador del producto entregado en las conserveras. Los trabajadores, por su parte, asumían el 50% del coste del plástico, comprometiéndose a la colocación y retirada de los mismos, y los costes de alojamiento y desplazamientos. La empresa se comprometía a tener la finca lista para acometer la recogida y a proveer las herramientas, así como a cumplir sus obligaciones en materia de Seguridad Social y a concertar una póliza de seguro de accidentes. En el año 2016 EXPACASA no suscribió contrato para la recolección, si bien el grupo fue contratado para la misma actividad por otra sociedad civil, constituida en parte por un socio de la anterior sociedad junto con otras personas. En este grupo de trabajadores no está incluido el demandante.

RESUMEN: En autos sobre despido, el Juzgado de Instancia aceptará la pretensión empresarial al considera que no puede atribuirse al recurrente la

¹ Prof^{ra}. Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

condición de trabajador fijo discontinuo, ya que lo realmente suscrito es un contrato “de grupo” entre la demandada y el jefe de éste, que ha concluido válidamente al terminar su objeto. Disconforme, el trabajador formula recurso de suplicación por infracción de lo dispuesto en el artículo 16.4 del ET, en relación con el artículo 11. b) del Convenio Colectivo del Sector Agropecuario. La Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Navarra, de 20 de enero de 2017 (JUR\2017\44704), desestima el recurso confirmando que la inexistencia de relación laboral entre el trabajador y la empresa demandada. Resolución que cuenta con un Voto Particular en el que se señala que “Mediante la figura del trabajo en grupo el empresario evade fácilmente el orden normativo de la relación laboral y el derecho a la permanencia y continuidad del vínculo que para el trabajo fijo discontinuo reconoce al actor al Art. 15.8 ET y 11 b) del Convenio Colectivo del sector Agropecuario”.

ÍNDICE

1. LA SINGULARIDAD NORMATIVA Y SOCIAL DEL CONTRATO DE GRUPO
2. EL PARECER MAYORITARIO DE LA SALA A FAVOR DE LA EXISTENCIA DE CONTRATO DE GRUPO BAJO UNA PERSPECTIVA FORMALISTA
3. EL GRUPO COMO UNIDAD VINCULADA PERSONALMENTE, CON UN FINO INTERÉS RECONOCIBLE Y ECONÓMICAMENTE RELEVANTE. VOTO PARTICULAR
4. ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE EL GRUPO EN EL CONTRATO DE TRABAJO

1. LA SINGULARIDAD NORMATIVA Y SOCIAL DEL CONTRATO DE GRUPO

El contrato de trabajo de grupo es una modalidad singular de contrato de trabajo laboral sobre el que se ha dicho que es una figura contractual en decadencia, no sólo en la realidad social de las relaciones laborales, sino incluso en el marco de la normativa laboral². Así, basta constatar cómo el precepto que contempla este tipo de contrato de trabajo, es uno de los pocos que ha permanecido inalterado desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores –por Ley 8/1980, de 10 de marzo–.

La regulación jurídica del contrato de grupo ha sido enormemente confusa desde sus inicios, sobre todo por la falta de consolidación de conceptos jurídicos sólidos en torno a instituciones jurídico-laborales que empezaban a gestarse en

² Sobre el contrato de trabajo de grupo vid., entre otros, Fernández-Costales Muñiz, J. “El trabajo en común, el contrato de trabajo en grupo y el auxiliar asociado”, *AAVV Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, Arias Domínguez, A. (Coord.), Sempere Navarro, A. V. (dir.), Cardenal Carro, M. (dir.), Aranzadi, Pamplona, 2011. Gascón Vera, L., “Naturaleza laboral de la relación. Contrato de grupo y contrato de trabajo en común y su distinción con otras figuras afines”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* parafr.num.63/201117/2011 parte Presentación, edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2011.

un incipiente Derecho del trabajo, como son las contratas de ejecución de obras, pactos o convenciones colectivas de trabajo y contrato de trabajo de grupo.

Confusión normativa, tanto conceptual como terminológica, que no sólo se va a producir en la formación del Derecho del trabajo –Código de trabajo de 1926-, sino también con posterioridad, en la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 y en la Ley de Contrato de Trabajo de 27 de enero de 1944, dando lugar a la conocida obra de ALONSO OLEA sobre la distinción entre pacto colectivo y contrato de grupo, en el que también analiza las contratas de ejecución de obras públicas³. Consecuencia de la redacción dada por estas normas al contrato de grupo, junto con el nuevo sistema taylorista de organización del trabajo implantando en esa época, es que el contrato de grupo va a quedar completamente marginado dentro del mundo de las relaciones laborales; su uso quedará reducido a algunas actividades profesionales, reguladas sectorialmente por las reglamentaciones de trabajo y ordenanzas laborales, cuya característica principal va a ser la de necesitar la ejecución colectiva de la obra o servicio contratado, “en cuanto que la tarea concreta no puede ser realizada materialmente sin el concurso simultáneo de varios trabajadores, sin que pueda ser objeto de prestaciones individualizadas”⁴.

De esta forma, algunas reglamentaciones de trabajo y ordenanzas de trabajo⁵ –normas estatales sectoriales, típicas de este periodo, que regulaban las condiciones de trabajo a aplicar en un determinado sector- van a regular específicamente el régimen jurídico del contrato de grupo para el caso de que el mismo se celebre en dicha actividad o sector; así ocurrió en la actividad profesional de la música⁶; en la actividad del campo⁷; en la actividad de estiba portuaria⁸, entre otras.

³ Alonso Olea, M., *Pactos colectivos y contratos de grupo*, edit. Comares, Granada, 2000.

⁴ De esta forma define la prestación colectiva de trabajo Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., en “El trabajo en común”, *Cuadernos de Política Social* nº 45, 1960, pp. 57 y 58.

⁵ Según el art. 9 de la LCT de 1944, el contrato se regulará: 1º. Por las normas establecidas en las Leyes, Decretos y Disposiciones ministeriales sobre reglamentación del trabajo en sus distintas modalidades.

⁶ Reglamentación aprobada por Orden de 25 de junio de 1963, para la actividad de profesionales de la música, modificada por la orden de 2 de mayo de 1977, en cuyo artículo 13 se establece que el contrato de trabajo podrá ser individual o de grupo, limitándose el resto del articulado a establecer una serie de requisitos formales y de contenido de los contratos de trabajo.

⁷ Vid. Orden de 2 de octubre de 1969, por la que se aprueba la ordenanza general del campo, en cuyo art. 12 se transcribe casi literalmente lo dispuesto en el art. 18 de la LCT de 1944. Y la aprobada por la Orden de 1 de julio de 1975.

⁸ Vid. Orden de 5 de diciembre de 1969 y la de 29 de marzo de 1974, que aprueban la ordenanza general para la actividad de estiba portuaria.

A partir de 1958, fecha en la que ya se podrán negociar convenios colectivos (aunque con importantes límites), va a ser también habitual encontrar convenios colectivos de determinados sectores de actividad en los que se contempla el contrato de grupo a efectos de especificar y complementar la regulación legal aplicada a dicho sector; principalmente va a ser el sector del campo⁹, en el que es algo tradicional “la existencia de cuadrillas de vareadores/recogedores de aceituna en Andalucía (...) empleados, por lo general a destajo (...) o los equipos de taladores/desbrozadores de monte, o las “collas” de recolectores de tomate en Murcia o de cítricos en la Comunidad de Valencia...”¹⁰.

En esta época, los asuntos relativos al contrato de grupo que van a dar lugar a controversias judiciales, van a ser los de calificación jurídica de la relación mantenida entre el empresario y los trabajadores¹¹, a veces con ocasión de la forma en que se ha pactado la forma de retribución o su reparto¹²; en otras se dilucidan cuestiones sobre la figura del jefe de grupo¹³.

Una vez en el actual marco democrático de relaciones laborales, el originario Estatuto de los Trabajadores de 1980 va a tener un carácter marcado carácter continuista en materia de contrato de grupo respecto de su precedente normativo, tanto por lo que se refiere a su consideración como contrato de trabajo, como a su redacción y su ubicación sistemática junto al trabajo en común y junto al trabajador auxiliar. A este respecto, llama la atención que el legislador ni siquiera se planteara el hecho mismo de la necesidad o conveniencia de la pervivencia de esta modalidad de contrato que, si bien había sido una realidad social de la época en la que surge normativamente, tenía ya una escasa utilización en la época en que es promulgado el ET, en la que las formas de organización de la producción y el trabajo ya estaban en proceso de transformación respecto al modelo trabajo precedente.

⁹ Sobre este sector, vid. Cavas Martínez, F., *Las relaciones laborales en el sector agrario*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1995.

¹⁰ Vid. Carril Vázquez, X. M., en “La decadencia de una vieja modalidad contractual laboral: el contrato de trabajo de grupo”, *Revista española de Derecho del Trabajo* nº 128, 2004, p. 464.

¹¹ Así la sentencia del TS de 21 de marzo de 1947, considera que tiene la consideración de contrato de trabajo colectivo el concertado por una Casa de Socorro con un profesor de orquesta para amenizar unos festejos veraniegos, por un precio total que repartía con los demás profesores que intervenían en el espectáculo.

¹² La STS de 26 de mayo de 1943 va a considerar que considera la relación laboral entablada entre los trabajadores y el empresario y, por tanto, sometida a la Jurisdicción de Trabajo, el pacto de ejecución de obras por un grupo de trabajadores que van a percibir además de los jornales que a cada uno corresponde, las ganancias obtenidas distribuidas en partes iguales, en razón de las jornadas trabajadas; las reclamaciones de los obreros frente al que designaron como jefe de grupo, para que les liquide los beneficios obtenidos, es una materia que corresponde conocer a la Jurisdicción de trabajo.

¹³ Así la STCT de 7 de mayo de 1975.

La parca regulación del contrato de grupo llega inalterada al texto actualmente vigente del ET de 2015 (art. 10.2 ET) y, por tanto, como sus precedentes, no contiene una definición del contrato de grupo¹⁴. Pese a ello, el carácter laboral del contrato de grupo es indiscutible, dada la opción del legislador por seguir considerándolo una modalidad de contrato de trabajo regulado en la norma laboral por excelencia (ET), que alude a un contrato celebrado “con un grupo de trabajadores”, en el que la prestación debida por los trabajadores que forman el grupo es una prestación de actividad desarrollada bajo la dirección del empresario, y la retribución de los trabajadores es un salario, aunque la misma se refiera al grupo como tal. Para algunos autores, la opción del legislador por mantener la naturaleza laboral de este contrato se debe al deseo de dispensar al mismo la protección que ordenamiento jurídico-laboral reconoce a quienes prestan su trabajo personal por cuenta y bajo la dirección de otro¹⁵.

Partiendo de lo anterior, la singularidad que identifica a este tipo de contrato de trabajo y que lo diferencia de un contrato de trabajo ordinario y del confuso trabajo en común (art. 10.1 ET) se centra en la parte trabajadora. Así, el art. 10.2 ET determina su existencia “cuando un empresario celebra un contrato con un grupo de trabajadores considerado en su totalidad”, de manera que el contrato no se celebra de forma individual con cada trabajador, ni las relaciones obligatorias que derivan del contrato se desarrollan entre el empresario y cada trabajador individual, sino entre el empresario y el grupo como colectividad formado por el conjunto de trabajadores que lo integran: “... no tendrá (el empresario) frente a cada uno de sus miembros los derechos y deberes que como tal le competen”.

A ello se añade que la norma se refiere al contrato entre el empresario y el grupo, pero no dice nada respecto a la naturaleza jurídica del grupo de trabajadores, ni cómo se constituye. El acto de constitución del grupo se considera un elemento anterior al contrato de grupo, pero no se regula. En el momento de celebrarse el contrato de grupo, éste ya aparece constituido, en un momento histórico anterior. Y es que salvo en el precepto a que nos estamos refiriendo (art. 10.2 ET), en ninguna otra parte de la norma laboral, ni en otra vigente aparecen referencias al contrato de grupo. Y dado que se trata de un contrato excepcional, puesto que la contraparte del empresario no es una persona física, sino una colectividad, la aplicación del resto de la normativa laboral a estos supuestos genera multitud

¹⁴A este respecto Ramos Quintana, M., en “Trabajo en común y contrato de grupo (en torno al artículo 10)”, *Revista española de Derecho del Trabajo* nº 100, 2000, p. 386, considera que “...el precepto estatutario (art. 10) no pretende tampoco ser definitorio de la modalidad contractual, sino meramente descriptivo de una realidad dotada de efectos jurídicos”.

¹⁵Cruz Villalón, J., Rodríguez-Ramos Velasco, P. T. y Gómez Gordillo, R. *Estatuto de los trabajadores comentado*, Tecnos, 2003, p. 151.

de problemas interpretativos, algunos de los cuales han llegado a los juzgados y tribunales del orden social.

Es el caso que analiza la sentencia que comentamos, cuyo interés radica no tanto en el hecho que un miembro del grupo no tenga legitimación individual para reclamar la calificación de su relación como trabajador fijo-discontinuo, como en el debate jurídico que provoca el voto particular consistente en la necesidad de la verdadera concurrencia de un grupo como tal, constituido al objeto de ser parte del contrato de grupo, y cuya conformación sirva para cumplir con la finalidad que le hace ser sujeto válido del contrato de grupo. Todo ello, entendemos que en aras de evitar un uso fraudulento de este tipo de contrato, como parece desprenderse implícitamente del voto particular formulado.

2. EL PARECER MAYORITARIO DE LA SALA A FAVOR DE LA EXISTENCIA DE CONTRATO DE GRUPO BAJO UNA PERSPECTIVA FORMALISTA

Tras desestimar la revisión de los hechos probados propuestos por el trabajador demandante, ahora recurrente¹⁶, diferencia la sentencia entre la modalidad de trabajo en común (art. 10.1 ET) y la de contrato de grupo. Respecto del trabajo en común, considera la sentencia que lo que contempla el artículo 10.1 de la norma estatutaria es la posibilidad de que el empresario encargue a un equipo o grupo de “sus trabajadores”, por él elegidos, un trabajo en común, decisión amparada por tanto en su poder de dirección y organización del trabajo. Por tanto, en estos supuestos no existe una única relación laboral, sino tantas relaciones laborales como trabajadores obligados a ejecutar el trabajo en común¹⁷, y el empresario conserva respecto de cada uno de ellos, individualmente, sus derechos y deberes derivados de la relación laboral¹⁸, siendo coherente con esta figura el que los

¹⁶ Entre los que se encuentran por ejemplo, la solicitud de introducción entre los hechos probados: “*Los trabajadores han cobrado el mismo salario mediante transferencia realizada por la empresa*”, que se sustenta en los documentos obrantes en las actuaciones, y como ocurriera con el motivo anterior no puede ser estimado. El argumento para ser desestimada tal revisión fáctica, según la Sala, es el de que “los documentos en los que se basa la solicitud han sido objeto de valoración judicial, (...) a lo que hay que añadir que la actual redacción del hecho probado tercero establece de forma concreta y suficiente la forma en la que se devenga y abona la contraprestación económica de los trabajos prestados, resultando innecesaria la adición solicitada, máxime cuando en la fundamentación jurídica de la resolución (fundamento tercero) se establece de forma expresa que la retribución se fija de forma colectiva, siendo por tanto indiferente que la distribución de aquella entre los trabajadores se efectúe de forma igualitaria, así como la instrumentalización de su abono”.

¹⁷ Con cita de la STSJ País Vasco 15/01/2002 (AS 2002, 1198).

¹⁸ SSTS Andalucía- Málaga 16/01/2003 (AS 2003, 1518) y STSJ Murcia 09/03/1994 (AS 1994, 1116).

integrantes del equipo puedan distribuir entre ellos la tarea común encomendada y el que la retribución sea individualizada conforme a la respectiva contribución laboral.

En cambio, según el criterio mayoritario de la Sala, no ocurre lo mismo respecto del contrato de grupo, ya que en éste sí existe una única contratación y su particularidad reside en que la parte trabajadora es plural. De este modo, el contrato de grupo es una modalidad contractual en la que el empresario no contrata a un trabajador aislado, sino a un grupo de trabajadores considerado en su totalidad¹⁹. Y así, se afirma que “precisamente por la existencia de un único contrato, el empresario pacta aquél con el grupo, grupo éste representado por quien actúe como jefe del mismo. De esta manera la relación empresario-jefe de grupo (representante) es una relación directa, colocándose este último en una posición intermedia entre el empresario y los trabajadores del grupo, mientras que la relación entre el empresario y los trabajadores integrantes del grupo no deja de ser una relación indirecta que se articula a través del representante. Así las cosas, es evidente que el empresario no tiene respecto de los trabajadores integrantes del grupo los derechos y obligaciones que como tal le competen, pues el vínculo que surge tras su suscripción, es único”.

Sentado el presupuesto normativo que identifica la existencia del contrato de trabajo de grupo, y desde una perspectiva formalista, considera la Sala que “no puede cuestionarse la realidad del contrato de grupo, máxime cuando las pruebas practicadas y obrantes en autos confirman la suscripción formal del mismo; que el grupo de trabajadores estaba formado antes de la suscripción de los sucesivos contratos por un número variable de trabajadores; que no existía constancia de que el empresario hubiera tenido intervención alguna en la selección de los trabajadores integrantes del grupo; que existía, como hemos establecido antes, un jefe de grupo; que la retribución se fijaba de modo colectivo; que era el propio grupo el que distribuía el trabajo y se comprometía a entregar el producto en la conservera; y que el empresario en modo alguno controlaba la prestación individual de los servicios realizados por los miembros integrantes del grupo”.

La conclusión a la que se llega, constatada la realidad del contrato de grupo, es que “no ha existido vinculación laboral entre la empresa recurrida y el demandante, careciendo el actor de legitimación activa para ser sujeto de la relación jurídico procesal por él entablada”. Para la Sala, según su parecer mayoritario, la referida legitimación podría corresponder en su caso al jefe de grupo que es quien suscribió el contrato, pero no al demandante que no mantiene con la empresa relación laboral individual alguna, debiendo descartarse por

¹⁹ Con cita de las SSTSJ Cataluña 29/04/2005 (AS 2005, 1508) y STSJ Canarias 23/03/1999 (AS 1999, 2000).

definición que en este tipo de contrato exista contrato de trabajo individual alguno entre el empresario y los miembros del grupo.

De este modo, se confirma en la sentencia la afirmación que hace la juzgadora de instancia de que “el trabajador no puede ostentar la condición de trabajador fijo discontinuo, pues su vinculación lo fue a través de un contrato de grupo válidamente concluido al terminar su objeto, motivo por el cual el actor ni tiene derecho a ser llamado en el año 2016 (porque dejó la actividad de cultivo del espárrago y se dio de baja en el Consejo Regulador, sin haber suscrito ningún otro contrato), ni su falta de llamamiento conformaría despido alguno”.

Como puede observarse, la constatación formal de la concurrencia de los requisitos exigidos por la norma para la existencia del contrato de trabajo de grupo, y la suscripción formal de éste, lleva a la afirmación de la realidad del contrato de grupo y a la inexistencia de una relación laboral individual entre el demandante y la empresa. Sin embargo, más allá de su constatación formal, no se analiza ni se cuestiona en la sentencia la entidad propia del grupo como tal, ni si su constitución debe tener una causa que lo justifique, lo identifique como tal grupo y lo legitime para ser parte del contrato de trabajo, o si debe adoptar una determinada forma jurídica o por el contrario resulta suficiente con la mera agrupación informal de trabajadores bajo la dirección de un jefe de grupo.

Desde luego éstas son cuestiones que la norma no concreta, por lo que cabe plantearse si para la válida celebración de un contrato de grupo basta con la mera voluntad de las partes -empresario y grupo de trabajadores- o es necesario además que el grupo como tal revista una entidad propia que lo caracterice y diferencie de cada uno de sus miembros individualmente considerados. La existencia de un previo acuerdo de voluntades para formar el grupo debe considerarse necesaria, no ya sólo porque sin la voluntad de cada uno de los que van a integrar el grupo, éste no existe, sino también porque alguna sentencia ha negado la calificación de contrato de grupo a determinados supuestos en los que los trabajadores han ido entrando en el servicio prestado en fechas diferenciadas, y no todos en un mismo acto²⁰. Ahora bien, el previo concurso de voluntades no resuelve si ese grupo formado voluntariamente por un conjunto de trabajadores debe contar con entidad propia, que le permita ofrecer al mercado unos servicios que cuenten *ad initio* con una previa organización del trabajo de manera que el resultado final sea diferente al que puede aportar un trabajador individualmente considerado, o ello resulta indiferente de manera que el trabajo que desarrolla el grupo no sea

²⁰ Así, STSJ Andalucía, Málaga, de 16-1-2003 (AS 1518) que considera que no hay contrato de grupo, sino trabajo en común, porque “el empresario ha encomendado un trabajo en común a un grupo de sus trabajadores que no entraron a prestar servicios de forma agrupada sino de forma individual y en diferentes momentos y con distinta antigüedad”.

más que la suma de los trabajos individuales que quienes eventualmente puedan formar parte del grupo, resultando así fungible su prestación de trabajo.

Lo que se plantea pues, más allá del dato formal, es la trascendencia del concepto de “grupo” en este tipo de contrato que lo separa y diferencia del contrato de trabajo ordinario, lo que no sólo afecta a los sujetos del contrato sino a también a su objeto. La posibilidad de un uso indebido o fraudulento del contrato de grupo en trabajos que deberían haber sido objeto de contratos individuales, con la correspondiente aplicación del régimen jurídico de éstos, es lo que lleva a la formulación de un voto discrepante en la sentencia que se comenta, para cuya resolución precisamente se pone el acento en el concepto de grupo y los elementos que debe revestir para que pueda dar lugar a la válida celebración de contrato de trabajo de grupo. A ello nos referimos a continuación.

3. EL GRUPO COMO UNIDAD VINCULADA PERSONALMENTE, CON UN FIN O INTERÉS RECONOCIBLE Y ECONÓMICAMENTE RELEVANTE. VOTO PARTICULAR

En efecto, para el Magistrado que formula el voto particular, en este caso el grupo en sí no existe pues el empresario no se aprovecha del trabajo del grupo sino del trabajo fungible de los operarios individualmente considerados. Entiende que “existe un conjunto de trabajadores que aportan su trabajo no especializado para la consecución de un fin común pactado, pero no como tal grupo, sino como trabajadores individualmente considerados (es un trabajo en común)”. Las razones que le llevan a sostener tal conclusión parten de la consideración de que la norma configura al contrato de grupo como una situación excepcional al excluirlo de la aplicación del régimen jurídico del contrato de trabajo ordinario -al menos implícitamente, pues proporciona unas reglas diferentes para aquél- y que dicha exclusión “presupone que ha de tener una causa taxativa justificadora, que no puede ser otra que la de que el interés del empresario solo se satisface por la prestación del grupo, no por los trabajadores individualmente considerados”.

De manera que el trabajo realizado por el grupo debe necesariamente ser diferente al realizado por una suma de trabajos individuales. Para que ello sea posible, entiende el Magistrado que es presupuesto necesario que el grupo tenga “en su existencia interna una razón estructural que configura al grupo como unidad”, de manera que la prestación del grupo sea diferente de la prestación de cada uno de sus miembros. En su opinión, “El grupo debe conformar una unidad vinculada personalmente, con un fin o interés reconocible y económicamente relevante. No debe poderse prescindir (o debe resultar gravoso prescindir) de uno de los componentes del grupo, cuyo trabajo no debe ser individualmente reconocible ni útil fuera del grupo”.

Aplicado el anterior concepto de grupo al caso enjuiciado, se disiente a través del voto particular sobre la existencia de contrato de grupo por varias razones, como son el hecho de que el trabajo realizado por el demandante, peón agrícola, no es un trabajo especializado, siendo su trabajo fungible y por tanto no esencial ni relevante en la formación del grupo, y su prestación útil con independencia de la de los demás miembros del grupo. Se destaca además el hecho de que el supuesto grupo no tiene en sí ninguna entidad laboral, mercantil o asociativa, ni entre sus miembros existe una relación jurídica previa, negándose la existencia previa del grupo en el que, además, el jefe de grupo ha cambiado y no se ha acreditado que haya tenido funciones relevantes o necesarias para la dirección o coordinación del grupo, siendo más bien la empresa la que ha ejercitado la única dirección del trabajo. Por último, en cuanto a la retribución del trabajo, se destaca el hecho de que no se ha realizado por unidad de medida, como formalmente se preveía en el contrato, ni se ha retribuido al grupo, sino a cada uno de sus componentes en cantidades coincidentes con la retribución de un peón agrario, no siendo por tanto el salario global para todo el grupo contratado, sino que se ha cobrado directamente por el trabajador que ni siquiera ha fluctuado en razón del total del valor del producto o si el espárrago se cortara a 20 cm., a 22 cm.

En definitiva, según se desprende del voto particular, se puede entender que estamos ante un caso de uso fraudulento del contrato de grupo mediante el cual “el empresario evade fácilmente el orden normativo de la relación laboral y el derecho a la permanencia y continuidad del vínculo que para el trabajo fijo discontinuo reconoce al actor al art. 15.8 ET y 11 b) del Convenio Colectivo del sector Agropecuario”.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE EL GRUPO EN EL CONTRATO DE TRABAJO

Aunque el contrato de grupo tiene en común con el ordinario muchos aspectos (se trata de una prestación de servicios en régimen de ajenidad y dependencia, en que los servicios se prestan de manera personal por el trabajador y el empresario está obligado a remunerarlos), sin embargo, también tiene algunas diferencias, aunque no de tal calibre que le impidan ser calificado como laboral. Las diferencias fundamentalmente del contrato de grupo con el contrato habitual de trabajo son dos: 1.- El contrato no se celebra con una persona física como trabajador, sino con un grupo considerado en su conjunto. 2.- Los derechos y deberes del empresario no se refieren, en principio, a cada trabajador concreto, sino al grupo formado por todos ellos.

Estas características normalmente expulsarían al contrato de grupo del concepto de contrato de trabajo, puesto que la prestación del contrato de

trabajo ordinario es personal, y debe ser prestada por una persona física²¹, dos características que no se cumplen en el contrato de grupo.

La prestación comprometida por el trabajador en el contrato de trabajo es su misma fuerza de trabajo, que es algo que va tan unido a la persona del trabajador, por lo que se puede considerar que en el contrato de trabajo el trabajador compromete su persona misma²². En este sentido, se puede considerar que la prestación a que se compromete el trabajador es una prestación personal, referida a su persona misma. Precisamente por ello se propugna que el trabajo no debe ser una mercancía²³.

Pero el carácter personal de la prestación de trabajo sólo aparece cuando ésta se analiza desde el punto de vista del trabajador. Desde el punto de vista del empleador, la prestación de trabajo es una prestación fungible, genérica, no personal, ya que lo que el empleador necesita es la prestación que pueda realizar el trabajador, prestación que es perfectamente sustituible por la que pueda suministrar otro trabajador de su misma categoría profesional, salvo supuestos muy excepcionales. La sustitución de trabajadores es algo habitual y está regulado por la norma laboral.

Así, el carácter personal de la prestación de trabajo se nos aparece con una doble cara, como Jano, de manera que es personal o no en función del punto de vista desde que se mire. Y, en concreto, vista la prestación de trabajo desde el punto de vista del empleador, no es una prestación personal, sino fungible y sustituible; incluso puede consistir en una prestación desarrollada por quien no es persona física, como se constata todos los días en la sustitución de trabajo humano por la actividad desarrollada por máquinas.

Como la prestación que necesita el empleador es fungible y no personalísima, la naturaleza del sujeto que se obliga a prestar sus servicios para el empleador es, en principio, indiferente, porque lo que importa es la prestación que desarrolla, no sus características personales. Puede ser una persona u otra, y la persona concreta que presta los servicios puede ser sustituida en cualquier momento, sustitución que aunque dé lugar a otro contrato de trabajo, sin embargo satisface las necesidades empresariales de igual manera. Siendo esto así, podría afirmarse

²¹ En este sentido Alonso Olea, M. "Sobre si la persona jurídica puede ser trabajador", Orígenes e interpretación del art. 4 de la LCT", Revista de Trabajo nº 1,1955, pp. 13 y ss.

²² Según Supiot, A. en «*Critique du droit du travail*», Edit. Quadrige, 2002, p.59-60: "La personne physique constitue l'objet de la prestation du salarié. Le corps est le lieu, le passage obligé de la réalisation es obligations du travailleur, il est la chose même qui forme la matière du contrat".

²³ La declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT, anexa a la Constitución de la misma, establece como primer principio fundamental que "el trabajo no es una mercancía".

incluso que, en principio, también en el contrato de grupo resulta indiferente para la empresa quiénes sean las personas concretas que lo integran, dado que lo que espera es la obtención de un específico resultado derivado del trabajo conjunto del grupo²⁴, siendo más bien la elección del grupo concreto la que no le resulte indiferente. Pero precisamente porque cada grupo de trabajo puede ofrecer unos resultados diferentes en cuanto a tiempos, organización, o calidad del trabajo, cobran especial importancia sus integrantes desde la perspectiva del propio grupo como sujeto contratante de la prestación del trabajo. De ahí la necesidad de que dicho grupo deba previamente estar constituido y organizado internamente con una distribución del trabajo en base a la especialización de sus miembros, capaz de alcanzar el resultado pactado en el contrato de trabajo.

A diferencia del trabajo en común, en la que es el empresario quien organiza el trabajo con varios trabajadores por él contratados para que ejecuten un trabajo en equipo, la principal diferencia con el contrato de grupo es que a priori el grupo ya se encuentra organizado y especializado antes de su contratación por el empresario, de manera que dicho resultado lo alcanzará el grupo en su totalidad, sin necesidad por parte del empresario ni de dirigir ni controlar el trabajo, no siendo prescindible ninguno de sus miembros.

En este sentido, no cabe olvidar que los antecedentes legales del art. 1.1. ET recogían expresamente que los sujetos del contrato de trabajo, por cada parte, podían ser uno o varios, reconociendo así a nivel legal la existencia de unas costumbres de organización de la producción, que se basaban en que los trabajadores, y no el empresario, eran quienes organizaban y dirigían el proceso de producción²⁵.

Entendemos, por tanto, acertada la argumentación que se ofrece en el voto particular a la sentencia que, más allá del hecho de celebración formal del contrato de grupo, analiza la concurrencia previa o no de un grupo como unidad vinculada personalmente, con un fin o interés reconocible y económicamente relevante.

²⁴ “No hay que olvidar que el grupo como unidad ofrece la prestación conjunta, que al empresario es ésta la que le interesa, con sus específicos resultados y que el equipo vendrá a regirse en su funcionamiento por normas libremente acordadas por sus componentes de las que aquél, lógicamente es ajeno”, según Blasco Segura, B., “Trabajo en común y contrato de grupo”, en *Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo III, Dir. Borrajo Dacruz, E., Revista de Derecho privado, 1985, p. 102.

²⁵ Así, el art. 3 del Código de Trabajo establecía que “Los sujetos que celebren el contrato, tanto patronos como obreros, podrán ser, bien personas naturales o individuos, bien personas jurídicas o colectivas”. Lo mismo decía el art. 4 de la Ley de contrato de trabajo de la Segunda República, y el art. 4 de la Ley de contrato de trabajo de 1944.

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Universidad Internacional de la Rioja

CONDICIONES Y DISFRUTE DEL LOCAL POR LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de julio de 2016 (Rec. 199/2015)

RAQUEL POQUET CATALÁ¹

SUPUESTO DE HECHO: La organización Cruz Roja Española–Comunidad de Madrid, ha facilitado a los sindicatos un local de uso compartido con el comité de empresa y las secciones sindicales existentes, esto es, las secciones sindicales de los sindicatos UGT, CGT y CCOO. Este local cuenta con dos puestos de trabajo y está emplazado en otro local de forma provisional por las obras que se están realizando en el local habitual. Ninguna de las secciones sindicales cuenta con una cuenta de correo electrónico con dominio cruzroja.es, esto es, no existe una cuenta de correo corporativa para cada una de las secciones sindicales; ni tienen acceso a la lista de distribución masiva de correo electrónico de Cruz Roja Española – Comunidad de Madrid; ni disponen tampoco de las llaves del local de uso compartido. De hecho, la llave electrónica que da acceso al citado local se encuentra a disposición de las secciones sindicales en la conserjería del local.

Una de dichas secciones sindicales ha solicitado formalmente a la empresa una cuenta de correo con dominio cruzroja.es, el acceso a la lista de distribución masiva de correo electrónico de Cruz Roja Española – Comunidad de Madrid y un espacio y medios suficientes para la correcta realización de las tareas sindicales.

El Juzgado de lo Social y el TSJ de Madrid desestiman la pretensión y frente a la misma se interpone recurso de casación por Federación de Sindicatos de Banca, Bolsa, Ahorro, Entidades Financieras, Seguros, Oficinas y Despachos de la Confederación General del Trabajo (FESIBAC-CGT).

RESUMEN: Se resuelve el conflicto laboral en relación al carácter y régimen de disfrute del local sindical regulado en la LOLS. La Federación de Sindicatos demandante solicita la puesta a disposición de un local adecuado con

¹ Profesora asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

carácter exclusivo sin compartirlo con los demás sindicatos, así como tener una cuenta de correo corporativa y el acceso a la lista de distribución masiva de correo electrónico a la totalidad de la plantilla. El Tribunal Supremo estima en parte la pretensión. Por un lado, desestima la petición referente al local, pues se trata de un local con carácter provisional debido a las obras del centro habitual, teniendo en cuenta que además, la empresa pone a disposición de las secciones sindicales otra sala para reuniones. Pero, por otro lado, estima la solicitud referente a disponer de una cuenta de correo corporativa y el acceso a la lista de distribución masiva de correo electrónico de la plantilla.

ÍNDICE

1. MARCO NORMATIVO Y NATURALEZA JURÍDICA
2. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO AL USO DEL LOCAL “ADECUADO”
 - 2.1. REQUISITOS PARA SU OTORGAMIENTO
 - 2.2. UBICACIÓN
 - 2.3. USO EXCLUSIVO O COMPARTIDO
 - 2.4. EQUIPAMIENTO
 - 2.5. ACCESIBILIDAD AL LOCAL
3. CONCLUSIÓN
4. BIBLIOGRAFÍA

1. MARCO NORMATIVO Y NATURALEZA JURÍDICA

El antecedente internacional se halla en el Convenio OIT núm. 135² que establece que los representantes de los trabajadores deben tener una serie de medios a su disposición con vistas a permitirle el desempeño rápido y eficaz de sus funciones, como lo es el uso de un local facilitado por la empresa.

En el ámbito interno y, siguiendo la doctrina jurisprudencial³, el derecho fundamental de libertad sindical del art. 28 CE integra el “derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros”. Así, el art. 2.2 d) LOLS dispone que las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical, tienen derecho al “*ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella*”, comprendiéndose en dicho derecho el de reunión sindical ya que, según la doctrina constitucional⁴ “forma parte del contenido esencial del derecho de sindicación el derecho de celebrar reuniones a las que concurran los afiliados del sindicato que les convoque, con el objeto de desarrollar los fines del propio sindicato, pues de otra forma el ejercicio

² De 23 de junio de 1971, sobre protección y facilidades a los representantes de los trabajadores.

³ STS de 2 de junio de 1997, rec. núm. 4016/1996.

⁴ SSTC 91/1993, de 7 de noviembre; 168/1996, de 29 de octubre.

del derecho sería lógicamente imposible”. Así, disponen de un núcleo de poderes de acción, imprescindible para que un sindicato pueda ser reconocido como tal y para que pueda cumplir las funciones que constitucionalmente tiene atribuidas. Ahora bien, cabe realizar una serie de puntualizaciones. En primer lugar, la libertad sindical, una vez que asegura a cada sindicato un haz de poderes suficientes y específico para cumplir su misión de representación y defensa de los intereses de los trabajadores “no garantiza ni a los sindicatos ni a sus miembros un trato específico por parte del Estado” que haya de reconocerle derechos o facultades concretas más allá del núcleo que es contenido esencial de la libertad sindical. En segundo lugar, como derecho adicional o accesorio, no integrante del contenido esencial de libertad sindical es como podría calificarse este derecho de beneficiarse de cesiones de uso de bienes públicos⁵.

Concretamente, en relación con los representantes sindicales, el art. 8.2 LOLS prevé que las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los comités de empresa o cuenten con delegados de personal, tendrán derecho a utilizar “*un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades en aquellas empresas o centros de trabajo con más de 250 trabajadores*”.

No obstante, para los representantes unitarios, el art. 81 ET⁶ determina que en las empresas o centros de trabajo “*siempre que sus características lo permitan, se pondrá a disposición de los delegados de personal o del comité de empresa un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores*”. En este caso, como se observa, la disponibilidad del local se halla sometida a un condicionante relativo o dependiente de las particularidades propias de cada empresa o centro de trabajo, pues en dicha norma no existe límite cuantitativo alguno que conecte el derecho en cuestión al volumen de la plantilla. El derecho a disponer de un local se reconoce a todos los delegados de personal y comités de empresa, sin excepción, sea cual sea el tamaño de la empresa. La ley, en este caso, no limita el derecho en atención al volumen de la plantilla⁷.

Desde el punto de vista estructural, el derecho al uso de un local se configura como un derecho por parte de los representantes unitarios o de las secciones sindicales sobre las instalaciones de la empresa, limitando correlativamente los del empresario. La doctrina italiana mantiene un debate irresuelto sobre el carácter específico de tal derecho, esto es, si se trata de un derecho real sobre las

⁵ STC 39/1986, de 31 de marzo.

⁶ La doctrina critica la errónea ubicación del art. 81 en el capítulo referido al derecho de reunión de los trabajadores, cuando en realidad debería estar en el capítulo anterior sobre la representación colectiva.

⁷ STSJ Madrid, de 13 de noviembre de 2005, rec. núm. 669/2015.

instalaciones, o de crédito sobre el comportamiento del empleador encaminado a entregarles y mantenerles en el uso de las mencionadas instalaciones. Asimismo, se discute si se trata de un supuesto de detentación autónoma y cualificada, susceptible de tutela posesoria incluso frente al empresario. En España la cuestión reviste mayor importancia, pues la representación unitaria no goza de la tutela sindical. Si se considerase un derecho de crédito se entraría en contradicción con las amplias facultades que el art. 81 ET y el art. 8.2 LOLS y su interpretación por la jurisprudencia conceden, pues en la ordenación funcional y en las decisiones judiciales aparecen rasgos característicos de la tutela posesoria que no se darían si la situación fuera estimada como una obligación del empresario susceptible de prestación alternativa⁸. Del mismo modo, la doctrina científica⁹ y judicial¹⁰ considera que el derecho al uso de un local no se configura como un derecho de crédito, sino que se trata de un derecho real de uso, alegable erga omnes y no sólo frente al propietario de las instalaciones, que “no se puede arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título, aplicándoseles las disposiciones del usufructo en cuanto no se opongan a su naturaleza.

Por otra parte, se trata de un derecho que puede quedar vulnerado cuando la empresa impone una diferencia de trato entre los distintos sindicatos o secciones sindicales con derecho al citado local si no existe una justificación para dicha diferencia, pues según nuestro alto tribunal¹¹ el derecho de igualdad de trato entre los sindicatos está implícito en el derecho de libertad sindical, pudiendo establecerse un tratamiento desigual en función de la representatividad, si ello obedece a criterios objetivos y esa diferencia de trato responde a una finalidad constitucionalmente legítima, proporcionada y razonable, pues de esta forma se colocan a unos sindicatos en mejor posición para el cumplimiento de sus funciones, y por tanto, se priman objetivamente unas determinadas opciones sindicales frente a otras. Así, se vulnera este derecho de libertad sindical cuando el empresario

⁸ STSJ Andalucía, de 19 de mayo de 2008, rec. núm. 740/2008.

⁹ OJEDA AVILÉS, A., “Locales y tablón de anuncios”, en *AS*, núm. 22, 2003 (versión on line)

¹⁰ SSTS de 14 de julio de 2016, rec. núm. 199/2015; de 12 de febrero de 2012, rec. núm. 67/2011.

¹¹ STC 32/1990, de 26 de febrero, que señala que “este Tribunal ha afirmado reiteradamente que aunque en el derecho de libertad sindical está implícita la igualdad de trato entre los sindicatos, ello no excluye la posibilidad de tratamiento desigual de los sindicatos, en función de su representatividad, siempre que ello se haga con arreglo a criterios objetivos, y la diferencia de trato responda a una finalidad constitucionalmente legítima y sea proporcionada y razonable (...) Este Tribunal ha venido reconociendo la legitimidad de reserva de determinadas funciones a los sindicatos más representativos, pero a la vez ha venido exigiendo que ello no lesiona el derecho de libertad sindical e igualdad de trato entre los sindicatos subrayando que en la tensión de ambos principios el problema es de límites (STC 98/1985, de 29 de julio). En el presente caso no se cuestiona la objetividad del criterio distintivo utilizado, sino el que la mayor representatividad justifique esa diferencia de trato, que supone un privilegio o ventaja que carece de fundamento constitucional”.

facilita el local con un determinado equipamiento a los sindicatos que considera con el derecho al mismo y se priva del equipamiento a un sindicato o sección sindical con derecho al uso de un local adecuado negándole injustificadamente este derecho¹².

2. INTERPRETACION DEL DERECHO AL USO DEL LOCAL “ADECUADO”

2.1. Requisitos para su otorgamiento

El art. 81 ET condiciona el otorgamiento del derecho al local adecuado de los representantes unitarios a que las características de la empresa o centro de trabajo permitan su cumplimiento, pero sin concretar dichas características. Así, se han señalado como posibles factores las dimensiones del centro de trabajo o la plantilla, el tipo de empresa a la que pertenece, sus características económicas, o ciertas características del proceso productivo que pudieran conllevar una especial dificultad para encontrar un emplazamiento para los representantes¹³.

Será el empresario que pretenda eximirse de esta responsabilidad quien deberá acreditar que no puede poner a disposición de los representantes de los trabajadores un local adecuado, indicando específicamente de qué manera las características de su empresa o centro de trabajo se lo impiden¹⁴.

De este modo, la condición circunstancial a que se somete esta obligación del empresario implica una peligrosa indeterminación del supuesto de hecho legal. De ahí que el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones cobra especial sentido a la hora de calibrar la situación de la empresa en orden a cumplir con el mandato legal, teniendo en cuenta además que el inciso comentado opera como excepción a la regla y, por lo mismo, ha de ser objeto de una interpretación estricta.

Por su parte, el art. 8.2 LOLS es más preciso y estricto en la determinación de los condicionantes de origen de la obligación legal del empresario, pues establece que sólo disfrutan del derecho al local las secciones sindicales constituidas en empresas o centros de trabajo con más de 250 trabajadores¹⁵. Por tanto, en las empresas o centros de trabajo con menos trabajadores, aunque se cumplan con otros

¹² STSJ País Vasco, de 4 de noviembre de 2003, rec. núm. 2057/2003.

¹³ ARGÜELLES BLANCO, A.R., “Derechos para la libre expresión y comunicación de los representantes unitarios: local y tablón de anuncios”, en *AL*, núm. 21, 2000. p. 371.

¹⁴ STS de 6 de abril de 1988.

¹⁵ STS de 2 de marzo de 2016, rec. núm. 141/2014; SSTSJ Andalucía, de 27 de febrero de 2014, rec. núm. 3323/2013; Canarias, de 27 de julio de 2009, rec. núm. 1/2009.

requisitos legales, no pueden exigir un local, salvo previsión convencional¹⁶. Del mismo modo, si en la empresa o centro de trabajo se cumple el requisito numérico, la empresa no puede negarse argumentando la falta de disponibilidad pues, en dicho caso, estaría vulnerando el derecho fundamental a la libertad sindical¹⁷.

La referencia a la empresa o centro de trabajo no puede restringirse en el sentido de entender que las secciones sindicales constituidas a nivel de empresa y que cumplen con los condicionantes legales para el otorgamiento del derecho al local “solo tienen derecho a un local en toda la empresa, pues la dicción literal enseña que pueden tener tantos locales como centros de trabajo de aquella dimensión”, siendo “de toda lógica que estos derechos básicos para el ejercicio de la acción sindical (...) se utilicen en los centros de actividad donde se encuentran los trabajadores en el número que indica la Ley”¹⁸.

En cierta forma, es razonable que la ley sea más exigente en la configuración de la obligación empresarial de otorgar un local a representantes que no lo son de los trabajadores en su conjunto, sino de un determinado colectivo, por importante que sea. La exigencia de los doscientos cincuenta trabajadores para que la empresa deba soportar la carga legal no supone, por lo demás, una discriminación que vulnere la libertad sindical de las secciones sindicales que no tienen tal derecho, toda vez que éste integra el contenido adicional de aquella, siendo susceptible de modulación legal o convencional.

Estos condicionantes legales, por lo demás, lo son tanto para el otorgamiento inicial del derecho como también durante toda su vigencia, de tal forma que las características de la empresa o centro de trabajo, de las que pende este derecho en el caso de los representantes unitarios, pueden cambiar incluso hasta el punto de no permitir el uso del local que previamente se les había asignado por el empresario.

Como se observa, en el caso de los representantes unitarios no existe límite cuantitativo alguno que conecte el derecho al volumen de la plantilla, como sí se establece en el caso de las secciones sindicales. En otras palabras, “el eventual derecho a disponer de un local se reconoce a todos los delegados de personal y comités de empresa, sin excepción, sea cual sea el tamaño de la empresa. La ley no limita el derecho en atención al volumen de la plantilla... pero, sí, a cambio, lo condiciona de modo indeterminado a la posibilidad real. Dicho de otro modo, esto supone la imperatividad de la dotación de local, salvo que resulte del todo imposible”¹⁹.

¹⁶ SSTSJ Comunidad Valenciana, de 18 de diciembre de 2008, rec. núm. 3800/2008; Canarias, de 30 de septiembre de 1993, rec. núm. 359/1993; Canarias, de 24 de febrero de 1995, rec. núm. 707/1994.

¹⁷ STS de 15 de febrero de 2012, rec. núm. 67/2011.

¹⁸ STSJ Madrid, de 20 de febrero de 1992, rec. núm. 5100/1991.

¹⁹ STS de 14 de julio de 2016, rec. núm. 199/2015.

La mayoría de los convenios guardan silencio al respecto y si se pronuncian vienen a reiterar la dicción legal de que los representantes sindicales tienen derecho a un local cuando la empresa o centro de trabajo tenga más de doscientos cincuenta trabajadores²⁰. Muy pocos son aquellos convenios que mejoran el mandato legal rebajando por ejemplo el umbral mínimo a doscientos trabajadores²¹ o a cien trabajadores²².

2.2. Ubicación

El tenor literal de los arts. 81 ET y 8.2 LOLS parece indicar que el local debe encontrarse dentro de las propias instalaciones de la empresa o centro de trabajo, pues se ha suscitado repetidamente si es posible ubicarlo fuera de las instalaciones, en un ámbito puesto a disposición por parte de la empresa.

Contra la posibilidad de situar el local extramuros de la empresa se postula la función a cumplir, al tratarse de un local adecuado para las reuniones de los representantes y sus contactos con los representados, ya que situarlo fuera de la empresa o centro de trabajo, dificultaría, obviamente, dicha función, por lo cual un sector doctrinal niega tal posibilidad²³. No obstante, ello haría bascular perjudicialmente esta prerrogativa de los representantes hacia la denegación por el empresario, pues el art. 81 ET establece que este derecho será posible si las características de la empresa lo permiten. De ahí que otro sector doctrinal estima que la posición adecuada es la de considerar que cabe ubicar el local fuera de la empresa o centro de trabajo, pues “es lo cierto que el fin representativo perseguido por dicho precepto se alcanza antes facilitando a los representantes unitarios de los trabajadores un local contiguo o inmediatamente próximo a la unidad productiva

²⁰ Convenio colectivo de la industria del calzado para los años 2016, 2017 y 2018, Resol. de 19 de julio de 2016; Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón, Resol. de 3 de mayo de 2016; Convenio colectivo del sector de empresas de publicidad, Resol. de 3 de febrero de 2016; Convenio colectivo estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería 2016-2018, Resol. de 19 de julio de 2016; II Convenio colectivo estatal para el sector de industrias de aguas de bebida envasadas, Resol. de 24 de septiembre de 2015; Convenio colectivo estatal de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos, Resol. de 14 de julio de 2015; Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares, Resol. de 3 de julio de 2015; Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos, Resol. de 20 de julio de 2015.

²¹ VI Convenio colectivo estatal del sector del corcho, para los años 2015-2016, Resol. de 30 de septiembre de 2015.

²² Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva, Resol. de 24 de febrero de 2016; XVIII Convenio colectivo general de la industria química, Resol. de 3 de agosto de 2015; Convenio colectivo estatal de perfumería y afines, Resol. de 28 de diciembre de 2015.

²³ DE LA VILLA GIL, E., *La participación de los trabajadores en la empresa*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1980. p. 148

que negando el local, cuando su emplazamiento dentro de la empresa o unidad productiva resulte materialmente imposible”²⁴. En el mismo sentido, se pronuncia la doctrina judicial²⁵ al entender que es preferible un local exterior cuando el que el empresario pueda proporcionar en el interior adolezca de fuertes limitaciones al ejercicio de la representación y sea menos aconsejable. Es decir, “basta que el local que suministre la empresa permita el desarrollo de la acción o actividad sindical, que puede perfectamente realizarse en cualquier otro local”, siendo suficiente con que la empresa suministre exclusivamente un local adecuado²⁶.

De cualquier forma, la postura judicial²⁷ es que la ubicación debe ser en los centros de trabajo, pues la posibilidad de que el empresario pueda adjudicar locales externos a las instalaciones productivas dificulta su función, eliminando la ventaja que supone estar en el centro productivo, tanto en ahorro de tiempo que beneficia a ambas partes, como permitiendo la igualdad de oportunidades para los trabajadores en orden a acudir a su sindicato e impidiendo actuaciones antirrepresentativas de los empresarios con el alejamiento del comité o de una concreta sección sindical. La ubicación fuera del centro de trabajo no está subordinada *tout court* a la imposibilidad de emplazarla dentro, sino a su mejor idoneidad para cumplir las funciones asignadas en comparación con las posibilidades del centro de trabajo. El local extramuros ha de ser accesible por los representantes y trabajadores, pues el Convenio OIT núm. 135 requiere el desempeño rápido y eficaz de sus funciones. No obstante, en el caso de que en el centro de trabajo se estén realizando obras, y con motivo de ello, la empresa ubica el local en otra dependencia, es admitido por la jurisprudencia si ello es con carácter provisional²⁸.

Asimismo, se ha planteado la posibilidad de ubicar el local sindical en un centro de trabajo designado por el empresario y no por los representantes de los

²⁴ CASAS BAAMONDE, M.E., ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales”, en *REDT*, núm. 17, 1984. p. 79.

²⁵ STCT de 21 de julio de 1988.

²⁶ SSTCT de 21 de julio de 1988; de 24 de septiembre de 1986; STSJ Canarias, de 30 de diciembre de 1992, rec. núm. 194/1992.

²⁷ STSJ Andalucía, de 19 de mayo de 2008, rec. núm. 740/2008.

²⁸ STS de 14 de julio de 2016, rec. núm. 199/2015, que considera ajustado a Derecho cuando “el local facilitado por la empresa es un emplazamiento provisional por las obras que se están realizando en el edificio, sin que conste una especial duración de este régimen provisional que pudiere demostrarse tan excesiva y dilatada como para interferir en el ejercicio de la acción sindical; 2º) la empleadora ha puesto además a disposición de las centrales sindicales una sala de reuniones adicional que pueden solicitar cuando la necesiten, teniendo con ello acceso a dos locales diferentes para el desempeño de sus funciones, sin que el hecho de que ese segundo local se nombre como “sala de reuniones” comporte que su única finalidad haya de ser la de mantener encuentros entre varias personas y no pueda utilizarse como lugar de trabajo, no habiendo constancia que la empresa haya negado su utilización con ese u otro argumento a las secciones sindicales que pudieren haberlo solicitado”.

trabajadores. A priori, cabe señalar que, efectivamente, como quiera que el derecho al local se realiza en la esfera jurídica del empleador, corresponde a éste como titular de la organización empresarial la determinación del lugar donde ha de ubicarse el local. Pero esta determinación no es incondicionada, por cuanto cabe un control judicial de la idoneidad o adecuación del local. Si bien es cierto que el sindicato no tiene derecho a elegir la ubicación concreta del local, la que proporcione la entidad empleadora deberá ser adecuada, pues no puede obviarse el hecho de que si la situación geográfica se encontraba en un centro de trabajo pequeño y con dificultades de accesibilidad para los trabajadores del resto de centros, constituyen indicios razonables de que la decisión empresarial no es adecuada²⁹.

2.3. Uso exclusivo o compartido

La doctrina judicial³⁰ considera que el uso del local adecuado reconocido en la LOLS se limita al “mero espacio físico cerrado, propio del sentido gramatical del término local, y que sea adecuado para la realización de la tarea sindical”.

Al respecto, la jurisprudencia³¹ considera que dicho precepto no obliga a “facilitar local para uso exclusivo, pues lo que ordena es que sea adecuado, condición que ha de entenderse cumplida cuando en dicho local pueda desarrollarse eficazmente la actividad de una y otra representación, lo que en el caso se cumple, dado que no han sido cuestionadas la capacidad y condiciones de dicho local”. Es decir, la ley no obliga a facilitar local para uso exclusivo, pues lo que ordena es que sea adecuado, exigencia que se cumple cuando en dicho local pueda desarrollarse eficazmente la actividad de todos los representantes³², y la condición de exclusividad no tiene apoyo legal, pues el derecho que se reconoce a los representantes unitarios en el art. 81 ET y el análogo que se consagra a favor de los sindicales en el art. 8.2 LOLS, no han de ser entendidos en términos que excluyan la utilización compartida por una y otra representación, sino en los de que sea adecuado para el respectivo ejercicio de su actividad representativa³³.

²⁹ STSJ Canarias, de 17 de abril de 2006, rec. núm. 978/2005.

³⁰ STSJ País Vasco, de 4 de noviembre de 2003, rec. núm. 2057/2003.

³¹ SSTs de 15 de febrero de 2012, rec. núm. 67/2011; de 3 de febrero de 1998, rec. núm. 888/1997; de 19 de diciembre de 1996, rec. núm. 806/1996; de 24 de septiembre de 1996, rec. núm. 3170/1995; de 29 de diciembre de 1994, rec. núm. 934/1994.

³² STS de 24 de septiembre de 1996, rec. núm. 3170/1995. En similares términos, SSTSJ Murcia, de 25 de julio de 2000, rec. núm. 425/2000; Cataluña, de 13 de abril de 2000, rec. núm. 1293/2000; Madrid, de 15 de marzo de 2000, rec. núm. 614/2000.

³³ STS de 3 de febrero de 1998, rec. núm. 888/1997. En el mismo sentido, SSTSJ Asturias, de 26 de julio de 2013, rec. núm. 1149/2013; Madrid, de 13 de noviembre de 2005, rec. núm. 669/2005.

En el mismo sentido, el TC³⁴ considera que la ley no obliga a la empresa a facilitar un local para uso exclusivo de un sindicato, sino que ordena que sea adecuado, pues este derecho del art. 8.2 c) LOLS no debe entenderse en términos que excluyan la utilización compartida por una y otra representación, sino en lo de que sea adecuado para el respectivo ejercicio de su actividad representativa. Obviamente, esta exclusividad es el objeto a alcanzar por los sindicatos y representantes unitarios, pero es claro que la ley no la impone³⁵.

Asimismo lo entiende la doctrina judicial³⁶. De hecho, un sector sostiene que para permitir que los locales sean compartidos por ambas representaciones de los trabajadores, la función desempeñada por los representantes sindicales y unitarios es paralela, pues ambas miran a la defensa de los intereses de los trabajadores, de tal forma que nada impide que puedan funcionar estrechamente, compartiendo sedes³⁷. De los diversos supuestos en que el ordenamiento atribuye facultades y posiciones jurídicas similares a ambas deriva que ese paralelismo o equivalencia se vea reflejado en una suerte de atribución semejante de derechos, y ese principio equiparador es hasta consecuente con el teleologismo de que así se consiguen en mejor modo los objetivos de la acción laboral, o en otras palabras, se logran de forma más satisfactoria la defensa de los intereses confiados de los trabajadores representados³⁸.

No obstante, cabe una excepción que es cuando alguna representación demuestre o pruebe lo contrario, esto es, que no es posible compartir el local³⁹, pues tanto el criterio sociológico como el teleológico conducen a una interpretación lógica y razonable, en el sentido de que la utilización resulte adecuada para lograr los fines que justifican la existencia de la representación, lo que de ordinario se logra aun compartiendo el uso del local con otros, excepto que se pruebe de forma fehaciente que el hecho de compartir el local les impida desarrollar sus actividades⁴⁰. De cualquier forma, nadie duda que demostrar esta excepción, esto es, la

³⁴ SSTC 91/1983, de 7 de noviembre; 168/1996, de 29 de octubre.

³⁵ STS de 29 de diciembre de 1994, rec. núm. 934/1994.

³⁶ SSTSJ Canarias, de 6 de octubre de 2015, rec. núm. 201/2015; Madrid, de 1 de diciembre de 2009, rec. núm. 5578/2009; País Vasco, de 7 de octubre de 2008, rec. núm. 1886/2008; Madrid, de 9 de mayo de 2006, rec. núm. 2018/2006; Cantabria, de 13 de agosto de 2002, rec. núm. 779/2002; Andalucía (sala de lo contencioso-administrativo), de 3 de abril de 2000, rec. núm. 3349/1995.

³⁷ STSJ Cantabria, de 13 de agosto de 2002, rec. núm. 779/2002.

³⁸ STCT de 21 de julio de 1988. No obstante, en algún caso, como en la STSJ Castilla y León, de 18 de diciembre de 1992, se ha señalado que no es posible dar un local para los representantes sindicales y los unitarios, pues se trata de “dos órganos absolutamente distintos e independientes”.

³⁹ STSJ Canarias, de 6 de octubre de 2015, rec. núm. 201/2015.

⁴⁰ STCT de 30 de enero de 1985. En términos similares, STSJ Galicia, de 8 de octubre de 2004, rec. núm. 1789/2002, que señala que “como en el caso de autos no se ha demostrado una saturación de actividades de las distintas representaciones, una falta de dotación a los efectos de su

gravosidad del uso compartido, cabe calificarla de prueba diabólica. De hecho, la doctrina judicial⁴¹ propone tener en cuenta determinados factores como decisivos para determinar la suficiencia de un local conjunto o la necesidad de locales de utilización exclusiva como las dimensiones de la empresa, el número de trabajadores que integran el comité o la sección sindical, y el hecho de que los miembros de éste formen o no parte de aquél. Por ello, entiende que el art. 8.2 c) LOLS sólo exige que sea adecuado, y si no se aporta una prueba concluyente que evidencie que en el local proporcionado por la empresa para uso compartido resulta imposible o particularmente gravoso el desarrollo de las actividades sindicales ordinarias, cabe entender que el local es adecuado y no cabe exigir su exclusividad⁴².

Por su parte, el TC⁴³ ha recalcado las diferencias entre las dos representaciones, pues con todo y reconocer que las semejanzas legales han aumentado, y que existe un notable grado de interacción entre sindicatos y órganos unitarios y que las diferencias tienden a difuminarse en muchos casos, nada de ello conduce a eliminar por completo las diferencias subsistentes, pues no existe indefinición ni identidad constitucional entre unos y otros. Además, los comités y los delegados de personal ostentan una representatividad equivalente por su globalidad, en el peor de los casos, al total de las representaciones sindicales en la misma empresa, y sus funciones a ese nivel son mucho más numerosas e importantes que las sindicales.

Además, cabe señalar que no será suficiente con atribuir el local, sino que debe facilitarse su accesibilidad, esto es, su disponibilidad, entregando, por ejemplo, las llaves del local⁴⁴. No obstante, la jurisprudencia matiza al respecto que si se trata de una llave electrónica, sería ajustado a Derecho el que dicha llave la tuviera el conserje del edificio a disposición de las secciones sindicales, de tal forma que ninguna sección tiene llave propia, pero tampoco se niega el acceso a la llave por parte de la sección. Por tanto, se considera que dicho sistema instaurado por la empresa para facilitar la entrega de las llaves no se revela inadecuado ni impeditivo u obstaculizador de la acción sindical⁴⁵.

De cualquier forma, en el caso de que en el convenio colectivo se haya pactado la exclusividad y singularidad del local y no la comunidad con los otros

utilización o una aglomeración física de los distintos representantes, no se deduce, en modo alguno, que, por su uso conjunto por las distintas representaciones, la unitaria y la sindical, sea inadecuado el local, ni a los efectos de su uso por la representación unitaria ni a los efectos de su uso por la representación sindical, siendo insuficiente, para acreditar esa inadecuación, el dato de la superficie del local, o la disponibilidad empresarial de otros locales⁴⁶.

⁴¹ STSJ Cataluña, de 6 de febrero de 1995, st. núm. 790/1995.

⁴² STSJ Canarias, de 6 de octubre de 2015, rec. núm. 201/2015.

⁴³ SSTC 95/1996, de 29 de mayo; 134/1994, de 9 de mayo.

⁴⁴ STSJ Galicia, de 23 de septiembre de 2004, rec. núm. 3548/2004.

⁴⁵ STS de 14 de julio de 2016, rec. núm. 199/2015.

representantes de los trabajadores, no deja lugar a dudas que la empresa debe cumplir con dicho pacto, de tal modo que la empresa debe incluir entre sus previsiones, como una dependencia más del centro de trabajo, el local del comité, facilitando con prioridad el uso exclusivo del mismo⁴⁶.

2.4. Equipamiento

Respecto al equipamiento del local corre, según un sector de la doctrina judicial⁴⁷, a cargo de la propia sección y no está garantizado por la citada normativa, pues no incluye en su contenido el derecho a la utilización de equipos informáticos y material de oficina. No obstante, si el convenio colectivo aplicable prevé que debe facilitarse el local junto con un equipamiento determinado, obviamente, la empresa estará vulnerando este derecho por no poner a disposición del sindicato un local adecuado para el ejercicio de las funciones sindicales⁴⁸. Del mismo modo, si la empresa se compromete a mejorar ese derecho, queda obligada a proporcionar el material y las instalaciones comprometidas pues, en caso contrario, estaría violando el derecho de libertad sindical⁴⁹.

No obstante, otro sector judicial estima que la simple puesta a disposición de un local no es suficiente para poder realizar las oportunas actividades sindicales, sino que es preciso un mínimo indispensable de equipamiento⁵⁰, o de mobiliario y material de oficina⁵¹. Asimismo, lo estima un sector doctrinal⁵², pues no es posible considerar que un local adecuado pueda consistir en las paredes desnudas. De cualquier forma, lo que no cabe duda es que el local debe reunir unas mínimas condiciones ambientales de habitabilidad en cuanto al espacio, iluminación, ventilación, nivel de ruido y facilidad de acceso⁵³. Según la doctrina judicial, lo que el precepto ordena es que el local sea adecuado, esto es, acomodado, arreglado, acondicionado convenientemente para el fin que lo justifica⁵⁴.

⁴⁶ SAN de 26 de abril de 2005, proc. núm. 200/2004; ratificada por STS de 22 de mayo de 2006, rec. núm. 98/2005.

⁴⁷ SSTSJ Cataluña, de 18 de mayo de 2006, rec. núm. 1165/2006; País Vasco, de 4 de noviembre de 2004, rec. núm. 1630/2004; Cantabria, de 13 de agosto de 2002, rec. núm. 779/2002.

⁴⁸ STSJ Canarias, de 27 de julio de 2009, rec. núm. 1/2009.

⁴⁹ STSJ Cataluña, de 18 de mayo de 2006, rec. núm. 1165/2006.

⁵⁰ SSTSJ Andalucía, de 19 de mayo de 2008, rec. núm. 740/2008; Asturias, de 26 de junio de 1989.

⁵¹ SSTSJ Canarias, de 27 de julio de 2009, rec. núm. 1/2009; Andalucía, de 15 de septiembre de 2000, rec. núm. 2327/2000.

⁵² OJEDA AVILÉS, A., "Locales y tablón de... *op. cit.*

⁵³ SSTSJ Castilla-La Mancha, de 13 de diciembre de 2005, rec. núm. 1632/2005; Comunidad Valenciana, de 14 de septiembre de 2004, rec. núm. 1549/2004.

⁵⁴ STSJ Asturias, de 26 de julio de 2013, rec. núm. 1149/2013.

Por otro lado, cabe tener presente que se vulnera el derecho de libertad sindical cuando se lesiona el derecho de informar como expresión de la acción sindical del sindicato en la empresa, debiendo el empresario facilitar la promoción de ese derecho de información, a través de ciertos medios materiales e instrumentales que permitan difundir esa información, como son el tablón de anuncios y el local adecuado. Ahora bien, el derecho a recibir información como parte del contenido esencial del derecho fundamental no obliga al empresario a asegurar un determinado sistema telemático, es decir, no existe obligación de dotar al local de la infraestructura informática para uso sindical, aunque esa falta de obligación de asumir el gravamen de asegurar para uso sindical el medio de transmisión como es el correo electrónico no supone que el empresario pueda impedir u obstaculizar el ejercicio del derecho de información negando a los sindicatos los instrumentos de transmisión existentes en la empresa que resulten aptos para comunicar la información sindical, como son los medios telemáticos e informáticos⁵⁵. Por tanto, se vulnera el derecho de expresión y libertad de información del sindicato cuando se limita la utilización del uso de instrumentos preexistentes en la empresa, que pueden facilitar el flujo de información sindical y el ejercicio de la actividad sindical en el seno de la empresa.

De hecho, según nuestros TS y TC, la libertad de información “constituye un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical”⁵⁶, porque “el flujo de información entre el sindicato y los trabajadores es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales”⁵⁷. De cualquier forma, cabe matizar que la comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa, ni perjudicar el uso específico empresarial preordenado para el instrumento en cuestión, ni pretenderse que deba prevalecer el interés de uso sindical “debiendo emplearse el instrumento de comunicación, por el contrario, de manera que permita armonizar su manejo por el sindicato y la consecución del objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última función en caso de conflicto”⁵⁸. No cabe entender, consecuentemente, que exista una obligación legal de facilitar la transmisión de información sindical a los trabajadores, afiliados o no, a través de un sistema de correo electrónico con cargo al empleador. Las empresas, dicho en otras

⁵⁵ STC 281/2005, de 7 de noviembre de 2005. En el mismo sentido, SSTSJ Castilla y León, de 23 de marzo de 2006, rec. núm. 407/2006; Castilla y León, de 21 de junio de 2004, rec. núm. 1212/2004.

⁵⁶ SSTJ de 16 de febrero de 2010, rec. núm. 57/2009; de 17 de mayo de 2002, rec. núm. 202/2011.

⁵⁷ STC 185/2003, de 27 de octubre.

⁵⁸ STC 185/2003, de 27 de octubre.

palabras, no están obligadas a dotarse de esa infraestructura informática para uso sindical.

Por tanto, queda claro que el art. 8 LOLS no impone a la empresa la obligación de facilitar las comunicaciones electrónicas a las centrales sindicales, pero según la doctrina jurisprudencial⁵⁹ esta circunstancia no es por sí sola obstáculo para reconocer ese derecho, cuando la utilización de estos medios más modernos de comunicación no supone perjuicio, gravamen, ni costes económicos o productivos para la empresa, pues es a ésta a la que corresponde la carga de probar las dificultades, disfunciones, interferencias y costes económicos que pueda suponerle el permitir a las secciones sindicales utilizar el correo electrónico como mecanismo de comunicación e información con los trabajadores, de tal manera que de acreditarse esos perjuicios no le sería exigible cumplir con tal obligación, a lo que no puede, en cambio, negarse cuando no haya constancia de los problemas que pudiere suscitarle la utilización con esa finalidad de la aplicación de correo electrónico ya instaurado, sin que pueda exigirse la creación o desarrollo de una aplicación informática con esta finalidad, sino tan solo, la pacífica y compatible utilización de la ya preexistente.

Y si, además, resulta ser que la empresa ya tiene perfectamente instalado y en funcionamiento el sistema informático que permite disponer a cada empleado de una dirección de correo electrónico con su respectiva clave de acceso, e incluso una lista conjunta de distribución a toda la plantilla que utilizan la dirección de recurso humanos y el comité de empresa, sin que se aleguen problemas organizativos, de producción, de gestión o de sobrecostes económicos que imposibiliten o desaconsejen la utilización por las secciones sindicales de esa misma vía de comunicación electrónica, no se les puede negar a estas últimas su utilización⁶⁰.

Es más, en los momentos actuales, aunque los centros de trabajo estén provistos de tablón de anuncios, cumpliendo estrictamente la empresa con la obligación que en tal sentido le impone el art. 8.2 a) LOLS, es evidente que este sistema ha quedado obsoleto en los tiempos modernos y no es la herramienta más adecuada para difundir la información en las empresas que cuentan con un elevado número de centros de trabajo, ni mucho menos ofrece la misma eficacia que el correo electrónico, siendo más dificultoso de utilizar por la sección sindical que debe tener personas encargadas de colgar los anuncios en cada centro de trabajo o que se desplacen a tal efecto, y, finalmente, no es incompatible con la comunicación electrónica⁶¹.

⁵⁹ STS de 14 de julio de 2016, rec. núm. 199/2015.

⁶⁰ STS de 14 de julio de 2016, rec. núm. 199/2015.

⁶¹ STS de 14 de julio de 2016, rec. núm. 199/2015.

2.5. Accesibilidad al local

Tal y como señalan los arts. 81 ET y 8.2 LOLS el local tiene la función de permitir a los representantes de los trabajadores desarrollar sus actividades propias y comunicarse con los trabajadores, en definitiva, para lo que necesiten. No obstante, es evidente que no está permitido utilizarlo como vivienda, como empresa o como sede de un partido, pero dentro de las funciones conferidas a la representación su abanico de posibilidades es muy amplio.

En relación con esta amplia facultad, se ha planteado si es posible que los representantes puedan personarse en el local en horas y días no laborales al objeto de preparar sus actividades. Dado el absoluto mutismo que guarda nuestro ordenamiento laboral, un sector doctrinal⁶² considera que el costo económico de las funciones representativas para el empresario debe ser el imprescindible y la expresión del art. 81 ET “*siempre que las características lo permitan*” sugiere también el dato de las características productivas aplicado al local de reuniones, de tal forma que la empresa funciona como tal a determinadas horas y días de la semana, más allá de los cuales el uso del local puede suponer un costo no exigible al empresario.

En la otra cara de la moneda, cabe preguntarse si es posible que el empresario controle las actividades de los representantes, hasta el punto de prohibir o impedir algunas de las mismas. En este sentido, se considera que ello no es posible, pues al tratarse de un derecho real de uso, los representantes tienen disponibilidad directa sobre el local y su administración interna. Por consiguiente, el empresario no puede irrumpir en el local o disponer de la documentación en él contenida, ya que debe garantizar a sus titulares el uso pacífico del inmueble y sus pertenencias.

3. CONCLUSIÓN

El derecho al uso de un local adecuado constituye una facultad instrumental del ejercicio mínimo de libertad sindical, en tanto que permite la reunión de la sección sindical y también la organización de la misma, implicando pues la correlativa obligación de la empresa de puesta a disposición del uso del local y que éste resulte adecuado para la función que se le atribuye, y constituye un derecho real de uso que delimita las facultades posesorias del empresario y que debe ejercitarse in natura, en sentido comparable al que se otorga a los cargos sindicales en el art. 9.1 LOLS de acceder a los centros de trabajo⁶³.

⁶² OJEDA AVILÉS, A., “Locales y tablón de... *op. cit.*”

⁶³ IGLESIAS CABERO, M., “Derecho de libertad sindical. Local adecuado para las secciones sindicales”, en *AL*, núm. 15, 2012 (versión on line)

Por tanto, el derecho a un local adecuado, aunque no exclusivo, es un derecho de carácter incondicionado, no eludible por la empresa, vulnerándose el derecho de libertad sindical en caso contrario.

En resumen, podría decirse, como señala la jurisprudencia⁶⁴, que la naturaleza de este derecho puede ser definido a través de las siguientes notas. En primer lugar, se trata de una facultad instrumental del ejercicio mismo de la libertad sindical, en tanto que permite la reunión de la sección sindical y también la organización de la misma. En segundo lugar, implica la correlativa obligación de la empresa de puesta a disposición del uso del local y que éste resulte adecuado para la función que se le atribuye. Y, por último, constituye un derecho real de uso que delimita las facultades posesorias del empresario y que debe ejecutarse in natura.

Además, cabe tener presente que este derecho queda condicionado de forma diferente según sea el local para la sección sindical regulado en el art. 8.2 c) LOLS o para la representación unitaria regulado en el art. 81 ET, pues la expresión “*siempre que las características de la empresa o el centro de trabajo lo permitan*” utilizado en este último precepto, no aparece en el art. 8.2 c) LOLS como condicionante del derecho de la sección sindical, no resultando admisible la equiparación en el régimen jurídico de aquéllos y ésta, pues no sólo la condición no se halla contemplada de modo expreso para la disponibilidad del local por las secciones sindicales de la LOLS, sino que una y otra figura tienen una regulación diferente. El eventual derecho a disponer de un local se reconoce en la ley estatutaria a todos los delegados de personal y comités de empresa, sin excepción, sea cual sea el tamaño de la empresa, pero se condiciona de modo indeterminado a la posibilidad real, lo que implica la inoperatividad de la dotación del local, salvo que resulte del todo imposible. Por el contrario, la prerrogativa de los representantes sindicales al uso de un local, que encuentra su fundamento en la protección global del derecho a la libertad sindical en su dimensión colectiva, sólo se reconoce a las secciones sindicales legalmente constituidas en los casos en que la empresa o centro de trabajo cuente con más de 250 trabajadores, por lo que no existe en este caso vía de excepción posible al cumplimiento del deber empresarial⁶⁵.

⁶⁴ STS de 15 de febrero de 2012, rec. núm. 67/2011.

⁶⁵ STSJ Canarias, de 28 de junio de 2013, rec. núm. 412/2013.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ARGÜELLES BLANCO, A.R., “Derechos para la libre expresión y comunicación de los representantes unitarios: local y tablón de anuncios”, en *AL*, núm. 21, 2000.
- CASAS BAAMONDE, M.E., ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales”, en *REDT*, núm. 17, 1984.
- DE LA VILLA GIL, E., *La participación de los trabajadores en la empresa*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1980.
- IGLESIAS CABERO, M., “Derecho de libertad sindical. Local adecuado para las secciones sindicales”, en *AL*, núm. 15, 2012 (versión on line)
- OJEDA AVILÉS, A., “Locales y tablón de anuncios”, en *AS*, núm. 22, 2003 (versión on line)

Reseña de Legislación

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: ENERO A ABRIL DE 2017

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

ACUERDO DE 18 DE ABRIL DE 2017, DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE INCLUYE EN EL PLAN ANUAL NORMATIVO PARA EL AÑO 2017 EL DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA EL PROGRAMA DE FOMENTO DEL EMPLEO INDUSTRIAL EN ANDALUCÍA (BOJA núm. 77, de 25 de abril de 2017).

La Estrategia Industrial de Andalucía 2020 persigue hacer de la industria el motor del nuevo modelo productivo, potenciando la competitividad de las empresas, su capacidad innovadora, su presencia internacional y la cualificación de sus recursos humanos.

Los indicadores fijados para lograr este objetivo pretenden:

1. Incrementar el número de empleos en la industria manufacturera y los servicios avanzados científicos y técnicos a niveles anteriores de la crisis (de 442.104 a 533.798 empleos).

2. Reducir en un 10% la tasa de temporalidad.

3. Disminuir los accidentes graves y mortales en estos sectores en un 30%.

Para el inicio de las actuaciones se destinará una dotación inicial de 200 millones de euros.

ORDEN DE 20 DE ENERO DE 2017, POR LA QUE SE MODIFICA LA DE 25 DE ENERO DE 2016, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES DESTINADAS A LA DINAMIZACIÓN DE LA RED DE CENTROS DE ACCESO PÚBLICO A INTERNET EN MUNICIPIOS, ZONAS NECESITADAS DE TRANSFORMACIÓN SOCIAL, ENTIDADES LOCALES AUTÓNOMAS DE ANDALUCÍA Y PUNTOS DE ACCESO PÚBLICO A INTERNET (BOJA núm. 23, de 3 de febrero de 2017).

Las modificaciones se introducen por la necesidad de ajustar varios preceptos para mejorar y agilizar la gestión administrativa, así como establecer las

necesarias adaptaciones normativas derivadas de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Las modificaciones aprobadas afectan:

1. A las líneas Guadalinfo y ELA, para las que se detecta la conveniencia de revisar los apartados relacionados con la competencia para resolver el procedimiento, la regulación del seguro y la justificación de la subvención.

2. A la línea CAPI, para la que se realizan las modificaciones derivadas de la necesaria adaptación del articulado a la nueva Ley de procedimiento administrativo.

ORDEN DE 7 DE FEBRERO DE 2017, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES PÚBLICAS POR PARTE DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA (BOJA núm. 27, de 9 de febrero de 2017).

Esta disposición concreta las bases reguladoras de los incentivos públicos para el fomento del empleo de personas con discapacidad en régimen de concurrencia competitiva para las:

1. Subvenciones dirigidas al desarrollo de acciones relativas a las unidades de apoyo a la actividad profesional, en el marco de los servicios de ajuste personal y social de las personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo.

2. Subvenciones para el empleo con apoyo de personas con discapacidad como medida de integración laboral de las personas con discapacidad en el sistema ordinario de trabajo.

La consideración de persona discapacitada se determina por lo dispuesto en su art. 4, en aplicación del artículo 4 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Entran en esta categoría:

1. Las personas que acrediten estar afectadas por una discapacidad en grado igual o superior al 33 % a través del correspondiente certificado expedido por los servicios públicos competentes.

2. Las personas en edad labora que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en grado total, absoluta o gran invalidez, así como las personas pensionistas de clases pasivas que tuvieren reconocida una pensión de retiro por incapacidad permanente para el servicio.

Estas ayudas serán convocada por la persona titular de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, en función de las disponibilidades presupuestarias, mediante Resolución publicada en B.O.J.A., concretándose el cuadro resumen de los requisitos y el procedimiento para solicitar y otorgar las subvenciones.

ORDEN DE 30 DE MARZO DE 2017, POR LA QUE SE CREA EL REGISTRO DE EMPRESAS ACREDITADAS EN LA PLATAFORMA MOAD (REAM) Y SE REGULA EL PROCEDIMIENTO DE ACREDITACIÓN E INSCRIPCIÓN EN DICHO REGISTRO (BOJA núm. 65, de 5 de abril de 2017).

Es un mecanismo de carácter voluntario que permitirá evaluar de forma objetiva y transparente la “solvencia técnica y profesional de las empresas para desplegar dicha plataforma, los diferentes componentes tecnológicos que incluye, su catálogo de procedimientos electrónicos y la integración con el nivel de sistemas internos (back-office), debiendo superar una prueba funcional del conjunto del sistema cuyo efecto final será reconocer a la empresa solicitante su solvencia técnica y profesional en su capacidad de despliegue de la plataforma MOAD, mediante resolución de la Dirección General competente en materia de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, y su posterior inscripción en el REAM”, tal como establece el art. 1.2 de la Orden.

Serán inscripciones de alta o cancelación en ese registro, que procedimentalmente se tramitarán a través del portal de la Administración de la Junta de Andalucía <http://www.juntadeandalucia.es>, dentro de la sección REAM de la Consejería competente en materia Telecomunicaciones y Sociedad de la Información.

El citado portal se encontrará disponible todos los días del año, durante las veinticuatro horas del día.

Una vez que se hubiere otorgado a una empresa su inscripción en el REAM, esta tendrá validez en toda la Comunidad Autónoma de Andalucía por un período de 3 años desde la fecha de la notificación de la Resolución; pudiendo ser prorrogado de manera automática por otros 3 años, salvo que dentro de ese período se hubiese producido una nueva versión de la plataforma de relevante cambio tecnológico sobre la versión anterior, supuesto en que deberá de realizarse una nueva solicitud.

La estructura de la Orden, recoge los siguientes Capítulos:

- Capítulo I: “Disposiciones generales” (arts. 1 a 4).
- Capítulo II: “Sobre la tramitación electrónica de los procedimientos” (arts. 5 a 6).

- Capítulo III: “Sobre el procedimiento de acreditación e inscripción en el REAM” (arts. 7 a 10).

- Capítulo IV: “Procedimiento de cancelación de la inscripción de empresas en el REAM” (arts. 11 a 13).

- Capítulo V: “Publicidad, acceso a los datos, y tratamiento de datos” (arts. 14 a 16).

RESOLUCIÓN DE 7 DE MARZO DE 2017, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES LABORALES Y SEGURIDAD Y SALUD LABORAL, POR LA QUE SE GARANTIZA EL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO PÚBLICO QUE PRESTA EL PERSONAL LABORAL DEL SECTOR DE LA ENSEÑANZA EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA ANTE LA CONVOCATORIA DE HUELGA GENERAL DEL SECTOR, MEDIANTE EL ESTABLECIMIENTO DE SERVICIOS MÍNIMOS (BOJA núm. 49, de 14 de marzo de 2017).

Concretó los servicios mínimos del sector de la Enseñanza en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía para la huelga del 9 de marzo de 2017, desde las 00,00 hasta las 24,00 horas.

Otras disposiciones aprobadas en este período normativo son las siguientes:

1. RESOLUCIÓN DE 10 DE ENERO DE 2017, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO, POR LA QUE SE AMPLÍA EL PLAZO DE RESOLUCIÓN Y PUBLICACIÓN ESTABLECIDO EN LA RESOLUCIÓN DE 29 DE AGOSTO DE 2016, POR LA QUE SE CONVOCAN SUBVENCIONES, EN LA MODALIDAD DE FORMACIÓN DE OFERTA DIRIGIDA A PERSONAS TRABAJADORAS DESEMPLEADAS PARA EL AÑO 2016, DE LAS PREVISTAS EN LA ORDEN DE 3 DE JUNIO DE 2016, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES PÚBLICAS, EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA, EN MATERIA DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO EN LAS MODALIDADES DE FORMACIÓN DE OFERTA DIRIGIDA PRIORITARIAMENTE A PERSONAS TRABAJADORAS DESEMPLEADAS Y A PERSONAS TRABAJADORAS OCUPADAS (BOJA núm. 10, de 17 de enero de 2017).

2. CORRECCIÓN DE ERRORES DE LA ORDEN DE 2 DE JUNIO DE 2016, POR LA QUE SE REGULAN LOS PROGRAMAS DE ESCUELAS TALLER, CASAS DE OFICIOS, TALLERES DE EMPLEO Y UNIDADES DE PROMOCIÓN Y DESARROLLO EN LA JUNTA DE ANDALUCÍA, Y SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE AYUDAS PÚBLICAS EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA A DICHOS PROGRAMA (BOJA núm. 39, de 27 de enero de 2017).

La Orden que se corrige fue publicada en BOJA núm. 107, de 7 de junio de 2016.

3. RESOLUCIÓN DE 20 DE FEBRERO DE 2017, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO, POR LA QUE SE RECTIFICAN DETERMINADOS ERRORES DE HECHO Y ARITMÉTICOS EXISTENTES EN LA RESOLUCIÓN DE 7 DE DICIEMBRE DE 2016, POR LA QUE SE CONVOCA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES PARA INCENTIVAR LA REALIZACIÓN DE ESCUELAS TALLER Y TALLERES DE EMPLEO (BOJA núm. 39, de 27 de enero de 2017).

La Resolución que se corrige se publicó en BOJA núm. 238, de 14 de diciembre de 2016.

4. CORRECCIÓN DE ERRORES DE LA RESOLUCIÓN DE 29 DE AGOSTO DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO, POR LA QUE SE CONVOCAN SUBVENCIONES PÚBLICAS, EN LA MODALIDAD DE FORMACIÓN DE OFERTA DIRIGIDA A PERSONAS TRABAJADORAS DESEMPLEADAS PARA EL AÑO 2016, DE LAS PREVISTAS EN LA ORDEN DE 3 DE JUNIO DE 2016, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES PÚBLICAS, EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA, EN MATERIA DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO EN LAS MODALIDADES DE FORMACIÓN DE OFERTA DIRIGIDA PRIORITARIAMENTE A PERSONAS TRABAJADORAS DESEMPLEADAS Y A PERSONAS TRABAJADORAS OCUPADAS (BOJA núm. 39, de 27 de enero de 2017).

La Resolución que se corrige fue publicada en BOJA núm. 169, de 2 de septiembre de 2016.

5. CORRECCIÓN DE ERRORES DE LA RESOLUCIÓN DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2016, POR LA QUE SE REALIZA LA DISTRIBUCIÓN DE CRÉDITOS CORRESPONDIENTE A LA CONVOCATORIA DE SUBVENCIONES, PARA EL EJERCICIO 2016, A CONCEDER A LOS AYUNTAMIENTOS, EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA, PARA LA MEJORA Y MODERNIZACIÓN DEL COMERCIO AMBULANTE (BOJA núm. 44, de 7 de marzo de 2017).

La Resolución que se corrige fue publicada en BOJA núm. 169, de 2 de septiembre de 2016. (BOJA núm. 31, de 15.2.2017).

6. RESOLUCIÓN DE 15 DE FEBRERO DE 2017, DE LA DIRECCIÓN PROVINCIAL DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO EN ALMERÍA, POR LA QUE SE HACE PÚBLICA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES DEL PROGRAMA DE ORIENTACIÓN PROFESIONAL Y ACOMPAÑAMIENTO A LA INSERCIÓN, CORRESPONDIENTE A LA CONVOCATORIA 2016 (BOJA núm. 48, de 13 de marzo de 2017).

7. RESOLUCIÓN DE 17 DE ABRIL DE 2017, DE LA SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA, POR LA QUE SE ACUERDA LA APERTURA DEL TRÁMITE DE INFORMACIÓN PÚBLICA DEL PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE MODIFICA EL DECRETO 193/2010, DE 20 DE ABRIL, POR EL QUE SE REGULA LA CALIFICACIÓN Y SE CREA EL REGISTRO DE EMPRESAS DE INSERCIÓN EN ANDALUCÍA (BOJA núm. 76, de 24 de abril de 2017)

El plazo se abrió durante quince días hábiles, contados a partir del día siguiente al de su publicación en BOJA.

CALL FOR PAPERS FOR THE 2017 MARCO BIAGI AWARD

To stimulate scholarly activity and broaden academic interest in comparative labour and employment law, the International Association of Labour Law Journals announces a Call for Papers for the 2017 Marco Biagi Award. The award is named in honor of the late Marco Biagi, a distinguished labour lawyer, victim of terrorism because of his commitment to civil rights, and one of the founders of the Association. The Call is addressed to doctoral students, advanced professional students, and academic researchers in the early stage of their careers (that is, with no more than three years of post-doctoral or teaching experience).

1. The Call requests papers concerning *comparative and/or international* labour or employment law and employment relations, broadly conceived. Research of an empirical nature within the Call's purview is most welcome.
2. Submissions will be evaluated by an academic jury to be appointed by the Association.
3. The paper chosen as the winner of the award will be assured publication in a member journal, subject to any revisions requested by that journal.
4. Papers may be submitted preferably in English, but papers in French or Spanish will also be accepted. The maximum length is in the range of 12,500 words, including footnotes and appendices. Substantially longer papers will not be considered.
5. The author or authors of the paper chosen as the winner of the award will be invited to present the work at the Association's 2017, to be announced on the website of the Association. Efforts are being undertaken to provide an honorarium and travel expenses for the presentation of the paper. Until that effort bears fruit, however, the Association hopes that home institutional funds would be available to support the researcher's presentation.
6. The deadline for submission is 31 March, 2017. Submissions should be sent electronically in Microsoft Word to Frank Hendrickx, the President of the Association, at Frank.Hendrickx@kuleuven.be .

The International Association of Labor Law Journals

Análisis Laboral, Peru

Arbeit und Recht, Germany

Australian Journal of Labor Law, Australia

Bulletin on Comparative Labour Relations, Belgium
Canadian Labour and Employment Law Journal, Canada
Comparative Labor Law & Policy Journal, USA
Derecho de las Relaciones Laborales, Spain
Diritti lavori mercati, Italy
Employees & Employers, Slovenia
Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA), Germany
European Labour Law Journal, Belgium
Giornale di Diritto del lavoro e relazioni industriali, Italy
Industrial Law Journal, United Kingdom
Industrial Law Journal, South Africa
International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, The Netherlands
International Labour Review, ILO
Japan Labor Review, Japan
Labour and Social Law, Belarus
Labour Society and Law, Israel
La Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale – RGL, Italy
Lavoro e Diritto, Italy
Pécs Labor Law Review, Hungary
Revista de Derecho Social, Spain
Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale, France
Revue de Droit du Travail, France
Rivista giuridica del lavoro e della sicurezza sociale, Italy
Russian Yearbook of Labour Law, Russia
Temas Laborales, Spain
Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht, Germany

Prior Recipients of the Marco Biagi Award

2016 Mimi Zou, *Towards Exit and Voice: Redesigning Temporary Migrant Workers's Programmes*

- 2015 Uladzislau Belavusau (Vrije Universiteit Amsterdam, the Netherlands), *A Penalty Card for Homophobia from EU Labor Law: Comment on Asociația ACCEPT (C-81/12)*.
- 2014 Lilach Lurie (Bar-Ilan University, Israel), *Do Unions Promote Gender Equality?*
Special Commendation: Isabelle Martin (University of Montreal, Canada), *Corporate Social Responsibility as Work Law? A Critical Assessment in the Light of the Principle of Human Dignity*
- 2013 Aline Van Bever (University of Leuven, Belgium), *The Fiduciary Nature of the Employment Relationship*
- 2012 Diego Marcelo Ledesma Iturbide (Buenos Aires University, Argentina), *Una propuesta para la reformulación de la conceptualización tradicional de la relación de trabajo a partir del relevamiento de su especificidad jurídica*
Special Commendation: Apoorva Sharma (National Law University, Delhi, India), *Towards an Effective Definition of Forced Labor*
- 2011 Beryl Ter Haar (Universiteit Leiden, the Netherlands), Attila Kun (Károli Gáspár University, Hungary) & Manuel Antonio Garcia-Muñoz Alhambra (University of Castilla-La Mancha, Spain), *Soft On The Inside; Hard For the Outside. An Analysis of the Legal Nature of New Forms of International Labour Law*
Special Commendation: Mimi Zou (Oxford University, Great Britain), *Labour Relations With “Chinese Characteristics”? Chinese Labour Law at an Historic Crossroad*
- 2010 Virginie Yanpelda, (Université de Douala, Cameroun), *Travail décent et diversité des rapports de travail*
Special Commendation: Marco Peruzzi (University of Verona, Italy), *Autonomy in the European social dialogue*

Association’s Award Prior to Naming as Marco Biagi Award

- 2009 Orsola Razzolini (Bocconi University, Italy), *The Need to Go Beyond the Contract: “Economic” and “Bureaucratic” Dependence in Personal Work Relations*

ESTUDIOS

El futuro del Trabajo y su gobernanza
Jesús Cruz Villalón

Problemas internacionales y particularidades regionales de la gobernanza del trabajo
Hugo Barreto Ghione

El futuro del trabajo en Chile: la gobernanza del trabajo
María Cristina Gajardo Harboe

Revisión de normas internacionales del trabajo: análisis crítico de las decisiones sobre temas indígenas y propuesta para una acción en la Conferencia Internacional del Trabajo (2018)
Natan Elkin

La formación dual en el sistema educativo: balance y propuestas de mejora
María Teresa Igartua Miró

Medidas de políticas de empleo dirigidas a colectivos específicos en la etapa de recuperación económica? La inclusión activa como paradigma
M^a Luisa Rodríguez Copé

El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?
Pierre-Henri Cialti

MERCADO DE TRABAJO

Motivación y actitud como vectores para la inserción laboral de los jóvenes cualificados españoles
Luis Miguel Rondón García, Francisco Muñoz Portales y Ana Gómez Narváez

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

Cese voluntario y reanudación del subsidio por desempleo para trabajadores de edad madura
Juan Carlos Álvarez Cortés y M^a Iluminada Ordóñez Casado

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

El contrato de trabajo de grupo. El grupo como unidad vinculada personalmente, con un fin o interés reconocible y económicamente relevante
María Sepúlveda Gómez

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Universidad Internacional de la Rioja

Condiciones y disfrute del local por los representa

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

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

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



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