

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL

160/2021

Monográfico sobre la experiencia competencial en
materia laboral y social en la Junta de Andalucía

160



Andalucía

ORIGEN & DESTINO
Quinta Conferencia de la Primera Unión Al Mundo



Junta de Andalucía

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

160

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Calle Algodón, nº 1
41006 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN
Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

VOCALES

MIGUEL ÁNGEL GARCÍA DÍAZ	Viceconsejero de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
VICTOR 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
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la 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. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
PATRIZIA TULLINI	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Bolonia
MARÍA DO ROSARIO PALMA RAMALHO	Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Lisboa

CONSEJO DE REDACCIÓN

ROCÍO BLANCO EGUREN	Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
ÁNGEL J. GALLEGO 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 Pablo de Olavide

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 Pablo de Olavide

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Calle Algodón, nº 1. 41006. Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual -incluye cuatro números trimestrales y un especial 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 160/2021

**Monográfico sobre la experiencia competencial en materia laboral
y social en la Junta de Andalucía**

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

Una valoración general de las competencias autonómicas en materia laboral y social: novedades recientes	11
JESÚS CRUZ VILLALÓN	
Las competencias autonómicas en materia de empleo, agencias de colocación y empresas de trabajo temporal: en especial, la experiencia andaluza	43
FCO. JAVIER CALVO GALLEGO	
Las políticas de formación profesional: su centralidad para el derecho al trabajo decente y la inclusión social	91
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ Y MARÍA NIEVES MORENO VIDA	
Gestión de la prevención de riesgos profesionales	133
EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA	
La gestión pública de los “ERTE” (regulación temporal de empleo) y de los “ERE” (regulación extintiva) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas pospandemia.....	151
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE	
El papel de la administración autonómica andaluza a través del CARL en la resolución de conflictos colectivos de trabajo del SERCLA	189
SOFÍA OLARTE ENCABO	

Valoración de la experiencia en materia de solución extrajudicial de conflictos laborales: actuaciones ante el SERCLA sobre conflictos individuales	217
ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO	
Las competencias autonómicas en materia de protección social	245
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS Y FRANCISCO VILA TIERNO	
La potestad sancionadora de la Administración autonómica en el orden social	275
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	

PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

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.

ANVUR (Agencia Nacional italiana de Valoración del sistema Universitario y de la Investigación) tiene reconocido a Temas Laborales como una revista científica clase A en el área 12, ámbito que corresponde a Derecho y Ciencia Jurídica en su conjunto.

TEMAS LABORALES se encuentra incluida también en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos vinculados a la investigación:



ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals -IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral* (Perú), *Arbeit und Recht* (Alemania), *Australian Journal of Labour Law* (Australia), *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale* (Francia), *Bulletin of Comparative Labour Relations* (Bélgica), *Canadian Labour & Employment Law Journal* (Canadá), *Comparative Labor Law & Policy Journal* (Estados Unidos de América), *Employees & Employers: Labour Law and Social Security Review* (Delavci in delodajalci-Eslovenia), *Derecho de las Relaciones Laborales* (España), *Diritti Lavori Mercati* (Italia), *Diritto delle Relazioni Industriali* (Italia), *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht* (EuZA-Alemania), *European Labour Law Journal* (Bélgica), *E-journal of International and Comparative Labour Studies* (Italia), *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 and Social Law* (Bielorrusia), *Labour Society and Law* (Israel), *Lavoro e Diritto* (Italia), *Pecs Labour Law Journal* (Hungría), *Revista de Derecho Social* (España), *Revue de Droit du Travail* (Francia), *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale* (Italia), *Russian Yearbook of Labour Law* (Rusia), *Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej* (Polonia) 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/carllportal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

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: jesusacruz@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 esta publicación -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 y cursiva 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 e 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.

COMPROMISO ÉTICO DE TEMAS LABORALES

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se compromete a velar por el cumplimiento de los principios éticos y deontológicos que han de marcar todas las fases de un proceso editorial que tiene por objeto la difusión del conocimiento científico con el máximo rigor.

Los órganos ejecutivos de la Revista, Consejo de Redacción y Dirección, ratifican y hacen propio el contenido de referentes nacionales e internacionales como: la Guía de buenas prácticas de las publicaciones periódicas y unitarias, elaborada por la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC, 2016), el Código de conducta para editores de revistas (COPE, 2011, 2019), la Guía Ética para revisores pares (COPE, 2018) y el Libro Blanco sobre la promoción de la integridad en las publicaciones de revistas científicas (CSE, 2021).

El detalle y desarrollo de estos compromisos, dirigidos tanto a autores como a revisores, se encuentra disponible en la web oficial de la Revista: <https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacioninvestigacion/revistas-y-monografias>

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 160/2021

**Monograph on the competency experience in labor
and social matters in the Junta de Andalucía**

INDEX

1. STUDIES

A general assessment of regional competences in labour and social matters: recent developments.....	11
MARÍA TERESA ALAMEDA CASTILLO	
Regional competences in the field of employment, placement agencies and temporary work agencies: in particular, the Andalusian experience ...	43
FCO. JAVIER CALVO GALLEGO	
Vocational training policies: their centrality to the right to decent work and social inclusion.....	91
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ Y MARÍA NIEVES MORENO VIDA	
Management of the prevention of occupational risks	133
EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA	
The public management of the “ERTE” (temporary employment regulation) and of the “ERE” (extintive regulation) in the Andalusian self-government: Balance sheet and outlook after the pandemic	
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE	151
The role of the Andalusian regional administration through the CARL in the resolution of collective labor disputes of SERCLA	
SOFÍA OLARTE ENCABO.....	189

Assessment of experience in the field of extrajudicial settlement of labour disputes: actions before the SERCLA on individual disputes	217
ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO	
Regional competences in the field of social protection.....	245
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS Y FRANCISCO VILA TIerno	
The sanctioning power of the regional administration in the social order..	275
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	

UNA VALORACIÓN GENERAL DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN MATERIA LABORAL Y SOCIAL: NOVEDADES RECIENTES

JESÚS CRUZ VILLALÓN

*Director de la Revista Temas Laborales
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

EXTRACTO

Palabras clave: Estado, Comunidades Autónomas reparto de competencias, laboral, seguridad social

A pesar de que el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, derivado especialmente de la transferencia competencial en materia de ejecución de la legislación laboral, se ha configurado en la década de los años '80 del siglo pasado, lo cierto es que no dejan de aparecer situaciones complejas de fricción en la materia, que requiere de un análisis de conjunto. Ello, por añadidura presenta especialidades notables en materia de protección social, donde el panorama aún no se encuentra decantado en aspectos claves de éste. El presente estudio pretende sobre todo presentar los asuntos más debatidos en los últimos tiempos, particularmente a la luz de la jurisprudencia constitucional dictada al efecto.

ABSTRACT

Key words: State, Autonomous Communities division of competences, labour, social security

Despite the fact that the distribution of powers between the State and the Autonomous Communities, derived especially from the transfer of powers in the enforcement of labour legislation, has been configured in the 1980s, the truth is that the complex situations of friction in the matter are present in the current reality, which requires an overall analysis. This, in addition, presents notable specialties in matters of social protection, where the panorama has not yet settled on key aspects of this. The present study aims above all to present the most debated issues in recent times, particularly in light of the constitutional jurisprudence issued for this purpose.

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES GENERALES
2. LA EXCLUSIVIDAD COMPETENCIAL DEL ESTADO EN LO NORMATIVO EN MATERIA LABORAL
 - 2.1. La exclusividad general del Estado
 - 2.2. Peculiaridades de los empleados públicos
 - 2.3. Políticas de género
 - 2.4. Actuaciones concretas en el contexto del coronavirus
3. LA GENÉRICA ASUNCIÓN COMPETENCIAL AUTONÓMICA EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN LABORAL
 - 3.1. La conexión entre intervención normativa y actuación de ejecución
 - 3.2. La actuación en materia de inmigración
 - 3.3. Las competencias supra territoriales
 - 3.4. Formación profesional ocupacional
 - 3.5. Las facultades consultivas y decisorias en el ámbito de la negociación colectiva
 - 3.6. Huelga en servicios esenciales de la comunidad
4. SEGURIDAD SOCIAL VERSUS ASISTENCIA SOCIAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

En estos momentos se puede considerar ya plenamente asentada la estructura descentralizada del poder público en España, cuyo complejo reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas ha presentado una particular plasmación en el ámbito laboral y social. Son ya varias décadas de transferencia competencial a las Comunidades Autónomas, en particular con una dilatada experiencia de ejercicio de las competencias transferidas a la Junta de Andalucía, que en líneas generales se ha desarrollado con bastante naturalidad, pero que también en ciertas ocasiones no ha estado exenta de conflictividad y, especialmente, de falta de seguridad jurídica.

En términos esquemáticos, las normas de transferencias actuales, por lo que se refiere a Andalucía, que vienen a ser hoy en día las mismas para el conjunto de las Comunidades Autónomas con las especialidades que en su caso señalaremos en su momento, se encuentran en las siguientes disposiciones: RD 4.043/1982, de 29 de diciembre (BOE de 3 de febrero de 1983), sobre trabajo; RD 4103/1982, de 29 de abril (24 de febrero), sobre mediación y arbitraje; RD 4121/1982, de 29 de diciembre (BOE 9 de marzo de 1983, sobre Institutos Seguridad e Higiene; RD 1056/1984, de 9 de mayo (BOE 5 de junio), sobre Fondo Protección al Trabajo; RD 1035/1984, de 9 de mayo (BOE 1 de junio), sobre regulación de empleo; RD 400/1984, de 22 de febrero (BOE 29 de febrero), sobre asistencia sanitaria; RD 1752/1984, de 1 de agosto (BOE 3 de octubre), sobre servicios sociales; RD 211/1987, de 6 de febrero (BOE 17 de febrero), sobre asistencia sanitaria; RD 558/1990, de 27 de abril (BOE 8 de mayo), sobre sociedades anónimas laborales; RD 991/1992, de 31

de junio (BOE 2 de septiembre), sobre servicios sociales; RD 427/1993, de 26 de marzo (BOE 14 de abril), sobre formación profesional ocupacional; RD 467/2003 (BOE 30 de abril), sobre servicios públicos de empleo; RD 1785/2004, de 30 de julio (BOE 31 de julio), sobre el Instituto Social de la Marina; RD 957/2005, de 29 de julio (BOE 4 de agosto), sobre formación profesional del Instituto Social de la Marina; RD 985/2005, de 29 de julio (BOE 4 de agosto), servicios sociales del Instituto Social de la Marina; RD 1562/2005, de 23 de diciembre (BOE 24 de diciembre), sobre formación profesional ocupacional; RD 1562/2005, de 23 de diciembre (BOE 24 de diciembre), sobre formación profesional ocupacional del Instituto Social de la Marina.

En varias ocasiones la Revista Temas Laborales se ha ocupado de esta relevante materia, incluso lo ha realizado en clave monográfica, podríamos incluso afirmar de manera bastante exhaustiva. Baste a tal efecto recordar el enorme esfuerzo de reflexión y debate que se llevó a cabo con motivo de la conmemoración de la edición del número 100 de la Revista, que incluyó tres completos volúmenes de estudio acerca de las Relaciones Laborales en Andalucía, donde se contenía un completo análisis de las competencias asumidas por nuestra Comunidad Autónoma, especialmente a partir del vigente Estatuto de Autonomía para Andalucía¹. Obligado es mencionar también la publicación, dentro de la colección de monografías de Temas Laborales, el libro sobre Veinte años de relaciones laborales en Andalucía, editado en el año 2003, donde igualmente se llevaba a cabo un estudio completo de las competencias autonómicas en materia laboral y social.

No obstante, desde aquel número tan especial han transcurrido más de diez años y, a pesar de que a aquellas alturas el grueso del diseño de modelo competencial en lo que afecta a la materia laboral y social se encontraba bastante consolidado, ha transcurrido ya bastante tiempo, como para que se haya considerado necesaria una relectura de la materia. En particular, las novedades legislativas, judiciales y de prácticas administrativas han sido diversas, algunas ellas de significativa importancia, como para que merezca la pena realizar en estos momentos un balance general de resultados en los últimos tiempos, así como de valorar posibles retos aún pendientes de resolver en la materia.

¹ Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo (BOE 20 de marzo), de reforma del Estatuto de Andalucía para Andalucía.

2. LA EXCLUSIVIDAD COMPETENCIAL DEL ESTADO EN LO NORMATIVO EN MATERIA LABORAL

2.1. La exclusividad general del Estado

El texto constitucional optó con claridad por la atribución al poder central del Estado la competencia de establecimiento de las normas propias de la legislación laboral (art. 149.1 7 CE), precisando además que esta competencia exclusiva se extiende a la materia relativa a “nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo” (art. 149.1.2 CE). El objetivo de evitar una desmembración territorial del mercado de trabajo, que acabaría repercutiendo en la unidad de mercado en todo el país, decantó al constituyente por una opción de unidad legislativa en lo laboral para todo el territorio español. Al propio tiempo, la jurisprudencia constitucional marcó con suficiente claridad desde el inicio el concepto de lo normativo en este ámbito que, como tal queda vedado al Estado. Por lo que afecta a lo laboral se arranca reafirmando que “La Constitución Española atribuye al Estado la ordenación general en materia laboral, pues las Cortes Generales y no las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, son las que ostentan la potestad legislativa en el ámbito de lo laboral”². En cuanto a la interpretación que debería darse al término “laboral”, se concluyó que el mismo refiere a toda la regulación del trabajo subordinado en el sentido en que venía delimitado materialmente por el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores³. Eso determina que la regulación relativa al trabajo autónomo no se encuentra dentro de la noción de legislación laboral, si bien por su carácter de legislación civil, mercantil o de bases del régimen administrativo sí que se mantiene en el ámbito de la competencia legislativa estatal. La referencia al trabajo subordinado incluye tanto su vertiente individual⁴ como la colectiva⁵, así como la materia de infracciones y sanciones administrativas en materia laboral⁶. La reserva de Ley Orgánica incorpora también una limitación indirecta a la competencia de las Comunidades Autónomas, que le impide regular por ejemplo en materia de huelga⁷. En cuanto a la interpretación del término “legislación”, se interpreta que este abarca tanto a las “leyes” en el sentido estricto del término como a los “Reglamentos laborales”; a las Comunidades Autónomas les corresponden tan sólo las competencias ejecutivas⁸, de modo que las competencias de ejecución de las

² STC 33/1981, de 5 de noviembre.

³ STC 35/1982, de 14 de junio.

⁴ SSTC 7/1985, de 25 de enero; 360/1993, de 3 de diciembre.

⁵ SSTC 17/1986, de 4 de febrero; 39/1982, de 30 junio.

⁶ STC 249/1988, de 20 diciembre.

⁷ STC 33/1981, de 5 de noviembre.

⁸ STC 33/1981, de 5 de noviembre.

Comunidades Autónomas no abarcan la potestad reglamentaria, que sigue reservada al Estado como competencia legislativa que es; las Comunidades Autónomas sólo pueden legislar en lo que afecta a su capacidad de autoorganización administrativa interna⁹; ha de atenderse a lo material y no a lo formal, de modo que incluso una circular, si tiene carácter normativo, compete al Estado¹⁰.

Desde este punto de vista puede afirmarse que se trata de una perspectiva en estos momentos bastante pacífica y que es objeto de poca discusión desde que se asentó la jurisprudencia construida por el Tribunal Constitucional. Baste con hacer notar que el grueso de las sentencias que han abordado lo relativo a las competencias regulatorias, que las mismas se remontan a la década de los años 80' del siglo pasado, salvo algún pronunciamiento en los últimos años sobre aspectos muy puntuales y que no hacen sino reafirmar en todos sus extremos la doctrina inicialmente construida en el primer período de funcionamiento del Tribunal Constitucional.

2.2. Peculiaridades de los empleados públicos

Con carácter más reciente se han planteado ciertas dudas en relación con las regulaciones que resultan de aplicación al conjunto de los empleados públicos, lo sean sometidos a la legislación laboral o a la legislación administrativa propia de los funcionarios públicos o personal estatutario. Se trata de un conjunto de sentencias que suelen coincidir con la fase aplicativa de las restricciones introducidas por la normativa estatal en torno al año 2012 a resultas de la precedente crisis económica, que en algunos casos las Comunidades Autónomas han pretendido corregir o limitar, dichas restricciones, o bien han pretendido ir más allá de las mismas. A estos efectos existe un importante matiz de diferenciación, por cuanto que mientras que respecto de la legislación laboral, tal como ya hemos indicado, la competencia respecto de lo normativo en su totalidad es a favor del Estado (art. 149.1.7 CE), respecto de la legislación funcional lo es sólo respecto de sus bases (art. 149.1.18 CE), incluso en relación con la competencia estatal de fijación de las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE).

El asunto se ha suscitado, en primer lugar, respecto de las medidas adoptadas por el Gobierno de reducción salarial del conjunto de los empleados públicos, incluida la supresión de alguna paga extraordinaria, afectando ello tanto a funcionarios como a personal laboral y, desde la perspectiva que nos interesa aquí, afectando también a los empleados públicos al servicio de las Administraciones autonómicas. El recurso que se plantea frente a estas medidas de contención

⁹ SSTC 18/1982, de 4 de mayo; 39/1982, de 30 junio.

¹⁰ STC 249/1988, de 20 de diciembre.

general del gasto público en el marco de la crisis financiera precedente adoptadas en 2012, se basa no tanto en un cuestionamiento general de la capacidad del Estado de marcar las bases del régimen jurídico del conjunto de los empleados públicos, sino en el hecho de que la medida era tan concreta y detallada que no dejaba margen alguno de actuación a las Comunidades Autónomas y, en particular, respecto del País Vasco, que ello no respetaba la singularidad del Concierto Vasco y de la necesaria adopción de medidas de coordinación y cooperación en esta materia entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Frente a ello, la sentencia acepta la constitucionalidad de la medida en base al título competencial relativo a las bases del régimen jurídico de los funcionarios, así como a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE), sin que ello contradiga las competencias autonómicas en la materia: “Nos encontramos, por consiguiente, con que el Estado ha dictado una disposición en el ejercicio de sus competencias en materia de retribuciones de los empleados del sector público que, por revestir el carácter básico, procura establecer un marco normativo común en cuanto expresión de unos principios estructurales organizativos que se proyectan sobre el conjunto y que se dirige a asegurar unos intereses generales cuya efectividad no puede quedar supeditada al concreto acuerdo con cada Comunidad Autónoma en el seno de la correspondiente comisión mixta”¹¹. Merece la pena advertir que la sentencia apela en general a que la regulación reviste “el carácter básico” en esta materia, si bien ello no lo refiere exclusivamente a los funcionarios públicos sino más ampliamente a todos cuantos tienen la condición de “empleados del sector público”, por tanto, afectando igualmente al personal sometido a la legislación laboral, con lo cual vendría a presumir implícitamente que para este último personal con contrato de trabajo no vendría a regir la competencia exclusiva del Estado en relación con la legislación laboral (art. 149.1.7 CE) sino la relativa a las bases de los funcionarios públicos (art. 149.1.18 CE). Esta misma sentencia aborda igualmente las medidas adoptadas en materia de límites a las vacaciones anuales, a los permisos retribuidos y, en particular, al crédito horario de los representantes de los trabajadores. El fallo de la sentencia en este otro punto se sitúa en la misma línea de la materia anterior, con similar argumentación, si bien en este caso con referencia a la especialidad de que se trata de medidas restrictivas a estos tiempos de no trabajo efectivo material que tienen carácter coyuntural y no concentrada en su alcance temporal a las necesidades coyunturales de contención especial del gasto público durante el período de impacto de la crisis económica; a tenor de este carácter estructural, el fundamento constitucional no se cifra directamente en la competencia en materia de legislación laboral como de bases de la funcionarial (art. 149.1.7 y 18 CE). En todo caso se acepta la medida de fijación de límites cuantitativos, dejando margen a las Comunidades Autónomas para fijar límites más estrictos que contribuyan a incrementar la productividad, así como a concretar la forma y manera de utilización de este tipo de permisos.

¹¹ STC 119/2016, de 23 de junio (BOE 28 de julio), ECLI:ES:TC:2016:119.

Asimismo, esta especialidad respecto del empleo público se ha planteado respecto de la regulación de la jornada de trabajo, que en el ámbito laboral se presenta desde la ley como jornada máxima, en tanto que para el empleo público viene a proyectarse como jornada mínima, en la práctica como efectiva. En varias ocasiones se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional al respecto, en un primer caso respecto de la constitucionalidad de una Ley estatal que establece la jornada mínima para el conjunto de los empleados públicos, incluido el personal laboral al servicio de las Comunidades Autónomas, impugnada por una concreta autonomía¹²; en dos ocasiones adicionales a resultas de la impugnación ahora por el Gobierno de la nación de dos normas autonómicas, Castilla-La Mancha y Andalucía, que habían establecido jornadas de trabajo inferiores a las fijadas por la precedente Ley estatal¹³. Por lo que respecta a la primera de las sentencias y en lo que se refiere al personal laboral si bien lo haga también en paralelo para el funcionario público, la misma valida desde la perspectiva constitucional la regulación en norma estatal fijando la jornada mínima de los empleados públicos, entendiéndolo que ello encuentra título competencial suficiente en la competencia estatal en materia de legislación laboral: “El precepto regula así con carácter general un aspecto de la relación laboral, específicamente en relación a los trabajadores del sector público, y lo hace mediante la fijación de una jornada mínima, lo que conlleva, por su propia naturaleza, una prohibición de que la jornada laboral en el sector público pueda ser inferior a treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Regulación que, por otra parte, no impide que, respetando esa prohibición, las Comunidades Autónomas, en el marco de sus competencias para la organización de su propio personal laboral, puedan adoptar las decisiones que estimen oportunas sobre las condiciones de trabajo de ese personal, sin perjuicio de las competencias estatales ex art. 149.1 CE”. Esta primera sentencia es objeto de un voto particular avalado por tres Magistrados del Tribunal, que entienden que una disposición que fija la duración mínima de la jornada de trabajo para el conjunto del sector público no puede ser considerada, en su perspectiva material, como una norma que regula las bases del régimen jurídico de los funcionarios públicos, por cuanto que por su condición de “bases” debería permitir que cada Comunidad Autónoma, sucesivamente, pudiera establecer sus peculiaridades, cosa que no lo hace esta norma, en los términos defendidos con precedencia por la propia jurisprudencia constitucional; eso sí, la crítica del voto particular va referida exclusivamente a los funcionarios, sin extenderla a la correlativa establecida para el personal laboral, dado que a estos efectos, como ya hemos señalado en varias ocasiones, la competencia estatal lo es para el conjunto de la legislación laboral y no para sus bases.

¹² STC 99/2016, de 25 de mayo, ECLI:ES:TC:2016:99.

¹³ SSTC 158/2016, de 22 de septiembre, ECLI:ES:TC:2016:158; 142/2017, de 12 de diciembre, ECLI:ES:TC:2017:142.

Las otras dos sentencias sobre jornada se presentan como la cara opuesta de la precedente, en la medida en que declaran como inconstitucional un intento por parte de dos Comunidades Autónomas de fijar una jornada de trabajo inferior a la establecida por la norma estatal, que como hemos visto lo impide. Precisamente, por ello, estas dos sentencias se apoyan en la sentencia precedente, a la que citan de manera recurrente y se limitan a establecer el corolario de que si la norma estatal tiene competencia para fijar la jornada mínima, la de carácter autonómico no puede alterarlo: “El precepto regula así con carácter general un aspecto de la relación laboral, específicamente en relación a los trabajadores del sector público, y lo hace mediante la fijación de una jornada mínima, lo que conlleva, por su propia naturaleza, una prohibición de que la jornada laboral en el sector público pueda ser inferior a treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual”. A diferencia del criterio antes referido por el voto particular, estas sentencias sí entienden que la previsión estatal deja margen de complemento a la norma autonómica, pues señala que la misma “deja todavía margen de maniobra a las Comunidades Autónomas para el ejercicio de su competencia en este ámbito, pues el precepto estatal no cierra ni la posibilidad de ampliar la duración fijada dentro de los topes permitidos, ni tampoco la determinación de los criterios de organización y distribución del tiempo de trabajo que finalmente se establezca”. Estas dos sentencias contienen igualmente un voto particular de los mismos Magistrados, que se limitan a reafirmarse en la posición adoptada con la anterior.

En tercer lugar, se ha planteado también en relación con los procesos de inaplicación de los convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, donde concurre una regulación especial que contempla la capacidad unilateral por parte de la propia Administración de inaplicación convencional cuando concurren determinadas situaciones de dificultad económica y conforme a concretos procedimientos. El asunto no se encuentra exento de complejidad, por cuanto que lo que se viene a discutir en sede constitucional es el margen de actuación de las Comunidades Autónomas en la contención del gasto de personal a través de la negociación colectiva, más allá de los condicionantes materiales de contenido y de los procedimientos de tramitación que se establezcan por parte de la legislación estatal. A estos efectos, el criterio del Tribunal Constitucional va a ser que ha de conjugarse el respecto a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación laboral (art. 149.17 CE) con la adicional y correlativa competencia autonómica en materia de definición de sus gastos por vía presupuestaria (art. 156.1 CE) y de la competencia estatal en materia de planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE). Desde esta perspectiva la sentencia acaba admitiendo la competencia autonómica por cuanto que, más allá de incidir sobre un asunto regulado laboralmente, se incardina sobre todo dentro de la autonomía financiera que la Constitución reconoce a las Comunidades Autónomas: “De conformidad con su autonomía financiera, por tanto, cada comunidad autónoma fija las retribuciones y establece para su personal, tanto

el sometido al régimen funcionarial como al laboral, las compensaciones, ventajas y ayudas que considera oportunas o que resulten de la negociación colectiva, respetando los límites impuestos con carácter general por el Estado. La capacidad de las comunidades autónomas para definir sus gastos en los correspondientes presupuestos solo queda desplazada o modulada en la medida en que el Estado haya ejercido sus competencias ex art. 149.1.13 CE o al amparo de otro título competencial. Las comunidades autónomas están obligadas a respetar las medidas de contención del gasto de personal establecidas por el Estado, pero, respetando las existentes o no existiendo tales medidas, su competencia en materia económica les faculta para llevar a cabo las medidas de contención del gasto de personal que crean necesarias. Esas medidas autonómicas de contención del gasto público serán constitucionales siempre que no entren en contradicción con las medidas que el Estado pueda establecer válidamente con esta misma finalidad al amparo de las competencias que le atribuye el art. 149.1.13 CE¹⁴. Sobre el particular, existe un importante voto particular a la sentencia que, sin poner en cuestión el fallo de fondo sí critica la argumentación sobre el que se sustenta, por cuanto que entiende que la facultad autonómica de inaplicación del convenio colectivo encuentra su base en la regulación estatal existente al efecto (art. 32.2 EBEP), de modo que a su juicio la actuación autonómica no hubiera superado el juicio de constitucionalidad de no estar prevista en la norma estatal este mecanismo de inaplicación convencional. La sentencia va incluso más allá de lo estrictamente presupuestario, cuando reconoce a las Comunidades Autónomas una capacidad general de fijación de las condiciones de trabajo de sus empleados: “Corresponde también a las comunidades autónomas, respecto de todo el personal a su servicio, independientemente de que su vínculo sea funcionarial o laboral, y en virtud de las competencias que sus estatutos les reconozcan para organizar sus instituciones en general, y el personal a su servicio en particular, la determinación de las condiciones concretas de trabajo de dicho personal”¹⁵.

En cuarto lugar, esa conexión con la situación de los empleados públicos se ha planteado respecto de la normativa reguladora de la jubilación obligatoria en concreto del personal contratado sometido a la legislación laboral, decantándose con claridad nuestro Tribunal Constitucional a favor de la competencia estatal, declarando por ende inconstitucional una normativa autonómica que había entrado en esta materia: “constituye legislación laboral de carácter general que viene a regular una modalidad de extinción de la relación laboral en el ámbito de los trabajadores del sector público, tratándose además de la regulación de un aspecto central o nuclear de esa relación laboral, es decir, un elemento esencial del contrato de trabajo, como es el relativo a las causas de extinción, por lo que dicha

¹⁴ STC 127/2019, de 31 de octubre, ECLI:ES:TC:2019:127.

¹⁵ Criterio que defiende la anterior sentencia con apoyo en la STC 99/2016, de 25 de mayo, ECLI:ES:TC:2016:99.

regulación forma parte de la competencia exclusiva atribuida al Estado en el art. 149.1.7 CE¹⁶.

2.3. Políticas de género

En los últimos tiempos emergen con notable intensidad todas las políticas en materia de género orientadas a lograr la efectiva igualdad entre mujeres y hombres, que en ciertos estatutos de autonomía se les atribuye justamente como competencia a la correspondiente Comunidad Autónoma. Se trata de una materia que, como se encarga de destacar el Tribunal Constitucional, resulta compleja dado su carácter transversal e intersectorial que afecta a todos los órdenes de la vida. A partir de este dato de la transversalidad, el criterio general de la jurisprudencia constitucional es que, cuando exista un título específico que atribuye al Estado o a la Comunidad Autónoma competencia sobre determinada materia, la competencia sobre política de género pasa a un segundo plano pues, de lo contrario, quedaría desbordado el ámbito y sentido de este título competencial, que no puede operar como un título capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento¹⁷. En concreto, por lo que a nosotros nos afecta aquí, allí donde la intervención en el diseño de la política de género lo sea en sentido estricto sobre la materia laboral, debemos aplicar el criterio de competencial establecido por lo que se refiere en concreto a la materia laboral: legislación estatal y ejecución autonómica (art. 149.1.7 CE).

A tenor de ello, la sentencia en cuestión declarará que corresponde al Estado la regulación de las obligaciones de las empresas en materia de acoso laboral, planes de igualdad en las empresas, deberes de los sindicatos en materia de igualdad, presencia paritaria de mujeres y hombres en la negociación colectiva, la incorporación de la perspectiva de género en los expedientes de regulación de empleo, la introducción de la perspectiva de género en materia de prevención de riesgos laborales, la regulación de la potestad sancionadora de la administración en materia laboral con vistas a reforzar la política de género.

2.4. Actuaciones concretas en el contexto del coronavirus

Con ocasión de la pandemia también se ha producido algún pequeño debate, más allá de que el grueso de las intervenciones en el mercado de trabajo que, como bien se sabe, se han situado en el terreno de la intervención legislativa estatal por su condición de legislación laboral y de Seguridad Social a todos los efectos.

De haberse producido algún resto de incertidumbre durante la pandemia, el mismo se sitúa respecto de intervenciones legislativas que pudiera entenderse que

¹⁶ STC 177/2019, de 18 de diciembre, ECLI:ES:TC:2019:177.

¹⁷ STC 159/2016, de 22 de septiembre, fund. jco. 2º, ECLI:ES:TC:2016:159.

se encuentran en zonas grises, por ser más precisos de afectación a la actividad laboral, pero de posible inserción en territorios externos a la legislación laboral. En particular, ello se ha producido especialmente en tiempos de pandemia respecto de dos asuntos: el trabajo a distancia y la vacunación obligatoria.

De un lado, se ha producido cuando algunas Comunidades Autónomas, más allá de la normativa laboral por parte del Estado, han pretendido imponer como obligatorio el teletrabajo con vistas a conjurar los riesgos de extensión del coronavirus, cuando ya desde la normativa estatal se habían levantado ciertas restricciones a la movilidad y con ello habían venido a menos las reglas impositivas del trabajo a distancia. La verdad es que el debate ha sido muy escaso, al propio tiempo que muy indirectos los fundamentos justificativos de estos intentos, por lo demás inmediatamente conjurados por el propio Estado, cuando desde el Gobierno se ha defendido la ausencia de título competencial por parte de las Comunidades Autónomas para adoptar este tipo de medidas.

De existir algún argumento constitucional en este terreno éste no sería otro que el de entender que la causa determinante de la imposición como obligatorio del trabajo a distancia se situaba en el terreno de la protección de la salud pública y, siendo éste el objetivo de la medida, la misma se situaba fuera del ámbito de lo que sería estrictamente legislación laboral. Sin necesidad de entrar en el análisis de si una cuestión como esta se ubica en el territorio de las bases y coordinación de la sanidad (art. 149.1.16 CE) o en el terreno genérico de la sanidad (art. 148.1 CE), a nuestro juicio, sin embargo, la clave se encuentra en que, por mucho que la finalidad sea la tutela de la salud de la población, la obligatoriedad del teletrabajo tiene un impacto tan intenso sobre la libertad de las partes de una relación laboral que necesariamente se trata de una medida que se ubica en el territorio de las relaciones laborales y, por ello, constituye a todos los efectos legislación laboral, como tal competencia exclusiva del Estado (art. 149.17 CE). Si se quiere dicho de forma más específica, también el conjunto de la legislación relativa a la prevención de riesgos laborales, a pesar de que tenga como objetivo inmediato la protección de la salud del trabajador, nadie duda de que es materia que se ubica claramente en el territorio directo de la legislación laboral y, por ello, no cabe actuación regulativa en este terreno por parte de las Comunidades Autónomas.

Próximo también a lo anterior, aunque igualmente con un debate bastante escaso entre nosotros, se ha situado el relativo a la posibilidad de imponer como obligatorias las vacunas a los ciudadanos y, en particular, a los trabajadores, de modo que el empresario lo pudiera exigir como requisito para la contratación o bien para la continuidad de la prestación de servicios, bien lo sea con carácter general bien lo sea para determinadas actividades especialmente peligrosas. Por suerte en nuestro país se ha extendido de manera muy generalizada la bondad del proceso de vacunación del conjunto de la población, sin la emergencia de movimientos irracionales anti vacunas, que han hecho de todo punto innecesarias medidas coercitivas para lograr un proceso generalizado de vacunación entre

el conjunto de la población; incluso ha de entenderse que es el resultado de una política pragmática no impositiva en este terreno la que ha dado mejores resultados, al extremo que medidas de signo inverso más intervencionistas en lo obligatorio hubieran acabado siendo contraproducentes, por los efectos de alimentar posibles brotes de oposición a la vacunación.

En todo caso, al margen de esta valoración de las fundadas políticas de voluntariedad de la vacunación, cabría en el territorio exclusivamente de la elucubración teórico jurídico plantearse si esa hipotética decisión coercitiva de la inoculación de la vacuna podría acometerse por parte de las Comunidades Autónomas. Es oportuno plantearse esta cuestión, por cuanto que al final se han detectado ciertas propuestas desde algunos ámbitos invitando a que las autoridades impusieran la obligatoriedad de la vacunación, cuando menos respecto de cierto tipo de trabajos más expuestos a la propagación del virus entre población especialmente vulnerable desde el punto de vista de su salud.

Desde luego a estos efectos debe partirse de que ya existe una regulación específica en el ámbito de la prevención de riesgos laborales y, por tanto, legislación estatal de carácter laboral sobre la materia. En concreto, el Reglamento regulador de la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo prevé que cuando exista riesgo por exposición a agentes biológicos para los que haya vacunas eficaces, éstas deberán ponerse a disposición de los trabajadores, informándoles de las ventajas e inconvenientes de la vacunación. En concreto se prevé también que el ofrecimiento al trabajador de la medida correspondiente, y su aceptación de la misma, deberán constar por escrito¹⁸. Es claro que, conforme a esta previsión legal, el empleador tiene la obligación del ofrecimiento de las vacunas, pero no su imposición, por cuanto que se está exigiendo la aceptación expresa por parte del trabajador a ser vacunado, que deberá constar por escrito. Es cierto que podría existir una cierta duda respecto de la aplicabilidad de este Reglamento al caso concreto del riesgo de contagio por coronavirus, dado que la norma podía dar la impresión de que se movía en el terreno de exposición a agentes biológicos derivados del proceso productivo y que los mismos podrían provocar riesgos de contagios al trabajador al que se le ofrece la vacunación; pero no al caso específico del coronavirus que tiene un origen externo al proceso productivo y el riesgo es no sólo del contagio del trabajador sino también de que este lo extienda a terceros. Sin embargo, tal duda ha quedado superada, cuando recientemente a resultas de una Directiva de la Unión Europea ha incluido el Coronavirus de síndrome respiratorio entre los nuevos agentes biológicos¹⁹. A los efectos de transponer esta última Directiva recientemente se ha aprobado una Orden que ha actualizado la lista de agentes biológicos para incluirlo dentro del anexo de agentes biológicos, con precisa explicación al efecto por parte

¹⁸ Art. 8.3 RD 664/1997, de 12 de mayo (BOE 24 de julio).

¹⁹ Directiva 2020/739, de 3 de junio (DOUE 4 de junio).

de la exposición de motivos de la norma reformadora²⁰. En definitiva, desde la perspectiva estrictamente laboral, la vacunación se entiende como voluntaria y, en todo caso, se incardina en el ámbito de la prevención de riesgos y, por ende, en el territorio de la legislación laboral competencia exclusiva del Estado.

Eso sí, lo anterior no excluye que con fundamento en la protección de la salud pública se puedan dictar normas que afecten al conjunto de la población, por su condición de ciudadanos y no de trabajadores, que afecten a la obligatoriedad de las vacunas. Desde esta otra perspectiva, la premisa de partida a estos efectos es, en igual medida, que en nuestro país no existe ninguna norma que imponga como obligatoria la vacunación y, específicamente, ninguna que imponga la vacunación frente al coronavirus. En definitiva, en nuestra Ley General de Salud Pública la vacunación se contempla como un derecho de la ciudadanía, que no como un deber²¹. Y ello es comprensible si se tiene en cuenta que desde el punto de vista constitucional se encuentra en juego el derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE). A pesar de ello, sería viable imponer con carácter obligatorio la vacunación de la población apelando a la protección de la salud de la ciudadanía, sería posible con el fundamento debido que se procediera al establecimiento de la obligatoriedad de la vacunación, específicamente para concretos grupos sociales que, por su profesión o por sus relaciones sociales, potencialmente pueden transmitir el virus de manera más intensa. Ello sería posible en la medida en que con ello no se limitaría el contenido esencial de los referidos derechos fundamentales y libertades públicas. Eso sí, tal imposición necesariamente debería efectuarse de manera expresa y a través cuando menos de una norma con rango de Ley (art. 53 CE). Comoquiera que no existe norma alguna que lo prevea en tal sentido, ha de concluirse que en estos momentos no se puede obligar a la vacunación. Excepción sería la previsión legal que permite a las autoridades sanitarias competentes adoptar medidas de tratamientos “cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas²². De ahí que los casos en los que se ha dictado una resolución judicial imponiendo la vacunación han sido de carácter marginal y ante situaciones muy excepcionales, de ausencia de capacidad decisoria por ancianos que han perdido sus capacidades volitivas por el deterioro personal y ante una resistencia injustificada para la administración de la vacuna por parte de los familiares. En todo caso, desde la perspectiva que estamos analizando este asunto de la posible obligatoriedad de la vacunación, se trata de un asunto que conecta con la limitación de un derecho fundamental que, como tal se sitúa en el ámbito de lo competencial estatal y, en modo alguno, sería posible que su regulación se efectuase por vía de un normativa autonómica, ni siquiera con base en su título competencial relativo a la sanidad (art. 148.21 CE).

²⁰ Orden TES/1180, de 4 de diciembre (BOE 10 de diciembre).

²¹ Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (BOE 5 de octubre).

²² Art. 2 Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública.

3. LA GENÉRICA ASUNCIÓN COMPETENCIAL AUTONÓMICA EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN LABORAL

3.1. La conexión entre intervención normativa y actuación de ejecución

Del mismo modo que el texto constitucional opta decididamente por atribuirle al poder estatal la vertiente legislativa en toda su plenitud de lo que afecta a las relaciones laborales, atribuye a las Comunidades Autónomas la posibilidad de asumir todo cuanto refiere a la ejecución de dicha legislación laboral en el ámbito de su territorio. A tal efecto, a estas alturas la generalidad de las Comunidades Autónomas ha recogido en sus respectivos Estatutos una amplia competencia de ejecución en este terreno, habiéndose producido vía los correspondientes Reales Decretos la materialización de dichas competencias. En líneas generales la situación en estos momentos es bastante homogénea, por cuanto que casi todas las autonomías han ido a la incorporación en su territorio competencial de todo cuanto se refiera a la ejecución de la legislación laboral, sin perjuicio de que existan algunos elementos diferenciales dignos de resaltar.

En todo caso, debe advertirse que se produce una indudable interconexión entre la vertiente normativa, regulando el campo de actuación que se le encomienda desde la regulación estatal a la Administración laboral, y la sucesiva asunción competencial de la ejecución por parte de las Comunidades Autónomas. En efecto, es al Estado, a través de su competencia legislativa en lo laboral, a quien le corresponde determinar las manifestaciones, la intensidad y el margen de decisión que le corresponde a la Administración laboral autonómica que asume la competencia de ejecución.

En estos términos, ante todo debe tenerse en cuenta que, en aras de una mayor agilidad en el funcionamiento de las empresas, a resultas de diversas reformas legislativas se tiende desde la norma estatal desde hace ya bastante tiempo a reducir la intensidad de la intervención de la Administración laboral, lo que como efecto derivado incide sobre el campo de actuación posible en el campo ejecutivo por parte de las Comunidades Autónomas. Por mencionar los cambios legislativos más próximos en el tiempo, que se retrotraen a la reforma de 2012, se produjeron las siguientes modificaciones legales: se eliminó la autorización administrativa tanto de los expedientes de despidos colectivos como los correspondientes a suspensiones de la relación laboral, cuando se basan en causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, quedando la autorización sólo para las reestructuraciones basadas en la fuerza mayor, en tanto que para el resto de las causas se mantenía una mera función de comunicación a la autoridad del inicio y fin del expediente que propiciaba una cierta intervención informativa de la Inspección de Trabajo; se redujo la autorización administrativa para la actividad de puesta a disposición por parte de las empresas de trabajo temporal sólo a la de inicio de su actividad, eliminando las autorizaciones posteriores de renovación al cabo del

tiempo del desarrollo de su actividad; se eliminó la autorización administrativa para las agencias de colocación, reconduciéndola a una mera declaración responsable por parte de dichas agencias.

Las medidas de actuación para hacer frente a la pandemia, con toda la importancia y calado que han tenido las mismas, no han incidido en el marco teórico de actuación. En particular, la medida central a estos efectos cifrada en la utilización masiva de los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) no ha alterado la dualidad asentada con la reforma de 2012, como hemos indicado anteriormente, pervivencia de la autorización administrativa para los de fuerza mayor, ausencia de la misma para el resto. Eso sí, de manera indirecta sí que se ha producido un cambio de notable impacto, desde el instante en el que hasta el presente los supuestos de fuerza mayor eran de todo punto marginales, canalizándose prácticamente todas las suspensiones y reducciones de jornada a través de las causas económicas, técnicas, organizativas y productiva. Por contraste, comoquiera que durante la pandemia se ha entendido que los efectos de interrupción de la producción derivados de las restricciones adoptadas para hacer frente al coronavirus constituían causa de fuerza mayor, la generalidad de los ERTEs se ha canalizado a través de la causa de fuerza mayor y, con ello, se ha incrementado notablemente en la práctica la intervención de la autoridad laboral²³.

De otro lado, ha de tenerse en cuenta que la normativa estatal no sólo identifica la naturaleza de la intervención de la administración laboral (registrales, recomendación, certificatoria, comprobatoria, autorizatorias, ordenación de derechos, colaboradoras con la Justicia, sancionadoras), sino que adicionalmente tienden a regular las condiciones y tramitación de cada una de esas intervenciones. Desde esta otra perspectiva, esa labor legislativa de los requisitos y tramitación puede resultar más o menos precisa, en términos simplificados puede dar pie a una intervención administrativa puramente reglada o con ciertas dosis de discrecionalidad. Según que lo sea con una orientación más o menos automática, por su carácter más o menos reglado, el margen de actuación que se le concederá a la Administración autonómica resultará de mayor o menor relevancia. Este elemento, por añadidura, como veremos a continuación será especialmente tomado en consideración por parte de la jurisprudencia constitucional para valorar el necesario equilibrio entre la transferencia competencial a las Comunidades Autónomas y el logro de un tratamiento similar de las empresas y trabajadores en el conjunto del territorio con independencia de la autoridad administrativa que asume la competencia. En concreto, allí donde desde la ley se establece que allí donde la actuación de la Administración presenta un carácter altamente reglado se tiende a aceptar que la asunción competencial por parte de la administración autonómica pueda ser superior.

²³ Sobre el particular, con más detalle y profundidad, ver el trabajo en este número de C. Molina Navarrete.

3.2. La actuación en materia de inmigración

El elemento diferencial más llamativo a estos efectos se encuentra en relación con las autorizaciones para trabajar de los extranjeros. A estos efectos, la autorización de trabajo como regla general le corresponde concederla a la Administración General del Estado, si bien en los Estatutos de Autonomía de nueva generación de principios de este siglo, dos Comunidades Autónomas, como son Cataluña y Andalucía, han asumido la competencia de resolver estas solicitudes de autorización de trabajar, siempre que se trate de la primera autorización de trabajo y limitada al territorio de su respectiva Comunidad Autónoma²⁴. El interrogante que se planteó en su momento era en qué medida la autorización para trabajar se considera que se trata de una materia que se ubica estrictamente en el ámbito de la ejecución de la legislación laboral (art. 149.1.7 CE), o bien no es ahí su engarce constitucional sino en la competencia relativa a la “inmigración” (art. 149.12 CE), para la cual el Estado no sólo se reserva la legislación sino todo el título competencial, por tanto incluida la concesión o denegación de las autorizaciones para trabajar como actuación en el terreno de la ejecución. El asunto vino a ser resuelto por nuestro Tribunal Constitucional, validando la corrección constitucional del estatuto catalán en este aspecto. En concreto, la sentencia se decanta por entender que, mientras que corresponde al Estado la competencia en materia de entrada y residencia de extranjeros por inscribirse en el ámbito de la inmigración y la extranjería, sin embargo, lo relativo a la autorización para trabajar se sitúa en el terreno de la ejecución de la legislación laboral y, por tanto, puede ser objeto de transferencia a las Comunidades Autónomas²⁵. A resultas de ello, se produjo la correspondiente transferencia material de esta competencia limitada de concesión de esta primera autorización administrativa de trabajo dentro del territorio catalán²⁶.

²⁴ Art. 138.2 Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, Estatuto de Autonomía de Cataluña: “2. Corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña. Esta competencia, que se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros, incluye: a) La tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena. b) La tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a los expedientes a que se refiere la letra a) y la aplicación del régimen de inspección y sanción”. Art. 62 Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, Estatuto de Autonomía para Andalucía: “1. Corresponden a la Comunidad Autónoma... b) La competencia ejecutiva en materia de autorizaciones de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Andalucía, en necesaria coordinación con la competencia estatal en materia de entrada y residencia y de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado. Esta competencia incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo, la tramitación y resolución de los recursos presentados a dichas autorizaciones y la aplicación del régimen de inspección y sanción”.

²⁵ STC 31/2010, de 28 de junio, fund. jco. 83, ECLI:ES:TC:2010:31.

²⁶ RD 1463/2009, de 18 de septiembre (BOE 22 de septiembre), sobre traspaso de competencias a Cataluña en materia de autorización de trabajo a extranjeros.

Por el contrario, dicha transferencia no se ha materializado respecto de Andalucía, por lo cual en esta otra Comunidad la competencia sigue siendo a todos los efectos de la Administración General del Estado.

3.3. Las competencias supra territoriales

A pesar de la inicialmente clara separación entre las competencias estatales y autonómicas en materia laboral, los conflictos competenciales no han estado ausentes a lo largo de este dilatado proceso aplicativo, con clarificaciones decisivas por parte de la jurisprudencia constitucional. Aparte de las que comentaremos de manera más detallada en apartados posteriores, ello se ha producido especialmente en materia de gestión de las políticas de empleo²⁷, sobre prevención de riesgos laborales²⁸, registro de convenios colectivos²⁹, sobre proclamación de resultados electorales si bien se trata de una competencia ya desaparecida³⁰, así como de potestad sancionadora administrativa³¹.

La única particularidad es que, aunque sea con carácter residual, la Administración del Estado conserva cierto tipo de competencias ejecutivas, particularmente cuando la intervención administrativa presente impacto sobre empresas o actividades colectivas que desbordan el territorio de una concreta Comunidad Autónoma³². No obstante, en los últimos tiempos esta competencia residual se ha reducido al máximo, a resultas de un criterio eminentemente restrictivo por parte del Tribunal Constitucional. Así, entre los asuntos más recientes que requieren de comentario singular cabe referir especialmente lo que refiere a la competencia residual del Estado en materia de ejecución de la legislación laboral cuando la actuación tiene un carácter supra territorial. A estos efectos, el criterio del Tribunal Constitucional es que esta competencia estatal en lo ejecutivo tiene “carácter excepcional”, en términos tales que “sólo podrá tener lugar cuando no quepa establecer ningún punto de conexión que permita el ejercicio

²⁷ SSTC 100/2017, de 20 de julio (BOE 11 de agosto), ECLI:ES:TC:2017:100; 153/2017, de 21 de diciembre (BOE 17 de enero de 2018), ECLI:ES:TC:2017:153. Sobre el particular, con más detalle y profundidad, ver el trabajo en este número de la Revista de J. Calvo Gallego.

²⁸ STC 198/2015, de 24 de septiembre (BOE 30 de octubre). Sobre el particular, con más detalle y profundidad, ver el trabajo en este número de la Revista de E. González Biedma.

²⁹ STC 48/1982, de 12 de julio (BOE de 4 de agosto); 85/1982, de 23 de diciembre (BOE de 15 de enero de 1983).

³⁰ STC 43/1996, de 14 de marzo (BOE de 17 de abril).

³¹ STC 51/2006, de 18 de febrero (BOE de 16 de marzo). Sobre el particular, con más detalle y profundidad, ver el trabajo en este número de la Revista de S. de Soto Rioja.

³² Sobre el particular, J. Cruz Villalón, La residual competencia del Estado en materia de ejecución de la legislación laboral, en AA. VV., Veinte años de relaciones laborales en Andalucía, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 2003, pgs. 347 ss.

de las competencias autonómicas o cuando además del carácter supra autonómico del fenómeno objeto de la competencia, no sea posible el fraccionamiento de la actividad pública ejercida sobre él y, aun en este caso, siempre que dicha actuación tampoco pueda ejercerse mediante mecanismos de cooperación o de coordinación y, por ello, requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar su atribución a un único titular, forzosamente el Estado, y cuando sea necesario recurrir a un ente supra-ordenado con capacidad de integrar intereses contrapuestos de sus componentes parciales³³. Ello se ha concretado en diversos pronunciamientos sobre aspectos concretos. Por ejemplo, se ha declarado que no se puede atribuir al Estado una reserva general competencial en lo que se refiere a la autorización de los centros de teleformación de trabajadores³⁴, sólo siendo admisible esta autorización cuando el centro de teleformación pudiera actuar en más de una Comunidad Autónoma³⁵.

Este carácter excepcional se ve acentuado por parte de la jurisprudencia allí donde la competencia de autorización por parte de la Administración laboral se encuentra reglada en alto grado, donde la norma deja escaso margen de apreciación a la Administración para conceder o denegar la correspondiente autorización, llamando la atención sobre posibles conductas desleales por parte del Estado estableciendo un régimen de cierta discrecionalidad que le permitiese reclamar para sí la competencia ejecutiva. Además se precisará por parte de la jurisprudencia constitucional que las competencias normativas exclusivas del Estado en la materia (art. 149.1.7 CE) minimizan cualquier riesgo de divergencia de criterios entre Administraciones, ya que si fuera necesario unificar criterios el Estado podrá, no solo modificar la regulación de las condiciones contenidas en la Ley, evidentemente, sino también dictar un reglamento de desarrollo o incluso una circular de carácter normativo³⁶. En términos prácticos, por ejemplo, se considera que la asunción competencial por el Estado cuando las empresas de trabajo temporal dispongan de centros de trabajo en dos o más Comunidades Autónomas no se encuentra justificado³⁷. Más aún, ha de tenerse en cuenta que en estos casos, la autorización concedida por una Comunidad Autónoma para actuar como empresa de trabajo temporal tiene eficacia para todo el territorio nacional³⁸, lo cual rompe con en este caso con el criterio de la supra territorialidad. Del mismo modo se entiende que el hecho de que existan actividades de colaboración entre las agencias de colocación y el Servicio Estatal Público de Empleo tampoco justifica

³³ STC 194/2011, de 13 de diciembre, fund. jco. 6, ECLI:ES:TC:2011:194.

³⁴ STC 61/2015, de 18 de marzo, ECLI:ES:TC:2015:61.

³⁵ STC 81/2017, de 22 de junio, ECLI:ES:TS:81.

³⁶ STC 249/1988, de 20 de diciembre, fund. jco. 2, ECLI:ES:TC:1988:249

³⁷ STC 69/2018, de 21 de junio, ECLI:ES:TC:2018:69.

³⁸ Art. 2.4 Ley 14/1994, de 1 de junio, empresas de trabajo temporal, en la redacción dada por el art. 116.2 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre.

que el Estado se reserve la competencia de recibir la declaración responsable para iniciar su actuación por parte de estas agencias de colocación cuando las mismas pretendan actuar en más de una Comunidad Autónoma³⁹.

3.4. Formación profesional ocupacional

La materia que ha dado lugar a un mayor número de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional en el ámbito del reparto competencial es la que refiere a la formación y el reciclaje profesional⁴⁰. Como punto de partida ha de indicarse que la gestión de la formación profesional entra dentro del ámbito de la ejecución de la legislación laboral y, por tanto, de partida es materia que en ese terreno de la ejecución corresponde a las Comunidades Autónomas⁴¹. En concreto conviene advertir que se entiende que la formación continua de los trabajadores, a diferencia de la formación profesional reglada, no pertenece al ámbito competencial de la “educación”. Del mismo modo, se rechaza que la formación profesional continua se pueda incardinar en el ámbito de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE). Dicho de otro modo, con este tipo de actuaciones de los poderes públicos la finalidad perseguida no es la de incidir en el mercado laboral desde criterios de política económica incentivos del acceso al empleo, sino la de atender a un sector o subsistema de la formación profesional ocupacional, el de la formación permanente o continua de quienes ya tienen empleo, en orden a proporcionarles medios para su cualificación profesional y su adecuada promoción y permanencia en el seno de la relación laboral. Por tanto, en positivo, la conclusión no podía ser otra que la de interpretar que la formación profesional ocupacional se ubica en el territorio competencial de la ejecución de la legislación laboral⁴².

No obstante, como ya hemos indicado se presentan con reiteración un significativo número de conflictos positivos competenciales, que en gran medida se han producido a resultas de que Administración del Estado ha intentado rescatar para sí por diversas vías parte de las competencias en aspectos reflejos de la formación y el reciclaje profesional.

³⁹ STC 68/2018, de 21 de junio, ECLI:ES:TC:2018:68.

⁴⁰ SSTC 95/2002, de 25 de abril (BOE de 22 de mayo); 190/2002, de 17 de octubre (BOE de 22 de noviembre); 228/2003 y 230/2003, de 18 de diciembre (BOE de 20 de enero de 2004); 158/2004, de 23 de septiembre (BOE de 22 de octubre); 244/2012, de 18 de octubre; 81/2007, de 22 de junio; 95/2013, de 22 de abril (BOE de 23 de mayo); 81/2007, de 22 de junio; 100/2017, de 20 de julio (BOE 11 de agosto); 71/2018, de 21 de junio (BOE 25 de julio), ECLI:ES:TC:2018:71.

⁴¹ Con más detalle y profundidad sobre esta materia, cfr. el trabajo en este mismo número de la Revista de M. N. Moreno Vida y J. L. Monereo Pérez.

⁴² STC 95/2002, de 25 de abril.

Una primera de estas vías ha sido la propugnar que se pueda mantener en el ámbito estatal esta materia en la medida en que se trate de programas o acciones formativas que trasciendan el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma y sea necesario garantizar una acción coordinada y homogénea. La jurisprudencia constitucional ha aceptado la corrección de esta tesis, si teniendo en cuenta que ello habrá de contrastarse en la práctica en función del modo como se implemente cada concreta medida: criterios que “se plasmarán en las disposiciones que reglamenten —en el futuro— dichas acciones formativas, de manera que solo una vez que éstas acciones formativas se concreten, deberá examinarse si concurren o no las circunstancias justificativas de la excepcionalidad determinante de la atribución al Estado de facultades de gestión”⁴³.

En particular, se viene a advertir que el ámbito geográfico supraautonómico y la exigencia de movilidad geográfica son condición necesaria, pero no suficiente: como excepción a la regla que atribuye la competencia ejecutiva a las Comunidades Autónomas, ha de demostrarse además la necesidad de una coordinación unificada; esta coordinación unificada esta se puede producir cuando no quepa establecer ningún punto de conexión que permita el ejercicio de las competencias autonómicas, o bien cuando, además de tratarse de un fenómeno supraautonómico, no sea posible el fraccionamiento de la actividad pública ejecutada sobre él, siempre que dicha actuación tampoco pueda ejercerse mediante mecanismos de cooperación o de coordinación y, por ello, requiera de un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar su atribución a un único titular, forzosamente el Estado, y cuando sea necesario recurrir a un ente supraordenado con capacidad para integrar intereses contrapuestos de sus componentes parciales, sin olvidar el peligro inminente de daños irreparables que nos sitúa en el terreno del estado de necesidad⁴⁴.

Por ejemplo, lo aceptará como correcto en aquellos casos en los que la acción formativa requiera la movilidad geográfica de los trabajadores que participen en las acciones formativas⁴⁵. Asimismo, lo aceptará cuando los destinatarios sean entidades de ámbito estatal que adquieran para sí mismas los compromisos de contratación, la previsión impugnada encaja en los supuestos que, en anteriores pronunciamientos, el Tribunal ha considerado constitucionalmente admisibles, por concurrir las circunstancias justificativas de la excepcionalidad determinante de la atribución al Estado de las facultades de gestión⁴⁶.

⁴³ STC 81/2017, de 22 de junio.

⁴⁴ STC 22/2014, de 13 de febrero; 113/2014, de 9 de mayo.

⁴⁵ STC 71/2018, de 21 de junio.

⁴⁶ SSTC 244/2012, de 18 de diciembre; 88/2014, de 9 de junio; 112/2014, de 7 de julio.

Distinto sería el caso de las acciones formativas desarrolladas por empresas que tengan sus centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma, en cuyo caso el criterio podría ser el inverso al precedente⁴⁷.

En ocasiones también se ha alegado que lo que se está gestionando a nivel estatal son Fondos Nacionales que no pueden ser transferidos a las Comunidades Autónomas. Desde esta perspectiva el criterio del Tribunal Constitucional es, una vez más, que se debe atender a la materia objeto de actuación, de modo que los Fondos no transferibles se sitúan en terreno competencial diverso a la materia laboral, de modo que cuando se trate de formación profesional incardinada en el ámbito de la ejecución de la legislación laboral no cabe aducir la imposibilidad de transferencia de este tipo de Fondos⁴⁸.

Una segunda vía surgirá a resultas de desarrollar en el ámbito estatal procesos de concertación con los interlocutores sociales sobre medidas de actuación en este terreno, de modo que la Administración del Estado ha pretendido indirectamente gestionar la implementación de estos acuerdos de concertación social⁴⁹. En concreto, a veces lo que se ha realizado a través de estos acuerdos de concertación social es crear unas Fundaciones tripartitas en el ámbito estatal encargadas de gestionar los fondos destinados a la formación profesional, con el efecto reflejo indirecto de retirar esta competencia de ejecución a las Comunidades Autónomas. El criterio a estos efectos de la jurisprudencia constitucional es el de que ni los acuerdos de concertación social y el protagonismo de los interlocutores sociales, ni las estructuras de cooperación interadministrativas constituidas al efecto, puede alterar las reglas de reparto competencial derivadas del texto constitucional y de los Estatutos de autonomía: “la mera previsión de una estructura organizativa y de participación entre el Estado, las Comunidades Autónomas y los agentes sociales implicados en el ámbito de la formación continua, en cuanto traslación de los principios generales de cooperación y colaboración, tiene por objeto favorecer la adecuada articulación del ejercicio de las respectivas competencias, y en esta medida tales previsiones no alteran el esquema de reparto competencial, ni impiden a la Comunidad Autónoma, en ejercicio de su potestad de autoorganización, la creación de los servicios o unidades propios que estime convenientes en orden al adecuado ejercicio de las competencias de ejecución que le han sido constitucionalmente atribuidas, siempre y cuando las funciones atribuidas a dichos órganos no vengán a sustituir las competencias de ejecución que son propias de las Comunidades Autónomas”⁵⁰.

⁴⁷ STC 178/2015, de 7 de septiembre; 88/2014, de 9 de junio; 112/2014, de 7 de julio; 38/2012, de 26 de marzo.

⁴⁸ STC 95/2002, de 25 de abril.

⁴⁹ STC 95/2002, de 22 de mayo.

⁵⁰ STC 244/2012, de 18 de octubre.

3.5. Las facultades consultivas y decisorias en el ámbito de la negociación colectiva

Por lo que se refiere al bloque de los derechos colectivos, algún apunte necesario es preciso realizar en relación con la negociación colectiva. Aunque se trate de una cuestión suscitada en tiempos más remotos, por su singularidad merece la pena traer a colación las facultades asumidas en materia de negociación colectiva por parte de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Esto se planteó en su momento respecto de las labores desplegadas por este órgano tripartito en relación tanto con la determinación del convenio colectivo aplicable a una empresa, actividad empresarial o centro de trabajo a la luz del ámbito funcional definido en el correspondiente convenio colectivo, así como en relación con los informes previos de carácter consultivo previos a la decisión administrativa de extensión de los convenios colectivos. Al respecto, la singularidad se encuentra en que en estos casos no nos enfrentamos propiamente ante la dualidad entre competencias legislativas y competencias de ejecución administrativa de esa legislación, por cuanto que nos situamos en un terreno cualitativamente diverso, que no se ubica ni en lo legislativo ni en lo ejecutivo. Propiamente quien actúa no es la Administración como tal, sino un organismo tripartito de carácter consultivo, que sobre todo actúa extramuros del ejercicio de un poder estatal, sea del poder legislativo o sea del poder ejecutivo. En razón a ello, la jurisprudencia constitucional ha señalado que no nos encontramos ante el ejercicio de una “competencia” en los términos contemplados constitucionalmente para el reparto de espacios entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sino del ejercicio de una facultad, que por añadidura se desenvuelve en el terreno de lo consultivo, lo que impide que una determinada Comunidad Autónoma reclame para sí el ejercicio de este tipo de facultades ni constituya extralimitación competencial por parte del Estado que la Administración General simplemente ponga a disposición del órgano tripartito los medios personales y materiales precisos para su funcionamiento. Así lo ha expresado en particular respecto de la facultad de consulta respecto del ámbito funcional de los convenios colectivos, que no la conecta ni con el reparto competencial Estado Comunidades Autónomas, sino en el territorio del reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva y, a tenor del mismo, la atribución de una amplia autonomía negocial a los representantes de los trabajadores y empresarios. De este modo, estas facultades de consulta respecto del ámbito funcional de los convenios no se sitúan dentro de las competencias de ejecución de la Administración laboral y, por tanto, considera que no se puede asimilar a las competencias que asumen las Comunidades Autónomas en materia de negociación colectiva: “la actividad de la Comisión, en el punto que aquí nos ocupa, consiste, como declara la disposición final octava del Estatuto de los Trabajadores, en asesorar a las partes de las negociaciones colectivas. En este sentido ha de señalarse que la actividad de asesoramiento facultativo no constituye una competencia, sino una facultad, por lo que no puede ser reclamada fundándose en un título competencial por sujeto

alguno, ya que no afecta al ejercicio de ninguna competencia, pues ninguna se posee -en línea de principio- en relación con la determinación del ámbito funcional de los convenios. Esta determinación es cuestión que pertenece exclusivamente a las partes de la negociación (art 83.1 del Estatuto de los Trabajadores), y no es posible ningún tipo de interferencia de autoridades administrativas, sean autonómicas o estatales, que vulneraría el derecho constitucional a la negociación colectiva (art. 37.1 de la Constitución)⁵¹.

Eso sí, del mismo modo entiende que no se trata tampoco de una competencia estatal, de lo que deriva que tampoco nada impide que las Comunidades Autónomas pudieran desarrollar esta función de asesoramiento a través de un órgano autonómico asimilado al de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, eso si siempre que tal asesoramiento se mantenga en el territorio de lo consultivo y no se configure con carácter preceptivo por mandato de la propia Comunidad, pues ello implicaría una regla de ordenación del procedimiento negociador, que, al margen de su valoración en función del derecho constitucional a la negociación colectiva, sólo competiría al Estado, habiendo declarado expresamente el propio Tribunal la constitucionalidad de la constitución de este tipo de órganos a nivel autonómico⁵².

A la vista de lo anterior, de existir esta dualidad de asesoramiento se viene a otorgar a los interesados la libertad de elección de acudir a la instancia estatal o a la correspondiente autonómica: “El carácter facultativo de la consulta excluye toda confrontación con las facultades derivadas de la competencia a cuyo ejercicio servirá aquélla, pues el recurso o no a la Comisión depende de la voluntad incondicionada del titular”. Es decir, no se observa conflicto en que el interesado pueda libremente acudir a solicitar la consulta a una u otra instancia. Eso sí, el hecho de que en estos momentos la normativa estatal no limite el conocimiento por razón de su ámbito territorial ni a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, ni a los correspondientes órganos consultivos en el ámbito de las Comunidades Autónomas, nada impediría que la legislación laboral, necesariamente estatal, estableciera un cierto reparto competencial territorial de modo que, siendo las partes libres de formular dicha consulta, si deciden hacerlo hayan de plantearlo en el ámbito autonómico o estatal según el alcance territorial de la consulta.

Parcialmente diverso es cuando esta consulta se conecta con una decisión administrativa de ejecución laboral, convirtiéndose dicha consulta en un trámite obligado, aunque su dictamen naturalmente no tenga el carácter de vinculante, dentro del desarrollo del procedimiento administrativo. Esto es precisamente lo que sucede en relación con las consultas respecto de las solicitudes de extensión de convenios colectivos, que deben ser decididas por la Administración laboral. En este caso, el Tribunal Constitucional advierte la mayor complejidad del asunto,

⁵¹ STC 17/1986, de 4 de febrero, ECLI:ES:TC:1986:17.

⁵² STC 35/1982, de 14 de junio, respecto del Consejo Vasco de Relaciones Laborales.

tanto por la dificultad de determinar cual sea la naturaleza del acto de extensión como el hecho de que la consulta se enmarca dentro del ámbito del ejercicio de una competencia ejecutiva. A tal efecto, la sentencia elude los aspectos precedentes para centrarse en el hecho de que no se produce invasión competencial de lo que corresponde a la Comunidad Autónoma en la medida en que contempla que la competencia consultiva de la Comisión Consultiva corresponde exclusivamente al aquellas extensiones convencionales que asume como competencia el Ministerio de Trabajo⁵³. Esta es precisamente la fórmula contemplada en estos momentos en la regulación vigente, remitiendo la competencia consultiva en materia de extensión convencional al organismo tripartito en función de la instancia administrativa estatal o autonómica que haya de resolverlo⁵⁴.

Por lo demás, más allá del ejercicio de estas funciones consultivas, en lo que refiere directamente a la competencia de decisión respecto de las solicitudes de extensión de convenios colectivos, el criterio de nuestro Tribunal Constitucional ha sido que las Comunidades Autónomas pueden ejercer esta competencia para proceder a extender convenios colectivos dentro de su territorio autonómico, sin que ello impida que el convenio colectivo objeto de extensión sea de ámbito territorial diverso al de la propia Comunidad, por cuanto que lo relevante al final es el ámbito territorial autonómico sobre el que va a desplegar sus efectos⁵⁵.

Finalmente, en este terreno es de obligada mención la competencia, ahora en el terreno resolutorio, asignada a los organismos tripartitos que venimos comentando en relación con las solicitudes de descuelgue de convenios colectivos. En este materia no tenemos hasta el presente sentencias constitucionales que se refieran al reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, más allá de la que avala la constitucionalidad de la reforma de 2012 por medio de la cual se atribuyó la capacidad resolutoria de estos asuntos a los órganos tripartitos a instancia de la empresa y sin el consentimiento de la representación de los trabajadores⁵⁶. Por lo que refiere en concreto al reparto de actuaciones entre los organismos tripartitos autonómicos y el estatal la respuesta nos viene dada por la norma legal que disciplina la materia, atendiendo a un lógico criterio de reparto territorial: “cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los

⁵³ STC 17/1986, de 4 de febrero, ECLI:ES:TC:1986:17.

⁵⁴ Art. 7 RD 718/2005, de 20 de junio (BOE de 2 de julio), por el que se aprueba el procedimiento de extensión de convenios colectivos.

⁵⁵ SSTC 86/1991, de 25 de abril (BOE de 29 de mayo), ECLI:ES:TC:1991:86; 102/1991, de 13 de mayo (BOE de 18 de junio), ECLI:ES:TC:1991:102.

⁵⁶ SSTC 119/2014, de 16 de julio (BOE 15 de agosto; 8/2015, de 22 de enero (BOE 24 de febrero).

demás casos” (art. 82.3 ET). Por vía reglamentaria, de manera adicional se ha atribuido una competencia residual a la Comisión Nacional para aquellos supuestos en los que la Comunidad Autónoma no haya constituido el organismo tripartito, lo que se vehiculará a través de los correspondientes acuerdos de colaboración entre la Comisión Nacional y las correspondientes Comunidades Autónomas⁵⁷. Más aún, posteriormente, en un determinado momento se llegó a eximir de la necesidad de celebración de este convenio de colaboración, en términos tales que se atribuyó a la Comisión Nacional la competencia con carácter subsidiario hasta tanto no se constituya a nivel autonómico el organismo tripartito o se celebre este convenio de colaboración⁵⁸. No obstante, ha de tenerse en cuenta que esta última atribución de facultad subsidiaria a favor de la Comisión Nacional ha sido declarada inconstitucional, basado ello exclusivamente en la introducción de esta atribución subsidiaria por la vía de un Real Decreto-ley sin que concurren las circunstancias de urgencia exigidas constitucionalmente⁵⁹. A pesar de ello, la regla vino a ser rescatada a través de la aprobación del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores de 2015 (disp. adic. 9 ET), si bien habría que poner en duda la validez de esta incorporación al texto refundido en la medida en que trae su fundamento en un Real Decreto-ley que fue declarado inconstitucional por ausencia de urgencia por la sentencia antes citada de 2018.

En paralelo a lo que suelen ser competencias de los anteriores organismos tripartitos, se encuentra todo el desarrollo de los procedimientos de solución autónoma de conflictos colectivos, establecidos a través de los correspondientes acuerdos interprofesionales⁶⁰. En estos casos, existe tanto un acuerdo interprofesional en el ámbito estatal como hasta un total de 17 acuerdos en el ámbito de cada una de las Comunidades Autónomas. Desde el punto de vista de lo que estamos analizando en este trabajo, se trata de procedimientos, como su propio nombre indica, autónomos, que a estos efectos significa que son el resultado de procesos de negociación colectiva protagonizados por los representantes de los trabajadores y empresarios. Dicho en sentido negativo, todos estos procedimientos de mediación y arbitraje en modo alguno se sitúan ni en el terreno de la normativa estatal (sino desarrollo de la misma) ni en el campo de la ejecución de la legislación laboral como actividad administrativa. Es cierto que en el funcionamiento práctico de estos procedimientos tanto la Administración General del Estado como las

⁵⁷ Disp. adic. 2ª Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre (BOE 28 de septiembre), por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

⁵⁸ Disp. adic. 6ª 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.

⁵⁹ STC 61/2018, de 7 de junio.

⁶⁰ Sobre el particular con más detalle el trabajo de Sofía Olarte Encabo en este número de la Revista.

Administraciones autonómicas colaboran aportando los correspondientes medios materiales y personales que permiten su desarrollo práctico. Se presentan desde esta perspectiva como servicios que presta la Administración a los interlocutores sociales, que son esto últimos los que diseñan y gestionan los mismos con sus propias lógicas. En definitiva, en reparto de espacios entre el Acuerdo estatal y los paralelos 17 acuerdos autonómicos se determina por su propio clausulado, en atención a las reglas de concurrencia convencional que ellos estimen conveniente (art. 83 ET), sin que a tal efecto resulten determinantes las reglas de reparto competencia entre Estado y Comunidades Autónomas que venimos analizando a lo largo del presente trabajo.

3.6. Huelga en servicios esenciales de la comunidad

La competencia atribuida a la autoridad gubernativa para la fijación de los servicios mínimos imprescindibles para el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en casos de huelgas constituye otra de las materias que puede afectar al reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁶¹. La perspectiva de intervención de la jurisprudencia constitucional en esta materia es muy amplia, centrándose especialmente en la determinación de las huelgas que pueden afectar a los servicios esenciales, la proporcionalidad entre la garantía del ejercicio del derecho de huelga y la tutela de los intereses de la ciudadanía en general como usuarios y consumidores, la facultades de actuación que le corresponden a los convocantes de la huelga y la dirección de la empresa que gestiona este tipo de servicios etc. No obstante, nuestra perspectiva de análisis en este caso no pretende abarcar la totalidad de los aspectos en los que ha intervenido el Tribunal Constitucional en relación con las huelgas en servicios esenciales, sino exclusivamente en lo que afecta a la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el ejercicio de la responsabilidad que le corresponde en la fijación de los servicios mínimos.

Como punto de partida ha de tenerse en cuenta que la parquedad de la regulación de esta materia en nuestra normativa sobre huelga provoca significativos problemas de implementación del mandato constitucional. Más aún, no puede dejar de tenerse presente que la mencionada regulación se remonta a fechas precedentes a la aprobación de nuestro texto constitucional, lo que en este caso afecta al hecho de que es una norma que no podía tener en cuenta la estructura política del Estado con una importante asunción competencial por parte de las Comunidades Autónomas. De ahí que en la norma se utilice la expresión “autoridad gubernativa” como sinónimo de Gobierno de la nación⁶², sin tener presente la posible competencia

⁶¹ STC 124/2013, de 23 de mayo (*BOE* de 18 de junio); 233/1997, de 18 de diciembre (*BOE* de 21 de enero de 1998).

⁶² Art. 10 párrafo Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo (*BOE* 9 de marzo).

autonómica en esta materia. A tenor de ello, como no podía ser de otro modo, hay que tener presente que la generalidad de las Comunidades Autónomas ha asumido la correspondiente competencia en esta materia.

En esta materia la especialidad se sitúa en el dato de que, aunque materialmente la fijación de servicios mínimos afecta al ejercicio de un derecho laboral de primer orden como el derecho al trabajo, por tanto, se pudiera pensar que materialmente se trata de una ejecución de la legislación laboral, siendo esta la que marca el reparto competencia, no ha sido este el criterio adoptado por nuestro Tribunal Constitucional. A pesar de que desde tiempo atrás personalmente he defendido el criterio de que se trata del ejercicio del título competencial en materia de ejecución de la legislación laboral⁶³, para el Tribunal Constitucional prima el dato de la limitación de un derecho constitucional esencial, siendo desde ese prisma desde el que se debe analizar la cuestión. Siendo ese el prisma que a juicio de la jurisprudencia constitucional debe prevalecer, lo decisivo no debe ser como se asumen por las Comunidades Autónomas la ejecución de la legislación laboral, sino qué poderes públicos asumen la gestión, control o garantía de su desarrollo. Para ser más precisos, para el Tribunal Constitucional, sin negarse que ello pudiera ubicarse dentro del ámbito de la ejecución de la legislación laboral, dicha competencia autonómica “debe interpretarse con la salvedad de que se trate de un servicio público de titularidad y gestión estatales”, de modo que a la Comunidad autónoma sólo le corresponde dicha competencia cuando le corresponda “la responsabilidad política del servicio en cuestión”⁶⁴. De este modo, por poner un ejemplo, en una huelga en el sector del transporte lo que resulta decisivo es si ese concreto servicio público es gestionado o es responsabilidad en su correcto funcionamiento del Estado, de la Comunidad Autónoma, de una Corporación local o incluso de cualquier otro poder público que ejerza responsabilidades de “autoridad gubernativa en el sentido amplio del término. Así, por ejemplo, en una huelga en el sector de la estiba y desestiba en un concreto puerto de interés general lo que prima es la competencia exclusiva del Estado de este tipo de puertos (art. 149.1.20 CE)⁶⁵; del mismo modo que idéntico título competencial estatal se reconoce respecto de los aeropuertos de interés general (art. 149.120 CE)⁶⁶.

⁶³ La intervención de la autoridad gubernativa (laboral) en la fijación de los servicios mínimos, Relaciones Laborales nº 10/88 (mayo 1988).

⁶⁴ SSTC 31/2010, de 28 de junio; 124/2013, de 23 de mayo (BOE de 18 de junio); 233/1997, de 18 de diciembre (BOE de 21 de enero de 1998); 27/1989, de 3 de febrero.

⁶⁵ SSTC 233/1997, de 18 de diciembre (BOE de 21 de enero de 1998).

⁶⁶ STC 124/2013, de 23 de mayo (BOE de 18 de junio).

4. SEGURIDAD SOCIAL *VERSUS* ASISTENCIA SOCIAL

En el ámbito de la protección social, el contraste de preceptos constitucionales es diverso respecto de los que venimos analizando hasta el momento presente⁶⁷. En efecto, de un lado, nos enfrentamos a la previsión de atribución al Estado de la competencia relativa a “la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas” (art. 149.1.17 CE), del mismo modo que contempla como competencia del Estado la relativa a las “bases y coordinación general de la sanidad” (art. 149.1.16 CE); de otro lado, se establece como competencia a asumir en exclusiva por las Comunidades Autónomas, tanto la vertiente legislativa en toda su extensión con la correspondiente de ejecución, las relativas a la “asistencia social” (art. 148.20 CE).

En cuanto al título relativo a la Seguridad Social, el criterio central del Tribunal Constitucional gira en torno a la idea fuerza de que debe garantizarse la llamada “caja única” de la Seguridad Social, que implica la unidad y uniformidad del sistema, la titularidad estatal de todos los recursos de la Seguridad Social, así como la igualdad entre todos los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social⁶⁸. En correspondencia con ello se interpreta que la competencia estatal relativa al “régimen económico de la Seguridad Social” abarca tanto la vertiente legislativa como la ejecutiva, lo que ha determinado que, aunque formalmente las Comunidades Autónomas pueden asumir la legislación no básica ello está condicionado a que no pueda afectar a la normativa que incida directamente al régimen económico de la Seguridad Social.

Respecto de la ejecución se encuentra plenamente transferido lo que afecta a la sanidad pública y los servicios sociales, así como a las prestaciones económicas no contributivas, sin apenas transferencias en lo que afecta a las prestaciones contributivas. En concreto, respecto de la ejecución de las prestaciones contributivas corresponde al Estado todo lo que refiere a la gestión de los ingresos (cotizaciones) y gastos (pago de prestaciones), sin posibilidad de constituir fondos autonómicos separados del patrimonio único. Eso sí, se admiten como transferibles los aspectos instrumentales sin incidencia directa sobre el régimen económico: inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de los trabajadores⁶⁹. La gestión de fondos por las CCAA destinados a prestaciones económicas sólo se admite cuando se considera que no tienen carácter de prestaciones de Seguridad Social⁷⁰. Como complemento,

⁶⁷ Sobre el particular, con más detalle, ver el trabajo en este número de la revista de los profesores J. C. Álvarez Cortés y F. Vila Tierno.

⁶⁸ Por todas, STC 124/1989, de 7 de julio (BOE9 de agosto), ECLI:ES:TC:1989:124.

⁶⁹ STC 124/1989, de 7 de julio (BOE 9 de agosto), ECLI:ES:TC:1989:124).

⁷⁰ SSTC 100/2017, de 20 de julio (BOE 11 de agosto), ECLI:ES:TC:2017:100; 133/2019, de 13 de noviembre (BOE 19 de diciembre), ECLI:ES:TC:2019:133.

la potestad sancionadora de la Administración que afecte directamente al régimen económico (se trate de ingresos o de gastos) corresponde igualmente al Estado⁷¹.

Como contrapunto, las Comunidades Autónomas han asumido las competencias relativas a la asistencia social, sin que exista un concepto abstracto e intemporal de qué tipo de prestaciones abarca este título competencial. El criterio del Tribunal Constitucional es que la asistencia social constituye, en su frontera con la Seguridad Social, una noción histórica, que puede ir evolucionando con el paso del tiempo. De este modo, en la práctica, por vía de la asistencia social, las Comunidades Autónomas pueden desplegar una labor complementaria de prestación de servicios sociales y de ayudas económicas que hoy en día no son asumidas por la Seguridad Social como tal.

Eso sí, como cierre del sistema, conviene advertir que el Estado ostenta un importante título competencial cifrado en “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos” (art. 149.1.1 CE), título que le habilitaría para abordar un régimen mínimo de condiciones respecto de la acción social consustancial a todo Estado de Derecho, por mucho que roce con competencias propias de las Comunidades Autónomas. Ejemplo paradigmático de esto último se encuentra en la regulación relativa a la protección de las situaciones de dependencia y promoción de la autonomía personal⁷².

La novedad más reciente en la materia se ha producido a resultas de la incorporación dentro de la acción protectora de la Seguridad Social del Ingreso Mínimo Vital, como prestación de la misma dentro del brazo no contributivo de la Seguridad Social⁷³. A diferencia de la opción política que se adoptó al establecer la acción protectora de atención a la dependencia personal extramuros de la Seguridad Social, en esta ocasión la decisión igualmente política de incardinar el Ingreso Mínimo Vital como prestación no contributiva de la Seguridad Social ha determinado que su regulación se sitúe en el terreno estricto de la competencia estatal (art. 149.1.17 CE).

No obstante lo anterior, no impide que en la gestión de esta prestación, por su carácter de ejecución de un servicio social de la Seguridad Social, la misma pueda ser transferida o gestionada conjuntamente con las Comunidades Autónomas. En concreto, esto es lo que se contempla dentro de la norma reguladora de esta

⁷¹ SSTC 195/1996, de 28 de noviembre (BOE 3 de enero de 1997), ECLI:ES:TC:1996:195; 104/2003, de 2 de junio (BOE 1 de julio), ECLI:ES:TC:2003:104; 51/2006, de 16 de febrero (BOE 16 de marzo), ECLI:ES:TS:2006:51.

⁷² Ley 39/2006, de 14 de diciembre (BOE 15 de diciembre), de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

⁷³ Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo (BOE 1 de junio), por el que se establece el ingreso mínimo vital.

prestación. Así, se prevé que la competencia para el reconocimiento y el control de la prestación económica no contributiva de la Seguridad Social corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social. Sin perjuicio de lo anterior, las comunidades autónomas y entidades locales podrán iniciar el expediente administrativo cuando suscriban convenio con el Instituto Nacional de la Seguridad Social. En el marco del correspondiente convenio podrá acordarse que, iniciado el expediente por la respectiva administración, la posterior tramitación y gestión previas a la resolución del expediente se efectúe por la administración que hubiere incoado el procedimiento (art. 22 RDL 20/2020). Al margen de ello se contempla la posibilidad de ir más allá de lo anterior, en la medida en que los convenios con las Comunidades Autónomas pueden llegar a contemplar fórmulas plenas de la prestación por parte de estas últimas (disp. adic. 4ª RDL 20/2020). Y, especialmente, se prevé que las Comunidades forales (País Vasco y Navarra), asumirán con referencia a su ámbito territorial, las funciones y servicios correspondientes que con carácter general se atribuyen al Instituto Nacional de la Seguridad Social en relación con la prestación económica no contributiva de la Seguridad Social del ingreso mínimo vital (disp. adic. 5ª RDL 20/2020).

Esta fórmula ha sido considerada por alguna Comunidad Autónoma no respetuosa con sus competencias estatutarias, puesto que desde la misma se ha defendido que la misma ostenta la competencia para asumir la gestión de esta prestación, de modo que se considera contrario al modelo constitucional reservar la competencia de gestión a favor del Instituto Nacional de la Seguridad Social. La cuestión ha venido a ser resuelta por nuestro Tribunal Constitucional, declarando conforme al modelo constitucional la fórmula establecida en la normativa reguladora del Ingreso Mínimo Vital⁷⁴.

Parte la sentencia de ubicar la materia en el ámbito estricto del título competencial de la Seguridad Social, sin conexión alguna con el título competencia de asistencia social: “Lo discutido en el presente proceso no es un mecanismo de protección social que actúe extramuros del sistema de la Seguridad Social, sino una prestación ínsita en su acción protectora en la medida que supone el ejercicio de una «función del Estado (la que le atribuye el art. 41 CE) destinada a poner remedio a situaciones de necesidad”.

Desde el punto de vista normativo, la sentencia no duda de que la regulación resulta respetuosa con la atribución al Estado de la normativa básica de Seguridad Social: “Con carácter general, la competencia estatal sobre la «legislación básica» implica la existencia de un «común denominador normativo» necesario para asegurar la «unidad» fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias; esto es, constituye «un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional», que está

⁷⁴ STC 158/2021, de 16 de septiembre (BOE 20 de octubre).

dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad, a partir del cual puede cada comunidad autónoma, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su estatuto⁷⁵. Incluso, la sentencia llega a recordar que entre de la normativa básica el establecimiento del modelo de gestión de la Seguridad Social y, por ende, por ejemplo, la atribución de la gestión de la prestación por desempleo al Servicio Público Estatal de Empleo⁷⁶.

En todo caso, el recurso interpuesto cuestiona sobre todo la atribución de la gestión al Instituto Nacional de la Seguridad Social, que, como efecto reflejo, impide la gestión autonómica de la prestación, cuando estatutariamente dicha Comunidad Autónoma ostenta la competencia relativa a la ejecución de los servicios de la Seguridad Social. Tal posición viene a ser rechazada por la sentencia en cuestión, reiterando que entra dentro de la competencia estatal la determinación del “modelo de gestión”, “lo que garantiza que el acceso a tales prestaciones y su disfrute por parte de los ciudadanos se produzca de forma igualitaria y homogénea en todo el territorio nacional “Por lo tanto, no cabe duda de que los preceptos impugnados, al determinar el procedimiento para la solicitud, la tramitación y el reconocimiento del ingreso mínimo vital, instaurando un modelo de gestión atribuido al INSS, constituyen «legislación básica» de la Seguridad Social y afectan, además, a su «régimen económico», en la medida en que el reconocimiento del IMV de acuerdo con tales normas y la eventual reclamación de las prestaciones que indebidamente se hayan percibido por los beneficiarios, afectan a la gestión de los recursos económicos y a la administración financiera de aquel sistema, al conllevar la realización de los correspondientes ingresos y gastos en su caja única”. “En virtud de ello, la potestad ejecutiva del Estado (a través de INSS) alcanzaría a todos los aspectos relativos al reconocimiento (iniciación, tramitación, resolución, revisión y control), mientras que las de las comunidades autónomas quedarían limitadas a aquellos aspectos instrumentales que no guarden relación con el régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio, de la posibilidad legalmente prevista de asumir las potestades de iniciación, tramitación y resolución de los expedientes de reconocimiento del IMV tras la suscripción de un convenio con la citada entidad gestora de la Seguridad Social”.

Ni siquiera la sentencia acepta el paralelismo con la asunción competencial por parte de las Comunidades Autónomas de la gestión de otras prestaciones no contributivas de la Seguridad Social: “Tampoco respalda su pretensión la circunstancia de que la Generalitat de Cataluña gestione ya otras prestaciones no contributivas (como las de invalidez o jubilación), pues en estos casos cuenta con un título jurídico bastante, al haberse producido la asunción de los correspondientes

⁷⁵ Con cita de las SSTC 132/2019, de 13 de noviembre y 68/2021, de 18 de marzo.

⁷⁶ STC 104/2013, de 25 de abril).

servicios de acuerdo con lo dispuesto tanto en la disposición adicional cuarta de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, así como en el art. 373 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre”.

Finalmente, merece la pena indicar que esta sentencia cuenta con un voto particular discrepante por parte de dos magistrados. El voto particular, recuerda la diferencia entre asistencia social “interna” y “externa” al sistema de Seguridad Social, a los efectos de considerar que hubiera sido necesario explicar con mayor fundamento las razones por las cuales el Ingreso Mínimo Vital se inscribe en el primero, cosa que acepta el voto, pero que debería precisar que ello no se opone al mantenimiento de las rentas mínimas de inserción autonómicas como asistencia social “externa”. Pero, sobre todo, el voto particular, se centra en lo que constituye el centro del debate del recurso, es decir, a quien corresponde la gestión de la prestación. A juicio del voto particular, “no existe margen alguno para que el Estado asuma facultades ejecutivas, y hubiera debido estimarse el recurso de inconstitucionalidad”, de modo que se debería haber reconocido la competencia de ejecución de la prestación a favor de la Comunidad Autónoma. En concreto, la sentencia advierte que la propia regulación estatal reconoce la asunción de la competencia de ejecución a favor de las Comunidades forales (País Vasco y Navarra), de modo que no puede existir argumento de constitucionalidad que se lo niegue a aquellas otras Comunidades Autónomas que en sus Estatutos de Autonomía tienen reconocidas como competencia la ejecución de las prestaciones de Seguridad Social. Entiende que a estos efectos el error se encuentra en haber confundido ejecución de la Seguridad Social con régimen económico de la Seguridad Social. De lo contrario, recuerdan que ello debería conducir a negar lo ya admitido por el propio Tribunal Constitucional de que la ejecución de las prestaciones no contributivas por jubilación o invalidez corresponden han sido correctamente asumidas por las Comunidades Autónomas.

LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN MATERIA DE EMPLEO, AGENCIAS DE COLOCACIÓN Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL: EN ESPECIAL, LA EXPERIENCIA ANDALUZA

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO

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

EXTRACTO

Palabras clave: Políticas de empleo, Comunidades Autónomas, Servicios públicos, agencias de colocación, concertación social

La progresiva asunción de competencias en materia de empleo por parte de las Comunidades Autónomas españolas ha coincidido temporalmente con un giro casi copernicano tanto en su propia concepción e importancia, como en las estructuras públicas y privadas encargadas de su configuración y ejecución. Desde tales premisas, este trabajo analiza dicho proceso prestando una especial atención a su evolución temporal, al influjo que los mecanismos de gobernanza a nivel europeo han tenido en la configuración de los mecanismos de coordinación multinivel de las mismas y al impacto que las nuevas formas de gestión pública han tenido sobre esta materia. Con tales coordenadas, se analizan igualmente algunos rasgos de los actuales planes y estrategias de empleo de diversas Comunidades Autónomas, así como el papel de estos entes territoriales en relación con las agencias de colocación y las ETT. Finalmente, se abordan estas mismas cuestiones en relación con la administración andaluza al ser esta un ejemplo evidente no solo de la capacidad de las sucesivas administraciones autonómicas de dotarse de una política propia frente a experiencias pasadas o de la administración central, sino también del impacto que estas nuevas formas de gestión pública han tenido sobre algunos de sus rasgos más tradicionales.

ABSTRACT

Key words: Employment policies; Autonomous Communities; Public Employment Services (PES); employment agencies; social partnership

The progressive assumption of competences in the field of employment by the Spanish autonomous regions has coincided temporarily with a Copernican turn, not only in the conception and importance of these employment policies, but also in the configuration and role of the public and private entities responsible for their configuration and execution. From these premises, this paper analyses this process, paying special attention to its temporal evolution, the influence that governance mechanisms at European level have had on the configuration of new coordinating mechanisms, and the impact that new forms of public management have had on these schemes. The paper also analyses some features of the current employment plans and strategies of various Spanish Autonomous Communities, as well as the role of these territorial authorities in relation to employment agencies and TWA. Finally, these matters are also analysed in relation to the Andalusian administration; a notorious example not only of the capacity of successive autonomous administrations to provide their own policy quite different from previous experiences, but also of the impact that these new forms of new public management (NPM) have had on some of its more traditional features.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. POLÍTICAS DE EMPLEO Y ESTADO AUTONÓMICO: ENTRE LA CONSTRUCCIÓN DE LOS SERVICIOS Y LA COORDINACIÓN MULTINIVEL
 - 2.1. El inicio del proceso y los mecanismos de gestión iniciales
 - 2.2. La construcción de los servicios públicos de empleo autonómicos
 - 2.3. La progresiva formalización de mecanismos de gobernanza multinivel y la reforma estatutaria
 - 2.4. Algunas notas sobre los actuales planes y estrategias de empleo de las Comunidades Autónomas
3. ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS AGENCIAS DE COLOCACIÓN Y LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL
 - 3.1. Competencias ejecutivas y supraterritorialidad
 - 3.2. La colaboración público-privada y los mecanismos contractuales de articulación
4. UNAS LÍNEAS SOBRE LA EXPERIENCIA ANDALUZA

1. INTRODUCCIÓN

Lo primero que seguramente debe destacarse al abordar el estudio de la experiencia autonómica en el ámbito “del empleo” es el hecho de que la progresiva asunción de funciones en esta materia por parte de las Comunidades Autónomas ha corrido paralela a una intensa transformación tanto en la importancia, como, sobre todo, en el contenido y en la forma de gestión de buena parte de estas políticas. De hecho, es fácil percibir cómo la aparición del Estado autonómico en España ha venido a coincidir con el inicio de una revolución casi copernicana en estos servicios y programas, así como en sus estructuras y formas de gestión, en un proceso acelerado en el que, además, y como veremos, ha ejercido una influencia ciertamente fundamental la progresiva integración europea¹.

En este sentido, es cierto que la preocupación –y, por tanto, la regulación– sobre el “empleo” y las fases previas al contrato de trabajo, con especial atención a la colocación, ha sido una materia tradicionalmente abordada, no solo a nivel nacional sino también internacional. Baste pensar, para comprender lo que decimos, en las ya lejanas leyes de colocación obrera de 1931 o 1944 o, en el ámbito internacional, en los Convenios núm. 34 o 88 de 1933 y 1948 de la OIT².

¹ Para una primera aproximación a estas cuestiones nos remitimos, por brevedad, a lo que ya en su momento señalamos en AAVV, *Colocación y servicios de empleo*, (dir. F.J. Calvo Gallego, M.C. Rodríguez-Piñero Royo), CES, Madrid, 2011.

² Sobre esta evolución normativa a nivel nacional e internacional pueden consultarse, por todos, los detenidos estudios de J.L. Lázaro Sánchez, *La intermediación en el mercado de trabajo*, CARL Mergablum, Sevilla, 2003, pág. 136 y sig.; M. M. Alarcón Castellanos, *La intermediación laboral como un instrumento eficaz en tiempo de crisis: Servicios Públicos de empleo y entidades afines*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2009, p. 27 y sig.

Pero no lo es menos que, especialmente en España, aquella atención primigenia se focalizó casi exclusivamente -sobre todo durante la primera mitad del siglo XX y especialmente durante la dictadura franquista- en la prohibición de ciertos agentes de intermediación o interposición y, en especial, en el desarrollo de una estructura pública de colocación que, desde una actitud básicamente pasiva –el tantas veces mentado “servicio de desempleo”-, centró su actuación en un control ineficiente y meramente burocrático de la contratación, dando lugar así a una percepción de la misma como un ente inútil y fiscalizador, algo que, como veremos, ha lastrado su penetración cuando posteriormente se les ha querido reconvertir en entidades básicamente prestadoras de servicios. Pero no adelantemos acontecimientos.

Por ahora nos interesa resaltar cómo esta lógica inicial se va a ir alterando progresivamente cuando, especialmente a partir de finales de los años setenta y ochenta, coincidiendo básicamente con el cambio político que forja nuestra Constitución, el problema del desempleo estructural y, portanto, de los desequilibrios del mercado de trabajo, va a convertirse en una de las preocupaciones básicas que han caracterizado desde ese momento a nuestra sociedad. Esta preocupación, que se plasma ya en nuestra propia Ley Fundamental -y que, sin embargo, no condujo a la incorporación expresa del “empleo” entre las materias a las que se hacía referencia expresa en los artículos 149.1 y 148 de nuestra Constitución- va a conducir, por lo que aquí interesa, no solo a la progresiva aparición de un conjunto normativo propio, progresivamente dotado de autonomía y que va a ser el germen de lo que hoy en día se conoce como Derecho del empleo, sino también a una progresiva transformación de las estructuras y sujetos que operaban en el mercado de trabajo; una transformación que, por un lado -y auspiciada por la jurisprudencia europea-, va a permitir la aparición de nuevos sujetos que operan sobre el mismo³, y que, por el otro, va a reclamar -o incluso a exigir- un profundo cambio descentralizador y de gestión en las estructuras públicas encargadas de estas políticas⁴. Bajo la presión del desempleo, estas estructuras, sin obviamente desaparecer, sí van a verse obligadas a cambiar su forma de intervención, alejándose de su histórica función controladora -que permanecerá básicamente en relación con las prestaciones por desempleo-, para convertirse, sustancialmente, y al menos en teoría, en sujetos prestadores de servicios, en cooperación o incluso en colaboración, que no confrontación, con los nuevos sujetos públicos y privados que actúan también sobre el mismo, “dinamizándolo”.

³ Por todos, véase a M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *Público y privado en el mercado de trabajo de los noventa*, Universidad de Huelva, 1994; J.L. Lázaro Sánchez, *La intermediación...*, cit., pág. 174 y sig.

⁴ Véase, en este sentido, y por todos, J.A. Alujas Ruíz, “Análisis de la intermediación laboral del servicio público de empleo por comunidades autónomas”, en *Ekonomiaz*, 2018, n. 93, pág. 80 y sig.

En cualquier caso, es igualmente importante destacar cómo en todo este cambio de paradigma influyen también, y en segundo lugar, los profundos cambios que, como consecuencia de la nueva revolución tecnológica y digital, se han implantado en nuestro sistema productivo y que obviamente han acabado por impactar igualmente en el peso, la orientación y la forma de ejercicio de estas competencias públicas⁵.

Así, y por mencionar solo un ejemplo, resulta evidente que el carácter cada vez más transicional de muchos de nuestros mercados de trabajo, en los que las transiciones, no solo entre empleos sino también entre situaciones ante la actividad productiva, serán cada vez más frecuentes y habituales, exigen un papel mucho más dinámico y fundamental de los servicios públicos de empleo⁶. En esta nueva realidad, estos servicios deben convertirse en una pieza esencial para el fomento de la empleabilidad -o incluso de la simple ocupabilidad- que, junto con la garantía de rentas, centran la nueva “seguridad” que reclama la tan traída, al menos durante algunos años, flexiguridad. Lejos por tanto de ser un instrumento de uso puntual y aislado, centrado en el control y en su caso la sanción, los servicios de empleo han de convertirse así en un instrumento de acompañamiento, en un “compañero” casi permanente de casi todos los ciudadanos a lo largo de toda su vida, dándole servicios que permitan no solo conservar y actualizar, sino también mejorar y completar su empleabilidad -o, como veremos, su ocupabilidad-, tanto cuando se encuentran desempleados, como cuando estén ocupados o se sitúen en un proceso de formación o de conciliación⁷. Solo desde esa perspectiva resulta comprensible que desde la misma Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea se individualice este acceso gratuito a un servicio de colocación como uno de los específicos derechos de solidaridad encuadrados en su Título IV.

Pero es que además, y desde esta misma perspectiva, también resulta evidente que los servicios que deben prestar estas estructuras, básicamente autonómicas, han tenido que cambiar, adaptándose progresivamente a la nueva realidad económica

⁵ De extraordinario interés, al menos a mi juicio, es el documento *Contribución de los servicios públicos de empleo a la Estrategia Europa 2020, documento sobre la estrategia de los SPE de cara al año 2020* disponible en <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=9690&langId=es>. En esta misma línea, igualmente de interés es el documento de la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión de la Comisión Europea, *The future of work: implications and responses by the PES Network*, 2018 disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/37a9aa6b-9efa-11ea-9d2d-01aa75ed71a1>

⁶ Véase, por ejemplo, COMISIÓN EUROPEA, *An Agenda for New Skills and Jobs: A European Contribution towards Full Employment*, COM (2010) 682, de 26.11.2010 disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0682:FIN:EN:PDF>

⁷ Para un análisis más amplio de la cuestión me remito a lo que ya en su momento señalé en “Transiciones laborales y nuevo modelo productivo: algunas notas sobre la incidencia de la reforma laboral de 2010”, en AAVV., *Relaciones laborales y nuevo modelo productivo* (coord. J. Castiñeira Fernández), CARL, 2011, págs. 39 y sig.

y social. Así, en un contexto tecnológico de cambio acelerado de, entre otros, conocimientos, competencias y habilidades y en el que el aprendizaje permanente o a lo largo de toda la vida se convierte en una de las claves esenciales de la empleabilidad, parece evidente la necesidad de que estas políticas formativas se prolonguen a lo largo, también, de toda la experiencia vital, abarcando además otros ámbitos, especialmente los de orientación hacia el empleo, la formación y el acompañamiento o apoyo, esenciales en este nuevo contexto, y que, obviamente, deben imbricarse de forma casi inescindible con las ya tradicionales políticas pasivas, cada vez más mixtas.

Además, parece evidente que estas mismas políticas deben ser capaces de predecir las cambiantes necesidades del mercado -mediante observatorios y el uso del *big data*-, y adaptarse a las singularidades de cada individuo, ofreciendo servicios estandarizados, pero al mismo tiempo ajustados al perfil concreto de cada ciudadano. De este modo, la realización de tales previsiones de futuro se convierte en uno de los servicios esenciales que tales sujetos deben prestar en la medida en la que las mismas deben orientar no solo estas políticas, sino también la toma de decisiones fundamentales por parte de los propios ciudadanos. Y todo ello, claro está, sin olvidar que la búsqueda de la máxima eficacia, calidad y eficiencia va a reclamar la prestación de servicios adaptados al perfil de cada ciudadano -perfilado, *profiling* -, pero que, al mismo tiempo puedan ser catalogados y estandarizados con el fin de facilitar su impartición, mediante una gestión colaborativa y sometida a una evaluación propia de los ciclos de mejora permanente.

Sea como fuere, lo que sí queremos destacar es que, obviamente, todas estas transformaciones, unidas a una evidente revalorización del empleo autónomo como forma normal de ocupación, no solo han tenido una evidente repercusión sobre la importancia, el contenido y la forma de ejecutar las funciones públicas en este campo. También desde un punto de vista jurídico, todas estas innovaciones han generado situaciones en las que el peso de estas u otras perspectivas, han llegado incluso a extraer ciertas medidas del tradicional campo material del trabajo -art. 149.1.7 CE- o de la Seguridad Social -art. 149.1.17CE-, hacia la mucho más genérica referencia a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica o, desde otra perspectiva, el fomento del desarrollo económico de la Comunidad -arts. 149.1.13 y 148.1.13 CE-⁸.

De este modo, se han creado nuevos equilibrios entre el papel del Estado y de las Comunidades Autónomas, en especial en aquellas actuaciones ligadas

⁸ Sobre la perspectiva más tradicional, véase M. Rodríguez-Piñero Royo, M.L. Pérez Guerrero, "El reparto competencial entre el Estado y la comunidad autónoma andaluza en materia de empleo: perspectivas tras el nuevo estatuto de autonomía", en *Temas Laborales*, 2009, n. 100, Vol. I, págs. 189 y sig. a quienes se remite para una más amplia referencia bibliográfica. Igualmente de interés en este campo era la perspectiva más amplia de C. Serrano Falcón, *Servicios públicos de empleo e intermediación laboral en las comunidades autónomas*, Tirant lo Blanch, Valencia,

a una perspectiva más amplia -o genéricamente económica- de las políticas de empleo, o en aquellas actuaciones simplemente formativas o de orientación hacia la genérica actividad productiva; en aquellas prestaciones ligadas al autoempleo o al inicio de una actividad autónoma, o en aquellas aportaciones que se articulaban como simples subvenciones en un amplio itinerario de mejora de la ocupabilidad. Baste recordar en esta línea -que seguramente tiene su clave fundamental en la STC 22/2014, de 13 de febrero⁹- la conocida y discutida ubicación de la garantía juvenil en los artículos 149.1.7 o 149.1.13 CE y sus conocidas consecuencias en la STC 69/2018, de 21 de junio (F. jco. 8) o en la posterior STC 133/2019, de 13 de noviembre (F. jco. 3). Y ello, claro está, por no hablar nuevamente del programa Prepara y de la serie de sentencias que inicia, nuevamente, la STC 100/2017 de 20 de julio (F. jco. 5). Pero sobre todas estas cuestiones versará otro trabajo de este mismo monográfico. De ahí que no nos detengamos sino simplemente enunciemos estos asuntos, a las que retornaremos brevemente, si bien solo en relación con las agencias de colocación y las ETT.

Por ahora nos limitaremos a destacar, en tercer lugar, otro elemento especialmente importante en la configuración de estas políticas por parte de nuestras entonces jóvenes Comunidades Autónomas: el papel que en todo este proceso ha tenido un tercer sujeto público, además, obviamente, del local. En este sentido, de todos es sabido cómo la progresiva preocupación por el desempleo, especialmente en Francia, favoreció la rápida aparición no solo de un nuevo Título dedicado al empleo en el derecho originario de la Unión¹⁰, sino también la incorporación de estas cuestiones a los mecanismos de gobernanza de esta organización supranacional, ofreciendo así un modelo que no solo servirá de inspiración en la forma de articulación de materias compartidas entre distintas administraciones -como es esta del empleo, prototipo de gestión multinivel-, sino también de una forma de gestión del propio servicio público que, alineada con lo que se ha dado en llamar nueva gestión pública (*New Public Management/ New Public Governance*),

2004, pág. 19 y sig. Finalmente, esta perspectiva diversificadora en relación con las materias en las que subsumir las distintas políticas “de empleo” ya estaba presente en J.L. Lázaro Sánchez, *La intermediación...*, cit., pág. 275 y sig.

⁹ Aunque esta diferencia entre “política económica incentivadora del acceso al empleo” y ejecución de la legislación laboral ya había sido mencionada en otras sentencias anteriores como la 95/2002 de 25 de abril, F. jco. 10. En palabras del Tribunal (Fjco. 4): “El Estado ostenta pues, al amparo de su competencia sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE), la facultad de adoptar medidas en materia de fomento del empleo que, en tanto no incidan en la regulación de la relación laboral, constituyen una materia distinta de la propiamente laboral a la que se refiere el art. 149.1.7 CE”.

¹⁰ Sobre estas cuestiones resulta ineludible la remisión al excelente trabajo de J.M. Morales Ortega, *La comunitarización del empleo: su recepción por parte del Reino de España*, Mergablum, 2003.

va a tener un importante impacto en la delimitación de los sujetos, en la atribución de papeles o incluso en la forma de gestión de las propias estructuras públicas con competencias en esta materia¹¹.

Si a todo ello sumamos el permanente interés que sobre estos aspectos han mostrado prácticamente todas y cada una de las sucesivas Recomendaciones del Consejo a los Programas Nacionales de Reformas de nuestro país desde 2012¹²

¹¹ Véase, en este sentido, el conocido trabajo de J.T. WEISHAUPT, “A silent revolution? New management ideas and the reinvention of European public employment services”, en *Socio-Economic Review* Vol. 8, I. 3, 2010, pág. 461 y sig. Sobre estas cuestiones nos remitimos a lo que en su momento señalamos en AAVV *La colaboración público-privada en el mercado de trabajo. Experiencias comparadas y posibilidades para España*, Aempleo, PWC, 2014, en especial, pág. 15 y sig. Desde una perspectiva más amplia, sobre la relación entre el servicio público de empleo y la Estrategia Europea de Empleo se recomienda la lectura del interesante trabajo M. SALA PORRAS, *El Servicio Público de Empleo y el proceso jurídico de colocación*, CARL, Mergablum, Sevilla, 2010, pág. 39 y sig.

¹² Véase, por ejemplo, el punto 5 de la Recomendación del Consejo de 10 de julio de 2012 sobre el Programa Nacional de Reforma de 2012 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2012-2015, que instaba a nuestro país a: “Aplicar las reformas del mercado laboral y tomar medidas adicionales encaminadas a aumentar la eficacia de las políticas activas del mercado de trabajo mejorando sus destinatarios, aumentando la utilización de los servicios de formación, de asesoramiento y de acoplamiento entre la oferta y la demanda de empleo, intensificando sus vínculos con las políticas pasivas, y reforzando la coordinación entre los servicios públicos de empleo nacionales y autonómicos, incluido el intercambio de información sobre ofertas de empleo”. En una línea similar, la Recomendación del Consejo de 9 de julio de 2013 sobre el Programa Nacional de Reforma de 2013 de España recogía en su cuarto punto o recomendación la de: “Reforzar y modernizar los servicios públicos de empleo para garantizar una asistencia individualizada a los desempleados según sus perfiles y necesidades de formación. Reforzar la eficacia de los programas de recualificación para los trabajadores de más edad y de escasa cualificación. Poner totalmente en funcionamiento el portal único de empleo y acelerar la aplicación de la colaboración público-privada en los servicios de colocación para garantizar una aplicación efectiva ya en 2013”. En esta misma línea, la Recomendación del Consejo de 8 de julio de 2014 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2014 de España, en su punto 3, postulaba nuevamente: “Acelerar la modernización de los servicios públicos de empleo para que presten un asesoramiento personalizado eficaz, proporcionen formación adecuada y garanticen la correspondencia entre la demanda y la oferta de empleo, prestando especial atención a los parados de larga duración. Garantizar la aplicación eficaz, antes de finales de 2014, de las iniciativas de cooperación entre los sectores público y privado en los servicios de colocación y supervisar la calidad de los servicios proporcionados. Garantizar el funcionamiento efectivo del Portal Único de Empleo y combinarlo con medidas adicionales de apoyo a la movilidad laboral”. En cambio, de forma bastante más matizada y resumida, la Recomendación del Consejo de 14 de julio de 2015 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2015 se limitaba a recomendar: “Tomar medidas para aumentar la calidad y eficacia de la ayuda y del asesoramiento para la búsqueda de empleo, especialmente como parte de la lucha contra el desempleo juvenil”. En una línea similar se volvía a mover la Recomendación del Consejo de 12 de julio de 2016 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2016 que en su punto 2 incidía nuevamente en: “Mejorar la capacidad de los servicios

-singularmente vinculantes en la situación de cuasi intervención que vivió España en años bien cercanos- y el impacto -sobre el que volveremos más tarde- que ha tenido la creación de redes europeas de Servicios Públicos de Empleo y la puesta en común de buenas prácticas y evaluaciones¹³, tendremos, como decimos, un contexto en el que la articulación y el ejercicio de las competencias autonómicas de empleo solo son comprensibles en este esquema multinivel europeo, estatal y autonómico que, por cierto, tampoco debe olvidar, la notable importancia en este punto de las administraciones locales. Pero no adelantemos nuevamente acontecimientos.

2. POLÍTICAS DE EMPLEO Y ESTADO AUTONÓMICO: ENTRE LA CONSTRUCCIÓN DE LOS SERVICIOS Y LA COORDINACIÓN MULTINIVEL

2.1. El inicio del proceso y los mecanismos de gestión iniciales

Pues bien, en este complejo contexto de todos es sabido cómo la aparición del denominado estado de las autonomías no llevó aparejado una rápida

autonómicos de empleo y reforzar su coordinación con los servicios sociales”. Ya en 2017, la Recomendación del Consejo de 11 de julio de 2017 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2017 insistía en reforzar la coordinación entre los servicios autonómicos de empleo, los servicios sociales y las empresas, a fin de responder mejor a las necesidades de los solicitantes de empleo y los empresarios; algo similar a lo contemplado, por lo demás, en la Recomendación del Consejo 13 de julio de 2018 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2018: “Garantizar que los servicios sociales y de empleo tengan capacidad para apoyar eficazmente a los demandantes de empleo, en particular a través de una mejor cooperación con los empresarios. Favorecer la transición hacia contratos indefinidos”. Ya para concluir, baste recordar como el Proyecto de Recomendación del Consejo de 5 de junio de 2019, COM (2019) 509 final, señalaba nuevamente como: “Los servicios públicos de empleo siguen tramitando una proporción baja de las vacantes de empleo y es necesario realizar más esfuerzos por mejorar su utilización en la búsqueda de empleo y la colocación. En particular, la implicación de los empleadores en algunas regiones es escasa, y los instrumentos de elaboración de perfiles para poner en contacto a los solicitantes de empleo con los empleadores en función de las necesidades de esto últimos se encuentran todavía en sus comienzos. Las asociaciones entre los servicios de empleo públicos y los servicios sociales progresan, pero en determinadas regiones la colaboración sigue siendo limitada. Una mayor inversión en unos servicios públicos de empleo modernos acompañada de medidas de apoyo a la movilidad laboral podría contribuir a mejorar la empleabilidad y la adaptabilidad de los trabajadores y suavizar las transiciones en el mercado laboral, fomentando así la productividad de España y el crecimiento incluso a largo plazo”.

¹³ Véanse los muy interesantes trabajos que en este contexto ha desarrollado la Red de la Unión de Servicios Públicos de Empleo (SPE) creada mediante Decisión n °573/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, sobre una mayor cooperación entre los servicios públicos de empleo (SPE).

descentralización del servicio público de empleo en España y, por tanto, del ejercicio de las competencias tradicionalmente ligadas al mismo. De hecho, la Ley Básica de Empleo de 1980 seguía centrada en el entonces INEM, y los Decretos de transferencia en esta materia -fundamentales, aunque no necesarios para la asunción de competencias¹⁴-, se retrasaron durante casi dos décadas¹⁵, dando lugar así a uno de los principales elementos que deberemos tener en cuenta para comprender la actual realidad administrativa autonómica en el empleo: la aparición durante estos mismos años de estructuras autonómicas que en el marco, ya sea del estrecho campo de las agencias de colocación a partir de 1994-1995, o incluso de otras estructuras institucionales como fundaciones o sociedades públicas, permitieron, ante la ausencia de estas transferencias, desarrollar aun parcialmente políticas autonómicas propias en este campo.

En este sentido, fue sobre todo la aparición del RD 735/1995 de 5 de mayo, el que al regular las agencias de colocación -aparentemente privadas, pero también (o incluso especialmente) públicas, ante su inicial ausencia de lucro- permitió la aparición, en ocasiones de forma casi inmediata o coetánea, de agencias públicas y autonómicas de colocación. Además, ante la ya comentada ausencia de transferencias de los medios materiales y humanos del INEM, tales agencias autonómicas procedieron a la articulación de una amplia gama de centros colaboradores o asociados con todo lo que ello significaba, no solo de posible duplicidades con las -aunque fuera temporalmente- subsistentes estructuras territoriales de INEM, sino también de colaboración público-público y público-privada mediante incentivos articulados a través, en aquel momento, de convenios o simples subvenciones¹⁶.

Sin ánimo de ser exhaustivos y por señalar solo algunos ejemplos, baste recordar en este sentido la rapidísima aparición del Servicio Catalán de Colocación, que, autorizado para actuar como agencia de colocación al amparo de un veloz convenio entre el INEM y el Departamento de Trabajo de la Generalitat catalana, sirvió de instrumento fundamental en el establecimiento de una red de centros colaboradores interconectados al amparo de la Orden de 8 de mayo de 1995¹⁷. Algo similar ocurrió, por señalar un segundo ejemplo, en el caso del País Vasco, en donde en pocos años, desde 1993 a 1995 vamos a asistir, en primer lugar, a la aparición

¹⁴ Véase, por todas, STC 113/1983, de 16 de diciembre, (F. jco. 3): “Esta última competencia porque la Constitución así lo permitía, y porque así se dispuso en el texto estatutario es la asumida, desde la entrada en vigor del Estatuto, por la Comunidad. Los posteriores Decretos, y en concreto el 1412/1981, de 19 de junio, traspasan servicios no transfieren competencias”.

¹⁵ Sobre este tema y la necesidad de una “oportunidad política”, véase, por todos, C. Serrano Falcón, *Servicios públicos de empleo...*”, cit., pág. 34.

¹⁶ Señalando expresamente esta peculiaridad mediante un análisis de sus normas de creación J.L. Lázaro Sánchez, “El Servicio Andaluz de Empleo”, en *Temas Laborales*, 2003, n. 68, pág. 12

¹⁷ DOC n°. 2049, de 12 de mayo de 1995.

de una Sociedad Anónima Pública de Formación para el Empleo (EGAILAN) con el objeto de “garantizar la eficaz aplicación de una política de empleo, ofreciendo los servicios de Información y Orientación Profesional, Animación y Promoción de Empleo, Asesoría para el Autoempleo y Orientación para la Formación”¹⁸, y, en segundo lugar, a la posterior constitución de una agencia de colocación no lucrativa (Servicio Vasco de Colocación, LANGAI) como instrumento a través del cual articular acciones de intermediación en el mercado de trabajo mediante la colaboración con EGAILAN y, obsérvese, otros centros colaboradores¹⁹. Finalmente, y por mencionar solo un último ejemplo igualmente significativo, en el caso gallego el convenio de colaboración para la creación del Servicio Gallego de Colocación tuvo lugar el 3 de enero de 1996, regulándose su funcionamiento poco después, por Orden de 19 de mayo de 1997²⁰, y estableciéndose en esta misma norma la posibilidad de centros asociados -artículo 8- con los que formalizar convenios de colaboración y compensaciones económicas -artículos 12 y 16 y sig.-²¹

En cualquier caso, lo que sí interesa destacar es que cuando el lento y prolongado proceso de transferencias acabó²², la inmensa mayoría de nuestras

¹⁸ Véase el artículo 2 Decreto 142/1993, de 11 de mayo, por el que se autorizaba a la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco la creación de la Sociedad Anónima Pública para la promoción de la Formación y el Empleo.

¹⁹ Véanse las Órdenes del Consejero de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social de 26 de junio de 1996, (BOPV n.º 129, de 5 de julio de 1996), y de 30 de marzo de 1998 (BOPV n.º 81, de 5 de mayo de 1998), de modificación de la anterior. Posteriormente véase el Decreto 326/2003, de 23 de diciembre, por el que se regula la organización y desarrollo de las acciones de intermediación en el mercado de trabajo (BOPV n.º 255 de 31 de diciembre de 2003).

²⁰ DOG n.º 102 de 29 de mayo de 1997. Con posterioridad, véase Orden de 12 de febrero de 2004 por la que se regula el funcionamiento de los centros asociados al Servicio Gallego de Colocación y se establecen las bases y la convocatoria para la concesión de las compensaciones económicas de las acciones a realizar por los centros asociados. (DOG n.º 37 de 23 de febrero de 2004).

²¹ Una más detenida información sobre otras experiencias similares como el Servicio regional de Colocación de Castilla y León en M.M. Alarcón Castellanos, *La intermediación laboral como un instrumento...*, cit., pág. 107; J.L. Lázaro Sánchez, “El Servicio Andaluz...”, cit., pág. 11 y sig.

²² Para un detenido estudio de estos Decretos de transferencia y su contenido J.L. Lázaro Sánchez, “El Servicio Andaluz...”, cit., pág. 13 y sig. Seguramente el broche a este proceso se produce con el Real Decreto 1441/2010, de 5 de noviembre, que recoge el Acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Euskadi de las funciones y servicios en materia de ejecución de la legislación laboral en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación profesional para el empleo que realiza el Servicio Público de Empleo Estatal. Este acuerdo dio lugar posteriormente a la disposición adicional segunda de la Ley 2/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de Euskadi para 2010 que procedió a la creación de Lanbide-Servicio Vasco de Empleo, como ente público de derecho privado cuyos estatutos fueron aprobados por Decreto 329/2010, de 30 de noviembre. No obstante, recuérdese que la Ley 3/2011, de 13

Comunidades Autónomas -con eso sí, algunas excepciones²³- optaron por atribuir finalmente estas funciones a un nuevo organismo autónomo -a imagen y semejanza del entonces INEM-, uniéndose así a aquellas otras Comunidades (Aragón, Andalucía²⁴, Extremadura, Murcia o Islas Baleares) que ya habían procedido a la creación de estos entes autónomos, antes incluso de recibir la totalidad de estas mismas transferencias de “empleo”²⁵.

2.2. La construcción de los servicios públicos de empleo autonómicos

Evidentemente, no es posible detenernos aquí a analizar con un mínimo detenimiento todas estas normas²⁶, aprobadas mayoritariamente -salvo Navarra, que lo hizo mediante Decreto foral²⁷- con rango legal²⁸. Baste por tanto con señalar cómo en la mayoría de ellas se procedía, en aras de la eficacia y de la

de octubre, sobre Lanbide-Servicio Vasco de Empleo, procedió a la creación de Lanbide-Servicio Vasco de Empleo con la naturaleza de organismo autónomo administrativo cuyos estatutos fueron aprobados por Decreto 82/2012, de 22 de mayo (BOPV n.º 108, de 4 de junio de 2021).

²³ Sobre esta peculiaridad gallega véase M.M. Alarcón Castellanos. *La intermediación laboral...*, cit., pág. 109-110.

²⁴ En relación con los antecedentes del Servicio Andaluz de Empleo y, en especial el Servicio Andaluz de Colocación véase, ampliamente, J.L. Lázaro Sánchez, “El Servicio Andaluz...”, cit., pág.17 y sig.

²⁵ Véase en este sentido C. Serrano Falcón, *Servicios públicos de empleo...*, cit., pág. 47, n. 62.

²⁶ Un estudio detenido de las mismas, aunque focalizado fundamentalmente en el Servicio Andaluz de Empleo, en C. Serrano Falcón, *Servicios públicos de empleo...*, cit.

²⁷ Decreto Foral 148/1998 de 29 de abril -BON n. 64, de 29 de mayo de 1998.

²⁸ Véanse la Ley 9/1999, de 9 de abril, de creación del Instituto Aragonés de Empleo -BOE núm.V 108, de 06/05/1999-; la Ley 3/2000, de 17 de abril, por la que se crea el Servicio Valenciano de Empleo y Formación (SERVEF) - BOE núm. 125, de 25/05/2000-; la Ley 7/2000, de 15 de junio, de creación del Servicio de Empleo de las Illes Balears -BOE núm. 177, de 25 de julio de 2000-; Ley 5/2001, de 3 de julio, de Creación del Servicio Regional de Empleo de Madrid - BOE núm. 179, de 27 de julio de 2001-; Ley 17/2002, de 5 de julio, de Ordenación del Sistema de Empleo y de Creación del Servicio de Empleo de Cataluña -BOE núm. 177, de 25 de julio de 2002-; Ley 9/2002, de 11 de noviembre, de Creación del Servicio Regional de Empleo y Formación de Murcia -BORM núm. 276, de 28 de noviembre de 2002-; Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de Creación del Servicio Andaluz de Empleo - BOE núm. 10, de 11 de enero de 2003-; Ley 2/2003, de 30 de enero, del Servicio Público de Empleo de Castilla-La Mancha -BOE núm. 129, de 30 de mayo de 2003-; Ley 1/2003, de 18 de marzo, de creación del Servicio Cántabro de Empleo -BOE núm. 58, de 26 de marzo de 2003-; Ley 2/2003, de 3 de marzo, del Servicio Riojano de Empleo - BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2003-; Ley 12/2003, de 4 de abril, del Servicio Canario de Empleo -BOE núm. 134, de 5 de junio de 2003-; Ley 10/2003, de 8 de abril, de creación del servicio público de empleo de Castilla y León -BOE núm. 71, de 14de abril de 2003-; Ley 3/2005, de 8 de julio, del Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias -BOE núm. 219, de 13 de septiembre de 2005-. En principio, la última de estas leyes de “primera hornada” fue, sin duda, la Ley 3/2011,

coordinación, a crear un organismo autónomo²⁹, con capacidad jurídica propia y plena capacidad de obrar al que se encomendaba de forma genérica la planificación, el impulso y la ejecución de las políticas de empleo³⁰, aunque eso sí, sometiéndolo expresamente –y en ocasiones con una enorme claridad- a la dirección última de la correspondiente consejería con competencia en materia de empleo o trabajo. De hecho, solo en algunos casos la gestión de estas políticas se mantuvo en alguna dirección general de la propia Consejería³¹, aunque eso sí, no es menos cierto que esta misma reconducción fue la que se produjo recientemente con la Ley 2/2012, de 20 de julio, de racionalización del Sector Público de la Comunidad Autónoma

de 13 de octubre, sobre Lanbide-Servicio Vasco de Empleo, a la que ya hemos hecho referencia anteriormente.

²⁹ Este rasgo es, por lo demás, típico en la mayor parte de países europeos. Véase, en este sentido, AAVV. “Small-scale study. PES Business Models”, disponible en <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=7682&langId=en>. De forma aún más detenida, M. PETERS, *European Network of Public Employment Services Assessment Report on PES Capacity 2020*, European Commission, Brussels, 2020, pág. 13 y sig, en especial, pág. 16.

³⁰ Por señalar algunos, el Instituto Aragonés de Empleo -art. 1 Ley 9/1999, de 9 de abril-; Servicio Valenciano de Empleo y Formación como organismo autónomo de naturaleza administrativa de la Generalidad Valenciana, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, dotado de autonomía económica y administrativa, así como para la gestión de su patrimonio -art. 1 Ley 3/2000, de 17 de abril- (téngase en cuenta, no obstante que la posterior Ley 27/2018, de 27 de diciembre creó el LABORA, Servicio Valenciano de Empleo y Formación, como organismo autónomo de naturaleza administrativa de la Generalitat)-; Servicio de Empleo de las Illes Balears -art. 1 Ley 7/2000, de 15 de junio (Balears)-; el Servicio Regional de Empleo de Madrid -art. 1 Ley 5/2001, de 3 de julio-; el Servicio de Empleo de Cataluña, organismo autónomo de carácter administrativo, adscrito inicialmente al Departamento de Trabajo -art. 5 Ley 17/2002, de 5 de julio-, hoy Servicio Público de Empleo de Cataluña, adscrito al departamento de la Generalidad que tiene asignadas las competencias en materia de empleo - Ley 13/2015, de 9 de julio, de ordenación del sistema de empleo y del Servicio Público de Empleo de Cataluña-; el Servicio Regional de Empleo y Formación de Murcia -art. 1 Ley 9/2002, de 11 de noviembre (Murcia)-; el Servicio Andaluz de Empleo -art. 1 Ley 4/2002, de 16 de diciembre, si bien en esta norma destacan sin duda las importantes competencias de ordenación y dirección que se reservan en los artículos 4 y 5 tanto al Consejo de Gobierno como a la Consejería competente en materia de empleo-; Servicio Canario de Empleo, organismo autónomo de carácter administrativo, adscrito al departamento competente en materia de empleo -art. 1 Ley 12/2003, de 4 de abril-; Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias (Sepepa) organismo autónomo con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar -art. 1 Ley 3/2005, de 8 de julio-.

³¹ Este parece ser, sobre todo, el caso de Galicia. Véase el art. 35 del Decreto 215/2020, de 3 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consellería de Empleo e Igualdad en relación con las competencias de la Dirección General de Empleo, Trabajo Autónomo y Economía Social.

de La Rioja, que suprimió el organismo autónomo Servicio Riojano de Empleo³², integrando sus funciones en una dirección general de la consejería competente³³.

En cualquier caso, y más allá de estas cuestiones orgánicas, fue común que todas estas normas contemplasen igualmente un amplio abanico de funciones³⁴ centradas, como decimos, en las políticas activas de empleo y que abarcaban, en función de los casos, desde la prospección, evaluación de tendencias, análisis y difusión del mercado de trabajo -con la expresa creación en algunas ocasiones de un observatorio³⁵- hasta la elaboración, aprobación, gestión y evaluación de programas y acciones de fomento del empleo y políticas activas, pasando por las distintas fases de intermediación y orientación³⁶ -incluida expresamente (al menos en ocasiones) la autorización de las agencias de colocación³⁷- y la formación profesional ocupacional y continua, ligada al empleo³⁸. Y todo ello sin olvidar

³² Art. 1 de la Ley 2/2003, de 3 de marzo, del Servicio Riojano de Empleo, BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2003.

³³ Véase la Ley 2/2012, de 20 de julio, de racionalización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOE núm. 188, de 7 de agosto de 2012), que en su Exposición de Motivos ya señalaba cómo: “Por lo que respecta al Servicio Riojano de Empleo, su extinción responde a la idea de buen gobierno, austeridad y eficiencia de las administraciones públicas. En un momento en el que las políticas activas de empleo están exclusivamente dedicadas a la reducción de la tasa de paro, parece evidente que la ejecución de estas políticas requiere el redimensionamiento de esta actividad, que se integrará como una dirección general de la consejería competente en materia de empleo”.

³⁴ Por mencionar solo algunos ejemplos, véanse art. 2 Ley 9/1999, de 9 de abril (Aragón); art. 3 de Ley 5/2001, de 3 de julio (Madrid); art. 3 y 4 Ley 9/2002, de 11 de noviembre (Murcia); o art. 3 de la Ley 12/2003, de 4 de abril (Canarias). En sentido contrario, ciertamente breve, aunque amplia en su contenido, fue la singular delimitación de funciones del Servicio de Empleo de Islas Baleares originariamente contemplado en el segundo párrafo del art. 1 Ley 7/2000, de 15 de junio (Baleares).

³⁵ Algunos ejemplos en el art. 27 -Unidad observatorio de empleo- del Decreto Foral 148/1998 de 29 de abril (Navarra); en el art. 17.7 de la Ley 17/2002, de 5 de julio (Cataluña); en el art. 3.1.g) y l) de la Ley 5/2001, de 3 de julio (Madrid); o, por mencionar un último caso, en los arts. 5.d) y 13.2 de la Ley 9/2002, de 11 de noviembre (Murcia).

³⁶ Véanse, por citar algún ejemplo destacado, la singular y detenida regulación de estos dos servicios ocupacionales en los artículos 18 y 19 de la Ley 17/2002, de 5 de julio (Cataluña).

³⁷ Véanse, por ejemplo, art. 2 Ley 9/1999, de 9 de abril (Aragón); art. 2 Ley 3/2000, de 17 de abril (C. Valenciana); art. 2 Ley 4/2002, de 16 de diciembre (Andalucía); art. 5 Ley 3/2005, de 8 de julio (Asturias).

³⁸ Véanse, por mencionar nuevamente solo algunos ejemplos, art. 2 Decreto Foral 148/1998 de 29 de abril (Navarra); art. 2 Ley 9/1999, de 9 de abril (Aragón); art. 2 Ley 3/2000, de 17 de abril (C. Valenciana); art. 3.2 Ley 5/2001, de 3 de julio (Madrid); art. 7 Ley 17/2002, de 5 de julio (Cataluña); art. 4 Ley 9/2002, de 11 de noviembre (Murcia); art. 2 Ley 4/2002, de 16 de diciembre (Andalucía) -aunque se remite a otro apartado posterior de este estudio en relación

alguna mención expresa al fomento del autoempleo³⁹. En definitiva, los grandes núcleos temáticos que, de una perspectiva tradicional y estricta, se han venido dando a las “políticas de empleo”.

En cambio, fue mucho menos frecuente que el ejercicio de tales funciones se articulara en estas mismas normas desde unos objetivos o fines propios y singulares. Es más, cuando estos objetivos aparecían individualizados en un precepto específico, los mismos tampoco solían presentar, ni elementos novedosos -al menos a mi juicio-, ni un alto detalle -sobre todo si lo comparamos con el art. 2 Ley 56/2003, estatal de empleo-, limitándose normalmente a mencionar objetivos en buena parte genéricos como la consecución del pleno empleo estable y de calidad y la reducción del desempleo⁴⁰ o, desde una perspectiva subjetiva, el logro por los desempleados de un puesto de trabajo digno y adecuado y para los empleadores de trabajadores adecuados⁴¹, con algunas menciones, eso sí, a los colectivos discriminados⁴², con mayores dificultades para su inserción laboral⁴³ o a demarcaciones con especiales problemas de desempleo⁴⁴.

Finalmente, también fue común la incorporación de unos principios rectores que debían inspirar su actuación y entre los que solían incorporarse ideas como la igualdad y la no discriminación⁴⁵, la participación de los agentes sociales⁴⁶,

con las modificaciones en esta área como consecuencia de los Decreto-ley 4/2013 de 2 de abril y 5/2015, de 15 de septiembre-; art. 3.3 Ley 12/2003, de 4 de abril (Canarias).

³⁹ De manera no monográfica pueden consultarse el art. 22 Ley 17/2002, de 5 de julio (Cataluña); el art. 21 del Decreto Foral 148/1998 de 29 de abril (Navarra) y diversas menciones del art. 3.1 de la Ley 5/2001, de 3 de julio (Madrid) o el art. 2.1.d) de la versión original de la Ley 3/2000, de 17 de abril (C. Valenciana).

⁴⁰ Véanse, por ejemplo, el art. 6 Ley 17/2002, de 5 de julio (Cataluña); art. 4 Ley 3/2005, de 8 de julio (Asturias).

⁴¹ Por señalar solo un ejemplo, art. 2 Ley 9/2002, de 11 de noviembre (Murcia).

⁴² En este sentido, el art. 2.d) Ley 3/2000, de 17 de abril (C. Valenciana) que se refiere literalmente a: “líneas de apoyo especial para colectivos como la mujer desempleada y otros, más discriminados”.

⁴³ Así, por mencionar algunos, art. 2 a) Tercero Ley 17/2002, de 5 de julio (Cataluña); art. 2 Ley 12/2003, de 4 de abril (Canarias).

⁴⁴ Así, por ejemplo, el art. 2.b) Ley 3/2000, de 17 de abril (C. Valenciana).

⁴⁵ Véanse, por ejemplo, art. 3 Ley 9/1999, de 9 de abril (Aragón); el Preámbulo de la Ley 3/2000, de 17 de abril (C. Valenciana); art. 2 Ley 5/2001, de 3 de julio (Madrid); art. 2 Ley 4/2002, de 16 de diciembre (Andalucía); art. 2 Ley 17/2002, de 5 de julio (Cataluña); art. 2 Ley 9/2002, de 11 de noviembre (Murcia); art. 4 Ley 3/2005, de 8 de julio (Asturias).

⁴⁶ En este sentido, art. 3 Ley 9/1999, de 9 de abril (Aragón); el Preámbulo y el art. 3 de la Ley 3/2000, de 17 de abril (C. Valenciana); art. 2 Ley 4/2002, de 16 de diciembre (Andalucía); art. 2 Ley 3/2005, de 8 de julio (Asturias).

la gratuidad y calidad de sus servicios⁴⁷, la universalidad de sus acciones y la personalización de su gestión⁴⁸, con una notable preocupación por un diseño territorializado y sectorializado de una actividad coordinada y descentralizada⁴⁹, así como menciones, finalmente, a la transparencia⁵⁰ e incluso, dada la fecha de tales primeras normas, a la incorporación de las nuevas TIC⁵¹.

Por último, también fue relativamente común encontrar en algunas de estas normas un precepto específico destinado a garantizar los derechos y deberes de los usuarios⁵², junto con -y esto sí es importante- expresas referencias a la colaboración con otras administraciones y, en especial, tanto con las corporaciones locales⁵³ como con los agentes sociales; una colaboración, esta última, especialmente trascendente en la medida en la que, en muchas ocasiones, la aparición de estos organismos y la aprobación de sus respectivas normas fue objeto de discusión o incluso acuerdo con estos mismos interlocutores sociales en el marco del entonces floreciente diálogo -o incluso concertación- social a nivel autonómico⁵⁴,

⁴⁷ Así, art. 3 Ley 9/1999, de 9 de abril (Aragón); Preámbulo de la Ley 3/2000, de 17 de abril (C. Valenciana); art. 2.1 Ley 5/2001, de 3 de julio (Madrid); art. 2 Ley 17/2002, de 5 de julio (Cataluña); art. 2 Ley 4/2002, de 16 de diciembre (Andalucía); art. 2 Ley 3/2005, de 8 de julio (Asturias).

⁴⁸ Nuevamente, art. 2 Ley 17/2002, de 5 de julio (Cataluña); art. 2 Ley 3/2005, de 8 de julio (Asturias).

⁴⁹ En este sentido, véanse, por ejemplo, art. 3 Ley 9/1999, de 9 de abril (Aragón); Preámbulo de la Ley 3/2000, de 17 de abril (C. Valenciana).

⁵⁰ Véanse, nuevamente, art. 3 Ley 9/1999, de 9 de abril (Aragón); art. 2 Ley 17/2002, de 5 de julio (Cataluña); art. 2 Ley 4/2002, de 16 de diciembre (Andalucía); art. 2 Ley 3/2005, de 8 de julio (Asturias).

⁵¹ Véanse art. 2.2 Ley 5/2001, de 3 de julio (Madrid); art. 2.5 Ley 9/2002, de 11 de noviembre (Murcia).

⁵² En este sentido, por ejemplo, art. 3 Ley 17/2002, de 5 de julio (Cataluña); art. 5 de la Ley 12/2003, de 4 de abril (Canarias); 3 de la Ley 3/2005, de 8 de julio (Asturias).

⁵³ Seguramente uno de los ejemplos más destacados era la Ley 17/2002, de 5 de julio (Cataluña), no solo por la creación de las mesas locales de empleo -art. 10-, sino también por la incorporación de dos vocales propuestos por las entidades representativas de las administraciones locales en el Consejo de Dirección -art. 14-. Más escuetamente puede recordarse, nuevamente, el art. 3.2.h) Ley 4/2002, de 16 de diciembre (Andalucía).

⁵⁴ Por mencionar solo algunos ejemplos de esta colaboración, véanse art. 2 Decreto Foral 148/1998 de 29 de abril (Navarra); art. 4 Ley 5/2001, de 3 de julio (Madrid). Esta conexión es muchas veces destacada en el propio Preámbulo de varias de estas normas. Baste recordar la Ley 3/2000, de 17 de abril (C. Valenciana): “La creación del Servicio Valenciano de Empleo y Formación responde, además, al compromiso contraído entre los agentes sociales y económicos y el propio Gobierno Valenciano en el marco del Acuerdo Valenciano por el Empleo y la Formación y su desarrollo”; Ley 5/2001, de 3 de julio (Madrid) –“Se crea el Servicio Regional de Empleo fruto del consenso alcanzado en el Consejo de Madrid para el Desarrollo, el Empleo y la Formación entre los interlocutores sociales y la Administración regional”-; Ley 10/2003, de 8 de abril (Castilla y León)

previéndose en alguna ocasión pactos territoriales en las correspondientes mesas locales de empleo⁵⁵.

De hecho, esta misma participación de los agentes sociales, especialmente en sus órganos superiores de gobierno, fue otra de las características más llamativas de la, en algunas ocasiones, ciertamente detallada configuración orgánica de tales organismos⁵⁶, hasta el punto de que, obsérvese, este rasgo fuera uno de los muy pocos que, como mínimo común denominador, destacó la Ley 56/2003 de 16 de diciembre, a la hora de abordar sumariamente el tratamiento de los Servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas.

Sea como fuere, y sin poder detenernos más en el estudio de aquella primera hornada de leyes -por cierto, múltiples veces modificadas a lo largo de estos años-, nos limitaremos aquí a destacar cómo junto a otras normas de menor interés -al menos a estos efectos- como las relativas a su régimen jurídico, patrimonio, personal o incluso extinción, nos encontrábamos a veces con otros preceptos ciertamente llamativos como los que hacían referencia expresa a la evaluación de sus actuaciones⁵⁷, o las menciones, bastante habituales, a los centros colaboradores o cooperadores⁵⁸ como reflejo de una práctica inicial antes reseñada y sobre la que también incidiría posteriormente el legislador estatal.

-“fruto del consenso alcanzado entre los interlocutores sociales y la Administración Regional, al amparo del Acuerdo sobre la creación y estructura del Servicio Público de Empleo de Castilla y León, firmado el 29 de enero de 2003”-; Ley 3/2005, de 8 de julio (Asturias) -“el Acuerdo para el Desarrollo Económico, la Competitividad y el Empleo suscrito entre el Principado de Asturias y los agentes sociales estipula, en su punto 2.4.6, la constitución de un organismo autónomo con la incorporación de los agentes sociales a sus órganos de dirección”-; Ley 2/2003, de 3 de marzo (Rioja) -“La creación de este organismo autónomo responde, además, al compromiso contraído entre las organizaciones sociales y económicas y el Gobierno de La Rioja en el marco del Acuerdo Social y Económico de La Rioja de 14 de septiembre de 2001, en el que se contempla la creación de un organismo de las características, composición y funcionamiento que se regula en la presente Ley”-.

⁵⁵ Véase el art. 17 Ley 17/2002, de 5 de julio (Cataluña). Referencias igualmente a los pactos Locales de Empleo pueden verse en el art. 3.1. c) Ley 9/2002, de 11 de noviembre (Murcia).

⁵⁶ Consejo General -art. 7 Ley 9/1999, de 9 de abril (Aragón)-; Consejo de Dirección y su Comisión Permanente en el art. 4 del Decreto Foral 148/1998 de 29 de abril (Navarra); Consejo General y Consejo de Dirección en los artículos 5 y 6 de la Ley 3/2000, de 17 de abril (C. Valenciana); Consejo de Dirección en el art. 14 Ley 17/2002, de 5 de julio (Cataluña); Consejo de Administración -art. 10 Ley 9/2002, de 11 de noviembre (Murcia)- al igual que en el Consejo Asesor -art. 15-; Consejo Rector en el caso del art. 10 de la Ley 3/2005, de 8 de julio (Asturias).

⁵⁷ Por mencionar dos ejemplos, véanse art. 12 Ley 12/2003, de 4 de abril (Canarias); art. 23 Ley 17/2002, de 5 de julio (Cataluña).

⁵⁸ Véanse, por ejemplo, arts. 28 y 29 Decreto foral 148/1998, de 29 abril (Navarra); art. 2 Ley 7/2000, de 15 de junio (Balears); art. 4 Ley 5/2001, de 3 de julio (Madrid). Igualmente véase el extenso Título V de la Ley 17/2002, de 5 de julio (Cataluña). Desde la perspectiva de

2.3. La progresiva formalización de mecanismos de gobernanza multinivel y la reforma estatutaria

Desde esta perspectiva, nos interesa destacar ahora cómo la imparable aparición de todos estos “nuevos sujetos” obligó a la búsqueda, a nivel central, de novedosos medios a través de los cuales articular la gobernanza de esta materia. Y es aquí donde, incluso expresamente, la nueva Ley de Empleo de 2003, en su Exposición de Motivos, va a conectar el mecanismo nacional con la previa experiencia europea. De este modo, si la entonces nueva Estrategia de Luxemburgo impuso una actuación coordinada de las políticas nacionales que, partiendo de las Orientaciones de Política Económica y las Directrices para el Empleo, se articularon anualmente a través de los entonces Planes Nacionales de Empleo -con una cuantificación de los objetivos cuya consecución condicionaba la distribución de fondos europeos-, ahora, a nivel estatal, la Ley 56/2003 creará un Sistema Nacional de Empleo que, por un lado, tendrá “como finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo en los términos acordados en la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de Lisboa”, y que, más allá del SISPE como instrumento tecnológico, y del Consejo General del Sistema Nacional de Empleo como mecanismo de participación institucional, se apoyará básicamente en la, a nuestro juicio, fundamental Conferencia Sectorial -desde una perspectiva institucional u orgánica-, y en el entonces Plan Anual de Trabajo y los Planes nacionales de Acción para el Empleo -después Planes de Ejecución de la Estrategia Europea de Empleo- para determinar los objetivos cuantitativos y cualitativos, las prioridades y los colectivos de atención preferente, así como las tareas a desarrollar, su plazo de ejecución y los indicadores de seguimiento⁵⁹. Y todo ello, además, en un marco en el que, como veremos, la evaluación externa trianual empezó a cobrar un papel cada vez más trascendente, como demostraría el ya tardío Real Decreto 1722/2007, de 21 de diciembre, por el que se desarrollaba la Ley de Empleo en materia de órganos, instrumentos de coordinación y evaluación del SNE.

En cualquier caso, esta búsqueda de una mejor coordinación entre las distintas administraciones y sus respectivos “servicios de empleo” -repetimos, con todo lo que ello implica para la ejecución de las competencias autonómicas en este ámbito- se acentuará posteriormente con los Reales Decretos-ley 3/2011 y 14/2011, de 18 de febrero y 16 de septiembre. De hecho, esta coordinación y articulación se intentará reforzar no solo mediante medidas funcionales como la

los correspondientes convenios de colaboración y cooperación, véase art. 6 Ley 9/2002, de 11 de noviembre (Murcia). Para un detenido estudio de esta cuestión en las comunidades de Cataluña, Madrid y el País Vasco, véase, por todos, M.M. Alarcón Castellanos, *La intermediación laboral...*, cit., pág. 173 y sig.

⁵⁹ Por brevedad nos remitimos aquí nuevamente a la amplia bibliografía recogida nuevamente en M.M. Alarcón Castellanos, *La intermediación laboral...*, cit., pág. 132 y sig.

posibilidad de que las Comunidades Autónomas participasen en la gestión de las bonificaciones sociales a la contratación indefinida –nueva DA 8 Ley 56/2003⁶⁰-, o con el buscado fortalecimiento de la dimensión local de las políticas de empleo y la consiguiente conexión de estas administraciones con los servicios públicos autonómicos y la concertación regional –nueva redacción del art. 4 Ley 56/2003-⁶¹. A nuestro juicio, aún más importante como condicionantes, fue la regulación tanto de un catálogo común para todos los servicios de empleo, con la misión de garantizar un mínimo para todas las personas y empresas usuarias del Estado –lo que entronca, además, con la buscada configuración de estas instituciones como entidades más prestadoras que controladoras de servicios- como, y sobre todo, por la configuración de la Estrategia -primero de empleo⁶², luego significativamente, para la activación para el empleo- y los correspondientes Planes anuales de política de empleo o de empleo como mecanismos de construcción colaborativa de las orientaciones y objetivos, de recopilación de las acciones y medidas, y de fijación de los indicadores cualitativos y cuantitativos que debieran permitir su seguimiento y evaluación.

Obsérvese que con estos instrumentos no se trataba en absoluto de coartar la capacidad de las Comunidades Autónomas de dotarse de una orientación específica en estos temas, sino tan solo de garantizar la ausencia de contradicciones mediante la coordinación de objetivos y actuaciones y una distribución de fondos estatales ligada a la efectiva realización de las mismas. De ahí que incluso la misma reforma destacara la posibilidad de que las Comunidades Autónomas pudieran elaborar sus propios Planes de Política de Empleo –aunque, eso sí, de acuerdo con los objetivos y en coherencia con las orientaciones de los instrumentos estatales de coordinación⁶³-, del mismo modo que se recordaba cómo cada Servicio Público de Empleo podría establecer su propia carta de servicios, pero eso sí, atendiendo nuevamente no solo a la evolución de su mercado de trabajo y a las necesidades de las personas y empresas, sino también, y esto es lo destacable, a las prioridades establecidas en el marco del Sistema Nacional de Empleo y a los recursos disponibles⁶⁴.

⁶⁰ Hoy Disposición adicional cuarta del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo.

⁶¹ En general, sobre las políticas de empleo en el ámbito local nos remitimos, nuevamente por brevedad, al amplio estudio de AAVV. *El empleo en el ámbito local*, (dir. F. Vila), Comares, Granada, 2017.

⁶² Véase el Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014.

⁶³ Aunque, obviamente, sin incluir la conformidad expresa del organismo estatal –véase F. jco. 6 de la STC 22/2014, de 13 de febrero de 2014, BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2014-.

⁶⁴ En este sentido, el art. 13 del Real Decreto 7/2015, de 16 de enero, por el que se aprueba la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo “permitía” la aprobación, “en el ámbito de sus competencias” de Carteras de Servicios, que incluyendo en todo caso la Cartera

En cualquier caso, lo que sí era evidente era la progresiva importancia que estas políticas de empleo habían ido asumiendo en el ámbito de la administración autonómica. Y de ahí, lógicamente, la importancia, a nuestro juicio, extraordinariamente significativa y reveladora, que estas cuestiones, centradas en el pleno empleo u ocupación de calidad tuvieron en varias de las reformas estatutarias que se desarrollarán durante el segundo lustro del siglo XXI en España.

En este sentido, y como decimos, resulta ciertamente llamativo que mientras en la versión inicial de muchos de estos estatutos la cuestión de empleo o la ocupación apenas se reflejó en los mismos, o lo hizo de forma ciertamente escasa o puntual – por ejemplo, destacando la facultad de creación de estructuras que fomentasen este pleno empleo u ocupación⁶⁵ o, solo en algún caso, identificándola expresamente como materia de competencia autonómica⁶⁶ o como elemento de orientación de su política económica⁶⁷-, lo cierto es, como decimos, que en bastantes de estos nuevos estatutos de “segunda hornada”, la cuestión del empleo va a aparecer en cambio como un tema destacado y reiterado, desde distintas perspectivas, ciertamente relevantes.

Seguramente uno de los ejemplos más llamativos de todo este proceso – aunque obviamente no el único- podemos encontrarlo en la Comunidad autónoma

Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, incorporen servicios complementarios y actividades no contemplados en la Cartera Común que, eso sí, deberán cumplir los principios de la prestación de servicios establecidos en el artículo 4 del mencionado Real Decreto y en la Estrategia Española de Activación para el Empleo vigente y que deberían ser comunicados al Ministerio competente, así como sus modificaciones y actualizaciones. Véase, no obstante, la exhaustiva regulación establecida en la Orden ESS/381/2018, de 10 de abril, por la que se aprueba la Guía técnica de referencia para el desarrollo de los protocolos de la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo (BOE nº. 91, de 14 de abril de 2018).

⁶⁵ Por mencionar solo algunos ejemplos, véanse los arts. 52 de la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cataluña; art. 66 de la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Andalucía; art. 58 de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; art. 55. Cuarto de la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia; art. 53. Cuatro del texto original de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha; art. 56.5 del texto original de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria; art. 57.4 de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón.

⁶⁶ Así, por mencionar un caso, art. 35. Uno e) del texto original de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha: “Trabajo, en especial servicios de empleo y de acción formativa.”

⁶⁷ Véase, nuevamente, el art. 41 del texto original de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.

de Andalucía⁶⁸. Y ello, como reflejo no solo de una realidad y de una práctica administrativa plenamente asentada, sino también como manifestación de una creciente preocupación política y social. En este sentido, es cierto que el art. 12.3 de la originaria Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía, ya incluía como el primer objetivo básico “la consecución del pleno empleo en todos los sectores de la producción”⁶⁹. Pero no deja de ser llamativo cómo veintiséis años después, la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía no solo siguiera recogiendo este “pleno empleo” –ahora con los calificativos de estable y de calidad- como el primer objetivo básico de esta Comunidad, sino que además identificara la consecución de este mismo tipo de empleo como uno de los principios rectores de las políticas públicas (art. 37 y art.157 en relación específicamente con la política económica)⁷⁰, atribuyéndose las competencias ejecutivas tanto en materia de empleo como de sus políticas

⁶⁸ Sobre el tema véase el interesante trabajo de F. Alemán Páez, “Reformas autonómicas y aspectos programáticos del empleo y de las relaciones laborales: una aproximación al hilo de su tratamiento en el Estatuto de Autonomía de Andalucía”, en *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 2009, n. 8, en especial, pág. 271 y sig. a quien se remite nuevamente para una más amplia referencia bibliográfica. Igualmente de interés es el amplio estudio de AAVV., *La dimensión laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía*, Monografías de Temas Laborales, CARL, Mergablum, Sevilla, 2007.

⁶⁹ En el panorama de aquellos primeros estatutos seguramente muy cercana se encontraba la redacción del artículo 4.4.a) Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. En una línea extraordinariamente similar, artículo sexto.2.d) de la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Extremadura cuando establecía que las instituciones de la Comunidad Autónoma de Extremadura ejercerían sus poderes con los siguientes objetivos básicos: “Adoptar las medidas que promuevan la inversión y fomenten el progreso económico y social de Extremadura propiciando el pleno empleo y la especial garantía de puestos de trabajo para los jóvenes extremeños”.

⁷⁰ Desde una perspectiva similar, al menos a nuestro juicio, véase el art. 45. 2 Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, de acuerdo con el cual: “Los poderes públicos deben adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos laborales y sindicales de los trabajadores, deben impulsar y deben promover su participación en las empresas y las políticas de ocupación plena”. Por su parte, el art. 19.1 del Estatuto de la Comunidad de Valencia, modificado por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, señala que: “En el ámbito de sus competencias la Generalitat impulsará... una ocupación estable y de calidad en la que se garantice la seguridad y la salud en el trabajo”. En esta misma línea, el art. 26 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón –en conexión igualmente con el art. 99.3- señala que: “Los poderes públicos de Aragón promoverán el pleno empleo de calidad en condiciones de seguridad”. Y, finalmente, por señalar un último ejemplo, el art. 7 de Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura establece expresamente como principio rector de los poderes públicos extremeños que estos “adoptarán activamente todo tipo de políticas para la consecución del pleno empleo, especialmente mediante medidas que promuevan la inversión productiva y que ajusten la oferta y la demanda de trabajo en un marco de responsabilidad social empresarial”.

activas (art. 63)⁷¹ e incluyendo en las mismas la formación de los demandantes de empleo y los trabajadores en activo, así como la intermediación laboral y el fomento del empleo. De ahí que, en definitiva, no deba extrañarnos que este mismo Estatuto orientara incluso estas políticas -que se calificaban como propias (art. 173)-, prestando una especial atención a mujeres (art. 167), jóvenes, personas con discapacidad u otros colectivos excluidos o con especiales dificultades de inserción (art. 169), y reconociendo incluso como derecho -en línea, por lo demás, con la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales (art. 29)-, al acceso gratuito a los servicios públicos de empleo (art. 26.1.a)⁷². Y todo ello, claro está, por no hablar incluso de su impacto en otras actuaciones administrativas como la contratación y la subvención pública (art. 174).

En cualquier caso, y como decimos, en este contexto, la búsqueda coordinación interadministrativa a la que antes hicimos referencia, no solo no se aquietó, sino que incluso se intensificó -al menos a nuestro juicio- con el cambio de gobierno de 2011, en el marco, además, de las ya comentadas Recomendaciones del Consejo al Reino de España relativas a los sucesivos Programas Nacionales de Reformas⁷³. A nuestro juicio, fueron estas últimas las que, entre otros factores, incitaron a la aprobación, no ya solo de un Portal Único de Empleo, como base de datos común para la difusión de ofertas y demandas de empleo, así como de oportunidades de formación en todo el territorio -y cuyo incumplimiento por las

⁷¹ Véase, en este mismo sentido, y por mencionar solo algunos ejemplos, el art. 170.1.b) y d) 2 Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña de acuerdo con los cuales corresponderá “a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de trabajo y relaciones laborales” que incluiría en todo caso “las políticas activas de ocupación, que incluyen la formación de los demandantes de ocupación y de los trabajadores en activo”, así como “la intermediación laboral, que incluye la regulación, la autorización y el control de las agencias de colocación con sede en Cataluña”. Por su parte, el art. 49 .3. 8º del Estatuto de la Comunidad de Valencia, modificado por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, atribuye a esta Comunidad la competencia exclusiva en la “gestión de las funciones del servicio público de empleo estatal en el ámbito de trabajo, ocupación y formación”, competencia esta que debe ponerse en conexión con las recogidas igualmente en el mismo precepto apartado 9 y en el art. 51.1.1º. En esta misma línea, véase el art. 77.2ª de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón que atribuye competencia ejecutiva a esta Comunidad en relación con “las políticas activas de empleo (y) la intermediación laboral”. Ya por último, véase el art. 11 Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura que atribuye a la Comunidad Autónoma de Extremadura las competencias ejecutivas sobre: “Las políticas activas de empleo, la intermediación laboral, la seguridad y salud en el trabajo, la formación profesional para el empleo y, en su caso, la gestión de los fondos de protección del desempleo”.

⁷² Véase, por mencionar otros ejemplos, el art. 25.1 Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, o el art. 80.5 del Estatuto de la Comunidad de Valencia, modificado por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril.

⁷³ Su contenido fundamental a estos efectos se ha recogido previamente en la nota al pie n. 12.

Comunidades Autónomas constituía, no se olvide, causa para la no liberación de los correspondientes fondos de intermediación- (Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero⁷⁴)-, sino también, y sobre todo, del Plan Anual de Políticas de Empleo de 2012 -en línea ya con el Programa Nacional de Reformas de 2012-, y, sobre todo, del Plan Anual de Política de Empleo para 2013 que, anticipándose al Real Decreto 751/2014, de 5 de septiembre, por el que se aprobaba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016, vino a establecer un nuevo modelo de programación, gestión, evaluación y financiación de las políticas activas de empleo acordado con las Comunidades Autónomas en el seno de la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales de 11 de abril de 2013 y que, al menos por el momento, culmina con el Real Decreto 1032/2017 por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2017-2020.

Obviamente la aparición y fijación de esta amplia serie tipológica de objetivos y procesos no supone la imposibilidad de que las Comunidades Autónomas desarrollen políticas propias de empleo en el marco de las competencias atribuidas en sus respectivos –y “nuevos”- estatutos⁷⁵. Pero sí resulta evidente que los mismos suponen una cierta orientación y contextualización –especialmente cuando acogen las obligaciones asumidas a nivel europeo⁷⁶-, por mucho que en la misma se haya producido con una importante participación de las Comunidades Autónomas -seguramente mucho más intensa que la de los agentes sociales- en el seno de la Conferencia Sectorial del Sistema Nacional de Empleo. De ahí, en definitiva, que no deba extrañarnos la presencia en la inmensa mayoría de Comunidades Autónomas de sucesivos planes de empleo o instrumentos materialmente similares que, aun reflejando ciertamente preocupaciones comunes a todo el territorio nacional, muestran también las singularidades de cada territorio y las inquietudes específicas de sus agentes sociales y de la concreta administración autonómica.

2.4. Algunas notas sobre los actuales planes y estrategias de empleo de las Comunidades autónomas

Pues bien, desde esta perspectiva, lo primero que seguramente llama la atención al analizar la actual realidad autonómica en este campo es la incorporación o estrecha

⁷⁴ Posteriormente, Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

⁷⁵ En este sentido, el propio Tribunal Constitucional –Sentencia 22/2014, de 13 de febrero, antes citada- ya ha resaltado cómo (F.jco. 5) “La capacidad de aprobar proyectos de normas con rango de ley y de elaborar y aprobar disposiciones reglamentarias en relación con el fomento del empleo que el precepto impugnado reconoce al Gobierno, se remite, pues, al ámbito propio de la competencia estatal antes definida, sin poner en cuestión la competencia autonómica de elaborar y adoptar medidas sobre fomento del empleo en su propio ámbito territorial en la medida en que no se opongan o contradigan las políticas activas estatales”.

⁷⁶ STC 22/2014, de 13 de febrero, F.jco. 6.

conexión de la mayoría de estos planes con el diálogo y la concertación social en este específico ámbito territorial. De hecho, basta un breve repaso por la mayoría de estos planes para comprobar cómo tanto en su elaboración como incluso en su aprobación, la mayor parte de administraciones autonómicas han contado -como por lo demás ha venido siendo habitual en España⁷⁷- no solo con una amplia participación social, sino también con el acuerdo y el aval de los principales interlocutores sociales, tanto sindicales como empresariales, con todo lo que ello supone de horizontalización democrática, de incentivo a la participación de estos mismos sujetos en los procesos de detección de necesidades, de ejecución y de administración de los acuerdos, así como de incremento de la legitimidad de tales medidas fruto, al menos en apariencia, de un acuerdo social y no de una mera decisión política unilateral.

Por otra parte, el segundo rasgo que seguramente también debe destacarse es que, quizás como consecuencia de lo anterior o incluso del mismo proceso de coordinación de las directrices de empleo con las más amplias orientaciones de política económica a nivel europeo y estatal, estas medidas y acciones sociolaborales suelen contextualizarse en un marco mucho más amplio que incorpora o refleja las políticas económicas e incluso las acordadas para específicos sectores de actividad. Desde esta perspectiva, y como veremos, no es infrecuente que las medidas laborales autonómicas se inserten en un contenido mucho más amplio que abarque medidas económicas, sectoriales, o, en sentido amplio, de inclusión social e igualdad, o que incluso en su mismo contenido estos mismos acuerdos y planes destaquen su conexión con otras estrategias o acuerdos, en especial las dedicadas a la digitalización e innovación tecnológica.

En tercer lugar, también llama la atención al estudiar estos documentos el notable impacto e influjo tanto de las actuaciones -en sentido amplio- europeas, como de la propia Estrategia estatal o incluso, y progresivamente, de los Objetivos del Desarrollo de las Naciones Unidas, recogidos en diversas ocasiones como elementos vertebradores de sus contenidos. En este sentido, basta observar la frecuente utilización del término Estrategia, plasmada posteriormente, en Planes; la estructura normalmente homogénea que comienza con un estudio de situación para señalar posteriormente distintos tipos de objetivos, acciones, planes o programas, así como las referencias a su necesaria evaluación para detectar este influjo no solo nominal, sino también de estructura, contenido y gobernanza del que antes hablábamos.

En cuarto lugar, parece necesario destacar como tampoco los contenidos concretos suelen presentar enormes discrepancias o diferencias entre las distintas Comunidades Autónomas. Aunque cada uno de estos documentos presenta sus

⁷⁷ Véase J. Aragón, F. Rocha, J. Torrents, *Pactos y medidas de fomento del empleo en las Comunidades Autónomas*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000; F. Rocha, J. Aragón, *Mecanismos de evaluación de los pactos de empleo en las Comunidades Autónomas: situación y experiencias*, Fundación 1º de Mayo, DOC 1/2001, en especial, p. 23 y 24.

lógicas e inevitables peculiaridades, lo cierto es que también suele ser habitual señalar como objetivos el logro del pleno empleo y de calidad, ya sea en términos objetivos o en relación con cada una de las partes que concurre al mercado; la incorporación de referencias a las oportunidades de empleo, en especial de colectivos con menor empleabilidad o mayores dificultades en el acceso a un empleo de calidad -como jóvenes, mayores, mujeres, personas con discapacidad o parados de larga duración-; el apoyo expreso al emprendimiento y a la formación como elemento clave en la nueva realidad productiva y laboral; el destacar la lucha por la igualdad de oportunidades y la inevitable incorporación de las nuevas tecnologías, y, finalmente, la común insistencia en la necesaria mejora de los procesos de intermediación mediante el fortalecimiento de los servicios públicos de empleo, algo por lo demás comprensible teniendo en cuenta su escasa cuota mercado y su reducida tasa de registro o utilización⁷⁸.

Finalmente, un quinto rasgo, mucho más coyuntural, pero igualmente evidente, es su estrecha relación – al menos en los firmados durante estos dos últimos años- con los efectos de la pandemia generada por la covid-19. Buen ejemplo de esto último serían, por mencionar solo dos de ellos, el II Acuerdo del Diálogo Social ante la covid-19 firmado en Cantabria, el 31 de marzo de 2021 y que, como es bien sabido, dio lugar a la posterior Ley 3/2021 de 26 de abril de concesión de ayudas a estas empresas y personas trabajadoras, así como para el mantenimiento del empleo⁷⁹, o el Pacto regional de Diálogo Social para la reactivación económica y social de la región de Murcia ante la pandemia del Covid-19 de 16 de mayo de 2020⁸⁰ que dio lugar, posteriormente, a la Estrategia de Recuperación Económica y Social de la Región de Murcia⁸¹.

En cualquier caso, y como ya avanzábamos, esta conexión de los planes de empleo con las políticas económicas y sectoriales a través de amplios acuerdos de concertación social no es, en realidad, ningún hecho aislado. Baste pensar, por mencionar solo algunos ejemplos, en el Plan Anual de Empleo de 2021 de Castilla y León firmado en Valladolid el 2 de julio de 2021 por las principales

⁷⁸ Los datos más recientes pueden consultarse en J.A. Alujas Ruíz, “Análisis de la intermediación laboral...”, cit., pág. 83 y sig. Igualmente de interés es el estudio de P. Suárez Cano, M. Mayor Fernández, B. Cueto Iglesias, “La eficiencia de los servicios públicos de empleo en España en un escenario descentralizado: un análisis desde la perspectiva de la oferta” en *Estudios de Economía Aplicada*, 2012, vol. 30-2, pág. 1 y sig.

⁷⁹ BOE n. 117, de 17 de mayo de 2021.

⁸⁰ Disponible el 26 de octubre de 2021 en <https://portal.croem.es/Web20/CROEMPrevencionRiesgos.nsf/64EEACE06BF1457AC125856C0040371C/%24FILE/Pacto%20Regional%20del%20Di%C3%A1logo%20Social%20para%20la%20Reactivaci%C3%B3n%20Econ%C3%B3mica%20y%20Social%20de%20la%20Regi%C3%B3n%20de%20Murcia%20ante%20la%20Pandemia%20del%20Covid-19.pdf>

⁸¹ Disponible el 26 de octubre de 2021 en <https://www.reactiva2020rmurcia.es/estrategia.html>

organizaciones sindicales y empresariales de dicha Comunidad Autónoma⁸². En realidad, resulta suficiente observar la estructura y la ordenación, o incluso la simple terminología utilizada en este documento, para detectar la influencia ya señalada de los mecanismos de coordinación y las orientaciones europeas y estatales antes mencionadas, así como la lógica importancia dada a la problemática generada por la covid-19. De hecho, este Plan anual de Empleo –obsérvese, repetimos, la terminología- no solo está asentado sobre los objetivos de la (previa) III Estrategia Integrada de Empleo, Formación profesional, Prevención de Riesgos Laborales e Igualdad, Corresponsabilidad y Juventud en el Empleo 2021-2024⁸³, sino que, además, articula sus ciento seis programas o servicios en ocho ejes bien conocidos como la orientación, la formación, las oportunidades de empleo, la igualdad de oportunidades, el emprendimiento y, llamativamente, la mejora del marco institucional, con especial atención a la mejora del servicio de empleo, sus oficinas, la atención al público y el portal de empleo, así como la de su sistema propio de información (SICAS), sin olvidar, incluso, el fortalecimiento de su presencia en las redes sociales.

Algo similar ocurre, por otra parte, en Extremadura. Fiel a la tradicional importancia dada al diálogo y a la concertación en esta Comunidad⁸⁴, estas materias se han acordado con las principales organizaciones sindicales y empresariales de este ámbito, dando lugar –nuevamente- no solo a una Estrategia de Empleo y competitividad empresarial de Extremadura para el periodo 2020-2025⁸⁵, sino también a un Plan de Empleo para los años 2020-2021⁸⁶, con todo lo que ello supone, obsérvese otra vez, de reflejo a nivel autonómico de los mecanismos establecidos a nivel estatal y con una evidente conexión con las líneas y orientaciones a nivel comunitario. En cualquier caso, y por no extendernos demasiado, nos limitaremos aquí a destacar como en este Plan se insiste, nuevamente, en la mejora de los

⁸² Disponible el 15 de noviembre de 2021 en <https://dialogosocial.jcyl.es/web/jcyl/DialogoSociales/Plantilla100Detalle/1284192824507/Programa/1285062625933/Comunicacion>

⁸³ Disponible el 14 de noviembre de 2021 en <https://dialogosocial.jcyl.es/web/jcyl/DialogoSociales/Plantilla100Detalle/1284192819287/Programa/1285063055147/Comunicacion>

⁸⁴ De hecho, estas medidas deben igualmente encuadrarse en el marco de la Agenda para la Reactivación Social y Económica de Extremadura, firmada el 13 de julio de 2020 y de la Declaración para la Concertación Social para la misma Comunidad rubricada el 17 de febrero de 2020. Y todo esto por no hablar del Plan de Empleo autónomo para los años 2020 a 2023 -igualmente firmado con las organizaciones de autónomos y disponible en https://extremaduratrabaja.juntaex.es/descargar.php?modulo=documentos&file=2298&id_menu=314&ssid=7SLL50605P - o el Plan de Empleo joven 2021-2022-accesible igualmente en https://extremaduratrabaja.juntaex.es/descargar.php?modulo=documentos&file=2756&id_menu=188&ssid=99P910QTNH.

⁸⁵ Disponible el 14 de noviembre de 2021 en https://extremaduratrabaja.juntaex.es/descargar.php?modulo=documentos&file=2234&id_menu=562&ssid=Z0DT6Q1732

⁸⁶ Disponible el 14 de noviembre de 2021 en <https://creex.org/wp-content/uploads/2020/10/Plan-de-Empleo-de-Extremadura-2020-2021.pdf>

servicios públicos de empleo, dedicándole a esta cuestión un eje específico, centrado en la modernización e innovación “estratégica” y tecnológica del SEXPE. Para ello se prevé el incremento de profesionales de orientación y prospección, la consiguiente mejora de los ratios y, como no, un nuevo modelo de observación y prospección, dotado de una mayor coordinación con el resto de instrumentos y sujetos interesados.

Esta misma tendencia al uso de la concertación social como instrumento para detectar necesidades, orientar las actuaciones públicas, profundizar en la participación social y, por qué no decirlo, ganar también en una mayor legitimación de tales medidas, es igualmente apreciable en otras Comunidades Autónomas como, por ejemplo, en Castilla La Mancha. En este ámbito resulta necesario destacar tanto el Plan de Medidas Extraordinarias para la recuperación económica de Castilla-La Mancha con motivo de la crisis del covid-19 de 4 de mayo de 2020⁸⁷, como norma puntual, como el Pacto por la Recuperación Económica 2015-2020, firmado igualmente el 16 de septiembre de 2016⁸⁸ y que, como norma más amplia o general, dedica eso sí su eje 2 a las políticas de empleo. Sin posibilidad de profundizar aquí en estos documentos, no querríamos al menos dejar de destacar como, junto a las tradicionales actuaciones destinadas a los objetivos estratégicos de mejorar la calidad en el empleo, atacar las bolsas de paro estructural -en especial de mayores, jóvenes, personas con discapacidad y parados de larga duración-, reforzar la cualificación y competencia de los trabajadores y promover el autoempleo, se vuelve a hacer mención, repetimos, expresamente, a la recuperación y dimensionamiento del Servicio Público de Empleo, modernizando sus sistemas de gestión, bajo el “paraguas de una nueva gobernanza”, y actuando bajo criterios de transparencia y evaluación continua. Y todo ello, además, configurando expresamente un derecho de las personas desempleadas a un itinerario de atención personalizada -con el consiguiente reforzamiento de las capacidades de la red de oficinas en relación con la intermediación laboral- y “poniendo en marcha un modelo eficiente, transparente y socialmente eficaz de colaboración entre los agentes público-privados que intervienen en materia de empleo”.

Por otra parte, algo similar cabe señalar en relación con la Comunidad Autónoma de Asturias. En ella, a principios de agosto de 2020 se firmó el Acuerdo

⁸⁷ Más información -disponible el 14 de noviembre de 2021- en <https://www.castillalamancha.es/gobierno/economiaempresayempleo/estructura/sgecoempreemple/actuaciones/plan-de-medidas-extraordinarias-para-la-recuperaci%C3%B3n-econ%C3%B3mica-de-castilla-la-mancha-con-motivo-de>

⁸⁸ Toda la información sobre el mismo, disponible el 14 de noviembre de 2021- en <https://www.castillalamancha.es/gobierno/economiaempresayempleo/estructura/sgecoempreemple/actuaciones/pacto-por-la-recuperaci%C3%B3n-econ%C3%B3mica-de-castilla-la-mancha-2015-2020>

de Concertación para la recuperación de Asturias (CREA)⁸⁹ -obsérvese, el octavo acuerdo de concertación social desde 1989- cuyo cuarto eje contemplaba una amplia gama de medidas laborales de empleo y seguridad, sin olvidar otras actuaciones de contenido materialmente social o de empleo incorporadas en otros ejes⁹⁰, especialmente en el quinto, dedicado monográficamente a la igualdad entre mujeres y hombres. Entre estas medidas –entre las que igualmente tiene un papel especial, obviamente, la optimización del procedimiento y el seguimiento de los ERTE- destacaban nuevamente, y por lo que aquí interesa, las múltiples menciones a la optimización del Observatorio de ocupaciones y la mejora de la actuación del Servicio Público de Empleo, por ejemplo, fortaleciendo la conexión entre este y las empresas así como su función de intermediación, o reforzando la realización y seguimiento de los itinerarios personales de empleo así como otras medidas centradas en la formación y en colectivos con problemas de empleabilidad como jóvenes, personas en paro de larga duración o en riesgo de exclusión social.

Y algo similar cabría sostener nuevamente en el caso de la Comunidad Autónoma de Navarra. En el marco que proporcionaba la Revisión del Acuerdo Intersectorial de Navarra sobre Relaciones Laborales 2019⁹¹ y, entre otros muchos⁹², el acuerdo urgente alcanzado en el Consejo de Diálogo Social de 13 de junio de 2020, recientemente se produjo la firma del Plan de Empleo de Navarra para los años 2021 a 2024⁹³. Este extenso Plan reconoce, desde un principio, estar alineado tanto con los objetivos de la Estrategia Estatal de Activación para el Empleo, como con el Plan de Transformación y Resiliencia a nivel europeo y nacional, así como con los Objetivos de Desarrollo Sostenible. De ahí que, tras nuevamente un diagnóstico de la situación sociolaboral de la Comunidad -elemento ciertamente común en todos estos documentos-, el Plan se ordene en torno a cinco grandes ámbitos estratégicos, cada uno de ellos con áreas de intervención, objetivos específicos y múltiples medidas. De entre ellos, seguramente el más significativo es, al menos a nuestro juicio, el dedicado al Plan de Políticas Activas de Empleo, en el que tras destacar nuevamente la necesidad de disminuir el desempleo, crear empleo de calidad e

⁸⁹ Disponible el 14 de noviembre de 2021 en https://www.socialasturias.es/servicios-sociales/planificacion-y-ordenacion/concertacion-recuperacion-de-asturias_522_1_ap.html

⁹⁰ Relativas, por ejemplo, a facilitar la inserción social y laboral de las personas desempleadas o con riesgo de exclusión social (punto 3.3.4) o el anticipo de prestaciones a trabajadores afectado por un ERTE mediante convenios con entidades financieras (punto 1.1.1).

⁹¹ Boletín Oficial de Navarra número 74, de 16 de abril de 2019.

⁹² Especialmente frecuentes son, por ejemplo, las referencias en el Plan de Empleo de esta Comunidad a la Estrategia de Especialización Inteligente de Navarra (S3) disponible el 14 de noviembre de 2021 en https://gobiernoabierto.navarra.es/sites/default/files/participacion/estrategia_de_especializacion_inteligente_de_navarra.pdf

⁹³ Disponible el 14 de noviembre de 2021 en <https://navarracapital.es/wp-content/uploads/Plan-de-Empleo-2021-2024.pdf>

inclusivo, mejorar la empleabilidad de las personas fomentando el aprendizaje permanente a lo largo de toda la vida y su capacitación para la transformación digital, se insiste, como no, en “avanzar en la modernización del Servicio Navarro de Empleo-Nafar Lansare y en la creación de un nuevo servicio a empresas”.

Por su parte, y en el caso de Aragón, el Plan para la Mejora del Empleo de 2016 a 2019⁹⁴, acordado en el marco de la Declaración institucional sobre el diálogo social de 28 de septiembre de 2015, ya contemplaba como “fundamental fortalecer el papel del Instituto Aragonés de Empleo como potenciador de las políticas activas de empleo y de activación, con especial atención a jóvenes, mujeres, personas con discapacidad, mayores de 45 años, parados de larga duración u otros colectivos con necesidad de inclusión”. Y todo ello desde unos principios asentados nuevamente en la previsión o alerta permanente sobre la evolución del mercado y en la evaluación de unas medidas interrelacionadas, a las que deberían incorporarse las TIC, y que, además, deberían estar centradas tanto en los colectivos con mayores dificultades como en los sectores estratégicos, tomando siempre en consideración su impacto en términos de género. Es desde estas coordenadas desde las que se optaba, nuevamente, por una apuesta decidida por la intermediación laboral, la información, orientación e inserción profesional, y en la que, con la colaboración de los agentes sociales, se repiten cuestiones o ideas ya tradicionales como “desplegar mecanismos de detección, escucha y análisis del mercado de trabajo”; “adecuar los servicios de intermediación a las nuevas realidades”; “poner a disposición de empresas y trabajadores herramientas, con especial atención a las herramientas tecnológicas, que incrementen la agilidad, rapidez y fiabilidad en la intermediación”; “diseñar planes de acogida y orientación profesional individualizada que aseguren en todo el territorio aragonés, una orientación profesional para el empleo, de calidad, presencial y telemática, centrada en la persona, y adaptada a los diferentes colectivos”; “apostar por el diseño de itinerarios individuales y personalizados de empleo como un derecho de las personas desempleadas” y –por señalar un último ejemplo– “introducir las nuevas tecnologías de la información y la comunicación dentro de los itinerarios”, “acompañando permanentemente al demandante”.

En el caso de la Rioja, y en el marco nuevamente del diálogo social, se suscribió recientemente el Plan de Formación Profesional y de Empleo 2021-2023⁹⁵ que, conectado con otras estrategias como llamativamente la de “especialización inteligente de La Rioja RIS3⁹⁶”, está articulado, nuevamente, en cinco grandes ejes

⁹⁴ Más información disponible el 14 de noviembre de 2021 en https://inaem.aragon.es/sites/default/files/plan_mejora_empleo_aragon_2016_2019.pdf

⁹⁵ Más información, disponible el 14 de noviembre de 2021, en <https://web.larioja.org/landing/plan-empleo-formacion/>

⁹⁶ Más información, disponible el 16 de noviembre de 2021, en <https://www.larioja.org/innovacion/es/estrategias-plan-es-materia-i-d-i/ris3>

no especialmente novedosos: la orientación e intermediación laboral, la formación profesional, las oportunidades de empleo, la igualdad de oportunidades y, destacamos por lo reiterativo, la modernización de los servicios públicos de empleo. Pues bien, más allá de destacar otra vez el claro impacto de instrumentos europeos, internacionales y nacionales como la Estrategia Europea 2020, los Objetivos de Desarrollo Sostenibles y las Estrategias y Planes estatales, nos interesa aquí resaltar cómo entre los objetivos clave se destacaban no solo el de mejorar la participación de los Servicios Públicos de Empleo en la cobertura de vacantes, sino también el de incrementar el grado de satisfacción de los empleadores y los demandantes con los servicios prestados por aquel. De ahí que entre los objetivos estratégicos nuevamente se incorporase el de “mejorar el desempeño de los servicios de empleo de La Rioja, modernizando los instrumentos y servicios ofrecidos”, previendo para ello –entre otros muchos objetivos estratégicos y acciones en las que no es posible detenernos aquí- el dotar al sistema de un cuerpo de orientadores; la creación de un equipo especializado en intermediación y prospección apostando por la transformación de este servicio en, literalmente, “agencias de gestión de las transiciones laborales”, o en “auténticas empresas de servicios gestionadas con los mejores criterios (modernización de la gama de servicios, creación de oficinas específicas por empresa y por sector, mejora de la imagen pública, utilización de las tecnologías de la información y la comunicación”); explotando las sinergias existentes entre los SPE y los demás agentes implicados; intensificando el uso de las herramientas digitales; automatizando procesos: digitalizando y simplificando trámites y monitorizando los resultados así como, en último término, generando canales de comunicación orientados a su público objetivo.

Dentro de este breve repaso, y en relación ya con el País Vasco, nos limitaremos aquí a recordar cómo en el seno de la Mesa de Diálogo Social Tripartito se acordó la necesidad de diseñar una “Estrategia Vasca de Empleo (EVE) 2020” que, elaborada con una amplia participación de distintos agentes sociales y otros sujetos⁹⁷, reuniones y “cuestionarios de contraste”, fue la base del Plan Estratégico de Empleo 2017-2020⁹⁸ insertado, nuevamente en el Programa Marco por la Reactivación Económica y el Empleo 2017-2020⁹⁹ y que reclama de forma expresa su clara coherencia con los ODS, la Estrategia Europa 2020 y la

⁹⁷ Véase más ampliamente (última visita 14 de noviembre de 2021) https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/eve2020/es_def/adjuntos/EVE%202020%20-%20Memoria%20de%20participacion%202016%2006%2021%20.pdf

⁹⁸ Disponible el 14 de noviembre de 2021 en https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/6199/es_2284/adjuntos/Plan%20Empleo_2017-2020.pdf

⁹⁹ Y todo ello, nuevamente, en el marco de otros múltiples Planes con los que se interrelaciona este Plan Estratégico de Empleo como el Plan de Industrialización 2017-2020 «Basque Industry 4.0»; el Plan de Innovación «PCTi EUSKADI 2020. Una Estrategia de Especialización Inteligente (RIS3)»; o el Plan de Internacionalización «Estrategia Marco de Internacionalización 2020: Estrategia Basque Country».

Estrategia Europea de Empleo. Sin poder detenernos aquí, por razones obvias, en un estudio ni tan siquiera mínimo de la mismas, nos limitaremos a destacar cómo esta actuación se articula en torno, nuevamente a cinco ejes –activación, cualificación y competencias, generación de oportunidades, igualdad de oportunidades, empleo de calidad- del que nos interesa destacar, sobre todo, la mejora del Sistema Vasco de Empleo, “de forma que (este) integre todas las políticas que inciden en el empleo y ofrezca servicios más orientados a las necesidades de personas y empresas”. De hecho, resulta igualmente llamativo o incluso novedoso el establecimiento de diversos principios de actuación, de los que quizás convenga destacar los de equilibrio territorial, participación, consenso y transparencia; o, por último, que, como objetivos estratégicos, y junto al fomento de la inserción laboral a través de planes locales y comarcales de empleo, se incorporase, nuevamente, el de “mejorar la aportación de valor de Lanbide-Servicio Vasco de Empleo como principal instrumento operativo de la política vasca de empleo, de forma que ofrezca servicios más integrados a personas y empresas, incidiendo de forma significativa en el concepto de “itinerario”.

Ya por último, y por terminar este breve repaso, unas conclusiones similares cabría extraer en el caso de Galicia y Madrid. En el primer ámbito, y dentro de la amplia experiencia de concertación social propia de esta Comunidad, resulta necesario destacar al menos el Acuerdo de diálogo social de diciembre de 2019 que, centrado en cinco ámbitos de actuación –igualdad de oportunidades, cláusulas sociales en la contratación pública, impulso a la transformación tecnológica de la industria, modernización de las relaciones laborales y políticas activas de empleo¹⁰⁰- contemplaba, por ejemplo, ayudas para la contratación de relevo o sustitución o para favorecer el mantenimiento del empleo ante fluctuaciones económicas, así como un plan para la recualificación profesional de personas desempleadas mayores de cuarenta y cinco años.

En el caso de la Comunidad Autónoma de Madrid deben sin duda destacarse las sucesivas Estrategias propias de esa comunidad y, en especial, la Estrategia Madrid por el Empleo 2016-2017 –prorrogada para 2018 y 2019-¹⁰¹ y la muy reciente Estrategia para los años 2021-2023¹⁰². Esta última, elaborada en el marco de la Mesa Sectorial de Empleo y Formación, en consenso con los interlocutores sociales, y en el marco –nuevamente- de la pandemia por la covid-19, va a focalizar su actuación en los tradicionales grupos de personas con protección prioritaria –desempleados de larga duración, jóvenes, mujeres, mayores de 45 años, personas

¹⁰⁰ Disponible el 26 de octubre de 2021 en https://www.cec.es/Almacen/servicios/informacion_empresa/documentos/acordosDialogoSocial_b.pdf

¹⁰¹ Disponible el 14 de noviembre de 2021 en <https://www.comunidad.madrid/transparencia/informacion-institucional/planes-programas/estrategia-madrid-empleo>

¹⁰² Véase (última visita 14 de noviembre de 2021) <https://www.comunidad.madrid/file/281431/download>

con discapacidad y en riesgo de exclusión, incluyendo las personas LGTBI-, introduciendo igualmente como objetivo, entre otros, el de mejorar el servicio público de empleo y la intermediación laboral. Y todo ello a través de cuatro ejes –del que sin duda llama la atención el, eso sí, muy reducido, dedicado a la responsabilidad social- desarrollados a través de ochenta y seis medidas y con un sistema de seguimiento y evaluación que lo configura como un documento abierto al cambio y a la participación social.

En cualquier caso -y con esto tenemos que cerrar ya este apartado-, uno de los ejemplos sin duda más llamativos es y ha sido el de la Comunidad Autónoma Catalana. Y ello ya que, como hemos avanzado, Ley 13/2015, de 9 de julio no solo vino a derogar la “vieja” Ley 17/2002, de 5 de julio, de Ordenación del Sistema de Empleo y de Creación del Servicio de Empleo de Cataluña, sino que procedió también a diseñar todo un Sistema de Empleo de Cataluña –entendido como el “conjunto de entidades, servicios y programas necesarios para promover y desarrollar la política pública de empleo y para garantizar unos servicios ocupacionales de calidad a las personas y empresas de Cataluña dentro de una estrategia global de desarrollo económico, orientada a la consecución del objetivo del pleno empleo y el bienestar social”- al mismo tiempo que daba rango legal a la Estrategia catalana para el empleo y a los planes de desarrollo de estas políticas de empleo; dos elementos estos que, junto con Plan general de formación profesional y las estrategias, planes e instrumentos de planificación territorial “derivados de la concertación social” se configuraban como instrumentos estratégicos que, eso sí, deben ser “coherentes con los ámbitos y objetivos” de similares instrumentos estatales y europeos. Y, de hecho, baste recordar cómo tras la aprobación de la Estrategia Catalana para el empleo 2012-2020¹⁰³ están en marcha los trabajos de participación para la nueva Estrategia Catalana por el empleo de calidad 2021-2030¹⁰⁴.

3. ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS AGENCIAS DE COLOCACIÓN Y LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

3.1. Competencias ejecutivas y supraterritorialidad

Dentro de este contexto, propio de las políticas de empleo, cualquier estudio, aunque sea necesariamente breve, de las competencias autonómicas en

¹⁰³BOP núm. 264, del 5 de marzo de 2012, que recoge la aprobación y publicación del Plan general de Empleo de Catalunya- Estrategia Catalana para la Empleo 2012-2020.

¹⁰⁴Más información en https://serveiocupacio.gencat.cat/es/soc/el-servei-public-docupacio-de-catalunya_soc/estrategia/estrategia-catalana-per-a-locupacio-qualitat/ (última visita 14 de noviembre de 2021).

materia tanto de empresas de trabajo temporal como de agencias de colocación debe comenzar señalando un dato evidente o incluso notorio, aunque no por ello menos importante: el que ambas instituciones, por su tradicional conexión con la interposición y la intermediación en el mercado de trabajo, han sido consideradas habitualmente como parte integrante de la materia laboral.

Esta asignación ha conducido a que el papel de las Comunidades Autónomas haya quedado aparentemente limitado, al menos en apariencia, a la simple ejecución de la legislación estatal, con todo lo que ello supone de menor capacidad de configuración y actuación, especialmente en un ámbito como este, extensa y detenidamente regulado a nivel estatal. Y ello, claro está, aunque obviamente –y como ya en su momento destacó el propio Tribunal Constitucional al admitir la singular redacción del art. 170.1.d) del nuevo Estatuto catalán¹⁰⁵ - nada impidiese el ejercicio de una capacidad normativa (regulación) de autoorganización autonómica para el ejercicio de tales funciones.

En cualquier caso, resulta obvio que, desde esta perspectiva, el primer problema se centró en la posibilidad de que la capacidad del legislador estatal de fijación de los puntos de conexión con el territorio, unido a una lectura restrictiva del principio de territorialidad, condujera a una llamativa atribución de competencias ejecutivas a la administración central del Estado en supuestos de aparente o posible supraterritorialidad con la consiguiente merma de las facultades de ejecución que, obsérvese, tanto la Constitución como los Estatutos de Autonomía atribuyen de manera exclusiva a las Comunidades Autónomas.

En este sentido, de todos es sabido cómo tanto la Ley 14/1994 de 1 de junio, cómo su Reglamento de desarrollo aprobado por el RD 4/1995, de 13 de enero, optaron por focalizar esta cuestión no ya tanto en el ámbito geográfico de la sede de la respectiva ETT -lo que quizás hubiera sido lo lógico dado el contenido general de los requisitos impuestos- sino en los centros de trabajo de la organización, procediendo, además a provincializar este mercado, y, lo que es más importante, a atribuir estas competencias de autorización y registro en función del carácter provincial, autonómico o supraautonómico del conjunto de centros abiertos por este operador. Esta atribución de competencias ejecutivas a la Administración General del Estado, en un campo tan intensamente regulado como este, suscitó,

¹⁰⁵ Como se recordará este precepto atribuye a la Generalitat “la intermediación laboral, que incluye la regulación, la autorización y el control de las agencias de colocación con sede en Cataluña”. De acuerdo con el F. jco. 106 de la STC 31/2010, de 28 de junio de 2010, nada impide la asunción de esta “competencia normativa de carácter funcional de la que resulten reglamentos internos de organización de los servicios necesarios para la ejecución y de regulación de la propia competencia funcional de ejecución y del conjunto de actuaciones precisas para la puesta en práctica de la normativa estatal (STC 51/2006, de 16 de febrero, FJ 4)» (F. jco. 61)”.

ya desde un principio, ciertas dudas sobre su constitucionalidad¹⁰⁶. Pero lo cierto es que las posteriores modificaciones de esta misma ley, en especial las operadas por el Real Decreto-ley 8/2014 de 4 de julio y la Ley 18/2014, de 15 de octubre, tampoco alteraron –a los efectos que aquí nos interesa– tales reglas de distribución, como puso de relieve el art. 3 del nuevo Reglamento aprobado por el Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo.

Y algo similar aconteció en el caso de las agencias de colocación. Dejando a un lado la primera regulación contemplada en el RD 735/1995, lo cierto, nuevamente, fue que tanto el art. 3 del RD 1796/2010, de 30 de diciembre, como el art. 21 bis de la Ley 56/2003, en sus sucesivas redacciones desde 2010, exigieron igualmente que, primero la autorización, y, más tarde, la simple declaración responsable tuvieran que ser presentadas ante el Servicio Público de Empleo Estatal cuando la agencia pretendiera realizar su actividad desde, nuevamente, centros de trabajo establecidos en dos o más Comunidades Autónomas o, lo que a mi juicio era aún más llamativo, utilizando exclusivamente medios electrónicos.

Pues bien, más allá de la aparente contradicción que suponía la atribución de eficacia estatal para estas autorizaciones o declaraciones responsables “únicas” y la atribución de la misma al Estado cuando estos operadores pretendieran actuar con centros de trabajo ubicados en distintas Comunidades –lo que parecía obligar a distinguir entre el lugar del centro y de las actuaciones de intermediación o interposición–, lo cierto es que esta última atribución, como decimos, suscitaba más que fundadas dudas de viabilidad ante la excepcionalidad con la que progresivamente nuestro Tribunal Constitucional ha venido analizando la supraterritorialidad como medida de atribución de competencias ejecutivas a la administración estatal, especialmente ante simples declaraciones responsables o ante autorizaciones, como estas, altamente regladas¹⁰⁷.

Dejando nuevamente a un lado el rico terreno a estos efectos de la materia medioambiental¹⁰⁸, las limitaciones de este criterio ya habían sido señaladas en el campo laboral por la STC 194/2011 de 13 de diciembre. De acuerdo con su doctrina, las actuaciones ejecutivas autonómicas, por el hecho de que generen consecuencias más allá del territorio de las Comunidades Autónomas, no revierten

¹⁰⁶ Véanse, en este sentido, lo que ya señalamos en su momento en F.J. Calvo Gallego, “Autorización administrativa: procedimiento, ámbito temporal y geográfico”, en AAVV., *Comentarios a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal*, (dir. M.L. Molero, F. Valdés), La Ley, Madrid, 2009, pág. 165 y sig., con más amplia referencia jurisprudencial relativa a la materia medioambiental.

¹⁰⁷ Esta jurisprudencia, resumida en la STC 27/2014, F.jco. 4, había sido ya abordada en otras muchas anteriores, entre otras, en las SSTC 37/1981, de 16 de noviembre; 242/1999, de 21 de diciembre, o 31/2010, de 28 de junio.

¹⁰⁸ Véase, por ejemplo, las previas SSTC 102/1995 de 26 de junio y 194/2004, de 4 de noviembre.

automáticamente al Estado como consecuencia de tal efecto supraterritorial. Como ya había señalado previamente nuestro más alto Tribunal “semejante traslado de la titularidad, que ha de ser excepcional, sólo puede producirse cuando no quepa establecer ningún punto de conexión que permita el ejercicio de las competencias autonómicas o cuando además del carácter supraautonómico del fenómeno objeto de la competencia, no sea posible el fraccionamiento de la actividad pública ejercida sobre él y, aun en este caso, siempre que dicha actuación tampoco pueda ejercerse mediante mecanismos de cooperación o de coordinación”. De ahí que “la facultad del Estado para fijar los puntos de conexión, modulando por tanto los potenciales efectos extraterritoriales de las competencias ejecutivas autonómicas, se dirige precisamente a permitir el ejercicio ordinario de la actividad de gestión de las Comunidades Autónomas, de modo que, establecido el punto o puntos de conexión de que se trate, no se produzca el ejercicio de la competencia de ejecución por el Estado, pues sólo en los casos excepcionales en los que la actividad pública no admita fraccionamiento resulta justificado el ejercicio por el Estado de una competencia de ejecución que no le está atribuida”.

Desde estas mismas premisas, de “excepcionalidad” en el uso de la supraterritorialidad como criterio de desplazamiento de las competencias ejecutivas autonómicas a la administración central, la posterior STC 61/2015 abordó precisamente la autorización ligada al uso de medios telemáticos -plataforma virtual de aprendizaje, centros para la obtención de un certificado profesional en la modalidad de teleformación- en un caso, además de una regulación exhaustiva, para concluir que “lo determinante, a los efectos de comprobar si se cumple o no con el principio de territorialidad de las competencias autonómicas, es el lugar en donde esté ubicada la empresa que ofrece la formación en esa concreta modalidad, esto es, el ámbito territorial donde radiquen sus instalaciones y todos los recursos necesarios para llevarla a cabo... no puede convertirse tal recurso telemático (debido a su eventual alcance) en el elemento determinante de la atribución competencial controvertida”. Y en esta misma línea, la posterior STC 81/2017, de 22 de junio señalará no solo que “la regla general” en estos casos “será su asunción por las Comunidades Autónomas”; sino que, además, para valorar sus limitadas excepciones deberá atenderse tanto a los argumentos aportados para fundamentar dicha excepcionalidad en la asunción de funciones ejecutivas (STC 194/2011, F. jco. 6), como a que se establezca un criterio de delimitación competencial congruente con el régimen jurídico de la materia de que se trate (STC 95/2013, FJ 7). Y en este caso, obsérvese, la presencia de centros en más de una Comunidad no fue considerada causa suficiente en un caso de regulación de las condiciones, ciertamente exhaustiva, por parte de legislador estatal.

Por todo ello, era ciertamente previsible que la STC 69/2018, de 21 de junio, acogiendo la doctrina ya avanzada por las SSTC 61/2015, de 18 de marzo y 81/2017, de 22 de junio, rechazará la constitucionalidad de este reparto, eso sí sin entrar a valorar los posibles problemas de constitucionalidad que la ya comentada

eficacia nacional de estas autorizaciones o declaraciones pudiera llegar a generar sobre las competencias de las propias Comunidades Autónomas (STC 79/2017 de 22 de junio, F. jco. 12 y 13)¹⁰⁹.

En cualquier caso, lo más llamativo, al menos a nuestro juicio, es como con posterioridad, y ante el silencio del legislador, también en este campo se han desarrollado documentos e instrumentos consensuados que, especialmente en el marco del SISPE, han permitido dotar de una cierta coordinación a este complejo ámbito. Baste recordar en este sentido no solo la aparición de SIGett o del espacio telemático común para las agencias de colocación al que se refería el art. 6 RD 1796/2010, sino que yendo un paso más allá, la Comisión de Coordinación y Seguimiento del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo alcanzó un acuerdo, efectivo desde el 1 de agosto de 2018¹¹⁰, que, obsérvese, ante el silencio del legislador, identifica claramente los servicios públicos competentes y ante los que, en este caso específico, las agencias de colocación podrán presentar las altas iniciales, las de posteriores centros de trabajo así como las de su baja y modificaciones. Básicamente, y por lo que se refiere lógicamente a la declaración inicial, el acuerdo atribuye esta competencia a cualquier Comunidad en donde tenga algún centro de trabajo o incluso a la que considere mejor la propia agencia si opera exclusivamente por medios telemáticos, quedando limitado el SEPE a aquellos casos en los que la entidad solo tenga centros en Ceuta o Melilla o cuando así lo decida y tenga, además de esos centros en las ciudades autónomas, otros en alguna otra Comunidad.

3.2. La colaboración público-privada y los mecanismos contractuales de articulación

En cualquier caso, dado el carácter altamente reglado de estas competencias ejecutivas, seguramente mucho más importante a efectos prácticos, es una segunda perspectiva, bastante menos normativa, pero más funcional y que se centra en la posibilidad de establecer relaciones no ya de cooperación, sino incluso de colaboración por parte de estos sujetos con los respectivos servicios públicos de empleo.

Como se recordará tanto en su momento el RD 735/1995, en relación con los planes de servicios integrados para el empleo, como el Real Decreto 1796/2010, en relación con la financiación de la actividad de las entidades colaboradoras, permitieron la articulación de esta colaboración mediante la suscripción de los correspondientes convenios de colaboración administrativos, cuya procedimiento podría consistir “en la concesión de subvenciones públicas, contratación

¹⁰⁹ En este mismo sentido, con cita de otras muchas STC 81/2017 de 22 de junio.

¹¹⁰ Disponible en https://www.sistemanacionalempleo.es/pdf/agencias/Texto_web_SNE-Declaracion_Responsable_1_de_agosto_de_2018.pdf (última visita 14 de noviembre de 2021).

administrativa o cualquier otra forma jurídica ajustada a la normativa estatal y autonómica”. De esta forma, las agencias de colocación, e incluso las ETT cuando actuasen finalmente en este ámbito, pudieron encuadrarse entre el más amplio concepto de posibles entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo, de forma obviamente exclusiva cuando se tratase de actividades en sentido estricto de colocación, o de forma concurrente con otros sujetos -por ejemplo, los propios interlocutores sociales- cuando desarrollasen funciones parciales o más limitadas, pero enmarcadas igualmente con procesos relativos a sus funciones respecto del mercado de trabajo.

Pues bien, mientras estas agencias de colocación carecieron necesariamente de ánimo de lucro, esta financiación pudo realizarse fácilmente mediante la subvención de determinadas actuaciones o, sobre todo, el simple convenio administrativo, dada la naturaleza en muchas ocasiones pública -local, comarcal- o conectada con el asociacionismo de determinados colectivos o incluso con la economía social de varias de estas entidades. No obstante, la apertura al ánimo de lucro de estas agencias, unido al papel cada vez más residual del convenio administrativo cuando lo que realmente se articula entre las partes no es la colaboración o cooperación para el logro de un fin común, sino el simple encargo de una prestación de servicio onerosa¹¹¹, llevaron, junto a otros motivos sobre los que rápidamente volveremos, a la incorporación primero por el art. 15 RD-ley 4/2013 y, más tarde, por la Ley 11/2013, de una Disposición adicional 32ª a la Ley de Contratos del Sector Público aprobada por el Real Decreto Legislativo 3/2011 que, posteriormente, paso prácticamente incólume a la actual Disposición Adicional 31ª de la Ley 9/2017, de contratos del sector público.

Sin poder detenernos nuevamente en un análisis detenido de esta norma y de su singular génesis¹¹², nos limitaremos aquí a señalar solo tres aspectos de la misma.

El primero es que, aun encajando en el tradicional marco de externalización que, como ya hemos visto, ha caracterizado casi desde un principio la gestión de las

¹¹¹ Véase, por todos, F.J. Bauzá Martorell, “Convenios con particulares: límites entre contrato, convenio y subvención” en *Revista General de Derecho Administrativo*, 2018, n. 48; J.J. Jiménez Vacas, L. Morillas Padrón; E. Gallardo Romera, “La figura del convenio administrativo en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público y su tipología”, en *Auditoría Pública*, 2017, n. 70, pág. 119 y sig.

¹¹² Sobre esta génesis y el importante papel que tuvo en la misma la previa experiencia inglesa, véase el interesante trabajo de M.J. García Solana, *La colaboración público-privada en la gestión de los servicios de intermediación laboral: análisis del modelo del servicio público de empleo estatal y las agencias privadas de colocación (2010-2016)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 163 y sig. Igualmente de enorme interés M.C. Rodríguez-Piñero Royo, “Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español”, en *Temas Laborales*, 2014, n. 125, pág. 53 y sig.

políticas de empleo de muchas de nuestras Comunidades Autónomas, este precepto supone un paso más allá. Y ello ya que de la simple externalización -en muchas ocasiones a estructuras públicas locales o comarcales-, se va a pasar ahora a una “contractualización” de esta relación, como última fase en un prolongado proceso de articulación de una colaboración público-privada que lo conecta con las fórmulas de creación de cuasi mercados y, obviamente, con la *New Public Governance y Management* a la que hacíamos referencia al principio de este trabajo. Cuestión distinta es si en estas ocasiones, la externalización contractualizada y por objetivos supondrá una mejora de eficacia o simplemente de eficiencia, básicamente a través de la precarización de las condiciones de las personas que finalmente desarrollan esta labor de inserción. Y todo ello, claro está, con los conocidos riesgos de menor atención a los colectivos menos favorecidos y de concentración en los de fácil inserción que requieren, obviamente, una adecuada e inteligente articulación de los pliegos de condiciones administrativas particulares en este tipo de contratación¹¹³.

En segundo lugar, es evidente que bajo este sistema subyace también una clara finalidad, no solo de incentivación -mediante su facilitación- de estos procesos de externalización contractualizada, sino también, y nuevamente, de armonización de esta misma gestión cuando se desarrolle por parte de las Comunidades Autónomas. Más allá de que, al menos a nuestro juicio, nada impediría el uso de la contratación pública para esta finalidad por parte de cualquier Comunidad Autónoma que no formara parte de este proceso (y que, por tanto, no hubiera firmado el correspondiente convenio de adhesión), lo cierto es, como decimos, que de esta forma no solo se incentiva esta singular forma de externalización, sino que además se facilita que la misma se produzca con las condiciones “homogéneas” que, eso sí, deben fundarse en el previo convenio de colaboración en el marco, nuevamente, del Sistema Nacional de Empleo.

La tercera y última observación es que fruto de esta posibilidad rápidamente se suscribió un Acuerdo Marco (PA 17/13) el 17 de junio de 2014, al que se encontraban adheridas, como consecuencia de la estipulación del respectivo convenio, las Comunidades Autónomas de Aragón, Asturias, Illes Balears, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Extremadura, Galicia, Madrid, Murcia, Navarra, La Rioja y Valencia¹¹⁴ -esto es, básicamente todas menos Andalucía, Cataluña y el País Vasco-.

El objeto de este acuerdo era homogeneizar las condiciones económicas, técnicas y funcionales a las que habrían de someterse los posteriores contratos que,

¹¹³ Nos remitimos a lo que en su momento señalamos en relación con este tema en AA.VV., *La colaboración público-privada...*, cit., en especial pág. 64 y sig.

¹¹⁴ Los convenios firmados en este sentido con las Comunidades Autónomas de Aragón, Canarias, Cantabria, Castilla-la Mancha, Extremadura, Galicia, Murcia, la Rioja, Iles Balears,

basados en el mismo, pudieran celebrar en cada ámbito la respectiva Comunidad Autónoma. Obviamente los licitadores debían ser agencias de colocación -ya que el objeto del acuerdo se centraba en los servicios integrales de inserción y no en actuaciones parciales o aisladas (cláusula 10)-, o, claro está, uniones de las mismas que lograsen superar las importantes exigencias de solvencia económica y técnica impuestas en el mismo¹¹⁵. El valor máximo estimado para el conjunto de esta posterior contratación se calculó en doscientos millones de euros, IVA excluido (cláusula sexta).

Sin poder detenernos aquí, nuevamente, en las características específicas de este Acuerdo Marco, cuya duración era de dos años prorrogables hasta un máximo de cuatro¹¹⁶, nos limitaremos a recordar cómo el esquema de pagos -incompatible, por cierto, con la obtención de cualquier remuneración por parte del empleador¹¹⁷- preveía cinco posibles elementos¹¹⁸. El primero, una cantidad por inserción efectiva conseguida, considerando como tal, en general, la de una duración de al menos seis meses en un periodo de ocho, o de doce si se trataba de fijo discontinuo¹¹⁹. El segundo, una cuantía fija por la simple adscripción del desempleado, que no podría ser no superior al 50% de la cuantía de inserción y, en todo caso, nunca superior a 400 euros. Finalmente, a estas dos cantidades podían sumarse diversos incentivos, por la especial dificultad de la inserción¹²⁰, por el mantenimiento continuado del

Principado de Asturias, Castilla y León, Madrid, Navarra y Comunidad Valenciana pueden consultarse en el BOE n. 282, de 25 de noviembre de 2013.

¹¹⁵ Sobre los efectos de estas exigencias en relación con las agencias de colocación pequeñas y medianas, así como para las entidades públicas, véase M.J. García Solana, *La colaboración público-privada...*, cit., p. 173.

¹¹⁶ Cláusula octava del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares. No obstante, los contratos basados en el Acuerdo Marco subsistirían por su periodo de vigencia, aun cuando el acuerdo marco se extinguiese antes.

¹¹⁷ Cláusula quinta *in fine* del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares. Sobre el impacto de esta cláusula en relación con las ETT y la interpretación final de la misma, véase, nuevamente M.J. García Solana, *La colaboración público-privada...*, cit., p. 176.

¹¹⁸ Esta misma cláusula quinta preveía la posibilidad de que los posteriores contratos basados en este AM podrían establecer minoraciones del esquema de pagos cuando las inserciones se produjesen mediante contratos a tiempo parcial.

¹¹⁹ De acuerdo con el propio Pliego no se considerarían las inserciones producidas como consecuencia directa de una ayuda pública regida por la legislación de subvenciones, a excepción de las subvenciones por contratación de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo, sin perjuicio de las bonificaciones o reducciones de cuotas que, de acuerdo con la normativa, pudieran corresponder al contrato. Tampoco se consideraban inserciones las realizadas en el mismo grupo en el que se hubiera trabajado en los seis meses anteriores.

¹²⁰ Se señalaban expresamente las personas con discapacidad o riesgo de exclusión, si bien esta cantidad no podría superar los 1000 euros, IVA incluido.

empleo -otros seis meses adicionales¹²¹- y, lo que sin duda resultaba más llamativo, por la resolución de irregularidades, aunque no se consiguiera la inserción aunque sí la sanción para el desempleado.

Además, los precios máximos unitarios (cláusula séptima) se establecían en una escala, en función de la edad y la duración del desempleo, que iba desde los 300 euros para los desempleados de veinticinco o menos años con un desempleo de tres a seis meses, hasta los 3000 euros para los mayores de 55 o más años con un desempleo superior a los dos años. Sobre ellos cada licitador debería indicar su porcentaje a la baja -que, en su caso, se añadirían a los establecidos en los posteriores contratos con las Comunidades- y que se correspondían (cláusula 16) con un total de hasta 60 puntos como criterio de adjudicación cuantificables automáticamente, siendo los cuarenta puntos restantes el resultado de un juicio de valor no evaluable mediante fórmulas, en cuya valoración podían participar los servicios públicos autonómicos -como de hecho recogían los mencionados convenios-. Tales criterios se centraron en las estrategias de captación de demandantes y ofertas (12 puntos máximo cada uno) y en las metodologías y organización funcional de los trabajos (16 puntos máximos) debiendo obtenerse una puntuación mínima de al menos 15 puntos. Finalmente, resultarían propuestas las que estuvieran comprendidas dentro del 50% más valorado con un mínimo de sesenta¹²².

Desde estas premisas, finalmente se preveía que la contratación autonómica basada en este acuerdo marco estatal, si bien podría aportar “una mayor precisión o incluir condiciones adicionales” -además de especificar los ámbitos o colectivos sobre los cuales se llevarían a cabo las acciones de inserción (cláusula 20)-, no podría incluir lógicamente prestaciones contrarias al pliego nacional, debiendo adjudicarse a las proposiciones más ventajosas, evaluando la mejor combinación de calidad y precio. Con ello se intentaba dejar un espacio suficiente de adaptación a las específicas prioridades de cada Comunidad Autónoma respetando, no obstante, la necesaria homogeneidad en las prestaciones y reservando a la Administración Central tan solo la contratación en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, o con los beneficiarios del programa Prepara, o en supuestos de movilidad entre CCAA¹²³.

Pues bien, un ejemplo de lo que decimos es, sin duda, el Pliego de condiciones administrativas y técnicas particulares para la contratación de agencias de

¹²¹ Y que podría alcanzar hasta el 50 % del pago por inserción antes señalado.

¹²² Cláusula 15 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares. De acuerdo con M.J. García Solana, *La colaboración público-privada...*, cit., p. 180 al final fueron 80 empresas al renunciar una de las empresas adjudicatarias.

¹²³ Para un estudio en profundidad de las dos contrataciones realizadas por el SEPE en base a este Acuerdo Marco, nuevamente, M.J. García Solana, *La colaboración público-privada...*, cit., p. 195 y sig.

colocación por la Comunidad de Madrid con base en el Acuerdo Marco 17/13¹²⁴ que, en relación con su ya analizada Estrategia de Empleo 2016/2017, dividió el objeto del contrato en ocho lotes, específicamente centrados en desempleados con discapacidad, en riesgo de exclusión social, jóvenes menores de treinta años con doce meses de desempleo, desempleados de larga duración entre 30 y 44 años, de entre 45 y 54, y de más de 55 años, así como mujeres no incluidas en los lotes anteriores. Además, dentro de cada lote, el total de personas a atender se distribuía en función de su edad y del tiempo en desempleo, exigiéndose igualmente que el 50% de las personas desempleadas que se remitiesen por el SPE madrileño a las entidades adjudicatarias deberían ser mujeres. Finalmente, los criterios de adjudicación, relativamente simples, se centraban en la mayor disminución del precio ofertado (hasta un máximo de cuarenta puntos) y en la puntuación de la valoración técnica obtenida en el Acuerdo marco (hasta 60 puntos).

En cambio, en el caso del Principado de Asturias¹²⁵ los lotes del contrato bianual se delimitaron en base a la adscripción de los desempleados a sectores de actividad y a su cualificación profesional. De este modo, el lote 1 abarcaría a los trabajadores de los servicios de restauración, el lote 2 a los peones de construcción y el lote 3 a los peones de industrias manufactureras, centrandolo por lo demás sus criterios de adjudicación en básicamente el precio -hasta sesenta puntos- y el número de oficinas a utilizar -hasta cuarenta puntos-.

En cualquier caso, no fueron estas las únicas opciones asumidas por los posteriores pliegos autonómicos. En otras licitaciones los lotes se articularon básicamente por agrupaciones geográficas, provinciales, por ejemplo, en el caso de Castilla y León¹²⁶, o por municipios en el contrato de la Comunidad de Navarra¹²⁷, centrándose el primero en los colectivos de desempleados de larga duración, perceptores de Renta Garantizada de Ciudadanía, mayores de 55 años y otros desempleados con una antigüedad de entre tres y seis meses, mientras que en el segundo las referencias a colectivos similares se realizaban especialmente en los

¹²⁴ Número de expediente C-241M/006-17 Referencia 1955302. El acceso a su Pliego Administrativo y Técnico 1955302 (Publicado el 26 diciembre 2017) en http://www.madrid.org/cs/Satellite?pagename=ICMFramework/Comunes/Logica/ICM_WrapperGetion&op=PCON_&language=es&c=CM_ConvocaPrestac_FA&cid=1354686853332&nombreVb=pliegos&other=2

¹²⁵ Nos referimos al Expediente 41/2017. Más información en https://contrataciondelestado.es/wps/portal/!ut/p/b0/04_Sj9CPyKssy0xPLMnMz0vMAfljU1JTC31y87KtUIJLEnNyUuNzM-pMzSxKTgQr0w_Wj9KMyU1zLcvQjCwI9vI2DsIL8ndIDvY1CXNMi3Cu1HW1t9Qtycx-0Bozw8IA!!/

¹²⁶ Se trata del Expediente 01471/2016/001. Más información en (última visita 14 de noviembre de 2021) http://contratacion.jcyl.es/web/jcyl/ContratacionAdministrativa/es/Plantilla100Detalle/1284152328311/_/1284701151266/Propuesta

¹²⁷ Más información en (última visita 14 de noviembre de 2021) <https://hacienda.navarra.es/sicportal/mtoAnunciosModalidad.aspx?Cod=1410211458508C1E7359>

criterios de adjudicación, al atribuir hasta un máximo de cuarenta y cinco puntos¹²⁸ en función de las mujeres, personas con discapacidad, perceptores de Renta de Inclusión social o Activa de inserción y mujeres víctimas de violencia de género que los licitadores se comprometieran a insertar.

Ya por último, en otras Comunidades, y singularmente en el caso de Murcia, llamaba la atención la importancia dada entre los criterios de adjudicación al número de personas insertadas mediante contratos verificados en la anualidad anterior (60 puntos), mientras que el precio del contrato y el número de oficinas de atención tenían una trascendencia menor (15 y hasta 25 puntos)¹²⁹.

En cualquier caso, y al menos hasta el momento, desconocemos las conclusiones que pudieran extraerse de todos estos procesos, sobre todo si lo comparamos con la gestión realizada de forma directa por los propios Servicios de Empleo Autonómicos y las que ya se han obtenido en otras experiencias comparadas¹³⁰. Sea como fuere, lo cierto es que con el cambio de gobierno este Acuerdo al parecer no fue renovado.

4. UNAS LÍNEAS SOBRE LA EXPERIENCIA ANDALUZA

Tras todo lo ya dicho, un análisis, aunque necesariamente breve, de la concreta experiencia andaluza en este campo permite comprobar cómo la misma constituye un claro ejemplo de algunas de las ideas fundamentales y de los rasgos generales que hemos intentado exponer a lo largo de estas páginas. Y ello, claro está, aunque esta experiencia muestre también ciertas peculiaridades derivadas, en gran parte, de las singulares circunstancias en las que se ha movido nuestra Comunidad durante estos últimos años.

¹²⁸ Los otros cincuenta y cinco se distribuían en 30 puntos para aquella empresa que ofreciera una mayor disminución del precio de inserción como resultado de la suma de los porcentajes de baja ofertados en el Acuerdo Marco así como en la licitación autonómica y hasta un máximo de 25 puntos en función del número de centros de trabajo autorizados como agencias de colocación en el correspondiente ámbito geográfico.

¹²⁹ Se trata del Expediente C/05.57.2017, una contratación negociada sin publicidad. Más información en [https://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=1618&IDTIPO=200&RASTRO=c709\\$m&vigente=0&id=8a26229c5ca44cfd015ca621d6590dd8](https://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=1618&IDTIPO=200&RASTRO=c709$m&vigente=0&id=8a26229c5ca44cfd015ca621d6590dd8). Con anterioridad puede consultarse el expediente C/ 11.57.2014, sobre el que puede obtenerse más información en [https://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=1618&IDTIPO=200&RASTRO=c709\\$m&vigente=1&id=8a2629244b33b038014b34fd7efe1832](https://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=1618&IDTIPO=200&RASTRO=c709$m&vigente=1&id=8a2629244b33b038014b34fd7efe1832)

¹³⁰ Para una valoración global nos remitimos al interesante y profundo estudio, tantas veces mencionado, de M.J. García Solana, *La colaboración público-privada...*, cit., p. 195 y sig. En relación con otras experiencias comparadas, nos remitimos a lo que en su momento ya señalamos en AAVV. *La colaboración público-privada...*, cit., pág. 60 y sig.

En este sentido, y en primer lugar, Andalucía resultó ser un ejemplo incluso paradigmático de la ya comentada creación de una amplia estructura de entidades propias o colaboradoras a través de las cuales se pretendió realizar estas políticas autonómicas ante el retraso de los correspondientes decretos de transferencias. De hecho, ya hemos señalado anteriormente cómo este retraso, unido a la lógica preocupación por la situación de desempleo, especialmente alto en nuestra Comunidad, provocó la apresurada construcción de todo tipo de estructuras para el desarrollo de estas acciones y políticas de empleo, especialmente en el campo de la orientación y formación profesional. Así, baste recordar como, por señalar solo algunos ejemplos, desde el año 1991 la Administración de la Junta de Andalucía constituyó, en colaboración con diversas entidades locales andaluzas, catorce Consorcios Escuela, que conformaron la denominada «Red de Consorcios Escuela de Formación para el Empleo de la Junta de Andalucía», con una alta tasa de colocación y éxito, al menos a nuestro juicio. En esta misma línea de colaboración con las administraciones locales, a principios de este siglo se crearon igualmente múltiples Unidades Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico (UTEDLT), consorcios participados por el SAE y las administraciones locales andaluzas -noventa y cinco en 2002- para, según sus propios Estatutos, fomentar el empleo local y acercar a la ciudadanía los servicios que en materia de empleo, industria y desarrollo tecnológico se ofrecían por la Junta de Andalucía¹³¹. En tercer lugar, y, repetimos, sin ánimo de ser exhaustivos, tampoco cabe olvidar cómo el 22 de mayo de 2003 se constituyó la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo que, entre otras funciones, y según sus Estatutos¹³², ejercían las de ser un instrumento para el fomento de la formación y el empleo, el asesoramiento en la planificación de una oferta formativa especializada, y, finalmente, el de actuar como asesor al servicio de la política de formación y empleo en Andalucía y la cooperación con las autoridades en el diseño y realización de proyectos y programas de desarrollo local, planes de formación y fomento de investigación e innovación en materia de formación profesional. Y todo ello, claro está, sin olvidar, en cuarto lugar, la construcción de una amplia “Red Andalucía Orienta”, a través de subvenciones destinadas básicamente a instituciones sin ánimo de lucro, corporaciones locales y otros entes públicos -basadas en el Decreto 85/2003, de 1 de abril, epicentro de todas estas actuaciones¹³³- y, del otro, a la concesión de en una

¹³¹ Una información sumaria pero bastante completa de estas entidades puede obtenerse del Informe de la Cámara de Cuentas de Andalucía sobre las mismas disponible en <https://www.ccuentas.es/public/modules/report/downloader.php?file=355&type=resume> .

¹³² Véase la Resolución de 23 de junio de 2003, del Instituto Andaluz de Servicios Sociales, por la que se clasifica como de carácter Social la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, instituida en Sevilla, y se aprueban sus Estatutos (BOJA n. 127 de 4 de julio de 2003).

¹³³ Véase, por ejemplo, la Orden de 22 de enero de 2004, por la que se establecían las normas reguladoras de concesión de ayudas del Programa de Orientación Profesional (BOJA n. 22 de 3 de febrero de 2004).

amplia batería de subvenciones, especialmente para los principales interlocutores sociales, en materia, especialmente, de formación.

En cualquier caso, no menos evidente se muestra un segundo rasgo, igualmente resaltado en estas páginas, pero en el que sin duda la Comunidad Autónoma andaluza se convirtió en auténtico adalid; esto es, el que la planificación y el desarrollo de las políticas de empleo se diseñó y ejecutó en permanente contacto con los interlocutores sociales, en especial, desde los sucesivos Acuerdos de Concertación Social que jalonaron la historia de nuestra Comunidad desde los años noventa hasta prácticamente la mitad de la década pasada. De hecho, basta analizar los contenidos de estos acuerdos, desde el Acuerdo para el Desarrollo Económico y Social de Andalucía de 17 de mayo de 1993, hasta el Acuerdo para el Progreso Económico y Social de Andalucía de 20 de marzo de 2013¹³⁴, pasado por el Pacto Andaluz por el Empleo y la Actividad Productiva de 1995, el Pacto por el Empleo y el Desarrollo Económico de Andalucía de 1997 y los sucesivos IV, V, VI y VII Acuerdos de Concertación social de 1999, 2001, 2005 y 2009 para constatar cómo en todos ellos la generación de empleo, así como la estabilidad y la calidad del mismo, resultan una constante, eso sí, en un marco bastante más amplio en el que se incluían igualmente medidas económicas y sectoriales similares a las que, por cierto, ya hemos visto en los actuales planes y estrategias de empleo analizados en un punto anterior de este documento. De hecho, solo desde esta perspectiva, en la que la concertación llegó a convertirse casi en una seña de identidad de nuestro sistema de relaciones laborales y en un modo esencial de gobernanza, se entiende que la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía -a la que también hicimos referencia anteriormente- contemple menciones expresas a esta misma concertación no solo como objetivo básico de nuestra Comunidad (art. 10.3.20) sino, además, como un instrumento básico al que se asigna un artículo específico dentro, obsérvese, de su Título VI dedicado a la economía, el empleo y la hacienda andaluzas (art. 159)¹³⁵.

En cualquier caso, y en tercer lugar, la Comunidad Autónoma de Andalucía fue y ha sido igualmente un ejemplo destacado de los posibles problemas que conlleva cualquier intento de reorganización de estas abigarradas estructuras, surgidas más allá de los servicios públicos de empleo, cuando, al hilo en nuestro caso de la aparición de las agencias como novedoso mecanismo de gestión pública

¹³⁴ Véase, no obstante, el posterior Acuerdo por la Calidad y Estabilidad en el Empleo y de Apoyo a la Negociación Colectiva en Andalucía de 18 de julio de 2018 en el que, por cierto, se sigue insistiendo igualmente en la potenciación de los servicios públicos de empleo en línea con los documentos de otras Comunidades que hemos analizado anteriormente en este mismo estudio.

¹³⁵ En esta misma línea, considerándolo “una seña de identidad” puede verse el comentario de C. Molina Navarrete, “Art. 159. Diálogo y Concertación social”, en AAVV., *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Vol. IV., (dir. P. Cruz, M. Medina), Parlamento de Andalucía, 2012, pág. 2394.

–conectado igualmente con el *New Public Management* al que hacíamos referencia al inicio de este estudio-, se buscó integrar a buena parte de aquellas estructuras en el ámbito, en este caso, del SAE. Como decimos, esta circunstancia se ha producido también en otras Comunidades, pero sin la trascendencia, complejidad e incluso crispación que ha ocurrido en Andalucía. Y ello ya que, como es bien sabido, en un marco de singular situación judicial, primero el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio¹³⁶ y, más tarde la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, vinieron no solo a transformar el SAE en una agencia de régimen especial de las previstas en el artículo 54.2.c) Ley 9/2007 -cuyos Estatutos fueron aprobados por Decreto 96/2011, de 19 de abril, convirtiendo por tanto, al menos teóricamente, los sucesivos contratos de gestión en la piedra angular de su funcionamiento por objetivos¹³⁷-, sino que, además, procedieron a integrar en esta nueva agencia, mediante la subrogación de sus bienes y relaciones, no solo a la ya mencionada FAFFE, sino también -al menos en la Ley- a los consorcios UTEDLT. Si a todo ello sumamos el “retorno” al SAE, mediante el Decreto-Ley 5/2015 de 15 de septiembre, de los antes mencionados Consorcios Escuelas de Formación para el Empleo -que, sorpresivamente, y, seguramente, por singulares razones, se extrajeron del SAE por el Decreto-ley 4/2013, de 2 de abril y al que, por tanto, se le privó llamativamente de competencias en materia de formación- tendremos como resultado una agencia de régimen especial formada por un número muy amplio de personal “propio” “subrogado”, empleados públicos con contrato laboral -con todas las dificultades que conlleva la gestión de potestades, sobre todo si se sobredimensiona este escurridizo concepto- y que, además, siguen conservando un número muy alto de convenios –recuérdese la conservación de los convenios de los entes subrogados- lo que nuevamente dificulta la gestión armonizada, a la espera de un más que deseable nuevo convenio para el conjunto del personal de esta agencia¹³⁸.

En cualquier caso, un cuarto y último rasgo que nos interesa destacar aquí es cómo la administración andaluza resulta igualmente un buen ejemplo de que,

¹³⁶ BOJA n. 147 de 28 de julio de 2010. Véase, igualmente, el posterior Decreto-Ley 6/2010, de 23 de noviembre, de medidas complementarias (BOJA n. 232, de 26 de noviembre de 2010).

¹³⁷ Véanse, en este sentido, los sucesivos Acuerdos de 31 de octubre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Contrato Plurianual de Gestión de la Agencia Servicio Andaluz de Empleo para el período 2017-2018 (BOJA n. 213, de 7 de noviembre de 2017) y el Acuerdo de 5 de mayo de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Contrato Plurianual de Gestión de la Agencia Servicio Andaluz de Empleo para el periodo 2020-2021 (BOJA n. 89, de 12 de mayo de 2020). El informe ejecutivo de evaluación del primero se encontraba disponible el 16 de noviembre de 2021 en https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2020-08/Informe%20ejecutivo_EVALUACI%C3%93N%20CG%2017-18_DEF%20.pdf

¹³⁸ En general, sobre estos problemas puede verse el específico estudio de F.J. Sanmartín Casillas, *Régimen jurídico del personal laboral en la Administración Pública. La reestructuración del Servicio Andaluz de Empleo*, Tesis doctoral, 2018.

a pesar de las diversos instrumentos de coordinación que hemos ido señalando a lo largo de este estudio, estas administraciones siguen gozando de una importante capacidad para desarrollar políticas propias; unas políticas propias que, además, en el caso de Andalucía, son fiel reflejo del impacto que sobre las mismas han tenido las ideas y principios propios de la *New Public Governance y Management* a las que igualmente nos referíamos al principio de este trabajo. De hecho, el cambio de gobierno tras las últimas elecciones autonómicas ha conducido, al menos en nuestra opinión, a una auténtica ruptura con la lógica tradicional anterior y, llamativamente, con ciertas decisiones adoptadas ahora a nivel estatal.

El primer ejemplo de lo que decimos es la apuesta que se realiza por la actual Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo, en relación, nuevamente, con la colaboración público-privada a través de la contratación de una experiencia piloto de mejora de la empleabilidad y acceso al empleo mediante agencias de colocación. En este sentido, no deja de ser significativo que la no renovación a nivel estatal del Acuerdo Marco haya sido “seguida” a nivel autonómico por la apertura de una licitación restringida¹³⁹ para un contrato de una duración de 24 meses prorrogable otros 24, con un valor estimado de 3.173.626,38 €, y cuyo objeto era y es “la prestación del servicio de colaboración con el Servicio Andaluz de Empleo, para la inserción laboral de las personas desempleadas”. Sin poder detenernos en esta cuestión, nos limitaremos aquí a recordar cómo el influjo del anterior Acuerdo Marco es, al menos en nuestra opinión, claro: el objeto de este convenio se articula en cuatro lotes al diferenciarse entre Andalucía oriental y occidental (como ya vimos que había acontecido en alguna otra Comunidad Autónoma) y distinguirse entre jóvenes desempleados que no sean de larga duración y cuyo aplicación del perfilado –sobre este instrumento volveremos más tarde- proporcione niveles de empleabilidad elementales y medio-altos y parados de larga duración con similares niveles de empleabilidad. El precio máximo unitario sin IVA se articulaba en función de esas dos variables (jóvenes/parados de larga duración; nivel de empleabilidad bajo o medio alto) con una cuantía por adscripción fija de 121,92 euros, y una de inserción variable que iba desde los 304,80 € por joven con empleabilidad media alta a los 609,60 € para parados de larga duración con empleabilidad baja. Finalmente, solo si se produjese la inserción el precio se incrementaría con una cuantía máxima por orientación de hasta 203,20 euros y otra por formación con, nuevamente, un único máximo de 2.032 euros. Y todo ello sin olvidar que estas cuantías máximas se incrementarían un 50% si se trataba de una persona con discapacidad y de un 25% -acumulable con el anterior- si se trataba de mujer, así como un 20% si la inserción es indefinida desde el principio y goza de una estabilidad de al menos 12 meses ininterrumpidos.

¹³⁹ Número de expediente: CONTR 2019 0000654534; Más información, en especial en relación con los Pliegos de condiciones administrativas particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas en https://www.juntadeandalucia.es/haciendayadministracionpublica/apl/pdc_sirec/perfiles-licitaciones/detalle-licitacion.jsf?idExpediente=000000194838.

Evidentemente llama la atención la aparente naturaleza de experiencia piloto de esta actividad, lo que seguramente enlaza con la ausencia de un debate público sobre los resultados en términos de eficacia y eficiencia del mencionado Acuerdo Marco y de los contratos autonómicos antes mencionados. Pero la propia licitación no deja, como decimos, de ser significativa de la capacidad de orientación propia por parte de las comunidades autónomas tanto en la orientación como en la gestión de estas políticas de empleo.

En cualquier caso, un segundo ejemplo de lo que decimos, y seguramente, la apuesta central de la actual administración andaluza, se centra en la contratación de un amplio conjunto de servicios “relacionados con gobierno del dato”, “la explotación integral de datos de negocio” y la “implementación de casos de uso de analítica avanzada”, con el objetivo de modernizar y mejorar los servicios de intermediación laboral y orientación, así como la propia articulación de las Políticas Activas de Empleo en Andalucía, aplicando para ello la tecnología de “big data” y combinando “tanto el enfoque de Inteligencia de Negocio (BI) como de Inteligencia Artificial (AI)”. De esta forma -y esto es lo importante- todos estos servicios, contratados bajo el significativo título de “Servicios de inteligencia de negocio y perfilado estadístico del Servicio Andaluz de Empleo” buscarían convertir a la Consejería y al SAE en una Administración “*Data Lead*”, que, además, organizaría sus actuaciones en torno a la Oficina de Perfilado Estadístico como instrumento central en la gestión de la intermediación y orientación laboral¹⁴⁰.

Pues bien, sin poder detenernos aquí, nuevamente, en analizar detenidamente esta compleja cuestión, nos limitaremos a recordar, nuevamente, solo dos cuestiones. La primera es la clara conexión de todo este proceso con las lógicas propias, y ya destacadas de la NPG; unas lógicas centradas, en este caso, no solo en el uso intensivo de las TICs, sino también, y sobre todo, en la colocación del dato y de los sistemas de inteligencia artificial –“minería de datos”- como epicentros, no solo para la definición de servicios y actuaciones personalizadas -pero igualmente en gran parte automatizadas- sino también -o, sobre todo- a la hora de ayudar a definir la orientación de la propia acción pública. Se trata de un proceso ciertamente necesario, no solo en el caso de la orientación de la acción pública -en especial lo que en el PPT se denomina “caso de uso 4. Anticipación”- sino también en el ofrecimiento de una mayor y mejor información al ciudadano y, en su caso, al propio orientador, pero que, al menos nuestro juicio, debería ser, por un lado, absolutamente transparente para evitar que, bajo la aparente “dictadura del dato” se sustraigan al necesario debate público decisiones de hondo calado ideológico y social, y que del otro se articulara de forma segura, evitando los riesgos que todo proceso de incorporación de la inteligencia artificial conlleva, por ejemplo,

¹⁴⁰ Se trata del Expediente n. CONTR 2020 0000146417. Más información en https://www.juntadeandalucia.es/haciendayadministracionpublica/apl/pdc_sirec/perfiles-licitaciones/detalle-licitacion.jsf?idExpediente=000000226572

de posible incorporación al algoritmo de los sesgos presentes en los datos que pudieran suministrársele para su singular proceso de aprendizaje autónomo.

La segunda observación es evidente: la absoluta centralidad asumida en este contexto por el perfilado, como procedimiento y sistema a través del cual se busca, en general, obtener, a partir del análisis de una serie de rasgos fundamentalmente socioeconómicos, de trayectorias laborales y de habilidades personales, un diagnóstico individualizado sobre las perspectivas de ocupación, de desempleo, o incluso de su riesgo de exclusión social, y que permitiría, no solo definir su “nivel de empleabilidad”, sino también detectar y planificar las necesidades de intervención y las acciones específicas que deberían ofrecerse en su búsqueda de empleo¹⁴¹.

Esta centralidad del dato y su análisis, y, en especial del perfilado, confluye finalmente con otro elemento destacado en la gestión de la actual administración autonómica andaluza y que igualmente se relaciona y conecta con la tantas veces mencionada Nueva Gestión Pública: la necesaria adaptación a este nuevo entorno de las estructuras administrativas, y obviamente del SAE, a través, básicamente, de un nuevo modelo de gestión integral que, además, aborde “una reformulación de las Políticas Activas de Empleo que apuesten por la mejora de la empleabilidad de la población andaluza y de la productividad de las empresas”.

Lo llamativo, si se nos permite, es que en el desarrollo de este proceso no se ha recurrido, al menos inicialmente, al diálogo social, ni tan siquiera a la negociación colectiva, sino que, llamativamente, se ha procedido a realizar un concurso público a través de un procedimiento de asistencia técnica para diseñar un nuevo modelo de gestión que, conectado en su gestión con el nuevo modelo de información deducido del sistema de perfilado estadístico, impulse el uso de las tecnologías de la información, adaptando los servicios prestados a las demandas de los ciudadanos y a las características y necesidades de cada persona usuaria, simplificando los procedimientos, pero manteniendo sus niveles de calidad.

Más allá de los problemas que esta conexión puede provocar, sobre todo si el desarrollo de las labores de perfilado y su implantación se retrasan, lo auténticamente sintomático de todo lo hasta ahora dicho no es ya tanto la clara preferencia por la contratación pública propia de esta administración para la gestión y diseño de estas formas de gestión y de las propias políticas públicas,

¹⁴¹ Para una primera perspectiva del perfilado estadístico en relación con los demandantes de empleo puede consultarse, por todos, Y. F. Rebollo-Sanz, “El Modelo de Perfilado Estadístico: una herramienta eficiente para caracterizar a los demandantes de empleo”, disponible en <https://documentos.fedea.net/pubs/dt/2017/dt2017-01.pdf>. En general, sobre el funcionamiento del *profiling* en los distintos servicios públicos de empleo puede consultarse AAVV., *Identification of latest trends and current developments in methods to profile jobseekers in European Public Employment Services: Final report*, European Commission, 2015.

sino el hecho de que todas estas grandes decisiones, ciertamente estratégicas, se hayan desarrollado desde una perspectiva básicamente unilateral, orillado al menos formalmente el papel de los interlocutores sociales, no ya solo en su plasmación, sino incluso en la determinación de estas grandes opciones y principios. Y ello resulta aún más llamativo, no solo por su contraposición, al menos aparente, con la línea mayoritariamente seguida por otras Comunidades Autónomas en este campo, sino, y sobre todo, por su divergencia con la orientación tradicional de nuestra Comunidad Autónoma, plasmada, como hemos visto, en nuestro propio Estatuto de Autonomía.

LAS POLÍTICAS DE FORMACIÓN PROFESIONAL: SU CENTRALIDAD PARA EL DERECHO AL TRABAJO DECENTE Y LA INCLUSIÓN SOCIAL

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ Y
MARÍA NIEVES MORENO VIDA

Catedráticos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

EXTRACTO

Palabras clave: Formación profesional, cualificaciones, capacidades, políticas activas, Dº al trabajo, “Dº del Empleo”

Las fórmulas de cualificación del trabajo dependen de las fuerzas productivas de la sociedad y del estadio de la evolución técnica, que condicionan e imponen una cierta forma de adquisición de las capacidades necesarias para desempeñar las actividades que los puestos de trabajo requieren. En los albores del 2022, y tras los devastadores efectos de la pandemia del COVID-19, se busca potenciar, en todo el ámbito de la Unión Europea, una revolución en materia de capacidades para garantizar que las personas puedan prosperar en las “transiciones ecológica y digital” y potenciar las nuevas oportunidades de empleo derivadas de los cambios demográficos (economía plateada y asistencial). Todo ello produce un interés creciente por los problemas de la formación general y en la empresa; la recapacitación y perfeccionamiento de los trabajadores (“reskill” y “upskill”) y la necesidad de aprovechar los talentos y diversidad derivados de los cambios demográficos (trabajadores de más edad, emigración...). Se analizan aquí el derecho a la formación profesional en las normas de la OIT y su papel en el “futuro del trabajo”; las iniciativas de la Unión Europea en relación con la Agenda Europea de Capacidades y el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales; y el derecho a la formación profesional y su conexión con el derecho (“matriz”) al trabajo y a las políticas activas de empleo. El foco de atención se sitúa en las dimensiones de la formación profesional y su regulación, dentro del marco estatal, en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

ABSTRACT

Key words: Professional training, qualifications, skills, active employment policies, right to work, “Employment Law”.

The formulas for the qualification of work depend on the productive forces of society and the stage of technical evolution, which condition and impose a certain form of acquisition of the skills necessary to carry out the activities that the jobs require. At the dawn of 2022, and following the devastating effects of the COVID-19 pandemic, the aim is to seek to promote, throughout the European Union, a revolution in skills to ensure that people can thrive in “ecological and digital transitions” and boost new employment opportunities arising from demographic changes (silver economy and healthcare). All of this leads to a growing interest in the problems of general and enterprise training; the retraining and upgrading of workers (“reskill” and “upskill”); and the need to take advantage of the talents and diversity derived from demographic changes (older workers, emigration...). The right to vocational training in ILO standards and its role in the “future of work” are analysed here; the European Union’s initiatives in relation to the European Capacity Agenda and the Action Plan of the European Pillar of Social Rights; and the right to vocational training and its connection with the right (“matrix”) to work and to active employment policies. The focus is on the dimensions of professional training and its regulation, within the state framework, in the Autonomous Community of Andalusia.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. CAMBIOS TECNOLÓGICOS Y SISTEMAS DE CAPACITACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL.
2. EL DERECHO A LA FORMACIÓN PROFESIONAL EN LAS NORMAS DE LA OIT Y SU PAPEL CENTRAL EN EL “FUTURO DEL TRABAJO”.
3. LAS INICIATIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA. LA FORMACIÓN PROFESIONAL COMO INSTRUMENTO PARA LA RECUPERACIÓN VERDE Y DIGITAL.
 - 3.1. La formación profesional como instrumento de la libre circulación de trabajadores y de las políticas de flexiseguridad.
 - 3.2. El papel de la formación profesional en la garantía juvenil y las garantías de formación para el trabajo de los mayores.
 - 3.3. La formación profesional como derecho social (“principio”) en el pilar europeo de derechos sociales. La agenda europea de capacidades de 2020 y el plan de acción del pilar europeo de derechos sociales de 2021.
4. EL DERECHO A LA FORMACIÓN PROFESIONAL Y SU CONEXIÓN CON EL DERECHO (“MATRIZ”) AL TRABAJO Y A LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO.
5. ATRIBUCIÓN COMPETENCIAL AUTÓNOMICA DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL.
6. DIMENSIONES DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL. MARCO ESTATAL Y REGULACIÓN EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA.
7. LA PROYECTADA REFORMA EN ESPAÑA DEL SISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL

1. INTRODUCCIÓN. CAMBIOS TECNOLÓGICOS Y SISTEMAS DE CAPACITACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL

Ha sido una constante histórica la correlación existente entre los cambios tecnológicos y la evolución de los sistemas de capacitación y formación profesional, así como el papel central que ocupan unos y otros en el desarrollo económico y social. En la coyuntura actual, se espera que la “doble transición, verde y digital” –en la terminología europea-, junto con el amplio despliegue de la inteligencia artificial y la robótica, determine el avance “hacia una economía eficiente en el uso de los recursos, circular, digitalizada y climáticamente neutra”. Además, los cambios demográficos van a incidir fuertemente (desarrollo de la “economía plateada” y de la economía asistencial) en esta transición hacia la creación de nuevos puestos de trabajo y los cambios o desaparición de otros. Transiciones que determinan la necesidad de un “cambio sin precedentes en los conjuntos de capacidades” [Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia*, Bruselas, 1.7.2020. COM (2020) 274 final].

En la *Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos* de la OIT (núm. 195) de 2004, se establece que el término “cualificaciones” designa la expresión formal de las habilidades profesionales del trabajador, reconocidas en

los planos internacional, nacional o sectorial, y el término “competencias” abarca los conocimientos, las aptitudes profesionales y el saber hacer que se dominan y aplican en un contexto específico. En relación a ello, la expresión “aprendizaje permanente” engloba todas las actividades de aprendizaje realizadas a lo largo de la vida con el fin de desarrollar las competencias y cualificaciones. El objetivo de todo ello es garantizar la “empleabilidad”, es decir, “las competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y de formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo decente, progresar en la empresa o al cambiar de empleo y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones del mercado de trabajo” (OIT). Los estrechos vínculos entre formación profesional y oportunidades de empleo vienen siendo puestos de manifiesto de forma permanente.

Así, la cualificación se refiere a la capacidad de ejecutar un proceso de trabajo determinado, adquiriéndose dicha cualificación fundamentalmente a través de la formación (o instrucción) y de la experiencia (o adiestramiento); haciendo del componente “habilidad personal adquirida” el fundamento del trabajo cualificado. Significativamente, dentro del factor habilidad, y en el ámbito de la valoración de puestos de trabajo, se incluyen los distintos conocimientos teóricos y prácticos que exige el conjunto de decisiones y acciones derivadas de los cometidos propios del puesto de trabajo.

Desde esta perspectiva la cualificación profesional haría referencia al conjunto de conocimientos, experiencias y actitudes profesionales necesarias para realizar o desempeñar las funciones laborales exigidas por las características específicas de un determinado puesto de trabajo u ocupación. En la terminología europea el término “cualificación” se ha cambiado por el de “capacitación”, que remite a unos estándares de competencia más flexibles y abarca las “microformaciones” requeridas en muchos casos para adaptarse a los cambios –fundamentalmente tecnológicos- que se están llevando a cabo en los sistemas productivos, de forma que partiendo de las competencias que el trabajador ya posee y de la experiencia laboral previa pueda adquirir las habilidades necesarias que le faltan para desempeñar adecuadamente el puesto de trabajo. Esto es especialmente importante para los trabajadores de mayor edad (45, 55 o 65 años) que deben y quieren permanecer en el mercado de trabajo durante más tiempo.

El trabajo cualificado designa la prestación de servicios personales por cuenta ajena que incorpora, en mayor o en menor medida, alguna característica específica distinta del simple esfuerzo físico; en particular, la nota de habilidad personal que viene a integrar, a su vez, los elementos de formación, adiestramiento o experiencia y, en algunos casos, iniciativa. Y esto a diferencia del trabajo no cualificado, que supone una prestación de servicios personales por cuenta ajena que estriba, o al menos prevalece, en el simple esfuerzo manual o físico, sin requerir especiales conocimientos profesionales (sin formación o experiencia), lo que no implica que

no puedan ser integrados en una categoría, precisamente la de los no cualificados¹. Sin embargo, en el mundo actual y del futuro la tecnología ya es parte de todo lo que hacemos y eso afecta a la propia condición de ciudadanía, a la forma de interactuar con la sociedad y, por supuesto, al mundo del trabajo². La tecnología o los robots asumirán la mayor parte del trabajo manual o físico y en muchos casos se tratará de complementar la labor de los robots, lo que exigirá interactuar con ellos de forma eficiente a través de habilidades técnicas. Se plantea por ello la necesidad de una comprensión básica del “aprendizaje automático” (*machine learning*) y de los principios en los que se basa (la ciencia de datos o informática en la nube)³.

Como se ha puesto de manifiesto desde hace mucho tiempo, las fórmulas de cualificación del trabajo dependen de las fuerzas productivas de la sociedad, y dentro de ellas del estadio de la evolución técnica. Aquéllas condicionan e imponen, de algún modo, una cierta forma de adquisición de las capacidades necesarias para desempeñar las actividades que los puestos de trabajo requieren. Así pues, el desarrollo de las fuerzas productivas incide de modo determinante en

¹ Vid. Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N.: “Cambio tecnológico, cualificación y formación profesional”, en *Contrato de trabajo y formación profesional. Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la Comunidad Europea*. V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, a cargo de Rodríguez-Sañudo y Martín Valverde. MTSS, Madrid, 1987, pág. 283.

² Son interesantes experiencias como la llevada a cabo en Finlandia, donde se creó un curso sobre inteligencia artificial para sus ciudadanos. En 2018, se impulsó por parte de diversas instituciones y empresas (Gobierno, Universidad de Helsinki, IA Reaktor), la creación de un proyecto llamado *Element of AI*, un curso gratuito, con certificación, sobre inteligencia artificial para gente sin formación previa en este campo. Su objetivo es proporcionar a los ciudadanos la posibilidad de adquirir nuevas habilidades para trabajar en entornos donde la inteligencia artificial va ocupando espacios cada vez más relevantes [actualmente disponible en numerosos idiomas, entre ellos el español con la participación de la Comisión Europea, el Gobierno de España y la UNED: <https://www.elementsofai.com/es>].

³ Vid. Weise, Michelle: *Long Life Learning: Preparing for Jobs that Don't Even Exist Yet*. Editorial Wiley, 2021. En una entrevista, señala esta experta que “Tenemos que asumir que el aprendizaje va a ser más frecuente y episódico; reimaginar la educación superior como una variedad de autopistas con un montón de rampas de entrada y salida entre la formación y el trabajo” y que “las empresas tendrán que empezar a considerar el lugar de trabajo como el aula del futuro, y encontrar tiempo para ofrecer esa formación, de manera que nadie tenga que plantearse dejar su trabajo para obtener más educación”. Entre los principales desafíos actuales en materia de formación, señala, por un lado, la necesidad de integrar e interconectar el sistema de educación primaria y secundaria, la educación superior y la formación de la mano de obra, y, por otro lado, la incapacidad actual de las empresas de “validar las habilidades de los trabajadores, para que cambiar de trabajo no sea tan complicado o para que todos sepan qué pasos dar para promocionar dentro de una compañía”, es decir dar valor al talento propio, a los trabajadores ya ocupados en sus empresas, permitiéndoles validar las habilidades que poseen recapacitándolos, en vez de buscar talentos fuera. <https://elpais.com/economia/formacion/2021-10-22/michelle-weise-las-empresas-tienen-que-empezar-a-considerar-el-lugar-de-trabajo-como-el-aula-del-futuro.html>

las modalidades de adquisición de los conocimientos profesionales. En los albores del 2022, y tras los devastadores efectos de la pandemia del COVID-19, se busca potenciar, en todo el ámbito de la Unión Europea, una revolución en materia de capacidades para garantizar que las personas puedan prosperar en las “transiciones ecológica y digital”, así como para contribuir a la recuperación tras la pandemia de coronavirus.

La política de empleo debe crear las bases que le permitan garantizar una oferta suficiente (tanto desde el punto de vista cuantitativo como *cualitativo*) de personas que dispongan de aquellas cualificaciones/capacidades necesarias que son demandadas por la sociedad y, en particular, por el aparato productivo. Debe existir un equilibrio dinámico entre ambas variables. De lo cual se infiere la necesidad, cada vez más acuciante para la sociedad, de llegar a una adecuada coordinación e integración entre la política educativa en su conjunto y la política de empleo, sin que ello pueda, en ningún momento, suponer la negación del derecho a la cultura que todo ciudadano debe tener por el simple hecho de serlo⁴. Y todo esto por contraposición a la concepción productivista de la enseñanza y de la formación profesional que restringe la formación profesional y técnica a la capacitación concebida exclusivamente en función de la producción, obviando que la formación profesional concebida como parte de la educación permanente no se agota en procurar a las empresas la mano de obra cualificada que necesitan, sino que también debe ser un instrumento de promoción social y cultural de la persona del trabajador.

Por supuesto que ello no entra en contradicción con una formación que capacite realmente para el trabajo, para lo cual será imprescindible que las personas adquieran una formación que les permita adaptarse continuamente a los cambios tecnológicos y organizativos, adecuándolos de forma que puedan ser utilizados en la empresa.

La tecnología y la digitalización han transformado el panorama laboral casi por completo en todos los sectores. La Inteligencia Artificial es ya y será en los próximos años uno de los motores del desarrollo económico y social, de modo que es esencial que todos los ciudadanos puedan disponer de unos conocimientos básicos sobre esta nueva tecnología, para aprovechar las oportunidades de empleo que abre y también para garantizar el respeto de la ciudadanía y de los valores y derechos individuales y colectivos. Las empresas deben conformarse también como un lugar de aprendizaje de la Inteligencia Artificial mediante la experimentación, como una inversión de futuro y de progreso.

Pero, como se ha puesto de manifiesto, los desafíos del futuro mercado de trabajo no son solo tecnológicos, la mayor longevidad (fruto del desarrollo del

⁴ Vid. Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N.: “Cambio tecnológico, cualificación y formación profesional”, en *Contrato de trabajo y formación profesional...*, op.cit., pág. 286.

estado de bienestar y de los avances médicos, que permitirán hacer frente a nuevos desafíos como la actual pandemia del COVID-19) se traducirá en que la vida laboral será también más larga y ello pone ya de relieve una necesidad permanente de actualización de nuestras habilidades y competencias profesionales.

En el contexto actual existe una gran preocupación en todos los países, y en el ámbito de la Unión Europea, por potenciar las tecnologías y las ramas productivas del futuro, las derivadas de la transición ecológica y digital, acometiéndose la reestructuración de aquellos sectores en crisis tratando de aumentar en ellos el componente tecnológico y los cambios técnico-organizativos (mayor flexibilidad organizativa y de uso de la fuerza de trabajo, la robótica, la informatización del trabajo terciario, descentralización productiva, auge del teletrabajo...); y potenciar además las nuevas oportunidades de empleo derivadas de los cambios demográficos (economía plateada y asistencial). Junto a ello se produce un interés creciente por los problemas de la formación general y en la empresa; formación, reconversión y reciclaje de los trabajadores; capacitación y ajuste de la oferta de mano de obra altamente cualificada exigida para la concepción y utilización de las tecnologías; necesidad de aprovechar los talentos y diversidad derivados de los cambios demográficos (trabajadores de más edad, emigración...).

2. EL DERECHO A LA FORMACIÓN PROFESIONAL EN LAS NORMAS DE LA OIT Y SU PAPEL CENTRAL EN EL “FUTURO DEL TRABAJO”

El derecho y las políticas de formación profesional han sido objeto permanente de las preocupaciones y actuaciones de la OIT. La OIT ha destacado siempre la importancia de la formación profesional para facilitar el aprendizaje permanente y la empleabilidad, como parte importante de una gama de medidas de orden político destinadas a crear empleos decentes y a alcanzar un desarrollo económico y social sostenible. Así aparece configurada en el *Convenio sobre desarrollo de los recursos humanos*, 1975, núm. 142 (art. 1: “Todo Miembro deberá adoptar y llevar a la práctica políticas y programas completos y coordinados en el campo de la orientación y formación profesionales, estableciendo una estrecha relación entre este campo y el empleo, en particular mediante los servicios públicos del empleo”; el *Convenio y la Recomendación sobre la política del empleo*, núm. 122, 1964⁵; la *Recomendación sobre la política del empleo* (disposiciones complementarias)

⁵ El Convenio núm. 122 (1964) sobre la política de empleo establece: Artículo 1.2. La política indicada deberá tender a garantizar: (c) que habrá libertad para escoger empleo y que *cada trabajador tendrá todas las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea*, sin que se tengan en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social.

núm. 169, 1984⁶; el *Convenio y la Recomendación sobre la licencia pagada de estudios*, 1974; la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, de 1998 (al establecer el compromiso de estos principios y derechos fundamentales de todos los Estados Miembros, destaca, entre otras cosas, que “la OIT debe hoy más que nunca movilizar el conjunto de sus medios de acción normativa, de cooperación técnica y de investigación en todos los ámbitos de su competencia, y en particular en los del empleo, la formación profesional y las condiciones de trabajo”); la *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, revisada en 2017⁷; y las *Conclusiones sobre la formación y el desarrollo de los recursos humanos*, adoptadas por la 88.ª reunión (2000) de la Conferencia Internacional del Trabajo⁸. También en la *Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos* (núm. 195) de 2004 se insta a los gobiernos, los empleadores y los trabajadores a que renueven su compromiso con el aprendizaje permanente: los gobiernos, invirtiendo y creando las condiciones necesarias para reforzar la educación y la formación en todos los niveles; las empresas, proporcionando formación a sus trabajadores, y las personas, aprovechando las oportunidades de educación, formación y aprendizaje permanente.

⁶ La Recomendación sobre la política del empleo (disposiciones complementarias) núm. 169, 1984, establece que para garantizar la promoción del pleno empleo, productivo y libremente elegido los Estados Miembros deben adoptar medidas que incluyan: (a) educación general accesible a todos y programas de orientación y formación profesionales para ayudar a dichas personas a encontrar trabajo y mejorar sus oportunidades de empleo y sus ingresos; (b) la creación de un sistema de formación vinculado tanto al sistema educativo como al mundo del trabajo; (f) medidas de formación permanente y de readiestramiento; (g) medidas de readaptación profesional.

⁷ Dedicó el apartado 37 a 39 a la Formación, estableciendo que los gobiernos, en cooperación con todas las partes interesadas, deberían elaborar políticas nacionales en materia de orientación y formación profesionales que guarden estrecha relación con el empleo y que constituyan el marco dentro del cual las empresas multinacionales deberían aplicar sus políticas de formación profesional, dirigidas a los trabajadores que emplean en todos los niveles en el país anfitrión, con el objetivo de alentar la formación profesional, el aprendizaje permanente y el desarrollo de las competencias profesionales como parte de su contribución al desarrollo nacional.

⁸ Como marco general para las importantes Conclusiones adoptadas en materia de formación profesional y recursos humanos, la Conferencia General destaca que el criterio de la OIT sobre el trabajo decente abarca tanto la cantidad como la calidad del empleo y ofrece una base para nuevas políticas y estrategias de educación y formación. Al permitir que las personas sean empleables y se conviertan en ciudadanos informados, la formación y desarrollo de recursos humanos contribuyen al desarrollo económico, a lograr el pleno empleo y a promover la inserción social, a tener acceso a un trabajo decente y a que la economía sea más productiva, innovadora y competitiva. La formación y desarrollo de recursos humanos ponen de relieve los valores fundamentales de una sociedad de equidad, justicia, igualdad de trato entre hombres y mujeres, no discriminación, responsabilidad social y participación”.

En esta Recomendación, la OIT establece que los Estados Miembros deberían reconocer que la educación y la formación son un derecho para todos y, en colaboración con los interlocutores sociales, esforzarse por asegurar el acceso de todos al aprendizaje permanente. Partiendo del reconocimiento de este derecho, la OIT considera que la consecución del aprendizaje permanente debería basarse en un compromiso explícito: por parte de los gobiernos, de invertir y crear las condiciones necesarias para mejorar la educación y la formación en todos los niveles; por parte de las empresas, de formar a sus trabajadores, y, por parte de las personas, de desarrollar sus competencias y trayectorias profesionales.

En ese marco, la OIT mantiene que los Estados Miembros deben definir, con la participación de los interlocutores sociales, una estrategia nacional de educación y de formación, y crear un marco de referencia para las políticas de formación en los planos nacional, regional y local, así como en los planos sectorial y de la empresa; asimismo, deben desarrollar un marco nacional de cualificaciones que facilite el aprendizaje permanente, ayude a las empresas y las agencias de colocación a conciliar la demanda con la oferta de competencias, oriente a las personas en sus opciones de formación y de trayectoria profesional, y facilite el reconocimiento de la formación, las aptitudes profesionales, las competencias y la experiencia previamente adquiridas. Dicho marco debería ser adaptable a los cambios tecnológicos y a la evolución del mercado de trabajo. Además, los Estados Miembros deben fomentar el acceso a la educación, a la formación y al aprendizaje permanente de las personas con necesidades específicas, tales como los jóvenes, las personas poco cualificadas, las personas con discapacidad, los migrantes, los trabajadores de edad, las poblaciones indígenas, los grupos étnicos minoritarios y las personas socialmente excluidas, así como de los trabajadores de las pequeñas y medianas empresas, de la economía informal, del sector rural y los trabajadores independientes.

De esta forma, desde la OIT se destaca la importancia de la educación y formación previa al empleo; el desarrollo de las competencias; la formación con miras al trabajo decente y a la inclusión social; el desarrollo de un marco para el reconocimiento y la certificación de las aptitudes profesionales; la determinación clara de los prestadores de servicios de formación; el desarrollo de la orientación profesional y de servicios de apoyo a la formación; y la necesidad de la investigación en materia de desarrollo de los recursos humanos, la educación, la formación y el aprendizaje permanente.

En el Informe *Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo* (OIT, 2019), la OIT advierte que “Los avances tecnológicos –la inteligencia artificial, la automatización y la robótica– crearán nuevos puestos de trabajo, pero quienes van a perder sus trabajos en esta transición podrían ser los menos preparados para aprovechar las nuevas oportunidades. Las competencias de hoy no se ajustarán a los trabajos de mañana y las nuevas competencias adquiridas pueden quedar desfasadas rápidamente. La ecologización

de nuestras economías creará millones de puestos de trabajo a medida que adoptemos prácticas sostenibles y tecnologías limpias; en cambio, otros puestos de trabajo desaparecerán cuando los países vayan reduciendo progresivamente sus industrias basadas en el carbón y en el uso intensivo de los recursos. La evolución demográfica no es un factor desdeñable”. Para abrir las posibilidades que brindan estas transiciones, la OIT plantea la necesidad de una acción comprometida por parte de los Gobiernos y de las organizaciones de trabajadores y empresarios, revitalizando el “contrato social” que debe ser un “programa centrado en las personas para el futuro del trabajo” asentado en tres ejes de actuación, el primero de los cuales es “invertir en las capacidades de las personas”. Entre las distintas dimensiones de este objetivo, la OIT exhorta a que se reconozca el “derecho a un aprendizaje a lo largo de la vida que permita a las personas adquirir competencias, perfeccionarlas y reciclarse profesionalmente”. Esto exige que los gobiernos establezcan mecanismos adecuados de financiación, pero también, habida cuenta de la importancia que reviste la formación continua en el lugar de trabajo, los empleadores deben contribuir a su financiación y trabajar conjuntamente con las organizaciones de trabajadores para diseñar marcos pertinentes y dirigir los fondos de estos programas.

La OIT propone que se establezca un sistema de derechos de formación mediante un sistema rediseñado de «seguro de empleo» o de «fondos sociales» que permita a los trabajadores tomarse tiempo libre remunerado de sus trabajos para participar en la formación y que se podría reconocer a los trabajadores el derecho a un determinado número de horas de formación, independientemente del tipo de trabajo que hagan, lo que tiene la ventaja de apoyar a los trabajadores más vulnerables mediante su formación continua, en particular a los trabajadores por cuenta propia o los trabajadores de las pequeñas y medianas empresas, que tienen menos posibilidades de beneficiarse de la formación financiada por el empleador. Se destacan las nuevas posibilidades que abren las tecnologías digitales para una amplia participación en la formación y señala asimismo que para que el aprendizaje sea permanente de verdad, las competencias deben ser transferibles y para ello es necesario instaurar un marco común de reconocimiento de las competencias, tanto en el plano nacional como en el internacional.

Tras la pandemia de la COVID-19 y los efectos de la misma en el ámbito económico, social y laboral, la OIT ha aprobado la Memoria del Director General, *El trabajo en tiempos de la COVID* (Conferencia Internacional del Trabajo, 109ª reunión, 2021), que contiene como Anexo un Proyecto de documento final de la Conferencia: «Llamamiento mundial a la acción para una recuperación centrada en las personas de la crisis causada por la COVID-19 que sea inclusiva, sostenible y resiliente», en el que la Conferencia General de la OIT prevé adoptar en 2021 un llamamiento mundial urgente a la acción con miras a propiciar una recuperación centrada en las personas de la crisis causada por la COVID-19, que esté inspirada y orientada por la Declaración del Centenario de la OIT. En el mismo se plantean

“Medidas urgentes para promover una recuperación centrada en las personas”, entre las cuales destaca el compromiso de la OIT y de los Gobiernos y las organizaciones de empleadores y de trabajadores de “aumentar la inversión pública y privada en el aprendizaje permanente, entre otras cosas mediante un acceso más equitativo y efectivo a la educación y la formación de calidad, así como a los aprendizajes, el perfeccionamiento de las competencias y el reciclaje profesional, y mediante otras políticas activas del mercado de trabajo y alianzas para reducir la inadecuación, los déficits y la escasez de competencias”.

3. LAS INICIATIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA. LA FORMACIÓN PROFESIONAL COMO INSTRUMENTO PARA LA RECUPERACIÓN VERDE Y DIGITAL

3.1. La formación profesional como instrumento de la libre circulación de trabajadores y de las políticas de flexiseguridad

En el ámbito del Derecho de la Unión Europea, si bien la formación profesional ha tenido inicialmente un carácter instrumental y algo residual en el ámbito de la política social comunitaria (instrumental respecto a la libre circulación de trabajadores, respecto a las políticas dirigidas a la competitividad de los sectores productivos, o respecto a las políticas de empleo, por ejemplo)⁹, progresivamente ha ido adquiriendo mayor protagonismo.

Aunque en un Título separado del relativo al empleo, el Título XII del TFUE regula la “Educación, formación profesional, juventud y deporte” (artículos 165 y 166), pero es evidente que la formación profesional constituye una de las acciones típicas de las políticas integrales de empleo (v.gr., artículos 1 y 2 del RD-Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo)¹⁰. Se establece que “La Unión desarrollará una política de formación profesional que refuerce y complete las acciones de los Estados miembros, respetando plenamente la responsabilidad de los mismos en lo relativo al contenido y a la organización de dicha formación” (en concreto, “La acción de la *Unión* se encaminará a: -facilitar la adaptación a las transformaciones industriales, especialmente mediante la

⁹ Vid. Rodríguez-Piñero Royo, M.: “La política de formación profesional”, en AAVV: *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*. Francis Lefebvre-FIDE, Madrid, 2018, págs. 811 y sigs.; Fernández Bernat, J.A.: “La formación profesional”, en Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A. y López Insua, B. (Dir. y Coords.): *Las políticas activas de empleo: Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2016, págs. 849 y sigs.

¹⁰ Vid. Monereo Pérez, J.L.: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, Bomarzo, Albacete, 2011.

formación y la reconversión profesionales; -mejorar la formación profesional inicial y permanente, para facilitar la inserción y la reinserción profesional en el mercado laboral; -facilitar el acceso a la formación profesional y favorecer la movilidad de los educadores y de las personas en formación, especialmente de los jóvenes; -estimular la cooperación en materia de formación entre centros de enseñanzas y empresas; -incrementar el intercambio de información y de experiencias sobre las cuestiones comunes a los sistemas de formación de los Estados miembros”; art.166.2 TFUE). Debe realizarse que se trata de la atribución de una competencia directa a las instituciones de la Unión, bien sea que encaminada a reforzar y completar las acciones llevadas a cabo por los países miembros.

Si bien el desarrollo de esta política de formación profesional se integra en la política de empleo de la Unión Europea y se lleva a cabo en el Método Abierto de Coordinación (MAC), ha ido adquiriendo un papel más relevante dentro de la Estrategia Europea de Empleo y a través de las Directrices plurianuales establecidas a partir de la Estrategia de Lisboa. En el desarrollo de la política común europea en materia de formación profesional tiene especial importancia la Declaración de Copenhague de los Ministros Europeos de Educación y Formación Profesional y la Comisión Europea de 29 y 30 de noviembre de 2002 (revisada con posterioridad el 14 de diciembre de 2004), que ha actuado de motor y ha permitido establecer objetivos comunes y directrices sobre modelos y buenas prácticas en esta materia. Fruto de este proceso, actualmente en el ámbito de la Unión Europea el desarrollo de la formación profesional, en el marco de objetivos comunes acordados, directrices y debates a escala europea, se produce sobre la base de tres grandes campos de acción: el Marco Europeo de Cualificaciones Profesionales (MEC), el Sistema Europeo de Créditos para la Educación y la Formación Profesionales (ECVET) y el Marco de Referencia Europeo de Garantía de la Calidad en la Educación y Formación Profesionales (EQAVET)¹¹.

Junto a ello, destacan también otras iniciativas en el marco comunitario como la adopción de la Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre de 2005 (modificada por la Directiva 2006/100/CE), sobre reconocimiento de las cualificaciones profesionales a nivel comunitario; la Decisión 1720/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de noviembre de 2006, por la que se establece un programa de acción en el ámbito del aprendizaje permanente; o la Recomendación 2006/962/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente. En la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, sobre la creación del Marco Europeo de Cualificaciones para el aprendizaje permanente y en la Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al CES y al Comité de

¹¹ Vid. Fernández Bernat, J.A.: “La formación profesional”, en Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A. y López Insua, B. (dirs.): *Las políticas activas de empleo...*, op.cit., pág. 851.

las Regiones de 9 de junio de 2010, se propone establecer un marco común a la enseñanza superior y la formación profesional que favorezca la movilidad de los trabajadores y permita potenciar la formación a lo largo de toda la vida.

Se debe destacar, no obstante, que el desarrollo de las políticas de formación profesional en la Unión Europea se enmarca dentro de las autocalicadas políticas de flexiseguridad integradas para facilitar la transición al mundo laboral, la adecuación de los desempleados a los puestos de trabajo disponibles y la mejora de las capacidades de las personas¹². Se trata de la respuesta mantenida por la Unión Europea para responder a las transformaciones de los mercados de trabajo caracterizadas por la movilidad laboral y las transiciones profesionales¹³. De esta forma, la Comisión Europea destaca el papel, junto con los sistemas de protección social y los servicios públicos de empleo, de los sistemas de formación profesional, de modo que garanticen la permanente capacidad profesional de los trabajadores y el impulso de su carrera. Además, la Comisión considera que esta interacción entre flexibilidad y seguridad puede permitir también la adopción de un enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida¹⁴, en el que se preste menor importancia a la protección de los empleos particulares y se otorgue mayor importancia a un marco que garantice la seguridad del empleo, con medidas activas de apoyo a los trabajadores durante los períodos de transición, entre las que destaca el papel de la formación profesional.

¹² Decisión del Consejo de 7 de julio de 2009, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (2009/536/CE); Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Las Regiones, “Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad” [SEC (2007) 861-862]; Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Bruselas, 22.11.2006. COM (2006) 708 final.

¹³ Vid. Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: “El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (reflexiones en torno al «Libro Verde» de la Comisión de las Comunidades Europeas), Lan Harremanak/16 (2008-I) (167-243); Moreno Vida, M.N.: “El debate sobre la flexiseguridad en Europa”, en AAVV: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*. XX Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. MTI, Madrid, 2010, págs. 309-419; Monereo Pérez, J. L., “La política europea de «modernización» del derecho del trabajo. La reforma social desde el garantismo flexible frente a la opción liberalizadora”, *Revista de Derecho Social*, n.º. 48, 2009; Gorelli Herández, J.: “Crítica de la flexiseguridad”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n.º. 16, 2013, págs 51-82.

¹⁴ Sobre el enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida, vid. Monereo Pérez, J.L.: “Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Seguridad Social*, Número Extraordinario, 2008. También sobre esta misma perspectiva, Klammer, Ute: “Flexiseguridad: perspectiva europea”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Seguridad Social*, Número Extraordinario, 2007, págs. 117 y sigs.

En este marco, la estrategia global de aprendizaje permanente se configura como un “factor de seguridad del empleo y de competitividad de las empresas”. El aprendizaje permanente, que permita a los individuos mantenerse al día con respecto a las nuevas competencias solicitadas por el mercado, forma parte del enfoque integrado de la flexiseguridad. En esa línea uno de los “principios comunes” de la flexiseguridad se refiere a la mejora continua de las capacidades¹⁵. Dentro de la política de flexiseguridad, la formación, junto con la activación de las políticas de empleo y medidas de protección frente al desempleo, constituye uno de los pilares del componente de seguridad para los trabajadores, seguridad referida no al puesto de trabajo sino al empleo. Incidiendo en ello, la Comunicación de la Comisión sobre los principios comunes de la flexiseguridad sostiene la necesidad de disponer de “estrategias globales de aprendizaje permanente”¹⁶ y de mejorar la inversión en recursos humanos, en cuanto que constituye un factor cada vez más importante tanto para la competitividad de las empresas como para la empleabilidad de los trabajadores a largo plazo. Un sistema general de educación de alta calidad y una inversión continua en el desarrollo de las capacidades aumentan las oportunidades de las empresas de responder adecuadamente al cambio económico (las empresas deben ser capaces de adaptar su mano de obra a unas condiciones económicas cambiantes, para lo cual han de poder contratar a trabajadores “que dispongan de una mejor combinación de capacidades y que sean más productivos y adaptables”) y las posibilidades de los trabajadores de seguir empleados o encontrar un nuevo empleo.

La Comisión advierte también de la incidencia negativa que la segmentación de los mercados de trabajo tiene sobre las estrategias de formación y aprendizaje permanente, poniendo de manifiesto que frecuentemente los trabajadores poco cualificados, los trabajadores con contratos temporales, los autónomos y los de más edad, son los más afectados por la falta de inversión en formación, mientras que son los trabajadores altamente cualificados los únicos que se benefician de estas inversiones. Sin embargo, también en este ámbito, la Comunicación de la Comisión mantiene un enfoque “unidireccionalmente economicista, que ignora el lenguaje y la lógica de los derechos”¹⁷, olvidando que el criterio de eficiencia

¹⁵ Sobre el enfoque de las capacidades, véase Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El Modelo europeo*. Bomarzo, Albacete, 2009, Capítulo 4.6 (“El enfoque de las “capacidades” como completo del “enfoque de los derechos” en la garantía jurídico de los derechos sociales), págs. 138 y sigs.

¹⁶ Las estrategias de aprendizaje permanente se vienen desarrollando en el ámbito comunitario desde hace tiempo y tienen su base en el Libro Blanco sobre educación y formación de 1995 (*White Paper on Education and Training. Teaching and Learning. Towards the Learning Society*).

¹⁷ Cfr. Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: “Para una crítica del modelo de flexiseguridad liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social (Segunda parte)”, *Tribuna Social*, nº 208, 2008, pág. 11; ampliamente, Moreno Vida, M.N.: “El debate sobre la flexiseguridad en

económica, sin ser rechazable, debe ser conjugado y compatibilizado con los objetivos de socialidad y acentuar el valor personal y profesional de la educación y formación y de “desmercantilización” de la fuerza de trabajo¹⁸.

3.2. El papel de la formación profesional en la garantía juvenil y las garantías de formación para el trabajo de los mayores

En las sucesivas Estrategias planteadas en la Unión Europea para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador [Unión Europea, *Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Bruselas, 3 de marzo del 2010, COM (2010) 2020 final] se han venido estableciendo ya una serie de pautas a largo plazo para luchar contra dos grandes problemas planteados desde hace tiempo: el desempleo juvenil y la integración sociolaboral de las personas de edad avanzada.

Entre las iniciativas propuestas por la Comisión destacan en materia de empleo juvenil la “Agenda de nuevas cualificaciones y empleos” y la Recomendación del Consejo sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil Europea (abril de 2013)¹⁹, que persigue garantizar que todos los jóvenes menores de 25 años reciban una buena oferta de empleo, educación continua, formación de aprendices o período de prácticas en un plazo de cuatro meses tras quedar desempleados o acabar la educación formal. Otras iniciativas en este ámbito han sido la “Alianza Europea para la Formación de Aprendices” (puesta en marcha en julio de 2013) y la Recomendación del Consejo sobre un marco de calidad para los períodos de prácticas (marzo de 2014).

Posteriormente, en julio de 2020, en plena crisis de la COVID-19, la Comisión Europea puso en marcha un paquete de apoyo al empleo juvenil articulado en torno a cuatro ejes que, juntos, pretenden proporcionar un puente hacia el empleo para la próxima generación: refuerzo de la Garantía Juvenil, educación y formación profesionales, impulso renovado para la formación de aprendices y medidas adicionales de apoyo al empleo juvenil. En la Recomendación del Consejo, de 30 de octubre de 2020, *relativa a un puente hacia el empleo: refuerzo de la Garantía*

Europa”, en AAVV: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*. XX Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. MTI, Madrid, 2010, págs. 309-419.

¹⁸ Para la delimitación y configuración jurídica de los derechos sociales como “derechos de desmercantilización”, véase Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. Consejo Económico y Social de España, 1996, *passim*; Monereo Pérez, J.L.: “La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de “desmercantilización””, *Revista de Trabajo y Seguridad*, nº 19, 1995, págs. 7-46.

¹⁹ López Insua, B.M.: “La política de fomento del empleo de los trabajadores jóvenes”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 128, 2015, págs. 175-208.

Juvenil que sustituye la Recomendación del Consejo, de 22 de abril de 2013, sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil (2020/C 372/01), todos los países de la Unión se comprometieron a aplicar la Garantía Juvenil reforzada, que aumenta el apoyo global al empleo disponible para los jóvenes en toda la Unión, llegando ahora a un grupo más amplio de jóvenes de entre 15 y 29 años con un enfoque más orientado hacia los ninis vulnerables. En ella se recomienda a los Estados Miembros que garanticen que todos los jóvenes menores de 30 años reciban una buena oferta de empleo, educación continua, formación de aprendiz o prácticas en los cuatro meses siguientes a quedar desempleados o finalizar la educación formal, de acuerdo con el principio 4 del pilar europeo de derechos sociales²⁰.

Por otra parte, la integración sociolaboral de las personas de edad avanzada en una sociedad de envejecimiento (y no sólo envejecida) es también objeto de una gran preocupación. En la dimensión laboral, las políticas de envejecimiento activo se vienen centrandó en la consideración de las personas mayores como personas y colectivos preferentes de acciones y medidas públicas para fomentar su empleo, acceso y mantenimiento, como parte de la población activa y no pasiva, garantizando el principio de igualdad de oportunidades y el principio de igualdad de trato y no discriminación, directa o indirecta, por razón de la edad. Entre otros importantes aspectos, se debe garantizar su acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación y, habida cuenta de sus aptitudes profesionales, experiencia y cualificaciones, garantizar asimismo su acceso a los medios de formación profesional, en particular a los de perfeccionamiento y actualización de la formación, y a las licencias pagadas de estudios²¹. En esa línea se sitúan algunas de las recomendaciones de la Unión Europea, entre las que destacan la Comunicación de la Comisión Europea de 3 de marzo de 2004, *Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo* [COM(2004) 146 final]; Comunicación de la Comisión de 2005 sobre el *Libro Verde: Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones* [COM(2005) 0049 final]; Comunicación de la Comisión, *El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad* [COM(2006) 571 final].

²⁰ Vid. en España, Resolución de 24 de junio de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de junio de 2021, por el que se aprueba el Plan Garantía Juvenil Plus 2021-2027 de trabajo digno para las personas jóvenes (BOE 25-6-2021).

²¹ Vid. Monereo Pérez, J.L.: “La garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores maduros”, en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.): *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, Granada, 2019, págs. 197 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*, Comares, Granada, 2013; Monereo Pérez, J.L.: *La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores edad avanzada*, Bomarzo, Albacete, 2019.

3.3. La formación profesional como derecho social (“principio”) en el Pilar Europeo de Derechos Sociales. La Agenda Europea de Capacidades de 2020 y el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales de 2021

Entre los 20 principios y derechos clave esenciales para que los mercados de trabajo y los sistemas de protección social sean justos y funcionen correctamente que se recogen en el Pilar Europeo de Derechos Sociales²², en el marco de la igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo, el Pilar 1 (“Educación, formación y aprendizaje permanente”) declara que «Toda persona tiene derecho a una educación, formación y aprendizaje permanente inclusivos y de calidad, a fin de mantener y adquirir capacidades que les permitan participar plenamente en la sociedad y gestionar con éxito las transiciones en el mercado laboral». También el Pilar 4 (“Apoyo activo para el empleo”) establece que “Toda persona tiene derecho a recibir asistencia personalizada y oportuna a fin de mejorar sus perspectivas de empleo o de trabajar por cuenta propia. Esto incluye el derecho a recibir ayuda para la búsqueda de empleo, la formación y el reciclaje. Toda persona tiene derecho a la transferencia de la protección social y el derecho a la formación durante las transiciones profesionales” y que “Los jóvenes tienen derecho a educación continua, una formación como aprendices, un período de prácticas o una oferta de empleo de buena calidad en los cuatro meses siguientes a quedar desempleados o finalizar los estudios”.

La acción de la Comisión en esta materia se establece en la *Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia* de 2020 [Bruselas, 1.7.2020 COM(2020) 274 final]. La Comisión Europea constata que los cambios demográficos harán que Europa necesite aprovechar todos sus talentos y su diversidad y, al mismo tiempo, también generarán nuevas oportunidades de empleo en la economía plateada y en la asistencial. Estas transiciones muestran la necesidad de un cambio sin precedentes en los conjuntos de capacidades para aprovechar todo su potencial. Además, la pandemia de COVID-19 ha acelerado la transición digital y también ha afectado de manera significativa a las oportunidades profesionales de muchas personas en la UE. Por todo ello, se destaca que la UE necesita ahora un cambio de paradigma en materia de capacidades, que ofrezca una ambiciosa agenda de capacidades para el empleo que impulse la doble transición y que garantice la recuperación del impacto socioeconómico de la pandemia del COVID-19.

La Agenda Europea de Capacidades es un plan quinquenal para ayudar a las personas y empresas a desarrollar más y mejores habilidades y a utilizarlas, mediante el fortalecimiento de la competitividad sostenible (para lo que son fundamentales las capacidades y el aprendizaje permanente); garantizar la equidad

²² Adoptado por Resolución del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en 2017, en la Cumbre de Gotemburgo.

social (teniendo las capacidades adecuadas es más fácil conservar el puesto de trabajo y cambiar de empleo con éxito, lo que requiere ofrecer igualdad de acceso a las oportunidades adicionales de capacitación para todas las personas); y reforzar la resiliencia de la UE (para la persona, la mejora de la resiliencia a través de las capacidades supone reducir su dependencia de las condiciones del mercado y aumentar su potencial para gestionar las transiciones personales y profesionales). Se considera así que el aprendizaje a lo largo de la vida, incluso a una edad más avanzada, es lo que marcará la diferencia, pero hasta ahora menos de dos de cada cinco adultos participan en actividades de aprendizaje cada año. La capacitación para un puesto de trabajo debe ser el principio rector de este esfuerzo, con el apoyo económico del instrumento Next Generation UE.

La nueva Agenda Europea de Capacidades se basa en las diez acciones de la Agenda de Capacidades de 2016 de la Comisión. También se vincula con la Estrategia digital europea; la Estrategia industrial y para pequeñas y medianas empresas; el Plan de recuperación para Europa; y Mayor apoyo al empleo juvenil²³. Establece objetivos que se deben alcanzar para 2025, basados en indicadores cuantitativos bien establecidos: la participación de adultos de 25 a 64 años en el aprendizaje; la participación de adultos poco cualificados de 25 a 64 años en el aprendizaje; la proporción de adultos desempleados de 25 a 64 años con una experiencia de aprendizaje reciente; y la proporción de adultos de 16 a 74 años que tienen al menos habilidades digitales básicas²⁴.

Por otro lado, mediante el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales de 4 de marzo de 2021, la Comisión ha establecido iniciativas concretas para hacer realidad el pilar europeo de derechos sociales, recabando para ello

²³ La Agenda Europea de Capacidades incluye 12 acciones organizadas en torno a cuatro pilares: 1. Un Pacto de Capacidades; 2. Fortalecimiento de la inteligencia en materia de competencias; 3. Apoyo de la UE a una acción nacional estratégica de mejora de la formación; 4. Propuesta de recomendación del Consejo sobre educación y formación profesionales (EFP); 5. Puesta en marcha de la Iniciativa de Universidades Europeas y perfeccionamiento de científicos; 6. Habilidades para apoyar las transiciones gemelas; 7. Aumentar los graduados de STEM y fomentar las habilidades empresariales y transversales; 8. Habilidades para la vida; 9. Iniciativa sobre cuentas de aprendizaje individuales; 10. Un enfoque europeo de las microcredenciales; 11. Nueva plataforma Europass; 12. Mejorar el marco propicio para desbloquear las inversiones privadas y de los Estados miembros en capacidades.

²⁴ En cuanto a la financiación, la UE considera que se necesita una inversión masiva en habilidades. Además del dinero de las empresas y los gobiernos, la UE está priorizando la inversión en personas y sus habilidades con su presupuesto: el Plan de Recuperación para Europa propuesto por la Comisión en mayo de 2020, Fondo Social Europeo Plus (FSE), Erasmus, InvestUE, European Globalisation Adjustment Fund, European Solidarity Corps y Digital Europe. Además, para desbloquear más inversión nacional y privada en habilidades, se está explorando cómo los marcos fiscales pueden apoyar mejor la inversión y se promoverá una mejor información sobre el capital humano por parte de las grandes empresas.

el esfuerzo conjunto de las instituciones de la UE, las autoridades nacionales, regionales y locales, los interlocutores sociales y la sociedad civil. Para ello propone tres objetivos principales que la UE debe alcanzar de aquí a 2030: 1) al menos el 78 % de la población de entre 20 y 64 años debería tener empleo de aquí a 2030; 2) al menos el 60 % de los adultos debería participar en actividades de formación cada año de aquí a 2030; 3) una reducción de al menos 15 millones en el número de personas en riesgo de pobreza o exclusión social. Se reconoce, sin embargo, que la crisis del coronavirus ha detenido el avance positivo del empleo de los seis años anteriores, que en 2016 tan solo el 37 % de los adultos participaba en actividades de formación cada año y que en 2019 en torno a 91 millones de personas (de las cuales 17,9 millones eran menores de entre 0 y 17 años) se encontraban en riesgo de pobreza o exclusión social en la UE.

Para hacer realidad los “principios” *como verdaderos “derechos”* del Pilar Europeo de Derechos Sociales y conseguir una recuperación justa, inclusiva y resiliente de la crisis del coronavirus, la Comisión europea ha establecido un Plan de Acción basado en tres grandes ejes: 1) Más y mejores empleos; 2) Habilidades e igualdad; 3) Protección social e inclusión. En dicho Plan de Acción uno de los ejes fundamentales lo constituyen las medidas de mejora de las cualificaciones y reclasificación, como la formación de corta duración para mejorar las cualificaciones de los jóvenes desempleados o inactivos²⁵.

La Comisión coloca así las competencias en el centro de la agenda política de la UE, dirigiendo la inversión en las personas y sus habilidades para una recuperación sostenible después de la pandemia del coronavirus. Las empresas necesitan trabajadores con las habilidades necesarias para dominar las transiciones verdes y digitales, y la gente necesita ser capaz de obtener la educación y la formación adecuadas para prosperar en la vida. La Comisión apoyará a los Estados miembros para que aborden estos retos mediante: el Espacio Europeo de la Educación, la Agenda de Capacidades de 2020, el Plan de Acción de Educación Digital y la Recomendación del Consejo sobre la EFP para la competitividad sostenible, la justicia social y la resiliencia. La Comisión insta a los Estados miembros a que incluyan en sus planes nacionales de recuperación inversiones y reformas en la recapacitación (“reskilling”) y el perfeccionamiento (“upskilling”), una de las 7 áreas emblemáticas del servicio de recuperación y resiliencia. Además, la Comisión destaca que la recuperación de Europa también requiere atraer nuevos talentos ante el envejecimiento y la reducción de la población europea, lo que ejerce una presión estructural sobre el mercado laboral, con escasez de aptitudes en diferentes regiones y sectores. Como se indica en su nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, la Comisión tiene como objetivo garantizar que el marco legal de la UE en materia

²⁵ Vid. la Agenda Estratégica del Consejo Europeo para 2019-2024 y la Decisión (UE) 2021/1868 del Consejo, de 15 de octubre de 2021, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembro (DOUE 26.10.2021).

de migración beneficie a las sociedades y economías europeas, atrayendo talento y facilitando la admisión de trabajadores de diferentes niveles de cualificaciones que la UE necesita y la movilidad dentro de la UE de los trabajadores de terceros países que ya se encuentran en la UE²⁶.

4. EL DERECHO A LA FORMACIÓN PROFESIONAL Y SU CONEXIÓN CON EL DERECHO (“MATRIZ”) AL TRABAJO Y A LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

Junto a la vertiente educativa de la formación profesional, cada vez más vinculada a las necesidades del mercado de trabajo (art. 27 CE, LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación y LO 5/2012, de 19 de junio, de Cualificaciones y Formación Profesional, modificadas ambas por LO 3/2020, de 29 de diciembre), la formación profesional es un derecho social fundamental ex art. 35 y 40 CE y constituye un sector básico de las políticas activas de empleo.

Conforme a la cláusula hermenéutica de apertura constitucional ex art. 10.2 CE, en relación con los arts. 93-96 CE, la interpretación (en el marco de la tutela multinivel de los derechos fundamentales)²⁷ del derecho constitucional al trabajo pone de relieve la vinculación de la formación profesional con el derecho al trabajo, como uno de los núcleos esenciales del mismo. En efecto, la formación profesional forma parte del contenido mínimo esencial del derecho social al trabajo como instrumento y condición necesaria para garantizar la plena efectividad del mismo. Así aparece configurado en el art. 6 (“Derecho al trabajo”) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el art. 13.2.b del mismo y con el art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La misma perspectiva se adopta, como ya se ha indicado, en la OIT. Y de igual forma –incluso más nítidamente expresado– se configura en la Carta Social Europea (Revisada) de 1996 (ratificada finalmente por España en mayo de 2021), en cuya Parte Primera se reconoce que “Toda persona tiene derecho a medios apropiados de orientación profesional, que le ayuden a elegir una profesión conforme a sus aptitudes personales y a sus intereses” y que “Toda persona tiene derecho a medios adecuados de formación profesional”. Estos “principios” de la Parte I se traducen en verdadero *derecho social*, en la Parte II, en el Artículo 1, “Derecho al trabajo”, en el que se establece que la garantía efectiva del derecho al trabajo requiere que

²⁶ Vid. al respecto la Directiva (UE) 2021/1883 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2021, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, y por el que se deroga la Directiva 2009/50/CE del Consejo (DOUE 28.10.2021).

²⁷ Vid. Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2017, capítulo III (“La defensa de los derechos sociales en el marco de los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”), págs. 137-2012.

los Estados Parte se comprometan, entre otros aspectos, a proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas (apartado 4).

Con esta configuración, el derecho al trabajo constituye un típico derecho de *desmercantilización relativa del trabajo*, que se inserta en la lógica del trabajo “decente” o “digno” defendido con numerosas iniciativas por la OIT²⁸. La Carta Social Europea Revisada pretende “garantizar” el derecho al trabajo como derecho social fundamental e impone a los Estados Parte obligaciones jurídicas “positivas” de actuación para garantizar el ejercicio efectivo del mismo, dotándolo de un contenido mínimo esencial, dentro del cual se incluye la obligación de los Estados Parte de *proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas*. De esta forma, el derecho al trabajo implica que los trabajadores tengan posibilidades reales de disfrutar de mecanismos de orientación, formación y readaptación profesionales adecuados y atendiendo a sus perfiles profesionales y a las perspectivas del mercado. Así, como derechos específicos, se garantiza el derecho a la orientación profesional (art. 9) y el derecho a la formación profesional (art. 10), dotándolos de un contenido mínimo esencial. Al igual que en otras normas internacionales, la Carta Social Europea contempla fundamentalmente el derecho a la formación desde la perspectiva de la efectividad del derecho al trabajo y de ser un instrumento de política de empleo, pero no deja de lado tampoco la vertiente de la formación profesional como parte del derecho a la educación²⁹. Se configura como un derecho de carácter universal reconocido a todas las personas, aunque se hace referencia de manera especial a determinados colectivos para los cuales existen mayores dificultades de inserción en el mercado de trabajo y de efectividad del derecho al trabajo: discapacitados, jóvenes, trabajadores adultos y parados de larga duración. En virtud de la cláusula del art. 10.2 CE este contenido se impone con carácter necesario en el proceso de interpretación del derecho al trabajo garantizado en el art. 35 CE; estando, pues, sometido al control de convencionalidad por los jueces y tribunales ordinarios españoles³⁰ (control de convencionalidad que se extiende a todos los derechos constitucionales garantizados en el Título I de la Constitución, cuya rúbrica general es inequívoca por explícita: “De los derechos y deberes fundamentales”).

²⁸ Vid. Monereo Pérez, J.L.: “Derecho al Trabajo. Art. 1 de la Carta Social Europea”, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Comares, Granada, 2017, págs. 361 y sigs.

²⁹ Vid. Gorelli Hernández, J.: “Derecho a la formación profesional. Art. 9 de la Carta Social Europea”, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa...*, op.cit., págs. 571 y sigs.

³⁰ Sobre la exigibilidad *ex constitutione* del control de convencionalidad, STC 140/2018, de 20 de diciembre, fjº. 6.

La vinculación del derecho a la formación profesional con las políticas activas de empleo aparece recogida en el art. 40.2 CE y claramente expresada en la Ley de Empleo (RD-Leg. 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo), en la que aparece configurada como uno de los ejes fundamentales de dichas políticas. El art. 36 de la Ley de Empleo incluye, junto a los servicios y programas de empleo y de orientación, como parte de las políticas de empleo a la formación profesional para el empleo en el ámbito laboral dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas.

La importancia de la formación profesional dentro de las políticas activas de empleo deriva, en gran medida, del papel que ésta desempeña en la desmercantilización del trabajo, en la protección del trabajador en las transiciones profesionales, en la tutela de la profesionalidad del trabajador, en la imposición de límites en los cambios impuestos por el empresario en su clasificación profesional o movilidad funcional, o en la protección frente al despido (en casos, por ejemplo, de ineptitud o falta de adaptación³¹), así como en la mejora de la empleabilidad del trabajador como instrumento para adecuar, readaptar o adquirir nuevos conocimientos en función de las necesidades del mercado de trabajo y de la empresa. El art. 40 de la Ley de Empleo, referido al Sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, deja clara la finalidad del mismo: impulsar y extender entre las empresas y los trabajadores ocupados y desempleados una formación que contribuya al desarrollo personal y profesional de los trabajadores y a su promoción en el trabajo que responda a las necesidades del mercado laboral y esté orientada a la mejora de la empleabilidad³² de los trabajadores y la competitividad empresarial.

La coordinación en el diseño estratégico del sistema corresponde a la Administración General del Estado, sin perjuicio de las competencias de ejecución de las comunidades autónomas y con la participación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en los órganos de gobernanza del sistema y en particular en el diseño, la planificación, la programación, el control, el seguimiento, la evaluación y la difusión de la formación profesional para el empleo, especialmente en la dirigida a los trabajadores ocupados. Como decía

³¹ Vid. Monereo Pérez, J.L.: “El principio de igualdad en el despido ‘objetivo’ por ineptitud, enfermedad o discapacidad y los trabajadores maduros”, en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.): *Envejecimiento activo y vida laboral*. Comares, Granada, 2019, págs. 347 y sigs.

³² Vid. el sentido positivo originario del concepto de “empleabilidad” en Galbraith, J.K.: *El nuevo estado industrial* (traducción castellana de Manuel Sacristán), Editorial Ariel, Barcelona, 1974 (1ª edición, 1967); también Monereo Pérez, J.L.: *El sistema de protección por desempleo en España*. Tirant lo Blanch, 1997; Monereo Pérez, J.L.: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*. Bomarzo, Albacete, 2011.

Beveridge, “el pleno empleo no puede ser conseguido y conservado sin un gran aumento de las responsabilidades y los poderes del Estado... Pedir el pleno empleo y oponerse al mismo tiempo al aumento de la actividad del Estado es querer el fin y negar los medios”³³.

Como parte de las políticas activas de empleo, las políticas de formación profesional requieren una política pro-activa y comprometida por su orientación a la realización de la inclusión de las personas, evitando las situaciones de exclusión social y de precarización socio-laboral. Su misión fundamental es la garantía del derecho al trabajo, y la búsqueda de un equilibrio entre los elementos que componen el mercado de trabajo, en términos cualitativos y cuantitativos. Para ello, las iniciativas y las acciones de formación profesional para el empleo estarán dirigidas a la adquisición, mejora y actualización permanente de las competencias y cualificaciones profesionales favoreciendo la formación a lo largo de toda la vida de la población activa, y conjugando las necesidades de las personas, las empresas, los territorios y los sectores productivos³⁴.

El papel central de la formación profesional dentro de las políticas activas de empleo y en la protección de la empleabilidad de los trabajadores se ha traducido, entre otros aspectos, en su inclusión dentro de los mecanismos adoptados para promover la recuperación económica y la protección del empleo frente a las consecuencias derivadas de la pandemia del coronavirus. Así, el RD-ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo (fruto del VI Acuerdo Social en Defensa del Empleo) promueve la formación como paso fundamental para recapitalizar las personas trabajadoras trabajadoras y mejorar su empleabilidad. Las empresas que lleven a cabo o prorroguen ERTE por causas derivadas de la pandemia, para acceder a mayores exenciones en las cotizaciones sociales, deberán desarrollar acciones formativas para los trabajadores afectados por el ERTE dirigidas a atender las necesidades reales de formación de las empresas y los trabajadores, incluyendo las vinculadas a la adquisición de competencias digitales, o a la recualificación de estos últimos, aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa. Estas acciones formativas deberán desarrollarse durante la aplicación de la reducción de jornada o suspensión del contrato, en el ámbito de un ERTE, o en tiempo de trabajo. Se incentiva la formación en los nuevos ERTE, subvencionando el grueso del coste de la formación y aplicando exoneraciones a las empresas que formen a sus trabajadores en ERTE. Se prevé asimismo introducir estas obligaciones formativas en el proyectado Mecanismo Red de Flexibilidad y

³³ Beveridge, W.: *Pleno empleo en una sociedad libre*. Informe de Lord Beveridge II, trad. P. López Máñez, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, págs. 57-58.

³⁴ Monereo Pérez, J.L.: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*. op.cit.

Estabilidad en el Empleo, que se prevé como un instrumento estructural similar a los actuales ERTE.

También se sitúa la formación profesional con un papel central en el Plan de recuperación y resiliencia (Fondos Next Generations UE). La llamada Palanca VII se refiere a la “Educación y conocimiento, formación continua y desarrollo de capacidades”.³⁵ Se considera que las medidas en el ámbito educativo y las dirigidas al perfeccionamiento y al reciclaje profesional y a mejorar las capacidades digitales representan un elemento fundamental para reforzar la inclusión de partes de la sociedad especialmente golpeadas por la crisis como los colectivos más vulnerables, los jóvenes y las mujeres. Se busca reforzar la igualdad de oportunidades y el acceso a un empleo de calidad e incluye: un Plan Nacional de Competencias Digitales (digital skills), un Plan estratégico de impulso de la Formación Profesional y la Modernización y digitalización del sistema educativo, incluida la educación temprana de 0 a 3 años.

En relación a las políticas especialmente enfocadas a los jóvenes, además de las medidas orientadas a reducir la dualidad del mercado laboral español, a la modernización de las políticas activas de empleo, y a la formación de “reskilling” y “upskilling” de los sectores estratégicos para la Formación Profesional, el componente 23 contempla actuaciones específicamente orientadas a fomentar el empleo juvenil de calidad, como la Garantía Juvenil Plus. Para impulsar el reciclaje y perfeccionamiento profesional (reskill y upskill) se incluyen dos componentes específicos: el Plan Nacional de Competencias Digitales (digital skills) y el Plan estratégico de impulso a la formación profesional, en el que se prevé la renovación del catálogo de títulos de Formación Profesional, la flexibilización y accesibilidad al sistema y el reconocimiento y acreditación de competencias básicas y profesionales, priorizando 11 sectores.

Se persigue establecer un Sistema de Formación Profesional único que integre la FP del Sistema Educativo y la FP para el Empleo, con referencia en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales. La prioridad es, además, potenciar los niveles de cualificación de la población y llegar a un adecuado equilibrio entre los niveles de formación de la ciudadanía y las necesidades de cualificación del capital humano del mercado laboral.

³⁵ El componente 20 se dedica a la Formación profesional, con actuaciones claves para el refuerzo del capital humano de las nuevas generaciones, la eliminación de brechas sociales y territoriales, y el acceso a oportunidades laborales dignas y adaptadas a las necesidades de un mercado laboral cambiante y dinámico.

5. ATRIBUCIÓN COMPETENCIAL AUTONÓMICA DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL

El Estatuto de Autonomía para Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía), contempla, en su artículo 10.3.1.º, como uno de los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la consecución del pleno empleo estable y de calidad en todos los sectores de la producción, determinando su artículo 63.1 que corresponden a la Comunidad Autónoma de Andalucía, las competencias ejecutivas en materia de empleo y relaciones laborales, entre las que se incluyen las políticas activas de empleo (apartado 1.º), que comprenden, entre otras materias, la formación de las personas demandantes de empleo y de los trabajadores en activo, así como la gestión de las subvenciones correspondientes, y las cualificaciones profesionales en Andalucía (apartado 2.º). El Servicio Andaluz de Empleo, creado por la Ley 4/2002, de 16 de diciembre y adscrito a la Consejería competente en materia de empleo como órgano gestor de la política de empleo de la Junta de Andalucía tiene como objetivos específicos el ejercicio de las competencias en materia de empleo y cualificación profesional, y en particular, la formación para el empleo y la orientación e información entre otros.

Mediante el Real Decreto 427/1993, de 26 de marzo, la Administración General del Estado traspasó a la Comunidad Autónoma de Andalucía las funciones y servicios de la Gestión de la Formación Profesional Ocupacional. Desde entonces, se viene gestionando por la Junta de Andalucía, a través de la Consejería con competencias en materia de empleo, la formación profesional dirigida a personas desempleadas. Esta formación ha convivido a lo largo de estos años con la Formación Profesional Continua, dirigida a las personas ocupadas, y la Formación Profesional Inicial, gestionada ésta por la Administración educativa. En relación con la gestión de la Formación Continua, las sentencias del Tribunal Constitucional 95/2002, de 25 de abril y 190/2002, de 17 de octubre delimitaron los ámbitos de actuación de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas en esta materia, ubicándola dentro del ámbito laboral, y por tanto, dentro el ámbito de gestión de las Comunidades Autónomas, al igual que la Formación Profesional Ocupacional. A través del Real Decreto 1562/2005, de 23 de diciembre, y como consecuencia de dichas sentencias, se traspasa a la Comunidad Autónoma de Andalucía la gestión de la Formación Continua. En los últimos años, se han aprobado importantes normas en el ámbito del empleo y la Formación Profesional, estableciéndose ya la nueva categoría de la Formación Profesional para el Empleo, que dieron lugar a la adaptación de la regulación autonómica existente al nuevo marco.

No obstante, el marco general de estas competencias es el marco estatal establecido por la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito del empleo, tal y como

se prevé en su art. 1.2, que establece que “el sistema de formación profesional para el empleo regulado en esta ley dará cobertura a empresas y trabajadores de cualquier parte del territorio del Estado español y responderá a una acción coordinada, colaborativa y cooperativa entre la Administración General del Estado, las comunidades autónomas, las organizaciones empresariales y sindicales más representativas y los demás agentes que intervienen en el mismo para garantizar la unidad de mercado y un enfoque estratégico de la formación, respetando el marco competencial existente”. Además, el art. 3.c) de esta Ley garantiza el funcionamiento del sistema de Formación profesional para el empleo bajo el principio de “la unidad del mercado de trabajo y la libre circulación de los trabajadores en el desarrollo de las acciones formativas”.

Deberá existir un escenario plurianual que actúe como marco de planificación estratégica de todo el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral (art. 5 Ley 30/2015). Este escenario plurianual corresponde elaborarlo al Ministerio de Trabajo, con informe del Consejo General del Sistema Nacional de Empleo. La planificación requiere una función de prospección y detección de las necesidades formativas que se encomienda al Ministerio de Trabajo, de forma que las Comunidades Autónomas, pese a tener transferidas funciones ejecutivas en esta materia, se limitan a participar en el diseño³⁶, en el mismo plano que las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, las estructuras paritarias sectoriales y las organizaciones intersectoriales representativas de autónomos y de las entidades de la economía social en su ámbito específico, y con la colaboración de otros departamentos ministeriales, de observatorios y de expertos en la materia.

Por otra parte, la financiación de este subsistema de formación profesional para el empleo requiere recursos económicos suficientes que proceden fundamentalmente de la cuota de formación profesional que aportan los trabajadores y las empresas, así como de las aportaciones específicas establecidas en el presupuesto del SEPE. Esta financiación básica puede ser incrementada mediante recursos propios de las Comunidades Autónomas. A ello se añade la posibilidad de financiación de acciones concretas a través del Fondo Social Europeo o de otras iniciativas europeas. Respecto a estos mecanismos de financiación, el art. 3 Ley 30/2015, deja claramente establecida la primacía del principio de unidad de caja respecto de la cuota de formación profesional.

³⁶ Como “orientación recentralizadora del modelo de formación profesional contenido en la Ley 30/2015” lo califica Fernández Bernat, J.A.: “La formación profesional”, en Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A. y López Insua, B. (dirs.): *Las políticas activas de empleo...*, op.cit., págs. 859. Asimismo, Serrano Falcon, C.: “La formación para el empleo en Andalucía”, en Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C. (Dirs. y Coords.): *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Comares, Granada, 2009, págs. 50-58.

6. DIMENSIONES DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL. MARCO ESTATAL Y REGULACIÓN EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

El sistema español de Formación Profesional se configura en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, modificado por la LO 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Su art. 9 establece que “La formación profesional comprende el conjunto de acciones formativas que capacitan para el desempeño cualificado de las diversas profesiones, el acceso al empleo y la participación activa en la vida social, cultural y económica. Incluye las enseñanzas propias de la formación profesional inicial, las acciones de inserción y reinserción laboral de los trabajadores, así como las orientadas a la formación continua en las empresas, que permitan la adquisición y actualización permanente de las competencias profesionales”.

Se establecen así dos subsistemas complementarios: por un lado, la formación profesional del sistema educativo o formación profesional inicial (la llamada tradicionalmente formación profesional reglada); por otro, la formación profesional para desempleados y la formación continua o para trabajadores ocupados (formación ocupacional y formación continua integradas ambas en el subsistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, tradicionalmente denominada formación profesional no reglada)³⁷.

El sistema de formación profesional del sistema educativo ha sido objeto también de importantes modificaciones por la Dispos. Final 3ª de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. En la Exposición de Motivos se clarifican las dos finalidades principales de las revisiones que se llevan a cabo en esta ley en relación con la formación profesional: una de ellas, la mejora en el reconocimiento social de los itinerarios formativos de formación profesional, para aproximarnos a las tasas de alumnado que opta por esta vía en el resto de los países europeos; la segunda, la flexibilización de las enseñanzas y la agilización de los procesos de incorporación de nuevos contenidos³⁸.

Respecto al segundo subsistema, se regula en la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el

³⁷ Sobre todo el modelo de formación profesional en España, vid. Fernández Bernat, J.A.: “La formación profesional”, en Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A. y López Insua, B. (Dirs.): *Las políticas activas de empleo...*, op.cit., págs. 843 y sigs. Serrano Falcon, C.: “La formación para el empleo en Andalucía”, en págs. 50-58.

³⁸ Se regula el acceso a los ciclos formativos y asimismo se regula el contenido y la organización de la oferta de las enseñanzas de formación profesional, que corresponde a las Administraciones educativas, en el ámbito de sus competencias. El currículo de las enseñanzas

Empleo en el ámbito laboral, desarrollado por el RD 694/2017, de 3 de julio (que sustituyó al RD 395/2007, de 23 de marzo, a partir del cual se estableció un único modelo de formación profesional para el empleo, dirigido tanto a los trabajadores ocupados como a los desempleados³⁹).

Los fines de este sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral están explicitados en el art. 2 de la Ley 30/2015: a) Favorecer la formación a lo largo de la vida de los trabajadores desempleados y ocupados para mejorar sus competencias profesionales y sus itinerarios de empleo y formación, así como su desarrollo profesional y personal; b) Contribuir a la mejora de la productividad y competitividad de las empresas; c) Atender a los requerimientos del mercado de trabajo y a las necesidades de las empresas, proporcionando a los trabajadores las competencias, los conocimientos y las prácticas adecuados; d) Mejorar la empleabilidad de los trabajadores, especialmente de los que tienen mayores dificultades de mantenimiento del empleo o de inserción laboral; e) Promover que las competencias profesionales adquiridas por los trabajadores, tanto a través de procesos formativos como de la experiencia laboral, sean objeto de acreditación; f) Acercar y hacer partícipes a los trabajadores de las ventajas de las tecnologías de la información y la comunicación, promoviendo la disminución de la brecha digital existente, y garantizando la accesibilidad de las mismas.

La gestión de todo el sistema, en virtud de la distribución de competencias establecida en la CE, corresponde a las Comunidades Autónomas. La aprobación del RD 395/2007 implicó el establecimiento de un régimen transitorio (Disp. Trans. 1ª) para adaptar los anteriores programas de formación profesional a la nueva formación profesional para el empleo. Pero el cambio de modelo en el sistema de formación para el empleo no se implantó en Andalucía hasta su desarrollo a través del Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la ordenación de la Formación Profesional para el empleo en Andalucía, desarrollado por la Orden de 23 de octubre de 2009, modificada posteriormente por la Orden de 28 de diciembre de 2017.

de formación profesional incluirá una fase de formación práctica en los centros de trabajo, de la que podrán quedar exentos quienes acrediten una experiencia laboral que se corresponda con los estudios profesionales cursados.

³⁹ Señala Fernández Bernat, (Fernández Bernat, J.A.: “La formación profesional”, en Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A. y López Insua, B. (Dir. y Coords.): *Las políticas activas de empleo...*, op.cit., pág. 857), que con el RD 395/2007, se abordó la integración en un único subsistema de todas las iniciativas de formación profesional ocupacional, formación continua y formación en alternancia con el empleo, con la finalidad de ajustarse a las previsiones comunitarias respecto a la formación profesional. Todo el proceso, en gran medida fruto del diálogo social, pretendía reforzar la formación profesional como instrumento de mejora de la empleabilidad, pero, pese a los avances conseguidos, ha seguido arrastrando importantes debilidades.

Respecto a las modalidades de Formación Profesional para el empleo, el art. 8 Ley 30/2015 distingue entre:

- a) La formación programada por las empresas, para sus trabajadores, lo que se conocía como formación de demanda⁴⁰.
- b) La oferta formativa de las administraciones competentes para trabajadores ocupados (formación de oferta para trabajadores ocupados), constituida por los programas de formación sectoriales y los programas de formación transversales, así como los programas de cualificación y reconocimiento profesional.
- c) La oferta formativa de las administraciones competentes para trabajadores desempleados (la llamada formación de oferta para trabajadores desempleados), que incluye los programas de formación dirigidos a cubrir las necesidades detectadas por los servicios públicos de empleo, los programas específicos de formación y los programas formativos con compromisos de contratación.
- d) Otras iniciativas de formación profesional para el empleo, relativas a los permisos individuales de formación, la formación en alternancia con el empleo, la formación de los empleados públicos y la formación no financiada con fondos públicos desarrollada por centros y entidades de iniciativa privada destinada a la obtención de certificados de profesionalidad.

Todas las iniciativas de formación profesional para el empleo, así como las acciones formativas que las integran, deben estar dirigidas a la adquisición, mejora y actualización permanente de las competencias y cualificaciones profesionales, favoreciendo la formación a lo largo de toda la vida de la población activa, y conjugando las necesidades de las personas, de las empresas, de los territorios y de los sectores productivos. En la oferta formativa programada por las administraciones competentes, la duración de las acciones formativas se ajustará a lo establecido en el Catálogo de Especialidades Formativas para la correspondiente especialidad. En la formación programada por las empresas, las acciones formativas estarán

⁴⁰ Como consecuencia de la pandemia del COVID-19 la formación profesional tuvo que adaptarse a las medidas de protección establecidas con carácter general, para lo que se dictaron algunas normas como la Resolución de 18 de diciembre de 2020, del Servicio Público de Empleo Estatal, habiéndose comprobado que la utilización de medios telemáticos supone un significativo avance para facilitar el acceso a los trabajadores a dicha formación así como una patente reducción en los costes de la misma. Por ello se consideró oportuno ampliar estas medidas respecto de la iniciativa de formación programada por las empresas, a las acciones formativas que se programasen durante 2021, con cargo al crédito de formación del que disponen las empresas durante dicho ejercicio, incluyendo la utilización de la denominada «aula virtual» y el sistema denominado formación bimodal o «aula espejo», que permite al docente impartir la formación de forma presencial a una parte de los asistentes mientras que otra asiste de forma virtual.

sujetas a una duración mínima de dos horas, frente a las seis horas mínimas que se establecía en el sistema anterior. Esta regulación responde posiblemente a la mayor flexibilidad que se quiere introducir con este modelo, pero el propio legislador es consciente de que se introduce cierta debilidad en la formación propuesta y trata de diferenciarla de las actividades de índole informativa o divulgativa cuyo objeto no sea el desarrollo de un proceso de formación, que en ningún caso tendrán la consideración de acciones formativas.

Dentro de este marco estatal, en la Comunidad Autónoma de Andalucía se aprobó el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la Ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía.

Con anterioridad, en Andalucía la gestión de la Formación Profesional Ocupacional se regulaba a través del Decreto 204/1997, de 3 de septiembre, por el que se establecieron los Programas de Formación Profesional Ocupacional de la Junta de Andalucía, mientras que, para la gestión de la Formación Continua se fueron aprobando anualmente por la Consejería competente en materia de empleo sucesivos órdenes de convocatoria de Subvenciones a fin de fomentar dicha formación. Asimismo, mediante el Decreto 451/1994, de 15 de noviembre, se creó el Consejo Andaluz de la Formación Profesional, que supuso la institucionalización de un órgano de coordinación entre los distintos departamentos de la Junta de Andalucía y de participación de los Agentes Económicos y Sociales en las actuaciones que, en materia de formación profesional, se llevasen a cabo en esta Comunidad Autónoma.

El Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, como consecuencia de los cambios llevados a cabo a nivel estatal en la ordenación de la formación profesional, establece un nuevo modelo de Formación Profesional que acaba con la tradicional separación entre la Formación Profesional Ocupacional por un lado, y la Formación Continua por otro, integrando en un único subsistema toda la Formación Profesional que se desarrolla en el ámbito de la administración laboral, que pasa a denominarse Formación Profesional para el Empleo, tal y como se establece en la normativa estatal.

El propio Decreto ponía de manifiesto en el momento de su aprobación la insuficiencia del sistema a nivel autonómico, dado que aún no se había culminado el traspaso de los medios personales y materiales necesarios que posibilitaran a la Comunidad Autónoma la realización del seguimiento de la formación de demanda, y la evaluación, seguimiento y control de la formación teórica de los contratos para la formación de empresas con todos sus centros de trabajo en Andalucía. No obstante, se destacaban algunas novedades introducidas como la mayor adecuación de la formación a las necesidades del mercado laboral y del territorio, el tratamiento transversal de la igualdad de género en materia de formación, con especial atención a las medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género, la

potenciación de la dimensión transnacional de la formación y la incorporación de la calidad como principio rector del subsistema.

Los tipos de acciones de Formación Profesional para el Empleo que se regulan en este Decreto son:

- a) La formación de oferta destinada a la población activa, tanto ocupada como en situación de desempleo, y que se impartirá a través de planes de formación, proyectos formativos, acciones formativas o itinerarios formativos.
- b) Los programas de acciones formativas con compromiso de contratación, los itinerarios formativos, los programas específicos dirigidos a colectivos con especiales dificultades, así como otros programas que se desarrollen en base a las necesidades del mercado laboral.
- c) Los programas públicos de empleo-formación.
- d) Las acciones de investigación, innovación y acompañamiento dirigidas a conseguir una mayor calidad, eficacia y adecuación de la Formación Profesional para el Empleo a las necesidades del mercado de trabajo.

Se definen las personas destinatarias, constituidas por toda la población activa tanto ocupada como desempleada (en cada caso en los términos y con las condiciones establecidas legalmente), pero también -y es destacable la referencia expresa- podrán ser destinatarias las personas cuidadoras no profesionales que atiendan a las personas en situación de dependencia (conforme a lo establecido en el artículo 18.4 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción a la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia).

Pero además se establecen unos colectivos prioritarios respecto a esta formación profesional para el empleo: a) los jóvenes (con programas específicos de inserción laboral, formación y promoción profesional tal y como establece el artículo 169.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía); b) los colectivos con una especial dificultad en el acceso al empleo, tales como las personas con discapacidad, las afectadas y víctimas del terrorismo, de la violencia de género, personas desempleadas de larga duración, las mayores de 45 años y las personas en riesgo de exclusión social; c) las personas inmigrantes, que cuenten con la debida autorización de trabajo y de residencia (con programas específicos de Formación Profesional para el Empleo que incluyan, en caso necesario, módulos de español para extranjeros); d) las personas ocupadas en pequeñas y medianas empresas (cuya participación será prioritaria en los planes de formación destinados fundamentalmente a personas trabajadoras ocupadas, ya sean de carácter intersectorial o sectorial, así como en el porcentaje de ocupados que puedan participar en la oferta de formación dirigida prioritariamente a personas desempleadas, pudiéndose diseñar programas específicos para personas trabajadoras de micropymes). También será prioritaria la participación de las mujeres en las acciones de Formación Profesional para el

Empleo (para las que se deberán establecer actuaciones específicas, como medida de acción positiva, para corregir los desequilibrios que se produzcan en el mercado de trabajo).

La Formación Profesional para el Empleo se financiará de conformidad con la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para cada ejercicio económico, con cargo a los fondos provenientes de fondos propios de la Comunidad Autónoma de Andalucía; ayudas procedentes del Fondo Social Europeo y otros instrumentos de financiación de la Unión Europea; transferencias finalistas de la Administración General del Estado u otras Administraciones Públicas; aportaciones que eventualmente realicen las empresas y entidades interesadas.

- a) Desarrollo en la Comunidad Autónoma de Andalucía de la Formación de oferta destinada a la población activa, tanto ocupada como en situación de desempleo.

El art. 13 del Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la Ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía, regula los Planes de Formación dirigidos prioritariamente a trabajadores ocupados. Esta formación se realizará mediante Planes de Formación, que podrán tener carácter intersectorial o sectorial, pudiendo el Servicio Andaluz de Empleo decidir la proporción entre unos y otros en función de su planificación y las necesidades tanto del sistema productivo como de las personas ocupadas. La ejecución de los Planes de Formación se llevará a cabo en el marco de los convenios suscritos entre el Servicio Andaluz de Empleo y las organizaciones previstas en el artículo 24.3 del Real Decreto 395/2007 de 23 de marzo.

Los Planes de Formación Intersectoriales estarán compuestos por acciones formativas dirigidas al aprendizaje de competencias transversales a varios sectores de la actividad económica o de competencias específicas de un sector para el reciclaje y recualificación del personal ocupado en otros sectores, incluida la formación dirigida a la capacitación para la realización de funciones propias de la representación legal de las personas trabajadoras. En estos planes podrán participar hasta un 10% del personal laboral o funcionario de las Administraciones Públicas sobre el total de participantes en cada Plan. Por su parte, los Planes de Formación Sectoriales se compondrán de acciones formativas dirigidas a la formación de trabajadores de un sector productivo concreto, con el fin de desarrollar acciones formativas de interés general para dicho sector y satisfacer necesidades específicas de formación del mismo. Asimismo podrán dirigirse al reciclaje y recualificación de trabajadores procedentes de sectores en situación de crisis.

En cuanto a las acciones formativas dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados (art. 14 del Decreto 335/2009, de 22 de septiembre), tienen

como objeto la inserción o reinserción en el mercado laboral de éstas en aquellos empleos que requiere el sistema productivo, y se programarán de acuerdo con sus necesidades de cualificación y las ofertas de empleo detectadas. La programación de estas acciones podrá ser plurianual, sin perjuicio de la concreción anual para atender las necesidades de formación requeridas en cada momento por el mercado de trabajo. Hasta ahora, de manera preferente, estas acciones formativas se promueve fundamentalmente a través de las correspondientes convocatorias de subvenciones públicas en régimen de concurrencia competitiva⁴¹.

- b) Desarrollo en la Comunidad Autónoma de Andalucía de Programas de acciones formativas con compromiso de contratación, itinerarios formativos, programas específicos dirigidos a colectivos con especiales dificultades, así como otros programas que se desarrollen en base a las necesidades del mercado laboral.

El marco jurídico en el que se llevan a cabo estos programas está constituido por el marco jurídico estatal y el de la Comunidad Autónoma: la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional (art. 6); la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (art. 42 bis, en el que se introduce la Formación Profesional dual del Sistema Educativo Español); la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (art. 75, que confiere a las Administraciones educativas y laborales la competencia para promover la colaboración con las empresas y entidades empresariales y de profesionales autónomos con la finalidad, entre otras, de la impartición de los módulos profesionales incluidos en los títulos de formación profesional en las instalaciones de las empresas para garantizar que la formación se realice con los equipamientos más actuales); la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía, que constituye el marco normativo autonómico en el que se insertan todas las enseñanzas del sistema educativo de Andalucía, entre ellas la formación profesional; el

⁴¹ Así, recientemente, la Resolución de 28 de julio de 2021, de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo, por la que se convocan para el año 2021 subvenciones públicas, en la modalidad de formación de oferta dirigida a personas trabajadoras desempleadas, de las previstas en la Orden de 3 de junio de 2016, en régimen de concurrencia competitiva. Respecto a la oferta formativa, se establecen en dicha resolución las acciones formativas dirigidas a colectivos prioritarios determinados en el artículo 30 de la Ley de Empleo y en el marco del Plan Estratégico de subvenciones de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo 2020-2022, aprobado por la Orden 16 de noviembre de 2020. Asimismo la Resolución de 23 de septiembre de 2021, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se modifica la Resolución de 17 de mayo de 2021 de la Dirección Gerencia, por la que se efectúa la convocatoria para el año 2021, de la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia competitiva, para el programa de Experiencias Profesionales para el Empleo establecido en el Decreto 85/2003, de 1 de abril, y regulado en la Orden de 12 de mayo de 2018.

Decreto 436/2008, de 2 de septiembre, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas de la Formación Profesional inicial que forma parte del sistema educativo (regula la formación en centros de trabajo en su artículo 16.6); 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 formación profesional dual.

Uno de los ámbitos destacados de la formación profesional lo constituye la formación ocupacional previa para facilitar el acceso al mercado de trabajo de las personas jóvenes y mayores. En esa línea, con la finalidad de impulsar la inserción laboral y la empleabilidad para favorecer el progreso sostenible (que pone de relieve la estrecha vinculación entre formación profesional y fomento del empleo), se puso en marcha en Andalucía, con la Ley 2/2015, de 29 de diciembre, de medidas urgentes para favorecer la inserción laboral, la estabilidad en el empleo, el retorno del talento y el fomento del trabajo autónomo, el Programa Emple@Joven y Emple@30+, con el objetivo principal dar respuesta a las necesidades urgentes de empleo de la población joven andaluza, a través distintas iniciativas y líneas de ayudas asociadas. Se contemplan medidas como la Iniciativa Cooperación Social y Comunitaria Emple@Joven y Emple@30+; becas para el desarrollo de prácticas profesionales en empresas; ayudas para la contratación de personas titulares del Bono de Empleo Joven; Iniciativa de Proyectos de Interés General y Social generadores de empleo; e incentivos a la contratación indefinida de personas jóvenes. Con carácter general, las líneas de actuación establecidas tenían por objeto mejorar la empleabilidad de las personas demandantes de empleo adquiriendo competencias profesionales a través de la adquisición de experiencia profesional laboral o mediante las prácticas profesionales no laborales en empresas.

Además, en Andalucía, desde el curso escolar 2013-2014 se han venido desarrollando proyectos de formación en alternancia entre centro docente y empresa. El Acuerdo de 29 de noviembre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Éxito Educativo de Andalucía, incluye dentro de la línea de mejora de «Diversidad de intereses, capacidades y motivaciones del alumnado», la diversificación de la oferta educativa de formación profesional para ajustarla a las necesidades del mercado laboral y a las expectativas del alumnado y se incluye como actuación específica para tal fin, el incremento del número de centros con oferta de formación profesional dual.

Destacan en este ámbito los programas públicos de empleo-formación, en particular el programa de acciones formativas con compromiso de contratación dirigidos a personas en situación de desempleo cuyo objetivo es el de facilitar una formación adaptada a las necesidades de las empresas para su contratación. Conforme al art. 17 del Decreto 335/2009, de 22 de

septiembre, por el que se regula la Ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía, los programas públicos de empleo-formación tienen como finalidad mejorar la cualificación y las posibilidades de empleo de determinados colectivos de personas desempleadas. Durante el desarrollo de estos programas, las personas participantes recibirán formación profesional adecuada a la ocupación a desempeñar en alternancia con el trabajo y la práctica profesional.

Los contenidos de la formación de dichos programas estarán vinculados a los establecidos en los certificados de profesionalidad de la ocupación relacionada con el oficio o puesto de trabajo previsto en el contrato laboral. De no existir certificado de profesionalidad, la formación teórica estará constituida por los contenidos mínimos orientativos establecidos en el Fichero Andaluz de Especialidades Formativas para las ocupaciones o especialidades relativas al oficio o puesto de trabajo contemplado en el contrato laboral, y, en su defecto, por los contenidos formativos que se aprueben por el Servicio Andaluz de Empleo para el respectivo proyecto de empleo-formación. Sólo en el caso de que el compromiso de contratación vaya a realizarse a través de un contrato de formación y aprendizaje, las personas solicitantes deben cumplir el requisito de la edad, menores de 25 años, para poder suscribir este tipo de contratos (art. 11 ET). Para el resto de tipologías de contrato, no se requerirá requisito de edad.

b') El Programa de Empleo y Formación mediante la ejecución de actividades de utilidad pública e interés social en Andalucía

Una modalidad específica se establece actualmente en la Orden de 13 de septiembre de 2021, por la que se regula el programa de empleo y formación en la Comunidad Autónoma de Andalucía y se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas en régimen de concurrencia competitiva a dicho programa. La Orden se justifica por la necesidad de crear un programa propio coherente con el contenido y con la gestión de las políticas activas de empleo, conforme a lo establecido en el art. 36.3 del texto refundido de la Ley de Empleo, que habilita a las Comunidades Autónomas para el diseño y ejecución de nuevos programas y servicios de políticas activas de empleo, y que, en todo caso, deberán preverse en el respectivo Plan anual de política y empleo.

De esta forma, la Junta de Andalucía pretende desarrollar mediante esta orden un programa propio de empleo y formación que esté adaptado a las peculiaridades y características del mercado de trabajo andaluz, facilitando la cualificación de las personas participantes. Este programa combina la formación profesional para el empleo con la práctica profesional, en el marco de un contrato para la formación y el aprendizaje, mediante la ejecución de actividades de utilidad pública e interés social.

La norma destaca que este programa de empleo y formación autonómico se alinea con las metas recogidas en los objetivos 4 y 8 de la Agenda 2030, referidas tanto el aumento del número de jóvenes y adultos que tienen las competencias necesarias para acceder al empleo, el trabajo decente y el emprendimiento, como a la reducción de la proporción de jóvenes que no están empleados y no cursan estudios ni reciben capacitación. También está en consonancia con la finalidad y los principios rectores de la formulación de la Estrategia para la Transformación Económica de Andalucía (ETEA) 2021-2027, aprobada mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 6 de noviembre de 2019. Y asimismo tiene como referencia tanto la nueva Estrategia Española de apoyo activo al Empleo 2021-2024, como el componente 23 «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo» del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021, publicado por Resolución de 29 de abril de 2021.

El programa se centra en la formación en alternancia con el empleo entendida como aquella que tiene por objeto contribuir al impulso de una formación que responda a las necesidades del mercado laboral, mediante un proceso mixto, de empleo y formación, que permita a los trabajadores compatibilizar el aprendizaje formal con la práctica profesional en el puesto de trabajo. Incluye la formación dual a través de los contratos para la formación y el aprendizaje conforme al artículo 11.2 ET y los programas públicos mixtos de empleo-formación aprobados por las Administraciones Públicas, que se regirán por su normativa específica y, subsidiariamente, por lo establecido en el RD 694/2017, de 3 de julio y las normas de desarrollo. Sus principales características son las siguientes:

- El programa de empleo y formación se materializa en proyectos de carácter temporal dirigidos a mejorar las posibilidades de inserción laboral de los participantes. Las personas destinatarias finales de estos proyectos serán personas inscritas en el Servicio Público de Empleo competente como demandantes de empleo en situación laboral de no ocupadas, que participen en ellos en calidad de alumnado, a través de su cualificación en alternancia con la práctica profesional. Dicho requisito se deberá cumplir también a la fecha de su incorporación al proyecto.
- Los proyectos se concretarán en iniciativas de empleo y formación que respondan a las necesidades del mercado de trabajo, en ocupaciones de utilidad pública o de interés general y social, que permitan compatibilizar el aprendizaje formal y la práctica profesional del alumnado en el puesto de trabajo.
- Este programa de empleo y formación estará financiado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado a través de los créditos específicamente

consignados cada año en el presupuesto de gastos del Servicio Público de Empleo Estatal.

- Las subvenciones de este programa serán compatibles con la percepción de otras subvenciones, ayudas o ingresos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales y siempre dentro de los límites y revisiones de la normativa que le es de aplicación (artículo 19.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre). Los gastos subvencionables se refieren a los costes del personal formador, dirección, personal de apoyo, medios y materiales didácticos y de consumo, medios y recursos de apoyo para garantizar la accesibilidad a las personas con discapacidad y demás gastos de formación y funcionamiento; los costes salariales derivados de los contratos para la formación y el aprendizaje que se suscriban con el alumnado, incluyendo la totalidad de las cuotas a cargo de la entidad empleadora correspondientes a la Seguridad Social.
 - El contenido del plan formativo será el necesario para la obtención de, al menos, un certificado de profesionalidad, debiendo ser programado de acuerdo a los Reales Decretos que regulan cada certificado de profesionalidad. El plan formativo podrá incluir además formación complementaria asociada a las necesidades específicas del proyecto.
- c) Se incluyen también otros programas formativos que el Servicio Andaluz de Empleo pudiera establecer en función de su planificación y nuevas necesidades detectadas⁴². Entre ellos se establecen Iniciativas conducentes a la obtención de certificados de profesionalidad, autorizadas por la Junta de Andalucía y programas de ayudas y becas para el alumnado⁴³ (Beca

⁴² Vid. también, entre otras medidas, Acuerdo de 27 de julio de 2021, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban medidas de fomento de prospección de empresas para la Formación Profesional Dual (BOJA 2-8-2021); Resolución de 17 de mayo de 2021, de la Dirección Gerencia del SAE, por la que se efectúa la convocatoria de subvenciones reguladas en la Orden de 12 de mayo de 2018, por la que se aprueban las bases reguladoras de las subvenciones a conceder, en régimen de concurrencia competitiva, para financiar las prácticas no laborales en empresas, en el marco del Programa de Experiencias Profesionales para el Empleo, establecido en el Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los Programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía (BOJA 24-5-2021), modificada posteriormente por la Resolución de 23 de septiembre de 2021 (BOJA 30-9-2021). También, en el ámbito de las subvenciones del Programa de Empleo y Formación, la Resolución de 7 de octubre de 2021, de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo, por la que se convocan las subvenciones públicas previstas en la Orden de 13 de septiembre de 2021.

⁴³ El art. 16 del Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la Ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía establece que las personas que participen en las acciones formativas reguladas en esta norma y se encuentren en situación de desempleo, podrán recibir ayudas en concepto de transporte, manutención y alojamiento, así como ayudas que permitan

6000; Beca Adriano; Beca Andalucía Segunda Oportunidad para jóvenes entre 18 y 24 años en paro y con cargas familiares) y ayudas para la financiación de la puesta en marcha de proyectos empresariales promovidos por jóvenes andaluces o residentes en Andalucía, hasta 35 años inclusive (Innovactiva 6000; la Línea de financiación Jóvenes Emprendedores; Fondos reembolsables).

d) Desarrollo de Instrumentos de Gestión para las políticas de formación profesional para el empleo.

- Fichero Andaluz de Especialidades Formativas (art. 28 del Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la Ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía). Se trata de un fichero creado por el Servicio Andaluz de Empleo en el que constarán, encuadradas en las familias profesionales que se establecen en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, las siguientes especialidades: a) Las especialidades formativas del Fichero de Especialidades del Servicio Público de Empleo Estatal, que incluye tanto las dirigidas a la obtención de los Certificados de Profesionalidad como otras especialidades formativas aprobadas por el citado Servicio Público; b) Las especialidades formativas programadas al amparo de los Planes de Formación dirigidos prioritariamente a trabajadores y trabajadoras ocupados; c) Las especialidades formativas que incluyan compromiso de contratación; d) Otras especialidades formativas con una relevante significación para el empleo en la Comunidad Autónoma de Andalucía o relativas a los nuevos yacimientos de empleo o actividades económicas emergentes.

- Centros y entidades de Formación Profesional para el Empleo en Andalucía (art. 29 del Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la Ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía)

La Formación Profesional para el Empleo en la Comunidad Autónoma de Andalucía podrá ser impartida por:

a) Los centros de la Consejería competente en materia de empleo, y los adscritos o financiados mayoritariamente por ella, así como los centros de otras Consejerías de la Junta de Andalucía y otras Administraciones Públicas Andaluzas, que cuenten con la autorización administrativa del Servicio Andaluz de Empleo para la impartición de esta formación, entendiéndose por tales los siguientes: Centros propios y los centros

conciliar su asistencia a la formación con el cuidado de hijos menores de seis años o familiares dependientes. Asimismo, podrán establecerse becas de asistencia a las personas con discapacidad y a determinados colectivos de personas en situación de desempleo que establezca el Servicio Andaluz de Empleo y que requieran una actuación diferenciada para facilitar su cualificación o recualificación, al objeto de posibilitar su participación en programas específicos.

adscritos a la Consejería competente en materia de empleo o sus entidades instrumentales; Consorcios Escuela participados mayoritariamente por la Consejería competente en materia de empleo; Centros Integrados de Formación Profesional de titularidad pública; Centros de Referencia Nacional ubicados en Andalucía y dependientes de la Consejería competente en materia de empleo; Centros de la Consejería competente en materia de educación y otros centros adscritos o financiados mayoritariamente por la Administración de la Junta de Andalucía que dispongan de espacios, instalaciones y equipamientos adecuados para la impartición de la formación, en los términos previstos en el presente Decreto; Centros de otras Administraciones Públicas de Andalucía, sus entidades instrumentales o empresas públicas que impartan Formación Profesional para el Empleo en virtud de convenios firmados con la Consejería competente en materia de empleo, en los términos previstos en el presente Decreto.

- b) Las Organizaciones empresariales y sindicales, inscritas en el Registro de Asociaciones Empresariales y Sindicales del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- c) Los Centros Integrados de Formación Profesional de titularidad privada.
- d) Los Centros o entidades de formación, públicos o privados, acreditados por el Servicio Andaluz de Empleo para impartir formación dirigida a la obtención de Certificados de Profesionalidad.
- e) Otros centros o entidades de formación que impartan formación no dirigida a la obtención de Certificados de Profesionalidad siempre que se hallen inscritos en el Registro de Centros y Entidades de Formación Profesional para el Empleo en Andalucía, contemplado en el artículo ³¹.
- f) Las empresas y entidades que desarrollen acciones formativas para personas desempleadas con compromiso de contratación, que podrán hacerlo a través de sus propios medios, cuando cuenten con el equipamiento adecuado para este fin, o a través de contrataciones externas.

Se regula legalmente el Registro de Centros y Entidades de Formación Profesional para el Empleo en Andalucía y los requisitos que habrán de cumplir los mismos. Las entidades participantes se establecen en cada orden de convocatoria, pudiendo ser de diversa naturaleza (sin ánimo de lucro, administraciones locales, instituciones públicas o privadas) y como requisito, entre sus fines debe estar la formación o inserción profesional de los colectivos recogidos en cada convocatoria. La formación impartida por estas entidades puede ser presencial, semipresencial, a través de teleformación o mixta y las solicitudes de participación deben entregarse en la entidad responsable de cada curso.

- Aplicaciones de gestión dirigidas a entidades de formación. En la Comunidad Autónoma de Andalucía se han establecido, desde el punto de

vista instrumental, unas aplicaciones específicas dirigidas a las entidades de formación para la realización de los procedimientos requeridos: GEFOC Entidades (en él pueden realizarse los procedimientos de todas las iniciativas de Formación Profesional para el Empleo); RCC (donde se recogen el mapa de recursos de centros colaboradores, es decir, el listado de entidades y centros de formación Profesional para el Empleo acreditadas o inscritas en el correspondiente Registro de la Junta de Andalucía y que imparten formación conducente a la obtención de Certificados de Profesionalidad o acciones formativas no conducentes a la obtención de los mismos y que se incluyan en el Fichero Andaluz de Especialidades de FPE).

7. LA PROYECTADA REFORMA EN ESPAÑA DEL SISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL

Pese al esfuerzo de los últimos años, tanto a nivel estatal como en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, son muchas las deficiencias existentes en nuestro país en el modelo de formación profesional para el pleno desarrollo de las personas y para la mejora de la empleabilidad que permita mejores oportunidades de empleo y una verdadera garantía del derecho al trabajo. Estas deficiencias van a dificultar además un verdadero aprovechamiento de las oportunidades de empleo que ofrece el cambio económico y tecnológico que ya se está produciendo y que se incrementará en los próximos años.

La constatación de las deficiencias existentes y la falta de adecuación de nuestro sistema de formación profesional a estos cambios y a las directrices establecidas en el ámbito comunitario han puesto de relieve la necesidad de modificar el sistema, lo que se plantea en el *Proyecto de Ley Orgánica de Ordenación e Integración de la Formación Profesional*, actualmente en tramitación.

En su Exposición de Motivos se destaca que las deficiencias existentes derivan, por un lado, de la falta para muchas personas de capacidades y competencias personales, sociales y profesionales (como se pone de manifiesto, por ejemplo, en el elevado desempleo estructural, el fuerte abandono escolar temprano, las brechas de género, o los sesgos que afectan, especialmente, a determinados colectivos, como las personas con discapacidad); y, por otro lado, de la dificultad de reconocimiento y certificación de los conocimientos y habilidades profesionales que muchas personas han adquirido a través de la experiencia laboral (lo que limita el progreso profesional de muchas personas trabajadoras y, en muchas ocasiones, su propia continuidad en el empleo).

Se destaca, asimismo, el elevado número de vacantes producidas en ofertas de empleo en el ámbito empresarial “en niveles intermedios de cualificación – vinculados a la formación profesional- y, más en concreto, en aquellas actividades directamente relacionadas con la modernización del sistema económico exigida por

el cambio tecnológico y la nueva economía verde y azul”. El escaso desarrollo de las cualificaciones intermedias en la estructura formativa española exige duplicar, con rapidez, el número de personas con formación intermedia para poder responder a las necesidades del sistema productivo, especialmente en empleos generados por la digitalización y la transición ecológica (los dos grandes elementos por los que actualmente se apuesta para la transformación del modelo económico). Las previsiones para España en 2025 identifican que el 49% de los puestos de trabajo requerirán una cualificación intermedia, y solo un 14% de puestos requerirán baja cualificación y, en el momento actual, la urgencia de la reforma del sistema de Formación Profesional se ve facilitada por la oportunidad que ahora representan los Fondos Europeos “Next Generation UE” para financiar el nuevo sistema.

Frente a todo ello, se quiere construir un sistema de formación profesional que realmente combine “escuela y empresa” y que permita un adecuado equilibrio entre “enseñanza humanística y formación profesionalizante”. Se trata de conseguir que la formación profesional se convierta al mismo tiempo en un eficaz instrumento para la educación y el despliegue de las capacidades de las personas y también para la modernización y transformación del modelo productivo basado en la nueva “economía digital, verde y azul”.

Un aspecto especialmente destacable en la proyectada reforma es la expresa vinculación de la formación profesional a los derechos individuales y sociales recogidos en la Constitución Española, en el Pilar Europeo de los derechos sociales, y en la Carta Social Europea. También se pone el acento en el papel de la formación profesional respecto al fortalecimiento económico del país, del tejido productivo y a su posicionamiento en la nueva economía, a partir de la cualificación del capital humano.

Entre los principios que deben vertebrar el nuevo modelo está la colaboración público-privada y, singularmente, la participación de las empresas en la definición de perfiles competenciales y en el establecimiento de los programas formativos. La ley quiere introducir principios del sistema de formación profesional novedosos vinculados a su transformación, entre los que cabe destacar los de flexibilidad, modularidad, diseño y accesibilidad universal, permeabilidad con otras formaciones, corresponsabilidad pública-privada, vinculación entre centros y empresas, participación, evitación de estereotipos profesionales, innovación, investigación aplicada, emprendimiento, evaluación y calidad del sistema, e internacionalización.

El proyecto de ley ordena un sistema de formación profesional en el que toda la formación sea acreditable, acumulable y capitalizable. La oferta de formación se estructura en una dimensión vertical, escalonada, que establezca un ‘continuo’ ascendente en función de la amplitud de cada oferta formativa, desde las “microformaciones” a los títulos de formación profesional. Todas las ofertas permitirán avanzar en itinerarios de formación conducentes a acreditaciones,

certificaciones y titulaciones con reconocimiento estatal y europeo. Presenta un sistema de formación profesional, que acompañe a las personas desde el sistema educativo y durante toda su vida laboral, superando los dos subsistemas independientes existentes hasta ahora.

Por otra parte, el modelo proyectado se basa en que toda la formación profesional tenga carácter dual, de forma que se realice entre el centro de formación y la empresa. Con las adaptaciones a cada sector productivo y a cada familia de titulaciones, toda la formación profesional deberá contar con suficiente formación en centros laborales, en dos intensidades en función de las características del periodo de formación en el centro de trabajo.

GESTIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS PROFESIONALES

EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: Prevención de riesgos, Comunidad Autónoma Andalucía, participación institucional, órganos

El Estatuto de autonomía andaluz de 1981 no contenía alusiones explícitas a la ejecución de competencias en materia de prevención de riesgos laborales, las cuales se subsumían dentro de la legislación laboral. En 1983 se hizo un moderado traspaso competencial. Sin embargo, las competencias de Andalucía han sido adquiridas por la “llamada” de la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales. La Comunidad andaluza ha dictado normas de participación institucional, creando el Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, los Centros de Prevención de Riesgos Laborales, el Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales y la Comisión Consultiva Tripartita en materia de Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Andalucía. La planificación de la acción preventiva de la Administración autonómica se centra en la actualidad en la Estrategia Andaluza de Seguridad y Salud en el Trabajo 2017-2022.

ABSTRACT

Key words: Risk prevention, Autonomous Community of Andalusia, institutional participation, bodies

The Andalusian Statute of Autonomy of 1981 did not contain explicit allusions to the execution of competences in the prevention of occupational hazards, which were subsumed within the labor legislation. In 1983 a moderate transfer of competence was made. However, the competences of Andalusia have been acquired by the “call” of the Law of Prevention of Occupational Risks. The Andalusian community has issued rules for institutional participation, creating the Andalusian Council for the Prevention of Occupational Risks, the Centers for the Prevention of Occupational Risks, the Andalusian Institute for the Prevention of Occupational Risks and the Tripartite Advisory Commission on Labor Inspection and Social Security of Andalusia. The planning of the preventive action of the Autonomous Administration is currently focused on the Andalusian Strategy for Safety and Health at Work 2017-2022.

ÍNDICE

1. LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS SOBRE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
2. EL IMPACTO DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE EL REPARTO COMPETENCIAL EN MATERIA PREVENTIVA
3. LA ASUNCIÓN DE FUNCIONES EN MATERIA PREVENTIVA POR PARTE DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA
 - 3.1. Normas sobre participación institucional y planificación de acciones preventivas
 - 3.2. Normas sobre control administrativo
4. LA “ESTRATEGIA ANDALUZA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO 2017-2022”
5. VALORACIÓN

1. LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS SOBRE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

La primitiva Ordenanza de Seguridad e Higiene en el trabajo de 1971 ya establecía un incipiente y relativamente sólido sistema administrativo para la prevención de riesgos laborales. La misma tenía una estructura que, resumidamente, puede expresarse así:

- El Ministerio de Trabajo tenía las máximas competencias en materia de seguridad e higiene que, a nivel periférico, hacía reposar sus atribuciones en los Delegados de Trabajo.
- En cada Delegación de Trabajo se establecía un “Consejo Provincial de Seguridad e Higiene del Trabajo, para “estimular y coordinar las iniciativas y actuaciones” de los organismos, empresas, y personas relacionadas con tales materiales.

A estos Consejos correspondía un buen número de funciones, si bien expresadas en términos genéricos: el estudio de los problemas planteados por empresarios y trabajadores, examinar los contenidos y memorias de los comités de seguridad e higiene servicios médicos, o vigilantes de seguridad. Igualmente estos Consejos se venían encargando, entre otras cuestiones, de la planificación, formación, y emisión de informes.

Aparte de todo ello se establecían los denominados Consejos Territoriales de Higiene y Seguridad, constituidos por el Ministerio de Trabajo “en las ramas profesionales que así lo requieran”.

Se trataba, por lo tanto de una estructura bastante sencilla, sustentada sobre los Delegados de Trabajo que, a través de los Consejos Provinciales correspondientes desarrollaban las actividades propias en materia de seguridad e higiene en el trabajo, en colaboración con los distintos agentes en materia preventiva, como los servicios médicos de empresa o vigilantes de seguridad.

Este panorama permaneció con muy pocas reformas hasta 1995, con la aprobación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Hay que recordar, a este respecto, que la Constitución hace sólo alguna referencia aislada susceptible de vinculación con la prevención de riesgos laborales lo que, en cierto modo, privaba de especial urgencia cualquier modificación, tanto de fondo como en el aspecto orgánico o de intervención administrativa.

¿Impactó la Constitución en el reparto competencial de la materia? ¿Hacia precisa la intervención de las Comunidades Autónomas en la legislación o ejecución de políticas preventivas? La Carta Magna no regulaba el reparto de competencias entre el Estado y las CCAA -arts. 148 y 149- con una mención explícita a la prevención de riesgos laborales. No obstante, ello no significa que no les afecte. La materia preventiva debe integrarse en el ámbito más amplio de la “legislación laboral”, siendo por lo tanto la normativa correspondiente de exclusiva competencia estatal (art. 149.1.7ª). En consecuencia, la legislación sobre prevención sería, en tanto que legislación laboral, competencia exclusiva del Estado, incluso a nivel reglamentario, y la ejecución sería parte de la competencia de las Comunidades autónomas.

2. EL IMPACTO DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE EL REPARTO COMPETENCIAL EN MATERIA PREVENTIVA

Como se acaba de anticipar, la aprobación de la ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, bastante lejana en el tiempo respecto de la antigua Ordenanza de 1971, estableció un sistema administrativo de gestión más activo o, cuando menos, más intenso y complejo. Y, como no podía ser de otro modo, el diseño administrativo y de gestión de la actividad preventiva, sí que tenía en cuenta la presencia de las Comunidades Autónomas; y ello, con independencia de que existieran en ese momento menciones especiales en los Estatutos de Autonomía al respecto.

En el caso de Andalucía, no fue ésta una materia de interés en un principio. De hecho, el Estatuto de Autonomía de Andalucía originario (L.O. 6/1981 de 30 de diciembre) no contenía ninguna alusión específica en esta materia. No parecía que, al menos de modo expreso, este tema concitara un interés especial. No se podían considerar excluidas de plano competencias ejecutivas a este respecto, en tanto que se consideraban englobadas dentro de la genérica competencia de ejecución de la normativa laboral del Estado reconocida en el art. 17.2 del primitivo Estatuto autonómico. Pero, en todo caso, se trataba de un reconocimiento ciertamente escueto y que no incluía ninguna mención específica a ninguna materia relativa a la ejecución de políticas o actividades sobre riesgos laborales¹, pero que tampoco

¹ Art. 17 LO 6/1981 de 30 de diciembre: Corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía la ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias: (...) 2. Laboral,

obstaculizaba que se asumieran o traspasaran competencias a la Comunidad Autónoma.

Volviendo al examen de la LPRL, destaquemos que, ya en su art. 5, bajo el epígrafe de “Objetivos de la política” (en materia de prevención de riesgos laborales), se indica que La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración local se prestarán cooperación y asistencia para el eficaz ejercicio de sus respectivas competencias en el ámbito de lo previsto en el mencionado artículo. Alusión explícita ésta a las CCAA que no nos debe pasar inadvertida.

Tampoco puede ser ignorado su art. 7, que bajo el epígrafe de “Actuaciones de las Administraciones públicas competentes en materia laboral”, que invoca las funciones de “(...) *promoción de la prevención, asesoramiento técnico, vigilancia y control del cumplimiento por los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales*”. A continuación, desglosa las distintas atribuciones al respecto, pero en términos igualmente genéricos².

Situándonos en los distintos órganos que se crean o mencionan en esta ley, comencemos por el que parece el más relevante de todos: la “Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo”. Regulada ésta por el art. 13 LPRL, nace como “órgano colegiado asesor de las Administraciones públicas en la formulación de las políticas de prevención y órgano de participación institucional en materia de seguridad y salud en el trabajo”. Nótese que se hace consideración explícita en la misma a las Comunidades Autónomas.

con las facultades y servicios propios de la Administración respecto de las relaciones laborales, sin perjuicio de la alta inspección del Estado y de lo establecido en el artículo 149, 1, 2, de la Constitución.

² Art. 7 LPR: 1. En cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley, las Administraciones públicas competentes en materia laboral desarrollarán funciones de promoción de la prevención, asesoramiento técnico, vigilancia y control del cumplimiento por los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales, y sancionarán las infracciones a dicha normativa, en los siguientes términos: a) Promoviendo la prevención y el asesoramiento a desarrollar por los órganos técnicos en materia preventiva, incluidas la asistencia y cooperación técnica, la información, divulgación, formación e investigación en materia preventiva, así como el seguimiento de las actuaciones preventivas que se realicen en las empresas para la consecución de los objetivos previstos en esta Ley. b) Velando por el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales mediante las actuaciones de vigilancia y control. A estos efectos, prestarán el asesoramiento y la asistencia técnica necesarios para el mejor cumplimiento de dicha normativa y desarrollarán programas específicos dirigidos a lograr una mayor eficacia en el control. c) Sancionando el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley, con arreglo a lo previsto en el capítulo VII de la misma.

En concreto, dispone el aptdo. 2 de este precepto esta composición de la propia Comisión:

“La Comisión estará integrada por un representante de cada una de las Comunidades Autónomas y por igual número de miembros de la Administración General del Estado y, paritariamente con todos los anteriores, por representantes de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas”.

Este órgano de coordinación, de asesoramiento y de participación institucional conoce y es lugar de coordinación de las acciones desarrolladas por las distintas administraciones implicadas en la gestión de las materias preventivas.

- Mencionemos a continuación al Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (art. 8). De orientación básicamente técnica y formativa en el más amplio sentido del término, se establece en su regulación que, para el ejercicio de sus funciones *“(...) establecerá la cooperación necesaria con los órganos de las Comunidades Autónomas”*, propósito que reitera en su apartado 1b) cuando dispone que actuará con la adecuada coordinación y colaboración, en su caso, con los órganos técnicos en materia preventiva de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus funciones en esta materia, así como en los apartados d) y e) y 2³, siempre invocando la colaboración con los órganos técnicos autonómicos, cuya existencia se presume o, al menos se prevé.
- Merece también atención la alusión a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 9). En el relato de sus funciones sobre prevención, vuelven a ser invocadas las Comunidades Autónomas, por cuanto que en su pº 2 se dispone que *“Las Administraciones General del Estado y de las comunidades autónomas adoptarán, en sus respectivos ámbitos de competencia,*

³ Art.8 LPRL: 1. El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo es el órgano científico técnico especializado de la Administración General del Estado que tiene como misión el análisis y estudio de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, así como la promoción y apoyo a la mejora de las mismas. Para ello establecerá la cooperación necesaria con los órganos de las Comunidades Autónomas con competencias en esta materia. El Instituto, en cumplimiento de esta misión, tendrá las siguientes funciones: (...) d) Colaboración con organismos internacionales y desarrollo de programas de cooperación internacional en este ámbito, facilitando la participación de las Comunidades Autónomas. e) Cualesquiera otras que sean necesarias para el cumplimiento de sus fines y le sean encomendadas en el ámbito de sus competencias, de acuerdo con la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo regulada en el artículo 13 de esta Ley, con la colaboración, en su caso, de los órganos técnicos de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia. 2. El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en el marco de sus funciones, velará por la coordinación, apoyará el intercambio de información y las experiencias entre las distintas Administraciones públicas y especialmente fomentará y prestará apoyo a la realización de actividades de promoción de la seguridad y de la salud por las Comunidades Autónomas.

las medidas necesarias para garantizar la colaboración pericial y el asesoramiento técnico necesarios a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que, en el ámbito de la Administración General del Estado serán prestados por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo". Igualmente, el aptdo. 2 dispone que se establezca la cooperación con las Comunidades Autónomas en materia de colaboración pericial.

Pero esta vinculación de la Inspección de Trabajo con las CCAA no sólo se dispone en la LPRL sino que, como resulta sabido, se realza en la propia Ley de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ley 23/2015, ordenadora del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁴.

- Es destacable también que el art. 53 LRPL, bajo el título de “suspensión o cierre del centro de trabajo”, asigna tal competencia -de incuestionable gravedad- no sólo al Gobierno de la Nación, sino “en su caso”, a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas.
- Debe asimismo mencionarse lo dispuesto en la D.A. Duodécima, sobre Participación institucional en las Comunidades Autónomas. Se ordena en ese sentido que tal participación institucional se lleve a cabo de acuerdo con las competencias que las mismas tengan en materia de seguridad y salud laboral.
- Por último, también debe citarse la facultad de “Asesoramiento técnico a las empresas de hasta veinticinco trabajadores”, que la DA decimosexta arroga al Ministerio y al Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, pero “(...) en colaboración con las Comunidades Autónomas y los agentes sociales”.

Como deja ver esta Ley, ya en ese momento las CCAA habían ido adquiriendo un buen conjunto de competencias en materia de prevención de riesgos laborales, también en Andalucía.

De esa nueva realidad da fe, aunque no sin cierta timidez, el nuevo Estatuto de Autonomía Andaluz, LO 2/2007 de 19 de marzo, que ya sí hace menciones a la materia preventiva.

En primer lugar citemos a su art. 37.1.10º, que integra, dentro de los “Principios rectores de las Políticas Públicas”, la prevención de los riesgos laborales.⁵

⁴ Art.25 LPRL: “3. Las Comunidades Autónomas participarán asimismo en la dirección del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social a través del Consejo Rector del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social”.

⁵ Art. 37 LPRL: “1. Los poderes de la Comunidad Autónoma orientarán sus políticas públicas a garantizar y asegurar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Capítulo anterior y alcanzar los objetivos básicos establecidos en el artículo 10, mediante la aplicación efectiva de los

El artículo 55.2 del Estatuto de Autonomía, por su parte, alude a la competencia de la Comunidad en “la ordenación y la ejecución de las medidas destinadas a preservar, proteger y promover la salud laboral”.

Con todo, el texto más explícito en esta materia es el art. 63.4º del propio Estatuto Autonómico, que indica que corresponden a la Comunidad Autónoma, en el marco de la legislación del Estado, las competencias ejecutivas en materia de empleo y relaciones laborales, que incluyen en todo caso:

“4.º La Prevención de Riesgos Laborales y la Seguridad en el Trabajo.”

Más allá de tal mención, el art. 171 del citado Estatuto se refiere expresamente a la “*seguridad y salud laboral*”, que encomendaba a la Administración autonómica la función de garantizar la seguridad y salud laboral de los trabajadores, para lo cual “diseñará instrumentos precisos de control y reducción de la siniestralidad laboral, así como mecanismos de inspección y prevención de los riesgos laborales”. Añade además, en su pº 2 que “La Comunidad Autónoma se dotará de instrumentos propios para la lucha contra la siniestralidad laboral”.

Igualmente, el art. 173 de la citada norma, proclama que la Comunidad Andaluza tendrá una política propia de relaciones laborales, que incluirá, en todo caso, las políticas de prevención de riesgos laborales y protección de la seguridad y salud laboral.

El Estatuto de Autonomía, por lo demás, no ahorra menciones a la salud laboral, mostrando así el interés y grado de prioridad que se daba en el mismo a la salud laboral y prevención de riesgos laborales⁶.

3. LA ASUNCIÓN DE FUNCIONES EN MATERIA PREVENTIVA POR PARTE DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA

Es claro pues, que el Estado autonómico abrió definitivamente la puerta a que las políticas en materia de prevención de riesgos laborales y salud laboral fueran ejecutadas por las Comunidades Autónomas.

Ciertamente, desde la perspectiva del Estado Autonómico, este ejercicio competencial se trata de simple ejecución de competencias en aplicación de

siguientes principios rectores: (...) 10º El empleo de calidad, la prevención de los riesgos laborales y la promoción en el trabajo”.

⁶ Art. 10 LO 2/2007, de 19 de marzo: Objetivos básicos de la Comunidad Autónoma. 1.º La consecución del pleno empleo estable y de calidad en todos los sectores de la producción, con singular incidencia en la salvaguarda de la seguridad y salud laboral, la conciliación de la vida familiar y laboral y la especial garantía de puestos de trabajo para las mujeres y las jóvenes generaciones de andaluces.

una normativa (la preventiva) de competencia y diseño estatal, lo cual, lejos de sorprender, representa el estándar de relación entre Estado-Comunidades Autónomas en las materias en las que aquél tiene las facultades normativas.

Andalucía ha hecho uso de esta competencia y ha creado instituciones que han abordado estas cuestiones eficientemente, al tiempo que han adoptado políticas específicas al respecto.

Debe hacerse notar que estas instituciones y órganos que se van a citar apenas se amparan en la figura del “traspaso de competencias” con la correspondiente arrogación finalista de fondos y la normativa estatal correspondiente sobre cesión competencial, tratándose de intervenciones realizadas al amparo de los llamados de la propia normativa estatal; en general de la LPRL, así como de algunos reglamentos de desarrollo.

Es cierto que tales transferencias han existido, pero han sido escasas, pues escasa era también la estructura organizativa y administrativa con la que contaba el Estado en materia preventiva al momento de construcción del estado autonómico.

En efecto, cuando en 1982 se acuerdan las primeras transferencias de competencias del Estado a la Comunidad Andaluza (Real Decreto 4042/1982 de 29 de Diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Junta de Andalucía en materia de trabajo; B.O.E. de 3 de Febrero de 1983), las competencias que se transfieren “*En materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo*” son apenas simbólicas:

- 2.1. La fiscalización, a través de la Inspección de Trabajo, de la prevención de accidentes y de la Seguridad e Higiene en el Trabajo.
- 2.2. Dictar los acuerdos sobre declaración de trabajos tóxicos, peligrosos, excepcionalmente penosos y otros de naturaleza análoga y cuantas resoluciones se relacionen con esta materia.
- 2.3 La recepción de los partes de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Aunque sólo algo más tarde, el 2 de noviembre de 1983, se consumó la cesión de los Gabinetes Técnicos Provinciales del Instituto Nacional de Seguridad Social e Higiene en el Trabajo, lo que se hizo por medio del R.D. 3139/1983, de 2 de noviembre “*sobre valoración definitiva y ampliación de medios adscritos a los servicios traspasados a la Junta de Andalucía en materia de Gabinetes Técnicos Provinciales del Instituto Nacional de Seguridad Social e Higiene en el Trabajo*” (BOJA 10 de enero de 1984)

Las asunciones de competencias de mayor calado se han realizado, pues, al amparo, sobre todo, de las menciones de la propia LPRL, y no de decretos específicos de transferencias competenciales. Así, habría que afirmar, como

Cardenal Carro⁷ ha sugerido, que estamos realmente ante “llamadas legales” a la actuación normativa autonómica que se despliegan en la legislación preventiva de carácter estatal, particularmente a partir de la LPRL, que hacen al margen transferencia competencial alguna.

Esta “llamada” es particularmente intensa, además, en algún reglamento de desarrollo de esta ley, como es el caso del Reglamento de los Servicios de Prevención. En el mismo se invoca de modo reiterado a las Comunidades Autónomas, citándolas como autoridades competentes para acreditar servicios (art. 24) y en relación a otras muchas funciones y actuaciones, sea en su calidad de titulares de órganos técnicos en materia preventiva (art. 14), o de autoras de guías técnicas para evaluaciones de riesgos (art. 5), entre otras muchas actuaciones.

De los ámbitos de la intervención de la Comunidad Andaluza se pueden destacar dos grupos fundamentales: el primero iría referido a las normas sobre mantenimiento de órganos orientados a la participación de los agentes sociales así como a la planificación de acciones preventivas; éstas son las más abundantes. El segundo agruparía las normas relativas al control administrativo, en particular en relación a los servicios de prevención ajenos (autorización y control)⁸.

3.1. Normas sobre participación institucional y planificación de acciones preventivas

Dentro del primer grupo -órganos sobre participación institucional y planificación de acciones preventivas-, citemos los siguientes:

- Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales:

El Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales se define a sí mismo como un “órgano de participación en materia de seguridad e higiene y salud de los trabajadores adscrito a la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo desde el que se orientan, impulsan y coordinan las actuaciones en materia de Prevención de Riesgos Laborales que posibiliten la mejora de las condiciones de trabajo y disminuya la siniestralidad laboral en la Comunidad Autónoma andaluza”.

⁷ Cardenal Carro, M. “La normativa elaborada por las Administraciones Públicas en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. V, BIB 1999\2066, pp. 1-3.

⁸ En este trabajo se va a aludir únicamente a las normas, acuerdos e instituciones que se han considerado de mayor relieve a los efectos del propósito del mismo. Una lista exhaustiva de las mismas puede hallarse en este enlace de la propia Junta de Andalucía: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoformacionytrabajoautonomo/areas/seguridad-salud/informacion/paginas/normativa-seguridad-laboral.html>

Destaquemos la fecha de su creación, que fue el año 1997, antes, por cierto, del nuevo Estatuto de Autonomía de 2007. Se hace notar esta circunstancia, pues se trata de una fecha posterior a la LPRL de 1995. De hecho, afirma crearse a partir de la mención del art. 12 de la LPRL⁹, referido a la participación de empresarios y trabajadores. Precisamente, la alusión de tal precepto a que los empresarios y los trabajadores, a través de sus organizaciones más representativas, debían participar en la gestión de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores planificada por las administraciones públicas “en los distintos niveles territoriales” sirvió de pauta para la creación de este Consejo.

Fue el Pacto por el Empleo y Desarrollo Económico de Andalucía, suscrito sólo unos meses antes -en abril de 1997- el hecho determinante de este Real Decreto. En este pacto se prefigura tal Consejo autonómico como el órgano idóneo desde el que “(...) *se impulsarán y llevarán a cabo de manera consensuada un programa de acciones específicas en materia de formación, información, divulgación y sensibilización, especialmente dirigidas a las PYMES y sus trabajadores, por ser este tipo de empresa el predominante en Andalucía y el que más apoyo requiere para una mejor implantación de las políticas de seguridad y salud en el trabajo*”.

Sus funciones incluyen las de participar en el establecimiento de la planificación anual de actividades de los Centros de Prevención de Riesgos Laborales, coordinar las distintas acciones que desarrollan las partes firmantes del Pacto por el Empleo y el Desarrollo Económico de Andalucía en esta materia y, en definitiva, asumir todas las competencias previstas para los órganos tripartitos y de participación institucional autonómicos a que se refiere a la Disposición Adicional V de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Su composición es tripartita, por cuanto que, bajo la presidencia de la Consejera de Empleo, se constituye por representantes de la Administración andaluza, de los sindicatos más representativos y de las organizaciones sindicales más representativas a nivel de la comunidad autónoma, cada uno de estos estamentos con 8 miembros. Funciona tanto a nivel autonómico estrictamente como territorial. Esto es, tiene representación en cada una de las provincias andaluzas.

- Centros de Prevención de Riesgos Laborales

En segundo lugar, deben mencionarse estos Centros preventivos, diseñados a nivel territorial -existe uno por provincia- y que se crearon por la Orden de la

⁹ Art. 12 LPRL. Participación de empresarios y trabajadores. La participación de empresarios y trabajadores, a través de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, en la planificación, programación, organización y control de la gestión relacionada con la mejora de las condiciones de trabajo y la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo es principio básico de la política de prevención de riesgos laborales, a desarrollar por las Administraciones públicas competentes en los distintos niveles territoriales.

Consejería de Empleo de 30 de junio de 2003 (BOJA de 25 de agosto), como sucesores de los Centros de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

Al igual que en el caso anterior, la norma invoca como causa última de creación de estos centros el art. 7 de la LPRL, que como sabemos alude a la genérica función de promoción en materia preventiva que compete a las Administraciones públicas en materia laboral, en general.

Estos centros tienen la doble cualidad de ser la estructura organizativa de la actividad preventiva para los propios empleados públicos de la Junta de Andalucía, y funcionar a su vez como órgano técnico de la Autoridad Laboral. De hecho, en su estructura se incardina, como unidad organizativa específica, el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales para el personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía, creados por el Decreto 117/2000, de 11 de abril.

- Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales

En tercer lugar, debe mencionarse este Instituto. Bajo la forma jurídica de “agencia administrativa”, este Instituto se orienta al “fomento de la cultura preventiva y la mejora de las condiciones de trabajo”.

El Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales fue constituido en 2006, también en el marco de diálogo con los agentes sociales. Nótese que también fue establecido antes del nuevo Estatuto de Autonomía.

Su finalidad es igualmente de carácter formativo y científico, orientado al estudio y reducción de la siniestralidad laboral y las enfermedades profesionales

- Comisión Consultiva Tripartita en materia de Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Andalucía

Por Decreto de 48/2009 de 3 de marzo (BOJA de 18 de marzo) se creó esta Comisión.

Nótese que estamos ante una mera Comisión Consultiva, pero aun así resulta influyente, porque es capaz de “a) Formular propuestas de estrategias para la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ámbito territorial de Andalucía” (art. 3.a) así como de “d) Conocer sobre la ejecución de las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía”.

No se trata en ninguno de los casos de competencias decisivas pero, dado el carácter propio de la Inspección de Trabajo y los distintos factores y agentes que inciden en su planificación y prioridades, se trata de un alto nivel de influencia sobre la misma. Tal influencia permite, en la medida necesaria, incluir entre sus prioridades la de las actuaciones precisas en el ámbito de la prevención de riesgos laborales y siniestralidad laboral.

Previamente, y sobre esta misma materia, habría que citar la Orden de 18 de octubre de 2000, de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, por la que se publica el texto del Acuerdo Bilateral suscrito entre la Administración Andaluza y la Administración General del Estado, regulador de la Comisión Territorial en materia de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía.

3.2. Normas sobre control administrativo en materia de prevención

En este apartado merece ser citada la Orden de Junta de Andalucía de 8 de marzo de 1999 (BOJA de 30 de marzo) por la que se crea el Registro Andaluz de Servicios de Prevención y Personas o Entidades autorizadas para efectuar auditorías o evaluaciones de los sistemas de prevención.

Se crea este Registro -que en la práctica significa un mecanismo de autorización y control- por cuanto que el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, establecen como función propia de la Administración Laboral Autónoma la acreditación de las entidades especializadas que pretendan actuar como servicios de prevención, así como la autorización a personas físicas o entidades especializadas que pretendan desarrollar la actividad de auditoría o evaluación de los sistemas de prevención, e igualmente, el artículo 28 del citado Reglamento dispone la competencia de la Administración Autónoma para la creación del oportuno Registro respecto de tales acreditaciones y autorizaciones, como instrumento informatizado de organización y planificación de las competencias asignadas en esta materia, adscrito a la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo.

4. LA “ESTRATEGIA ANDALUZA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO 2017-2022”

El producto más visible del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, actuando en conjunto con el Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, es la “Estrategia Andaluza de Seguridad y Salud en el Trabajo 2017-2022”.

No es, desde luego, el primer plan estratégico en materia de Prevención, toda vez que tiene dos precedentes: el Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía 2003- 2008 y la Estrategia Andaluza de Seguridad y Salud en el Trabajo 2010-2014.

Se inició a trabajar en el mismo por la Administración y por los Agentes sociales en 2016, a partir del resultado del plan que lo precedía.

La vigente “Estrategia” parte de un análisis de la situación de la prevención de riesgos laborales en Andalucía, sobre cual se determinan las deficiencias, fortalezas y posibilidades de mejora. Se establecen objetivos y el conjunto de líneas de actuación.

Destaca en este informe un análisis bastante minucioso de la siniestralidad laboral, tanto en un sentido evolutivo como descriptivo. Igualmente, de otros muchos aspectos relativos con el estado actual de las medidas de prevención, como el tipo de servicios de prevención que se utiliza, recursos preventivos utilizados por las distintas empresas, realización de la actividad de vigilancia de salud, riesgos psicosociales o gestión.

Enfatiza este documento la escasa dimensión de la empresa en Andalucía, donde nada menos que el 98% es PYME. Hay que ser conscientes, así pues, de esta realidad y de la dificultad inherente al escaso tamaño de la empresa cuando se trata de cuestiones de prevención de riesgos laborales. Resulta más difícil y costoso en términos relativos contar con una estructura, formación y medios suficientes. Ello requiere una atención especial dado que la estructura administrativa y los requerimientos formales y materiales en materia preventiva parecen tener como contexto el de la pequeña o gran empresa, de modo que la adecuación a las PYMES -nuestra realidad más frecuente- exige de las administraciones una particular presencia, formación, promoción y, en general, facilitación y orientación en el desarrollo de las políticas preventivas para que estas sean reales y eficaces. Por otro lado, una política estricta en materia sancionadora se debe entender poco deseable en el ámbito de las PYME dado que, teniendo en general menos recursos para dedicar a estas tareas que una gran empresa, parece más adecuado que dedique los mismos a mejorar sus prácticas de prevención que a abonar sanciones o ensalzarse en disputas jurídicas con la administración.

No hay que dudar que este análisis está hecho con un alto rigor técnico, manejando todo tipo de datos estadísticos, cuadros y tablas de muy distinta naturaleza y, en definitiva, alcanzando unas conclusiones de gran valor y solidez.

Igualmente, los retos que constata el estudio son difíciles de contradecir:

- Necesidad de reducir de los accidentes de trabajo, que siguen en unas cifras altas, a pesar de que han experimentado una cierta mejora en los últimos años.
- Prestar atención a la seguridad vial, dado que un 13% de los accidentes laborales son *in itinere*.
- Igualmente, afrontar la problemática de los incidentes de carácter “músculo-esqueléticos”, que representan casi un tercio de los accidentes y un 60% enfermedades profesionales totales.
- La salud psicosocial, en tanto que las patologías no traumáticas de este carácter tienen ya un cierto volumen y una tendencia al alza, siendo necesario determinar en qué medida las causas laborales son determinantes de las mismas.
- La mejora de la prevención en materia de enfermedades profesionales.
- La necesidad de incidir en hábitos de vida saludables de los trabajadores.

Se constata igualmente como una necesidad de desarrollar la cultura preventiva, de mejorar el asesoramiento técnico en materia de prevención y de reforzar la vigilancia de la salud. Son éstos lugares comunes de todos los análisis sobre prevención de riesgos laborales.

El objetivo central de la Estrategia Andaluza de Seguridad y Salud para 2017-2022 tampoco discrepa -hay que admitirlo- del que nos es sobradamente familiar: Promover la mejora de la seguridad y salud los trabajadores en Andalucía. Éste queda plasmado en 4 objetivos generales que son I. Mejorar las condiciones de Seguridad y Salud Laboral de las personas trabajadoras en Andalucía. II. Mejorar la Gestión Preventiva en las empresas andaluzas. III. Mejorar la eficacia del Sistema de Seguridad y Salud en el trabajo en Andalucía. IV. Consolidar la Cultura Preventiva en la sociedad andaluza.

De nuevo, capítulos que no pueden menos que considerarse, habituales. Su desglose -que se hace con gran rigor en el Documento- en distintas líneas de actuación y de ejes son, de nuevo, puntos que pueden considerarse lugares comunes, cuando no permanentes, siempre que se abordan cuestiones preventivas.

Para conocer hasta dónde llega la apuesta de la Administración andaluza en llevar a cabo las líneas de actuación que constan en este proyecto es desde luego indicativo indagar cuál es el presupuesto asignado. El mismo consiste en la asignación de 2 distintos créditos presupuestarios, en torno a los cinco millones de euros cada uno por año. En definitiva, el programa quinquenal conllevaría una cantidad de unos 50 millones de euros en total, para todas las provincias andaluzas. Los receptores de estos créditos son, por partes casi iguales, el Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales y la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral. Lo que da a entender que son éstas las dos entidades que van a tener que abordar las funciones propuestas en la Estrategia Andaluza de Seguridad y Salud que parece ser el nervio central de las medidas preventivas para el periodo de 5 años que está a punto de expirar sin que, por cierto, en la legislatura presente se haya tratado de alterar o de actualizar al menos, a pesar del cambio de Gobierno y de titular de la Consejería de Empleo.

5. VALORACIÓN

No puede dudarse que la Comunidad Andaluza ha prestado una notable atención a la materia preventiva.

Desde un primer momento ha establecido a nivel autonómico los órganos participativos y de promoción hasta donde alcanzaba su marco competencial y los ha puesto en marcha de manera razonable.

Desde ese punto de vista, aunque todo es mejorable, naturalmente, el margen para desarrollar mejores políticas y mejorar la participación de los agentes sociales no es tan amplio.

Si bien el correcto desarrollo de las posibilidades normativas, y de la creación de instrumentos administrativos y de órganos de participación no significa que no puedan desarrollarse medidas más eficaces de cara a mejorar los ratios de siniestralidad y de reducción de enfermedades profesionales, sin embargo, ello no es fácil.

Pecaría por lo tanto de excesivo optimismo pensar que inversiones extraordinarias desde las administraciones pudiera tener un efecto fulminante e inmediato en la reducción de siniestralidad laboral. El esfuerzo hecho en materia preventiva en los últimos años -más bien, décadas- ha sido excepcional y muy laborioso. La Unión Europea, España, las Autonomías... han prestado esfuerzos y recursos de todo tipo, apoyando a empresas y trabajadores pero también imponiendo severas exigencias a la vez que desarrollando un aparato sancionador a veces incluso excesivamente gravoso: la casi generalización del “recargo de prestaciones” en caso de accidentes de trabajo y el establecimiento de responsabilidad civil extraordinaria -con frecuencia con derivadas de carácter penal- son muy graves, hasta el punto de que llegan a convertirse en no pocas ocasiones en losas fatales que muchas PYME no pueden superar fácilmente.

Por ello, no resulta fácil alcanzar “recetas mágicas” que puedan llevarnos a una desaparición de los accidentes, ni laborales ni en ninguna faceta de la vida. Sólo se puede reducir hasta el mínimo¹⁰, pero aun así, siempre habrá un espacio para el infortunio, o para la imprudencia, o para las costumbres viciadas o simplemente de búsqueda de todos -empresarios, pero también trabajadores- de obviar prácticas y conductas que, aunque sean más seguras, son también más ingratas de cumplir o más incómodas. Y tales barreras no pueden superarse con facilidad. Igualmente, sigue habiendo trabajos de una naturaleza particularmente arriesgada y que incluso medidas muy altas de prevención no pueden excluir de manera plena riesgos fatales.

¹⁰ Muchos investigadores hablan de “Tasa de Inevitabilidad” en la comisión de accidentes, que cifran en torno a 2 fallecidos por cada 100.000 trabajadores; es decir, que hay que asumir que, por más medidas que se tomen en cualquier ámbito de la vida, siempre hay lugar para el fallo fortuito, para la imprudencia y para el infortunio, partiendo de la imperfección humana simplemente. “Siempre se nos romperá un plato”, nos dicen, por más experto que sea el que los maneje y “en algún momento nos podemos tropezar en una escalera”, aunque la subamos a diario. Naturalmente, se trata de una máxima de experiencia hipótesis operativa, y no de una verdad científica que sea fácil de aislar numéricamente., pero que vale la pena tener en cuenta. Así, en 2018 se contaron 291 accidentes de trabajo mortales, lo que supuso menos de 2 fallecidos por cada 100.000 trabajadores. En todo caso, y pueda hablarse o no de “tasa de inevitabilidad” y cuál sea su número, el dato es alentador, sin perjuicio de que todo fallecimiento por causas laborales sea una tragedia y se pueda considerar como un fracaso e invite a la frustración. Véase <http://www.estadolibre.com/la-realidad-sobre-los-accidentes-laborales-en-espana/#:~:text=Sin%20duda%2C%20cualquier%20muerte%20es%20una%20tragedia%20y,con%20los%20datos%20actuales%20podemos%20estar%20razonablemente%20satisfechos.> Vid., también <https://opcionis.cl/blog/que-es-la-tasa-de-accidentalidad/>; entre otras muchas fuentes que se puedan encontrar en la Red.

Naturalmente, ello no significa que no pueda seguirse mejorando al respecto, y de hecho se hace, pero no sin dificultad.

Habría sólo que apuntar algunas posibles conclusiones o sugerencias a la vista de la experiencia almacenada en los últimos años:

- La participación institucional, tripartita, con patronales y sindicatos tienen una eficacia muy relativa a la hora de mejorar la prevención. No puede desdeñarse la participación institucional, que es por supuesto necesaria, sobre todo a la hora de poder compartir experiencias y resultados, y de formular propuestas de acción. Sin embargo, abundar en estos mecanismos, en nuevas reuniones, foros o estudios de manera reiterada, deja de tener la utilidad que se podría esperar de los mismos. Es fácil constatar que los resultados de los distintos estudios y de las nuevas conclusiones y propuestas tienden a replicarse y que ya no aportan conocimientos o ayudas relevantes, dado que es sabido y compartido el diagnóstico que una y otra vez se desprende de los mismos. Es mucho más interesante profundizar en las vías que tengan un impacto directo en mejorar los resultados en la disminución de los accidentes laborales y enfermedades profesionales.
- Igualmente, abundar en excesivas reclamaciones para los empresarios de carácter documental de todo género en materia preventiva, no lleva a muchas mejoras sustanciales de resultados: Planes, proyectos, actualizaciones de proyectos y de nuevos planes... son a veces percibidos como meros requisitos burocráticos, meras obligaciones documentales que tienen una incidencia muy relativa en la reducción de los índices de infortunios laborales, pero gravísimas consecuencias sancionadoras si se incumplen.
- Hay que apreciar que, con carácter general, el tamaño de la empresa es muy decisivo a la hora de afrontar exitosamente las políticas de prevención: mientras que las grandes y medianas prestan habitualmente una atención muy profesional a la prevención de riesgos y tienen masa crítica para aplicar grandes recursos a esta materia, no es ello tan frecuente en las pequeñas empresas. Este ámbito debe -como constatan los propios análisis del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales- el objetivo al que deben priorizarse las acciones de la Administración, más en una Comunidad como la andaluza, donde la proporción de PYME respecto del total de empresas es aún más acusadas que en el resto de la nación.
- Todo indica que la actuación de la Inspección de Trabajo es muy eficaz en materia preventiva. Quizás la más eficaz. Sin embargo, sería deseable que su actuación en materia de accidentes de trabajo fuese más sistemática, muy orientada a las PYME y sobre todo de manera preventiva, centrada sobre todo en informar y formar, y en formular advertencias y requerimientos, tras entrevistas con el empresario y sus técnicos. Es más frecuente hasta el momento que la visita de Inspección sólo se produzca tras accidentes

graves, y tengan una vertiente sobre todo sancionadora, y ello no es lo más deseable, por más que en muchos casos sea inexcusable tener que sancionar.

Se trata, en fin, de algunas reflexiones formuladas a la vista de la propia experiencia de la Comunidad Autónoma Andaluza en sus ya varias décadas de políticas y acciones orientadas a reducir la siniestralidad laboral y a mejorar la calidad de salud y trabajo de todos.

LA GESTIÓN PÚBLICA DE LOS “ERTE” (REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO) Y DE LOS “ERE” (REGULACIÓN EXTINTIVA) EN EL AUTOGOBIERNO ANDALUZ: BALANCE Y PERSPECTIVAS POSPANDEMIA

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Jaén

Con su ritual de acero/sus grandes chimeneas/sus sabios clandestinos/su canto de sirenas/ (...)
con sus llaves del reino/el norte es el que ordena
Pero aquí abajo abajo/el hambre disponible/recurre al fruto amargo/ de lo que otros deciden/
mientras el tiempo pasa/... y se hacen otras cosas/que el norte no prohíbe/ con su esperanza dura/el
sur también existe (...)"
Benedetti, Mario. El Sur también existe

EXTRACTO

Palabras clave: regulación temporal de empleo, despidos colectivos, recolocación, comunidades autónomas

El recurso masivo a los “ERTE” (regulación temporal de empleo), en detrimento, incluso con “prohibición” de los “ERE” (regulación extintiva de empleo), para afrontar la crisis derivada de la pandemia (covid19) ha sido un éxito. No solo ha permitido sostener el empleo ante el cierre, y luego restricciones, de actividad, sino que también ha facilitado la recuperación. Si se compara con el modelo de EEUU, que ha preferido sostener rentas de las personas más afectadas, no el empleo, la ventaja es indudable.

Esta experiencia, que implica un modelo de regulación de empleo fuertemente intervenido públicamente, tanto porque precisa de la autorización administrativa, estatal o autonómica, según el ámbito de los centros de trabajo y empresas afectados, cuanto por el enorme coste financiero que conllevan (exoneraciones, prestaciones por desempleo que no consumen tiempo de protección, etc.), pretende convertirse en el modelo de referencia para el modelo de regulación de empleo ante futuras crisis en tiempos de “normalidad”. El problema es que esos futuros mecanismos de sostenibilidad del empleo no podrán ser tan “generosos”, sino que deberán ser más “austeros”, para que puedan ser sostenibles. Además, como apunta el Real Decreto-ley 18/2021, 28 de septiembre, deberá darse más importancia a la formación para la recolocación de las personas en regulación de empleo.

ABSTRACT

Key words: temporary regulation of employment, collective dismissals, outplacement, autonomous communities, active

In Spain, as in the other countries of the European Union, the employment crisis created by the covid 19 pandemic has been faced with the massive use of “ERTE” (temporary employment regulation), to the detriment, even with “Prohibition” of “ERE” (extinctive employment regulation). The legal-labor solution has been successful. Not only has it allowed employment to be sustained in the face of the closure, and then restrictions, of economic activity, but it has also facilitated recovery. If it is compared with the US model, which has preferred to support the income of the most affected people, not employment, the advantage is unquestionable. This study analyzes the experience of temporary and definitive regulation of employment from the perspective of management of the autonomous communities. A more specific balance is made for the practice followed in Andalusia.

ÍNDICE

1. INTROITO: DE LOS “ERES MALDITOS” A LOS “ERTES SALVÍFICOS PANDÉMICOS”
2. GESTIÓN AUTONÓMICA DE LOS “ERTES” DURANTE Y TRAS LA COVID19: ¿ENSAYO DE MODELOS SOCIAL Y FINANCIERAMENTE SOSTENIBLES DE REGULACIÓN DE EMPLEO?
 - 2.1. Autogobierno y estabilidad en el empleo: los ERTE, paradigma de gestión social sostenible del empleo y sus reestructuraciones
 - 2.2. “Normas” y “políticas” autonómicas en la gestión del ERTE (pandémico): desde la autorización (FM) al sistema de incentivos (financiación)
 - 2.2.1. Autorización de ERTES-FM y garantía de corrección de ERTES-CETOP: ¿qué margen normativo para “políticas autonómicas propias”?
 - 2.2.2. El sistema autonómico de incentivos a la conservación de empleo en tiempos de crisis: las ayudas complementarias a los ERTE-covid19
 - 2.3. Formación a cambio de exoneración de cuotas sociales en ERTE-covid19: ¿frívola experiencia piloto para el futuro modelo de ERTE-normalidad?
3. TRANSICIÓN DESDE EL “ERTE” AL “ERE” EN LA ERA POSCOVID19: LA GESTIÓN AUTONÓMICA DE LAS REESTRUCTURACIONES
 - 3.1. De “autorizar” a “advertir-requerir” como garantía clave de corrección de la consulta: ¿papel menor para la autoridad laboral?
 - 3.2. ¿Cooperación público-privado para una gestión “socialmente responsable”: políticas públicas y planes privados de formación/recolocación
 - 3.2.1. La garantía de un programa de oportunidades serias de recolocación, estándar social internacional del derecho a la protección frente al despido
 - 3.2.2. Pero ni el marco normativo ni su práctica, tampoco judicial, en España han tomado en serio, hasta ahora, el derecho a la recolocación
 - 3.3. Una condición para la nueva vida de los planes de recolocación en el marco de un modelo de cooperación público-privado: la sostenibilidad financiera
4. CONCLUSIONES: ¿EN LA ANTESALA DE UN CAMBIO CULTURAL, NO SOLO NORMATIVO PARA LA REGULACIÓN DE EMPLEO?

1. INTROITO: DE LOS “ERES MALDITOS” A LOS “ERTES SALVÍFICOS PANDÉMICOS”

Tanto la “regulación temporal de empleo” (medidas de flexibilidad interna basadas en la suspensión de los contratos de trabajo o en la reducción de jornada) como la “regulación extintiva de empleo” (medidas de flexibilidad externa o despidos por razones de reestructuración empresarial de dimensión colectiva -en claro, despidos colectivos-) vienen manteniendo, en su marco de regulación normativa, competencia del Estado (art. 149.1 7ª CE), una notable intervención de la administración pública. De ahí que, como es conocido, pese a los notables cambios en su regulación y gestión, especialmente para los despidos colectivos (fin del modelo de autorización administrativa con la reforma laboral de 2012), estas instituciones jurídico-laborales han seguido conociéndose con las siglas que reflejan ese arraigado protagonismo de lo público: ERTE (“expedientes” de regulación temporal) y “ERE” (“expedientes” de regulación de empleo). En este marco, el principio de autogobierno del Estado autonómico de Derecho determina

que se trate de competencias de ejecución, en principio no normativa, salvo en la dimensión promocional que luego se analizará (faceta de política de fomento de empleo) y, en consecuencia, tal intervención gestora en la regulación (interna y externa) se abra a actuaciones y políticas de las autoridades laborales (y no solo de ellas) de cada Comunidad Autónoma (CA)¹.

Podría pensarse -no con total razón, por los motivos que después se comentarán- que, antes del excepcional y trágico tiempo pandémico (covid19) que hemos sufrido -y todavía perdura-, la derogación del régimen de la autorización administrativa para los despidos colectivos (nuevo art. 51 ET), lo extraordinario, por lo tanto muy escasa práctica, de los “ERTE” por fuerza mayor (FM) y la limitada confianza de las empresas españolas en los ERTE por causas económicas, tecnológicas, organizativas y productivas (ETOP) llevaría a palidecer el rol de la autoridad pública en estos aspectos -determinantes- de la gestión del trabajo en las empresas. En su lugar, emergería el papel protagonista de la gestión colectiva, el verdadero contrapunto a la gestión unilateral. En Andalucía incluso podría verse -para un sector político y social- con cierto “alivio”, por razones muy específicas.

En efecto, apenas se haga el experimento de introducir en los diversos servidores de información digital la locución “ERE en Andalucía” aparecerán ingentes noticias sobre el “caso de los ERE de Andalucía”², identificado con infinidad interminable de causas penales a raíz de la gestión fraudulenta de algunos, que afectan tanto a responsables de la gestión política y pública cuanto a ciertos interlocutores sociales. Nada de ello interesa en este análisis, por cuanto se trata de temas penales y aquí conciernen los estrictamente jurídico-laborales, de un lado, con mirada plena, además, de presente y de futuro, no de pasado, de otro. La referencia viene a cuento para ilustrar la imagen de cierta desconfianza que, en el ámbito andaluz, se había vertido sobre este intervencionismo público en cuestiones de gestión típicamente empresarial y, claro está, de gobernanza colectiva (principio de participación colectiva en la gestión de la regulación, interna o externa, de empleo). El fin del modelo autorizador para los ERE, objeto de fuertes polémicas, en sus inicios (2012), desarrollos judiciales (2014-2018) y hoy (en la antesala de la contrarreforma laboral), podría verse con cierto escepticismo en nuestra Comunidad Autónoma, al menos desde diversos sectores de opinión y acción.

¹ Si bien es cierto que no todos los Estatutos de Autonomía hacen una previsión específica. Por ejemplo, el art. 170.1 f) del Estatuto de Autonomía de Cataluña los incluye en la competencia de “trabajo y relaciones laborales”. En cambio, ni en el art. 169 (políticas de empleo) ni el art. 173 (relaciones laborales) del paralelo Estatuto de Autonomía andaluz hacen referencia expresa. Pero esa “política propia” se deriva de la asunción de las políticas de empleo desde el enfoque de fomento de la “estabilidad” y el favor por la inserción, en especial de las personas vulnerables (art. 169). De especial interés resultará, para comprender parte del alcance de esta competencia, la relectura de la polémica STC 31/2010, 28 de junio (Estatuto de Cataluña)

² Ej. <https://elpais.com/noticias/caso-ere-andalucia/>

Pero, más allá de las dimensiones política y socioeconómica, así como cuantitativa (estadística), que podrían merecer esta importante cuestión, en tales cuitas llego la crisis pandémica. Según es ahora sobradamente conocido, y por lo que aquí más nos interesa, mientras que la figura de los “ERE” caería en la marginación, incluso en la proscripción, ante la “prohibición legal” (real o pretendida) del art. 2 del Real Decreto-ley (RDL) 9/2020, 27 de marzo³, los “ERTE” adquirieron un “aura” o un “halo salvífico” tanto para el empleo como para las empresas. Tanto es así que los ERTE se proponen como el principal instrumento de regulación de empleo, no solo para la crisis pandémica (dominio de los ERTE-FM-covid19 sobre los ERTE-ETOP), sino más allá, en la era poscovid19. Con él se pretende ofrecer, mediante la debida reforma estatutaria (art. 47 ET) preferencia a la gestión de flexibilidad interna (conserva el empleo en condiciones novadas y coexiste con una situación legal de desempleo-: conforme al conocido, y polémico, paradigma de la “fle-seguridad”) sobre la externa (extintiva). ¿Se avista, así, un retorno, para la nueva normalidad, del protagonismo público perdido con la reforma de 2012 y recuperado -incluso intensificado- en el estado de alarma pandémica?

Cierto, de futuro próximo, el papel de lo público no puede ser tan determinante como ha sido en el marco de la legislación-políticas sociales excepcionales y la reinención, e incluso su desnaturalización, de la figura del “ERTE por fuerza mayor covid-19” (ERTE-FM). En esta situación, la necesaria autorización administrativa (art. 51.7 ET; art. 22 RDL 8/2020) tenía (tiene aún hoy, si bien modulados a la baja en cada prórroga-renegociación⁴) como contrapartida beneficios sociales extraordinarios (art. 24 RDL 8/2020: exenciones de cuota social a las empresas; tutela reforzada desempleo para las personas empleadas), con lo que se ha desplazado (socializado) parte del coste hacia el erario (sobre todo estatal -hipertrofia de la rama de desempleo-, también autonómico, si bien en menor medida, como en breve comentaremos). Asimismo, los ERTE-ETOP vinculados a la covid19, en los que sí media proceso de negociación-consulta con la representación laboral (art. 23 RDL 8/2020), sin necesidad de autorización⁵, han gozado de una cobertura financiera pública significativa (art. 25 RDL 8/2020), aun menor que la de los ERTE-FM. En la “nueva normalidad post-covid19” ni el

³ Para una delimitación de su ámbito, vinculándolo a causas estrictamente coyunturales, ligadas de forma directa a la covid19, no si son estructurales, de interés resulta la reciente SAN 170/2021, 14 de julio. Muy sugerente también la STSJ Galicia 21 de junio de 2021, rec. 2007/2021.

⁴ La “última” (cronológicamente, quizás también ya en su sentido de punto y final) ha tenido lugar con el Real Decreto-ley RDL 18/2021, 28 de septiembre (prevé una prórroga máxima para el 28 de febrero -día de Andalucía- de 2022).

⁵ Para algunas cuestiones de interés en la gestión de esta tipología de ERTE, incluidas cuestiones de legitimación de los sindicatos más representativos, estatales y autonómicos, vid. la STS, 4ª, 15 de julio del 2021, rec. 8/2021. Asimismo, estos instrumentos de gestión novadora son muy flexibles y permiten acumular, sobre todo previo acuerdo, medidas intensas, como el descuelgue (SAN 47/2021, 18 de marzo).

concepto jurídico expansivo (desnaturalizado) de fuerza mayor ni el coste público tan ingente (30.000 millones €) parecen sostenibles (lo ilustra el que desapareciera una versión análoga en 2009, al inicio de la crisis precedente).

Ahora bien, no menos verdad es que la nueva regulación anunciada de los “ERTE post-covid19” augura un cambio notable de modelo regulador, con un sentido genuino de contrarreforma. La intervención público-administrativa quiere parecerse más al modelo sostenido en el “estado de excepción-alarma” (la inconstitucionalidad de esta técnica para una pandemia se ha declarado por la STC 148/2021, 14 de julio) que al modelo para las situaciones estructurales de regulación de empleo. El primero obediente a un paradigma de “orden público social”, favorable a las garantías públicas del valor de la estabilidad (una gestión colectiva con sostenimiento de la intervención de autoridad), el segundo adherente a un paradigma de “orden público económico”, favorable a la liberación de las facultades de gestión empresarial (la gestión negociada no se refuerza con el de sostenimiento público). En este caso, la autoridad laboral se limitaría -luego veremos que no es siempre así (caso ALCOA)- al papel de garante de la corrección del procedimiento.

Así se deduciría de los borradores de reforma presentados mediáticamente, y que el propio RDL 18/2021 ya anuncia⁶. En la versión de garantismo más fuerte e interventor, junto al principio de causalidad reforzada para la regulación extintiva de empleo, resurge el principio de control público de la decisión final: la empresa deberá justificar da la autoridad por qué se excluye, en su caso, la opción por un ERTE, valorándolo como inviable económicamente, y se adopta un ERE para resolver razonablemente la causa de dificultad en la que se halla la empresa a efectos de regulación de empleo. En otro caso, y salvo que medie acuerdo colectivo y este no sea calificado como abusivo o fraudulento, no se autorizará. La mayor legitimidad de este modelo, sin duda fuertemente criticado, incluso contestado por la patronal -hasta forzar su corrección parcial⁷-, buscaría armarse sobre la contribución financiera pública (excedentes de cotización por desempleo y fondos europeos: ej. SURE⁸, Transformación y Resiliencia -*Next Generation Europe*-, futuro seguro-reaseguro de desempleo que la UE tiene proyectado a tal fin).

⁶ Vid. Valverde, M. Las empresas tendrán que dar prioridad al ERTE frente al despido colectivo de los trabajadores. <https://www.expansion.com/economia/2021/07/03/60df60b7468aeb66578b46d0.html>

⁷ Hasta el punto de que, para intentar no añadir más “leña al fuego” del diálogo social, encendido con el desacuerdo por la subida del SMI, los últimos borradores de reforma han abandonado un modelo de preferencia tan rígida. “El Gobierno rectifica y suprime la prioridad del ERTE sobre el despido colectivo en las empresas” <https://www.expansion.com/economia/2021/07/16/60f15bc4e5fdea593b8b4635.html>

⁸ Formalmente se denomina “Instrumento Europeo de Apoyo Temporal para Atenuar los Riesgos de Desempleo en una Emergencia” (instrumento SURE, por sus siglas en inglés).

Finalmente, también en la dirección de reforzar un modelo de cooperación público-privada en la gestión de políticas de regulación de empleo, los “nuevos ERTE” (que se denominará “Mecanismos de Sostenibilidad del Empleo” -MSE-) apostarán -nos dicen- por un “modelo de suspensión-reducción de empleo activa”. En él la formación tendrá un papel mayor, superior incluso al que acaba de asumir en los ERTE-Covid19 prorrogados por el citado Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre. Sin perjuicio de un mayor comentario, breve, que se hará posteriormente sobre los aspectos más significativos de esta “novedad”, conviene recordar que la previsión de obligaciones formativas lleva en el art. 47.4 ET desde hace décadas, aunque no adquiriera la dimensión de obligación legal en sentido estricto sino de recomendación, hasta hoy no incentivada. En consecuencia, más que una innovación estaríamos ante la recuperación -no demasiado seriamente regulado- de una olvidada previsión de la norma estatutaria

Pero no es mi pretensión aquí hablar solo de futuro próximo, siempre incierto, más cuando no contamos con una propuesta reformadora al tiempo de escribir este estudio, sino también, sobre todo, de presente, e incluso, del pasado más inmediato, en relación con el papel de la intervención pública en la gestión de los procedimientos de regulación de empleo, sea temporal (flexibilidad interna) sea definitiva (flexibilidad extintiva, externa). El objetivo es hacer un sumario balance, así como apuntar algunas ideas de futuro, de las actuaciones que la vigente regulación deja (o abre) al poder público en la gestión de los ERTE y los ERE, con una mirada autonómica en general, y andaluza en particular. Centrado en una vertiente práctica, dos son básicamente las líneas de análisis.

A saber:

- a) Cuáles son y cómo se han ejercido en la práctica las competencias autonómicas en el vigente marco (estatal) de regulación temporal de empleo (ERTE), de forma especial en relación con los ERTE-covid19, por ser los más intensivos en este tiempo, aunque no exclusivos (ej. prácticas específicas de autorización de ERTE-FM; medidas de financiación a empresas y personas en estas situaciones de regulación de empleo covid-19 en el marco de las políticas de fomento propias de los autogobiernos, como el andaluz, etc.). En última instancia, debe tenerse en cuenta que una de las CCAA donde más incidencia han tenido los ERTE-FM por covid19 ha sido Andalucía, en la medida en que parte de los sectores de mayor afectación por la pandemia tienen una especial relevancia en nuestra comunidad (ej. sector turístico, restauración y hostelería, etc.).

Para obtener información sobre su evolución financiera por países: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/financial-assistance-eu/funding-mechanisms-and-facilities/sure_es. Son ayudas temporales y tienen naturaleza de préstamos concedidos en condiciones favorables por la UE a los Estados

- b) Los ámbitos y márgenes de actuación que ofrece el actual marco legal (estatal) a los poderes públicos, en especial autonómicos, concretamente en el ejercicio del autogobierno andaluz, para diseñar y poner en práctica efectiva “políticas propias” en relación con la regulación extintiva de empleo (ERE), naturalmente, aquí, con relación a los desvinculados de la covid19, ante la “prohibición” de los debidos a causas no estructurales⁹.

Al respecto, tiende a creerse que, desaparecida la técnica de la autorización del ERE, el papel de la autoridad laboral en cada autogobierno, cuando el autonómico sea el ámbito del despido colectivo, pierde protagonismo y termina siendo mero garante procedimental, una vez se le comunica y se abre el periodo de consulta-negociación (eje esencial del nuevo modelo de regulación-gestión). La norma, sin embargo, muestra un abanico de actuaciones variado, y la práctica confirma que algunas de esas intervenciones pueden ser muy incisivas, de modo que persiste un espacio para “políticas autonómicas propias” (ej. Caso Alcoa, en Galicia; o caso Nissan, en Cataluña)

2. GESTIÓN AUTONÓMICA DE LOS “ERTES” DURANTE Y TRAS LA COVID19: ¿ENSAYO DE MODELOS SOCIAL Y FINANCIERAMENTE SOSTENIBLES DE REGULACIÓN DE EMPLEO?

2.1. Autogobierno y estabilidad en el empleo: los ERTE, paradigma de gestión social sostenible del empleo y sus reestructuraciones

Aunque regulados en el ET (art. 47) desde hace décadas, conociéndose incluso versiones de fuerte sostenimiento financiero público, como se anticipó, si bien algo menor y más limitado en el tiempo (2009-2010), pareciera que la institución de los “ERTE” hubiese nacido con la pandemia, como una pieza esencial en el levantamiento del célebre “escudo socio-laboral” para mantener el mayor nivel de empleo posible en los diferentes sectores económicos y territorios aún con una actividad económica muy limitada, a fin de evitar o reducir al mínimo los contagios de covid19. De este modo, los ERTE no solo habrían “alumbrado”, sino incluso “deslumbrado”, socioeconómica e institucionalmente, durante este largo

⁹ No es nuestro objetivo entrar en la polémica sobre la “prohibición legal” ex art. 2 RDL 9/2020. No nos resistiremos, a dejar constancia de alguna sentencia favorable a la configuración del -deliberadamente muy defectuoso técnicamente- artículo 2 RDL 9/2020 como una auténtica prohibición y por tanto sancionando con nulidad los despidos. Cfr. STSJ PV 331/2021, 23 de febrero (con un fundado voto particular). Por supuesto, también cederé a la tentación de recordar que, por ahora, es una posición claramente minoritaria. Para una síntesis del debate doctrinal y judicial vid. Rojo Torrecilla, E. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, nueva época, número extraordinario “Estado de alarma, crisis económica y mantenimiento del empleo en la legislación laboral”, 149, 2021.

y atormentado tiempo en el que el virus ha estado campando por sus fueros. Por doquier han venido siendo –acríticamente- reclamados e incentivados más en las CCAA en las que, como Andalucía, golpearon más los estados de alarma decretados (ahora sabemos que, al menos para la mayoría del TC, constitucionalmente inadecuados) y las medidas de duro confinamiento asociado a las primeras fases de aquel, al depender sus economías más de sectores basados en el contacto social y en la movilidad (ej. turismo y restauración).

No por casualidad, Andalucía es la tercera comunidad autónoma en la que más personas trabajadoras quedan aún en ERTE (algo más de un 12 por cien del total en España), después de las de Cataluña (que tiene un potente sector hostelero) y Canarias. Por lo mismo, Málaga es la provincia andaluza con mayor prevalencia de ERTE¹⁰. Al cierre del estudio (primeros de octubre), apenas persisten en esa situación un 5 por cien del máximo que se llegó a alcanzar en abril de 2020 (se estima que persisten en torno a algo más de 25.000 personas en ERTE en Andalucía, del medio millón que llegaron a ser en su pico máximo). El dato evidencia una cierta vuelta a la “normalidad” económica, ocupacional y laboral de este instrumento de estabilidad en el empleo. Pero ¿significa eso que retornará a la marginalidad del tipo precedente a la crisis pandémica?

No parece, como también se anunciaba en la introducción, aunque a día de hoy no conozcamos el nuevo régimen jurídico que tendrán en la etapa post-covid19. En principio, según se desprende de las exposiciones de motivos de los RRDDL 8 y 9/2020 (y los que conforman la legión de los que después le han venido sucediendo, introduciendo cambios de diversa consideración, que aquí no procede analizar¹¹), el favor por los ERTE hallaba una intrínseca coherencia al sistema jurídico-laboral vigente con el estallido pandémico, en la medida en que nació para dar respuesta a situaciones coyunturales, temporales, pese a que su duración fuera extremadamente incierta –como luego se ha demostrado-. De ahí, el conjunto de garantías –de configuración técnica verdaderamente confusa e incierta, un carácter de improvisación que se puede comprender al inicio del estado de alarma, por la gran perentoriedad y la elevada imprevisibilidad, pero no más de año y medio después y decenas de oportunidades para su corrección-dirigidas a restringir, sino obstaculizar, las extinciones (incluidos los ERE) basadas en causas de fuerza mayor (FM) y causas ETOP en favor de la suspensión de los contratos y/o la reducción de jornada (también por FM o por CETOP). Máxime teniendo en cuenta la importante socialización de sus costes de gestión decretada

¹⁰ Según los datos del Ministerio de Trabajo y Economía Social, que los medios de comunicación autonómica y provincial vienen desgranando localmente. Ej. vid. https://sevilla.abc.es/economia/sevi-andalucia-salieron-erte-5790-trabajadores-agosto-202109021122_noticia.html#

¹¹ Una visión de síntesis, crítica y propositiva, por Cabeza Pereiro, Jaime. “ERTE y garantía de ocupación: incertidumbre y certezas”. En *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, 456, 2021, pp. 11-34.

(exoneraciones de cuotas –dependiendo de cada fase de la pandemia y del tipo de ERTE que también se ha ido sucediendo en el tiempo: FM impeditivos, limitativos; de rebrote- y beneficios extraordinarios para las personas en ERTE)¹².

Ahora bien, el favor por los ERTE en detrimento de los ERE no respondería solo a una razón de coherencia técnico-jurídica y conceptual (por más que el concepto esencial durante este estado de excepción, también socio-laboral, el de fuerza mayor pandémica se haya querido presentar como una total reinversión legislativa, e incluso gubernativa), sino que obedece también a una razón de política jurídica: reinstaurar el principio jurídico y social de conservación del empleo (en última instancia no sería sino trasunto del vetusto principio civil de conservación del negocio jurídico) como expresión de un nuevo modelo de gestión de empleo “socialmente responsable” y “sostenible”. En otros términos, en el fondo, hay un modelo diferente de (re)composición de los equilibrios entre los diversos (opuestos, unos, convergentes, otros) intereses en juego, primando lo social.

De esta manera, se pone en práctica un modelo de regulación de empleo augurado desde hace tiempo por las instituciones comunitarias, tanto en el marco promocional que viene diseñando para impulsar la “responsabilidad social de empresa” en general cuanto el análogo marco en relación con las “reestructuraciones empresariales” y su anhelo de una lógica de gestión lo más anticipada (por tanto, preventiva y socialmente responsable) posible de los cambios, máxime en un ecosistema productivo constantemente incierto. Como se sabe -aunque se practica poco-, este paradigma de gestión se concreta en exigir un típico equilibrio transaccional entre las razones e intereses legítimos, pero divergentes, en juego: “reestructurar desde un punto de vista socialmente responsable significa equilibrar y tener en cuenta los intereses y preocupaciones de todos los afectados por los cambios y las decisiones” (apartado 36). A mi juicio, convertido en términos de estándar de regulación, este modelo formaliza un genuino principio de diligencia socioambiental debida en la gestión empresarial de la entera cadena de valor. Sin duda, este principio debe vincular tanto a empresas e interlocutores sociales (adecuación social de su gestión del empleo en situaciones de cambio, dificultades y crisis) como a las Administraciones Públicas en su ámbito propio de competencias, por tanto, también de aquellas que están más cerca (principio de proximidad) de la unidad-mercado local de empleo afectado¹³.

¹² vid. RDL 11/2021, de 27 de mayo (hasta 31/9/2021). Hasta el 31/1/2002 vid. RDL /2021, 29 de septiembre. Clara en este sentido se muestra la SAN 12/2021, de 5 de febrero. Otra cosa es si de tal configuración se deriva una prohibición en sentido estricto, implicando su violación nulidad. Así lo prueba el que, sobre una análoga comprensión de la razón de ser de este sistema, en la STSJPV 3 de febrero 2021, rec. 57/2021, la mayoría se incline por la nulidad del despido y el voto particular la rechace.

¹³ Vid. *Libro Verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, COM (2001) 366 final] y *Libro Verde. Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué*

Y así se contempla tanto para las situaciones de dificultad y cambio normalizadas, cuanto para aquellas situaciones más excepcionales (pandemias, crisis ambientales), a fin de hacer más “resilientes” (la palabra de moda) a las empresas y sus empleos. El mandato constitucional y estatutario (ej. arts. 168 y 173 Estatuto andaluz) de estabilidad en el empleo, adaptado a la sociedad de nuevos riesgos sociales) implica marcos normativos (comunitarios, estatales y autonómicos) y políticas de mercados de trabajo consistentes con esta evolución. De este modo, además, se busca promover una lógica de gestión del empleo convergente para situaciones no extintivas y para las extintivas¹⁴

¿Pero es financieramente sostenible de forma estructural o normalizada, fuera de las situaciones de crisis excepcional, como la pandémica actual -o futuras ambientales-, por más que estas resulten cada vez más previsibles ante su conexión con fenómenos en los que incide la acción humana -cambio climático-? Hasta ahora, el reequilibrio de los desnivelados (reforma laboral de 2012) fieles de la “balanza de sacrificios-concesiones” típicos de los procesos de reestructuración, extintivos o no, se ha hecho depender de la asunción social (pública) de buena parte de su coste (beneficios sociales extraordinarios), con un coste tan ingente que es difícilmente sostenible económicamente para un tiempo de “normalidad”. Las actuales insuficiencias de la norma estatutaria laboral han venido siendo corregidas o integradas con los complementos que están suponiendo las normas y política (activas y pasivas) de empleo de escudo sociolaboral frente a la crisis, esto es, con un fuerte sistema de incentivos (estatales y autonómicos) para primar la garantía de continuidad del empleo sobre su extinción (ajustes por el volumen, no por su calidad o condiciones de empleo y trabajo). ¿Y para la época de poscovid19 qué?.

lecciones sacar de la experiencia reciente?, COM (2012) 7 final, 17 de enero de 2012]. Tendrá continuidad, con carácter más general, en la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones intitulada “Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas”, de 25 de octubre de 2011, COM (2011) 681 final, así como en el ámbito de la Directiva 2014/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, relativa al marco normativo de transparencia no financiera (e información sobre la diversidad) a cargo de determinados grandes empresas y grupos (por sus grandes dimensiones) sus decisiones de gestión tienen un impacto social y público de especial alcance, tanto en lo social como en lo ambiental).

¹⁴ Cfr. Terradillos Ormaetxea, Edurne. “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”. En AAVV. Reestructuraciones Empresariales. Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021, p. 330.

2.2. “Normas” y “políticas” autonómicas en la gestión del ERTE (pandémico): desde la autorización (FM) al sistema de incentivos (financiación)

2.2.1. Autorización de ERTE-FM y garantía de corrección de ERTE-CETOP: ¿qué margen normativo para “políticas autonómicas propias”?

Como es archiconocido, la marginalidad que, antes del tiempo pandémico, presentaba el ERTE-FM (una fuerza mayor temporal -acaecimiento extraordinario ajeno al círculo de gestión imputable a la empresa-, no definitiva ex art. 51.7 ET-: STS, 4, 969/2018, 20 de noviembre), que precisa autorización administrativa, respecto de los ERTE-CETOP, que no la requiere, solo comunicación del trámite de consulta-negociación obligatorio establecido a tal fin (art. 47 ET)¹⁵, ha venido determinando un papel muy reducido de las autoridades laborales en relación a la gestión de la flexibilidad interna. Ya se trate de “fuerza mayor propia” (catástrofes naturales, incendios -aún provocados-, etc.) o “fuerza mayor impropia” (decisiones de la autoridad que imposibilitan de una forma temporal la actividad), el procedimiento ha venido siendo el mismo durante largo tiempo y situaba la técnica de la autorización administrativa, conforme al reparto de las competencias (art. 25 RD 1483/2012-). En consecuencia, en este ámbito su actuación tenía principalmente como objetivo la garantía de corrección de la consulta con la representación laboral

La pandemia cambió drásticamente la situación, como también es muy sabido -no es mi intención añadir más papel a un tema tan tratado en la comunidad laboralista-, y fueron los ERTE-FM asociados a la covid19 los que se situaron en el ojo del huracán, poniendo la gestión público-administrativa no solo en el centro sino en un formidable desafío. En muy escaso tiempo debían tramitarse miles y miles de “expedientes”, que afectaban de forma importante a centenares de miles de personas trabajadoras en todas las CCAA -con especial incidencia en Andalucía como se ha dicho, dada la concentración sectorial y, en parte geográfica¹⁶-, y con buena parte de las “ventanillas” administrativas cerradas. Los

¹⁵ Vid. art. 45.1 i) ET y arts. 31-33 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre. Para un ERTE-ETOP no vinculado a la covid-19 vid. STSJ Andalucía/Granada, 2818/2020, 18 de diciembre (ABENGOA). En el sector de la restauración, entre los más afectados, vid. STSJ Andalucía/Sevilla 3301/2020, 29 de octubre

¹⁶ Así se refleja la Exposición de Motivos del Decreto-ley 4/2021, de 23 de marzo, por el que se adoptan en Andalucía diversas medidas, con carácter urgente y extraordinario, como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19), y se modifican otras disposiciones normativas. Para el seguimiento estadístico -cuestión interesante, pero que aquí no merece la pena analizar- desagregado para Andalucía es de gran utilidad la información del Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía (IECA). Con carácter general, a partir de la EPA (INE), el IECA hace una explotación específica. En 2021 se adaptó la EPA al Reglamento (UE) 2019/1700 del Parlamento y del Consejo, 10 de octubre.: <https://www.juntadeandalucia.es/institutodeestadisticaycartografia/badea/informe/anual?idNode=5412>

niveles administrativos afectados no serán solo estatales (SEPE -para la gestión prestacional del desempleo-), sino los autonómicos (direcciones provinciales y dirección general de trabajo), así como las instrumentales compartidas (ITSS).

Cierto, la ley trata de facilitar esa gestión autonómica -la mayoría-atribuyendo un sentido positivo al silencio, conforme al art. 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (la regulación hasta 31 de enero 2022 de los ERTE parece virará 180° el tratamiento de favor -tendrá sentido negativo-¹⁷). Asimismo, algunas administraciones autonómicas buscaron cierto nivel de autotutela (o autoayuda), adoptando normas que les permitiera ampliar -hasta doblarlos-, conforme a la ley administrativa común (art. 23.1 Ley 39/2015), los muy perentorios plazos (5 días -art. 22 RDL 8/2020-) de resolución. No fue el camino seguido por la autoridad laboral de la Junta de Andalucía (sí otras -Asturias, Murcia, Galicia, Islas Baleares, Valencia, etc.-). Con todo, el reto fue mayúsculo, las dificultades máximas y el resultado muy razonable.

Cierta prueba de ello es que la ITSS (un actor público fundamental en todos estos procesos, no solo por su papel de informador preceptivo -entre sus intervenciones previas a favor de evitar fraudes ha sido muy destacada la tenida con *Rynair*, ilustrativa, pese a tratarse de una actuación en el ámbito estatal, al afectar al grupo matriz en España¹⁸; otras de impacto han sido los rechazos del ERTE de Burger King, con impacto en toda España, no solo en Andalucía, lógicamente-) ha detectado, hasta el momento, apenas 1 de cada 6 ERTE investigado como fraudulento (unos 5.460 ERTE -con importe de 26 millones de euros en sanciones y 1 millón de € en reclamación de exenciones de cuotas indebidamente causadas- de los más de 33.500 ERTE revisados). Aunque este 16% supone el doble de

¹⁷ Ej. ERTE de suspensión de la plantilla del Real Jaén CF, SAD (33 trabajadores de un total de 35) estimado por silencio administrativo positivo (STSJ Andalucía/Granada, 1169/2021, 27 de mayo). Como se conoce, todo acto presunto es revisable por lesividad con amparo en el 47.1 f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. vid. STS, 4ª, 83/2021, 25 de enero: "...debe entenderse constatada la existencia de fuerza mayor por silencio administrativo positivo, aunque...recayó resolución expresa en el ERTE por fuerza mayor, que constata su existencia, reforzando la calificación y efectos del silencio». Para la STSJ Madrid 901/2020, 24 de noviembre no había caducado el plazo de 5 días para dictar resolución expresa, no pudo jugar el silencio.

¹⁸ Para la ITSS el ERTE de Ryanair debió ser denegado porque se trataba de un intento de Ryanair de ahorrarse los salarios (de tramitación) que debía abonar a las personas trabajadoras despedidas y cuyo despido fue anulado por el TS. El Ministerio revocó el ERTE, que, precisamente, se había beneficiado del silencio administrativo, llegando el asunto, tras la impugnación por la empresa, a la Audiencia Nacional (AN). Como era de esperar, la AN convalidó la decisión desestimatoria administrativa y confirmó el fraude: "La actora acudiendo a los denominados ERTES por fuerza mayor derivada del COVID 19 del art. 22 del RD Ley 8/2.020 intenta eludir el abono de unos salarios de tramitación". SAN 88/2020, 29 de septiembre. Lo mismo ha sucedido con sus "agencias temporales de empleo": se rechazó la inclusión en dos ERTE-FM de 18 personas trabajadoras de Crewlink y de 22 de Workforce, también despedidos ilegalmente.

prevalencia infractora (ratio de fraude) en relación con las demás actuaciones de naturaleza sancionadora (8,4% en 2019), y el proceso no está cerrado, el propio Ministerio de Trabajo hace un balance razonable y mayoritariamente positivo¹⁹.

En cualquier caso, sabido es que, a la autoridad laboral, también a la autonómica, incumbe, con la ayuda de la ITSS (que depende funcionalmente de las direcciones territoriales autonómicas), el despliegue de una gestión diligente en su actuar para evitar prácticas, incluso acordadas (ERTE-CETOP), abusivas o fraudulentas (así lo prevé el art. 47.1 ET y sus normas de desarrollo reglamentario -equivalentes a las previstas para los ERE-)

En este complejo, convulso y traumático escenario, a tales problemas operativos de gestión, en especial de los ERTE-FM-covid19 cabría añadir otro tipo de problemas, para mí más interesantes. Son los relacionados con el eventual margen de discrecionalidad que pudiera dejar, o no, el marco normativo a las autoridades laborales para autorizar o no el ERTE-FM-covid19. A resultados de la respuesta se abre la posibilidad no ya solo de criterios diferentes (siempre presente y aquí actualizada), sino incluso para desplegar, en su caso, políticas autonómicas propias, más estrictas o menos, en su autorización.

El riesgo de disparidad de criterios se actualizó, se insiste, en diversos aspectos (incluyendo los propios criterios de la ITSS en cada unidad territorial a la hora de llevar a cabo los informes, motivando la adopción de criterios que uniformaran en lo posible sus actuaciones), pero podía ser más trascendente atendiendo al mayor o menor rigor puesto por cada autoridad laboral al aprobar los ERTE-FM-covid19. El peligro de que tuviera su actualización tal posibilidad deriva, tanto de la indeterminación acusada característica de la definición legislativa del concepto de fuerza mayor, total o parcial, renovando de una forma notable, también más conflictiva, el concepto jurisprudencialmente acotado de FM en los términos del art. 47 ET, cuanto de la necesidad de que cada autoridad laboral, según su interpretación, “constate” la concurrencia o no de tal presupuesto²⁰. Recuérdese que la constatación no implica autorización en sí, sino verificación o comprobación del hecho constitutivo de la FM, total o parcial, por lo que dependerá de la valoración en cada caso del carácter concluyente o no del impacto de la covid19

¹⁹ Más de 1 millón de empresas y más de 3 millones de personas trabajadoras pudieron beneficiarse de este mecanismo dirigido a mantener el empleo, aun sin actividad económica, acompañando el proceso de gradual recuperación de esta y, por tanto, del volumen de empleo y completitud de jornada que le es propia. Vid. La Inspección de Trabajo multa a 5.500 empresas por fraude en los ERTE con 26 millones de euros. https://www.eldiario.es/economia/inspeccion-trabajo-multa-5-500-empresas-fraude-erte-26-millones-euros_1_8195767.html

²⁰ Vid. Cavas Martínez, F. «El despido por fuerza mayor». En *Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Complutense*. Madrid, 1996.

para imposibilitar u obstaculizar de forma significativa, aún parcial, la actividad (art. 22 RDL 8/2020).

Como la doctrina más solvente en este ámbito evidenciará en su día, agudizado en el marco de la pandemia, la regulación legal, tampoco la jurisprudencia²¹, dejaban claro si estábamos ante una actividad puramente reglada (constatar los presupuestos) o dejaba cierto margen de discrecionalidad a la autoridad laboral, sin perjuicio, claro está, del control jurisdiccional último. Prueba de estas incertidumbres fue la “necesidad”, o así lo creyó la Dirección General de Trabajo (DT), de publicar varios «criterios interpretativos», para aclarar el sentido del controvertido -y evolutivo a lo largo de las numerosas normas de coyuntura que se vienen sucediendo- concepto. Ni los criterios establecidos funcionan con la automaticidad pretendida por las empresas en los diferentes momentos por los que atravesó la gestión pandémica (confinamiento-desescalada-rebrotos) ni, sin embargo, se descartaba un notable margen de autonomía de las empresas para determinar la intensidad de ciertas decisiones relevantes, como la reincorporación de personas (afectación-desafectación). A lo que hay que añadir el sesgo sectorial que fue adquiriendo

Es cierto, como cuida de expresar o advertir siempre la DGT, que su «criterio no es vinculante, sino meramente informativo, al carecer la Administración de competencia para efectuar interpretaciones legales de aquel carácter, que está atribuida en exclusiva a los órganos jurisdiccionales»²². Ahora bien, no menos constatable es su influencia, desde luego en el ámbito administrativo (también para los ámbitos autonómicos), pero incluso en el jurisdiccional. No existe, aún,

²¹ Pese a su carácter consolidado y la vinculación de la doctrina más reciente a la más tradicional. Así, por ejemplo, la STS, 4, 969/2018, 20 de noviembre, en el marco del art. 23.2 LISOS y de una prolongada situación de impago puntual de las cuotas a la Seguridad Social, sigue el criterio de la STS 22 de julio 2015, rec. 4/2012: «acontecimiento externo al círculo de la empresa, absolutamente independiente de la voluntad de ésta que sea imprevisible o, siendo previsible, sea inevitable».

²² El carácter evolutivo, y variado, se comprueba apenas se repare en el artículo 22 RDL 8/2020, para la primera y más dura fase de la crisis pandémica (confinamiento), y en el operativo de FM vinculada a la covid19 durante la fase de desescalada (RDL 18/2020). Para la DGT, en este último caso, la FM parcial «tiene como elemento nuclear la reincorporación de las personas trabajadoras afectadas por el ERTE autorizado, en la medida necesaria y conforme lo permita la recuperación parcial de la actividad». De este modo: «La fuerza mayor parcial no actúa u opera de forma automática en aquellas actividades económicas que pueden reiniciarse de acuerdo con las órdenes ministeriales referentes al proceso de desescalada, sino que las empresas accederán a aquélla cuando las causas del art. 22 del Real Decreto-ley, les permitan ‘parcialmente’ el inicio de su actividad y las personas trabajadoras afectadas por las medidas de regulación de empleo se incorporen cualquiera que sea la forma o el porcentaje de jornada en que lo hagan». Vid. Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi. ERTE y fuerza mayor parcial: valoración crítica de los criterios interpretativos de la Dirección General de Trabajo <https://ignasibeltran.com/2020/06/01/erte-y-fuerza-mayor-parcial-valoracion-critica-de-los-criterios-interpretativos-de-la-direccion-general-de-trabajo/>

una doctrina jurisprudencial consolidada sobre este concepto de fuerza mayor pandémico, sino diferentes criterios de suplicación social en los que se puede apreciar una cierta diversidad interpretativa por parte de las diferentes autoridades laborales en situaciones relativamente análogas.

Con todo, la mayor parte de los pronunciamientos afrontan cuestiones de gestión administrativa y procesales (ej. SAN 39/2020, 16 de junio), o se vinculan al ámbito de cobertura del ERTE (ej. personas trabajadoras fijas discontinuas -que han dado lugar a una enorme conflictividad, también disparidad inicial de criterios autonómicos, después uniformado a través de los sucesivos cambios normativos estatales; personas empleadas a tiempo parcial, etc.), pero sin entrar a fondo en el concepto de fuerza mayor pandémica, total y/o parcial²³. De ahí que se impida, o dificulte, realizar una valoración más precisa sea de la comprensión jurisdiccional más seguida sea de los diversos criterios de fondo en las diferentes autoridades laborales territoriales y su mayor o menor favor por los ERTE-FM o por dar más facilidades al tránsito hacia los ERTE-ETOP (tampoco entra en las causas, al debatirse una cuestión de composición de la comisión negociadora, la citada STS, 4, 790/2021, 15 de julio).

2.2.2.El sistema autonómico de incentivos a la conservación de empleo en tiempos de crisis: las ayudas complementarias a los ERTE-covid19

Acabamos de ver que en el ámbito del ejercicio de competencias de ejecución laboral en materia de ERTE ya hemos visto que el campo para “políticas propias diferenciadas” es bastante limitado, sin perjuicio de asistir a un notable casuismo en la práctica ante la ingente actividad desplegada por las diversas autoridades laborales, en relación con los ERTE-FM-Covid19. Sin embargo, algo muy diferente podría decirse en el ámbito de los sistemas de incentivo (políticas de fomento) a disposición de los autogobiernos, de forma unilateral o en especial tras los correspondientes procesos de diálogo-concertación social, para dejar una huella específica propia a la hora de levantar “escudos sociolaborales” complementarios al estatal, reforzándolo y cubriendo sus “deficiencias”. Así se derivaría tanto en atención a los títulos relativos a las competencias en materia económica cuanto los relativos a empleo, incluso a la acción social, abren un campo especialmente abonado para trazar una cierta diferencia de autogobierno en la gestión social -y financieramente- responsable de la regulación temporal de empleo.

²³ Ej. la SAN 171/2021, 15 de julio, reconoce el derecho de las personas empleadas a tiempo parcial (tripulantes de cabina por la modalidad denominada de jornada concentrada: la actividad se presta en determinados días al año, pero la cotización al sistema de Seguridad Social se prorratea en las doce mensualidades) a ser incorporados al ERTE que concurre en el periodo en que se encuentran sin prestar trabajo efectivo. A tal fin declara la nulidad de la decisión empresarial de excluir a tal colectivo del ERTE FM autorizado por la DGT.

En la práctica así ha sucedido, si bien aquí encontraremos notables divergencias, más que en los instrumentos (técnicas de ayuda) seguidos, en sus cuantías. No por casualidad serán las CCAA vasca y catalana las que gozan de un mayor nivel de protección, a través de esas ayudas sociolaborales complementarias para las personas en ERTE-covid19, si bien la totalidad de los autogobiernos han desplegado una significativa política de incentivo o promocional a tal fin. Desde luego, así ha sucedido en la Comunidad andaluza, en especial a través del -polémico- Decreto-ley 4/2021, de 23 de marzo, por el que se adoptan diversas medidas, con carácter urgente y extraordinario, como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus, y se modifican otras disposiciones normativas. Sus Capítulo II (arts. 25-46) y III (47-55) establece medidas para el mantenimiento del empleo asalariado en empresas (excluidas las del sector público -que no se benefician de este tipo de dispositivos- en ERTE. Se aprueba así una política de subvenciones (para las empresas) y ayudas sociolaborales (para personas trabajadoras -también discontinuas-) en los supuestos de afección por ERTE.

Esta segunda medida (Capítulo II), que es una de las ayudas sociolaborales incluidas en el acuerdo de diálogo social que se alcanzó con los agentes sociales para reactivar la economía andaluza (expresión de una regulación de diálogo social autonómico²⁴ -en línea con lo que se viene buscando para el ámbito estatal-), pretende compensar la pérdida de rentas que sufre quienes son incluidos en un ERTE. Recuérdese que se percibe el 70 por cien de la base reguladora, conservando esa cantidad aún superado el sexto mes, por la reforma a tal fin incluida excepcionalmente para los ERTE pandémicos. La ayuda se concreta en una cuantía de 210 euros en un pago único, lo que evidencia, valorada individualmente, su débil cobertura²⁵, si bien, dado el mucho mayor ámbito subjetivo de afectación (unas 345.000 personas trabajadoras²⁶ hasta julio de 2021 -75 millones €-).

²⁴ Acuerdo Andaluz de Medidas Extraordinarias en el Marco de la Reactivación Económica y Social, típico acuerdo de (meso)concertación social autonómico, de 22 de marzo de 2021 entre la Junta de Andalucía y agentes económicos y sociales

²⁵ La Resolución de 14 de julio de 2021, Lanbide, prevé, para la misma situación, 150 euros/mes, o 100 euros/mes, para quienes tienen una base de cotización inferior a 20.000 € y una jornada de más o menos el 50%, respectivamente. Ayuda complementaria a la prestación por desempleo (asistencial). También se prevé en Cataluña. <https://web.gencat.cat/es/actualitat/detall/Nou-ajut-per-a-persones-afectades-per-un-ERTO-o-amb-contracte-fix-discontinu>. En este caso, las personas beneficiarias se sitúan en torno a 100.000. Esta ayuda, un pago único (prestación a tanto alzado) y no repetible en el tiempo, de 600 (si llevan 90 días o menos en ERTE), o 700 euros (si llevan más de 90 días en ERTE). Su coste es de 66,8 millones € <https://www.elperiodico.com/es/economia/20210729/generalitat-empezara-pagar-ayudas-erte-viernes-11951713>

²⁶ El art. 47.1 distingue dos tipos de ayudas, para las personas asalariadas en general, de un lado, y para las beneficiarias de la prestación por desempleo reconocida por el Servicio Público de Empleo Estatal o el Instituto Social de la Marina, debido a la suspensión temporal de forma total del contrato de trabajo, como consecuencia de un ERTE-covid10. Se incluyen las personas fijas

En Andalucía *se ha promovido una gestión de oficio* (art. 51.3), esto es, sin necesidad de inicial solicitud por las personas potencialmente beneficiarias (un modelo ensayado para el Ingreso Mínimo Vital -IMV-, cuya competencia puramente estatal acaba de ser confirmada por STC 17 de septiembre de 2021 -con voto particular sugerente-). Al tiempo que se ha habilitado una página web con buscadores para poder seguir al día la situación, tratando de primar la gestión digitalizada. En otras CCAA se ha hecho una apuesta de gestión telemática análoga. No obstante, en algunos casos, como en el caso catalán, sí se pide una primera solicitud de parte (tanto en la primera como en la segunda convocatoria), informándose del fracaso inicial -concretado en los retrasos en la percepción-, al faltar coordinación entre el SEPE y el servicio catalán, lo que se ha corregido en la segunda.

A estas ayudas no le es aplicable la normativa sobre subvenciones públicas (Ley 38/2003, de 17 de noviembre y Decreto 282/2010, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Concesión de Subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía), si están sujetas a límites de disponibilidad presupuestaria. La competencia no es ejercida por el SAE, sino por la persona titular de la Secretaría General de Empleo y Trabajo Autónomo. La segunda convocatoria regulación análoga.

La norma autonómica promocional incluye una línea de subvención ahora directa a las empresas²⁷ que han estado afectadas por ERTE a fin de promover el mantenimiento del empleo en sus plantillas. El régimen jurídico de estas subvenciones es más complejo y queda sometido intenso y extenso marco comunitario (listado en el art. 26.1), incluido el Reglamento (UE) 2020/558, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, por el que se modifican los Reglamentos (UE) núm. 1301/2013 y (UE) núm. 1303/2013 en lo que respecta a medidas específicas para ofrecer una flexibilidad excepcional en el uso de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos en respuesta al brote de COVID-19²⁸. Aunque también queda condicionada a la disponibilidad de los presupuestos se prevé eventuales aumentos (crédito ampliable) de los 270 millones € previstos.

Esta línea de subvenciones (gestionada por el SAE-) beneficia a las empresas. La forma jurídica es indiferente, salvo para el sector público, que se excluye. Se

discontinuas, abonándose (art. 48) a las beneficiarias de la prestación extraordinaria prevista en el Real Decreto Ley 30/2020 de 29 de septiembre, reconocida por el SEPE o el ISM entre el 1 de octubre de 2020 y el 31 de enero de 2021.

²⁷ Se suma a las ayudas previstas, para ciertos sectores, en el Decreto-ley 6/2021, de 20 de abril, por el que se adoptan medidas urgentes como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19) (hoteles y sector turístico)

²⁸ Asimismo, las subvenciones quedarán sometidas a la Decisión de la Comisión Europea, de 2 de abril de 2020, relativa a la ayuda SA 56851 (N/2020) relativa al marco Nacional español adoptada de conformidad con la Comunicación de la Comisión sobre el Marco Temporal relativo a

incluye a las empresas sin ánimo de lucro y a personas trabajadoras autónomas. No se trata de una política de fomento indiscriminada, sino para pequeñas empresas: un requisito es tener una plantilla *media de hasta 20 personas trabajadoras* (art. 29) y con uno o varios centros en Andalucía, que se hayan acogido, para el total o parte, a un ERTE (aprobado -ERTE por FM- o comunicado -ERTE por ETOP-).

La cuantía de la ayuda se fija de forma compleja. Así, la subvención o incentivo para el mantenimiento del empleo a través de la vía de los ERTE consistirá en una cuantía a tanto alzado, resultado de multiplicar 2.020 euros por un porcentaje del “Factor de actividad inicial” (FA0) de la entidad, atendiendo a diferentes criterios fijados en la norma. El Factor de actividad (FA) representa el número equivalente de personas trabajadoras en alta a jornada completa en la entidad y se obtiene de la suma del total de personas trabajadoras a jornada completa y las personas trabajadoras a jornada parcial, multiplicando en este caso, por su correspondiente jornada. El Servicio Andaluz de Empleo determinará el Factor de actividad final (FAf) a efectos de verificar el mantenimiento del porcentaje subvencionado del FAi (inicial), y con ello, el cumplimiento de la obligación exigida en el artículo 31.1.a). El Factor de actividad final será calculado a los cuatro meses del Factor de actividad inicial. En todo caso, se exige que la subvención se destine a sufragar los costes laborales de las personas trabajadoras, incluido el salario y la Seguridad Social, a cargo de la empres (art. 30).

En la renovada promoción de estas medidas de política de fomento de empleo, y de protección socio-económica complementaria (desde títulos autonómicos, y sin que se haya suscitado conflicto competencial alguno, a diferencia de lo que ha sucedido con el IMV), se introducen nuevas condiciones, en línea con la visión del Banco de España y su preocupación por la situación que se generará una vez finalice la extensión de los ERTE vinculados a la covid19 (prevista a 31 de enero 2022), transitando de ERTE a ERTE. En este sentido, conscientes de que las personas que permanezcan en ERTE tras el proceso de consolidación de la recuperación tendrán problemas notables de reincorporación al mercado de trabajo. De ahí que se predique una renovación profunda de las medidas y políticas de mercado de trabajo, que mejore el “capital profesional” de las personas con más dificultades de inserción.

Y es en este ámbito donde emerge la nueva concienciación sobre lo fundamental de las políticas de capacitación y/o recapacitación, tanto para los que queden en ERTE (planes de formación profesional), o se incluyan posteriormente, como para las personas afectadas por ERE, con “planes de reincorporación” específicos y renovados. Estos planes se realizarán con la fórmula -siempre preconizada, pero con cuestionables prácticas hasta hoy- de “*colaboración público-privada*”, así

las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 (2020/C 91 I/01).

como el desarrollo de proyectos integrales dirigidos a la inserción de las personas paradas más vulnerables. Una dimensión que nos sitúa, sin duda, más allá de la regulación temporal de empleo. En realidad, conduce hacia un modelo más general y renovado de regulación-gestión de empleo en los procesos de reestructuración empresarial ante dificultades económicas o imperativos organizativo-productivos, también para las situaciones de normalidad y en aras de una gestión anticipatoria, preventiva, proactiva y socialmente responsable²⁹.

2.3. Formación a cambio de exoneración de cuotas sociales en ERTE-covid19: ¿frívola experiencia piloto para el futuro modelo de ERTE-normalidad?

Sin embargo, el Gobierno de España parece que ha preferido anticipar, si bien de una forma muy limitada, incluso improvisada, ese futuro, y ha introducido una novedad, en realidad menor de lo que pareciera inicialmente, en la “última” prórroga efectuada para los ERTE-Covid19 que, en realidad, apunta a un modelo de regulación de empleo que se proyectará más y con más intensidad en el tiempo: la formación profesional continuada, aquí realmente más bien de “recualificación-reconversión profesional” (el “reciclaje” es un término tan extendido aquí como desafortunado, porque debe quedar para las cosas en el marco de la economía circular y su sector de “reciclaje de residuos” o excedentes en el consumo doméstico e industrial) a cambio de beneficios sociales en forma de exenciones o exoneraciones de una parte notable de las cuotas sociales (cuota patronal). Por tanto, en el inmediato futuro las cosas parecen que se pretende que cambien de una manera notable.

Aunque no es el objeto de este estudio, por cuanto pertenece al ámbito normativo y, por lo tanto, es competencia del Estado, no de las CCAA, es evidente que tendrá notables impactos en la acción autonómica, no solo de autorización sino de políticas formativas en el marco de sus servicios públicos de empleo. De ahí la atención, breve, que le dedicamos.

Dos son, básicamente, las novedades que introduce el RDL 18/2021. La primera tiene que ver con el modo de gestión administrativa. En vez de un modelo orientado de forma general a facilitar transiciones entre unos ERTE y otros vinculados siempre a la Covid19, en sus diferentes fases de restricciones (ahora ya en muchos municipios de Andalucía se está en nivel 0 de emergencia, por lo que no hay ninguna restricción, estando los demás en nivel 1, que implica escasas restricciones), en virtud de prórrogas automáticas, o casi, se introduce el modelo de

²⁹ Por lo tanto, también sostenible financieramente, con aportación de relevantes fondos públicos, “viejos” (Fondos estructurales) y de nuevo cuño (en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España, en cumplimiento del Reglamento 2021/241/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero).

prórroga a solicitud de las empresas. Una opción legislativa que, sin duda, generará complicaciones, porque se extienden los trámites de gestión administrativa del ERTE, aunque no sean ni de lejos semejantes a las iniciadas al principio del modelo, por cuanto el volumen de ERTE-covid19 se ha reducido notabilísimamente, como se comentó. De todos modos, por claras razones presupuestarias (contener el elevado coste público que esta gestión está teniendo en los casi dos años de pandemia), la regulación introduce una regulación alambicada en lo que hace a la tramitación administrativa que, a mi juicio, podría haberse ahorrado, con la consiguiente simplificación de cargas para las empresas y seguridad para las personas trabajadoras, también con el efecto prevención de errores-fraudes.

Al respecto, la nueva regulación, asumiendo una vigencia general máxima hasta el 28 de febrero de 2022, introduce una distinción por razón del tiempo:

- a) La técnica de gestión basada en la prórroga automática de la ordenación previa desde el 1 hasta el 31 de octubre –en este caso no se precisa trámite alguno-, con necesidad de solicitud de la misma, lógicamente.

La prórroga puede afectar, pues, a toda la tipología de ERTE-Covid19 conocida: FM, impedimento o limitación y ETOP prorrogados o solicitados desde RDL 11/2021. Tal prórroga no es de oficio, claro, sino que requiere solicitud a la autoridad competente entre el 1 y el 15 de octubre. En defecto de solicitud, decae automáticamente desde 1/11/2021. La solicitud deberá ir acompañada de la documentación correspondiente que acredite los efectos de ese ERTE (número de personas trabajadoras afectadas y cómo). No obstante, si bien la norma no es clara, parece que no se admite discrecionalidad valorativa alguna por la autoridad laboral, si concurre la documentación exigida, la resolución será de signo positivo o estimativa. Pese a las dudas habidas en el debate previo, y en el proceso para su negociación, se mantiene el silencio positivo.

- b) Una técnica de gestión combinada (opción): una parte de prórroga de los previos, otra de nuevos ERTE por limitación o impedimento, a partir del 1 de noviembre

Entre el 1 de noviembre de 2021 y el 28 de febrero de 2022 se podrá solicitar un nuevo ERTE-Covid19 por impedimento o limitaciones a la actividad normalizada (conforme al artículo 2 del Real Decreto-ley 30/2020). Por lo tanto, el acceso a los beneficios propios de las exoneraciones deberá cumplir y acreditar los requisitos documentales exigidos en la norma, especialmente la relación de las personas trabajadoras afectadas, en los términos de la DA 4ª. Asimismo, se prevé un eventual proceso de tránsito entre la limitación y el impedimento y viceversa). Para ello debe remitir comunicación a la autoridad laboral y a representación legal de las personas trabajadoras, así como la conocida Declaración responsable a la TGSS (vid. Art. 2.3 RDL 30/2020).

La segunda novedad, aquí más relevante, tiene que ver con la previsión del deber de realizar acciones formativas como condición (contrapartida en forma de obligaciones de capacitación) para gozar de los beneficios sociales extraordinarios (exoneraciones de las cuotas de seguridad social). De este modo, llevando a la práctica la previsión que tiene el art. 47.4 ET desde hace décadas, la nueva regulación de urgencia fija esta garantía legal de acciones empresariales formativas como contrapartida al beneficio de exoneraciones. Sin embargo, paradójicamente, ilustrando que la previsión es altamente improvisada y que se piensa más en el futuro que en el presente, las acciones formativas no se vinculan al ERTE en su conjunto, conviene precisarlo, sino a los beneficios más elevados del art. 4.1 a) 2º y b) 2º (nuevos ERTE por limitaciones, si bien, la norma hace extensivas a los ERTE prorrogados), de manera que puede haber ERTE-covid19 con exoneraciones y sin actividad formativa (que además puede presentarse hasta 30 de junio de 2022)³⁰. A mi juicio supone un contrasentido, por más que la diferencia de la exoneración de mediar o no formación es notable (doble o mitad) que implica que estamos más bien ante una experiencia piloto, poco confiable, de lo que será el futuro “ERTE-nueva normalidad”

Las acciones formativas (realmente expresión de un deber general de protección empresarial concretado en la obligación de diligencia en la capacitación profesional de las personas empleadas, conforme al art. 4 ET en relación con el art. 27 y 40 CE) están dirigidas, expresamente, a la mejora de las competencias profesionales y la empleabilidad de las personas trabajadoras afectadas. Se trata con ello, de un lado, más confesado, de ofrecer respuestas a las necesidades formativas de las personas y empresas, sobre todo en materia de competencias digitales (reeducación digital), de otro, menos confesado, pero más real, de facilitar la recualificación para el tránsito a empleos en otra empresa-sector.

Que la norma no tiene una idea muy clara de cómo organizar ahora este nuevo modelo se refleja en el amplio abanico de tipos de acción formativa que contempla (art.3 RDL 18/2021). Realmente abarca todo el extenso abanico recogido en la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral. Aquí se abre un amplísimo juego para la intervención autonómica, por cuanto, salvo las acciones

³⁰ Conforme al artículo 4 RDL 18/2021, el esquema queda como sigue:

ERTE limitativos o prorrogados:

10 o más personas a 29/02/2020

Sin acción formativa: – 40%

Con acción formativa: – 80%

Menos de 10 personas a 29/02/2020:

Sin acción formativa: – 50 %

Con acción formativa: – 80%

ERTE de Impedimento: 100% desde noviembre (o cierre) y como máximo hasta 28/02/2022

formativas programadas libremente por las empresas para sus personas empleadas, la mayor parte de las posibilidades pasan por la intervención pública y, por lo tanto, tratándose de una cuestión de gestión, competencia autonómica (oferta formativa de las administraciones competentes para la formación continua para personas empleadas -ej. programas de formación sectoriales y los programas de formación transversales, así como los programas de cualificación y reconocimiento profesional-)³¹. La duración mínima está fijada en la norma según dimensión de la empresa: 30 horas para las empresas de 10 a 49 y 40 horas para las de 50 o más personas empleadas. Como puede verse, las empresas que tienen menos de 10 personas empleadas están exentas de este tipo de acciones formativas (art. 3.3)³²

3. TRANSICIÓN DESDE EL “ERTE” AL “ERE” EN LA ERA POSCOVID19: LA GESTIÓN AUTONÓMICA DE LAS REESTRUCTURACIONES

3.1. De “autorizar” a “advertir-requerir” como garantía clave de corrección de la consulta: ¿papel menor para la autoridad laboral?

Fuera de las causas covid19, los despidos colectivos por reestructuraciones realizadas por las empresas son perfectamente posibles y legítimos, en el marco del art. 51 ET, también por causas ETOP, no solo por FM (art. 51.7 ET). De ahí que se hayan sucedido un buen número de “ERE” en este tiempo pandémico, más en los últimos meses, al tiempo que se anuncian otros, también en Andalucía. Por lo tanto, igualmente la conflictividad judicial ligada a ellos ha continuado,

³¹ El marco reglamentario estatal está constituido por el Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral (financiación, procedimiento...). Para el marco autonómico andaluz, se puede acceder a la información de todos estos programadas, en su concreción autonómica en la página:

<https://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoformacionytrabajoautonomo/areas/formacion-empleo/quiero-formarme/paginas/oferta-formativa-fpe.html>

³² El apartado 8 del art. 3 RDL 18/20021 sí prevé, en cambio, para las empresas pequeñas otro beneficio, la concesión del derecho al “incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada”. Así

De 1 a 9 personas trabajadoras: 425 euros por persona

De 10 a 49 personas trabajadoras trabajadores: 400 euros por persona

De 50 o más personas: 320 euros por persona.

Este incremento de crédito será financiado a través de una aportación extraordinaria al presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE). Asimismo, para el seguimiento de esta formación, el Servicio Público de Empleo Estatal será reforzado en sus unidades provinciales de gestión.

dictándose interesantes pronunciamientos, sin que haya posiciones completamente convergentes y, en consecuencia, exigirán una posición unificadora por parte del TS.

En todo caso, y por lo que a la posición del TSJ Andalucía atañe, al menos en su sede en Sevilla, parece que hay una interpretación proclive a facilitar ese tránsito, que muchas empresas y consultoras auguran cuando termine el blindaje final del escudo sociolaboral pandémico (no solo la prohibición ex art. 2 RDL 9/2020, sino también la cláusula de salvaguarda de empleo de la DA 6ª RDL 8/2020 -retocada varias veces en sucesivas normas de coyuntura-), desde los ERTE a los ERE³³. Cobra actualidad, así, pues, la gran novedad reguladora, a raíz de la reforma laboral de 2012, de los despidos colectivos respecto del pasado, el fin del modelo basado en la autorización administrativa, a cargo de la autoridad laboral competente conforme a los criterios de establecimiento territorial ya comentados en relación con los ERTE.

Frente al sector más radicalmente crítico con el cambio de modelo regulador y de gestión, creemos que, ni el modelo de ausencia de autorización en sí (coherente con la evolución seguida en todos los países de la UE, incluida Grecia tras la STJUE 21 de diciembre de 2016, C-201/15 -invalidó su modelo de autorización por discrecionalidad, no por ser en sí contrario a las libertades económicas), ni en la práctica (la autorización se daba si mediaba acuerdo³⁴) avalan concluir que el papel de los poderes públicos en los despidos colectivos es marginal o de escaso valor. Muy especialmente en lo que concierne, no al control de la causa, ciertamente, sino en relación con la existencia, eficacia y efectividad de las medidas de gestión socialmente sostenible (plan social en general, y de recolocación, interna y externa -sobre todo ésta-, pese a que en nuestro sistema y experiencia tenga más una dimensión de control formal o documental que de fondo. En todo caso, parece claro que este debate ha adquirido una renovada actualidad (y conflictividad) en los últimos meses, por varios motivos, que terminan convergiendo.

³³ Ej. la STSJ Andalucía/Sevilla 29 de octubre 2020 (rec. 21/2020). Si bien su fallo es anulatorio del despido colectivo, por incumplimiento del período de consultas de una empresa en ERTE/FM, asume que su existencia no impide el ERE si este tiene “causa esencial y directa en la grave situación económica de la empresa, con unas muy notables pérdidas desde el inicio de la actividad en el ejercicio de 2018, que se incrementaron notablemente en el ejercicio de 2019 y aún más en el primer trimestre de 2020”. Una misma línea que se asume por la STSJ Aragón 27 de octubre 2020 (rec. 395/2020) o en la STSJ Asturias 26 de octubre 2020 (rec. 27/2020). En cambio, mucho más restrictivas es la posición de la sala de duplicación social vasca, por tanto más garantista con la estabilidad, sea en relación al ámbito aplicativo del art. 2 del RDL 9/2020, cuanto en relación a la cláusula de salvaguarda (ej. STSJ País Vasco 7 de septiembre 2021; agota sus efectos en el reintegro de los beneficios indebidamente percibidos, no en la relación laboral, la STSJ Navarra 24 de junio 2021, rec. 198/2021.

³⁴ Lo que hoy sigue sucediendo en el 90 por cien de los casos; incluso sin acuerdo colectivo podían contarse con los dedos de las manos los expedientes no autorizados por la autoridad; su alcance mayor es elevar el “coste indemnizatorio” -tutela monetaria del empleo-

Primero en el plano social, porque la “nueva ola” (son periódicas en el sector desde hace décadas) de reestructuraciones de entidades financieras y, por tanto, de su volumen de empleo, ha vuelto a sacudir de forma intensa la conciencia social, e incluso la posición política, en torno al sentido de despidos “masivos” por parte de empresas que mantienen elevados porcentajes de beneficios. No son ni las únicas empresas ni los únicos sectores en actuar de este modo. Dado el creciente pensó que en la actualidad se da al valor reputacional, estas entidades han decidido apostar por una vía de relativización del “daño socio-ocupacional” que crean a través de prometer planes de recolocación, interna y, sobre todo, externa en niveles de eficacia muy superior al presupuesto por la norma legal (art. 51.10 ET). En algunos casos, como Caixabank, incluso han comprometido, en el marco de su responsabilidad social, al no ser obligatorio y ante el escepticismo sindical, un 100 por 100 de recolocación en otras empresas.

Segundo, en el plano más estrictamente jurídico, incluso jurisdiccional, hemos podido comprobar cómo, cuando las autoridades públicas (no solo la laboral) se toman especialmente en serio la intervención en los procesos de regulación de empleo privados, aportando soluciones razonablemente viables y compromisos, de diversa índole, no solo de regulación (crear condiciones favorables a la competitividad de las empresas afectadas en el mercado en el que compite -sin llegar a ser ayuda de estado-), también financieros, la resistencia empresarial a seguir esa senda encuentra notabilísimos obstáculos, de modo que incluso se paralizan. Sería el caso, entre otros emblemáticos, de los despidos llevados a cabo por el Grupo Alcoa, especialmente en A Coruña, pero no solo. Es evidente que la STSJ Galicia 17 de diciembre de 2020 (rec. 48/2020) sería otra muy diferente de no haber mediado una práctica de “advertencia-requerimiento” por la autoridad laboral gallega tan seria e intensa que parecía más una “recomendación apremiante”, al indicarle cuál sería la posición más razonable de la empresa en el periodo de consultas, no solo respecto de las medidas sociales, sino del contenido del acuerdo mismo (venta de la empresa), so pena de nulidad. La empresa se resistió y la decisión final fue la nulidad por inexistencia de buena fe negociadora. No parece que meramente formal, menos banal, el control público del buen fin del procedimiento de negociación, ni meramente medial su papel en defensa de los intereses generales (no solo del interés público a la racionalidad de las prestaciones por desempleo³⁵), sino determinante, o incisivo, y claramente proactivo.

Finalmente, en el plano de política legislativa, debe recordarse que estamos dentro de la fase final del proceso de contrarreforma laboral abierto desde hace varios

³⁵ Se trata, como se sabe, de un papel eminentemente reactivo, a través de la impugnación de oficio de los despidos colectivos (ex art. 148 LRJS), ejercida con mayor o menor celo en cada ámbito territorial (ej. STS 19 de marzo 2014, rec. 226/13, en relación con el uso del procedimiento para alcanzar pactos de modalización del pago de las indemnizaciones -la sentencia rechazará tal calificación-. O la SAN 72/2018, 7 de mayo, relativa al carácter fraudulento de las propuestas

años. Y queda claro que, en estos escenarios socioeconómicos contradictorios, equívocos y de déficit de gestión socialmente responsable, el Gobierno se plantea volver a un mayor nivel de intervención pública en la regulación de empleo. Las propias lecciones de la pandemia, en relación con los ERTE, según acabamos de ver, también apuntarían en esta dirección.

No es mi pretensión volver sobre todos estos temas, demasiado conocidos, porque han sido objeto de numerosos, profundos y reiterados análisis, algunos muy recientes³⁶. Aquí he pretendido dejar constancia, ilustrándolo con algunos ejemplos recientes, en un ámbito autonómico concreto, pero que ilustra una problemática y un marco de acción que se extiende al resto de los autogobiernos, de la propia ambivalencia de la normativa reguladora que permite una pluralidad de opciones. Por tanto, dejando fuera los modelos más extremos (autorización administrativa, indiferencia pública a favor de un modelo puramente de control procedimental colectivo), los gobiernos autonómicos, no tan solo las Administraciones territoriales competentes (autoridad laboral), tienen a su disposición un amplio catálogo de actuaciones y grados de intervención. Las facultades y opciones de ejercicio van desde las más pasivas ³⁷ (registro documental), o formalista y reactivas (garantía de corrección del procedimiento; guardián frente a las prácticas abusivas o fraudulentas) hasta las más activas y proactivas (inducción seria de una solución acordada basada en medidas socialmente responsables; contribución financiera, colaboración en los planes de recapitación, incluso de recolocación).

despido colectivo claramente infladas en el número de personas afectadas para presionar al banco social para aceptar medidas de flexibilidad interna. En ocasiones los acuerdos incluyen medidas incoherentes, como contratar temporalmente simultáneamente al despido (ej. SSTS, 4ª, 121/2019, 14 y 229/2018, 28 de febrero -despedir por causas económicas cuando se realizan contrataciones temporales -mediante ETT- contradice el estándar de buen empresario-). En la misma línea la STSJ Andalucía/Sevilla, 1780/2021, 30 de junio. También serían fraudulentos los acuerdos de promoción de empleo autónomo cuando se trata de encubrir “falsos autónomos”

³⁶ Vid. De la Puebla Pinilla, Ana. “El despido por causas empresariales”. AAVV. *Reestructuraciones empresariales*. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Informes y Estudios Empleo. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 20021, pp. 177-224. De gran interés también, igualmente con enfoques propositivos de reforma, Sala Franco, Tomás -Esteve Segarra, A. “La regulación de la extinción del contrato de trabajo”. AAVV. *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Francis Lefebvre, Madrid. 2018.

³⁷ Con algo de exceso, se ha llegado a calificar el modelo normativo español actual, como reflejo de un papel de “convocado de piedra, incluso en el momento estelar de su intervención, en el periodo de consultas”. Cfr. Terradillos Ormaetxea, E. “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”. En AAVV. *Reestructuraciones Empresariales*. Ob. cit. p. 318. No obstante, concluye que “otro rol de la autoridad laboral es posible”. Si así es porque la ley lo permite.

En suma, sin cambios relevantes en el marco normativo, diferentes papeles de la autoridad laboral son posibles a fin de hacer realidad el paradigma comunitario de regulación de empleo bajo la responsabilidad social y la sostenibilidad financiera. Desde luego, la actualización de las intervenciones (marcos y políticas) autonómicas preventivas y proactivas será mayor, a más en serio se tomen las vías abiertas en el sistema regulador, tanto comunitario (incluso internacional) como estatal, para planes y prácticas fiables de recolocación, aunque implique previa recualificación, como principales medidas dentro de los “planes sociales” o de “acompañamiento social”. La experiencia más efectiva de otros países a tal fin, dentro del mismo marco comunitario, pueden servir de ayuda, sin que se predique la pura emulación, por supuesto, generalmente poco útil³⁸.

3.2. ¿Cooperación público-privado para una gestión “socialmente responsable”: políticas públicas y planes privados de formación/recolocación

3.2.1. La garantía de un programa de oportunidades serias de recolocación, estándar social internacional del derecho a la protección frente al despido

Si el modelo de regulación comunitario de los despidos colectivos se centra en el procedimiento de consulta-negociación (paradigma de derecho reflexivo), sin atender al control de las causas (lo recordaba recientemente el TJUE), la tradición legal en España ha venido poniendo el acento en el control público de las causas de reestructuración empresarial extintiva. Primero a través de la autorización administrativa previa (y el control posterior jurisdiccional a partir de la demanda -más probable- de la empresa), luego en virtud del control jurisdiccional solo, una vez desaparecida la autorización. Aunque la voluntad de la reforma de 2012 fue claramente la de liberar, o flexibilizar hasta el extremo, este control causal, depurándolo de juicios de razonabilidad (finalistas), la jurisprudencia social, con el aval, aquí sí, del TC, reintrodujo -como es suficientemente conocido-, aplicando la normativa internacional (Convenio 158 OIT -trasunto del art. 24 Carta Social Europea revisada, recientemente ratificada), esa lógica de razonabilidad, sumada al mero control de legalidad.

En cambio, menor interés ha mostrado nuestra regulación por el contenido concreto de ese proceso de negociación-consulta y su efectividad, dejándolo a la autonomía colectiva, a la interlocución social, sin perjuicio de la referida atribución de una competencia de control de la efectividad del desarrollo del procedimiento negociador bajo el parámetro de la buena fe y mínimos de legalidad. Entre estos mínimos estaría el de negociar algún tipo de medida social, incluida en un plan de

³⁸ En una perspectiva más amplia, vid. De la Torre, C. et alii. *Reestructuraciones de empresas y responsabilidad social*. Ediciones Cinca, Madrid, 2010.

acompañamiento de esta guisa (planes sociales) que reduzca bien el número de despidos bien los efectos negativos de los ceses. De ahí que, en desarrollo de los marcos normativos multinivel (sobre todo comunitario, pero no solo), la norma reglamentaria española tienda a limitarse a abrir un abanico amplísimo de medidas de gestión socialmente responsable de la regulación extintiva de empleo, con una suerte de normativización de las medidas más normalizadas en nuestra experiencia, en especial en los convulsos tiempos de las reconversiones industriales.

Así se refleja en el art. 8 del RD 1483/2012, de 29 de octubre. Solo en determinados casos (para despidos colectivos de dimensiones más extensas -debe afectar a un mínimo de 51 personas trabajadoras-) requiere añadir un “plan de recolocación”³⁹. Esta obligación de ofrecer oportunidades de recolocación forma parte, como un imperativo mínimo y preferente, de un modelo de *gestión socialmente adecuada de la libertad de empresa en su dimensión extintiva contractual*, por imperativo no solo constitucional, también multinivel, sea comunitario (art. 2.2 de la Directiva 98/59/CE⁴⁰) sea internacional (art. 13.1 b Convenio 158 OIT y Recomendación 166, en su apartado 19.2; art. 29 de la CSER). Y vincula al conjunto de autoridades, que deberá contribuir a su diseño y puesta en práctica por parte de los sujetos colectivos. Por supuesto, no solo es misión de la política de empleo, sino también de una adecuada política de inversión y reindustrialización territorialmente vertebrada (digital, verde y social). El art. 29 CSER, hoy de especial relieve interpretativo tras su ratificación por España, es claro, al atribuir a este modelo de gestión preventiva o proactiva de la regulación de empleo un ámbito particular: “...promover la recolocación o la reconversión de los trabajadores afectados”.

3.2.2. Pero ni el marco normativo ni su práctica, tampoco judicial, en España han tomado en serio, hasta ahora, el derecho a la recolocación

Aunque, en realidad, las medidas del plan de acompañamiento social (una suerte de “plan social” simplificado), entre las que pueden incluirse -o no- las recolocaciones, aunque sea externas, constituyen un contenido mínimo necesario del proceso consultivo para que sea de buena fe, condición a su vez de validez

³⁹ El artículo 9 del RD 1483/2012, desarrolla el contenido de este “Plan de recolocación externa”, el art. 10 las actuaciones de la autoridad laboral al respecto y el art. 11 los informes de la ITSS, entre los que se incluyen, conforme a su apartado 7: “informar sobre el contenido de las medidas sociales de acompañamiento que se hayan podido prever y, en especial, comprobará que las empresas obligadas...han presentado el plan de recolocación externa...”.

⁴⁰ Para el paradigma de gestión socializada del cambio (reestructuraciones), desde un enfoque preventivo y proactivo, en la normativa “*hard*” y “*soft*” comunitarias vid. Terradillos Ormaetxea, E. “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”. En AAVV. *Reestructuraciones Empresariales*. Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021, pp. 309 y ss.

del procedimiento, la experiencia demuestra que ni han venido siendo tomadas realmente en serio ni tampoco los programas de recolocación externa, allí donde son exigibles como obligación (art. 51.10 ET), han venido siendo muy fiables. A la actitud escéptica del banco social se suma el garantismo débil judicial. Su eficacia también ha brillado por su ausencia, no obstante llevarse a cabo por empresas especializadas (empresas de recolocación), que vienen realizando intensos esfuerzos de marketing para poner de relieve su rotundo éxito.

En cambio, sería central, como se ha indicado, en la concepción europea de las reestructuraciones como una técnica “normalizada de gestión anticipada” de la incertidumbre de los mercados, cambiantes y globales, no como una última ratio (con causa excepcional -primado de la estabilidad en el puesto de trabajo-), asumiendo como contrapartida de la permisividad causal mayor compromiso social en la gestión de sus efectos⁴¹. Paradójicamente, aún en un escenario de política jurídica contradictorio y tenso en el seno del mismo Gobierno de España (una parte del cual pugna por un mayor control de la causa mediante el retorno a la autorización), la propuesta parece ser la de poner énfasis, además de en los planes de formación y recualificación durante el tiempo de ERTE -RDL 18/2021-, en los incentivos para la recolocación cuando se trate de ERE. O mejor, se busca en la creación del sistema de incentivos a la recolocación una suerte de forma de gestión preventiva de los despidos colectivos, creando una pasarela o transición entre ellos. Así, se anuncian -no hay norma vigente aún- compromete ayudas a las empresas que contraten a personas trabajadoras en el ERTE de otra empresa. Además, para el sostenimiento público de una parte de los costes de gestión socialmente responsable, se cargaría (socializaría) en el FOGASA el coste de la antigüedad laboral⁴².

Sea como fuera en la futura regulación -en la actual no se ha contemplado de forma expresa-, ¿si la recolocación es a través de entidades privadas -empresas de recolocación- y la socialización, de nuevo, a cargo del Estado, dónde queda la intervención autonómica y el margen para sus marcos y políticas propias de gestión socialmente responsable de las reestructuraciones en general, particularmente a través de la actualización de un sistema de garantías de efectividad del nuevo derecho social a garantías de empleabilidad fiables u oportunidades de recolocación serias⁴³? De un lado, conviene recordar que la intervención de esas empresas de recolocación no es libre, sino que deben ser autorizadas, y tal autorización

⁴¹ Vid. Martín Valverde, A. *Derecho del trabajo y mercado de trabajo*. Tecnos, Madrid, 2021, p. 197.

⁴² Vid. “Escrivá quiere incentivar a las empresas que contraten a trabajadores que están en ERTE en otras compañías” <https://news.freeads.world/es/escriva-quiere-incentivar-a-las-empresas-que-contraten-a-trabajadores-que-estan-en-erte-en-otras-companias>

⁴³ Para una concepción flexible, si bien muy cuestionada, vid. STS, 4, 19 de marzo de 2014, rec. 226/13 (asume la validez de las formas pactadas de recolocación diferida a empleo estable).

corresponde a cada comunidad en la que quieran establecerse. No todas las CCAA han mostrado el mismo favor hacia esta liberalización. Así, Andalucía ha experimentado un cambio, con posición bien diferente atendiendo al color del Gobierno: excluyente cuando gobernaba el partido socialista, liberal en la época del Gobierno de coalición PP-Cs.

De otro, es evidente que la actualización de este modelo de gestión socialmente responsable de las reestructuraciones empresariales requiere fortalecer los instrumentos de garantía en el mercado de trabajo, tratando de corregir sus endémicas deficiencias que se vienen arrastrando en nuestro país (ej. servicios públicos de empleo, políticas de capacitación y recualificación profesional, protección social, etc.), a diferencia de los modelos escandinavos (eso sí, la mayoría de ellos no han ratificado el Convenio 158 OIT). Y es evidente que, en lo que concierne al complemento de la regulación laboral por un conjunto de políticas de mercado de trabajo renovadas y eficaces, los autogobiernos han de tener un protagonismo más decidido. En última instancia, bien sabido es que en este tipo de regulaciones de empleo no solo hay que gestionar de forma socialmente adecuada (preventiva, proactiva) el “daño individual de cese” (pérdida de empleo, descapitalización profesional), sino el “daño social y territorial”, pues en juego está (como ha acreditado, una vez más, el caso Alcoa), la supervivencia de un tejido productivo local (pérdida de empleo, descapitalización social, riesgo de despoblación, etc.). La jurisprudencia social así lo viene exponiendo con claridad (STS, 4ª, 771/2017, 10 de octubre⁴⁴).

Esta necesidad de implicación pública en la gestión socialmente responsable de las reestructuraciones, no solo en tiempos de excepción (crisis pandémicas o financieras) sino de normalidad (porque la gestión del cambio es constante), es mayor en España, y dentro de ella de CCAA como Andalucía, en la medida en que su tejido productivo se conforma mayoritariamente por pequeñas empresas, por lo tanto, con umbrales menores de los exigidos para la obligación de recolocar (aun externamente). De ahí los límites de la regulación laboral actual, pese a que la ITSS tiene la obligación de informar sobre las diversas medidas de acompañamiento social que se establezcan durante la consulta (art. 11 RD)⁴⁵. Sin embargo, en el

⁴⁴ FJ Cuarto. Para la fundamentación científica. Vid. Pedrazzoli, M. “Licenziamenti in comparazione. La “flessibilità in uscita” nei paesi europei e la recente riforma italiana”. En ID. (Dir.). *La discipline dei licenziamenti in Europa*, Franco Angeli, Milan, 2014. Análogamente (constitucionalismo social flexible), vid. Caruso, B- Del Punta, R.-Treu, T. *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, Centre for the Studi of European Labour Law “Massimo D’antona”, 2020, p. 45: http://csdle.lex.unict.it/Archive/AC/Webliography/Blogs/20200521-032536_Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treupdf.pdf

⁴⁵ Vid. Castellano Burguillo, Emilia. (2017). “Planes de recolocación y personas de edad avanzada”. AAVV. (Dir.: Juan Carlos Álvarez). *Los trabajadores maduros en el contexto de la relación laboral*. Ediciones Laborum, Murcia, pp. 53 y ss. Para la intervención verificadora de

marco de las políticas activas de empleo o de mercado de trabajo a cargo de las comunidades autónomas y sus servicios públicos de empleo se puede avanzar notablemente, incluso antes, o al margen, de la reforma comprometida.

Justamente, en la crisis presente, la Comisión valoró muy positivamente el que ciertos Estados crearan organismos específicos de recolocación, gestionados a través de una gestión participada entre múltiples actores, tanto públicos (estatales, autonómicos y locales) como sociales⁴⁶. No dudó en defender su “eficiencia —por su especialización en las labores de recolocación— y el alto nivel de confianza que ofrece esta gestión multilateral hacen de ellos una herramienta valiosa para afrontar los efectos de la recesión”. Desde esta perspectiva, recomienda que, cuando los despidos sean inevitables, las autoridades locales, las empresas y las representaciones de las personas trabajadoras debían “*colaborar para adoptar medidas a fin de que los trabajadores afectados mejoren su empleabilidad y se reintegren en el mercado laboral lo antes posible*”. En suma, en el objetivo de los planes de recolocación convergerían los acuerdos sociales y las políticas públicas, a fin de facilitar los cambios exigidos por la adaptación a las necesidades de los mercados con el menor impacto social y territorial posible.

Como es sabido, este modelo de cooperación público-privado ya se ensayó respecto de la colocación, en un Acuerdo marco estatal del que inicialmente quedó fuera el SAE, por decisión expresa del autogobierno andaluz precedente, pero del que ahora sí forma parte, a través de un contrato de colaboración con las agencias (privadas) de colocación (participaron 80 autorizadas)⁴⁷, licitado por el SAE el año pasado⁴⁸. Sus objetivos fueron los de fomentar la inserción laboral de las personas desempleadas (por un importe de 1.920.043,96 euros y un periodo de 24

la ITSS de la presentación del PRE y de que cumple los requisitos -mínimos- vid. STSJ Asturias 4/2018, 26 de marzo.

⁴⁶ Vid. Libro Verde. *Reestructuraciones y previsión del camino: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente?*, Bruselas 17 de enero de 2012, Documento COM (2012), 7 final, p. 9. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0007:FIN:ES:PDF>

⁴⁷ Andalucía: 132 agencias de colocación, de cuya tramitación es competencia del Servicio Andaluz de Empleo <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoformacionytrabajoautonomo/servicios/actualidad/noticias/detalle/228505.html>

⁴⁸ https://asempleo.com/servicio/informes/Informe_CPP.pdf. También García Solana, María José (2018). *La colaboración público-privada en la gestión de los servicios de intermediación laboral: el servicio público de empleo estatal y las agencias de colocación (2010-2016)*. INAP, Tirant Lo Blanch. De un lado critica que, la ausencia de una estrategia común y continuada, la inexistencia de un liderazgo público claro y reforzado en la estructura del SEPE, el desconocimiento del mercado o sector privado con el que se va a opera, haya provocado “que estemos ante un modelo de externalización con ciertos matices colaborativos, pero no ante un modelo de colaboración público-privada como tal”. De otro, teniendo en cuenta la situación política actual, su viabilidad depende de la adhesión autonómica. “En caso contrario, no se le augura un buen futuro a este modelo”. p. 273. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=152732>

meses; beneficiaron a 4000 personas desempleadas de diferentes colectivos, pero sobre todo jóvenes de entre 18-29 años y personas paradas de larga duración) y se predica un modelo “absolutamente garantista” (basados en unos procesos de acompañamiento intensivo -todos los días de la semana- y duradero -incluido el periodo en el ya han encontrado una ocupación-)

En cambio, apenas existen experiencias de cooperación público-privado respecto de los programas de recolocación, correspondiendo prácticamente en exclusiva al deber de las empresas de cumplir (mayoritariamente refleja una cultura de cumplimiento formal o documental -recolocación de papel-) con el mandato del art. 51.10 ET a través de las empresas de recolocación autorizadas o empresas de “*outplacement*”⁴⁹. Precisamente, el sector de las empresas de recolocación, que suelen formar parte de grupos empresariales más amplios dedicados al conjunto de los servicios de empleo (selección, ETT, empresas multiservicios, consultoras, etc.; Randstad, Adecco, etc.), llevan años “vendiendo” su mayor eficacia. Aseveran, así, que 8 de cada 10 personas que participarían en esos programas de recolocación hallarían nuevos empleos en menos de un año (6,3 meses mientras que las personas desempleadas no acogidas a estos programas tardarían más de 12 meses). Eso sí, la mayoría sufren significativas reducciones retributivas⁵⁰.

Asimismo, los informes estadísticos al respecto (siempre de parte), indican una fuerte concentración territorial, lo que obedece a que se trata principalmente de grandes empresas, mayoritarias en Madrid (ha pasado del 54 por cien al 38 por cien) y Cataluña (ha pasado del 16 por cien al 26 por cien). Los casos más recientes y conflictivos en el sector financiero lo evidencian⁵¹. No obstante, comienza a producirse una progresiva desconcentración. Andalucía es la tercera CA con mayor presencia (en torno al 10 por cien de las personas candidatas, 4 puntos más que dos años antes). Sus evidentes bondades como una vía para mejorar la reinserción laboral, sobre todo en mercados locales (reflejan una mayor responsabilidad social de empresa, mejorando su reputación social; mejoraría el clima laboral, facilita la “captación de talento” -no solo evitar la descapitalización de la persona, sino aprovechar oportunidades de captación de ese talento por parte de otra empresa-; son una herramienta -baza- de negociación colectiva) deben contemporizarse con sus deficiencias (no hay transparencia, la evaluación la realizan las propias empresas

⁴⁹ Entre las muchas empresas que anuncian tales servicios vid. <https://www.arsoutplacement.com/ertes/>

⁵⁰ <https://www.lhh.com/es/es/organizaciones/sala-de-prensa/ocho-de-cada-diez-participantes-en-programas-de-recolocacion>

⁵¹ Ej. Banco Sabadell, CAIXABANK, etc. <https://www.economiadigital.es/empresas/caixabank-ficha-a-mckinsey-y-lee-hecht-harrison-para-recolocar-a-los-afectados-por-el-ere.html>. Para una visión crítica vid. Informe sobre planes de recolocación ESADE (IEL)-LHH. *Los servicios de recolocación en la práctica: ¿cómo mejorar su efectividad?* <https://www.adecogroup.es/wp-content/uploads/notas-de-prensa/668.pdf>

interesadas; los empleos nuevos suponen importantes pérdidas retributivas; “guerras de precios” por conseguir ser las contratadas por las empresas, etc.)⁵².

La ausencia de experiencias suficientes de cooperación público-privada en la recolocación contrasta con algunas prácticas relevantes en el marco de ERE públicos, como, para Andalucía, los ejemplos de varios ayuntamientos importante. Así sucedió con los de Jerez (sabido es que resultó ser uno de los más conflictivos, como prueba la intensa litigiosidad judicial que generó) o Estepona. El Ayuntamiento de Estepona (Málaga) aprobó el expediente para sacar a concurso público la adjudicación del servicio de ejecución del plan de recolocación externa para las personas afectadas por la reducción de plantilla municipal tras el Expediente de Regulación de Empleo (ERE)⁵³.

En consecuencia, parece que hay un notable margen de crecimiento, de modo que un diseño más coherente y sistemático en el marco de los servicios públicos de empleo autonómicos, como el SAE, podría dar impulso a una “segunda vida de los planes de recolocación”, mucho más eficaz y brillante, por encima de los estándares no solo de la norma legal sino de mercado, desbordando la reactivación actual en el sector financiero -algunos comprometen el 100 por cien en sus recolocaciones-, o de grandes superficies -como El Corte Inglés-⁵⁴. De este modo, quizás en espera de un cambio regulador, podría corregirse el modelo de débil garantismo instaurado, lo que seguramente ha propiciado un arraigado y persistente déficit de cultura negociadora de estos planes sociales, de forma que la negociación se centra en la tutela económica (prejubilaciones de oro, donde se puedan; indemnizaciones superiores a las legales; ej. STS, 4ª, 25 de septiembre de 2013, rec. 3/13). El que no haya un refuerzo jurisprudencial a través de la eventual nulidad por asociación con

⁵² Para la “guerra de precios” que normalmente significa la introducción de estos mecanismos de gestión de mercado competitivo en la prestación de un servicio que debe ser público-social, a través de contratos privados o públicos (si lo promueven las AAPP), vid. <https://www.salvemostelemadrid.es/recolocaciones-falta-ortografia/>. Una crítica concreta para el caso de Telemadrid y en relación con un reportaje periodístico. ¿Solo se regula la obligación de presentar un plan por un tiempo mínimo (6 meses), sin verificar la calidad de su ejecución, en términos de intensidad de acompañamiento y resultados? https://elpais.com/economia/2013/02/15/actualidad/1360949892_377406.html. Es crítico también, <http://www.imanolchasco.es/entrada-de-ejemplo-1/>: “No es oro todo lo que reluce”.

⁵³ <https://www.lavanguardia.com/local/sevilla/20130218/54365507157/sale-a-concurso-el-plan-de-recolocacion-externa-dirigido-a-los-afectados-por-el-ere-del.html>

⁵⁴ El escenario que predicaba una notable pérdida de relevancia, y de eficacia -si alguna vez la tuvo- parece haber revivido con el impulso de los programas de recolocación “fuertes” del sector financiero. <https://elpais.com/economia/2021-06-21/la-segunda-vida-de-los-planes-de-recolocacion.html>. Un tipo de garantismo socialmente responsable fuerte que muchos ponen en duda. La difícil recolocación de los 15.000 trabajadores en ERE en grandes empresas. https://www.niusdiario.es/economia/empleo/ere-banca-como-son-planes-recolocacion-outplacement-grandes-empresas-caixabank-bbva-el-corte-ingles_18_3130320323.html

la buena fe negocial, en paralelo a un control administrativo efectivo, de calidad y eficacia de estas medidas, no ayuda, para corregir ese déficit⁵⁵.

3.3. Una condición para la nueva vida de los planes de recolocación en el marco de un modelo de cooperación público-privado: la sostenibilidad financiera

Sin duda, hasta ahora, no ha sido esta la visión exhibida por los autogobiernos. Desde luego no en Andalucía si bien, desde el cambio al Gobierno de coalición la visión sobre este modelo público-privado es bien diversa. Junto a las notables insuficiencias legales, las resistencias prácticas y la crítica ideológica, habría que se sumar la cuestión relativa a la financiación de estos programas

Esto último -básico- no deja de plantear tanto los problemas jurídicos (justificación, para que no resulten ayudas de Estado prohibidas) cuanto los de sostenibilidad, dado el compromiso continuo con la estabilidad presupuestaria, cuyo marco comunitario y estatal están en suspenso, pero no ha desaparecido. Justamente, también aquí la Unión Europea ha mostrado una visión mucho más favorable y proactiva, priorizando desde hace tiempo, ya a fin de hacer frente a la crisis financiera precedente a la pandémica, que hubiese una línea de política de fomento (financiación) de estos modelos de regulación de empleo socialmente responsable adecuados, también financieramente sostenidos y sostenibles.

Desde esta perspectiva, planteaba la conveniencia de recurrir a los Fondos europeos a este fin de políticas de recolocación en contextos de reestructuraciones de plantillas. Sería el caso de los Fondos de Política de Cohesión (Fondo Social Europeo -aunque se focalice bastante más en las políticas de formación y contratación, incluso de emprendimiento-; Fondo Europeo de Desarrollo Regional -orientado a fomentar empleos que impliquen innovación, para mejorar la competitividad de las PYMES, así como su transición verde-)⁵⁶. Hoy destaca el

⁵⁵ Vis. STS, 4ª, 26 de marzo de 2014, rec. 158/13 (despido de Telemadrid). Aunque para la SAN 33/2020, 17 de abril (nulidad del despido colectivo en RYANAIR): “tal circunstancia no es óbice para que la Sala pueda valorar el plan inicialmente adoptado y su posterior concreción en el periodo de consultas a la hora de determinar la existencia una verdadera voluntad negociadora por parte de la empresa, en orden a paliar las consecuencias de la decisión extintiva a través del plan ofertado y, nuevamente, nuestra respuesta ha de ser negativa, porque... se patentiza que la demandada afronta el periodo de consultas como un mero trámite (...)”. (FJ Quinto). Esta crítica en Molina Hermosilla, Olimpia. *La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación*, Aranzadi, 2014.

⁵⁶ “18. Los Estados miembros deben hacer un uso pleno del apoyo disponible a escala de la Unión procedente de los Fondos Estructurales, en particular el Fondo Social Europeo Plus (FSE+) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), del Fondo de Transición Justa, el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (FEAG), la Ayuda a la Recuperación para la Cohesión

Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (FEAG). Este último contempla expresamente el uso de fondos para la gestión de los procesos de reestructuración mediante cofinanciación de la recualificación⁵⁷.

Más recientemente lo ha reafirmado en la Recomendación (UE) 2021/402 de la Comisión de 4 de marzo de 2021 sobre un apoyo activo eficaz para el empleo tras la crisis de la COVID-19 (EASE)], que apela al modelo de cooperación público-privado para estas políticas de gestión proactiva de las reestructuraciones de empleo, incluyendo no solo los programas de recapitación o “recapitalización” profesional, sino igualmente “planes de reempleo”, a fin de favorecer la “colocación en otras empresas, junto con la facilitación de la movilidad transfronteriza y la promoción del reconocimiento o la validación de las capacidades”. En esta dirección, recomienda que:

“16. Los Estados miembros deben garantizar que los servicios públicos de empleo disponen de las capacidades operativas necesarias para prestar directamente, o contribuir de otro modo, a la prestación de las distintas formas de apoyo mencionadas...”⁵⁸.

No se trataría, pues, de ayudas de Estado en sentido propio. Y ello pese al concepto amplio que exhiben la Comisión y el TJUE al respecto, que bien pudieran englobar la reducción de las cargas sociales mediante subvenciones al empleo para medidas sociales en los despidos colectivos. El TJUE entendió contrarias al art. 107.1 TFUE de tales medidas, en la medida en que esta norma no establece una distinción según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales (STJCE 26 de septiembre de 1996, C-241/94, asunto República Francesa v. Comisión⁵⁹).

y los Territorios de Europa (REACT-EU), la Reserva de Adaptación al Brexit y el Instrumento de Apoyo Técnico, para diseñar y ejecutar las medidas EASE”.

⁵⁷ Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, de 18 de abril de 2012: “Hacia una recuperación generadora de empleo”. Documento COM (2012), 173 final, p.8, así como la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, 13 de diciembre: “Marco de calidad de la UE para la anticipación del cambio y la reestructuración, Documento COM (2013), 882 final, pp. 6-7.

⁵⁸ De gran interés el Reglamento (UE) 2021/691 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de abril de 2021, sobre el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización para los trabajadores despedidos (FEAG) y por el que se deroga el Reglamento (UE) no 1309/2013 <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=326&langId=es>

⁵⁹ En el caso, el Fondo Nacional de Empleo francés asumía la financiación de ciertos planes sociales de empresas en situación de reestructuración de plantilla mediante despidos colectivos, lo que se considera ayuda de Estado prohibida por el art. 107.1 TFUE al liberar de ciertas cargas a las empresas en relación con sus competidoras, aunque quienes se beneficien directamente sean las personas afectadas por el despido (para el Gobierno francés no mejora directamente la situación competitiva de la empresa, sino la empleabilidad de las personas empleadas). En el mismo sentido la STJUE 15 de noviembre de 2015, C-352 y 353/14 (asunto Bankia). No obstante, aquí se aceptó,

Un entendimiento expansivo de la prohibición de ayudas significaría una vida muy limitada para estas posibilidades de contribución pública (estatales y autonómicas) en la financiación de tales programas de recolocación.

Ahora bien, una cosa debe ser las ayudas para reducir los costes laborales y los planes de viabilidad empresarial (que se tienen directamente por inversiones de índole económica, asuman la forma que asuman en el plano técnico-jurídico), y otra cofinanciar planes sociales en reestructuraciones empresariales. En este caso, las personas que se benefician directamente serían las personas no tanto las empresas, además de que, al final, los efectos sobre el empleo de tales medidas implicarían una restricción proporcionada a la libre competencia, pues estamos ante objetivos legítimos de política social. No puede haber una fractura radical entre las libertades económicas y los objetivos sociales de la UE, como parece ahora ya asumirse no solo por las instituciones comunitarias de la gobernanza económica, sino también por el TJUE. De ahí la posición general de favor, al menos en línea de principio⁶⁰.

4. CONCLUSIONES: ¿EN LA ANTESALA DE UN CAMBIO CULTURAL, NO SOLO NORMATIVO PARA LA REGULACIÓN DE EMPLEO?

La pandemia no ha marcado solo el pasado inmediato y el presente (desde marzo de 2020 hasta marzo de 2022) del modelo de regulación de empleo, sino que marcará un “antes” y un “después” muy claro. Esta nueva normalidad se parecerá, en lo que al tipo más extendido de gestión de empleo ante dificultades económicas y técnico-productivas y organizativas se trata, más al modelo ensayado durante este tiempo que al que hoy se refleja normativamente y sigue en vigor, para situaciones desvinculadas de la covid19. Así se reflejará, sin duda, en la contrarreforma laboral que se prepara. No necesariamente se trata de auspiciar un retorno al -obsoleto- modelo de autorización administrativa de los despidos colectivos, sino de introducir un papel más relevante del poder público, a fin de propiciar un paradigma de gestión socialmente responsable, y sostenible, del volumen de empleo de las empresas.

por ser aprobada por la Comisión en condiciones que la hacen compatible con el mercado interior. Los arts. 107 y 108 TFUE no se opondrían a la aplicación de una normativa nacional vinculada a un plan de reestructuración empresarial financiado por el Estado.

⁶⁰ Vid. Comunicación de la Comisión relativa a las *Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis*, Documento 2014/C 249/01, 31 de julio, y Comunicación de la Comisión relativa a la prórroga y las modificaciones de las *Directrices sobre las ayudas estatales de diversa índole* (2020/C 224/02). Vid. Solà I Monels, X. “La intervención pública en el marco de normativas creadas “ad hoc” para determinados supuestos de reestructuración empresarial”. En AAVV. (Dir.: Pérez Amorós, A. -Rojo Torrecilla, E.). *La intervención pública en los procesos de modificación y reestructuración empresarial*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012, pp. 277 y ss.

Predicar un papel más activo de la Administración significa más bien no ya solo su implicación financiera, que será más importante en el futuro, si bien no con la entidad del tiempo de excepción pandémica -pues sería insostenible en el plano financiero-, sino un control más serio tanto de la calidad como del cumplimiento efectivo de los *planes de gestión socialmente sostenible de las regulaciones de empleo*.

Cuando la regulación sea estrictamente temporal, esa responsabilidad social tendrá, como contrapartida a la reducción de jornada, no solo los beneficios sociales (prestación por desempleo e, incluso, exoneraciones, según los casos), también programas coherentes de formación profesional. En los casos de regulación extintiva, la responsabilidad social se dirigirá básicamente, además de a evitar el número de personas finalmente afectadas por los ceses, así como por la promoción de salidas voluntarias (sistemas incentivados), a la intensificación de las políticas de recolocación externa, si bien tomada en serio, esto es, basada en un sistema de capacitación para obtener colocaciones reales, confiables, en otras empresas (incluso distintas del mismo grupo empresarial). Frente al más tradicional modelo normativo defensivo del mismo puesto de trabajo se irá imponiendo, de forma progresiva, e incentivada, también con fondos europeos -estructurales-, un modelo más proactivo y flexible, pero garantista, en el que la protección de la seguridad en el empleo se concrete en programas de recolocación, interna o externa, y, mientras tanto, seguridad económica (protección por desempleo). Así se desprende igualmente de la necesidad de conformar el modelo normativo al estándar europeo e internacional de protección frente a la terminación de las relaciones de trabajo⁶¹.

Pero los cambios tienen que ir más allá de la norma, aunque sin esta actualización no sería confiable, ni posible realmente. De un lado, debe instaurarse una coordinación más eficaz entre la gestión laboral y los servicios públicos de empleo, y entre estos y los agentes privados, a fin de diseñar y poner en práctica medias coherentes de capacitación y recolocación. Y esta sí es una cuestión netamente autonómica, al igual que también lo es la implicación de acciones de financiación e inversión que ayuden a retejer el sistema o el ecosistema de infraestructuras y equipamiento que necesitan las empresas. Pero de otra, el cambio debe ser también más amplio, cultural. Por ejemplo, cambiar la cultura del control solo documental, de papel (“prevención de papel”, “recolocación de papel”) hasta hoy dominante respecto de estas materias. Basta recordar el olvido de la obligación formativa en

⁶¹ Esta lógica proactiva está inscrita en modelos normativos europeos muy conocidos, y de eficacia dudosa, cierto, pero de indudable referencialidad. vid. Ray, J.M. *Droit du Travail. Droit Vivant. La relation individuelle de travail*. W. Kluwer, 2019, pp. 389 y ss. En este modelo, los servicios públicos de empleo, claramente orientados por el modelo de cooperación público-privado (“*Pôle de Emploi*”, tienen un papel básico <https://www.pole-emploi.org/poleemploi/>. Para Alemania vid. Daubler, W. “Lincenziamenti per motivi economici, piano sociale e cambiamenti nel diritto del lavoro in Germani”, *Lavoro e Diritto*, n. 3, 1999, p. 444-446.

los ERTE, pese a la neta previsión normativa (art. 47.4 y 16.5 RD 1483/12) y a ser inherente al modelo originario del que procede (“*kurzarbeit*”)⁶².

También los sujetos negociadores deberán valorar de forma diferente el papel de las medidas sociales, de modo que la cultura presente de negociación monetaria (cómo aumentar la indemnización legal hasta equipararla a la de despido improcedente; mejores condiciones de prejubilación, en los sectores más pudientes, etc.), cambie o se enriquezca con la negociación de medidas sociales realmente confiables, a fin de dar concreción al derecho a la recolocación tomado en serio, hoy marginales. En este sentido, las reformas legales necesarias a tal fin volverían a verse frustradas sin el compromiso de buena fe de los sujetos negociadores, así como, por supuesto, de una participación más eficaz, y en una lógica proactiva, de las Administraciones públicas, desde una coordinación leal entre los diferentes niveles implicados, también en su financiación (comunitarios, estatales, autonómicos y locales). Se abrirá una nueva etapa de cooperación público-privado digna de incentivarse, sin devaluarse a mera financiación pública de una obligación privada.

Sin duda, la experiencia forzada de los ERTE-covid19 deberían hacernos aprender las lecciones debidas, sin autoengaños, claro, pues las formidables ayudas financieras que aquellos han mantenido no pueden ya pretenderse en situaciones de normalidad, ante el elevado coste que supone, por más que el dinero que se invierta en el mantenimiento del empleo (también económicamente viable) sea un modo de ahorrar gasto social (prestación por desempleo). La gestión preventiva, anticipatoria, y proactiva (no reactiva o defensiva) del empleo ante los procesos ahora continuos de reestructuración requiere, como auspician las instituciones comunitarias, si bien no siempre han seguido coherentes (ej. las políticas de austeridad y productivismo, basado en la eficiencia y la rentabilidad económicas inmediatas, más que en las garantías de empleo, aún en otras empresas y sectores), requiere dar efectividad al plan de medidas sociales que prevé la actual normativa (art. 8 RD 1483/12) y que no se queden en mero papel mojado, ignoradas o infravaloradas tanto por la autoridad laboral como por parte de los sujetos colectivos⁶³. No creo que el retorno a modelos basados en un intervencionismo fuerte (autorización) y en una fiscalización rígida de la causalidad (control de oportunidad económica del cese) sean soluciones hoy coherentes, incluso eficaces, sino que, en línea con la evolución de los países más desarrollados y conforme al estándar internacional europeo en materia, el eje de la regulación debe ponerse en una negociación de buena fe basada en las medidas sociales, entre ellas la recolocación, tomadas en serio y la garantía pública para ser fiables.

⁶² Rara avis, la SAN 30 de mayo de 2014, rec. 13/14 anuló el despido por falta de buena fe negociadora al no constatarse un plan de formación a las personas trabajadoras en el proceso de consultas.

⁶³ Vid. Terradillos Ormaetxea, E. “Las medidas de acompañamiento social...”. Ob. cit. p. 331.

EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA ANDALUZA A TRAVÉS DEL CARL EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO DEL SERCLA

SOFÍA OLARTE ENCABO

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

EXTRACTO

Palabras clave: conflictos colectivos, resolución, Sercla, CARL, Andalucía

La Administración laboral de Andalucía desempeña un papel relevante en la solución de conflictos colectivos de trabajo a través del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL). Dicho papel se ha articulado predominantemente mediante su contribución a la creación, desarrollo, funcionamiento, gestión y consolidación del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA). En este estudio se efectúa un análisis normativo y valorativo del particular modelo de gestión integrada de estos conflictos, entre la autonomía colectiva y la Administración laboral. Partiendo de una visión general de los sistemas extrajudiciales o autónomos que se han desarrollado en el nivel regional o autonómico y de su significado, nos centramos en el sistema de solución andaluz analizando su vinculación con la concertación social en esta Comunidad Autónoma y la actividad del CARL. A través de estas páginas fundamentamos la conformación de un modelo propio, con características diferenciales, valoramos su grado de eficiencia y su resiliencia a los cambios políticos y socio-económicos, así como los resultados de una gestión pública de sistema creado y gobernado por las partes sociales. La perspectiva normativa (ley reguladora del CARL, Estatuto de Autonomía, Acuerdo por el que se regula el Sistema Extrajudicial de Resolución Conflictos de Andalucía y Acuerdos de Concertación Social- es la base en que se sustentan las conclusiones fundamentales del trabajo, a las vez que también se reflexiona sobre los datos de los informes y estadísticas, que dan cuenta del grado de eficiencia y avance del modelo.

ABSTRACT

Key words: collective conflicts, resolution, Sercla, CARL, Andalusia

The Andalusian Labor Administration plays a relevant role in solving collective labor disputes through the Andalusian Labor Relations Council (CARL). This role has been articulated through its contribution to the creation, development, management, operation and consolidation of the Extrajudicial System for the Resolution of Labor Disputes of Andalucía (SERCLA)- This study carries out a normative and evaluative analysis of the particular model of integrated management of these conflicts, between collective autonomy and the labor Administration. Starting from a general vision of the extrajudicial or autonomous systems that have been developed at the regional or autonomous level and their meaning, we focus on the Andalusian solution system analyzing its link with the social agreement in this Autonomous Community and the activity of the CARL. Through these pages we base the creation of our own model, with differential characteristics; we value its degree of efficiency and its resistance to political and socio-economic changes, as well as the results of a mixed management. The normative perspective -regulatory law of CARL, Statute of Autonomy, Agreement that regulates the Extrajudicial Conflict Resolution System of Andalusia and Social Agreement Agreements- is the basis on which the fundamental conclusions of the work are based, however, also the reports and statistics that show the degree of efficiency and progress of the model are analyzed

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: EL DESARROLLO DE LOS SISTEMAS AUTÓNOMOS-AUTONÓMICOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES
2. EL SERCLA: UNA SIMBIOSIS ARMÓNICA ENTRE LA AUTONOMÍA COLECTIVA Y LA ADMINISTRACIÓN LABORAL BASADA EN LA CONCERTACIÓN SOCIAL
3. LA PARTICIPACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA EN EL SERCLA
4. EL CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES COMO ÓRGANO GARANTE DEL SERCLA
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN: EL DESARROLLO DE LOS SISTEMAS AUTÓNOMOS-AUTONÓMICOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES

El objeto de las reflexiones que siguen a continuación es analizar el papel de la Administración Autonómica, más concretamente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL) en la solución de conflictos colectivos laborales, a través o dentro del Sistema de Resolución Extrajudicial de Conflictos de Andalucía. No obstante, a modo de introducción conviene partir de una breve referencia al papel y desarrollo de estos sistemas con carácter general y particularmente en el caso del sistema andaluz.

Los procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales son objeto de una regulación amplia y ya muy madura, en cuanto se trata de un conjunto normativo extenso y consolidado en el tiempo a partir de la instauración del modelo constitucional de relaciones laborales democrático, que como es bien sabido reconoce de forma expresa todas y cada una de las manifestaciones de la autonomía colectiva profesional (autoorganización, autoregulación y autotutela). El reconocimiento a los trabajadores y empresarios en el art. 37.2 CE del derecho adoptar medidas de conflicto colectivo sienta las bases para el desarrollo de un modelo de relaciones colectivas no meramente conflictivo -para lo que se reconoce al máximo nivel el derecho de huelga, como medida de presión por excelencia-, es decir, que el texto constitucional sustenta la gestión del conflicto laboral en una combinación entre medios pacíficos de solución autónoma y medios de presión. Y, por otro lado, aun apostando por la autonomía colectiva como medio de solución de conflictos, ello no excluye la solución judicial.

En este estudio nos centraremos en el estudio de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos laborales, más concretamente en el andaluz -el SERCLA-, desde la perspectiva de la interacción entre la Administración laboral y la autonomía colectiva. Y a tal efecto es necesario partir de de una descripción general del marco jurídico, poniendo de manifiesto, en primer lugar, que nos encontramos con un marco jurídico-normativo disperso y complejo. A diferencia de otros derechos reconocidos en otros preceptos constitucionales (art. 28.1 y 2,

art. 37.1) esta pieza clave de nuestro sistema de relaciones laborales no cuenta con un desarrollo propiamente dicho en la legislación laboral estatal, de hecho, cada vez más, la doctrina manifiesta la oportunidad o conveniencia de introducir un título IV en el Estatuto de los Trabajadores regulador de los aspectos generales de los procedimientos autónomos de solución de conflictos. En lugar de ello, tanto el Título I, como el Título III contienen referencias o remisiones a estos procedimientos en una gran diversidad de materias o instituciones. Además de las referencias a estos procedimientos en otras normas como la propia Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Dispersión, en segundo lugar, porque estos procedimientos se regulan propiamente mediante acuerdos interprofesionales de materia concreta de ámbito estatal y autonómicos. Acuerdos que, fruto de la experiencia y la constante renovación han conformado ya una compleja y completa red de sistemas de resolución no judicial de conflictos sustentados en la autonomía colectiva. Los acuerdos sobre los que se sustentan dichos sistemas en cada Comunidad Autónoma han contribuido de forma decisiva en el desarrollo de verdaderos marcos autonómicos de relaciones laborales (más si cabe que la negociación colectiva), más allá de las limitaciones constitucionales de orden competencial relativas a la legislación laboral ex art. 149.1, 7ª CE. Y, a la vez, ello determina que coexistan sistemas diferentes aun con elementos básicos comunes.

La nota de dispersión normativa a la que nos referimos se traduce en la existencia de una regulación predominantemente autónoma y autonómica, a partir de unas mínimas remisiones “habilitantes” en la legislación estatal. Autónoma porque, aunque es la ley laboral estatal la que delimita el ámbito de aplicación de estos sistemas y su mayor o menor protagonismo, combinados con los medios de solución judicial, lo cierto es que la regulación propiamente dicha de estos procedimientos y de su gestión es fruto del diálogo social y la negociación colectiva. Y autonómica, porque, sin desconocer la relevancia del sistema estatal -acorado en el VI ASAC y gestionado por el SIMA-, éste se configura, si no como residual, al menos sí como limitado a conflictos de dimensión territorial estatal que son menos numerosos¹.

A partir de estas dos características, el marco jurídico regulador de los sistemas autónomos de solución de conflictos se mueve o desenvuelve en el ámbito del desarrollo del Estado autonómico, porque, y esto es algo que debe quedar claro, incluso la autonomía colectiva está condicionada -o limitada- por la atribución al Estado de la competencia exclusiva en materia de legislación laboral, sin perjuicio de

¹ Sí llega a hablar de un papel residual del sistema de ámbito estatal y de una prioridad de los sistemas autonómicos Sepúlveda Gómez y Rodríguez-Piñero Royo, en “Balance del sistema extrajudicial de resolución de conflictos de Andalucía (SERCLA)”, *Temas Laborales*, núm.154, 2020, pgs. 123 y 124.

su ejecución por las Comunidades Autónomas. La creación de una Administración Laboral autonómica, además del desarrollo de políticas económicas, sociales y de empleo autonómicas se ha llevado a cabo en Andalucía de forma escasamente conflictiva, siendo la tónica la colaboración y complementariedad con la legislación estatal, como ha sucedido en la mayor parte de las Comunidades Autónomas.

De forma paralela, el sistema de solución autónoma de conflictos laborales de ámbito estatal se ha desarrollado de forma paralela a los sistemas autonómicos en un modelo de relación armónico, no conflictivo, y coordinado; y aunque se observan algunas diferencias entre cada sistema autonómico entre sí y entre éstos y el estatal, se puede concluir que hay una base común homogénea que los identifica en lo esencial.

Dado que nos interesa fundamentalmente en este análisis valorar el papel de la administración autonómica andaluza en el desarrollo ya gestión de los conflictos colectivos de trabajo, es claro que no es objeto de estudio de forma directa ni pormenorizada el régimen jurídico, ni los procedimientos del Sercla. Sólo indirectamente nos referiremos a ellos, en la medida en que la administración autonómica está implicada en su organización y funcionamiento a todos los niveles. Siendo importante señalar que este particular modo de intervencionismo administrativo en la gestión de los conflictos colectivos de trabajo en Andalucía ni cuestiona ni invade un espacio que corresponde por excelencia a los propios interlocutores sociales.

A partir de las consideraciones anteriores, podemos decir que la consolidación del Estado de las Autonomías ha tenido plena proyección en las relaciones laborales en todas las Comunidades Autónomas, pese a la carencia de poder legislativo autonómico en materia laboral. Desarrollo autonómico que en el caso de Andalucía no se ha llevado a cabo como “mecanismo de erosión de la necesaria cohesión y territorial para el conjunto de España”², sino de forma esencialmente colaborativa e implementadora de la legislación estatal y las políticas de la Administración Laboral estatal. Es decir, que la Administración autonómica ha sido la pieza clave e imprescindible para poner en marcha las sucesivas reformas legislativas estatales, al margen de la coincidencia o no del signo político de uno y otros Gobiernos. Siendo ésta también la tónica general de los agentes sociales, que, igualmente, son la otra pieza del desarrollo de los sistemas autonómicos de relaciones laborales, a lo que contribuye el hecho de que exista plena coincidencia entre sindicatos y organizaciones más representativas a nivel estatal y a nivel autonómico, siendo además organizaciones altamente integradas a nivel confederal.

² Cruz Villalón, J.: “Las relaciones laborales en Andalucía”, *Temas Laborales*, núm. 100, 2009, pg. 43, afirmando, respecto al caso andaluz el desarrollo en términos de complementariedad y enriquecimiento entre uno y otro nivel -autonómico y estatal-, sin cuestionar las competencias estatales, ni pretender entrar en colisión con ellas ni poner en cuestión el mercado de trabajo único en todo el territorio nacional.

Esta dinámica de colaboración o no confrontación entre el ámbito estatal y el autonómico, especialmente acusada en el caso andaluz, se ve reflejada en el desarrollo de los sistemas de solución de conflictos, autonómicos y de ámbito estatal, cuya relevancia en el conjunto de elementos de nuestro sistema de relaciones laborales no ha cesado de aumentar, pese a partir de una cultura sindical predominantemente conflictiva -a diferencia de otros modelos típicamente transaccionales como el americano-. Relevancia en la que, cuantitativamente, los sistemas autonómicos ocupan un lugar destacado, dada la mayor incidencia de conflictos colectivos de ámbito territorial autonómico.

Los sistemas autonómicos de composición autónoma (o extrajudiciales) se han ido desarrollando con ligeras diferencias cronológicas y se sustentan en principios e instituciones muy similares. Todos ellos son producto de la autonomía colectiva en cuanto tienen un origen negocial-colectivo (acuerdos interprofesionales sobre materia concreta ex artículo 83.3 ET), pero a la vez, en todos los casos, su implantación y desarrollo han contado con el apoyo -en algún caso, solo financiero- de la correspondiente Administración Laboral autonómica en cumplimiento de la decidida e ininterrumpida voluntad legal-estatal de desarrollar y promocionar estos procedimientos de solución de conflictos. No obstante, y siendo el objeto de nuestro estudio analizar el papel de la Administración andaluza en la implantación, desarrollo y funcionamiento del sistema andaluz -SERCLA- y en general en la solución de la conflictividad laboral en Andalucía, es importante avanzar ya que una de las notas distintivas del modelo andaluz radica precisamente en la particular interacción y compromiso de la Administración autonómica andaluza -fundamentalmente a través del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales- dentro del sistema SERCLA y en general en la gestión de los conflictos colectivos de trabajo de ámbito territorial andaluz.

2. EL SERCLA: UNA SIMBIOSIS ARMÓNICA ENTRE AUTONOMÍA COLECTIVA Y ADMINISTRACIÓN LABORAL BASADA EN LA CONCERTACIÓN SOCIAL

Partimos de la afirmación de que el SERCLA se considera un sistema de resolución extrajudicial de conflictos laborales caracterizado por una simbiosis armónica o “perfecta” entre la autonomía colectiva y la Administración laboral autonómica que se ha venido construyendo y articulando a través de la concertación social. Esta afirmación, no exenta de polémica por el rechazo generalizado al intervencionismo administrativo exacerbado durante el período de dictadura franquista, requiere de una fundamentación que sustentamos en un análisis del marco normativo autonómico y de la propia historia de este sistema de solución extrajudicial de conflictos..

El Estatuto de Autonomía de Andalucía vigente - aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía-, en lo que aquí interesa, se diferencia del primer Estatuto en la mayor profusión de artículos que se refieren al reconocimiento de derechos sociales (a modo de carta de derechos), ya reconocidos en el texto constitucional y al desarrollo del empleo y las relaciones laborales en Andalucía³. Ciñéndonos al objeto de estudio, se observa como el Título IV del primer Estatuto de Autonomía (aprobado por la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre), denominado “Economía y Hacienda”, pasa a denominarse, en el vigente Título VI “Economía Empleo y Hacienda” y dentro de éste, el capítulo II lleva la rúbrica empleo y relaciones laborales” y concretamente es el artículo 173 el que establece que la Comunidad Autónoma tendrá una política propia de relaciones laborales que comprenderá en todo caso, entre otras -apartado 4^a- la promoción de medidas de resolución extrajudicial de conflictos laborales, además de la promoción del marco autonómico para la negociación colectiva con la que aquéllas están estrechamente relacionadas. Además es igualmente significativo de la relevancia de los sistemas extrajudiciales en la norma autonómica el hecho de que se reconozca de forma expresa la competencia de la Comunidad Autónoma, en el marco de la legislación del Estado, previsión contenida en el artículo 63, según el que se asume la competencia ejecutiva en materias de empleo y relaciones laborales, que comprenderá como mínimo, entre otras, la promoción de medios de resolución judicial de conflictos laborales, asumiendo así estas competencias en los supuestos en que esté previsto en la legislación laboral estatal.

Cabría pensar que este cambio en la norma estatutaria andaluza explicaría o sería la causa del extraordinario desarrollo del SERCLA y la comprometida participación de la Administración autonómica en su buen funcionamiento y, en general, en la solución de conflictos laborales. Sin embargo, lo cierto es que el sistema de solución de conflictos andaluz, como sucede con todos los demás, es anterior y previo a los Estatutos de Autonomía de “segunda generación”, por tanto, la conclusión debe ser necesariamente distinta. Es decir, desde nuestra perspectiva, lo que sucedió es que se habría elevado al máximo rango del Derecho autonómico una realidad previa que ya había ganado un lugar destacado en la conformación de un sistema de relaciones laborales en el nivel autonómico.

La dimensión social es mucho más profusa en el segundo Estatuto que en el primero, lo que, como hemos señalado, no es realmente novedoso en cuanto

³ La amplia y fructífera andadura de la concertación social en Andalucía durante la vigencia del primer Estatuto, determinó la participación de los interlocutores sociales en el diseño del nuevo, En este sentido, puede consultarse el documento “Bases para la Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía” de UGT-A, especialmente las Bases Cuarta y Sexta. Para un análisis jurídico de los estatutos de “segunda generación”, vid. Molina Navarrete, C.: “Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto constitucional de competencias en las materias de empleo, trabajo y protección social”, *Revista del Centro de Estudios Financieros*, núm. 60, 2000.

obedece a una lógica de mera traslación de una previa, constante y rica actividad de concertación social entre el Gobierno andaluz y los interlocutores sociales, Por tanto, no se trata de que el primer Estatuto de Autonomía no contemplase este tipo de competencias, ni limitara las posibilidades de desarrollar un marco autonómico de relaciones laborales. Así, aun con un tenor mucho más general e impreciso, el artículo 17 del Estatuto de Autonomía de 1981 establecía dichas competencias ejecutivas de la legislación laboral con “nuevas facultades y servicios propios de la Administración respecto de las relaciones laborales”.

Digamos que lo que aporta el vigente Estatuto de Autonomía es que ha dado mayor visibilidad y precisión a las competencias autonómicas en el campo de las relaciones laborales, pero lo ha hecho, no como consecuencia de un avance competencial, ni como novedad en el campo de la decisión política, sino como forma de consagración de una realidad previa ya consolidada de concertación social y de desarrollo de un sistema andaluz de relaciones laborales, , siendo el SERCLA uno de los pilares fundamentales de ese sistema de relaciones laborales andaluz -incluso más sólido que la negociación colectiva de ámbito andaluz-. Opciones que se enmarcan en un Estatuto de Autonomía que hace del diálogo y la concertación social elementos claves de la democracia, consagrando ambos en el art. 10.20 que, además, reconoce la función relevante que en ese sentido cumplen las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Andalucía, a cuyo efecto establece el mandato de regular la participación institucional de estas organizaciones -art. 26.2-. Además, el art. 159 -”Del diálogo y la concertación social”, reconoce la contribución de estas organizaciones al diálogo y la concertación, cumpliendo una relevante función en defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios.

Y, aunque no hace mención expresa al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, sí se refiere al Consejo Económico y Social, como cauce de participación y diálogo permanente en los asuntos sociales y económicos -art.132-, con una función consultiva en materia económica y social -art. 160-⁴

En cumplimiento con lo aprobado en la norma estatutaria, el Real Decreto 4043/1982, de 29 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Junta de Andalucía en materia de trabajo, ya, estableció el traspaso de funciones -según aparece en el Anexo I que reproduce el acuerdo sobre transferencias de la Comisión Mixta de Transferencias de la Administración del Estado a la Junta de Andalucía- entre otras, en materia de relaciones colectivas de trabajo -apartado 3-, reconociendo facultades en materia de huelgas y cierres patronales (declaraciones de huelga y cierre y recepción de comunicaciones al efecto), y de conciliación, mediación y arbitraje” -apartado 3.2- que se han

⁴ En la actualidad la presidencia del CES de Andalucía recae en la misma persona (Ángel Gallego Morales) que la presidencia del CARL, quien la asume precisamente por ostentar la presidencia del CARL, tras la modificación del régimen de incompatibilidades del CES, en la política del Gobierno andaluz de reducción del número de altos cargos.

de entender relacionadas con la adopción de estas medidas de presión, además de, expresamente y en aparatado diferenciado -3.3- “en materia de conflictos colectivos, la Junta de Andalucía conocerá , tramitará y resolverá los expedientes de conflictos colectivos que se susciten por controversia en relación con cualquiera de las materias transferidas”. Competencias que hoy, pese al desplazamiento de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos colectivos de carácter administrativo previstos en el DL 17/1977, de 4 de marzo, por los procedimientos autónomos de solución extrajudicial, conserva plenamente, la Junta de Andalucía -pese a tener un papel residual-.

Del análisis del marco jurídico autonómico se concluye que el papel de la Administración laboral autonómica en la gestión de los conflictos colectivos de trabajo está formalmente sustentado en la Constitución y la norma estatal, pero, como vamos a ver, va más allá de ello en cuanto se detecta que ha habido una especial voluntad política de, a partir de estas previsiones normativas, contribuir decididamente a la generación de un sistema andaluz de relaciones laborales a través de un modelo propio de solución de conflictos, lo cual se explica, no tanto en la menor voluntad política o los menores esfuerzos para contribuir al desarrollo de un nivel autonómico de negociación colectiva, sino por las mayores dificultades de alcanzar este último objetivo por razones relacionadas con la estructura de la negociación colectiva y de las propias organizaciones más representativas.

La voluntad política de desarrollar un marco autonómico para las relaciones laborales en Andalucía, ya se dejaba entrever en la temprana creación del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales -en adelante CARL-, mediante la Ley 4/1983, de 27 de junio. al que, sin omitir funciones relacionadas con la negociación colectiva, se asigna un papel claro en relación con el desarrollo de un sistema autonómico extrajudicial de solución de conflictos. Dado el grado de implicación del CARL en la gestación, desarrollo, gestión y funcionamiento del SERCLA, cabría pensar que se ha circunvalado, a través de una instrumentalización de la autonomía colectiva, el marco constitucional que limita las competencias autonómicas en materia laboral a las meramente ejecutivas. Sin embargo, la realidad es bien distinta, ya que el SERCLA se creó mediante acuerdo interprofesional adoptado entre los agentes sociales más representativos en el que las organizaciones firmantes tienen un algo grado de implicación que va más allá de la firma del acuerdo. Lo que sucede es que el CARL, en el ejercicio de las funciones legalmente encomendadas, ha desplegado una intensa actividad de asistencia y se ha orientado a servir de instrumento de apoyo a los agentes sociales -cuya capacidad normativa o reguladora está igualmente delimitada por legislación estatal-. Este matiz es importante, dado que precisamente este grado de implicación administrativa en el sistema autonómico de solución extrajudicial de conflictos es uno de los rasgos distintivos del modelo andaluz respecto a la mayoría de los autonómicos y el de ámbito estatal; y ello no siempre ha sido bien comprendido, recibiendo calificativos como el de ser un sistema corporativo, que no responden a la realidad. Ciertamente, recordemos que la mayoría de los sistemas de solución autónomos -el estatal y los autonómicos-

optan por contar con una estructura de gestión externa a la Administración laboral autonómica, como es el ASAC, cuya se gestión se encomienda a la Fundación SIMA. Sin embargo, todos, sea cual sea la opción organizativa, cuentan con financiación pública, sin que en unos y otros casos se pueda cuestionar ni su carácter técnico ni la preeminencia de la autonomía de las organizaciones firmantes.

Ciertamente, este modelo social entró en crisis en 2014 al abrirse procesos judiciales contra la entonces Consejería de Empleo y contra las organizaciones más representativas -que afectó sobre todo, pero no solo, a UGT-A- relacionados con la gestión de los fondos de formación, lo que comportó la puesta en cuestión del modelo de concertación identificativo de esta Comunidad Autónoma y su propia legitimidad. Sin embargo, lo cierto es que incluso en un período de profunda ruptura, en el que arreciaron las críticas contra este modelo y sus protagonistas, el SERCLA no experimentó contracción ni fue cuestionado. Es más, en 2015 experimentaría un nuevo impulso con la firma de otro Acuerdo Interprofesional sobre el Sistema de Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía. Y en cuanto a la concertación social, se abrió una nueva etapa de diálogo con la apertura a más interlocutores, cambios terminológicos y más particularizada -materias concretas- entre las que destacan la Alianza por un Turismo Innovador (2016), Acuerdo sobre cláusulas sociales y medioambientales de los contratos públicos (2016), el Pacto andaluz por la Industria (2017), IV Pacto andaluz por el Turismo (2020) o el Acuerdo para la recuperación económica y social de Andalucía (2020)

Centrándonos ahora en el marco normativo del SERCLA, se ha de avanzar que el mismo surgió en un momento particular y que su puesta en marcha fue determinante del desarrollo del modelo social andaluz, siendo la pieza clave en la construcción de la dimensión autonómica de las relaciones laborales en Andalucía en el contexto más amplio de la concertación social regional ininterrumpida en los primeros 30 años de andadura en esta Comunidad Autónoma. El SERCLA se creó en 1996 a partir del Acuerdo Inteprofesional para la constitución del Sistema de Resolución Extrajudicial de Conflictos Laborales de Andalucía, suscrito por UGT, CCOO, CEA y el gobierno andaluz, con algo de retraso respecto a otras Comunidades, pero con anterioridad al Acuerdo estatal. La firma del mismo estuvo precedida de un período de trabajo entre bastidores, en el que el papel del CARL fue decisivo -que, recordemos, ya se había creado en 1987-, adoptando iniciativas de toda índole paradar a conocer estos medios de solución y formar a los agentes sociales en estos sistemas de solución de controversias, esencialmente de naturaleza colectiva, con vistas a constituir un sistema de solución de conflictos autónomo -sustentado en la autonomía colectiva- como alternativa a la vía administrativa ya entonces residual⁵.

⁵ Para no extendernos aquí en esta fase histórica del Sercla, nos remitimos a los estudios doctrinales que más profundizan en la cuestión y cuyas conclusiones seguimos aquí. Vid. en tal sentido, Fernández López, M^a.F. y Rodríguez-Piñero, M.: “Estudio preliminar”, en *Sistema*

Muchos son los estudios que han analizado la gestación del sistema SERCLA, sus objetivos iniciales, su desarrollo, vicisitudes y dificultades. Dificultades en la década de los ochenta del siglo pasado que apuntan no a una falta de decisión política, sino al peso de la aún arraigada cultura pro administrativa y judicial en la resolución de estos conflictos, además del escaso desarrollo de la Administración autonómica y la aún incipiente transferencia de competencias.

La vinculación entre el sistema SERCLA y la concertación social andaluza⁶ quedó plenamente visible y formalizada en el Acuerdo para el Desarrollo Económico y Social de Andalucía de 17 de mayo de 1993 -conocido como I Acuerdo de Concertación Social-, en el que las tres partes firmantes acordaron la creación de un sistema de resolución de conflictos extrajudicial en Andalucía, expresando la voluntad de la Junta de Andalucía de iniciar la tramitación de leyes para el establecimiento de “servicios administrativos y sustitutorios de éstos”. Este acuerdo andaluz fijaba también las principales características de dicho sistema, alguna de las cuales ha sido una nota distintiva de los demás sistemas, como es la inclusión de los conflictos entre el personal laboral y la Junta de Andalucía -además de suprimir en estos casos la exigencia de reclamación previa-. El Acuerdo limitó el ámbito de actuación a los conflictos colectivos de trabajo, estableciendo la conciliación y mediación obligatorias, que sustituirían al sistema administrativo de conciliación, mediación y arbitraje. Apenas transcurrido un mes de la firma del I Acuerdo de Concertación Social, el CARL que fue el órgano encargado de llevar a cabo las actuaciones necesarias para el cumplimiento del mismo, comenzó sus actuaciones en este sentido. No obstante, y aunque se fijó un plazo de tres meses para articular el sistema, fue necesario que, dos años después, se ratificara lo acordado, concretamente en el Pacto Andaluz para el Empleo y la Actividad Productiva, de 13 de febrero de 1995, que añadía el mandato al CARL de potenciar la negociación colectiva -agilizando los procesos de negociación e impulsando la

Extrajudicial de Solución de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 1999; Fernández López, M^a.F.: “El sistema de solución de conflictos en la Comunidad Autónoma de Andalucía: concreción un sistema global”, en VV.AA., *Veinte años de relaciones laborales en Andalucía: visión histórica y perspectivas de futuro*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003, González Biedma, E.: “Los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos de trabajo en las Comunidades Autónomas”, REDT nº 65, 1994, Castro Pascual: “El sistema extrajudicial de resolución de conflictos colectivos laborales de Andalucía (SERCLA)” en Carretero Espinosa de los Monteros (coord.), *Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de derecho público*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Comares, Granada 2003 y VV.AA.: *Sistema Extrajudicial de Solución de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 199.

⁶ Sobre la dinámica de diálogo social y las tensiones entre el modelo conflictivo y el de concertación en Andalucía vid. VV.AA., dir. Olarte Encabo, *La movilización como instrumento sindical para el cambio en Andalucía*, Ed. Fundación para el Desarrollo de los Pueblos de Andalucía (Fudepa), Sevilla, 2010.

mediación cuando ello fuera necesario- y de desarrollar los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos.

Por tanto, el desarrollo del sistema SEC parte y se enmarca en la concertación social, con el apoyo tanto de los interlocutores sociales como de la Administración y Gobierno autonómico.

Finalmente fue el Acuerdo Interprofesional para la constitución del Sistema de Resolución Extrajudicial de Conflictos Colectivos Laborales, de 3 de abril de 1996 el que propiamente creó el sistema, debiendo subrayar que la fórmula jurídica elegida para su adopción -acuerdo interprofesional de materia concreta ex artículo 83.3- es relevante, en cuanto se prefirió un instrumento de naturaleza jurídica vinculante -la misma que el convenio colectivo estatutario- en lugar de un pacto político. Ello manifiesta el grado de compromiso de los agentes sociales en la puesta en marcha del sistema, pero no comporta un menor grado de implicación por parte de la Junta de Andalucía.

El desarrollo de este Acuerdo se llevó a cabo también mediante otro acuerdo interprofesional -Acuerdo Inteprofesional que establece el Reglamento del Sercla, adoptado 11 de mayo de 1998- , siendo éste el que permitió que el SERCLA iniciara su actividad, lo que efectivamente se produjo en enero de 1999. A partir de este momento el SERCLA llevó a cabo una intensa actividad contribuyendo de modo progresivo, pero decisivo, a la consecución de un alto grado de paz social, modificándose dicho Reglamento por acuerdo de las partes en diciembre de 2003 -publicado como texto íntegro⁷. Reglamento que sería objeto de una nueva revisión como consecuencia de la inclusión en el ámbito de aplicación del sistema de los conflictos individuales, lo que se llevó a efecto por Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del SERCLA de 20 de abril de 2005.

La influencia de la concertación social en el buen funcionamiento y perfeccionamiento del sistema no se limitó al momento de su creación, es decir, no es meramente histórica, ya que su evolución y la reforma de su régimen jurídico obedecen -además de a las necesidades de adaptación a las sucesivas reformas en la legislación laboral estatal- a opciones acordadas en la concertación social a tres bandas desarrollada a lo largo de décadas. Así, el V Acuerdo de Concertación Social de Andalucía de 23 de mayo de 2001 reconocía su utilidad en la resolución de los conflictos y en “el desarrollo fluido” de las relaciones laborales. Además, en el apartado denominado “Mediación” avanzaba en la necesidad de mejorar la formación de los mediadores, la mejora de las infraestructuras en los ámbitos territoriales, la importancia de llevar a cabo una actividad de información y difusión del sistema y exploraba las posibilidades de ampliar el ámbito de

⁷ Resolución de 21 de enero de 2004, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social. Entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOJA -4 de febrero de 2004-; este nuevo Reglamento supuso la derogación del Reglamento de 1998.

aplicación del sistema al personal funcionario de la Junta de Andalucía y a los conflictos individuales (aunque la extensión a éstos ya se contemplaba desde el principio, en la disposición adicional segunda del Acuerdo de 1996). También el VI Acuerdo de Concertación Social (2005) reconoció la extraordinaria importancia del SERCLA en la “mejora sustancial de nuestro sistema de relaciones laborales”, contribuyendo al diálogo social, al consenso y la paz social, por lo que acordó afianzar y perfeccionar el sistema⁸.

El último Acuerdo Interprofesional -aún vigente- que regula el sistema SERCLA ese adoptó en 2015, es decir, en un momento políticamente complejo con el estallido de los escándalos de los ERES y de la financiación irregular de las organizaciones firmantes a través de los fondos de formación, pero como había sucedido en los anteriores acuerdos interprofesionales, éste Acuerdo tuvo su origen también en la concertación social, en el último de los adoptados con el gobierno andaluz en ese primer y largo período. Nos referimos al Acuerdo para el Progreso Económico y Social de Andalucía, suscrito el 20 de marzo de 2013, que de nuevo ensalza la eficacia demostrada del SERCLA en la solución de conflictos laborales y lo considera el “escenario propicio para superar la conflictividad y facilitar la adopción de acuerdos, por lo que las partes se comprometían a adoptar un nuevo Acuerdo que fomentara el papel del SERCLA en el plazo de un mes a partir de la firma de este Acuerdo.

El Acuerdo Interprofesional sobre el Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos de 2015⁹, que sustituyó a los anteriores en su integridad, se adoptó fundamentalmente por la necesidad de acomodar el sistema a las reformas laborales producidas en el período 2010-2012, que ampliaban el protagonismo de los medios de solución extrajudicial en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo -especialmente en materia de negociación colectiva-. No obstante, el Acuerdo optó por mantener su adscripción al CARL, reiterando también el compromiso de la Junta de Andalucía en facilitar los medios personales y materiales para garantizar su funcionamiento en un modelo de integración entre la autonomía colectiva, verdadera protagonista del sistema, y la Administración de la Junta de Andalucía. Estos cambios comportaban la necesidad de adoptar un nuevo Reglamento, cuya

⁸ Ese mismo año 2005 se firmó un nuevo Acuerdo -4 de marzo- por el que se procedió a la extensión del sistema a la solución de determinados conflictos individuales, obligando a cambiar la denominación del sistema, del que desapareció la referencia a “conflictos colectivos”, que ahora sólo es de “solución de conflictos”, sin que ello comportara cambio alguno en las siglas. Los conflictos individuales que se incluyeron en sustitución de la conciliación prejudicial previstos en el art. 63 de la LRJS son los relativos a clasificación profesional, movilidad funcional, modificación sustancial de condiciones de trabajo, desplazamientos y traslados, período de disfrute de vacaciones, licencias, permisos y reducciones de jornada, incluidos los vinculados a conciliación de la vida familiar y laboral.

⁹ BOJA de 9 de febrero de 2015.

elaboración y aprobación se encomendó a la Comisión de Seguimiento del mismo, manteniendo en vigor los anteriores hasta la aprobación del nuevo, lo que se produjo por Acuerdo del 3 de mayo de 2018, siendo éste el que está en vigor, al haber derogado a los dos anteriores- el de conflictos colectivos y el de conflictos individuales-.

A la espera de los resultados del diálogo social a nivel estatal en el proceso de reforma de la legislación laboral, lo cierto es que no hay indicios de cambios muy relevantes en orden a los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos en lo que las relaciones colectivas de trabajo se refiere, con excepción de la negociación colectiva (descuelgues del convenio colectivo, ultractividad y supresión de la preeminencia del convenio colectivo de empresa). Y durante el período de medidas excepcionales adoptadas por las normas laborales de emergencia para hacer frente a las consecuencias de la pandemia del covid-19, lo cierto es que los sistemas de solución extrajudicial no han adquirido mayor protagonismo, habiéndose inclinado la balanza en este período hacia la vía judicial.

Los sistemas autonómicos de solución extrajudicial de conflictos laborales durante el período de la pandemia del covid 19 -en el que aun con menor intensidad nos hallamos inmersos-, han reaccionado adaptando su actuación a las limitaciones derivadas del confinamiento y restricciones de la movilidad y aforos, de forma análoga a lo sucedido en el ámbito judicial a partir de las previsiones del RDL 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID.19 en el ámbito de la Administración de Justicia. En el caso del SERCLA, se implantaron mediaciones virtuales seguras, que, aun habiéndose diseñado para ese período, se conforman ya como una opción permanente a voluntad de los interesados, y ello con el apoyo técnico del CARL que elaboró una guía para la solicitud, tramitación y celebración de mediaciones laborales, incorporando en su portal información sobre la mediación virtual, documentos informativos sobre medios tecnológicos y problemas técnicos. Y en la misma línea, la propia Comisión de Seguimiento del SERCLA, en acuerdo de 1 de julio de 2020, adoptó un acuerdo por que se promovía la celebración de procedimientos por vía telemática cuando fuera posible y medidas de prevención de riesgos sanitarios en las presenciales. Línea que quedó reforzada en otro acuerdo posterior, de 1 de octubre de 2020, que expresamente consideraba excepcionales las actuaciones y mediaciones presenciales (en supuestos de negativa expresa de las partes a la mediación on line).

3. LA PARTICIPACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA EN EL SERCLA

Los estudios sobre los resultados -o evaluaciones- de la eficiencia del sistema SERCLA son coincidentes en valorar de forma muy positiva sus resultados, tanto

en términos de volumen de expedientes y solicitudes, como en la consecución de resultados. Sin embargo, los estudios comparativos entre los distintos sistemas autonómicos no aportan datos que con claridad afirmen la superioridad de uno, o unos sistemas, respecto a otros, lo que dificulta nuestra intención de analizar en qué medida el peculiar sistema de integración en el Sercla en la Administración andaluza a través del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, desempeña o no un papel relevante como para poder afirmar si este elemento diferencial justifica que se trate o no de un modelo más exitoso. Las dificultades para llegar a obtener conclusiones estriban en razones muy diversas, entre las que destacan el diferente ámbito subjetivo establecido en el respectivo acuerdo interprofesional regulador, en el diferente ámbito objetivo, en la desigual distribución territorial del tejido productivo y número de empresas y trabajadores.

En todo caso, se considera que tanto el sistema estatal como los autonómicos, todos ellos individualmente y globalmente en su conjunto, han alcanzado un grado de implantación y de eficiencia más que aceptable, lo que ha sido posible gracias al convencimiento en sus bondades por parte de los agentes sociales y gracias al impulso de las reformas legales del período 2010-2012 a estos sistemas. Y, aunque la legislación covid es claro que no ha impulsado estos procedimientos de solución extrajudicial, optando por no confiarles la resolución de conflictos de toda índole derivados de la aplicación de dichas normas, considero que no se trata de que se haya producido ningún giro político-jurídico en orden a restar protagonismo a los sistemas autónomos de solución de conflictos. Ciertamente, si se hubiera optado por darles un mayor protagonismo, se podría haber evitado o atenuado la situación de colapso judicial, pero presumiblemente han sido la celeridad de los cambios normativos y su carácter de urgencia, las razones que explican que no se haya confiado a estos sistemas la resolución de conflictos derivados de la aplicación de dichas normas. En otros términos, más que hablar de oportunidad perdida, pienso que se ha impuesto un criterio de prudencia para no desbordar estos sistemas con infraestructuras más limitadas que la Administración judicial.

Otra vía para analizar la eficiencia del sistema, sería considerar las coincidencias y diferencias entre los diversos sistemas, clasificándolos en grupos más o menos homogéneos. Sin embargo, como ya ha puesto de manifiesto la doctrina científica, las diferencias son progresivamente menores -y a veces meramente formales o aparentes-, dada la evolución generalizada hacia la confluencia¹⁰. Y es claro que por encima de la cuestión de las diferencias -sobre todo en la denominación, la organización y gestión-- es claro que a lo largo de su evolución se ha producido una homogeneización o convergencia entre todos

¹⁰ Con argumentos y matices distintos, vid. Cruz Villalón, quien considera que hay “un notable grado de influencia mutua y perceptible proceso de mimetismo regulativo”, cfr. “Balance general de la mediación y el arbitraje...”, op. cit. pg. 18 y Molina Navarrete, que tras analizar las diferencias entre los sistemas autonómicos, viene a relativizar su alcance, cfr. “Procedimientos autonómicos de solución extrajudicial...”, op. cit. pg. 91 y ss.

los modelos autónomos o extrajudiciales, en sus aspectos fundamentales, esto es, sus principios inspiradores -autonomía-, su funcionalidad -soluciones pacíficas negociadas, prevención del conflicto y promoción de la negociación colectiva-, los instrumentos autoreguladores -todos ellos conforme a su naturaleza jurídica, con eficacia general automática y no condicionada a la adhesión voluntaria- y los procedimientos en sí -mediación y arbitraje-.

Centrándonos en el aspecto que nos interesa aquí -donde desde luego no se va a realizar un análisis del régimen jurídico del Sercla, para lo que nos remitimos a la abundante bibliografía- es conveniente analizar la organización y gestión del mismo comparativamente con otros modelos. Y en ese sentido, aunque todos los sistemas se financian con fondos públicos, se distinguen básicamente dos modelos, los que optan por una gestión externa a la Administración laboral -a través de entes con personalidad jurídica con autonomía orgánica, además de funcional, optando generalmente por la fórmula de la fundación- y los que optan por un sistema de gestión a través de un organismo adscrito a la correspondiente Administración autonómica. La mayoría de los sistemas autonómicos -y el estatal- han optado por el modelo de gestión externa a la Administración a través de Fundaciones bipartitas (SIMA, SERLA, TAMIV, TAL valenciano, TAC catalán, ORECLA.. entre otros)¹¹.

El modelo SERCLA obedece al segundo y minoritario modelo, de gestión integrada en la Administración autonómica, concretamente a través del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, al igual que el PRECO a través del Consejo Vasco de Relaciones Laborales o del AGA a través del Consejo Gallego de Relaciones Laborales. Si bien, solo el SERCLA y el PRECO incorporan el carácter tripartito, a diferencia del AGA - que se configura como estrictamente bipartito-. Es decir, que el modelo de organización y gestión del sistema autónomo de solución de conflictos laborales andaluz y vasco son muy similares.

El modelo Sercla -minoritario en este sentido- generó en su momento ciertas críticas y recelos por los riesgos de que mediante esta gestión integrada en la Administración se pudieran reproducir modelos administrativos burocratizados propios del pasado. Igualmente, se ha criticado esta fórmula por los riesgos de pérdida de espacio de actuación de la autonomía colectiva o los propios de las derivas neocorporativistas por su íntima vinculación a la concertación social a tres bandas en Andalucía. Temores y desconfianza que han quedado debilitados -si no aniquilados- a la vista de la realidad de los hechos. A lo largo de estos casi ya 30 años de funcionamiento del sistema desde su creación en 1996, los sucesivos acuerdos

¹¹ Para un análisis reciente y completo de los diferentes sistemas autonómicos, vid. AA.VV. (Dir. Granados Romera, M^a .I. y González de Patto, R.), *Procedimientos alternativos de solución de conflictos laborales: una perspectiva interdisciplinar*, Aranzadi,-Thomson Reuter, Pamplona, 2020. En especial dentro de esta monografía, el capítulo de Martínez Barbero, V.: “El Consello Galego de relaciones laborais: gestión y prevención del conflicto colectivo laboral”, pág. 351 y ss., reparando en esa diferencia.

reguladores han ido introduciendo desde meras mejoras técnicas, a importantes modificaciones sustantivas de su régimen jurídico, que han afectado a aspectos tan importantes como sus ámbitos subjetivo y funcional, los propios procedimientos (mediación y arbitraje) y la eficacia directa del acuerdo interprofesional regulado (suprimiendo la necesidad de previa adhesión voluntaria)- Sin embargo, en ningún momento, ni siquiera en momentos de dificultad extrema para la Administración laboral andaluza, se ha cuestionado este modelo organizativo, ni se ha roto el consenso entre la Junta de Andalucía y las organizaciones sociales más representativas. Es más, incluso tras el cambio del signo político de gobierno andaluz, el modelo de gestión integrada u orgánica del Sercla a través del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales permanece inalterado y no se ha planteado en ningún momento un giro hacia la gestión autónoma y externa.

Estos hechos, ya históricos, vendrían a avalar las tesis que sustentan que esta opción del Sercla se sustenta en la cultura de concertación¹² característica de nuestra Comunidad Autónoma, resistente incluso más allá de los cambios de partidos políticos en el Gobierno andaluz. No cuestionamos que ello sea un factor explicativo, sin embargo, considero que hay otro elemento que contribuye al mantenimiento del mismo y que tiene que ver con el grado de satisfacción de los agentes sociales y la confianza generada por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, no sólo no “salpicado” por los procesos de corrupción de la propia Consejería de Trabajo, sino por ser percibido como un servicio técnico eficiente y de calidad que no ha socavado, sino todo lo contrario, la autonomía de las partes sociales.

Ya hemos advertido de la dificultad de sacar conclusiones sobre la eficiencia de estos sistemas, tanto de forma individualizada como de forma comparativa. Es cierto que se cuenta con información estadística pormenorizada tanto a nivel estatal –elaborada por el SIMA y el CES- como a nivel autonómico. En el caso de Andalucía, es el propio Consejo Andaluz de Relaciones Laborales el que mantiene al día la información estadística detallada de todos los expedientes, según variables territoriales y sectoriales de conflictos colectivos –y también individuales- , año a año, con avances del año en curso en sus informes y también en sus memorias anuales. Más allá de datos concretos a los que aludiremos brevemente a continuación, se desprende que tanto el Sercla como el resto de sistemas han experimentado una evolución ascendente desde cero hasta ser un elemento relevante de nuestro sistema de relaciones laborales. El hecho de rozar el 50% de conflictos colectivos que se componen mediante acuerdo alcanzado en el seno del Sercla es motivo de satisfacción e indicador de su eficiencia, si tenemos en cuenta la *vis atractiva* de los procedimientos judiciales en conflictos colectivos jurídicos y el más tardío desarrollo de la autonomía colectiva en el campo de la autocomposición tras el

¹² En este sentido, vid. Ojeda Avilés, A.: *Las relaciones industriales en Andalucía*, Instituto de Desarrollo Regional, Sevilla, 1987 y VV.AA. (dir. Olarte Encabo), *La movilización sindical como instrumento de cambio...*, op. cit.

período de intervencionismo administrativo preconstitucional. Lo que no excluye que para no caer en el estancamiento, se haya de avanzar, contando con un más decidido impulso legal de estos medios, además de la propia voluntad de los agentes sociales, hacia un modelo menos judicializado de autocomposición autónoma.

En la doctrina se ha calificado al Sercla como “uno de los principales sistemas” extrajudiciales de resolución de conflictos “en términos reputacionales, de utilización y de capacidad de innovación”¹³, a lo que han contribuido las reformas legales de impulso de estos medios de solución –sobre todo, del período 2010-2012-, la voluntad de los agentes sociales y el apoyo e implicación de la Administración autonómica.

Desde el primer Acuerdo Interprofesional por el que se constituía el “Sistema Extrajudicial de Conflictos Colectivos”, el 3 de abril de 1996, el Sercla quedó adscrito al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, esta adscripción no se ha visto alterada ni cuestionada. Las partes sociales firmantes, manifestaron entonces la apuesta por un sistema de relaciones laborales que potenciaba la autonomía colectiva, considerando a la Junta de Andalucía “garante de los compromisos para la ejecución y funcionamiento del Sistema”. Tras la ampliación del mismo a determinados conflictos individuales en 2005, las partes consideran –y así lo explicitan en la Exposición del Acuerdo de adoptado el 7 de enero de 2015, vigente y que sustituye tanto al de conflictos colectivos de 1996 como al de conflictos individuales de 2005- no solo que el Sercla ha desarrollado “una destacada labor” que ha contribuido a la generación de un marco autonómico de relaciones laborales más eficiente y estable, sino, además, ha favorecido “el proceso de diálogo social”. La creciente utilización del Sistema en término de conflictos sometidos y de porcentaje de acuerdos alcanzados es valorada como muestra de la confianza generada, lo que ha sido reconocido también en los sucesivos Acuerdos de Concertación Social, que vienen apostando por el fomento del papel del Sercla. Esta función de “garante”, está expresamente contemplada en la Disposición Adicional Segunda del vigente Acuerdo regulador del Sercla que establece que corresponde a la Administración Autonómica facilitar los medios materiales y personales que garanticen la efectividad de los procedimientos previstos en el Acuerdo, volviendo a establecer que a estos efectos la gestión del Sercla se efectuará “a través de la adscripción funcional del mismo al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

En conclusión la gestión del Sercla desde su origen hasta el momento presente se ha mantenido invariablemente encomendada al CARL y, pese a las reticencias iniciales, ha demostrado ser una opción que se ha consolidado como la mejor, en cuanto ello ha contribuido tanto a reforzar la autonomía y papel de los agentes sociales, incluso más allá del ámbito de los conflictos, como a contar con un servicio público “ad hoc” que técnicamente ha asistido a las partes, sin

¹³ Cfr. Sepúlveda Gómez, M^a y Rodríguez-Piñero Royo, M.: “Balance del sistema extrajudicial de resolución de conflictos...”, *op. cit.*, pág. 126.

limitar ni condicionar el papel que constitucionalmente les corresponde en cuanto representantes de las partes sociales. Y lo cierto es que, sin cuestionar la eficiencia de los sistemas que optaron por una gestión externa a la Administración Laboral autonómica –como es el caso del SIMA, dotado de medios materiales y personal técnico igualmente altamente cualificado- la imbricación del CARL en el SERCLA ha aportado neutralidad generadora de confianza y ha proyectado sus efectos más allá del ámbito de los conflictos, al ámbito de la concertación social tripartita con los sucesivos gobiernos autonómicos, sin merma alguna de la autonomía colectiva.

Por hacer una breve mención a los conflictos gestionados por el SERCLA en el período más reciente¹⁴, hay algunos datos que merecen ser destacados:

-En 2019 –período previo a la pandemia provocada por el y tras un largo período de crisis económica- se registraron 934 expedientes de conflictos colectivos, lo que supone triplicar la cifra de los que se tramitaron en 199. Según los Informes Anuales y la Memoria de actuaciones del CARL, dichos expedientes afectaron a 15.714 empresas y 391.442 trabajadores, predominando los conflictos colectivos de empresa (914 del total de los 934 expedientes) frente a los sectoriales y destacando por el mayor número de expedientes las provincias de Málaga Sevilla y Cádiz. Finalmente, es de destacar que, aunque la mayor parte de los mismos se refieren a empresas del sector privado (809), ya se tramitaron el no desdeñable número de 125 en el sector público.

Otro dato significativo del año 2019 fue el incremento del número de expedientes que finalizaron de forma anticipada por desistimiento o incomparecencia de alguna de las partes, así como al incremento respecto a años anteriores del número de conflictos previos a la vía judicial, alcanzado el 68% del total, pese a que sólo se alcanzó avenencia en un 10,3% de ellos; en cambio, disminuyeron de forma muy significativa los procedimientos previos a la convocatoria de huelga, que representaron solo el 21,5%, bajando también el número de avenencias (sólo el 11%). En el apartado de “otros procedimientos” (conflictos de intereses y bloqueo de negociaciones), por el contrario se produjo un incremento respecto a años anteriores, alcanzando el 9,9% del total, con mejor ratio de avenencias –un 71,4%-

Tras el período más álgido de la pandemia, los datos del Informe sobre conflictos colectivos del primer semestre de 2021 ponen de manifiesto su tendencia ascendente. Así podemos destacar que en dicho período hubo 472 solicitudes de mediación en conflictos colectivos que afectaban a 6.189 empresas y 170.608 trabajadores (por provincias, Sevilla en primer lugar y, en segundo lugar, Cádiz,

¹⁴ Para un análisis valorativo relativo a la utilización del Sercla por las empresas y trabajadores andaluces hasta 2020, vid. Sepúlveda Gómez, M^a y Rodríguez-Piñero Royo, M.: “Balance del sistema...”, *op. cit.* pgs. 144 a 151; del período inicial, vid. Granados Romera, M^a.I.: “Balance y perspectivas del Sercla: las comisiones paritarias y su defectuosa articulación en el sistema”, *Temas Laborales*, número 65. 2002, pgs. 109-125.

encabezan el mayor número de conflictos tramitados). De ellas, se tramitaron efectivamente 328 expedientes, alcanzando en mediación 110 acuerdos, lo que representa el 33,45%, frente al 28,57% de acuerdos alcanzados en mediación en todo el año 2020. Entre las avenencias, los acuerdos previos a huelga, han representado el 42.37% del total (evitando 25 huelgas y representando 297.968 horas de trabajo recuperadas). Pese a la importancia de los expedientes de conflictos colectivos previos a la vía judicial, en ellos sólo se ha alcanzado un 29,27% de avenencias (un 70,73% sin avenencia). En cambio, en los generales, se ha alcanzado un 56,52% de avenencias. Podemos decir, por tanto, que el particular sistema SERCLA mantiene altos y crecientes niveles de eficiencia, sin que los cambios en el mapa político de Andalucía y situaciones tan graves y difíciles como las generadas por la pandemia hayan afectado su buena salud.

4. EL CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORLES COMO ÓRGANO GARANTE DEL SERCLA

El Consejo Andaluz de Relaciones Laborales se creó tempranamente, en 1983, mediante la Ley 4/1983, de 27 de junio y su texto no ha sufrido ninguna modificación posterior, pese a que la asunción de funciones ejecutivas en materia laboral sí se ha visto ampliada.

Con la creación del CARL, según la Exposición de Motivos, se pretendía dictar normas propias para la regulación de los servicios autonómicos a los que se atribuía la ejecución de la legislación laboral del Estado, que según doctrina constitucional incluye la capacidad de organizar, dirigir y tutelar dichos servicios e instituciones de autogobierno y ello aun cuando no aparezcan explicitados en el Estatuto de Autonomía –STC 14-6-1982-.

Junto a la cuestión competencial, la creación del CARL se vincula, desde la perspectiva del ordenamiento autonómico, con lo dispuesto en el artículo 12 del Estatuto de Autonomía de 1981 –promoción de la libertad e igualdad de todos los individuos y grupos en que se integran y remover los obstáculos que lo dificultan, además de la inclusión entre los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma, entre otros, del pleno empleo, promoción económica, redistribución de la riqueza, superación de las condiciones económicas, sociales y culturales que determinan la emigración y crecimiento armónico de Andalucía, entre otros. Ello comporta asignar al CARL un papel relevante en la mejora del mercado de trabajo y de la situación económica de la Comunidad Autónoma. Además, una serie de cometidos –depósito y registro de estatutos sindicales y de convenios colectivos, elecciones sindicales- se encomendaron también al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, a través de la Secretaría General, lo que sitúa al CARL en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo y particularmente, como se va a ver, en el

de los conflictos colectivos –sin perjuicio de que el SERCLA gestione también determinados conflictos individuales–.

En segundo lugar, y quizá con una mayor proyección que la mera asunción de competencias ejecutivas de la legislación laboral, la creación del CARL se vinculó expresamente con lo establecido en el Convenio 150 OIT (1978) de la Organización Internacional del Trabajo –OIT- sobre la Administración del Trabajo, cuyo artículo 5 dispone que “dentro del respeto más estricto a la autonomía de las organizaciones empresariales y de los sindicatos”, se han de establecer procedimientos para garantizar “la consulta, la cooperación y la negociación entre las autoridades públicas y estas organizaciones, que no son necesarios sólo a nivel internacional o nacional, sino también a nivel “regional y local”, además de favorecer en el ámbito andaluz la cooperación efectiva entre las propias organizaciones de empleadores y sindicatos (art. 6.2 c) del Convenio 150 de la OIT. Es decir, que más allá de la dimensión competencial –ejecución de la legislación laboral- se invoca directamente un convenio internacional ratificado por España en el que se insta a la creación de “procedimientos” de consulta, cooperación y negociación de nivel regional, lo que fundamenta la implicación de la Junta de Andalucía y su Gobierno, tanto en la consecución de la concertación social a tres bandas, como en promover la cooperación y la negociación colectiva entre las partes sociales.

En tercer lugar, destaca en la Exposición de Motivos de la Ley, que este “órgano de diálogo constante”, refiriéndose al CARL, efectuará o asumirá una función de “estudio conjunto de problemas cuyo mejor conocimiento facilitará la ampliación y racionalización del campo de lo negociado”. Es decir, que, en ese diálogo ininterrumpido, en el seno de este “órgano” -el CARL- se pretendía generar conocimiento.

En cuarto lugar –apartado 3 de la Exposición de Motivos, la ley hace referencia a que la creación del CARL pretende facilitar “un tratamiento más adecuado de los conflictos laborales respetando tanto los principios constitucionales como el margo de la legislación laboral vigente”. Es decir, se presta una específica atención a la intervención del CARL en un modelo de gestión del conflicto social, que, sin desconocer los mecanismos de presión y confrontación, permite introducir “elementos de cooperación y de acuerdo”. Y en el reconocimiento del carácter fisiológico o estructural del conflicto en las relaciones laborales, con divergencias y desacuerdos, afirma la necesidad de mantener unos y otros mecanismos –de presión y de solución pacífica- en sus “justas proporciones”, de modo que se puedan reducir los conflictos “a límites razonables”, asumiendo la Comunidad a tales fines la promoción de acuerdos, a cuyo fin se crea este Consejo, “a través del cual se pretende la promoción de instrumentos privados y la canalización de instrumentos públicos de solución de los conflictos colectivos”, que “sin llegar a una composición obligatoria generalizada”, puedan servir de ayuda y al entendimiento entre las partes. A partir de estas afirmaciones, es claro que, aunque el SERCLA fue más tardío que otros sistemas autonómicos, la Junta de Andalucía

fue pionera en la promoción de sistemas de solución extrajudicial creados por los agentes sociales y asistidos por la Administración autonómica, buscando un modelo andaluz de menos confrontación y más negociación y acuerdos. Quizá, en un exceso de protagonismo administrativo el legislador andaluz, que dice inspirarse en la experiencia comparada de mecanismos de asistencia y de ayuda en la solución de conflictos, afirma que el éxito de la intervención de un tercero se relaciona con el prestigio de los organismos y de los mediadores, especialmente si es un tercero público; sin embargo, pese a las dudas que pueda suscitar la afirmación del importante papel de este órgano de la Administración, en realidad no se estableció mediante esta ley un modelo de intervencionismo administrativo, señalando en la motivación de la ley, expresamente que el éxito del tercero público no se basa en el ejercicio de la autoridad sino en el grado de aceptación de las partes, para lo que se considera necesario que se cree un clima de confianza en la independencia, seriedad, neutralidad y responsabilidad del órgano público, lo que se considera que se alcanzará a través del diálogo permanente en el seno del Consejo.

De otro lado, en la misma línea de equilibrio entre la intervención de apoyo, técnica y promocional y el más estricto respecto de la autonomía de las partes, la Exposición de Motivos, señala que ese acercamiento entre la Administración Laboral autonómica y los agentes sociales mediante la creación del CARL, no tiene como objetivo que se produzca ningún tipo de dirigismo administrativo, pero tampoco, un “abstencionismo” ni un “abandono”. Una actuación de “incitación, consejo y animación” para el buen funcionamiento de las relaciones laborales. Equilibrio entre respeto a la autonomía colectiva e implicación activa, que cuidadosamente se mantiene a lo largo del articulado de la Ley 4/1983, como vamos a ver más adelante.

A partir de estos principios ordenadores del CARL, el articulado de la Ley regula su composición, estructura y funciones. Comenzando por éstas -y siguiendo así el orden sistemático que adopta la Ley-, el artículo 3 establece que con carácter general que la función del CARL es facilitar la consulta y la cooperación entre la Administración autonómica y las organizaciones empresariales y sindicales, así como las de estas entre sí y favorecer su acceso a los servicios administrados por la Comunidad Autónoma. En definitiva, esta función general, que luego se concreta en el segundo apartado del precepto, supone atribuir al CARL un papel fundamental en el diálogo social como agente promotor del mismo y de un funcionamiento fluido de las relaciones laborales.

Esta conformación funcional general se concreta en ocho especificaciones que son las que, en realidad van a sostener y permitir que el CARL pueda cumplir con esta misión y que son las siguientes:

- Conocer e informar la Memoria anual de actividad de la Consejería de Trabajo de la Junta de Andalucía le ha de someter anualmente

- Facultad de formular propuestas en materia de política social o laboral al Consejo de Gobierno de Andalucía o a la Consejería correspondiente
- Elaborar o promover dictámenes, estudios o estadísticas (bien por iniciativa propia, bien a solicitud del Presidente de la Junta de Andalucía o del Consejo de Gobierno).
- Facilitar, “dentro del respeto al principio de autonomía consagrado en el art. 37 de la CE, la negociación colectiva, con apoyo material y personal que “posibiliten los más altos niveles de diálogo y entendimiento”. Y, especialmente, fomentará la negociación en aquéllos sectores que adolezcan de particulares dificultades. Ciertamente, su vocación de ente auxiliar de la negociación para el desarrollo de un nivel autonómico se enfrenta a las dificultades de una estructura negociadora sectorial que se resiste al cambio, de modo que el predominio del nivel estatal y provincial, derivará los esfuerzos del CARL, sobre todo a la negociación colectiva de ámbito provincial.
- Centralizar la documentación relativa a a las elecciones a órganos de de los trabajadores en el territorio andaluz, velando por el correcto funcionamiento de los servicios provinciales de depósito y registro de actas electorales
- Asumir mediante la Secretaría General, el registro de sindicatos y asociaciones empresariales de ámbito superior a la provincia -y que no superen el ámbito andaluz- y también centralizar el depósito de convenios colectivos de ámbito superior a la provincia y que no rebase el dela Comunidad Autónoma.
- Expresamente se encomienda al CARL (apartado e) del art. 3.2) facilitar y promover la mediación y el arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo, a cuyo fin “ podrá adoptar medidas encaminadas a su solución mediante el ofrecimiento de mediadores y ámbitos y la adopción de propuestas o recomendaciones”, sobre todo en los conflictos prolongados o de amplia repercusión en la Comunidad Autónoma o sobre autorregulación de huelgas y paros en servicios públicos esenciales

Para el cumplimiento de estas funciones la Ley 4/1083, establece que el CARL contará con cuanta información precise para el desempeño de sus funciones por parte del Consejo de Gobierno y especialmente por parte de la “Consejería de Trabajo y Seguridad Social” de la Junta de Andalucía.

Del análisis del precepto legal se pueden extraer algunas conclusiones sobre el papel del CARL y a partir de ello de su relación funcional con el SERCLA:

- en primer lugar, el CARL se concibe con un órgano de la Administración autonómica andaluza cuya actuación se proyecta sobre las relaciones colectivas de trabajo en Andalucía, tanto en relación con la concertación social -bipartita y tripartita-, como con la negociación colectiva y la solución

de conflictos laborales, en la apuesta por un modelo de relaciones laborales democrático con menor propensión a la confrontación, más orientado al consenso y el acuerdo, en orden a su eficiencia. El hecho de que el SERCLA incluya en su ámbito de aplicación algunos conflictos individuales no genera ningún tipo de desajuste entre el modelo legal y este sistema creado por los agentes sociales.

- en segundo lugar, en concreto en relación con los conflictos de trabajo, la actuación del CARL -limitada a los conflictos colectivos, sobre todo los de mayor duración o repercusión o en huelgas en servicios públicos esenciales-, la norma establece una facultad de facilitar y promover la mediación y el arbitraje, en ningún caso su imposición. Ello posibilita que el CARL pueda tanto actuar directamente en este ámbito a demanda o voluntad de las partes (lo que ha sido muy excepcional), como que pueda hacerlo apoyando las iniciativas que en este sentido adopten las partes sociales, que, como hemos visto ha sido la opción preferente adoptada a través de las propuestas o recomendaciones del CARL en la creación y desarrollo del SERCLA.

Y en este sentido, el art. 13 del Reglamento Secla establece que la Comisión de Conciliación-Mediación es el órgano de mediación de naturaleza colegiada y carácter bipartito, es decir, que los mediadores son propuestos por los propios agentes sociales y se compone para cada conflicto laboral, siguiendo un esquema similar para los conflictos colectivos e individuales. Para los conflictos colectivos, estará compuesta por cuatro mediadores designados por la organización empresarial y las organizaciones sindicales firmantes del Acuerdo SERCLA, es decir, dos por parte de la CEA, y uno por parte de CCOO-A y otro por parte de la UGT-A. No obstante, para su válida constitución bastará con un mínimo de dos mediadores, siempre que uno de ellos sea designado por la organización empresarial citada anteriormente, y el otro sea designado por cualquiera de las organizaciones sindicales antes mencionadas. En el caso de los conflictos individuales o plurales, la Comisión de Conciliación-Mediación estará compuesta y válidamente constituida por dos miembros, designados, igualmente uno de ellos por la organización empresarial CEA y el otro por las organizaciones sindicales CCOO-A y UGT-A. Y la designación de la representación sindical se producirá de forma alternativa entre dichas Organizaciones, y por el orden de prelación que se establezcan por la Comisión de Seguimiento.

A tales efectos, para la determinación de las personas que puedan intervenir en cada actuación de la Comisión de Conciliación-Mediación, estas organizaciones han de depositar una lista de al menos 20 personas, en los servicios administrativos del CARL. Además, mediante comunicación por escrito, dicha lista podrá ser objeto, a instancia de cada Organización y en lo que respecta a sus miembros, de las remociones y sustituciones que se consideren pertinentes. En cualquier caso, el inicio de la actividad como nuevo mediador requerirá la realización de un curso básico en mediación en el ámbito del Sistema. La Presidencia de la Comisión de

Conciliación-Mediación recaerá en quien forme parte de la misma por designación de la organización empresarial o sindical que ostente la del SERCLA. Sí se hubiese constituido con dos mediadores y la Presidencia del SERCLA recayera en una organización sindical, la presidencia de la Comisión de Conciliación-Mediación la ejercerá el mediador compareciente designado por la organización sindical.

No obstante su composición bipartita, el Reglamento contempla que la Comisión de Conciliación-Mediación estará asistida por una Secretaría, que será ejercida por un funcionario de acreditada cualificación profesional en materia jurídico-laboral, perteneciente a los servicios administrativos del CARL, cuyas funciones durante el desarrollo de las sesiones serán la comprobación previa de la legitimación de las partes comparecientes al acto; prestar apoyo técnico legal en cuantas dudas o consultas se susciten relativas al procedimiento y/o contenido de los acuerdos alcanzados; redactar las actas de constitución de las comisiones de mediación, las de finalización de las sesiones y, en su caso, la elaboración de actas de incidencias que afecten al desarrollo del procedimiento, así como aquellas que sean necesarias para el desarrollo de la labor mediadora de la Comisión de Conciliación-Mediación.

La mediación se confía, por tanto, a personas de confianza de las partes, que, no obstante, han de realizar una formación previa al efecto que asumirá el propio CARL, asistencia que se completa con la labor de asistencia técnica de la Secretaría del CARL. Un esquema de mediación autónoma desempeñada por mediadores propuestos por las partes sociales, que no obstante, pasan por un proceso de formación en el seno del CARL, lo que se valora de forma muy positiva, ya que ello comporta que el modelo se sustente en la plena confianza de las partes sociales, a la vez que se garantiza una adecuada y permanente formación técnica, haciendo de ellos operadores muy cualificados en la gestión eficiente, no solo de los conflictos, sino del entero sistema de relaciones laborales y muy especialmente en la negociación colectiva.

En cambio, el colegio de árbitros -Colegio de Árbitros del Sercla- se constituyó por Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del Sercla de 4 de julio de 2013 y según esté lo componen profesorado universitario universidades públicas andaluzas del área del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de la Inspección de Trabajo principalmente. No obstante, -artículo 23,2 del Reglamento Sercla, admite la posibilidad de que las partes designen de mutuo acuerdo uno o varios árbitros ajenos a dicho Colegio, en cuyo caso, esta es la diferencia, las partes tendrán que sufragar los gastos que genere tal actuación.

Por tanto, a partir del análisis de su composición y funcionamiento de la Comisión de Conciliación-Mediación y de la conformación del CARL como un órgano de la Administración autonómica específicamente concebido para el desarrollo de un sistema autonómico de relaciones laborales -de ahí la vinculación de sus funciones con las relaciones colectivas de trabajo-, se observa que la

vinculación del CARL en el sistema de solución extrajudicial de conflictos no sólo es visible en la definición de sus competencias previstas en su ley reguladora, sino también en el Acuerdo Sercla, concretamente en las previsiones sobre su composición y funcionamiento de las Comisiones, existiendo por tanto plena coordinación y coherencia entre ambas regulaciones .

De otro lado, la estructura del CARL también refleja el protagonismo de las partes sociales dentro del mismo. Así conforme establece el artículo 5 de la Ley reguladora del CARL, el mismo está integrado por su Presidente, el Secretario General (que solo tiene voz pero no voto en los órganos colegiados del Consejo) y veintiocho miembros agrupados en cuatro grupos:

- cuatro representantes de la administración –de la Consejería de Trabajo y designados por el Consejero-
- diez representantes de las organizaciones sindicales más representativas, en proporción a su grado de implantación en Andalucía, que son designados por los respectivos sindicatos y nombrados por el Presidente de la Junta de Andalucía
- diez representantes de las organizaciones empresariales de mayor representatividad en Andalucía, en función del número de empresas agrupadas o trabajadores empleados, designados por las organizaciones empresariales y nombrados por el Presidente de la Junta de Andalucía
- cuatro miembros designados por el Presidente de la Junta de Andalucía a propuesta del Consejero de Trabajo y Seguridad Social

Es decir, en la configuración del CARL se opta por una composición tripartita en la que realmente las partes sociales tienen mayoría, ya que el Secretario, aunque tiene voz en los órganos colegiados, no tiene derecho de voto, lo que pone de manifiesto que, aun siendo un órgano técnico de la Administración, se pretende que su actuación y decisiones sean fruto del acuerdo de los agentes sociales. Y es este mismo esquema el que siguen sus órganos de funcionamiento –el Pleno y la Comisión Permanente-. Sobre la base de esta estructura y funcionamiento tripartitos, es conveniente resaltar la relevancia de la figura del Presidente¹⁵ y el

¹⁵Como dato de interés, el CARL cuenta con una trayectoria de estabilidad y buena gestión ininterrumpida, en ello sin duda ha influido el hecho de que ha contado solo con dos personas que han ejercido la presidencia, Dña. Mercedes Rodríguez-Piñero en la primera etapa y D. Ángel Gallego Morales. En el segundo caso, se da la circunstancia de que ha ejercido la presidencia con gobiernos de diferente signo político –primero con el PSOE, luego con PP-Ciudadanos-Vox-, a lo que se suma que se haya nombrado a la misma persona como presidente también del CES de Andalucía, nombrado por el decreto del Consejo de Gobierno a propuesta de los Consejeros de Trabajo y Hacienda, ex artículo 10.2 de la Ley 5/1997 del Consejo Económico y Social de Andalucía. Estabilidad que incluso se ha mantenido en el período de la pandemia provocada por el SARS Covid y subsiguiente recesión económica, con gran capacidad de adaptación a las

Secretario General, en el primer caso, no tanto porque tenga voto de calidad, sino porque en parte depende de su labor el que se genere un clima de confianza, diálogo y consenso; y en el segundo caso, porque de él depende directamente su soporte técnico tanto a nivel central como en los distintos servicios provinciales.

Es claro que el CARL no limita su actuación a la gestión del Sercla, sin embargo, puede decirse que ésta constituye el núcleo duro de su actividad, ya que a él se encomienda su gestión, soporte técnico y clima de diálogo. En este sentido recordemos que la disposición adicional segunda del Acuerdo Sercla, establece que por parte de la Administración Autonómica se facilitarán los medios materiales y personales que garanticen la efectividad de los procedimientos de conciliación-mediación y de arbitraje previstos en el presente Acuerdo. Y *“A tal efecto, la gestión del SERCLA se efectuará a través de la adscripción funcional del mismo al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL)”*.

El hecho de que las comisiones de conciliación-mediación sean designadas por las partes sociales exclusivamente, sin que haya mediadores nombrados por el CARL, no implica que su participación sea de mera financiación, asistencia técnica y administrativa, ya que el CARL también está representado en el órgano creado por el Acuerdo del Sercla, concretamente en la Comisión de Seguimiento del mismo. La estipulación. Quinta, reguladora de la Comisión de Seguimiento con las funciones, entre otras, de desarrollo, interpretación y adecuación, del Acuerdo, crea dicha Comisión de Seguimiento, que está integrada *“por cuatro representantes de cada una de las partes, organización empresarial y sindicatos, firmantes del presente Acuerdo”*¹⁶, así como por cuatro miembros de la Administración de la Junta de Andalucía (no se menciona expresamente al CARL, aunque es de suponer que participe en su designación), como garantía de los compromisos para la ejecución y funcionamiento del Sistema. Además, se ha de tener en cuenta que para la válida constitución de la Comisión de Seguimiento será necesaria la presencia en la misma de representantes de todas las organizaciones firmantes del Acuerdo. Siendo un elemento llamativo, el que los acuerdos en el seno de la Comisión de Seguimiento han de ser adoptados necesariamente por unanimidad de todas las partes integrantes de la misma.

limitaciones de movilidad, impulsando la gestión a distancia de los expedientes con extraordinaria rapidez.

¹⁶Se ha de llamar la atención sobre el hecho de que, aunque el Acuerdo Interprofesional sobre Sistema Extrajudicial de Solución de Conflictos de Andalucía suscrito el día 7 de enero de 2015, fue suscrito por CEA, CCOO-A, UGT-A, expresamente como un acuerdo de los previstos en el art. 83.3 del ET, la implicación de la Junta de Andalucía en la gestión de este sistema determinó que el mismo fuera suscrito también por la propia Junta de Andalucía, lo que confiere a este acuerdo sobre materia concreta de una singularidad respecto al resto de sistemas.

5. CONCLUSIONES

Muy brevemente, podemos concluir que la Comunidad Autónoma de Andalucía ha priorizado el avance de los procedimientos autónomos de resolución de conflictos colectivos de trabajo como una de sus líneas estratégicas en el diseño del sistema de relaciones laborales andaluz. Y ello en el marco más amplio de una política de concertación social amplia y continúa. El grado de implicación de los gobiernos sucesivos en este campo es previo a la creación del SERCLA, puesto que el CARL se creó antes, teniendo entre sus cometidos precisamente promover y apoyar la creación de un sistema autónomo de resolución de conflictos.

Ello ha sido determinante de que las partes sociales hayan acordado una gestión del SERCLA “publicada”, es decir, integrada en la administración autonómica, concretamente en el CARL. Opción que se ha consolidado transcurridos más de veinte años desde la firma del primer Acuerdo, poniendo de manifiesto que no se trata solo de una determinada opción política, sino que se ha generado ya algo más estructural, una verdadera “cultura” de la composición, en la que el CARL habría contribuido decisivamente, no solo a través de la gestión del sistema SERCLA, sino a través de su labor de diálogo, formación, estudio y asistencia técnica a los agentes sociales. Y, pese a las reticencias iniciales ante este modelo, al gestionar de forma eficiente el sistema, siempre desde el diálogo, la negociación y el consenso, el CARL no ha hecho sino reforzar la autonomía de las partes y su capacidad de interlocución social, sin socavarla ni sustituirla, resultando hoy un modelo de referencia.

VALORACIÓN DE LA EXPERIENCIA EN MATERIA DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS LABORALES: ACTUACIONES ANTE EL SERCLA SOBRE CONFLICTOS INDIVIDUALES

ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO
*Catedrático de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social*
Universidad de Málaga

EXTRACTO

Palabras clave: SERCLA, medios extrajudiciales de solución de conflictos, medios autónomos, conflictos laborales individuales

El modelo andaluz de diálogo social ha constituido la matriz del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía, siendo por tanto dicho modelo una referencia del Sistema, a cuyo sostenimiento también contribuye. También en cuanto a la implantación institucional del Sistema ha tenido y tiene, además, un fuerte apoyo por parte del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales que, pensado como centro de diálogo permanente, impulsa tanto la negociación colectiva como la resolución extrajudicial de conflictos. Por lo que la ampliación del ámbito del Sistema a los conflictos individuales, con una adaptación del Reglamento aplicable, ha supuesto para los mismos un instrumento institucional idóneo. Gracias a dicho apoyo institucional los procedimientos de resolución de conflictos individuales cuentan con medios que intentan asegurar un clima de confianza, tanto en la posibilidad de lograr un acuerdo, como en la eficacia del mismo una vez alcanzado. Respecto a los planteamientos de conflictos individuales ante el SERCLA se comprueba que existe una mayor dosis de voluntariedad en comparación con la tramitación de la conciliación administrativa. Hay también un alto grado de confianza de las partes en el Sistema, a tenor de la cuota de comparecencias. Analizando los factores que pueden influir en la consecución del acuerdo se observa la posibilidad de mejoría, sobre todo respecto de algunos factores de carácter subjetivo. Ello requeriría un estudio más específico.

ABSTRACT

Key words: SERCLA, alternative dispute resolution, autonomous means of conflict resolution, labor disputes individual

The Andalusian model of social dialogue has constituted the matrix of the Extrajudicial System for the Resolution of Labor Disputes of Andalusia; therefore this model is a reference of the System, to whose support it also contributes. Also in terms of the institutional implementation of the System, it has had and also has strong support from the Andalusian Labor Relations Council, which, thought of as a center for permanent dialogue, promotes both collective bargaining and out-of-court conflict resolution. Therefore, the expansion of the scope of the System to individual conflicts, with an adaptation of the applicable Regulation, has meant for them an ideal institutional instrument. Thanks to this institutional support, individual conflict resolution procedures have means that try to ensure a climate of trust, both in the possibility of reaching an agreement and in its effectiveness once it is reached. With regard to individual dispute claims before SERCLA, it is found that there is a greater dose of voluntariness compared to the processing of administrative conciliation. There is also a high degree of trust of the parties in the System, based on the number of appearances. Analyzing the factors that may influence the achievement of the agreement, the possibility of improvement is observed, especially regarding some subjective factors. This would require a more specific study.

ÍNDICE

1. LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS CONFLICTOS LABORALES Y LA PROMOCIÓN DEL DIÁLOGO SOCIAL: COMPETENCIA Y MODELO
 - 1.1. La promoción de los medios de solución extrajudicial de la negociación colectiva
 - 1.2. El modelo social de diálogo como contexto de las medidas de solución extrajudicial
2. EL SERCLA COMO INSTRUMENTO INSTITUCIONAL PARA EL ABORDAJE DE CONFLICTOS INDIVIDUALES
 - 2.1. Confianza para promover el acuerdo
 - 2.2. Confianza en la eficacia del acuerdo
3. ACTUACIONES ANTE EL SERCLA SOBRE CONFLICTOS INDIVIDUALES DE TRABAJO
 - 3.1. Opción voluntaria por el intento de acuerdo
 - 3.2. Grado de confianza en el Sistema
 - 3.3. Factores que influyen en la consecución del acuerdo
4. VALORACIÓN

1. LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS CONFLICTOS LABORALES Y LA PROMOCIÓN DEL DIÁLOGO SOCIAL: COMPETENCIA Y MODELO

Si se trata de valorar la experiencia que hasta ahora ha existido en cuanto al ejercicio de una competencia, conviene partir ante todo de la naturaleza característica de la misma, pues ello será lo que nos oriente en cuanto a la evaluación de la experiencia desarrollada. En este sentido, ya que aquí abordamos la materia relativa a la solución de conflictos laborales –con concreción en los de carácter individual-, es preciso advertir desde ya que la competencia referida a los “instrumentos de conciliación, mediación y arbitraje laborales”, contenida en el artículo 63.1.6º del Estatuto de Autonomía para Andalucía (según redacción de 2007) constituye una demarcación, principalmente en relación al Estado, de tareas asumibles por parte de la Comunidad Autónoma. Pero, enfocada dicha competencia en el ámbito interno andaluz, es preciso resaltar dos importantes características, que además confluyen entre sí de manera recíproca: no se trata propiamente de una competencia para ser asumida por los poderes públicos autonómicos de forma estricta, sino desde el respeto al diálogo social y al papel protagónico en el mismo de los agentes sociales; y en segundo lugar, dicha competencia se enmarca en el contexto de un modelo social de partida, característico de las relaciones laborales en el marco andaluz de forma consolidada, que atribuye gran importancia precisamente al diálogo social. Esta confluencia de ambas características en el modelo social de diálogo hace que tal modelo se convierta en referencia para la competencia en sí misma, debiendo ésta funcionar como instrumento al servicio del objetivo que representa aquél. Siendo además ésta la forma como vienen presentadas en el propio Estatuto de Autonomía tanto la negociación colectiva como los medios de solución extrajudicial; es decir, enunciados de forma paralela como integrantes de la política de relaciones laborales (art. 173) y orientados al mismo objetivo de

diálogo y concertación social. De forma que dicho objetivo, enunciado entre los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma¹, se convierte en el criterio principal de valoración de la experiencia en el ejercicio de la competencia analizada². Por ello se abordan a continuación estos dos aspectos de forma sucesiva: la promoción de la propia negociación colectiva como vía de establecimiento de medios de solución extrajudicial y el modelo social de diálogo como contexto de las medidas de solución extrajudicial.

1.1. La promoción de los medios de solución extrajudicial de la negociación colectiva

El necesario respeto al papel de los agentes sociales ha estado siempre presente en el ejercicio de las competencias autonómicas en materia laboral. Es significativo

¹ Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, cuyo artículo 10.3.20^o menciona, entre los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma “el diálogo y la concertación social, reconociendo la función relevante que para ello cumplen las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Andalucía”.

² Ha habido muy importantes trabajos que han evaluado con carácter general la experiencia de funcionamiento del sistema autónomo de resolución de conflictos en Andalucía. Entre otros el siguiente artículo publicado recientemente: Sepúlveda Gómez, M. y Rodríguez-Piñero Royo, M., “Balance del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos de Andalucía (SERCLA)”, *Temas Laborales*, núm. 154/2020, pp. 121-158. Los autores de dicho trabajo expresan una valoración altamente positiva de la experiencia del SERCLA, calificando al Sistema de bastante exitoso, con gran capacidad de adaptación, adelantado respecto de otros sistemas autonómicos, modelo de fuerte implicación de la Administración laboral, que ha funcionado como oportunidad y obligación de mantener el entendimiento y el diálogo social. *Vid.* también otro importante trabajo de valoración general, esta vez analizando y comparando de forma conjunta los procedimientos autonómicos: Molina Navarrete, C., “Procedimientos autonómicos de solución extrajudicial de conflictos laborales: balance de convergencias y divergencias 30 años después”, *Temas Laborales*, 154/2020, pp. 79-121. El autor afirma que los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos laborales “cumplen una función civilizatoria de las relaciones laborales, canalizando pacíficamente los conflictos y otra estabilizadora del sistema, mejorando la productividad” (esp. pp. 110 y 120). Otras valoraciones sobre los sistemas autónomos y el SERCLA son: Gallego Morales, A. “El sistema extrajudicial de resolución de conflictos laborales de Andalucía. Realidades y retos”, en Granados Romera, M.I. y González de Pato, R.M. (Dir), *Procedimientos alternativos de solución de conflictos. Una perspectiva disciplinar*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 339-349; Cruz Villalón, J., “Balance general de la mediación y el arbitraje en los conflictos laborales”, *Temas Laborales*, 154/2020, pp. 13-54; Valdés-Dal Re, (coord.), “*Los Sistemas de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales: Situación Actual y Perspectivas de Futuro*”, Fundación SIMA, Madrid, 2006; Granados Romera, “Balance y perspectivas del SERCLA: las comisiones paritarias y su defectuosa articulación en el sistema”, *Temas Laborales*, N^o 65/2002, pp. 109-125; Moreno Vida, M.N., “Las especialidades de los procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales en el sector público: personal laboral”, *Temas Laborales*, 154/2020, pp.159-194. Con remisión a dichos trabajos, en éste no se pretende una evaluación general, sino una valoración muy específica, desde el punto de vista del modelo del diálogo y de la utilidad para el logro de acuerdos.

que la Ley que crea el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL) establezca como una de las principales funciones del mismo “facilitar, dentro del respeto al principio de autonomía colectiva consagrado en el artículo 37 de la Constitución, la negociación colectiva entre organizaciones empresariales y sindicales, mediante apoyos materiales y personales que posibiliten los más altos niveles de diálogo y entendimiento”³, siendo ese respeto a la autonomía y negociación colectivas, con orientación y apelación a los “más altos niveles de diálogo” lo que explica y exige necesariamente la función expresada en el apartado siguiente del mismo precepto: “facilitar y promover la mediación y el arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo”. Se trata de un planteamiento acorde con el contexto normativo interno e internacional⁴ en el que aparece destacado el artículo 37 de la Constitución. No en vano la Ley del CARL es promulgada sólo un año después de la STC 35/1982⁵, que declara inconstitucionales algunos preceptos de la Ley 9/1981 del Parlamento Vasco sobre creación del Consejo de Relaciones Laborales: precisamente por vulnerar el principio de autonomía colectiva consagrado constitucionalmente y desarrollado por el Estatuto de los Trabajadores en sus artículos 82 y siguientes. Justo es el artículo 83 del Estatuto, en su apartado 3º, el que permite que adquiera eficacia normativa un convenio colectivo interprofesional sobre materias concretas, siendo ésta la vía idónea que en el ámbito andaluz –pero también en los ámbitos nacional y autonómico en general- ha dado lugar, en 1996, al Acuerdo Interprofesional constitutivo del Sistema Extrajudicial de Solución de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía (SERCLA), habiendo el Tribunal Supremo declarado al respecto que la participación de la Administración en dicho acuerdo no altera su naturaleza de convenio colectivo (según el art. 83.3 E.T) ya que dicha intervención es de carácter instrumental⁶. El mismo protagonismo de la negociación colectiva

³ Art. 3.2.d) de la Ley 4/1983, de 27 de junio, del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

⁴ La indicada Ley 4/1983 afirma, en el segundo apartado de su Exposición de Motivos, que “la creación de un Consejo Andaluz de relaciones laborales en Andalucía responde a la directrices internacionales más recientes [a la sazón] sobre el sistema general de la Administración del Trabajo”, mencionando expresamente la necesidad de establecer procedimientos para garantizar “la consulta, la cooperación y la negociación entre las autoridades públicas y las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores” (art. 5 del Convenio OIT núm. 150 sobre la Administración del Trabajo de 1978) y añadiendo el objetivo buscado de facilitar “consultas y cooperación efectivas entre los trabajadores y organismos públicos y las organizaciones de empleadores y de trabajadores, así como entre éstas últimas” (art. 6.2.c del mismo Convenio OIT).

⁵ La STC 34/1982 fue dictada también en junio (el 14), mismo mes –aunque un año antes- de la promulgación de la Ley 4/1983 (el 27).

⁶ “El Acuerdo Interprofesional para la constitución del sistema de resolución extrajudicial de conflictos colectivos laborales de Andalucía es un acuerdo colectivo sobre materias concretas de los que previene y regula el número 3 del art. 83 del Estatuto de los Trabajadores, pues reúne los elementos, condiciones, requisitos y objetivos propios de los mismos, ya que se trata de un pacto concertado por los representantes de empresarios y trabajadores en el que se regula una específica temática laboral en relación con el ámbito geográfico propio de una Comunidad Autónoma. Y

ha sido puesto de manifiesto posteriormente en el Acuerdo Interprofesional de 11 de mayo de 1998 que, dos años más tarde del Acuerdo Interprofesional constitutivo del SERCLA, aprueba el Reglamento que lo desarrolla. Y todo ello en concomitancia con el papel promocional de la Administración de la Junta de Andalucía, que ha actuado como garante, al tiempo que el SERCLA se ha querido constituir e instalar en el seno del CARL⁷ (aspectos institucionales éstos que serán abordados más en detalle en el apartado segundo).

1.2. El modelo social de diálogo como contexto de las medidas de solución extrajudicial

La puesta en marcha y sostenimiento de los instrumentos de solución extrajudicial de conflictos laborales, a los que alude el artículo 61.1.6 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, constituyen, como se ha dicho, un fruto de la negociación colectiva, con un importante apoyo institucional, como se ha dicho. En realidad, lo adecuado sería decir que tanto la experiencia de negociación colectiva como el papel de la Administración en el ámbito andaluz han contribuido de forma muy directa a la construcción de un modelo social fuertemente caracterizado por la promoción del diálogo, lo cual ha constituido –y constituye– un contexto singular, cuya mención

ésta afirmación no se desvirtúa, en absoluto, por el hecho de que en él también haya intervenido una Administración pública, como es la Junta de Andalucía, pues tal intervención es meramente instrumental. Esto es obvio por cuanto que en el texto de tal Acuerdo queda claro que los principales intervinientes en el mismo son los representantes de las asociaciones empresariales y sindicales, y que el Presidente de la Junta de Andalucía y el Consejero de Trabajo y Asuntos Sociales de la misma tan sólo actúan como garantes de los compromisos que sobre la puesta en marcha y desarrollo de este sistema se derivan para dicha Junta de lo establecido en esos Acuerdos. Es más, aún cuando se estimase que la intervención de los citados Presidente y Consejero de la Junta de Andalucía excede de la función de “garantes”, a que se alude en el encabezamiento del comentado Acuerdo, no habría razón para modificar la conclusión expresada, toda vez que en tal caso nos encontraríamos ante un acto jurídico complejo, que presenta distintos aspectos o facetas, siendo indiscutible que el mismo, en tanto que en él se contienen pactos concertados entre los representantes de los empresarios y de los trabajadores en los que se regulan y establecen derechos y obligaciones que vinculan a unos y otros, ha de ser calificado como un acuerdo colectivo sobre materias concretas del art. 83-3 mencionado” (STS 30-1-1999, Rec. 1477/1998).

⁷ La Disposición Adicional Tercera del Acuerdo Interprofesional de 3 de abril de 1996, constitutivo del SERCLA, establece que: “por la Administración Autónoma se facilitarán los medios necesarios para la puesta en práctica y efectividad del Órgano de Mediación-Conciliación y del Arbitraje, para lo cual la gestión del Sistema se efectuará a través de la adscripción funcional del mismo al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales”. Por su parte el art. 6º del Acuerdo Interprofesional de 11 de mayo de 1998, que establece el Reglamento del SERCLA, sitúa la gestión y la sede de dicho Servicio en el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y atribuye a los Servicios Administrativos de la Secretaría General del CARL la responsabilidad de ofrecer soporte técnico para la tramitación de todos los procedimientos de conciliación-mediación y de arbitraje del SERCLA.

es imprescindible para la comprensión de este sistema autónomo de resolución de conflictos laborales. Como se ha anticipado, la valoración de la experiencia de la competencia autonómica en esta materia no puede ser razonablemente realizada si no es en referencia al modelo social que constituye su contexto⁸. En este sentido es preciso aludir, en primer lugar, al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, sea por su especial cometido, sea por su contribución, junto con los agentes sociales, a la implantación de un modelo real de promoción del diálogo social. En efecto, corresponde al mencionado Consejo Andaluz –entre otras funciones- las de facilitar y promover, tanto la negociación colectiva como la mediación y el arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo, de acuerdo con los apartados d) y e) del artículo 3.2 de la Ley 4/1983, de 27 de junio de creación del CARL; debiendo destacarse que en el primero de dichos apartados se indica que tal función se realizará –

⁸ Además de las obras mencionadas en nota 2, vid, como referencia a los sistemas autónomos de solución de conflictos, en cuanto contexto nacional y de comparación del modelo andaluz: Granados Romera, M.I., *La solución de conflictos laborales: especial referencia a los sistemas autónomos*, Tirant, Valencia, 2010; Granados Romera, M.I. y González de Patto, R.M. (Dir), *Procedimientos alternativos de solución de conflictos. Una perspectiva interdisciplinar*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020; Martín Muñoz, “La autocomposición de los conflictos laborales. Valoración teórico-práctica de la mediación y el arbitraje en el ámbito de aplicación del ASAC y del acuerdo SERCLA”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 231, 2020, pp. 163-196; Díaz Aznarte, “La mediación y el arbitraje como vías de gestión de la conflictividad laboral”, *Temas laborales*, Nº 140, 2017, pp. 369-398; Sesma Bastida, B., *Los procedimientos de solución de extrajudicial de los conflictos laborales; regulación convencional y normativa*, Servicio de publicaciones de la Universidad de La Rioja, Logroño, 2004; Montoya Melgar, “Presente y futuro de los sistemas autónomos de solución de conflictos laborales”, Madrid, 2016, CEOE 30.11.2016, disponible en:

<https://fsima.es/wp-content/uploads/Presente-y-futuro-de-los-sistemas-aut%C3%B3nomos-de-soluci%C3%B3n-de-conflictos-labores-Alfredo-Montoya.pdf> (visitado el 4-12-2021). Más específicamente sobre el modelo andaluz, vid.: Sepúlveda Gómez, M. y Rodríguez-Piñero Royo, M., “Balance del Sistema Extrajudicial...”, *op. cit.*, pp. 121-158; Gallego Morales, A., “El sistema extrajudicial de resolución...”, *op. cit.*, pp. 339-349; Cruz Villalón, J., “Balance general de la mediación...”, *op. cit.*, pp. 13-54, Molina Navarrete, C., “Procedimientos autonómicos de solución...” *op. cit.*, pp. 79-121, Fernández López, M.F., “El sistema de solución de conflictos colectivos en la Comunidad Autónoma de Andalucía: concreción de un sistema global”, en Rodríguez-Piñero, M. y Cruz Villalón, J., *Veinte años de relaciones laborales en Andalucía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003, pp. 317-344, Pedrajas Pérez, F., “Notas comparativas entre el ASEC y el SERCLA”, en Pedrajas Pérez, F., *Solución de conflictos laborales: negociación directa y solución extrajudicial: actas de las I Jornadas Universitarias Almerienses de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, Almería 1996, pp. 109-121; Castro Pascual, J.M., “El sistema extrajudicial de resolución de conflictos colectivos laborales de Andalucía (SERCLA)”, en Carretero Espinosa de Los Monteros (Coord.), *Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de derecho público*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Comares, Granada, 2003, pg.31-37; VV.AA., *Sistema Extrajudicial de Solución de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 1999.

siempre desde el respeto al principio de autonomía consagrado en el art. 37 de la Constitución- “mediante apoyos materiales y personales que posibiliten *los más altos niveles de diálogo y entendimiento*”. De hecho en su Exposición de Motivos es todavía más explícita y extensa al respecto, al afirmar que la creación del Consejo pretende no sólo el acercamiento entre la Administración laboral autonómica y las partes sociales, sino también (sin dirigismo pero sin abstencionismo ni abandono) “una actuación de incitación, consejo y animación de un buen funcionamiento de las relaciones laborales y, muy en particular, de la negociación colectiva entre los interlocutores sociales”; a fin de que ésta pueda ser “un instrumento de diálogo”, puesto que el propio CARL se concibe como “un órgano de diálogo permanente entre las partes sociales” para favorecer “unas negociaciones colectivas fluidas y sinceras”. Y acerca de los conflictos laborales se reconoce, de forma realista que, aunque el conflicto forma parte de las relaciones laborales –siendo además propio de una sociedad pluralista la existencia de desacuerdos-, en las mismas, junto a los elementos de conflicto y confrontación, existen “también elementos de cooperación y de acuerdo”. Y se añade que “el mantener unos y otros elementos en sus justas proporciones, el reducir los conflictos a límites razonables y el fomentar en lo posible los acuerdos es un cometido que la Comunidad Autónoma andaluza asume también, mediante la creación de este Consejo, a través del cual se pretende la promoción de instrumentos... [que] puedan servir de sostenimiento, ayuda y asistencia al entendimiento entre las partes”.

En cuanto a las relaciones laborales en Andalucía, y más concretamente respecto a la negociación colectiva, se ha intentado -y se ha conseguido- instaurar un verdadero clima de diálogo social continuo, debido a lo cual se ha podido hablar del modelo andaluz del diálogo social. De hecho, también –como se ha dicho- el propio CARL se define como “órgano de diálogo permanente”, en un intento de promocionar y sostener lo que ha venido constituyendo una importante característica de la dinámica de relaciones laborales andaluzas, de lo cual son prueba una gran cantidad de acuerdos⁹ que han ido apuntalando un dilatado proceso de concertación social y de construcción de un ambiente de consenso y paz laboral. Y puede decirse que este modelo funciona como referencia para

⁹ Acuerdo para el Desarrollo Económico y Social de Andalucía (1993), Pacto Andaluz por el Empleo y la Actividad Productiva (1995), Pacto por el Empleo y el Desarrollo Económico de Andalucía (1997), IV Acuerdo de Concertación Social de Andalucía. Pacto por el Empleo y la Actividad Productiva (1999), V Acuerdo de Concertación Social de Andalucía (2001), VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía (2005); VII Acuerdo de Concertación Social de Andalucía (2009), Acuerdo para el progreso económico y social de Andalucía (2013); *vid.* Moreno Vida, M.N., “Los acuerdos de concertación social, con especial atención al Acuerdo para el Progreso Económico y Social de Andalucía”, *Temas Laborales* 120/2013, pp. 85-122; de la misma autora, contemplando expresamente la fase histórica inicial del modelo de diálogo social andaluz, “Diálogo social y concertación en las relaciones laborales de Andalucía”, *Temas Laborales*, 100/ 2009, pp. 551-574.

el mecanismo autónomo de solución extrajudicial de conflictos laborales no sólo porque es en este escenario donde tiene lugar su surgimiento, sino porque incluso, en los momentos en que ha venido a menos el clima de confianza entre los agentes sociales y la Administración autonómica, el modelo de diálogo social ha pervivido como orientación del SERCLA, que ha contribuido significativamente a su sostenimiento¹⁰.

En efecto, como ya se ha dicho, la búsqueda del diálogo social por parte del CARL ha estado desde el principio, vinculada a la promoción de instrumentos de resolución de conflictos laborales¹¹, debiendo atenderse para ello al respeto para con el principio de autonomía colectiva consagrado en el artículo 37 de la Constitución, aun considerándose –dicha labor de fomento y promoción- una tarea que debía asumir la Administración autonómica (y que ha sido reconocida como competencia en el Estatuto de Autonomía para Andalucía, según art. 63.1.6º en la redacción de 2007). El caso es que en el seno del CARL, desde sus inicios, comenzó a fraguar –seguramente gracias a su composición tripartita- un intento de concertación de políticas laborales¹². Y, de hecho, ya en el Acuerdo Para el desarrollo Económico y Social de Andalucía de 1993 –considerado propiamente el primer acuerdo de concertación, aunque existieron antecedentes¹³- se incluyó un compromiso de desarrollar un sistema de solución extrajudicial de conflictos en el orden social, especificando incluso los principios a los que debería atenderse¹⁴. Hay que mencionar también el Pacto Andaluz por el Empleo de 1995, que reitera la necesidad de desarrollar el “procedimiento para la resolución extrajudicial de

¹⁰ Sepúlveda Gómez, M. y Rodríguez-Piñero Royo, M., “Balance del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos de Andalucía (SERCLA)”, *op. cit.*, pp. 136-139.

¹¹ Así se expresa en la propia Ley 4/1983 de creación del CARL: no sólo de forma clara en su Exposición de Motivos, sino que, entre las funciones del Consejo, expuestas en el art. 3 de la Ley, se menciona la de facilitar y promover la mediación y el arbitraje en los conflictos colectivos laborales justo en el apartado siguiente al que se dedica al impulso de la negociación colectiva intentando alcanzar “los más altos niveles de diálogo y entendimiento” (art. 3.2.d).

¹² Cruz Villalón, J., “Las relaciones laborales en Andalucía”, *Temas Laborales*, núm. 100, 2009, p. 53.

¹³ Desde 1983, año en que fue creado el CARL, el Gobierno andaluz pretendió impulsar una corresponsabilidad pactada con los agentes sociales en materia de mercado de trabajo y relaciones laborales. Previamente al primer Acuerdo tripartito de 1993 existieron Acuerdos bipartitos. *Vid.* Sánchez-Mosquera, M. “La concertación social en Andalucía, 1993-2013. Balance económico y discusión sobre el modelo regional”, *Temas Laborales*, nº 126/2014, pp. 201-234.

¹⁴ De hecho, en la mención al sistema de solución extrajudicial de conflictos sólo se indicaba que serían de carácter laboral, o en el orden social, puesto que, aunque inicialmente se plateaba que dicho sistema abordara los conflictos colectivos, también se preveía lo siguiente: “Igualmente, evaluados los resultados del sistema, las partes firmantes se comprometen a estudiar su ampliación en el futuro a los conflictos individuales” (mención que se recoge al final del capítulo X, titulado “Procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos laborales).

conflictos”, aunque ello aparece esta vez considerado, no como fruto del diálogo social, sino –de forma inversa- como elemento que contribuye al impulso de la negociación colectiva y a la corresponsabilidad de los agentes económicos y sociales¹⁵. Un año más tarde el Acuerdo Interprofesional para la constitución del SERCLA expresa más claramente esta bilateralidad o retroalimentación: en el Expositorio inicial (que comienza diciendo que el acuerdo constitutivo del Sistema trae causa de los dos mencionados acuerdos tripartitos de concertación) se afirma que 1) las decisiones que pongan fin de forma extrajudicial a los conflictos laborales han de estar fundamentadas en el consenso, el diálogo y el acercamiento de las partes y 2) y, por otro lado, la fundamentación en el diálogo (tomado como referencia) de la resolución extrajudicial de conflictos puede contribuir a su vez a promocionar la propia dinámica de negociación y el entendimiento en el marco de las relaciones laborales¹⁶.

El Acuerdo Interprofesional de 1996 que estableció el SERCLA preveía, en su disposición adicional 2ª, la posibilidad de ampliar su ámbito de actuación a los conflictos individuales en un futuro, una vez evaluados los resultados del Sistema. Y, en tal sentido, 2005 fue el año determinante: por un lado el VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía –de 25 de enero-, al tiempo que expresó una valoración muy positiva del Sistema, como importante instrumento de contribución al consenso y al diálogo, reiteró –consiguientemente- la necesidad de ampliar el ámbito de actuación, para incluir a los conflictos laborales individuales¹⁷; y por

¹⁵ En efecto, el Capítulo XV, titulado “Relaciones Laborales”, contiene un primer punto sobre negociación colectiva, dedicado a la necesaria corresponsabilidad de los agentes sociales y económicos a favor del empleo, dentro de cuyo contexto contempla dos elementos coadyuvantes: el papel del CARL (“agilizando los procesos e impulsando actuaciones de mediación”) y el “procedimiento para la resolución extrajudicial de conflictos”.

¹⁶ En estos términos se expresa el Acuerdo Interprofesional para la Constitución del Sistema de Solución Extrajudicial de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía, de 3 de abril de 1996, bajo el título “Exponen”: “Estos Sistemas Compromisorios, harán posible, en nuestra Comunidad Autónoma, que las decisiones que se adopten ante procesos conflictuales estén fundamentadas en actuaciones consensuadas, fruto del diálogo y acercamiento de sus protagonistas, los Actores Económicos y Sociales, *lo cual*, promocionará las vías de la concertación permanente, así como la potenciación y responsabilización de la autonomía colectiva, contribuyendo igualmente a fomentar y enriquecer el proceso de negociación colectiva y a la ordenación, racionalización, y establecimiento del actual marco de las relaciones laborales”.

¹⁷ En efecto, el VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía, de 25 de enero de 2005, tras realizar una evaluación muy positiva del SERCLA (afirmando que “ha permitido una mejora sustancial de nuestro sistema de relaciones laborales, contribuyendo al consenso y al diálogo entre los interlocutores sociales y promocionando la paz social”), reitera la necesidad de ampliar el Sistema a los conflictos individuales, dando cumplimiento así a la disp. adic. 2ª del Acuerdo Interprofesional de 3 de abril de 1996 (constitutivo del SERCLA). Ése es el contenido que se corresponde, en el VI Acuerdo de Concertación, con una de las estipulaciones del apartado 3.3 (denominado “Afianzamiento y perfeccionamiento del Sistema Extrajudicial de Resolución de

otro lado, la efectiva inclusión de los conflictos individuales en el Sistema tuvo lugar mediante el Acuerdo Interprofesional de 4 de marzo del mismo año. En dicho Acuerdo queda expresado que se trata de una ampliación natural del Sistema, en la medida en que las controversias de carácter individual que surjan pertenecen al ámbito laboral, habiendo previsto ya dicha ampliación el Acuerdo constitutivo del SERCLA de 1996. Y se añade que ello comporta permitir a trabajadores y empresarios el uso de medios, que no son sólo propios y autónomos –emanados de la voluntad de las partes-, sino que dichos medios, son considerados por las organizaciones firmantes “como instrumentos idóneos para alcanzar soluciones pacíficas y armonizadas”. Pero no pasa inadvertido que dicha ampliación comportaba algo más que una extensión homogénea del ámbito de actuación, y que la finalidad aludida de paz y armonía social suponía un desafío para el modelo de diálogo social. Puesto que ciertamente en la elección de los conflictos individuales a abordar pesó la posible homogeneidad con otros asuntos propios del ámbito de conocimiento de conflictos colectivos –o más relacionados con la negociación colectiva-, pero a partir de este paso el modelo de relaciones colectivas –y la búsqueda del consenso en el mismo- debía hacerse cada vez más capilar para abarcar a una red de relaciones mucho más tupida que incluyera conflictos planteados en relaciones jurídico-laborales individuales.

2. EL SERCLA COMO INSTRUMENTO INSTITUCIONAL PARA EL ABORDAJE DE CONFLICTOS INDIVIDUALES

La extensión del ámbito de actuación del SERCLA a los conflictos individuales, decidida, como se ha dicho, en el Acuerdo Interprofesional de 4 de marzo de 2005, no supuso la creación de un sistema nuevo¹⁸, sino una ampliación del existente. En realidad, más allá del cambio de denominación operado¹⁹, desde el punto de vista de la resolución de conflictos –incluyendo ahora a los conflictos individuales- la principal medida consistió en la puesta al servicio de los mismos

Conflictos”), incluido en el Eje III del Acuerdo (denominado “Cultura de la calidad en el empleo”). También el V Acuerdo de Concertación Social de Andalucía, de 23 de mayo de 2001, es decir, a dos años vista del inicio efectivo de la actividad del SERCLA, se refirió al mismo como instrumento válido en la mediación de los conflictos laborales y en el desarrollo fluido de las relaciones laborales.

¹⁸ A pesar de que la redacción literal del Acuerdo de la Comisión de Seguimiento de 20 de abril de 2005 pudiera deducirse que se trata de un Sistema nuevo, dentro del SERCLA, distinto al de la resolución de conflictos colectivos. Así dice el artículo 1 del Reglamento, establecido en dicho Acuerdo: “Los procedimientos regulados en el presente Reglamento, por el que se desarrolla el Acuerdo Interprofesional que establece un Sistema de Solución de determinados Conflictos Individuales en el seno del SERCLA, son la Conciliación-Mediación y el Arbitraje”.

¹⁹ De acuerdo con la Estipulación Cuarta del Acuerdo de 4 de marzo de 2005 la denominación del Sistema pasa a ser Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales en Andalucía. Perdiéndose, pues, la palabra “Colectivos”, pero sin ningún cambio en el acrónimo.

de un sistema de resolución autónomo –por un lado- con fuerte apoyo institucional –por el otro-. Es decir, la aplicación, también a estas controversias individuales, del objetivo de propiciar el acuerdo de forma autónoma entre las partes, auxiliado, a su vez, por el objetivo de aportar una colaboración institucional decisiva desde la Administración autonómica; debiendo destacarse la gran importancia que en esa colaboración entre el SERCLA y el CARL, adquiere la promoción y sostenimiento de un adecuado clima social. Es en este sentido revelador cuanto se afirma en el apartado tercero de la Exposición de Motivos de la Ley 4/1983: “La experiencia comparada ha demostrado que el funcionamiento de estos mecanismos de asistencia y de ayuda en la solución de conflictos depende, muy directamente, del prestigio de los organismos y de los mediadores. El éxito de la intervención del tercero, en especial del tercero público, deriva no del ejercicio de autoridad, sino del grado de aceptación de las partes que le facilitará su papel de catalizador de acuerdos, para lo que resulta necesaria la creación de un *marco de confianza* en la independencia, seriedad, neutralidad y responsabilidad del órgano público que intervenga. Mediante el diálogo permanente en el seno del Consejo, como lugar de encuentro de las partes sociales, se pretende favorecer la creación de ese clima”. Hablamos, pues, de un marco de confianza necesario tanto 1) para promover el acuerdo como 2) para contribuir a la eficacia del mismo.

2.1. Confianza para promover el acuerdo

Es importante el artículo 3.1 del Reglamento establecido por el Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del SERCLA de 20 de abril de 2005, en la medida en que expresa la decisión, respaldada de forma tripartita, de determinar qué tipo de conflictos individuales son idóneos para su intento de resolución ante el SERCLA; es decir, que quienes adoptan dicho acuerdo se comprometen a iniciar y sostener un mecanismo que intente resolver desavenencias en determinadas materias, las cuales son consideradas aptas para recibir el apoyo colectivo e institucional para promover el acuerdo. Dicho en otras palabras, el Acuerdo consiste en establecer un marco dentro del cual se pueda contribuir a la resolución del conflicto por parte del SERCLA. Y ese encuadramiento (que de por sí puede favorecer también la posible resolución) se hace de dos maneras: en primer lugar, porque existe una regulación legal y convencional aplicable al respecto; y en segundo lugar, porque los supuestos de hecho que pueden darse se inscriben dentro de una delimitación objetiva de carácter material, correspondiendo (en el Reglamento de 2005) a seis posibles tipos de disputas que, a su vez, se pueden agrupar en tres tipos de materias: las dos primeros tipos de asuntos guardan relación con las tareas a realizar y su encuadramiento en el marco convenido como objeto de la prestación laboral (asuntos sobre clasificación profesional y sobre movilidad funcional y trabajos de superior o inferior categoría); a continuación se mencionan tanto las reclamaciones sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo como las modificaciones análogas referidas a movilidad geográfica (traslados y

desplazamientos); y por último, dos tipos de asuntos relacionados con la jornada laboral: los que versen sobre el disfrute de vacaciones y los relativos a licencias, permisos y reducciones de jornada, incluidos los vinculados con el cuidado de hijos y familiares. En el artículo 4.3 del Reglamento vigente de 2018, se contiene una relación más sistemática y completa (se han añadido expresamente los asuntos sobre excedencias y sobre sanciones y se han expresado con mayor autonomía las contiendas sobre conciliación de la vida personal, familiar y laboral, separándolas de otras similares no debidas a dichas causas):

“Los conflictos laborales individuales que se tramitan en el Sercla son los siguientes:

- a) En materia de clasificación profesional, movilidad funcional y trabajos de superior o inferior categoría.
- b) En materia de licencias, excedencias, permisos y reducciones de jornadas no vinculados al cuidado de hijos y familiares.
- c) En materia de disfrute del periodo de vacaciones, licencias, permisos y reducciones de jornada vinculadas al cuidado de hijos y familiares, así como demás derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.
- d) En materia de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.
- e) En materia de régimen disciplinario laboral de las personas trabajadoras, en los términos previstos en la LET, con excepción de las que lleven aparejada la sanción de despido²⁰.

Dentro de este marco configurado no sólo por la delimitación objetiva de la materia, sino también por la regulación legal sustantiva de la misma –a lo que se une la propia regulación adjetiva o procedimental-, el rol dinámico corresponde a las partes en litigio, que, conforme a su visión particular aportan su actuación subjetiva, convirtiéndose así en protagonistas principales de la tarea de promover el acuerdo. De hecho la voluntariedad es condición esencial para la consecución de un posible acuerdo que, ante todo, debe ser libre. Pero, junto a ese carácter voluntario de la iniciativa de búsqueda de una resolución consensuada, es preciso mencionar la importancia de tres elementos principales que ofrecen cauce y apoyo al intento de las partes:

²⁰ El Reglamento de 2018 continúa diciendo, en la letra f), que “En el procedimiento ante el Sercla se podrán resolver asimismo las reclamaciones económicas derivadas de las pretensiones relativas a las materias señaladas en el apartado anterior y acordar, conforme al artº 50 de la LET, la resolución del contrato de trabajo si es voluntad de las partes, fijándose, en su caso, la indemnización y demás efectos económicos de la misma y ello aunque la resolución de la relación laboral no venga motivada por la causa que origine la pretensión de la parte promotora”.

- a) En primer lugar, el propio procedimiento que el Reglamento del SERCLA ofrece al respecto. Se trata de un cauce orientado a la conciliación-mediación, para la cual, ciertamente, es esencial la voluntad de las partes en conflicto, desde que aceptan el conjunto de reglas y trámites del procedimiento; puesto que son ellas quienes lo inician: voluntariamente y de común acuerdo, a no ser que constituya un requisito obligatorio recurrir a la conciliación previa de acuerdo con el artículo 65 de la Ley Reguladora. Igualmente pueden las partes someterse a arbitraje –posibilidad legal, pero no utilizada en realidad²¹-, el cual no es considerado aquí en los mismos términos, ya que nos centramos en el intento de búsqueda del consenso entre las propias partes interesadas)²²
- b) El segundo elemento es el deber de intentar el acuerdo, no explicitada en el Reglamento, pero que se deduce de la obligación de comparecer tantas veces como acuerde la Comisión y de la existencia de un plazo para alcanzar el acuerdo, dándose por concluido el procedimiento en caso de finalizar el plazo sin haberse logrado²³.
- c) Y en tercer lugar, constituye una pieza fundamental el rol asumido por los mediadores, que son dos, y que representan a la parte empresarial y a la laboral. Ello no sólo matiza significativamente la asimetría de posiciones de los contendientes, sino que les aporta apoyo –como personal experto- y, sobre todo, ofrecen a las partes una dinámica posible de diálogo, como expresión del diálogo entre los agentes sociales, a los que representan. Puede decirse que los mediadores son un reflejo –o pieza de conexión- del diálogo colectivo en la escala de los conflictos individuales²⁴.

²¹ Aparte de que las estadísticas contenidas en los Informes anuales del SERCLA denotan la inexistencia de arbitraje para los conflictos laborales individuales, tampoco es muy utilizado el arbitraje para los conflictos colectivos. Cruz Villalón (“Balance general...”, *op. cit.*, pp. 21 y 22) considera que el modelo de arbitraje no ha logrado la plenitud de su desarrollo, a tenor de su escaso uso para el caso de los conflictos colectivos.

²² En el art. 12 del Reglamento aprobado el 20 de abril de 2005 se establece la posibilidad de que las partes suscriban un compromiso arbitral. El art. 9.2 del Reglamento actual, de 3 de mayo de 2018, se refiere, como segundo procedimiento posible, al arbitraje, “referido a conflictos colectivos y a aquellos conflictos individuales de carácter plural que afecten al menos a 5 trabajadores”.

²³ El Reglamento de 2005 (art. 3.2) establecía el plazo en 20 días hábiles, salvo que dispusieran lo contrario las partes. En el Reglamento de 2018 (art. 19.1) ese plazo se amplía a 25 días hábiles, dándose a la Comisión de Conciliación-Mediación la posibilidad de ampliarlo (en vez de a las partes).

²⁴ Vid., específica y extensamente sobre estos aspectos del planteamiento de conflictos individuales ante el SERCLA, Navarro Nieto, F., “El tratamiento de los conflictos individuales en los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos”, *Temas Laborales*, 154/2020, pp. 219-250, Álvarez del Cuvillo, A., “La influencia del Derecho Laboral en la mediación aplicada a

2.2. Confianza en la eficacia del acuerdo

La regulación reglamentaria de la tramitación de los procedimientos ante el SERCLA asegura la eficacia, tanto de la tramitación para intentar el acuerdo – independientemente de que el mismo se logre-, como del acuerdo en sí, si éste es efectivamente alcanzado. Podemos decir, en primer lugar, acerca del *intento del acuerdo*, que este intento no queda desconectado de la posible tramitación procesal posterior. El hecho de que sustituya al preceptivo trámite administrativo conciliatorio permite que el intento de acuerdo ante el SERCLA, por una parte, cubra la función de facilitar una conciliación efectiva, evitando por tanto acudir al proceso judicial; y, por otra parte, que el intento infructuoso satisfaga la función propia del trámite pre-procesal obligatorio, sustituyéndolo. Consiguientemente, como decía el artículo 3.2 del Reglamento de 2005, “la iniciación del correspondiente trámite suspenderá los plazos de caducidad e interrumpirá los de prescripción”. Además de producirse ese efecto respecto de los asuntos sobre los que legalmente opere la obligatoriedad de intentar la conciliación prejudicial²⁵, el Reglamento del SERCLA vigente (de 3 de mayo de 2018) contempla también esa posibilidad para los asuntos sobre los que no exista esa obligación de cumplimentar el trámite de conciliación previa “siempre y cuando las partes acudan en tiempo oportuno, voluntariamente y de común acuerdo a tales vías previas, de conformidad con el artículo 64.3 de la LRJS” (art. 11.1.b) del Reglamento)²⁶. Y, precisamente por la obligación de las partes de atenerse coherentemente al intento de conciliación iniciado, en el mismo artículo (apartado 3) se establece la prohibición de ejercitar acciones judiciales –durante la tramitación del procedimiento- en relación al objeto del litigio; exceptuándose de dicha prohibición los asuntos para los que resulte voluntario acudir al SERCLA y, por tanto, dicha tramitación pudiera no suspender o interrumpir los plazos de caducidad y prescripción²⁷.

conflictos individuales de trabajo: estudio cualitativo en el ámbito del SERCLA”, *Temas laborales*, 129/2015, pp. 13-54, Cruz Villalón, J., “Balance general...”, *op. cit.*, pp. 45 ss.

²⁵ De entre los conflictos laborales individuales que pueden ser planteados ante el SERCLA no existe obligatoriedad de intentar la conciliación previa los siguientes: vacaciones, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor y conciliación de la vida personal, familiar y laboral (art. 64.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social).

²⁶ Efectivamente, según el art. 64.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social “Cuando por la naturaleza de la pretensión ejercitada pudiera tener eficacia jurídica el acuerdo de conciliación o de mediación que pudiera alcanzarse, aun estando exceptuado el proceso del referido requisito del intento previo, si las partes acuden en tiempo oportuno voluntariamente y de común acuerdo a tales vías previas, se suspenderán los plazos de caducidad o se interrumpirán los de prescripción en la forma establecida en el artículo siguiente”.

²⁷ Cruz Villalón, J., “Balance general...”, *op. cit.*, p. 49.

En segundo lugar, el Reglamento garantiza también la *eficacia del acuerdo en caso de ser alcanzado*. Independientemente de que la eficacia de la avenencia conseguida en el procedimiento autónomo de conciliación-mediación ha de ser la misma que la conseguida en el acto de conciliación previa, dado que ambas opciones están equiparadas en el artículo 63 de la Ley 36/2011, es interesante que el artículo 4º del Reglamento de 2005, bajo el título “Afección”, establecía que “los acuerdos alcanzados en conciliación-mediación o los laudos en arbitraje impedirán que las partes a las que afecten puedan plantear acciones judiciales o administrativas sobre el mismo objeto de conflicto resuelto en el SERCLA”. Pero el artículo 12.6 del Reglamento vigente de 2018 no alude a ninguna prohibición de interponer acciones judiciales; sólo dice que “no podrá instarse nuevo procedimiento que suponga resolver sobre el mismo objeto, sin perjuicio de las acciones de carácter ejecutivo que se puedan adoptar”, remitiéndose, en el apartado 4 del mismo artículo a la “eficacia legalmente prevista”, tanto para acuerdos como para laudos. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por su parte, no vincula el efecto de cosa juzgada a estos acuerdos, aunque, como se ha dicho²⁸, en consideración a su naturaleza transaccional, sí puede predicarse el efecto de cosa juzgada entre las partes (según el art. 1816 del Código Civil). No presenta ninguna duda la ejecutividad de la avenencia lograda, en tanto que el artículo 68.1 de la Ley Reguladora establece que “lo acordado en conciliación o en mediación constituirá título para iniciar acciones ejecutivas sin necesidad de ratificación ante el juez o tribunal, y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos en el Libro Cuarto de esta Ley”.

3. ACTUACIONES ANTE EL SERCLA SOBRE CONFLICTOS INDIVIDUALES DE TRABAJO

Independientemente de la relevancia y la tradición en el sistema andaluz de relaciones laborales de las actuaciones ante el SERCLA en materia de conflictos colectivos laborales²⁹ y, a tenor de lo expuesto anteriormente, se abordan aquí las

²⁸ Vid., en este sentido, Navarro Nieto, F., “El tratamiento de los conflictos individuales en los procedimientos extrajudiciales”, *op. cit.*, pp. 219-250. Concretamente, en las pp. 244 y 245, tras considerar inaplicable a los acuerdos en conflictos individuales el art. 91 del ET (que equipara el acuerdo o laudo que resuelva los conflictos colectivos a los convenios colectivos), alude al efecto de cosa juzgada entre las partes del acuerdo de transacción, considerando –aportando citas jurisprudenciales– que es tal la naturaleza del acuerdo que ponga fin a procedimientos individuales de conciliación-mediación ante el SERCLA.

²⁹ Vid. sobre las relaciones laborales en Andalucía y el SERCLA, en cuanto a conflictos principalmente colectivos, Ojeda Avilés, A. (dir.), “Las Relaciones industriales en Andalucía”, Universidad de Sevilla, Instituto de Desarrollo Regional, Sevilla, 1987, Cruz Villalón, “Las Relaciones Laborales en Andalucía”, *Temas Laborales*, nº 100, 2009, pp. 41-82. Más recientemente, Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G., “Acuerdos colectivos, mediación y arbitraje en los descuelgues”, *Temas Laborales*, 154/2020, pp. 251-278, y en relación a un contexto nacional, Olarte

actuaciones sobre conflictos individuales de trabajo como conjunto de resultados concretos que son efecto de dos realidades: por un lado, la apuesta por un clima de confianza para promover el acuerdo y afianzar su eficacia; y, por otro lado, la consideración realista de las dificultades de partida en relación a diversos aspectos. Para la indagación de las actuaciones llevadas a cabo se ha podido contar con la importante aportación de datos estadísticos ofrecida por el propio SERCLA en sus Informes anuales (que pueden consultarse en su página web³⁰). Utilizando como fuente dichos Informes se han construido tablas *ad hoc*, que agrupan de forma evolutiva –como elaboración propia– las anualidades sucesivas, interrelacionando datos correspondientes a distintas variables y dimensiones que en los Informes se recogen estrictamente en el contexto de la anualidad correspondiente. De ello surgen oportunidades para la reflexión, que puede ser articulada en torno a tres tipos de consideraciones, relativas a: 1) la opción voluntaria por el intento de acuerdo, 2) grado de confianza en el Sistema y 3) factores que influyen en el acuerdo.

3.1. Opción voluntaria por el intento de acuerdo

La ampliación de la actuación del SERCLA a los conflictos individuales comenzó como experiencia piloto restringida a la provincia de Sevilla a partir de octubre de 2005, ampliándose a las provincias de Huelva y Almería a partir del 1 de mayo de 2007 y extendiéndose a todo el territorio andaluz a partir del 16 de junio de 2009³¹. Los datos estadísticos a partir de dicho año habrían de mostrar, en principio la entidad numérica de la opción voluntaria de respuesta, lo que a la vez debería también expresar el grado de confianza en esta vía de intento de acuerdo, al corresponderse con el número de solicitudes de mediación (una clara opción por el Sistema representaría para éste, siguiendo en la misma línea, una prueba evidente de su utilidad). Sin embargo, sin un estudio más en profundidad no se podría estar seguro de si el aumento o la disminución en la evolución anual se corresponde de forma directa y proporcional únicamente con el grado de voluntariedad, puesto que podrían existir otros factores influyentes. De hecho, se producen algunos vaivenes –que pueden resultar explicables–, a pesar de lo cual puede decirse que existe un crecimiento sostenido y una evolución consolidada si consideramos las distintas anualidades y las distintas provincias. Así, en el siguiente cuadro se muestra cómo efectivamente en el año 2009 existe un planteamiento de asuntos en

Encabo, S., “El VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales: consolidación y avances”, *Temas Laborales*, 154/2020, pp. 55-78.

³⁰ <https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/informes-y-estadisticas1>.

³¹ Tras la experiencia piloto que tuvo lugar en las provincias de Almería, Huelva y Sevilla, la Comisión de Seguimiento del SERCLA, reunida el 6 de febrero de 2009 en Arcos de la Frontera el 6 de febrero de 2009, adoptó un Acuerdo para extender el conocimiento de conflictos individuales a toda la Comunidad Autónoma. Dicho acuerdo, que comportó una modificación del Reglamento, se publicó en BOJA el 16 de marzo, entrando en vigor tres meses más tarde.

todas las provincias andaluzas, en número que podemos calificar de importante, en comparación con los años posteriores. También en 2010 el número de asuntos planteados de alguna forma se mantiene (aunque desciende un poco el total de asuntos en la mitad de las provincias sube el número de solicitudes). Desciende, tras un entusiasmo inicial, quizá con unas expectativas mayores que la constatación real posterior, y vuelve a haber un efecto alcista con el Reglamento de 2015, y sobre todo con la incorporación de los asuntos sobre sanciones. Entre 2012 y 2013 hay un punto de inflexión, en todas las provincias por igual, menos en Jaén y Córdoba –aunque son menos representativos esos números-, sin que los Informes ofrezcan los datos particularizados por provincias de 2012 (sólo el número total de asuntos).

Tabla 1. Solicitudes presentadas por años y provincias.

	Almería	Cádiz	Córdoba	Granada	Huelva	Jaén	Málaga	Sevilla	Total:
2007	6				12			21	39
2008	14				16			15	45
2009	109	180	52	161	49	40	351	192	1134
2010	67	135	55	127	58	46	275	215	978
2011	30	101	8	77	40	13	249	187	705
2012	-	-	-	-	-	-	-	-	416
2013	19	79	6	19	17	5	141	97	383
2014	31	75	0	33	11	8	193	72	423
2015	23	87	0	47	15	6	191	91	460
2016	38	109	1	36	23	7	171	97	482
2017	43	102	1	40	41	14	195	81	517
2018	94	169	19	99	37	47	306	183	954
2019*	187	334	61	203	140	84	669	448	2126
2020	185	327	59	189	121	58	564	423	1926
2021	130	217	39	99	100	38	343	243	1364*

*Este dato, contabilizado hasta el 30-9-2021, supone un ligero descenso, ya que el año anterior, por las mismas fechas, el dato registrado era 1383.

En cualquier caso, lo importante no es que haya un alto número de solicitantes, sino que el Sistema sea un instrumento idóneo para que se manifieste de forma clara esa voluntariedad; es decir, que se preserve el carácter voluntario en cuanto al planteamiento de los asuntos, que las solicitudes vayan adelante por la voluntariedad de las partes, y que el acuerdo se lleve a cabo o no por ese mismo motivo; sin establecer condicionantes a favor o en contra, aparte de la confianza que el Sistema ofrezca. Dicho de otra forma, el dato relevante es que la voluntariedad constituye el elemento protagonista y verdadero motor de este mecanismo de resolución de conflictos, en correspondencia con el hecho de tratarse de un Sistema extrajudicial autónomo, sin que sea un obstáculo que los asuntos se consideren de carácter obligatorio o voluntario. En realidad, la obligatoriedad de la conciliación-

mediación, tal como se establece en el artículo 5 del Reglamento vigente³², se debe a que funciona como mecanismo sustitutivo del trámite administrativo de conciliación. Se trata, como es sabido, de un paso a partir del cual se abren dos alternativas: en primer lugar, la posibilidad de continuar la tramitación procesal (respecto de lo cual la obligatoriedad del intento de conciliación no atenta a la tutela judicial efectiva³³); y en segundo lugar, la oportunidad de intentar, de forma más decidida, una solución acordada a la controversia planteada. En tal sentido puede considerarse que la sustitución, del trámite de conciliación ante el CMAC, por parte de la conciliación-mediación ante el SERCLA, ha aportado una mayor dosis de voluntariedad (al estar concebida y reforzada institucionalmente como una voluntariedad orientada a la consecución del acuerdo)³⁴. Y concretamente la eliminación de la obligatoriedad, en la Ley procesal laboral, respecto de algunas materias³⁵, no ha supuesto una disminución de planteamientos de asuntos. De hecho, observando las tablas 2 y 3 podemos colegir que la obligatoriedad de los procedimientos no tiene por qué suponer un condicionante en realidad para una tramitación impulsada por una voluntad clara y fuerte, considerada respecto del objetivo de lograr el acuerdo. Así se puede deducir indirectamente de este doble dato:

1º.- El porcentaje de expedientes abiertos, a lo largo de los años, ha ido cambiando de forma muy progresiva y suave (sin notarse ninguna brusquedad que

³² Artículo 5 del Reglamento de 2018: “1. De conformidad con el ámbito funcional señalado en el artículo anterior y la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS), tendrán carácter preceptivo, como paso previo a la vía judicial, los procedimientos no excepcionados en dicha Ley de conciliación o mediación previa.

³³ *Vid.* Navarro Nieto, F., “El tratamiento de los conflictos individuales en los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos”, *op.cit.*, pp. 240-243, donde se refiere a la obligatoriedad de la conciliación-mediación, amparada en el carácter normativo y general de los Acuerdos interprofesionales, y a la compatibilidad del respeto al principio de tutela judicial efectiva (con cita de doctrina judicial); *vid.* también Sáez Lara, C., “Control judicial de los procedimientos autónomos de solución de Conflictos”, *Temas Laborales*, 154/2020, pp. 367-398.

³⁴ Como ya se ha dicho en el apartado 1 en el Expositorio del Acuerdo Tripartito de 1996, que dio origen al SERCLA se exige que las decisiones que pongan fin de forma extrajudicial a los conflictos laborales han de estar fundamentadas en el consenso, el diálogo y el acercamiento de las partes.

³⁵ Como se ha dicho, es a partir de 16 de junio de 2009 cuando este Sistema extrajudicial sustituye al intento de conciliación ante el CMAC en lo que concierne a los conflictos individuales. Pero el mismo año No obstante, en virtud de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial (en vigor desde 5 de mayo de 2010) modificó algunos preceptos de la Ley de Procedimiento Laboral, como el artículo 64.1, que exceptúa algunos supuestos del requisito de conciliación obligatoria previa a la tramitación judicial. Concretamente la sustanciación ante el SERCLA pasa a convertirse en facultativa para los siguientes tipos de asuntos: movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

pueda ser consecuencia de condicionantes institucionales o normativos), partiendo de un nivel mayor correspondiente a tramitaciones voluntarias y evolucionando hacia lo contrario (tabla 2).

2°.- Este cambio, que podríamos entender normal, precisamente por ir creciendo el porcentaje de tramitaciones consideradas obligatorias, no ha supuesto en absoluto una disminución de la cuota de presentación de asuntos en el caso de materias voluntarias, sino que éstas han seguido creciendo también (de la tabla 3 puede deducirse que el número de asuntos planteados depende más de la naturaleza de cada uno de los tipos de asuntos que del hecho de ser de tramitación obligatoria o voluntaria).

Tabla 2. Porcentaje de asuntos planteados en tramitación obligatoria y voluntaria.

Año	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Obligatoria	33%	15%	12,5%	18%	30%	27,83%
Voluntaria	67%	85%	87,5%	82%	70%	72,17%

Año	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Obligatoria	40,04%	51,45%	64,36%	79,11%	78,82%	79,25%
Voluntaria	59,96%	48,45%	36,54%	21,36%	21,18%	20,75%

Tabla 3. Número de expedientes según su motivación.

Año	Clasific. Prof.	Conc. vida personal y fam.	Excedencias	Licencias y permisos	Modif. sust. cond. de trab.	Mov. func.	Reduc. de jornada	Rég disciplin.	Trab. de sup. o inf. cat.	Traslados y despl.	Vacac.
2007	5				17		3		5	8	1
2008	3			3	22		7		7	2	1
2009	68			34	596	14	117		23	138	144
2010	105			35	491	13	146		20	85	83
2011	64			26	393	12	95		6	73	37
2012	30			10	251	7	70		5	24	19
2013	47			10	216	10	51		3	29	17
2014	44			10	246	6	55		8	25	24
2015	91			22	236	7	50		8	33	13
2016	94			13	237	8	56		11	18	21
2017	170	29		19	181	9	50		18	17	24
2018	228	52	4	16	224	8	19	327	12	29	35
2019	228	93	5	12	283	14	33	1326	14	26	45
2020	202	62	6	9	303	7	20	1266	9	15	29
2021	135	52	8	13	204	9	10	903	3	8	19

3.2. Grado de confianza en el Sistema

El grado de confianza en el Sistema, dato de la mayor relevancia, está directamente relacionado, en última instancia, con el porcentaje de acuerdos, de tal forma que el incremento de este porcentaje habrá de producir también una elevación del grado de confianza. A efectos de mejorar el porcentaje de acuerdos es también instrumentalmente importante el nivel de comparecencias, que consolida la opción por el acuerdo (ya de forma interactiva) y depende, a su vez, de la propia confianza en el Sistema de las partes, de la posibilidad de llegar a un acuerdo con la otra parte –variable ciertamente determinante- y de la atención y dedicación que las partes reciban por parte del sistema.

El porcentaje de comparecencias es alto, aunque podría elevarse más, de forma razonable, porque es una condición importante para alcanzar el acuerdo. De hecho significa, ante todo, la apuesta por el Sistema, como se ha dicho, a partir de lo cual se da inicio a una dinámica recíproca: la confianza de las partes en el Sistema y en la posibilidad real y utilidad del acuerdo debe verse correspondida por la atención por parte de la Comisión de Conciliación-Mediación, que ofrece su asistencia, su tiempo. Así pues, la comparecencia es la decisión coincidente de ambas partes de estar “al acuerdo”, correspondido por la dedicación de un tiempo a la mediación por parte del Sistema.

Tabla 4. Porcentaje de tramitación efectiva, avenencias y duración de las sesiones.

Año	Tramitación efectiva	% total de avenencias	% sin incluir sanciones	Duración de las sesiones
2007	61%	23%		130 min.
2008	51%	48%		51 min.
2009	56%	33%		62 min.
2010	51,6%	33,13%		48 min. (1,2 sesiones como media)
2011	53,33%	38,30%		51 min.
2012	70,67%	33,33%		50 min. (1,2 sesiones como media)
2013	69%	38%		45 min. (1,3 sesiones como media)
2014	69%	36,43%		45 min. (1,18 sesiones como media)
2015	71,52%	31,31%		45 min. (1,2 sesiones como media)
2016	69,29%	34,77%		47 min. (1,2 sesiones como media)
2017	63,44%	37,20%		38 min. (1,3 sesiones como media)
2018	67,92%	32,41%	36,58%	Sin datos
2019	66,74%	24,74%	29,50%	Sin datos
2020	60,90%	27,17%	35,28%	Sin datos
2021	71,56%	28,46%	37,70%	Sin datos

(En 2020, de la tramitación no efectiva hay que destacar los 196 expedientes que se han archivado por imposibilidad técnica de realización, debido en gran medida a las consecuencias derivadas de las limitaciones de movilidad decretadas por las autoridades sanitarias a consecuencia del Covid-19).

Ya en la Memoria de 2007 de actuaciones del SERCLA se indica: “La comparecencia de ambas partes sucedió en un porcentaje muy elevado si lo comparamos con lo que suele acontecer en el trámite pre-procesal administrativo³⁶, alcanzándose el 61% de tramitación efectiva. La duración media de las sesiones celebradas se situó en 130 minutos, dato que da cuenta de la dedicación que presta el Sistema a la mediación de los conflictos individuales”. En la tabla se incluye la duración media de las sesiones correspondiente a los años en los que las memorias del SERCLA reflejan ese dato.

Tabla 5. Tiempo empleado, número de expedientes, mediadores y secretarios.

Año	Horas empleadas	Núm. exptes.	Min./sesión	Mediadores	Secretarios
2010	932	978	48 min.	202	16
2011	731	705	51 min.	196	17
2012	245	416	50 min.	168	15
2013	197	383	45 min.	157	18
2014	-		45 min.	-	.
2015	-		45 min.	-	.
2016	-		47min.	-	.
2017	207	517	38 min.	195	15

En 2017 fue la última vez que se consignó el tiempo de duración de las sesiones, así como del número de horas en total. El tiempo necesario, no obstante, es el que necesite el acuerdo, y hasta constatar que no hay posibilidad de avenencia (cuando sea el caso). Habría que estar seguros (queda la incertidumbre) de que el tiempo dedicado es suficiente. No hay, no pudiéndose decir nada concreto al respecto, aparte de que la tendencia a reducir el tiempo de duración de las sesiones (y también del porcentaje de avenencias).

3.3. Factores que influyen en la consecución del acuerdo

Es importante considerar los factores que pueden influir positiva o negativamente para conseguir el acuerdo pretendido, aparte del importante dato de contar con un clima de confianza, en general, en el Sistema -como se acaba de comentar en el apartado anterior-. Conocer bien dichos factores podría permitir actuar directamente para intentar elevar los porcentajes de acuerdo (motivo más que suficiente para abordar un estudio al respecto más específico acerca de posibles variables y condicionantes). De hecho, según se aprecia en la tabla 6, existe cierto margen para una mejoría de resultados en comparación con el porcentaje de avenencia propia de los conflictos colectivos.

³⁶ Y algo similar se indica en la Memoria de 2008.

Tabla 6. Comparación, por años, entre porcentajes de avenencias en conflictos colectivos e individuales:

	Porcentaje de avenencias en conflictos colectivos	Porcentaje de avenencias en conflictos individuales	
2007	52,22%	23%	
2008	52,33%	48%	
2009	48,48%	33%	
2010	49,45%	33,13%	
2011	50,20%	38,30%	
2012	44,57%	33,33%	
2013	48,08%	38%	
2014	44,60%	36,43%	
2015	39,66%	31,31%	
2016	40%	34,77%	
2017	39,22%	37,20%	Excluidas las sanciones
2018	40,69%	32,41%	36,58%
2019	38,38%	24,74%	29,50%
2020	39,66%	27,17%	35,28%
2021	38,38%	28,46%	37,70%

Con arreglo a los datos estadísticos facilitados por los Informes anuales del SERCLA (que, como se ha dicho, han sido integrados en la confección de estas tablas de evolución anual) pueden distinguirse factores influyentes de carácter objetivo y subjetivo (dentro de los cuales tal vez podrían distinguirse algunos más, a su vez, en un estudio más específico). Entre los de carácter objetivo está claro que es importante –como factor diferencial- la motivación del asunto planteado, ya que, como se observa en la tabla 7, los distintos tipos de asuntos presentan, de forma más o menos constante, distintos porcentajes de acuerdo. Podríamos atribuir esa diferencia tanto a la desigual problemática propia de una clase de asuntos u otros, como a la regulación legal o convencional de cada uno de ellos (y a su vez estas dos variables podrían subdividirse en otros tantos factores). Sin considerar asuntos en los que el número de expedientes es escaso, o sólo existen datos de pocos años (conciliación de la vida personal, familiar y laboral, excedencias, movilidad funcional, trabajos de superior o inferior categoría, régimen disciplinario), en alguna de las materias el porcentaje de avenencias es un tanto oscilante (como sucede en los casos de licencias y permisos, traslados y desplazamientos), lo cual, como ya se ha dicho, puede abonar la hipótesis de un posible margen de mejora (aunque sin influencia necesaria de factores objetivos). Pero junto a ello existen tipos de asuntos que se distinguen entre sí por presentar una tónica homogénea de porcentajes que, a la vez, permite distinguir entre una materia y otra. Así, por orden de menor a mayor porcentaje de avenencias pueden citarse los asuntos relativos a: clasificación profesional, reducción de jornada, modificación sustancial de las condiciones de trabajo (estos dos tipos con porcentajes cercanos entre sí) y vacaciones (tabla 7).

Tabla 7. Porcentaje de avenencias según la motivación de los asuntos.

(Es obligatoria la tramitación de los asuntos que figuran en gris oscuro)

Año	Clasific. Prof.	Conc. vida personal y fam.	Excedencias	Licencias y permisos	Modif. sust. cond. de trab.	Mov. func.	Reduc. de jornada	Rég disciplin.	Trab. de sup. o inf. cat.	Traslados y displ.	Vacac.
2007											
2008											
2009	17,95			22,22	37,20	0,00	30,88		14,29	22,58	50
2010	23,08			25	34,27	33,33	38,30		0,00	36,96	29,63
2011	26,67			40	36,97	50	37,10		33,33	48,57	52,63
2012	-			-	-	-	-		-	-	-
2013	22,22			62,50	41,22	33,33	31,43		0,00	36,36	71,43
2014	14,81			30,77	39,76	40	32,56		20	47,06	46,67
2015	14,93			15,38	41,76	0,00	12,20		28,57	52,63	50
2016	20,63			30,77	36,65	37,50	44,19		0,00	63,64	42,86
2017	33,98			26,67	44,54	40	34,29		8,33	36,35	53,85
2018	22,70			20	43,59	42,86	36,36	28,32	36,36	52	47,83
2019	15	31	0	42,85	35,78	75	36	22,31	33,33	27,77	38,09
2020	21,84	22,66	0	60	41,79	0	44,44	24,07	33,33	90	41,66
2021	15,91	28,57	25	33,33	52,38	40	42,86	24,93	33,33	57,14	45,45

*Datos obtenidos de forma indirecta (porque no constan expresamente en el informe estadístico del Sercla)

Entre los factores de tipo subjetivo, y ateniéndonos a los datos de que se dispone, podemos comparar los porcentajes de avenencias según las distintas provincias andaluzas. Si la disparidad de porcentajes correspondientes a los distintos tipos de asuntos –como se acaba de ver- evidencia un posible margen de mejora (que es la diferencia entre los niveles inferiores y los superiores, que pueden corresponder a unas materias u otras), la diferencia de porcentajes entre provincias (que podría ser atribuida al distinto grado de formación, experiencia, aptitudes y actitudes de los equipos humanos intervinientes en cada lugar) puede ser igual de elocuente, o incluso más. Al margen de que no resulten igualmente representativos los niveles de acuerdos alcanzados en provincias con muy distinto número de asuntos planteados y, sin mencionar –por dicho motivo- los resultados de la provincias con menor cantidad de expedientes tramitados (Córdoba y Jaén)³⁷, teniendo en cuenta las tablas 8 y 9 observamos la siguiente situación, que avala la hipótesis de que el equipo humano que interviene por parte del SERCLA para apoyar el posible logro del acuerdo puede ser muy determinante: la disparidad de resultados no sólo es notable entre provincias, sino también entre unos años y

³⁷ Si se observa la Tabla 1 (*vid. supra*) las provincias de Córdoba y Jaén presentan un número muy reducido de asuntos planteados por comparación con el resto. Las que mayor número de asuntos tramitan son Málaga, Sevilla y Cádiz, quedando como término medio Almería, Huelva y Granada.

otros, dentro de cada provincia (puesto que, como ya se ha dicho, es de esperar continuamente el efecto conjunto de factores múltiples). Ciertamente esa variedad de porcentajes es llamativa: aun cuando el porcentaje de avenencias, como media de Andalucía (ver tabla 6), nunca ha llegado al 40% (salvo en 2008, lo cual no era un dato representativo por ser demasiado inicial, y sin implantación en la generalidad de las provincias), se puede ver en la tabla 8 cómo algunos años se supera de forma repetida el 50%³⁸ e incluso el 60%, en los casos de Huelva y Cádiz (dentro de la provincia de Cádiz el porcentaje de Algeciras ha llegado a superar el 70%, *vid.* tabla 9), lo que da idea de que existe un claro margen de mejora del porcentaje medio de avenencias. Y al mismo tiempo, puede apreciarse que existe una tónica propia en cada uno de los lugares, que se ha de corresponder con el dato distintivo que representa la distinta forma de hacer de los equipos personales en cada provincia: porcentajes por debajo de la media en Almería; en torno a la media en Granada, Málaga y Sevilla; y por encima de la media tanto en Huelva como, sobre todo, en Cádiz, que constituye un ejemplo de altos porcentajes de acuerdos logrados.

Tabla 8. Porcentaje de avenencias por provincias y años

	Almería	Cádiz	Córdoba	Granada	Huelva	Jaén	Málaga	Sevilla
2007	-	-	-	-	-	-	-	-
2008	-	-	-	-	-	-	-	-
2009	22,22	28,21	30,77	30,85	66,67	17,39	33,52	39,81
2010	26,83	49,32	28,57	27,54	36,84	20	33,33	30,70
2011	26,32	50,79	50	42,86	35,71	50	32,26	35,96
2012	-	-	-	-	-	-	-	-
2013	33,33	36,84	16,67	25	30,77	0,00	41,57	43,08
2014	38,10	57,72	0,00	29,17	66,67	50	31,25	26
2015	25	36,23	0,00	21,05	38,46	0,00	29,77	38,60
2016	26,09	34,15	0,00	38,10	60	50	33,03	31,75
2017	10,53	36,36	100	42,11	31,03	54,55	44,09	28,57
2018	22,58	50,83	30	33,33	32,26	14,29	29,81	29,01
2019	11,64	30,36	20	19,08	32,58	16	28,64	22,28
2020	20,48	39,75	43,90	30,70	29,17	33,33	24,21	19,86
2021	29,46	40,31	30,30	57	25,35	37,50	19,32	27,41

³⁸ También en el caso de Granada se supera el 50% el año 2021. Pero recuérdese que ese dato está calculado sólo hasta el 30 de septiembre (tabla 8).

Tabla 9. Porcentaje de avenencias en la provincia de Cádiz:

Año	Algeciras	Cádiz	Jerez
2007			
2008			
2009	16,67	36,36	48,28
2010	44,44	64,71	33,33
2011	73,68	45	37,50
2012	-	-	-
2013	33,33	31,58	45
2014	66,67	40	57,69
2015	38,46	25	40,74
2016	-	-	-
2017	31,58	38,89	37,93
2018	60,53	46,51	46,15
2019	27,12	35,90	28,18
2020	54,05	46,47	22,22
2021	55,56	44,12	24,64

Por último, la diferencia entre las posiciones de las partes en el momento de plantearse la contienda (es decir, las distintas visiones particulares que poseen sobre su situación jurídica recíproca, que pueden distar mucho entre sí) constituye una seria dificultad, de carácter subjetivo, para lograr el acuerdo. También esta dificultad de partida, que encarece la posibilidad de avenencia, constituye un aspecto a abordar en un estudio más específico, así como la oportunidad, por parte de la Comisión de Conciliación-Mediación, de contribuir a objetivar una diferencia de planteamientos excesivamente subjetivos.

4. VALORACIÓN

La valoración de la experiencia de la resolución extrajudicial de los conflictos laborales individuales se hace desde el punto de vista de la resolución, del acuerdo, desde esa referencia al modelo social del diálogo, como ya ha quedado dicho desde el principio de este trabajo, a pesar de que –como también se ha dicho- se podría hacer, y se ha hecho, con otras orientaciones más generales. Una valoración de este tipo, intentando que sea constructiva y útil, se ha venido ya ofreciendo en los tres apartados que preceden atendiendo a diversos aspectos, como la construcción de un clima de confianza proclive al acuerdo, la coherencia e idoneidad del Sistema al respecto y el porcentaje de éxito, sabiendo que ese porcentaje puede llegar sólo, de forma realista, hasta determinado umbral. Se añaden aquí unas consideraciones sintéticas relativas a cada una de las cuestiones abordadas en los tres apartados

(modelo social, instrumento institucional y actuaciones), insistiendo en que no importa tanto el número o porcentaje de acuerdos logrados –con ser importante–, sino el funcionamiento del Sistema como medio idóneo a tal fin; y en que esta valoración tiene un cariz aproximativo, ya que se necesitaría desarrollar un estudio más concreto, con un tratamiento mucho más extenso y fundamentado en datos más específicos, a fin de evaluar: de qué manera puede mejorar el mecanismo de resolución de conflictos, analizando el estado de las situaciones y relaciones jurídicas concretas incluso en una fase previa o preventiva; y de qué forma el Sistema, como resultado del modelo andaluz del diálogo social, puede seguir contribuyendo al consenso en el conjunto de las relaciones laborales. Salta a la vista, sin embargo, sin necesidad de realizar un estudio más pormenorizado, que la existencia y el funcionamiento del SERCLA –funcionamiento centrado aquí en los conflictos individuales– constituye un gran bien que viene contribuyendo muy positivamente a los aspectos que se acaban de mencionar (existiendo lógicamente la posibilidad de encontrar vías de mejora y perfeccionamiento). Así pues, valgan estas tres consideraciones a modo de corolarios:

- 1ª) El modelo social de diálogo, que ha caracterizado de forma especial a la dinámica de las relaciones laborales en Andalucía, constituye la referencia para el mecanismo autónomo de resolución extrajudicial de conflictos laborales, también en el caso de los de carácter individual. Esta referencia ha pervivido como orientadora del SERCLA e incluso éste ha contribuido y sigue contribuyendo al sostenimiento de dicho modelo de diálogo.
- 2ª) La apertura a los conflictos individuales del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales en Andalucía ha puesto a disposición de los mismos un mecanismo autónomo dinámico de solución de contiendas, con una adaptación reglamentaria, y un fuerte apoyo institucional por parte del CARL. Ello, en definitiva, contribuye a un clima de confianza en la posibilidad de lograr realísticamente un acuerdo a través de este instrumento institucional, así como garantías suficientes de la eficacia del acuerdo una vez logrado.
- 3ª) En cuanto a las actuaciones llevadas a cabo ante el SERCLA se comprueba que la posibilidad de plantear asuntos individuales ante el mismo, en sustitución del requisito de conciliación previa administrativa ha aportado una mayor dosis de voluntariedad para la consecución del acuerdo. El grado de confianza de las partes en el Sistema es alto, a tenor del porcentaje de comparecencias (posiblemente con margen de mejoría), siendo muy importante que por parte de los mediadores exista posibilidad de dedicar a cada asunto un tiempo suficiente. Insistiendo que sería muy conveniente un estudio más específico, ello tendría mucho mayor sentido respecto a los factores que pueden influir en el acuerdo. Existen factores objetivos, como la materia a la que pertenezca el asunto, así como la regulación legal de la misma, los cuales no alimentan muchas esperanzas de mejorar la diferencia

de porcentajes entre unos tipos de asuntos y otros. Distinto es el caso de las diferencias que pueden ser debidas a factores subjetivos, como la distinta forma de actuar de los equipos humanos en cada una de las oficinas del SERCLA o las distintas expectativas de las partes. También hay margen de crecimiento en los porcentajes de avenencias en los conflictos individuales si se comparan con los de los conflictos colectivos.

LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

FRANCISCO VILA TIERNO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

EXTRACTO

Palabras clave: Protección social, Comunidades Autónomas, Seguridad Social, Asistencia Social, Rentas de Inserción, Dependencia

La protección social no reviste un carácter unívoco, sino que responde a un carácter complejo, con un contenido que incluye tanto Seguridad Social como Asistencia Social. El desarrollo y aplicación de estas materias tampoco es uniforme, sino que viene vinculado al régimen de competencias que nuestro marco constitucional reconoce, de manera diferenciada, a Estado y Comunidades Autónomas. Se trata, en esta línea, de ofrecer un análisis de las posibilidades de la política legislativa a nivel autonómico a partir de aquel marco competencial señalado. Haciendo, en este caso, una especial mención a la Dependencia atendiendo a sus especiales particularidades, pero sin obviar el nuevo alcance que las rentas de inserción y el ingreso mínimo vital ofrecen en la actualidad.

ABSTRACT

Key words: Social protection, Autonomous Communities, Social Security, Social Assistance, Basic Income, Dependants

Social protection does not have a univocal character, but rather a complex nature, with a content that includes both Social Security and Social Assistance. The development and application of these matters is not uniform either, but is linked to the system of competences that our constitutional framework recognises, in a differentiated manner, to the State and the Autonomous Communities. In this line, the aim is to offer an analysis of the possibilities of legislative policy at Autonomous Community level based on the aforementioned framework of powers. In this case, special mention is made of protection of dependant persons, taking into account its special features, but without ignoring the new scope that insertion incomes and the minimum vital income currently offer.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE REPARTO COMPETENCIAL EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL Y DE ASISTENCIA SOCIAL. DOS VÍAS DE PROTECCIÓN CON UNA FINALIDAD COMÚN
3. LA ESPECÍFICA PROTECCIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS FRENTE A LA POBREZA EN EL MARCO DE LA ASISTENCIA SOCIAL. ENTRE LAS RENTAS MÍNIMAS DE INSERCIÓN (ÁMBITO AUTONÓMICO) Y EL INGRESO MÍNIMO VITAL (ÁMBITO ESTATAL)
 - 3.1. El nuevo panorama tras la aparición del Ingreso Mínimo Vital
 - 3.2. La concreta actuación de las Comunidades Autónomas en la materia
4. UNA BREVE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

1. INTRODUCCIÓN¹

Nuestro país, en tanto que Estado, social y democrático de Derecho, se articula a través de una estructura organizativa que garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que lo integran a través de los gobiernos de las Comunidades Autónomas. Se reconocen éstas, por tanto, como una forma de organización territorial que tienen potestades para gestionar sus propios intereses.

Los Estatutos, como norma institucional básica de las Comunidades Autónomas, son los que rigen la organización del autogobierno de la Comunidad y las competencias sobre las materias, dentro del marco previsto en los artículos 148 y 149 de la Constitución -no pudiendo, en ningún caso, las diferencias de regulación existentes entre los Estatutos de autonomía, crear privilegios económicos

¹ El presente trabajo se enmarca en el contexto de los siguientes Proyectos de Investigación:

- Proyecto de Investigación en Programa Estatal de I+D+i «Retos Investigación» Orientada a los Retos de la Sociedad, RTI2018-094696-B-I00, titulado “Retos, reformas y financiación del sistema de pensiones: ¿sostenibilidad versus suficiencia?”;
- Proyecto de Investigación en Programa Estatal de I+D+i, «Retos Investigación» Orientada a los Retos de la Sociedad, RTI2018-098794-B-C32 denominado “Nuevas formas de protección social ante los cambios productivos” financiado por el MINECO/MICIU;
- Proyecto P18-RT-2585 “Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y desarrollo económico. Un análisis de la realidad andaluza”; concesión de ayudas a proyectos de I+D+i, destinadas a las universidades y entidades públicas de investigación calificadas como agentes del Sistema Andaluz del Conocimiento, en el ámbito del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020). Convocatoria 2018;
- Proyecto de Investigación “Las nuevas tecnologías y el impacto en el ámbito laboral y de la seguridad social: el impacto socio-económico de la economía digital”, del Programa de Investigación de la Junta de Andalucía, con financiación con fondos FEDER, Ref. UMA18 FEDERJA 028;
- Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía (SEJ 347), Políticas de Empleo, Igualdad e Inserción social.

y sociales respecto de sus ciudadanos ni respecto a las propias Comunidades entre sí-, teniendo en cuenta que si no se han asumido competencias sobre las materias atribuidas inicialmente a las Comunidades Autónomas, corresponderán al Estado.

Se trata, de este modo, de un sistema complejo de atribución de competencias o distribución de poderes de regulación en distintas parcelas de la realidad social, que pueden ser exclusivas o compartidas, e incluso cedidas o transferidas por parte del Estado en materia de su propia titularidad.

Centrándonos en la regulación sobre Protección Social, debemos diferenciar en un doble plano: respecto de la Seguridad Social y con relación a la Asistencia Social.

De una parte, en materia de Seguridad Social, se dispone que la competencia, en lo que respecta a la legislación básica y el régimen económico, corresponde, de forma exclusiva, al Estado² -art. 149.1.17 CE-. La determinación de lo que sea legislación básica y régimen económico, en este orden, ha sido resuelta, contundentemente, por el propio Tribunal Constitucional haciendo una interpretación extensiva de lo que sean ambas, dejando un estrecho, casi nulo, margen de actuación al legislativo autónomo³.

Sin embargo, sí se ha reconocido la competencia de las Comunidades Autónomas -ex artículo 148.1 20 y 21 CE-, respecto de otras ramas de la protección social, como son la asistencia social y la salud, al no ser exclusivas del Estado.

Esta atribución competencial, ha llevado a adoptar, por las administraciones autonómicas, un relevante protagonismo en la gestión del sistema de protección social. Un protagonismo que ha desbordado la previsión inicial, la existente en el momento constituyente. Y ello, por dos vías, esencialmente. De un lado, gracias a los instrumentos de asunción de competencias previstos en la propia Constitución -que han sido extensamente utilizados por los Gobiernos de las Comunidades Autónomas-; y, de otro, por la creación, por éstas, de nuevos instrumentos de intervención pública en el marco de la protección social, en ejercicio de sus competencias originarias o transferidas⁴.

En este marco, es preciso distinguir los mecanismos de protección que se articulan como Seguridad Social o Asistencia Social o Servicios Sociales, puesto que la actuación de las Comunidades Autónomas se ha desarrollado situando su

² Sobre el tema, pueden verse Álvarez Cortés, J.C.: “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de protección social”, *Temas Laborales* nº 51, 1999 y “Nuevamente sobre las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de protección social. Algunas reflexiones respecto de la STC 239/2002, de 11 de diciembre”, *Temas Laborales* nº 71, 2003

³ Véanse, por todas, las SSTC 138/1983, 24/1989 y 195/1996.

⁴ Estos instrumentos de intervención creados por las Comunidades Autónomas, que han sido calificados de indirectos, incluyen medidas tales como: pactos territoriales de empleo; programas autonómicos de empleo; concertación social en el ámbito de la comunidad; programas de rentas o

ámbito competencial en uno u otro contexto, pero encontrándose con dificultades cuando no se configuraba, de manera nítida, una herramienta de protección cuya naturaleza no se identificaba claramente con el primer o segundo ámbito. A ello dedicaremos las siguientes líneas.

2. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE REPARTO COMPETENCIAL EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL Y DE ASISTENCIA SOCIAL. DOS VÍAS DE PROTECCIÓN CON UNA FINALIDAD COMÚN

Atendiendo a lo descrito en el epígrafe precedente, los sistemas anteriormente citados dependen, de un lado, de la dispar titularidad de competencias en la regulación, pero, de otro, del hecho de tratarse de conceptos o instituciones de contenidos variables. Respecto a esta afirmación, ha de recordarse que en el momento actual, se le ha atribuido al sistema de Asistencia Social y Servicios Sociales un papel secundario o complementario al de Seguridad Social⁵, ya que, tras la adopción de la Constitución, la principal técnica de protección social ha sido, y sigue siendo, esta última. Consecuencia de ello, es que la evolución y mejora de la protección social en gran medida se ha mantenido en el ámbito de la titularidad Estatal⁶ y ello independientemente de que, desde hace algún tiempo, y ahora a través del cauce de las reformas estatutarias que se llevan a cabo, las Comunidades Autónomas han reclamado y han ido consiguiendo –como hemos adelantado– un papel más activo y de mayor protagonismo en el ámbito de la protección social. Papel que se incrementa en la medida en la que se atribuye mayor contenido a la Asistencia Social frente al de Seguridad Social, dado el reparto de competencias constitucional que hemos descrito.

En este sentido, no obstante, es conveniente señalar que mientras que la Seguridad Social se ha limitado al campo profesional y ha aplicado los originarios

salarios de inserción; complementos autonómicos de pensiones; sistema de solución extrajudicial de conflictos; organismos de control e intervención en las relaciones laborales, etc.

⁵ Así, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., señala que “el papel propio de la Asistencia Social no es el de suplementar las posibles ‘insuficiencias’ cuantitativas de las prestaciones actuales de la Seguridad Social sino complementar, con base en la solidaridad y como condición de la ciudadanía social, las insuficiencias del sistema social otorgando prestaciones que ésta no cubre”, vid. “Seguridad Social y Asistencia Social en el Estado de las Autonomías”, RL, t. I, 2003, pág. 116.

⁶ O como indica Suárez Corujo, B., en la medida en que el principal componente de la protección social en España ha sido la Seguridad Social, puede afirmarse que “el impulso experimentado por la política social en las tres últimas décadas se produce de espaldas a la evolución de la organización territorial”, en “Dependencia y Estado Autonómico: el encaje competencial del Proyecto de ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, RL nº 14, 2006, pág. 54.

principios “asegurativos” en los sistemas contributivos, sus límites con la asistencia social pública han sido fáciles de trazar⁷. Sin embargo, desde que la Seguridad Social ha ido expandiendo sus fronteras y ha asumido fórmulas no contributivas y asistenciales de protección -esto es, en atención a las necesidades de los sujetos (tareas que venía asumiendo la asistencia social)-, se complica la delimitación de ambas instituciones. Y ello se traduce, por tanto, en una cuestión competencial.

El problema parte, con relación al tema que nos ocupa, de una realidad concreta: el hecho de que para la cobertura de riesgos sociales se han utilizado dos mecanismos del sistema de protección social que, a su vez, tiene distintas Administraciones competentes –en los términos adelantados-. Situación compleja que se incrementa por dos circunstancias importantes:

- En primer término, en la medida que el intérprete constitucional, a la hora de analizar asuntos en esta materia, ha resuelto situaciones concretas o particulares, contextualizadas en momentos históricos o socio-económicos distintos, lo que ha dado lugar a una casuística de la que no se deduce, de manera clara y evidente, unos criterios que puedan servir de delimitación entre ambas instituciones.
- En segundo lugar, por la ausencia, como es sabido, de una definición constitucional de lo que sea Seguridad Social.

Ello provoca la necesidad de realizar una labor deductiva y de desarrollo que nos permita delimitar este concepto y, a partir del mismo, el reparto competencial Estado-Autonomías. Y, a tal efecto, debemos concluir que se trata de un concepto que ha de extraerse de la normativa interna e internacional existente. En tal sentido, pese al carácter “flexible” de la CE, la construcción del sistema de Seguridad Social debe de ajustarse -como parece que así se ha estado haciendo al menos en algunas cuestiones-, a las prescripciones del art. 41 de la misma: carácter público, universalidad subjetiva; generalidad objetiva y suficiencia de prestaciones⁸. En definitiva, la Seguridad Social es una institución jurídico pública que garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta -por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo-, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en su catálogo de prestaciones, entre las que, obviamente, no se incluyen las que se integren en el catálogo de la Asistencia Social. Siendo así, ello nos serviría, en principio, para plantear, al menos en una primera aproximación, que correspondería a las Comunidades Autónomas dentro de su marco de competencias.

⁷ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., en “Pensiones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social”, RL, t. II, 1988, pág. 11 y sig.

⁸ Así también lo recuerdan Alarcón Caracuel y González Ortega, en su *Compendio de Seguridad Social*, 4ª Ed, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 43 y ss.

A pesar de ello, el art. 41 CE, que establece el deber de los poderes públicos de mantener una determinada estructura protectora de los ciudadanos frente a situaciones de necesidad y marca las líneas que han de orientar el desarrollo evolutivo de aquélla, “no es un precepto apto para atribuir o distribuir competencias” (STC 206/97, de 27-11, fj 5º).

Esto nos obliga, de nuevo, a volver la vista, a las disposiciones constitucionales que articulan el reiterado reparto competencial. En primer término, al art. 149.1.17 CE y la interpretación del TC respecto al mismo. Recordemos, en tal sentido, que la Constitución establece, en esta línea, dos fórmulas alternativas para el reconocimiento de competencias a las Comunidades Autónomas. Una indirecta, en tanto que será competencia de las mismas aquello que no haya sido expresamente reservado para la competencia estatal (art. 149 CE); y otra indirecta, mediante la atribución directa de las potestades (art. 148 CE).

Como punto de partida, en el marco del art. 149 CE y la reserva de materias al Estado, la STC 1/82, y en aplicación del llamado principio de unidad del ordenamiento, indicó que había de conseguirse una “regulación sustantiva uniforme en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo a partir del cual cada Comunidad Autónoma, en aras de su propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan” dentro de su marco de competencias. En síntesis, lo que se permitía, de este modo, era la regulación o desarrollo y ejecución de la legislación básica de la Seguridad Social respetando los parámetros mínimos comunes (vía indirecta de atribución de competencias).

Y, precisamente, esos parámetros mínimos comunes, actuaban en sentido contrario para justificar que el mismo Tribunal Constitucional, en la sentencia 27/83, afirmara que el Estado podía asumir competencias en el plano de ejecución cuando ello fuese necesario para evitar discriminaciones entre unas Comunidades Autónomas y otras o, en términos más precisos, para asegurar el principio de igualdad, básico en materia de Seguridad Social⁹.

En síntesis, la reserva estatal se basa en la necesidad de asegurar los principios de unidad del ordenamiento de esta materia y con éste el de igualdad de tratamiento¹⁰.

Por otra parte, el mismo precepto constitucional establece, de manera taxativa, que el régimen económico y financiero de las prestaciones de Seguridad

⁹ Como recuerda Palomar Olmeda, A., en *Derecho Público de la Seguridad Social*, Ariel, Barcelona, 1993, pág. 97.

¹⁰ Así lo dice, López López, J., en *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, Marcial Pons, Madrid 1993, pág. 186. La cuestión se complica si se estima que dentro del concepto de legislación básica se encuentra la “cuantía de la prestación”, como

Social es competencia exclusiva del Estado. Se trata de una cuestión en la que el Estado se ha atribuido competencia plena¹¹ sin que quede margen de actuación para las Comunidades Autónomas. Y en esta línea se ha interpretado por el Tribunal Constitucional, en sentencia de 7 de julio de 1989, cuando dispone que, en materia de régimen económico de la Seguridad Social, el Estado ha de retener no sólo potestades normativas, sino todas aquéllas que traten de garantizar la unidad del sistema de Seguridad Social -y no sólo la unidad de su regulación jurídica, sino también la titularidad estatal de todos los fondos de la Seguridad Social-. Todo ello con el objeto de mantener el principio de solidaridad económica y asegurar a los beneficiarios las prestaciones correspondientes.

En segundo término, el art. 148.1.20 de la CE establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir las competencias en materia de Asistencia Social. Si ello es así, cualquier medida de Asistencia Social adoptada por el Gobierno en el marco de la Seguridad Social podría transgredir las competencias de las Comunidades Autónomas que tuvieran competencias en esta materia. No obstante, esta directa atribución de competencias al ámbito autonómico, que parece fuera de toda duda, se complica en la medida que el art. 42 de la LGSS incluye dentro de la Seguridad Social, como rama de la acción protectora, a la Asistencia Social. Cuestión también compleja a la que se suma que tampoco la Constitución española ofrece un concepto de lo que haya de entenderse como Asistencia Social. Junto a lo que se une el hecho de que la Asistencia Social es una institución más antigua que la Seguridad Social en la que, para atender las situaciones de necesidad más apremiantes, participaban distintas administraciones del Estado¹² e incluso con la colaboración de instituciones privadas (beneficencia privada).

Nuestro Tribunal Constitucional señala que –al igual que para el concepto de Seguridad Social- la noción de Asistencia Social ha de recogerse a conceptos elaborados en el plano de la legislación general y del Derecho internacional. En cualquier caso, este órgano tampoco ha establecido parámetros determinantes, de manera que no se especifica, de manera exacta, que puede considerarse, de manera estricta, asistencia social: “criterios por cierto vacilantes e imprecisos, que más parecen estar vinculados a los supuestos de hecho juzgados que a una doctrina general sobre la materia”¹³.

indicó Rodríguez-Piñero en “Seguridad Social y Autonomías”, Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo, 1984, pág. 21.

¹¹ Como lo indicó en su momento la doctrina, por todos, Muñoz Machado, S., en su *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, tomo I, Madrid, 1982, pág. 566.

¹² Como indica Borrajo Dacruz, E., “Responde a la idea clásica de que la asistencia social en régimen público (pues de esta función se trata), en especial en favor de indigentes, es función típica de las entidades locales (Ayuntamientos, Diputación provincial; y ahora, de la Comunidad).”, en “Comunidades Autónomas y Seguridad Social”, PEE nº 12/13, 1982, pág. 193.

¹³ Como señalan Alonso Seco, J.M y Gonzalo González, B., en *La asistencia social y los servicios sociales en España*, BOE, Madrid, 1997, pág. 84.

En la situación actual pueden entenderse hasta dos concepciones distintas de lo que sea Asistencia Social. Y es que en nuestro sistema de protección social pueden darse dos tipos de Asistencia Social: la “interna” al sistema de Seguridad Social y la “externa” al sistema¹⁴. Esta complicada distinción entre asistencia social “interna” y “externa” al sistema se utilizó, precisamente, por el Tribunal Constitucional para poder justificar que el Estado pudiera tener competencias en materia de Asistencia Social, cuando el texto constitucional las reservaba de forma exclusiva a las Comunidades Autónomas¹⁵. Ello se corresponde con la “conformación actual de un concepto evolucionado de Asistencia Social, integrador de técnicas de protección diversas, unas externas al sistema de Seguridad Social -y por tanto abiertas a la intervención autonómica en virtud de los arts. 148.1.20 y 41 CE- y otras internas al sistema y en consecuencia reconducibles al art. 149.1.17^a CE”¹⁶.

La llamada “Asistencia Social interna” viene regulada en los artículos 64 y 65 de la LGSS. En dichos preceptos se prevé que es la Seguridad Social la que, con cargo a sus fondos -limitados para cada ejercicio económico-, dispense a las personas incluidas en su campo de aplicación mediante servicios y auxilios económicos precisos en situación de necesidad y previa carencia de rentas. Este concepto “interno” -que, sin embargo, se sitúa en la línea de lo contemplado en la regulación internacional¹⁷-, se corresponde con una idea flexible de relación entre la Seguridad Social y la Asistencia Social (interna), en la que sus fronteras aparecen como móviles o elásticas¹⁸. Aquella relación actúa a modo de vasos comunicantes, de forma que a medida en que se ensancha la capacidad de cobertura de uno, se disminuye la del otro, lo que, en la tendencia actual, ha significado la ampliación de la cobertura de los sistemas de Seguridad Social y la consecuente, reducción del

¹⁴ Sobre el tema véase Alarcón Caracuel, M.R., en “La integración de los Servicios Sociales y la Asistencia Social en la Seguridad Social”, en *Temas Laborales* nº 7, 1986, pág. 20.

¹⁵ Como dice el Tribunal Constitucional en la ST 146/86, f.º 5º, “en una materia tan compleja, como la acción y la protección social, tan central además en un Estado social [...] las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión de actuación en el campo social, [...] ni de otros entes públicos, ni por parte de entidades privadas [...]”. Y más adelante, en ese mismo f.º, continúa diciendo: “No obstante, el Estado, en la medida en que existan problemas sociales peculiares que requieran y exijan un planteamiento global, puede intervenir al respecto, [...] una vez detectado un particular problema social que requiera intervenciones de asistencia social a nivel supra autonómico podría intervenir, pero debería tratar de respetar para ello, en lo posible las competencias de las Comunidades afectadas [...]”.

¹⁶ Monereo Pérez, J.L. “Competencias autonómicas en asistencia Social y servicios sociales”, *Temas Laborales*, Vol. I. núm. 100/2009, pág. 296.

¹⁷ Como la Carta Social Europea o el Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica de 1953 (art. 2 a) i).

¹⁸ Como dirían Rodríguez- Piñero, en “La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas”, RSS nº 34, 1987, pág. 66 o López López, J., en *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, cit., pág. 195.

campo de acción de la Asistencia Social. Esta actuación, predicable únicamente respecto de las prestaciones de asistencia social “internas” al sistema, pueden suponer que a través de la misma el Estado podría dejar sin competencias a las Comunidades Autónomas.

Existe, al tiempo, un elemento que incrementa esta tendencia, como la elaboración conceptual propia y muy restrictiva, realizada por la jurisprudencia del TJCE, de lo que debe entenderse por “Asistencia Social”¹⁹. A ello contribuye, de una parte, la exclusión de las prestaciones de Seguridad Social del marco de aplicación de los Reglamentos del derecho coordinador comunitario. Y, de otra, que idea que se reitera en los pronunciamientos del TJCE ha sido la de procurar la igualdad de trato en materia de protección social de los trabajadores migrantes comunitarios, para lo que se ha adoptado una interpretación del concepto de Seguridad Social con una fuerte “vis atractiva” de su campo objetivo²⁰.

De manera independiente, la Asistencia Social “externa” al sistema puede ser de dos tipos:

- a) una Asistencia Social atribuida a las Comunidades Autónomas, de conformidad con las competencias recogidas en su propio Estatuto de Autonomía y en las Leyes de desarrollo de los mismos -y dentro de la

¹⁹ Por todos, véase, Pérez del Río, T., en “El concepto de prestaciones de ‘asistencia social’ establecido por la Corte de las Comunidades Europeas y la normativa española”, en *Temas Laborales* nº 7, 1986, págs. 77 y sig.

²⁰ Las prestaciones no contributivas, basadas en la solidaridad nacional, tradicionalmente han sido excluidas de los tratados internacionales de derecho coordinador. A medida que se ha ido generalizando la implantación de niveles no contributivos y universales, basados en la residencia y la carencia de recursos, los sistemas de Seguridad Social han tenido que incluirlos en sus acuerdos internacionales para la protección de los migrantes. El problema es que, en un sistema de protección de los trabajadores migrantes tan complejo como el Comunitario, en el que no ha habido una previa armonización de las prestaciones, algunos Estados han pretendido enmascarar prestaciones no contributivas con asistencia social. Por ello, y para procurar la igualdad de trato, la reacción del TJCE ha supuesto hacer una interpretación “in extenso” de lo que sean prestaciones de Seguridad Social. Es posible que de conformidad con los criterios comunitarios, el complemento extraordinario para pensionistas pueda ser considerado como Seguridad Social a efectos de que sea abonado a ciudadanos comunitarios afincados en Andalucía; pero también es muy probable que, por esa misma concepción de Seguridad Social, las conocidas como rentas de inserción (que son las prestaciones que abanderan los sistemas de asistencia social de las Comunidades Autónomas), y de conformidad con el diseño actual de las mismas, o las de la Ley de Integración Social del Minusválido (que nadie ha puesto en duda su condición de asistencia social) sean consideradas como prestaciones de Seguridad Social a las que tienen derecho los ciudadanos comunitarios y seguro que ello no sería impedimento para seguir entendiéndolas a nivel interno como prestaciones de asistencia social. Probablemente, para evitar esta colisión con la interpretación del TJCE, López López, J., incluye a las rentas de inserción de las Comunidades Autónomas dentro del sistema de Seguridad Social en base a que se trataría de “una competencia exclusiva del nivel no básico del art. 149.1.17 CE”, op. cit., pág. 202. No compartimos esa tesis ya que para instaurar una prestación

que se encuentra, al mismo tiempo, la asistencia otorgada por otras entidades como los Ayuntamientos, las Diputaciones o los Cabildos (que se encuentran en su marco geográfico)-

- b) y otra Asistencia Social privada²¹, que en cierto modo también viene respaldada por proyectos financiados, en muchas ocasiones, con dinero público.

Centrándonos en la Asistencia Social atribuida a las Comunidades Autónomas, el concepto de la misma sólo puede venir dado por su propia norma reguladora (respetando claro está, los compromisos internacionales adquiridos por el Estado español).

El Tribunal Constitucional, por su parte, en la sentencia 76/86, de 9 de junio (fundamento jurídico 6º), hizo una aproximación de lo que se entendía como Asistencia Social –si bien, en un momento en el que aún no se había desarrollado el nivel no contributivo del sistema español de Seguridad Social-. Definía, en dicha resolución, como característica de este sistema asistencial, “su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios” (cosa que en la actualidad no sirve para distinguirlas de las prestaciones no contributivas). Lo más importante es que, en aquél momento, de conformidad con el sistema de protección social existente, la asistencia social competencia de las Comunidades Autónomas “aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquél sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social”, a lo que se añadió que “no se trata de ampliar o completar el campo de aplicación de la Seguridad Social; sino de contemplar la situación de un colectivo de personas, cualificados por unas circunstancias concretas, determinadas e irrepetibles”.

En cualquier caso, la doctrina anteriormente citada, en la actualidad, aporta importantes dificultades en la delimitación de las fronteras de las instituciones que se analizan.

De un lado, porque con posterioridad, el sistema español de Seguridad Social ha pretendido universalizarse con las prestaciones no contributivas, con lo que hoy en día muy difícil encontrar “algún grupo de población que no se encuentre protegido por el sistema”, ni siquiera a las llamadas clases marginales ya que las mismas se encuentran protegidas por éste, bien sea por instituciones como el Ingreso Mínimo Vital (IMV), ya sea exclusivamente a efectos de asistencia sanitaria. La doctrina constitucional, de este modo, podría valer para la Asistencia Social “interna” pero

económica en el sistema de Seguridad Social hace falta una dotación de fondos y ello es competencia exclusiva del Estado.

²¹ STC 146/86, de 25-11-86, f.º 2º.

no para la externa -o de las Comunidades Autónomas-, ya que se dejaría en manos del Estado la posibilidad de delimitar las competencias exclusivas por la vía de hecho.

De otro lado, la lectura del art. 41 CE, es clara al indicar que la Seguridad Social establece prestaciones suficientes “ante situaciones de necesidad”. Bien es cierto que, como hemos afirmado, este precepto no se entiende suficiente para delimitar el ámbito competencial, pero sí puede establecer unos presupuestos condicionantes. En este sentido, el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social se corresponde con un campo objetivo tan amplio que impediría de nuevo la actuación de las Comunidades Autónomas en materia de Asistencia Social, ya que cualquier medida que se adoptara, sin duda, afectaría de algún modo a aquel ampliándolo o completándolo, a pesar de que -como se ha señalado- el Tribunal Constitucional afirmara que no se trata, precisamente y de manera literal, de “ampliar o completar”²². Téngase en cuenta, además que, en el diseño del “Estado de bienestar” en nuestro país confluyen distintas políticas, y la de protección social se formula sobre la base de su conformación por el sistema de Seguridad Social y por la Asistencia Social. Se trata de sistemas que, forzosamente, se complementan, ya que la función de la Asistencia Social es, fundamentalmente, completar los vacíos de protección que el sistema de Seguridad Social no alcanza (y ello es predicable tanto para la Asistencia Social “interna” como “externa”), bien por falta de cobertura absoluta o bien por infracobertura²³. El primero de los casos, esto es, el de falta de cobertura absoluta, es cada vez más difícil de producirse ya que los sistemas de protección de Seguridad Social se asistencializan pretendiendo cubrir a todas las personas que carezcan de rentas. Por ello, la salida posible que le quedaría a la Asistencia Social sería la protección de situaciones que el sistema de Seguridad Social cubre de forma deficiente, ya sea en atención del colectivo de sujetos incluidos o ya sea a causa de las prestaciones insuficientes para cubrir las necesidades vitales -lo que, de algún modo, dificulta aún más la consideración distinta a complemento o ampliación-.

Sea como sea, el Tribunal Constitucional no ha entrado de forma clara en la definición de los contenidos, sólo se refiere a algunos de sus caracteres. Por ello, el dejar el contenido de la misma a los criterios materiales que puedan deducirse de la legislación vigente “puede conducir a concepciones dispares”, sobre todo, porque el concepto de Asistencia Social se amplía sobremanera “no quedando reducido únicamente a la mera cobertura de necesidades básicas de subsistencia, sino además a los conceptos de servicios sociales, bienestar social, desarrollo

²² De hecho, la sentencia que se indica admite como prestaciones de asistencia social a pensiones de “jubilación, invalidez y muerte” concedidas por el Gobierno vasco.

²³ Sobre la cuestión, pueden verse las interesantes opiniones de Blasco Lahoz, JF, en “La ‘protección asistencial’, un concepto inexistente en el ordenamiento jurídico español”, AL nº 36, 1992, págs. 641 y sig.

comunitario y promoción social, términos todos ellos recogidos en los Estatutos de Autonomía”²⁴. Se perdió, una importante oportunidad de clarificar la cuestión con la STC 239/2002, referida a los complementos autonómicos de prestaciones no contributivas, válida nuevamente para un caso puntual, y que “sus razonamientos pueden contribuir, en vez de aclarar, a hacer aún menos ‘legibles’ los límites constitucionales entre la materia de Seguridad Social y Asistencia Social”²⁵.

No obstante, con respecto a la Asistencia Social, la STC 33/2014, de 27 de febrero, fj 4 con cita de la STC 36/2012, de 15 de marzo, recuerda que “este Tribunal ya tenido ocasión de definir el alcance de la materia de asistencia social cuando afirmado que atendiendo a las pautas de algunos instrumentos internacionales como la Carta Social Europea, la Asistencia Social, en sentido abstracto, abarca una técnica de protección situada extramuros del sistema de Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella. Se trata de un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema han de seguridad social y que opera mediante técnicas distintas de las propias de esta. Entre sus caracteres típicos se encuentran, de una parte, su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios, y, de otra, su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos, cualesquiera que éstos sean. De esta forma, la Asistencia Social vendría conformada como una técnica pública de protección, lo que la distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces”.

Finalmente, puede concluirse que la Asistencia Social, que constituye el grueso de la competencia autonómica en materia de protección social -en cuanto parte de la misma- constituye un conjunto de instrumentos dirigidos a afrontar situaciones de necesidad de los ciudadanos que carecen de otra cobertura y son significativos de una especial vulnerabilidad. Cobertura que se dispensa mediante la concesión de ayudas o prestación de servicios, esencialmente, en el marco autonómico.

Los elementos caracterizadores de esta Asistencia Social, en cualquier caso, responden a una serie de presupuestos básicos, a saber, la acreditación de una situación de necesidad real y objetivada, con ausencia de rentas o ingresos suficientes; su desvinculación con la posible existencia de cotizaciones previas; y la necesaria residencia en territorio nacional. No se configura, por otra parte, como un derecho subjetivo incondicionado, sino que dependerá de la existencia de las correspondientes partidas presupuestarias.

²⁴ Como acertadamente señalan Alonso Seco, J.M. y Gonzalo González, B., en *La asistencia social y los servicios sociales en España*, cit., págs. 85 y 86.

²⁵ Nuevamente, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., en “Seguridad Social y Asistencia social en el Estado de las Autonomías”, op. cit., pág. 108

Para su puesta en valor, serán las distintas administraciones, conforme al reparto competencial señalado y su inclusión como prestaciones de Seguridad Social o de Asistencia Social. Dentro de la primera, se incluyen las prestaciones no contributivas, que exigen determinados requisitos para su acceso (residencia, carencia de recursos y discapacidad o edad superior a 65 años, etc)²⁶, incluyendo las prestaciones familiares. Las segundas, que están sujetas, en los términos adelantados, a los presupuestos públicos -autonómicos-, responden a diferentes requisitos y a la dotación anual que se les otorgue en los correspondientes presupuestos de las Comunidades Autónomas. De ahí, que esta última tenga un carácter estrictamente complementario y supletorio para dónde no llegue la cobertura de la Seguridad Social, siendo, en este caso, lo más relevante -al margen de determinados complementos- las prestaciones de servicios sociales y las rentas mínimas, siendo éstas, por su transcendencia, las que van ocupar la atención del siguiente epígrafe.

3. LA ESPECÍFICA PROTECCIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS FRENTE A LA POBREZA EN EL MARCO DE LA ASISTENCIA SOCIAL. ENTRE LAS RENTAS MÍNIMAS DE INSERCIÓN (ÁMBITO AUTONÓMICO) Y EL INGRESO MÍNIMO VITAL (ÁMBITO ESTATAL)

3.1. El nuevo panorama tras la aparición del Ingreso Mínimo Vital

Siguiendo el mismo planteamiento que se ha seguido con carácter previo, cuando nos referimos a la pluralidad de técnicas y medios que se prevén o necesitan para proteger a las personas en riesgo de exclusión social a causa de la carencia de recursos, no es posible circunscribirse al contexto exclusivo de Seguridad Social o de Asistencia Social, ya que permite ser cubierta por ambos sistemas de protección.

En los mismos términos ya analizados, encontramos que los sistemas se entrecruzan haciendo complicadas las delimitaciones de sus fronteras, con una dispar titularidad de competencias en la regulación, por tratarse de conceptos o instituciones de contenidos variables. En cualquier caso, insistimos en que la principal técnica de protección social ha sido y sigue siendo la Seguridad Social. Consecuencia de ello, es que la evolución y mejora de la protección social en gran medida se ha mantenido en el ámbito de la titularidad estatal. De ahí que el mayor impulso de la protección social -salvo para el sistema de dependencia,- se ha producido de espaldas a la evolución de la organización territorial. Y ello

²⁶ Vid. Vila Tierno, F. “El marco jurídico de las pensiones no contributivas”, en *Seguridad Social para todas las personas*, AESSS, 14 y 15 de octubre de 2021 (publicado por editorial Laborum bajo el mismo título).

independientemente de que, desde hace algún tiempo, y ahora a través del cauce de las reformas estatutarias y el desarrollo de nuevas fórmulas de protección social que se llevan a cabo, las Comunidades Autónomas han ido reivindicando su protagonismo en este ámbito.

Consecuencia de ello, como del resto de materias en cuestión de protección social, en la determinación de las prestaciones para luchar, de manera estricta, contra la pobreza y la exclusión, resulta determinante su inclusión en el ámbito de la Seguridad Social o en o de la Asistencia Social, pues ello tiene una traducción directa al marco competencial. Y la cuestión no está muy clara, ya que, si se analizan las medidas que adoptan o han adoptado las Comunidades Autónomas, puede comprobarse que se tratan de prestaciones, económicas y en especie, configuradas como si se consideraran auténticos derechos subjetivos que, aunque tienen en cuenta el nivel de pobreza, a veces cubren las mismas contingencias que el sistema de Seguridad Social.

Pensemos, no obstante, que se hubiera optado, desde un principio, por implantar una renta básica universal (no una medida condicionada)²⁷, en cuyo caso, se hubiera formulado para todas las personas y en todo el territorio nacional. En este sentido, existe una confusión importante entre las rentas mínimas de inserción y la renta básica universal y ello, entre otros motivos, porque las Comunidades Autónomas utilizan una pluralidad de términos para hablar de sistemas de garantías de rentas mínimas (además de que en alguna norma autonómica se han denominado como rentas básicas)²⁸.

Dichos programas de rentas mínimas (o como específicamente se hayan denominado por la correspondiente Comunidad Autónoma) suponen, en esencia, prestaciones económicas de carácter asistencial condicionadas a la demostración de una situación de necesidad y que funcionan de forma subsidiaria o “como última red del Estado de Bienestar”²⁹ para asegurar la subsistencia de las personas. Además de la prueba de la situación de necesidad, suelen exigirse otra serie de requisitos adicionales que condicionan el acceso (edad, residencia,

²⁷ La renta básica universal se caracteriza por la incondicionalidad, con un efecto sobre la pobreza, pero que trata, esencialmente, de garantizar la dignidad de las personas para poder ser libres en la sociedad, en un régimen de igualdad con todos los ciudadanos. La universalidad es necesaria ya que se pretende que todos los ciudadanos puedan recibirlas independientemente de su condición económica. En contrapartida, el objetivo principal de las rentas mínimas es la lucha contra la pobreza severa, por lo que, además de demostrar que se es pobre para recibirlas, ha de demostrarse en la mayoría de las regulaciones una actitud “favorable” al trabajo; son, pues, prestaciones condicionadas.

²⁸ Sobre esta cuestión, véase, Monereo Pérez, J.L., *La renta mínima garantizada. De la renta mínima a la renta básica*, Bomarzo, Albacete, 2018, pp. 33 y ss.

²⁹ Bollain Urbietta, J. y Raventós Pañella, D. en “La renta básica incondicional ante las limitaciones de las rentas mínimas”, *Lan Harremanak*, nº 40, 2018, p. 91.

nacionalidad, participación en programas de inserción, etc)³⁰. De forma general, podría decirse, que, salvo excepciones en la normativa de las Comunidades Autónomas, la finalidad de los programas de rentas mínimas es la proporción de unas prestaciones económicas de carácter temporal o transitorio para cubrir una situación durante un período de intervención social que evite la exclusión social. Pero, desgraciadamente, son diversos factores los que impiden o limitan la eficacia de esta medida en la erradicación de la pobreza: las restricciones presupuestarias, la cobertura insuficiente, la estigmatización de las personas beneficiarias, los costes de administración y la llamada trampa de la pobreza³¹.

Frente a estos programas, la renta básica universal incondicional supondría una asignación monetaria pública y regular que se concedería de forma incondicional a toda la población, con el fin de garantizar la existencia material de toda la ciudadanía por el mero hecho de integrarse en la sociedad. Sería un ingreso abonado por el Estado, como derecho de la ciudadanía, a cada miembro de pleno derecho o residente de la sociedad incluso si no quiere trabajar de forma remunerada y sin tomas en consideración su situación económica personal³². De este modo, y en términos generales, la renta básica universal mejoraría la situación protectora que actualmente ofrecen las rentas mínimas³³.

Un elemento importante a tener en cuenta es que esta prestación, a diferencia de las rentas mínimas, al ser una prestación básica permitiría su compatibilidad con otras rentas. Además, se podría producir un importante ahorro de gastos de gestión y administrativos que son, en la actualidad, significativamente altos en la administración de los programas de rentas mínimas.

Su eventual implantación, sería algo que puede afectar, según el modo en que se haga, al proceso de distribución territorial del ejercicio del poder político a través del marco de competencias que la propia Constitución establece. Y es que, como se ha adelantado, las Comunidades Autónomas han adoptado, como medidas de garantía, las rentas mínimas de inserción, en tanto que se considerarían entre las materias en las que tienen competencias atribuidas, por la Constitución y por sus propios Estatutos de Autonomía (como Asistencia Social). En cambio, en materia de renta básica universal al no tratarse de una protección necesaria y exclusiva para pobres o personas en situación de exclusión social, se acercaría más a las

³⁰ Vid, in extenso, Euzéby, C., *La revenu minimum garanti*, La Découverte, París, 1991.

³¹ Sobre esta cuestión, in extenso, Bollain Urbieto, J. y Raventós Pañella, D. en “La renta básica incondicional ante las limitaciones de las rentas mínimas”, op. cit. pp. 96 y ss.

³² En el sentido que la define la Red de Renta Básica Universal, vid. <http://www.redrentabasica.org/rb/que-es-la-rb/>

³³ Una comparativa entre estas prestaciones, puede verse nuevamente, en Bollain Urbieto, J. y Raventós Pañella, D. en “La renta básica incondicional ante las limitaciones de las rentas mínimas”, op. cit. pp. 108 y ss.

competencias del Estado, ya que ex art. 149.1.1 CE, el Estado tiene competencia exclusiva sobre “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. Si la renta básica se diseñara de forma defectuosa, esto es, pensando de forma exclusiva en los pobres o personas en exclusión social no protegidos por el sistema de Seguridad Social, debería de considerarse como una prestación de asistencia social o servicios sociales por lo que podrían invadirse las competencias de las Comunidades Autónomas en esta materia. No obstante ello, ha de recordarse que el TC en STC 18/2016 ha venido, respecto de las prestaciones del sistema de dependencia a “bendecir” la intrusión del Estado en tales competencias de servicios sociales en virtud de su competencia para fijar las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales.

El legislador estatal ha apostado, sin embargo, por una solución completamente distinta, pero asumiendo postulados comunes al regular el Ingreso Mínimo Vital. Ha abandonado la senda o la posibilidad de establecer -al menos de momento- una renta básica universal, para establecer un mecanismo de lucha contra la pobreza en el marco de la Seguridad Social no contributiva y sometido al cumplimiento de una serie de requisitos al potencial beneficiario para su concesión. Y se ha planteado como una actuación que excede de las competencias de las Comunidades Autónomas, ya que se ha entendido que es el Gobierno del Nación el que tiene que configurar un sistema estatal de garantía de mínima de rentas que permitiera asegurar la protección social y económica de la familia, -tal y como recoge el art. 39.1 CE-, pero haciéndolo de forma que sea un derecho ejercido en igualdad de condiciones por todos los españoles, independientemente del lugar del territorio nacional donde residan. Recuérdese que según el art. 149.1.1 CE es competencia exclusiva del Estado “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. Fundamento que se corresponde de manera exacta con el contenido de la Disposición Final Novena -Título Competencial- del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital³⁴.

No obstante, mientras que el Gobierno de la Nación no había asumido tales responsabilidades, son muchas las Comunidades Autónomas, que, en el marco de sus competencias han venido -como se ha advertido- a poner en marcha las llamadas rentas de inserción para atender las situaciones de las familias más perjudicadas y vulnerables por la carencia de recursos. Téngase presente que en el ámbito de la “protección social”, lugar común donde se encuentran varios mecanismos de cobertura de los riesgos sociales viene a incluirse la protección a las personas sin recursos o en situación de exclusión social. Y en este ámbito se produce en nuestro ordenamiento algo singular como hemos visto: las

³⁴ Disposición final novena. Título competencial.

Comunidades Autónomas actúan en los ámbitos en los que no llega el sistema de Seguridad Social de forma subsidiaria a éste. Débil protección, por cierto, ya que la parte más importante ha recaído en los Servicios Sociales a los que, por su carácter asistencial, se accede en función del nivel económico y situación familiar del solicitante, pero sin que en muchos casos se concedan prestaciones a modo de derecho subjetivo a los solicitantes ya que los servicios estaban enmarcados en las limitaciones establecidas por las disponibilidades presupuestarias. No obstante, para determinadas prestaciones, como las establecidas para la atención a las personas dependientes y las establecidas como rentas mínimas de inserción (en algunas Comunidades) si vienen a configurarse como derechos subjetivos³⁵.

Pero la relativamente reciente regulación del Ingreso Mínimo Vital, como una nueva prestación no contributiva dentro del sistema de Seguridad Social³⁶, ha alterado sustancialmente el panorama que existe en la lucha contra la pobreza que las Comunidades Autónomas asumían a través de sus propios mecanismos de Asistencia Social. En este sentido, lo realizado anteriormente -dentro del espacio natural del ámbito autonómico- a la aparición del mismo, partiendo de la delimitación competencial previa, se reconocía en el radio de acción de la Asistencia Social. La coincidencia de funcionalidades entre esta nueva prestación no contributiva -en la que no se entrará por rebasar el contenido de este análisis- y los mecanismos de acción social externa, según lo ya expuesto, exigían un especial cuidado ante la posibilidad real de invadir, por el Estado, espacios reservados a las Comunidades Autónomas.

Este real decreto-ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.1.^a, 13.^a, 14.^a, 17.^a y 18.^a de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales; bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; hacienda general y deuda del Estado; legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social; y bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común.

³⁵ No obstante, con la Ley 36/2009 “El hecho de que no se reconozca como un derecho subjetivo, universal y garantizado la protección social de la renta básica universal está en la base del déficit de recursos y de la diversidad normativa (entre comunidades autónomas y administraciones locales) y es causa de desprotección, discrecionalidad en el acceso y desigualdad”, como indica Andrés-Pizarro, J. de, en “Desigualdades en los servicios de protección de la renta básica universal para personas mayores”. Gaceta Sanitaria, mayo 2004, vol.18 supl.1, p.126-131. ISSN 0213-9111. Respecto de las rentas mínimas de inserción véase el Informe sobre Rentas Mínimas de Inserción 2018, <https://www.mscbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/ServiciosSociales/RentasMinimas.htm>

³⁶ Vid. en profundidad, Álvarez Cortés, J.C. “Una nueva prestación no contributiva de la Seguridad Social: el ingreso mínimo vital. Análisis del Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ISSN-e 1696-9626, N.º. 56, 2020 (on line). Vid. tb. Monereo Pérez, J.L.; Rodríguez Iniesta, G.; Trillo García, A.R. El ingreso mínimo vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico, Ediciones Laborum, Murcia, 2021.

Precedentes, como la STC 100/2017, de 20 de julio, invitaban a ser especialmente respetuosos.

Dicha resolución resolvía el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco contra diversos preceptos del Real Decreto Ley 1/2013, de 25 de enero por el que se proroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el desempleo y la protección social de las personas desempleadas (PLAN PREPARA). Norma que contemplaba medidas de políticas activas de empleo encomendadas a las Comunidades Autónomas y una ayuda económica complementaria cuya gestión se atribuía al SEPE, lo que fue, justamente, objeto del recurso interpuesto. El motivo aducido es que dicha ayuda se entendía vinculada a un Programa de empleo y, en consecuencia, no respetaba el reparto competencial del art. 149.1.7 CE. Motivo que tuvo el reconocimiento expreso por el Tribunal Constitucional. No obstante, resultan interesantes los votos particulares emitidos³⁷ que “consideran que la sentencia hace un encuadramiento competencial erróneo del objeto del recurso. En su opinión, la competencia estatal aplicable al caso es la relativa a la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17 CE), pues las ayudas económicas cuya gestión se discute no son subvenciones sino “prestaciones sociales próximas al subsidio de desempleo” y a la Renta Activa de Inserción y, por tanto, están integradas en la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social. Según la doctrina constitucional, añaden, en materia de régimen económico de la Seguridad Social, el Estado no sólo tiene potestades normativas; con el fin de garantizar “la unidad del sistema de la Seguridad Social”, asume también el régimen económico y, por tanto, ejerce facultades de gestión o ejecución de los fondos destinados a los servicios o a las prestaciones de la Seguridad Social. Por todo ello, la concesión y pago de las ayudas a las que se refiere la norma cuestionada corresponden al Estado”³⁸.

En cualquier caso, vuelve a poner sobre la mesa el complejo deslinde de competencias entre Comunidad Autónoma y Estado -aunque aquí sea de un modo distinto-, lo que parece repercutir en el respetuoso trato del legislador a las potestades de los poderes autonómicos cuando regula esta prestación de competencia estatal. Y así, expresamente, el art. 2.2 viene a señalar que “En desarrollo del artículo 41 de la Constitución Española, y *sin perjuicio de las ayudas que puedan establecer las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias*, el Ingreso Mínimo Vital forma parte de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social como prestación económica en su modalidad no contributiva” -el subrayado es propio-. A estos efectos, el art. 17.1 e) establece que se exceptúan del cómputo de rentas a los

³⁷ Por el Magistrado Montoya Melgar, al que se suma el Presidente del Tribunal, González Rivas.

³⁸ Nota Informativa del Tribunal Constitucional núm. 55-2017: https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_055/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2055-2017.pdf

efectos de determinar la vulnerabilidad económica, las rentas mínimas obtenidas de las Comunidades Autónomas.

Ello abre de lleno la puerta a la compatibilidad de las dos medidas -como se había planteado en el caso de que fuera una Renta Básica Universal, pero ahora por otra vía-, si bien, esta cuestión dependerá de varios factores. En primer término, del respeto a las competencias de las Comunidades Autónomas para regular este tipo de ayudas, lo que se vería afectado de no respetarse el radio de acción de las mismas. En tal sentido, serán las propias normativas autonómicas, en proceso de adaptación y actualización conforme a la aparición del IMV, las que reconocerán o no la compatibilidad. De otro modo, si se estableciera una regulación excluyente, se estaría invadiendo el espacio competencial de aquellas, lo que, como decimos, no se admite a partir del texto constitucional y de la interpretación por el Tribunal competente.

En segundo término, la propia regulación estatal del IMV establece un amplio abanico de elementos que están pensados para facilitar la colaboración y cooperación entre administraciones³⁹, especialmente el art. 22 - Competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social y colaboración interadministrativa-; Capítulo V -cooperación entre administraciones públicas- y la Disposición Adicional 4ª -fórmulas de gestión-.

Por último, la función específica del IMV como garantía mínima de renta para sujetos en situación de vulnerabilidad y la declarada posibilidad de mantenimiento de las rentas autonómicas de inserción, que pueden responder al mismo objeto, como último recurso dentro de la red de protección del sistema de garantía de ingresos, han de determinar una regulación distinta que tenga el objeto común de asegurar unas rentas mínimas en igualdad de condiciones, cualquiera que sea el territorio del Estado en que se encuentre un ciudadano en situación de vulnerabilidad o pobreza. La propia norma, en su Exposición de Motivos, viene a reconocer que “han sido las comunidades y ciudades con Estatuto de Autonomía las que han ido configurando diferentes modelos de políticas de rentas mínimas. Estos sistemas han desempeñado un papel muy relevante para la atención de las personas en situación de vulnerabilidad, tanto en los momentos de crisis económica como en las etapas de crecimiento. Sin embargo, se trata de modelos muy diferentes entre sí, con variaciones muy sustanciales en su diseño, y especialmente en sus grados de cobertura y nivel de protección. El resultado ha sido una heterogeneidad significativa en el acceso a las prestaciones sociales de las personas en situación de necesidad, muchas de las cuales continúan sin ser suficientemente cubiertas por nuestro Estado del bienestar”. Lo que se completa con el hecho de que “la implicación de comunidades autónomas y entidades locales en el despliegue de

³⁹ Mediante una necesaria “colaboración internormativa”, vid. Monereo Pérez, J.L. “Competencias...” op. cit. pág. 302.

la política persigue consolidar la necesaria implicación de todas las instituciones en el compromiso común de lucha contra la pobreza y las desigualdades en todo el territorio, engarzando el legítimo ejercicio del autogobierno en el ámbito de las políticas sociales de las comunidades autónomas con la provisión colectiva de una red de protección mínima y común de ingresos garantizada por la Seguridad Social”.

3.2. La concreta actuación de las Comunidades Autónomas en la materia

En el ejercicio de la competencia en esta materia (art. 148.1.20 CE), desde hace mucho tiempo, las Comunidades Autónomas han venido regulando prestaciones económicas de carácter asistencial (y en diversos territorios no configuradas como derechos subjetivos) para la protección social de personas en situación de exclusión social con diferente terminología⁴⁰: salarios sociales, rentas de ciudadanía, rentas básicas, rentas mínimas, rentas de inserción, rentas de inclusión social, prestación de inserción, ayudas de intervención social, subsidios de acción social, rentas activas de inserción, ingresos mínimos de inserción, ayudas de emergencia social, prestaciones públicas del sistema de Servicios Sociales; ayudas económicas, etc. Algunas incluso llamándolas como renta básica universal⁴¹.

De este modo, a partir del mandato de los principios rectores de la política social y económica recogidos, en especial, en los artículos 39 a 41 CE y de las competencias propias establecidas en sus propios Estatutos se ha permitido una profusa producción normativa en la que depende de cada Comunidad Autónoma la regulación de este tipo de protección social. La materialización de estas tendrá un desarrollo dispar, coincidente con la pluralidad autonómica, y social. Es consecuencia del principio de autogobierno por el que se “legitima a la Comunidad para hacer una planificación propia y diferenciada de las políticas a diseñar y poner en práctica en su territorio”⁴².

⁴⁰ Sobre esta cuestión, in extenso, vid. Monereo Pérez, J.L y Molina Navarrete, C. en *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*”, Granada, Comares, 1999.

⁴¹ Así, la Ley 6/2001, de 20 de noviembre, de atención y protección a las personas en situación de renta básica universal en Cantabria.

⁴² Como indica Molina Navarrete, C., “Los nuevos estatutos de autonomía y el reparto constitucional de competencias en “materias” de “empleo”, “trabajo” y “protección social”, RTSS-CEF, octubre-2006, pág 64. Y continúa diciendo: “No es en modo alguno dudoso ya que las comunidades autónomas tienen derecho imprimir, en cada momento, el ritmo que consideren más oportuno en las políticas y organización de servicios públicos orientados a garantizar la efectividad de los derechos sociales reconocidos en la Constitución.”

Denominación de la prestación de renta mínima según Comunidad Autónoma

Andalucía	Renta Mínima de Inserción Social
Aragón	Ingreso Aragonés de Inserción
Asturias	Salario Social Básico
Baleares	Renta Social Garantizada
Canarias	Prestación Canaria de Inserción
Cantabria	Renta Social Básica
Castilla-La Mancha	Ingreso Mínimo de Solidaridad
Castilla y León	Renta Garantizada de Ciudadanía
Cataluña	Renta Garantizada de Ciudadanía
Ceuta	Ingreso Mínimo de Inserción Social
Extremadura	Renta Básica de Inserción
Galicia	Renta de Inclusión Social
Madrid	Renta Mínima de Inserción
Melilla	Ingreso Melillense de Integración
Murcia	Renta Básica de Inserción
Navarra	Renta de Inclusión Social
País Vasco	Renta de Garantía de Ingresos
La Rioja	Renta de Ciudadanía
C. Valenciana	Renta Valenciana de Inclusión

Fuente: Ministerio de Sanidad (2018)

En este orden, también podría situarse la política dirigida a luchar contra la situación de pobreza. Una situación que, en el contexto actual, requiere un espacio diferenciado ya que es un riesgo que tradicionalmente ha sido objeto de un tratamiento disperso o inadecuado por la práctica totalidad de los sistemas de Seguridad Social. Y, en no pocas ocasiones, a falta de una cobertura específica se encomiendan al subsistema de servicios sociales a causa de la indeterminación de su objeto⁴³. Y es que “las insuficiencias de nuestro sistema de protección social son tan evidentes y existen tantas situaciones de necesidad que carecen de cobertura social, que el espacio propio de la Asistencia Social a cargo de las Comunidades Autónomas no puede considerarse como marginal o residual”⁴⁴.

Bajo estas premisas, las Comunidades Autónomas han adoptado muy diversas medidas para paliar la pobreza en sus respectivos territorios. Si bien, lo

⁴³ Una crítica a ello puede verse en Fantova, F. “Los sistemas de Servicios Sociales en España: intento de caracterización”, en www.grupcies.com/Html/boletin/docs/articulo_21_1.pdf, págs. 2-3.

⁴⁴ Como indica Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. en “Seguridad Social y Asistencia Social en el Estado de las Autonomías”, op. cit., pág. 116.

más que han llegado a hacer las Comunidades Autónomas ha sido la regulación -en el marco de sus competencias en materia de Asistencia Social-, de salarios sociales, garantía de ingresos o rentas básicas o mínimas de inserción (o en cualquiera de las denominaciones que anteriormente se apuntaron)⁴⁵. Lo cierto es que hasta la aparición del IMV, aunque la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas habían adoptado una serie de medidas de orden normativo o administrativo en el respectivo ámbito de sus competencias para la eliminación de la pobreza, no existía un marco común lo que daba lugar o generaba una cierta desigualdad territorial que restaba efectividad a las distintas políticas -ello ha motivado que tras la regulación del IMV se reconfigure el mapa de las rentas activas en los diferentes territorios, declarándose compatibles o no con el mismo y siendo supletorias a éste de acuerdo a la finalidad principal del mismo de otorgar un nivel mínimo común de referencia⁴⁶-.

Ello se traducía en que, en base al elemental principio de autogobierno, se formulaba una planificación propia y diferenciada de las políticas a diseñar y poner en práctica en cada uno de los territorios. Por ello, ha sido tónica general en la mayoría de las Comunidades Autónomas la regulación inicial de medidas de inserción social para los más desfavorecidos (normalmente a través de salarios

⁴⁵ Ley 15/2001, de 27 de diciembre, de Renta Mínima de Inserción en la Comunidad de Madrid, Ley 14/2017, de 20 de julio, de la renta garantizada de ciudadanía Cataluña, Decreto-ley 3/2017, de 19 de diciembre, por el que se regula la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía, Ley 19/2017, de 20 de diciembre, de la Generalitat, de renta valenciana de inclusión, Ley 5/2019, de 20 de febrero, de Renta Extremeña Garantizada, Ley 3/2007, de 16 de marzo, de Renta Básica de Inserción de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, Decreto Legislativo 1/2019, de 10 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de las normas legales vigentes en materia de condiciones de acceso y disfrute de la prestación de renta garantizada de ciudadanía de Castilla y León, Ley 4/2017, de 28 de abril, por la que se regula la Renta de Ciudadanía de La Rioja, Ley de Cantabria 2/2007 de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales, Ley del Principado de Asturias 4/2005, de 28 de octubre, de salario social básico, Ley 10/2013, de 27 de noviembre, de inclusión social de Galicia, Ley 18/2008, de 23 de diciembre, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social, País Vasco, Ley Foral 15/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan los derechos a la Inclusión Social y a la Renta Garantizada de Navarra, Ley 1/2007, de 17 de enero, por la que se regula la Prestación Canaria de Inserción, Ley 5/2016, de 13 de abril, de la renta social garantizada de Baleares, Reglamento de Ingreso Mínimo de Inserción Social, de 30 de septiembre de 2010 y Resolución nº 696 de fecha 1 de febrero de 2018, relativa a aprobación definitiva del reglamento regulador de las ayudas económicas y servicios para la atención de necesidades sociales de la Ciudad Autónoma de Melilla que recoge el ingreso melillense de integración.

⁴⁶ Véanse, por ejemplo, la Ley 3/2021, de 20 de mayo, por la que se regula la Prestación Aragonesa Complementaria del Ingreso Mínimo Vital y el Servicio Público Aragonés de Inclusión Social, el Decreto Ley 16/2020, de 24 de septiembre, de modificación de la Ley 1/2007, de 17 de enero, por la que se regula la Prestación Canaria de Inserción para su adaptación al Ingreso Mínimo Vital o el Decreto-ley 10/2020, de 12 de junio, de prestaciones sociales de carácter económico de las Illes Balears.

sociales u otras prestaciones económicas de carácter asistencial) regulación que ha ido modificándose o actualizándose a lo largo del tiempo en concordancia con el desarrollo internacional de esta rama de la protección social y con los avatares de la economía mundial, en especial, con los terribles efectos de la crisis económica de 2008 donde aumentó el nivel de pobreza en los países desarrollados de una forma exagerada⁴⁷.

De este modo, todas las Comunidades Autónomas con competencias atribuidas de modo exclusivo en materia de promoción y ayuda a los grupos sociales necesitados de especial atención, han puesto en marcha mecanismos de solidaridad hacia los sectores excluidos, de tal forma que se procure su incorporación al proceso de desarrollo económico y social y se eviten, en todo caso, las formas más dramáticas de exclusión (entendiendo tales situaciones, en ocasiones, como de “emergencia social”).

De ahí, que, hasta ahora -y hasta la aparición del IMV-, la política social de rentas de inserción ha sido, desde su origen, una iniciativa propia de las Comunidades Autónomas. Una iniciativa que respondía al hecho de se formulaba, en el marco de la Asistencia Social, esta vía como último mecanismo de protección social dirigido a las personas que no tenían derecho a ningún otro tipo de prestaciones. Si bien, de forma subsidiaria al sistema de protección público y universal. Con ello, se trataba de conseguir un sistema en el que todo ciudadano dispusiera de unos recursos mínimos para la subsistencia.

Por ello, se han configurado unas normas jurídicas que, normalmente, combinan dos derechos: de un lado, el de disponer de medios económicos (rentas o salarios de inserción) para hacer frente a las necesidades básicas de la vida -y no puedan obtenerse de un empleo o del régimen público de Seguridad Social-, de otro lado, ofrecer apoyos personalizados para la inserción laboral y social (programas de servicios sociales y de empleo) establecidos por acuerdo entre los servicios sociales y las personas beneficiarias.

Las acciones de incorporación social y laboral que se prevén tiene como fin la motivación a participar para la obtención de un empleo adecuado.

En definitiva, las normas establecidas por las Comunidades Autónomas no tienen como función la sustitución de la competencia del Estado central para garantizar una existencia digna para todos los ciudadanos, sino, más bien, la de complementar su acción hacia determinados sectores en los que el Estado aún no había cubierto, en especial, la exclusión por causa de la pobreza. Y que, en esta línea, son rentas que tienen carácter subsidiario respecto de las prestaciones

⁴⁷ Vid Suárez Corujo, B. en “Una prestación de renta mínima garantizada: reflexiones sobre su encaje competencial en el marco constitucional”, *Revista de Información Laboral* nº 10, 2014, pp. 49 y ss.

sociales públicas de carácter general establecidas para todo el territorio nacional (prestaciones del sistema de Seguridad Social o del sistema de dependencia).

En la idea básica de que la lucha contra la exclusión social es una responsabilidad del conjunto de la sociedad, las medidas de solidaridad adoptadas por las Comunidades Autónomas se enfocan en diversos colectivos que tienen un elemento en común: ofrecer un nivel mínimo de derechos sociales, como contenido básico de la ciudadanía, para evitar la exclusión social. El problema es que todas son prestaciones de carácter temporal, sin tener en cuenta que la situación en muchos casos puede perdurar más allá del tiempo previsto para la cobertura que se ofrece. Por lo que, en realidad, son parches de protección.

Lo novedoso, quizás, sea la configuración de tales prestaciones como derechos subjetivos, derechos prestacionales públicos, caracterizados por una mayor concreción normativa que confiere mayores garantías jurídicas a los ciudadanos.

Así pues, los principios en los que se basan estas prestaciones suelen ser:

- Equidad, puesto que su concesión responde a la cobertura de una situación de necesidad a causa de carencia de rentas y medios de subsistencia de los beneficiarios que los coloca en situación de exclusión, vulnerabilidad o desventaja social
- Universalidad, ya que se dirige a todas aquellas personas que reúnan los requisitos exigidos y en quienes concurren las condiciones que las normas establecen para su obtención.
- Solidaridad, como manifestación de la solidaridad de todos los ciudadanos que, con su esfuerzo económico, a través de los impuestos, permiten redistribuir la riqueza con aquellos que resultan más desfavorecidos, en la persecución de la justicia y cohesión social.
- Complementariedad, ya que el objetivo es, con la atribución de la prestación, completar los ingresos que tuvieran los destinatarios cuando exista una situación de carencia de medios.
- Subsidiariedad, en la medida en que se establece como una prestación que se reconoce únicamente cuando no resulta posible el acceso a las acciones protectoras de otros regímenes o sistemas (o el acceso lo haya sido en cuantía insuficiente para la cobertura de las necesidades sociales básicas), sea por finalización de su cobertura o por su no concesión.

En cualquier caso, todas estas normas, de un modo u otro, vienen a reconocer el principio de responsabilidad pública en la atención al ciudadano, incardinando las prestaciones otorgadas entre el sistema de servicios sociales y el servicio público de empleo autonómico, donde son competentes las administraciones autonómicas.

De otro lado, es cierto, que la gran mayoría de este tipo de prestaciones que conceden las Comunidades Autónomas lo son de carácter temporal pues solo se mantienen en el caso en que exista o persista una situación de exclusión social (y,

por supuesto, se cumplan los requisitos, condiciones y obligaciones establecidas). Además, y en relación con ello, se diseñan de tal modo que sea inexcusable la participación de los beneficiarios de tales prestaciones ya que han de contribuir de forma activa, comprometida y responsable en la superación de la situación de necesidad, interviniendo en la programación y desarrollo de los itinerarios que se establezcan para su integración social.

Aunque son el resultado de una atención individualizada, según las condiciones y necesidades particulares de sus destinatarios, en la mayoría de ocasiones las prestaciones responden también a las peculiaridades de los grupos o colectivos (especialmente, familiar) a los que pertenecen. En el caso de las familias, el carácter integral de estas prestaciones pretende evitar el incremento de la pobreza infantil.

Siendo cierto, como se ha dicho, que una de las consecuencias más graves que ha dejado la crisis económica mundial ha sido el aumento de la pobreza y del número de personas en riesgo de pobreza, lo más complejo para estas normas es determinar “quiénes son los beneficiarios”. Esto es, a quién ha de considerarse en riesgo de pobreza o exclusión social. Es común hacer coincidir el umbral de la pobreza con la cuantía de la renta mínima de inserción (con diversas variaciones).

La idea ha sido que debía garantizarse la cobertura de las necesidades básicas de las personas pertenecientes a los sectores más desfavorecidos de la población, por lo que había de crearse un sistema de renta garantizada que tuviera como fin asegurar unos mínimos vitales y desarrollar la promoción de la persona tanto en la sociedad como en el mercado de trabajo, con el fin de superar las condiciones que las hayan llevado a solicitar y obtener estas prestaciones. En definitiva, lo que pretendía era la superación de las situaciones de necesidad, esto es, cualquier contingencia, que tiene lugar o aparece en el transcurso de la vida de una persona y que le impide hacer frente a los gastos esenciales para el mantenimiento propio o para el mantenimiento de las personas que integran la unidad familiar o la unidad de convivencia a la que pertenece. Por ello, en muchos casos, podría decirse, que se habían configurado como rentas de carácter familiar, pues tanto su titular como los restantes miembros de la unidad familiar o de convivencia en la que se integran se convierten en destinatarios de la prestación, resultando ésta acomodada a las necesidades de cada uno de ellos.

El acceso a la renta garantizada suele hacerse depender con la acreditación de la concurrencia de circunstancias objetivas, fundamentalmente de naturaleza económica que puedan dar lugar a situaciones de riesgo o exclusión social y se combina con otra serie de medidas para la inclusión. Aunque no todas las personas con ingresos insuficientes necesitan el mismo tipo o intensidad de acompañamiento de inclusión, pero en la mayoría de las regulaciones de las Comunidades Autónomas las prestaciones de este tipo suelen combinarse con incentivos a la reintegración en el mercado laboral en aquellos casos de personas o familias (siempre que no tuvieran impedimentos para desempeñar una actividad laboral).

Teniendo, por último, presente, que el objeto fundamental ha sido el de adoptar distintas normas y medidas para proteger a los colectivos más vulnerables, garantizando la igualdad de oportunidades en el ejercicio del derecho a la ciudadanía y que esa función se ha asumido ahora, con carácter general por el IMV, lo cierto es que ahora hay que replantearse la finalidad de estas políticas de rentas activas, lo que motiva que estemos ante un momento de reforma y reconfiguración en muy distintos territorios para amoldarse a la nueva realidad. Proceso de transformación que, sin embargo, no debe olvidar unas premisas esenciales que hemos venido reiterando:

- una cuestión es la función que debe asumir el Estado en el marco de la Seguridad Social, en este caso con el establecimiento de una prestación no contributiva que pretende garantizar un nivel de ingresos mínimos común para todo el territorio nacional;
- ello no impide que se respete el marco competencial de las Comunidades Autónomas en materia de Asistencia Social;
- este marco les permitirá complementar o alcanzar situaciones que no estén cubiertas y, en este sentido, es importante precisar varias circunstancias:
 - a) que el IMV está sometido al cumplimiento de determinados requisitos por los eventuales beneficiarios, de manera que aquellos que queden al margen de su protección, pueden o deberían tener acceso a la protección social vía Asistencia Social;
 - b) que el IMV responde a una cuantía y a un período determinado, lo que puede ser complementado vía Asistencia Social;
 - c) que el IMV no agota todas las situaciones de necesidad, sino las que define de un modo preciso, por lo que queda un campo que puede ser cubierto por la asistencia social de las Comunidades Autónomas.

4. UNA BREVE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

Hasta el momento de adopción de la Ley 39/2006, hemos observado cómo distintas cuestiones que se refieren a la protección de los dependientes (aunque en la mayoría de los casos de forma inespecífica) se han incardinado en el Derecho de la Seguridad Social (grandes inválidos, contributivos o no, e hijos a cargo con grandes discapacidades). Pero, quizás donde más normas específicas al respecto, lo ha sido en el ámbito de la Asistencia Social y Servicios Sociales por las Comunidades Autónomas, bien en el marco específico de sus Leyes de Servicios Sociales⁴⁸ o

⁴⁸ Véanse, por ejemplo, la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid (arts. 62 a 68) o Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales del Principado de Asturias (art. 19 y 27).

creando disposiciones especiales para la atención y protección de las personas mayores⁴⁹ o sobre la protección de la dependencia⁵⁰.

Ciertamente, por tanto, ha sido en sede de Servicios Sociales donde se han observado, con mayor concreción, los elementos precisos para desarrollar una protección adecuada y digna de las personas en situación de dependencia, exclusión social o de necesidad. Y recordemos que la atribución competencial en materia de servicios sociales corresponde de forma exclusiva a las Comunidades Autónomas. A tal efecto, como es sabido, la Constitución Española sólo tiene una mención a los “servicios sociales”, en el art. 50, como principio rector de la política social, y relacionándolo con la tercera edad ya que los poderes públicos han de promover el bienestar de los mayores mediante un sistema de “servicios sociales” que atenderán a sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

Ello no quiere decir, evidentemente, que la única materia de la que se ocupan los servicios sociales sea la tercera edad, precisamente los servicios sociales se caracterizan por su expansión de contenidos cubriendo las situaciones de necesidad social donde otras ramas como la sanidad, enseñanza o la Seguridad Social, no alcanzan a proteger. Así, por ejemplo, el ámbito de actuación puede suponer desarrollar actividades para promover la autonomía o libertad de las personas y superar las causas de exclusión y marginación; promover la integración social de las personas y grupos; satisfacer las necesidades en materia de asistencia social; prestar apoyo a personas o grupos en situación necesidad a través de rentas de inserción; etc. Por lo que sus objetivos pueden alcanzar a cualquier sector que necesite de una especial atención (familias, menores, discapacitados, pobres, drogodependientes, inmigrantes, mujeres, jóvenes, mayores...) grupos que pueden incardinarse en varios preceptos constitucionales, sobre todo del capítulo III del Título I, pero en especial, con el art. 9.2 CE en la promoción de los poderes públicos de las condiciones para el pleno desarrollo de los individuos y grupos en que se integran y remover los obstáculos que lo impidan. Parece que esta rama de protección social se convierte en un “cajón de sastre” donde se reconducen los problemas que el resto de ramas del sistema de protección social no tienen prevista su cobertura. Lo que puede colocar a los servicios sociales en una situación compleja porque la amplitud de sus campos y de las políticas a aplicar pueden verse eclipsadas por la falta de medios y por la interacción con otras ramas de protección⁵¹.

⁴⁹ Véanse los arts. 42 y ss de la Ley 5/2003, de 3 de abril, de atención y protección a las personas mayores de Castilla y León.

⁵⁰ Así, se estableció inicialmente en la, ya derogada, Ley 6/2001, de 20 de noviembre, de atención y protección a las personas en situación de dependencia en Cantabria.

⁵¹ Es lo que Gil Calvo, E., llama “doble vínculo”, esto es, los servicios sociales se colocan en una situación paradójica que puede ser fuente de creatividad, pero también de confusión y esterilidad, en “Doble vínculo”, AAVV, *Diccionario de sociología*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pág. 215.

Aquí, también la falta de definición o de delimitación de las fronteras, supuso una importante litigiosidad ante el Tribunal Constitucional que ha tenido, caso por caso, analizar la acción protectora diseñada que haya podido provocar dudas en la delimitación competencial y organizativa de las Administraciones Públicas, siendo un tema que sigue sin cerrarse.

De hecho, ha de recordarse que la atención a las personas dependientes se enmarca en la Red de Servicios Sociales, ex art. 3 o) de la Ley 39/2006. Pero la atribución competencial en materia de Servicios Sociales, y en particular respecto de los Servicios Sociales especializados corresponde de forma exclusiva a las Comunidades Autónomas. La duda que se plantea es si la materia se entiende como Servicios Sociales, y los mismos son de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, ¿qué hace una norma estatal regulando la materia? ¿invade competencias que no le corresponden?⁵²

Lo esencial es que no se puede ni debe impedir que el Estado intervenga, ya sea mediante la introducción de una ordenación normativa a través de las previsiones sobre Seguridad Social, o ya sea a través de la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales⁵³.

El Tribunal Constitucional ha indicado en la STC 206/1997 que el artículo 41 de la CE no cierra posibilidades “para la evolución del sistema de Seguridad Social hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se ha querido o podido utilizar”. La protección para la autonomía y atención de las personas dependientes podrían, perfectamente, haberse incardinado como una rama más en el sistema de Seguridad Social (como ha ocurrido en Alemania, Austria y Luxemburgo) y haberse asegurado el Estado sus competencias sobre las mismas de forma casi excluyente, ex art. 149.1.17 de la CE. Aunque también es cierto que en materia de la delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas la legislación estatal debe moverse dentro de las coordenadas que en su momento fijara el TC de modo que, por ejemplo, el legislador estatal “no puede incidir, con carácter general, en el sistema de delimitación entre el Estado y las Comunidades Autónomas sin una expresa previsión constitucional o estatutaria”, como tampoco se encuentra facultado para “incidir indirectamente

⁵² Vid. Álvarez Cortés, J.C. “Competencias de las Comunidades Autónomas en materia de protección a las personas dependientes”, en AAVV, *Situaciones de Dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas* (Dir. R. Calvo Ortega Y Y. García Calvente), Civitas, Madrid, 2007, p. 86 y ss.

⁵³ Como indica Gómez Jiménez, M. L. en “Las barreras arquitectónicas y las personas mayores: nuevos retos desde la intervención administrativa en la promoción de vivienda”, *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, vol. VII, núm. 146 (104), agosto de 2003.

en la delimitación de competencias mediante la interpretación de los criterios que sirven de base a la misma” (STC 76/1983, de 5 de agosto).

Pero no ha sido así, quizás debido a que el elevado coste de estas prestaciones podría alterar la actual salud financiera del sistema de Seguridad Social o quizás porque se entiende que las Comunidades Autónomas han de jugar un papel importante en la articulación del sistema de protección a las personas dependientes (incluso en su financiación).

Ello justifica que queda mucho por recorrer respecto a este “cuarto pilar”.

LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA EN EL ORDEN SOCIAL

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: Derecho administrativo sancionador, Inspección de Trabajo y Seguridad Social, legislación social, ejecución, competencia autonómica

Las facultades de vigilancia y control del cumplimiento efectivo de las normas que conforman el orden social del derecho corresponden, *prima facie*, al cuerpo especial de policía administrativa que constituye la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Institución centenaria que afronta el reto de su definitiva adaptación al Estado Autonomo tras la ruptura de su hasta ahora inquebrantable unidad territorial. Un proceso que comenzó con el traspaso de la función pública inspectora al País Vasco y a Cataluña y que se puede extender a otras Comunidades que tengan reconocida esa misma competencia en sus Estatutos de Autonomía.

Pero más allá de la adscripción orgánica, la principal funcionalidad de la inspección es servir de base para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, recurso con el que cuenta el Ordenamiento jurídico para asegurar la eficacia real de sus mandatos.

El objetivo del estudio será analizar las claves de este tipo de procedimientos, partiendo de la premisa que supone conceptualizar esta potestad como una competencia de mera ejecución de la legislación, en términos de reparto constitucional; para poder valorar su trascendencia real en Andalucía.

ABSTRACT

Key words: Sanctioning administrative law, Labour and Social Security Inspectorate, social legislation, enforcement, regional competence

The powers of supervision and control of effective compliance with the rules that make up the social order of law correspond, *prima facie*, to the special administrative police force that constitutes the Labour and Social Security Inspectorate. Centennial institution that faces the challenge of its definitive adaptation to the Autonomous State after the rupture of its hitherto unbreakable territorial unity. A process that began with the transfer of the public inspection function to the Basque Country and Catalonia and that can be extended to other Communities that have recognized that competence in their Statutes of Autonomy.

But beyond the organic ascription, the main functionality of the inspection is to serve as a basis for the exercise of the sanctioning power of the Administration, a resource that the legal system has to ensure the real effectiveness of its mandates.

The objective of the study will be to analyze the keys to this type of procedure, starting from the premise of conceptualizing this power as a competence of mere execution of legislation, in terms of constitutional distribution; to be able to assess its real transcendence in Andalusia.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA POTESTAD SANCIONADORA DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA
3. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE POTESTAD SANCIONADORA
 - 3.1. De carácter legislativo: sobre su diseño y contenido normativo
 - 3.2. En orden a su aplicación y puesta en práctica de modo efectivo
4. LA CONCRECIÓN EN EL ORDEN SOCIAL DEL DERECHO
 - 4.1. En el ámbito de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social
 - 4.2. En el ámbito de la Asistencia Social y los Servicios Sociales
5. LA FUNCIÓN PÚBLICA INSPECTORA RESPONSABLE DE LA VIGILANCIA DE LA NORMATIVA:
EL RETO DE SU ROBOTIZACIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Desde que se aprobaron las primeras normas laborales en el albor de lo que se conocieron como leyes de fábrica¹ o legislación obrera, pronto se puso de manifiesto que era necesario algo más que un mero acto formal de quien ostentase el poder político decisorio para satisfacer las verdaderas demandas de emergencia social que habían justificado su proclamación. Básicamente porque se trataba de normas que nacían con una auténtica vocación de ius cogens, de derecho imperativo necesario, a efectos de conformar un nuevo orden público que se formula reñido con la concepción más tradicional del derecho de obligaciones y contratos, a modo de crítica, en tanto que disponible en la mayor parte de sus contenidos por la mera voluntad de las partes.

La vigilancia del efectivo cumplimiento de esas normas que empezaron a ver la luz ya en el siglo XIX, al menos de sus mandatos más primarios -aquellos que afectaban a mujeres, niños y a la salubridad de los centros de trabajo-, se consideró un objetivo irrenunciable para un modelo de Estado que ya conocía de las ventajas que representaba otorgar amplias funciones de policía administrativa a su Poder Ejecutivo, es decir, más allá de las estrictamente relacionadas la seguridad de las personas y el mantenimiento del orden patrimonial. De ahí que el instrumento mayoritariamente seleccionado por el conjunto de los países de nuestro entorno, tal y como lo sigue siendo hoy en día en tanto que de fácil despliegue y de una probada eficacia inmediata, fuese el de la creación de un nuevo cuerpo de funcionarios inspectores, a los que se dotará además de amplias atribuciones ejecutivas. Actividad pública que se une, en términos de dogmática administrativista, a las funciones clásicas de fomento y de prestación de servicios, y que se traducirá en nuestro caso en la instauración de la Inspección de Trabajo en el año 1962.

¹ La cita ineludible a estos efectos, el estudio preliminar que realiza el Prof. Martín Valverde, “La formación del derecho del trabajo en España”, en *La legislación social en la historia de España, de la Revolución Liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

² Suárez González, F., “La Inspección de Trabajo”, en *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social* (Coord. N. De Buen y E. Morgado), UNAM, México, 1997, donde analiza

Función inspectora que se sigue erigiendo hoy en día en instrumento clave para la detección y corrección de las infracciones laborales, en tanto que fase previa e imprescindible para el legítimo ejercicio de una de las manifestaciones del *ius puniendi* con el que cuenta el Estado constitucional, su potestad administrativa sancionadora.

Reparar los principios y los límites sobre los que se asienta esta potestad de la Administración debe servirnos para encuadrar mejor su significación, incluida su consideración como acto de ejecución de la legislación sustantiva. Categoría técnica que sirve, como se conoce, para deslindar el papel que corresponde al Estado y a las Comunidades Autónomas en las distintas materias con las que se conforma el sistema de reparto del conjunto del ordenamiento jurídico.

A partir de ahí se habrá de analizar el nuevo marco regulador del hoy denominado Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, muy fundamentalmente tras el fraccionamiento territorial que ha supuesto el traspaso efectivo de esta función a las Comunidades del País Vasco y de Cataluña. Siempre, al objeto de evaluar una posible extensión a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Lo anterior se realizará sin olvidar tanto la existencia de otros institutos jurídicos de control y verificación complementarios a la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, sobre todo si se quiere abarcar el verdadero espectro que representa el derecho de la protección social -algo más amplio que el estricto campo de la seguridad social-, como los principales retos que se presentan de futuro, como es la automatización de determinados procedimientos sancionadores o la necesaria expansión de estas técnicas de vigilancia a otras formas de trabajar.

En definitiva, se trata de analizar las características de un mecanismo que se diseña al objeto de mejorar la eficacia³ de una determinada regulación normativa,

la institución desde la perspectiva de la OIT, tras un breve apunte a su origen histórico desde una perspectiva de derecho comparado, pp. 783-802.

³ Sobre la posibilidad de distinguir entre eficacia y efectividad de la norma jurídica, Cruz Villalón, J. y Rodríguez-Ramos Velasco, P., Técnicas normativas y efectividad jurídica en la calidad en el empleo, en AAVV, *Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo*, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 15-81, en las que se afirma: "... el dilema no sólo ha radicado en la identificación de la regla que se presupone más adecuada para la solución de la cuestión suscitada, sino también y, en un segundo momento, en la garantía de una aplicabilidad real de la solución técnicamente propuesta. Aplicabilidad real concebida desde dos perspectivas: desde la que se centra en la determinación de los instrumentos adjetivos destinados a conseguir el cumplimiento de la norma (Inspección de Trabajo, potestad sancionadora de la Administración, poder judicial, etc.), que puede denominarse de la efectividad normativa; y desde aquella otra, más completa y evanescente, sobre la que nos proponemos poner el punto de atención en esta monografía, de concreción de los ingredientes y elementos que debe reunir una disposición o política pública para que sus prescripciones o sus técnicas de actuación provoquen los resultados pretendidos sobre la

o precisamente para garantizar una eficiencia⁴ mínima de sus mandatos, en el convencimiento de que resulta imprescindible para alcanzar un estándar de observancia razonable. Incluso, porque otras técnicas que pueden estar dirigidas a idéntico fin (vgr., tutela judicial), se consideran insuficientes en sí mismas, o necesitadas en última instancia de este tipo de apoyo adicional.

2. LA POTESTAD SANCIONADORA DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA

El *ius puniendi* del Estado, reconocido al máximo nivel por el artículo 25 de nuestra Constitución, presenta una ambivalencia de origen que a veces pasa un poco desapercibida, si se prefiere, una manifestación adicional a la que sin duda es su faceta principal y más conocida, evidentemente, la que conforma el Derecho penal. Rama que ha monopolizado en la práctica la atención científica sobre las posibilidades del uso legítimo de la fuerza por parte del Estado y que se presenta por ello como el referente por antonomasia en la materia. Entre otras razones, porque cuenta, qué duda cabe, con unos elementos definitorios técnicamente muy depurados y con unos principios básicos conformadores que se presentan poco menos que incontestables. De ahí que no resulte nada extraño la exportación de su dogmática a cualquier otra manifestación jurídica que pueda calificarse como sancionadora o restrictiva de derechos, ya sea de carácter público, ya incluso de estricta naturaleza privada, como de hecho ocurre, con todas las salvaguardias y cautelas que se quieran, con los límites y las garantías que hoy se exigen en el ejercicio del poder sancionador por parte del empleador, incluida su máxima expresión ejecutiva: el despido disciplinario⁵.

correspondiente realidad social a la que se dirige, y que entronca con la búsqueda de la eficacia de la norma”.

⁴ Álvarez del Cuervo, A., Una aproximación metodológica al problema de la eficacia de las normas laborales, *Revista de Derecho Social*, 59/2012, p. 54, precisa la necesidad de distinguir entre “efectividad”, “eficacia” y “eficiencia”, y nos aclara que: “la efectividad implica el reconocimiento y acatamiento de la norma por parte de los sujetos obligados a su cumplimiento; la eficacia, por su parte, alude a la consecución de las finalidades previstas por la norma, puesto que puede suceder que una norma se cumpla sin que se alcancen los objetivos que el legislador pretendía con su promulgación; por último, la eficiencia (palabra derivada del lenguaje económico) se refiere a la maximización de los resultados pretendidos por la norma al mínimo “coste”, es decir, con el mínimo sacrificio para otros bienes jurídicos valorados por el legislador. En ocasiones, los términos de “eficacia” y “efectividad” se consideran sinónimos o, curiosamente, se invierten los significados señalados anteriormente”.

⁵ Así se observa en una de las últimas obras monográficas sobre el tema, Ortega Lozano, P.G., *El despido disciplinario*, 2018, Tesis Doctoral, disponible en el repositorio de la Universidad de Granada: <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/54520/61465.pdf?sequence=4>

Hipertrofia de la cara más conocida del ius puniendi estatal que no debe hacernos olvidar la dimensión constitucional que también tiene la potestad sancionadora de la que dispone la Administración pública en sentido propio. Y es que basta con atender la literalidad de los apartados 1 y 3 del mismo artículo 25 (*Nadie puede ser... sancionado por acciones u omisiones que... no constituyan delito, falta o infracción administrativa; La Administración civil no podrá imponer sanciones...*)⁶, o incluso el artículo 45.3, sobre la protección del medio ambiente (*..., en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, ...*), para percibir que el Poder Judicial no es el único que tiene en nuestro Estado de Derecho la atribución de concretar las sanciones que pueden imponerse de forma legítima a los ciudadanos, pues también el brazo ejecutor del poder gubernativo va a gozar de facultades de idéntico carácter en lo sustancial. En esencia, la potestad de reprimir comportamientos antijurídicos a través de la imposición de un mal, que es como también se puede definir una sanción cuando lo que se quiere subrayar es su aspecto represor y afflictivo⁷, es decir, cuando no es necesario tener que recordar la función rehabilitadora de la pena.

La distinción entre una y otra manifestación de este poder público sancionador a los efectos que ahora nos atañen no resulta difícil, en un caso es claro que el monopolio de la imposición de penas privativas de libertad corresponde al orden penal, mientras que el otro tipo de derecho sancionador debe quedar necesariamente limitado para ilícitos que se consideren objetivamente menores y concretado en modalidades que no supongan en ningún caso la privación de un derecho fundamental, lo que no es siempre es sinónimo de poca cuantía o trascendencia, pues el importe que alcanzan algunas multas pecuniarias es un tema que cada vez resulta más difícil de explicar desde esa perspectiva.

Indagar en los orígenes y la fundamentación de esta segunda acepción del poder sancionador que se reconoce hoy en día y sin ambages a la Administración pública sirve para revelar tanto curiosas concepciones sobre el papel que le debe corresponder a cada Poder del Estado, como para detectar su incesante deriva de crecimiento y de intensificación. De hecho, la negación de esta potestad especial al Ejecutivo en los orígenes de nuestro constitucionalismo histórico alimentó una de las polémicas doctrinales más interesantes en nuestra doctrina administrativista⁸.

⁶ Vid. Sánchez Tomás, J.M., “La prohibición de sanciones privativas de libertad impuestas por la Administración Civil”, en *Comentarios a la Constitución Española XL Aniversario* (Dir. M. Rodríguez-Piñero y M.E. Casas), BOE, 2018, Tomo I, pp. 955-960.

⁷ “Un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal”, es la definición clásica de García de Enterría, E., *Curso de Derecho Administrativo*. V.II., Civitas, 1986, p. 147.

⁸ Su mayor exponente Parada Vázquez, J. R., El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal, *Revista de Administración Pública* núm. 67/1972, pp. 41-94, en esp. 67 y ss, quien niega que existiera tal habilitación en nuestro anterior texto constitucional

En todo caso, lo que sí revelan estos estudios es que resulta necesario distinguir, al menos originariamente, dos modelos de organización política bien distinta; incluso, entre países de nuestro entorno socioeconómico más cercano, como pueden ser los países anglosajones y, sobre todo, el caso de Alemania. Y es que de este último país se suele destacar, por ejemplo, cómo hasta hace muy pocas décadas no existía, siquiera, un reconocimiento general de las potestades sancionadoras de la Administración, al estar expresamente reservado todo papel represor al poder judicial, en régimen de monopolio exclusivo, al juez penal en particular⁹, que era el único que aglutinaba todas las competencias propias del Derecho Sancionador¹⁰, tanto de carácter sustantivo como procesal. De ahí los celos que provoca en la actualidad el aumento de ciertos procesamientos penales en los que se enjuicia en última instancia el bien o mal hacer administrativo, pues supone una especie de vuelta a los orígenes, contra la corriente que supuso dicha evolución.

Pero más allá de cómo se reparte el poder público punitivo en términos de Teoría del Estado, lo que también se revela hoy como una evidencia inapelable es que la actividad administrativa de carácter sancionador se ha extendido hasta límites objetivos hasta hace muy poco insospechados¹¹. Ampliación material y de la realidad social a la que abarca que ha traído consigo que se tenga que reconocer la titularidad de esta potestad a instituciones que no son técnicamente una Administración pública y, por supuesto, a organismos de naturaleza supranacional, como los que conforman algunas de las principales instancias de la Unión Europea. Entre los primeros se ha de incluir, además, no solo al amplio conjunto de órganos constitucionales encargados de garantizar aspectos básicos del funcionamiento de los mercados y de la economía, o del propio Estado (CGPJ), sino también a corporaciones de naturaleza mixta o anfibológica, bifronte en términos de jurisprudencia constitucional¹², como son los colegios profesionales. En esta singular acepción de lo ampliatorio destaca igualmente la paulatina normalización que se ha producido respecto de su atribución y ejercicio por otras Administraciones territoriales, como las entidades locales, e incluso de carácter institucional -entes

anterior, de ahí su consideración crítica e indiscutiblemente negativa sobre su posterior crecimiento y desarrollo.

⁹ Muñoz Machado, S., *Actos administrativos y sanciones administrativas*, Tomo XII, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 2ª ed., 2017, BOE, pp. 274 y ss.

¹⁰ Sánchez Morón, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, 18ª ed., p. 700.

¹¹ Nieto García, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª ed., Tecnos; Rebollo Puig, M L., Izquierdo Carrasco, M., Alarcón Sotomayor, L. y Bueno Armijo, A.Mª, *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, 2010, en especial, pp. 105 y ss., verdadera rama en la que hay que distinguir entre una parte general, la regulada por el Estado a través del título que representa el procedimiento administrativo común, y otra parte especial, que ha de localizarse en las legislaciones sectoriales (sanidad, comercio, urbanismo,...).

¹² STC 89/1989, 11 de mayo.

públicos en general, incluso de carácter empresarial-, con lo que ello supone desde la perspectiva de respeto de los principios de tipicidad y de legalidad formal¹³, al carecer todos estos organismos de esa competencia originaria.

Hay que tener en cuenta también que esta potestad a la que nos referimos de forma genérica es aquella que se ejerce respecto de terceros en sentido estricto, es decir, a los que se identifican como ciudadanos o sujetos de derecho con los que no se guarda una relación jurídica de dependencia o con base en un título contractual o equivalente constituido con carácter previo, como subyace por ejemplo cuando se aborda la responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos o la de los concesionarios de servicios.

Desde la perspectiva de la conformación externa con la que se muestra la ordenación jurídica de esta importante potestad pública, y a diferencia de lo que ocurre con el otro referente del *ius puniendi* estatal, resulta inevitable coincidir en su calificación de deslavazada, carente de homogeneidad y, por supuesto, ausente de cualquier atisbo de codificación. Los intentos de dotarla de una cierta sistematicidad llevados a cabo por los dos últimos grandes procesos reformadores en materia de procedimiento administrativo y régimen jurídico de las administraciones públicas no han quedado exentos de una importante crítica doctrinal, sobre todo la última, por la dualidad de regímenes que finalmente implanta¹⁴.

Nos referimos, evidentemente, a los procesos llevados a cabo, primero, por la ley 30/1992, de 26 de noviembre; y, segundo, por las leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre. Leyes éstas, las últimas y vigentes, que han diversificado como se sabe el tratamiento de las relaciones jurídico-administrativas según se proyecten «ad intra» o «ad extra» de las propias entidades públicas, provocando una suerte de desdoble de la regulación, al contrario de lo que hacía su predecesora¹⁵.

Así, en la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), se han de localizar ahora los preceptos aplicables al procedimiento sancionador de una forma aislada o salteada, pues ya no se regula como una modalidad procedimental unitaria y autónoma, de modo que hay que ir seleccionando aquellos preceptos que le pueden resultar propios del conjunto o esquema general que ha de servir a la

¹³ Caballeira Rivera, M^a T., Los titulares de la potestad sancionadora. Los entes locales, Documentación Administrativa, núm. 280-281/2008, pp. 235-259.

¹⁴ Muñoz Machado, S., cit., pp. 302-304, Sánchez Morón, M., cit., p. 702.

¹⁵ El Título IX de la ley 30/1992, artículos 127 a 138, se dedicaba monográficamente a la potestad sancionadora y fue en realidad el primer intento de dotar a la materia de una regulación general y abstracta. En el mismo se contenía, de una parte, el decálogo de los principios comunes de carácter sustantivo (legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, prescripción y concurrencia de sanciones), de otra, en el siguiente capítulo, los mandatos específicos del procedimiento especial que instauraba (garantía, derecho del presunto responsable, medidas de carácter provisional, presunción de inocencia y resolución).

totalidad. Por su parte, la ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, se limita a enumerar los principios que deben informar toda actuación administrativa destinada a tal fin¹⁶, aunque eso sí, desde la declaración general que representa su proclamación como legislación básica, aplicable por tanto al conjunto de las Administraciones y, por tanto, a toda clase de procedimientos¹⁷.

En todo caso, y respecto de esta regulación mínima de la potestad sancionadora de la Administración, no está de más tener en cuenta que estas normas sobre el procedimiento común solo resultan de aplicación de forma supletoria o subsidiaria en los principales campos en los que de ordinario se ejerce, al menos, en aquellos que resultan más visibles y cotidianos para el conjunto de los ciudadanos. Nos referimos al ámbito del derecho tributario y aduanero, tráfico de vehículos a motor y seguridad vial, extranjería y asilo; y, sobre todo, en el campo de las actuaciones y los procedimientos sancionadores del orden social, en el que también resulta de aplicación preferente su normativa específica, *ex* disposición adicional primera LPAC¹⁸.

3. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE POTESTAD SANCIONADORA

3.1. De carácter legislativo: sobre su diseño y contenido normativo

Hay que partir de la premisa que supone que ninguna de las reformas producidas en los ámbitos del procedimiento administrativo común y en las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, por utilizar el modo con el

¹⁶ Principios que nominalmente son los mismos que ya fueron proclamados en su antecesora de 1992 y que ahora se recogen en los arts. 25 a 31. Sobre sus verdaderas innovaciones materiales, Vázquez-Portomeñe Seijas, J.J., Las leyes 39/2015 y 40/2015 y sus novedades en materia de potestad sancionadora y procedimiento para la imposición de sanciones administrativas, Revista da Asesoría Xurídica Xeral, nº 7/2017, pp. 203-217.

¹⁷ Ello supone su aplicabilidad directa e inmediata y no necesariamente supletoria a los procedimientos sancionadores en materia social, como corrobora, por ejemplo, la STS (Social) 2632/2020, de 18 de junio (ECLI:ES:TS:2020:2632).

¹⁸ La excepción de aplicación de la ley común en estos procedimientos especiales por razón de la materia no es total, pues como se ha dicho su régimen jurídico ha de considerarse en todo caso de aplicación supletoria, esto es, para los supuestos de carencia o laguna de éstas. La versión de su antecesora de 1992 establecía sin embargo su aplicación de forma subsidiaria. Sobre la siempre compleja distinción entre la subsidiariedad y la supletoriedad y la solución pragmática que supone el principio de «*lex specialis*», Rodríguez Cardo, I. y Álvarez Alonso, D., Criterios de Interpretación y Aplicación, en *El sistema de fuentes de la relación laboral; estudios ofrecidos al profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo* (J. García Murcia, coord.), 2007, pp. 360-5.

que se define la competencia exclusiva que atribuye al Estado el artículo 149.1.8 CE, ha podido evitar, ni siquiera mitigar, las negativas consecuencias que conlleva la conceptualización de esta potestad en nuestro sistema como un contenido accesorio de la legislación sustantiva, a la que de alguna manera viene a complementar. De ahí que sea ésta la auténtica razón de esa carencia absoluta de codificación de los tipos infractores o incluso de una regulación verdaderamente común en la materia¹⁹, más allá de la que representa esa síntesis de preceptos y principios²⁰ y de la concreción que han supuesto las construcciones elaboradas por la jurisprudencia sobre la significación y el alcance de los distintos límites constitucionales que en todo caso resultan aplicables a toda manifestación del *ius puniendi*²¹.

En efecto, la consideración de la potestad sancionadora de cada Administración como un mero apéndice instrumental en la regulación material del sector o de cualquier título competencial de naturaleza transversal -ya tenga carácter de derecho fundamental (vgr., igualdad) u ordinario (vgr., subvenciones)-, ha hecho inevitable que deba atenderse a quién goza de competencia legislativa en lo sustantivo, para saber a quién le corresponde idéntica capacidad en la definición de las posibles infracciones que quieran sancionarse por razón de su incumplimiento, y en qué grado y consecuencias.

Y es por este mismo motivo por el que la práctica totalidad de las intervenciones normativas que tienen a la Administración pública como protagonista de la

¹⁹ La fuente que había venido desarrollando parcialmente esta función fue el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que aprobó el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, derogado por la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Su contenido principal ha de considerarse integrado ahora en la propia Ley de Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

²⁰ Es cierto que algunas CCAA han intentado realizar ese acercamiento a través de leyes propias (Ley 2/1998, de 20 de febrero, en el caso del País Vasco) y, sobre todo, de Reglamentos Generales (Decreto 21/1994 del Principado de Asturias, Decreto 14/1994 en Islas Baleares, Decreto 189/1994 en Castilla y León, Decreto 254/2000 de la Comunidad de Madrid, ..., entre otros). No existe parangón en ese sentido en el caso de Andalucía, donde se ha seguido la técnica de regulación sectorial y/o especial por razón de cada materia.

²¹ Tarea que comenzó a desarrollar el TC desde sus primeros pronunciamientos (STC 18/1981, de 8 de junio), cuando decidió extender también a esta manifestación del poder público sancionador, aunque de forma algo matizada en su alcance final, las mismas garantías formales y materiales del art. 25.1 de la CE e, incluso, las del art.24, aunque en éste solo haga mención explícita, como se sabe, a la faceta judicial. Dirá así su FJ2. “Las consideraciones expuestas en relación al ordenamiento punitivo, y la interpretación finalista de la Norma Fundamental, nos lleva a la idea de que los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución. No se trata, por tanto, de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional”. Vid. Valencia Martín, G., *El derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito administrativo*, “*Comentarios...*”, cit., pp. 930-947.

regulación incorporan su correspondiente tabla de infracciones y sanciones, ubicada normalmente al final de su articulado, pues de lo contrario la contravención de sus mandatos no podrá ser objeto de persecución y castigo por esta vía. De ahí que existan tantas tablas de infracciones y sanciones administrativas como materias susceptibles de provocarlas, es más, incluso varias sobre un mismo título en función de si hay solo una o varias Administraciones con competencias concurrentes, práctica que vino a ratificar la jurisprudencia constitucional al establecer desde un inicio que la competencia legislativa sobre esta específica cuestión corresponde a quien también la tenga sobre el título material principal²², sin mayores límites adicionales que el que representa una suerte de necesario respeto a la uniformidad, en tanto que no se podrán introducir divergencias irrazonables o desproporcionadas respecto del régimen establecido por las normas sancionadoras estatales²³. De modo que ha de entenderse que las CCAA no podrán incorporar infracciones en exceso originales, ni anularles a las ya previstas sanciones muy distintas o dispares a las pre-establecidas, salvo que pueda acreditarse una justificación adecuada al caso. Una garantía que se antoja muy relativa y que no evita que las disparidades se puedan centrar en cualquier otro aspecto del procedimiento o del régimen sancionador, desde las formas de iniciación, a los plazos máximos para su resolución; incluso, a los periodos de prescripción²⁴ aplicables.

Se trata de un límite éste que según nuestra jurisprudencia constitucional hay que residenciar en el artículo 149.1.1 CE, lo que supone la posibilidad de que la legislación estatal pueda condicionar a la autonómica no solo en el caso de competencias concurrentes o materias compartidas, sino incluso en títulos que

²² SS TC 87/1985, 16 de junio y 37/2002, 14 de febrero, en esta última se lee: “En este sentido ha de recordarse que la potestad sancionadora no constituye un título competencial autónomo (STC 156/1995, de 26 de octubre, fundamento jurídico 7) y que las Comunidades Autónomas tienen potestad sancionadora en las materias sustantivas sobre las que ostenten competencias, pudiendo establecer o modular tipos y sanciones en el marco de las normas o principios básicos del Estado, pues tal posibilidad es inseparable de las exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos territoriales, debiendo además acomodarse sus disposiciones a las garantías dispuestas en este ámbito del derecho administrativo sancionador (STC 227/1988, de 9 de julio, fundamento jurídico 29)”. Vid. Alegre Ávila, J. M., Potestad sancionadora y Comunidades Autónomas, *Documentación Administrativa*, nº 280-281/2008, pp. 221-233.

²³ Rebollo Puig, M L., Izquierdo Carrasco, M., Alarcón Sotomayor, L. y Bueno Armijo, A. M^a, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 108.

²⁴ STC 37/2002, 14 de febrero, cit.: “La conclusión no puede ser sino desestimatoria,... Por otra parte, como hemos señalado..., con cita de la STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7 a), al referirnos al contenido y alcance del art. 149.1.1^a CE, este precepto, ni representa una suerte de prohibición para el legislador autonómico de un trato divergente respecto de la legislación estatal, ni, en conexión con los arts. 14 y 138.2 CE, implica más que una exigencia de una igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales. Este razonamiento es aplicable también al plazo de prescripción... pues, frente al carácter genérico del instituto, ha de subrayarse que el plazo sólo es distinto en materia de faltas leves”.

corresponden en exclusiva a las Comunidades Autónomas, lo que hace que sea lógicamente muy contestado²⁵.

3.2. En orden a su aplicación y puesta en práctica de modo efectivo

Una cuestión es quién ostenta o dónde se residencia la capacidad para diseñar y dotar de contenido normativo al régimen sancionador aplicable, que obviamente solo puede corresponder a quien goza de poder legislativo formal por exigencias ineludibles del principio de legalidad, y otra bien distinta qué Administración o entidad pública ha de considerarse competente para su aplicación, en el sentido de concretar sus últimas consecuencias en un supuesto concreto, tras la tramitación del oportuno procedimiento.

Es en este último plano en el que se suele producir la confusión más habitual, pues ciertamente se solapa la acepción general que supone todo acto de aplicación y concreción de una norma jurídica, con la competencia constitucional de ejecución de la legislación. Y es que en estrictos términos de reparto competencial esta última construcción sirve en realidad, a modo de opuesto, para ser enfrentada a la facultad de ordenación y de regulación que de ordinario se le reconoce al Estado cuando se le atribuye la competencia de legislar en exclusiva sobre una determinada materia, facultad en la que queda incluida no solo la producción legislativa formal sino cualquier otro tipo de regulación material, a efectos de poder reconocerle también al mismo poder central la potestad reglamentaria. En todos estos casos, y como se sabe, la competencia de ejecución que le corresponde a la CCAA queda reducida, en términos de producción normativa y en ejercicio de la facultad de auto organización que tiene toda Administración pública, a la aprobación de reglamentos internos de ese mismo carácter, es decir, sin que en ningún caso puedan resultar afectados los derechos y deberes de los administrados.

Establecida esa diferenciación de base, la siguiente premisa de la que hay que partir en esta cuestión es que el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración se ha de considerar en todo caso como una tarea de ejecución, no de legislación, por lo que más allá de a quién corresponda la capacidad para regular, será la Administración competente para la aplicación de las normas a quien corresponderá la potestad de sancionar los incumplimientos. Doctrina general que resulta aplicable, sin excepción, en materia laboral²⁶.

La necesaria conjunción que hay que hacer de ambos planos, competencia para la ordenación legislativa y competencia de ejecución y aplicación de las normas,

²⁵ Rebollo Puig, M L., Izquierdo Carrasco, M., Alarcón Sotomayor, L. y Bueno Armijo, A. M^a, *Derecho Administrativo...*, cit., pp. 109-112.

²⁶ SS TC 249/1988, de 13 de enero; 51/2006, 16 de febrero; 111/2012, 24 de mayo y 159/2016, 22 de septiembre.

hace que haya de atenderse al modo con el que se configura constitucionalmente cada título material para conocer qué instancia gubernamental es la competente para sancionar. Pues como es de sobra conocido, las reglas de reparto son diferentes en cada una de las áreas que conforman el orden social del Derecho y no en todos los casos se presentan los mismos problemas de determinación.

Es cierto que en unos casos dicha determinación será fácil, por ejemplo, porque a una determinada instancia le corresponden todas las competencias, tanto legislativas como de ejecución y, por ende, las sancionadoras; es lo que ocurre con el Estado cuando se trata de cuestiones atinentes al régimen económico de la Seguridad Social (art.149.1.17 CE); o con las Comunidades Autónomas en materias como la Asistencia Social (art. 148.1.20 CE). Igual de fácil o poco problemático a estos efectos resulta el supuesto en que a una Administración, obviamente autonómica, le corresponde la potestad de ejecutar toda la legislación estatal sobre una materia concreta, por ejemplo, la legislación laboral (art. 149.1.7 CE), pues más allá de cómo se haya diseñado el cuadro de infracciones y sanciones a nivel legislativo, si la Comunidad Autónoma ha asumido las competencias de ejecución mediante su recepción en el respectivo Estatuto y la correspondiente transferencia de recursos, será la única responsable de su concreción efectiva.

A partir de estos primeros supuestos, sin embargo, los casos comienzan a complicarse cuando ambas instancias legisladoras tienen poder para innovar el ordenamiento, sea porque tengan expresamente reconocidas competencias compartidas sobre un mismo título o porque así haya de deducirse por tratarse de un título de los denominados transversales. El problema se agudiza más si cabe cuando convergen dos títulos autónomos, en los que el reparto de roles atribuido a cada Administración sea además completamente diferente, pues entonces habrá que determinar, primero, cuál de ellos se ha de considerar prevalente desde un punto de vista sustantivo, para a continuación vislumbrar a quien le corresponde su ejecución en virtud de lo que en el mismo se establezca.

De hecho, esto último es lo que ha venido ocurriendo y hasta con una cierta regularidad en los últimos tiempos en relación a las prestaciones que se han ido incorporado a nuestro sistema de protección social, pues según se incardinan competencialmente como legislación básica de Seguridad Social, régimen económico del propio Sistema, Asistencia Social, regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE), medidas de desarrollo y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) o hasta como fomento del desarrollo económico de la Comunidad (art. 148.1.13 CE), la solución final diferirá.

Y es que todos estos títulos han llegado a ser esgrimidos, como se decía, en los debates protagonizados por las distintas reformas introducidas desde la última gran crisis económica a raíz de los diferentes programas enfocados

en la activación del empleo y, sobre todo, para paliar los estragos de la falta de ocupación²⁷. Más recientemente, con ocasión de la reforma general del sistema de subsidios por desempleo abordada por el RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre, un caso que destaca por el giro que terminará provocando en la doctrina del Tribunal Constitucional pese a la aparente similitud que siguen presentando todo este tipo de ayudas. Para ello se considerará determinante la incorporación de este subsidio extraordinario en el catálogo de la acción protectora del Sistema, en tanto que deja de presentarse como una medida estrictamente coyuntural, considerándose desde ese momento como una cuestión indiscutiblemente engarzada al régimen económico y financiero de la Seguridad Social, a su estado de ingresos y gastos; y, por ende, de exclusiva competencia estatal, tanto en su regulación como en su ejecución²⁸.

Idéntico mensaje de fondo, en lo que se refiere a la trascendencia que tiene el modo con el que se implementa una reforma en el ámbito de la protección social, es el que trasluce la sentencia más reciente en el tiempo, la que ha resuelto la impugnación del RD-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital²⁹. Es cierto que aquí el objeto último del conflicto era otro, pues ambas partes aceptaban el carácter indiscutiblemente asistencial de la prestación, de forma que lo que demandaba la Comunidad Autónoma era un modelo de gestión descentralizado desde el inicio de su vigencia y no condicionado a un posterior traspaso, tal y como prevé su regulación de desarrollo. El tribunal considerará, de nuevo, determinante el carácter regular y ordinario con el que nace esta nueva prestación, que surge con vocación de permanencia y para conformar la acción protectora del denominado brazo asistencial interno del propio Sistema, de ahí su inclusión deba realizarse en el art. 149.1.17 CE y no en otro, y sin perjuicio de la posible transferencia posterior a cualquier Comunidad, como ocurre de hecho con el conjunto de las pensiones no contributivas.

En cuanto a esta última regulación, posteriormente convertida en Ley 19/2021, de 20 de diciembre, lo que realmente se ha destacar por el tema que nos ocupa es que incorpora en su texto articulado un capítulo específico sobre infracciones y sanciones (el VIII, arts. 38 a 40), incluido un precepto autónomo sobre procedimiento sancionador, lo que representa toda una quiebra del proceso de homogeneización y sistematización que en su momento representó la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden de lo Social (LISOS)³⁰, por mucho que

²⁷ Nos referimos al Programa de Recualificación Profesional (Prepara) y al posterior de Activación del Empleo (Pae), que deben encuadrarse en la materia de fomento vinculada al art. 149.1.13 CE y no en el de Seguridad Social (SS TC 100/2017, de 20 de julio y 153/2017, de 21 de diciembre).

²⁸ STC 133/2019, 13 de noviembre.

²⁹ STC 158/2021, 16 de septiembre.

³⁰ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

llegue a declararse ésta de aplicación supletoria. Ejemplo de distorsión que no es realmente el único³¹, aunque sí menos explicable que cualquier otro, no solo por su carácter reciente en el tiempo sino porque se trata de la concreción de una materia de exclusiva competencia estatal.

4. LA CONCRECIÓN EN EL ORDEN SOCIAL DEL DERECHO

4.1. En el ámbito de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social

Dejando de momento al margen la dificultad que siempre conlleva intentar delimitar el orden social del Derecho e incluso el recurso a veces fácil que supone buscar su paralelismo en el ámbito jurisdiccional, el mejor punto de partida a estos efectos debe ser la regla especial habilitante ya anticipada que incorpora la disposición adicional primera LPAC, en cuya virtud *se regirán por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en esta Ley: c) Las actuaciones y procedimientos sancionadores... en el orden social*. Normativa específica que se ha de identificar sin lugar a dudas con la LISOS y su principal norma de desarrollo, el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

Un conjunto normativo que surge de hecho como consecuencia de la resolución de un conflicto de competencia en el que se declarará contrario al sistema constitucional de reparto su antecesora inmediata, la Ley 8/1988, de 7 de abril, también denominada sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social³²,

³¹ Otro caso llamativo de regulación de la potestad sancionadora de forma autónoma y al margen de la LISOS es el que supone la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, sobre el que después se habrá de volver. En la década previa de los noventa fueron varias las leyes laborales que optaron por reproducir su propia tabla de infracciones y sanciones específicas, autonomía que de algún se mantiene, como es el de la Prevención de Riesgos Laborales, cuyo régimen sancionador es diferente al del resto, la cita obligada es Carrero Domínguez, C. *El régimen jurídico sancionador en prevención de riesgos laborales*, Wolters Kluwer, 2001.

³² STC 195/1996, de 28 de noviembre. Resolución que no hizo sino concretar en este campo, entre otros, la doctrina ya expuesta en lo sustancial por la STC 124/1989, de 7 de julio, en el sentido de distinguir la existencia de dos títulos competenciales autónomos y con distinto régimen de reparto en el seno del mismo artículo 149.1.17 CE, de una parte el de la Seguridad Social en general, cuya legislación es compartida por el Estado y las CCAA, correspondiendo al primero la definición de la legislación básica y a las segundas su desarrollo; y de otro, el régimen económico del sistema, atribuido al Estado en su totalidad, incluida su concreción y ejecución. Cavas Martínez, F. y Sánchez Trigueros, C., *La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades*

y con el que se va a concretar la significación del criterio general aplicable al conjunto de la disciplina en este ámbito específico que representa el poder administrativo sancionador. De modo que al ser una competencia autonómica tanto la ejecución de la legislación laboral como la de seguridad social, salvo en lo atinente a su régimen económico, y tener el ejercicio de la potestad sancionadora la consideración inequívoca de ejecución, la capacidad de sancionar las infracciones que se cometan en relación a las normas laborales y a la mayor parte de las “sociales” también le corresponde. Ahora bien, en la efectiva puesta en marcha de esta facultad decisoria las CCAA habrán de atenerse a los estrictos términos que haya prescrito la legislación sustantiva, pues la competencia de regulación abarca expresamente tanto los extremos de naturaleza estrictamente sustantiva como los de corte procedimental, de ahí que también resulte acertado aquí calificar el singular papel que juega el poder autonómico como residual³³, pues al fin y a la postre su verdadero halo de posibilidades se reduce a la concreción de los órganos competentes para la instrucción y la resolución del expediente; lo que se traduce en negativo, ahora para el Estado, que le esté vedada mención alguna sobre este concreto particular, salvo que ostente la competencia plena, incluida la ejecutiva, por razón de la materia³⁴.

Pese a la claridad de este esquema basta repasar el contenido de materias que abarca la LISOS -cuyo ámbito objetivo no ha dejado de crecer desde su aprobación, más allá de la adaptación a la que obliga toda reforma en la definición de los derechos y deberes básicos³⁵-, para poner de manifiesto que su contenido resulta bastante más heterogéneo que el que se desprende de los citados títulos constitucionales. Y no solo por razón del desarrollo natural que ha experimentado el concepto genérico de legislación laboral, que incorpora como se sabe muchas más áreas de las que representa en sentido estricto la dimensión individual y colectiva del contrato de trabajo, como son el derecho del empleo, la formación profesional, el acoso y la vulneración de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras o la salud laboral y la prevención de riesgos, sino incluso por otras materias algo más

Autónomas en materia de trabajo, empleo y protección social: una sinopsis. *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 23/2005, pp. 103 -128.

³³ Cruz Villalón, J., La residual competencia del Estado en materia de ejecución de la legislación laboral, *Veinte años de relaciones laborales en Andalucía (1983-2003)*, CARL, MTL 14/2004, pp.347-382.

³⁴ La STC 51/2006, de 16 de febrero, declaró contrario al sistema de reparto la atribución a la ITSS de determinadas funciones instructoras, en detrimento de lo que pudiera haber establecido la norma autonómica, dando así origen al actual art. 18 bis del RD 928/1998, de exclusiva aplicación en el ámbito de la AGE.

³⁵ Areta Martínez, M. y Sempere Navarro, A.V., La codificación de las infracciones y sanciones en el orden social, RMTI nº 78/2008, pp. 33-56, especial monográfico sobre sanciones administrativas, en el que se destaca el movimiento de vaivén que supuso la década de los noventa con el abandono por parte del legislador laboral del proceso de unificación.

alejadas como es el caso de la extranjería y los movimientos migratorios, así como las sociedades cooperativas.

Complejidad que se acrecienta porque habrá de convenirse también que en materia de seguridad social y pese a la aparente normalidad que quiso darse al reconocimiento de la competencia concurrente de las CCAA en orden al desarrollo de su legislación básica, lo cierto es que a día de hoy no existe legislación autonómica alguna sobre la materia, ni tampoco se ha procedido a un traspaso efectivo de la gestión de sus servicios más allá del anuncio del acuerdo alcanzado por los partidos políticos que forman actualmente el Gobierno Central y el del País Vasco. Es más, lo que no ha dejado de ser cuestionado en ningún momento es qué actos de seguridad social pueden realmente ser calificados como de mera administración a efectos de que su ejecución práctica pueda acometerse por las autoridades autonómicas, incluida su faceta sancionadora, entre otras razones porque sigue resultando extraordinariamente difícil aseverar cuándo una actuación no tiene significación alguna en el equilibrio financiero y económico del conjunto del sistema, es decir, en su caja única, que sigue siendo la verdadera clave al efecto³⁶. En palabras del TC: *Corresponde a la Comunidad Autónoma la potestad sancionadora respecto de infracciones que no guardan relación con el régimen económico de la Seguridad Social, así como de aquellos supuestos en que la potestad punitiva recae sobre actos instrumentales en el nacimiento y mantenimiento de la obligación de contribuir; mientras que se reserva al Estado la potestad para sancionar las infracciones que afectan directamente sobre la actividad económica de la Seguridad Social, esto es, referidas a la percepción de sus ingresos o a la realización de los gastos correspondientes*, STC 272/2015, de 17 de diciembre [FJ 3]³⁷.

La idea que se quiere resaltar con lo anterior es que la determinación concreta de la Administración territorial con competencia sancionadora resulta algo más

³⁶ Un ejemplo concreto es el que resuelve la STC 211/2012, de 14 de noviembre, sobre el exceso que supone la imposición estatal de un modelo único de notificación de los accidentes de trabajo, y eso que se esgrimieron múltiples títulos para su justificación, incluido el de los estudios estadísticos (art. 149.1.31 CE). Sobre la dificultad de considerar los actos de encuadramiento como ejemplo de ejecución de la legislación básica de seguridad social, López Prieto, L.A., Senín Vilariño, A. y Valdés Tejera, M^a C., La problemática transferencia de la Seguridad Social a las Comunidades Autónomas, Revista El Notario n^o 90/2021, incluido especialmente el alta, que se convierte en puerta de acceso a la acción protectora y que genera derechos subjetivos que no pueden detraerse unilateralmente por la Administración. A favor, Areta Martínez, M. y Sempere Navarro, A.V., cit., p. 45.

³⁷ Resolución que declaró inconstitucional la atribución al Estado de la potestad sancionadora en el caso de determinadas infracciones relacionadas con el deber de facilitar a la entidad gestora en materia de desempleo la información necesaria para garantizar la recepción de sus notificaciones y comunicaciones, así como por no estar inscrito como demandante de empleo. Consolida la doctrina establecida en las previas SS TC 104/2013, de 25 de abril y 27/2015, de 19 de febrero,

compleja de lo que pudiera parecer en un principio, sobre todo en aquellas materias puntuales que cabe considerar como fronterizas. De hecho, la LISOS, lejos de esclarecer este panorama ha terminado provocando el efecto contrario, sobre todo tras los sucesivos varapalos que le fue infligiendo la jurisprudencia constitucional. En la actualidad, el único precepto que sigue destinando a tal fin delega en la potestad reglamentaria³⁸, y de forma genérica cuando por razón de la materia corresponda a las CCAA, a lo que determine la correspondiente normativa autonómica (art. 48.1 y 2), dictaminando tan solo con verdadero criterio dirimente la regla de que quien tenga la competencia para imponer la sanción principal la tendrá también para fijar las de carácter accesorio que se pudieran adicionar (art. 48.3 LISOS).

Es cierto que la redacción anterior de ese precepto resultaba algo arriesgada, pues el legislador ordinario no puede alterar el sistema de reparto constitucional, pero la especificación con un cierto grado de detalle de las distintas infracciones que debían ser sancionadas por cada estamento de la Administración General del Estado proporcionaba un cuadro relativamente inteligible de cuando tenía que actuar un poder territorial y cuando el otro, al menos por descarte para las segundas. De hecho, el anterior precepto reglamentario, que aún pervive con alguna actualización de matiz³⁹, sigue estableciendo con esa exactitud a qué órgano administrativo se le asigna la condición de *auctoritas* en cada tipo de expediente sancionador por razón de la concreta infracción que se detecta, lo que presupone haber despejado antes la incógnita de qué Administración puede ser actuante.

también relativas a la titularidad autonómica de la potestad para sancionar infracciones de normas de desempleo, como son las exigencias de suscripción del compromiso de actividad y la falta de rechazo de una oferta adecuada. En realidad, la asunción de esta potestad se viene haciendo de manera casi “natural” con los decretos de transferencia, tal y como se resalta en los antecedentes de la STC 51/2006, en relación al RD 1050/1997, de 27 de junio,

³⁸ La Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, dio nueva redacción al artículo 48 de la LISOS (DF 1^ª) al tiempo que establecía la continuidad de su aplicación (DT 2^ª), aunque debe entenderse que con mero rango reglamentario. Esta técnica de delegación y conservación fue convalidada por la STC 21/2016, de 7 de marzo. En virtud de este contenido normativo y exclusivamente para el ámbito de la AGE, a efectos de determinación de la autoridad competente para sancionar debe atenderse, primero, a la materia (relaciones laborales, prevención de riesgos, cooperativas, empleo y seguridad social) y, segundo, al importe previsto para la sanción -de acumularse varias infracciones se atenderá a la que tenga asignada una sanción de mayor importe-, correspondiendo el poder de imposición a los distintos órganos que en cada caso delimita, y que van desde la autoridad provincial al Consejo de Ministros, pasando por el Director General y la Ministra del ramo, sin olvidar el órgano directivo del que dependa el Registro de Sociedades Cooperativas y la entidad gestora o el servicio común de la Seguridad Social cuando la infracción se haya cometido por el trabajador, accediendo por ejemplo de forma indebida a una prestación o vulnerando compromisos e incompatibilidades con la situación de desempleo.

³⁹ Nos referimos fundamentalmente al art. 4 del RD 928/1998, recientemente actualizado por el Real Decreto 688/2021, de 3 de agosto.

En esta tarea de determinación precisa de la Administración competente para sancionar tampoco ayuda mucho el método de aproximación que supone la confrontación con su opuesto, es decir, el análisis de la correspondiente normativa autonómica, a la que nada le impide en principio especificar con todo nivel de detalle su ámbito objetivo de actuación, pudiendo deducirse en consecuencia que la sanción de las infracciones que omite quedan residenciadas en la Autoridad estatal. Sin embargo, y por lo general, el repaso de estas normas va a poner de manifiesto que siguen construidas sobre los esquemas más básicos y originarios, y eso cuando existen, en tanto que se limitan a decir que explicitan una potestad sancionadora que se deriva directamente de la competencia estatutaria (y constitucional) de ejecución de la legislación laboral⁴⁰, sin llegar a mencionar siquiera en la mayor parte de las ocasiones el derecho de la seguridad social⁴¹, aunque sí lleguen a mentar de forma autónoma la prevención de riesgos laborales y, en algún caso, hasta la extranjería⁴².

Normas que también se aprueban por lo general con rango reglamentario y que en esencia vienen a reproducir el mismo arquetipo jerárquico y territorial, sobre todo en aquellas comunidades que cuentan con más de una provincia, de la reglamentación estatal, es decir, señalan el órgano administrativo competente para el dictado de la resolución sancionadora, que tendrá que ser de más alto grado cuanto mayor sea el importe pecuniario de la multa, sin una mayor especificación de los tipos infractores a los que se refieren, salvo su integración genérica en las voces de “laboral o relaciones laborales”, “prevención de riesgos”, “empleo” y “obstrucción a la labor inspectora”⁴³. Listado que en ningún caso coincide con las

⁴⁰ En el caso del País Vasco y pese a la existencia de una ley formal sobre la potestad sancionadora de su Administración (Ley 2/1998, de 20 de febrero), que no excluye su extensión al orden social pero que no se le aplica, no se detectan más normas autónomas que el Decreto 84/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Trabajo y Justicia y que sirve para determinar el órgano competente para sancionar, y el también Decreto 244/2012, de 21 de noviembre, sobre publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales y creación del Registro de empresas sancionadas.

⁴¹ Así ocurre en Galicia con el Decreto 70/2008, de 27 de marzo, sobre distribución de competencias entre los órganos de la Administración autonómica gallega para la imposición de sanciones en las materias laborales, de prevención de riesgos y por obstrucción de la labor inspectora.

⁴² Es el caso del Decreto 127/2007, de 5 de junio, sobre distribución de la potestad sancionadora entre los órganos de la Generalidad de Cataluña por infracciones en materias laborales, de prevención de riesgos laborales y de obstrucción a la labor inspectora, y sobre la tramitación e instrucción procedimientos sancionadores para estas materias, reformado por el Decreto 149/2009, de 29 de septiembre, a efectos de incorporar la nueva competencia en materia de inmigración.

⁴³ Esquema que sigue también en su mayor parte el actualizado Decreto 307/2010, de 15 de junio, por el que se determinan los órganos competentes para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social en Andalucía. Una excepción parcial, por lo que representa de listado más detallado de infracciones aunque tampoco incluya ninguna en materia de seguridad social, el ejemplo que provee el Decreto 187/2018, de 13 de noviembre, sobre distribución de competencias

voces principales que conforman los cuatro capítulos destinados en la LISOS a aglutinar las infracciones (“relaciones laborales”, “seguridad social”, “movimientos migratorios y trabajo de extranjeros” y “sociedades cooperativas”).

Pese a todo lo anterior es cierto que el análisis del contenido del antiguo art. 48 LISOS y, sobre todo, de la combinación de los artículos 4 y 29 y siguientes del RD 929/1998, sin duda de redacción mejorable pues resultan más que enrevesados -sobre todo el primero-, podría permitir la construcción de ese cuadro actualizado de repartición de la potestad sancionadora en función de cada infracción tipificada en la ley, aunque siempre resultarán dudosas aquellas conductas sobre las que no exista un pronunciamiento específico e incluso la necesidad de revertir alguna adscripción si la regulación de la que procede el tipo es declarada posteriormente de competencia de otro poder legislativo, tal y como ha sucedido con la últimas reformas ya comentadas en materia de protección social asistencial. Cuadro que necesitará en todo caso de una posterior adaptación a cada CCAA, pues obviamente no se le podrán atribuir competencias a aquellas que no la hayan previsto en su propio Estatuto de Autonomía o que no hayan sido objeto aún de la correspondiente transferencia.

En definitiva, habrá que seguir estando en buena parte de los casos a los criterios jurisprudenciales que se han ido fraguando en el tiempo con motivo de la resolución de los diferentes conflictos competenciales, en especial los que han resultado más habituales en tanto que denotan la doctrina que puede considerarse como consolidada. Es el caso, por ejemplo, de los derivados del principio de territorialidad, ya sea porque se considere que la actuación puntual de un sujeto de derecho más allá del territorio de una CCAA no es título suficiente para desposeer a ésta de una potestad constitucional originaria⁴⁴, del mismo modo que tampoco lo es el hecho de que se trate de normativa comunitaria o internacional si su contenido es laboral o de seguridad social, pues a efectos de su ejecución da igual el origen de la legislación⁴⁵; o al contrario, es decir, que para determinadas actuaciones supra territoriales sí se considera justificada la retención estatal de la competencia, con independencia de que deberá ser acreditado cuando así se precise⁴⁶.

De igual forma, la jurisprudencia que se extiende sobre títulos competenciales de carácter transversal y compartido, como son los de fomento y subvenciones

y sobre creación de registros públicos en materia de ejecución de la legislación laboral, de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE 224/2018, 19 noviembre).

⁴⁴ SSTC 81/2017, de 22 de junio y 69/2018, de 21 de junio, sobre acreditación de centros de formación y de empresas de trabajo temporal y agencias de colocación, respectivamente.

⁴⁵ *Prontuario de jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Derecho de la Unión Europea*, en especial p. 11 y ss, disponible en la web: <https://www.tribunalconstitucional.es>.

⁴⁶ Casas Baamonde, M^a E., Artículo 149.1.7^a, “*Comentarios...*”, cit., pp. 1271-1292.

e incluso derechos fundamentales⁴⁷, sobre todo cuando combinan voces como empleo, formación profesional, gestión de fondos y activos y sanción de las infracciones administrativas, sin olvidar la concreción que siempre requiere la caja única de la Seguridad Social⁴⁸.

De todas estas zonas grises, mención específica merecen los dos bloques de materia que más claramente se apartan del binomio clásico legislación laboral o relaciones laborales versus Seguridad Social, principales ejes vertebradores de la disciplina, en cuanto que también conforman el ámbito objetivo de la LISOS.

1. El primero de los bloques que merece un apunte autónomo por razón de su orden de aparición en la LISOS es el relativo a extranjería y movimientos migratorios. Pero además, y por lo que ahora más interesa, porque el Estatuto de Autonomía de Andalucía prevé la asunción de competencias de ejecución en esta materia en los mismos términos que el de Cataluña, primera comunidad que las asumió y que tras obtener el refrendo explícito que supuso la convalidación de esta parte de su Estatuto, las ha consolidado plenamente.

A estos efectos se ha de partir de la base que representa el art. 149.1.2 CE y de la jurisprudencia que lo ha interpretado, en especial en materia de inmigración y extranjería pues realmente son estas dos nociones las que han capitalizado la totalidad de los pronunciamientos del TC de las cinco que integra realmente el precepto, en el que se encuentran también enumeradas nacionalidad, emigración y derecho de asilo. Un precepto que no prevé posibilidad de asunción de competencia alguna por parte de las Comunidades Autónomas, ni de desarrollo legislativo, ni tampoco de ejecución de la normativa estatal⁴⁹.

La clave a estos efectos ha de situarse en la STC 31/2010, de 28 de junio, en la que se resolverá que es competencia autonómica la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo de los inmigrantes al ser ésta en esencia una competencia de ejecución de la legislación laboral,

⁴⁷ STC 159/2016, de 22 de septiembre, que declara contrarios a la Constitución diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, en especial aquellos que señalan sanciones por infringir normas de carácter laboral, como son las relativas al acoso sexual en las empresas, planes de igualdad en las empresas, responsables sindicales de igualdad, presencia de mujeres y hombres en la negociación colectiva, incorporación de la perspectiva de género en los expedientes de regulación de empleo y prevención de riesgos laborales.

⁴⁸ SS TC 88/2014, de 9 de junio y 198/2014, de 15 de diciembre. Vid., también Mercader Uguina, J.R., Artículo 149.1.17ª, “Comentarios...”, cit., pp. 1368-1375.

⁴⁹ García Murcia, J. y Castro Argüelles, M.A., La distribución de competencias en materia de inmigración, *Temas Laborales* nº 100-V.I/2009, pp. 227-263.

ya que ha de considerarse preminente en estos casos la condición de trabajador (aspirante o candidato) a la de extranjero. De modo que aquellas CCAA que hayan asumido esa específica competencia de ejecución en sus Estatutos podrán ejercerlas en plenitud, lo que conlleva también la sanción de los incumplimientos que en ese campo haya establecido la normativa estatal.

El Estatuto de Autonomía para Andalucía, como se decía, y tras la reforma que supuso la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, establece en efecto que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia ejecutiva en materia de autorizaciones de trabajo⁵⁰ de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Andalucía, añadiendo que esta competencia incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo, la tramitación y resolución de los recursos presentados a dichas autorizaciones *y la aplicación del régimen de inspección y sanción* [art. 62.1.b)].

Llegados a este punto resulta claro que el problema principal es el que representa la existencia de un doble régimen jurídico vigente sobre esta misma realidad social, la de los movimientos migratorios y la necesidad de contar con una autorización administrativa válida para trabajar, sobre todo y por lo que ahora interesa desde el punto de vista del ejercicio de la potestad sancionadora de naturaleza administrativa. En ese sentido va a ser evidente que esa convergencia se detecta no solo entre los tipos infractores que aparecen en los listados de las dos normas legales del Estado, la LISOS (arts. 33 a 37) y la LOE (arts. 50 a 66), sino incluso en concretas menciones de carácter procedimental, incrementándose con ello la duda en relación a la Administración que ha de resultar competente para su aplicación. Sin embargo, va a ser la propia LOE la que encarga de resolver directamente el problema al prever en su art. 55.2 que la imposición de la sanción corresponderá a la Comunidad Autónoma que tenga atribuidas competencias en materia de autorización inicial de trabajo de extranjeros, *que la ejercerá por la Autoridad que la misma determine, dentro del ámbito de sus competencias*.

2. El segundo de los bloques a resaltar es el que constituyen las sociedades cooperativas, en general pues no se llegan en ningún momento a

⁵⁰ Adaptándose a la normalización de esta función y, sobre todo, partiendo de la fuerte vinculación de todas estas cuestiones con la asistencia social y los servicios sociales, fuertemente descentralizados en el nivel local y provincial como se sabe, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOE), prevé en su disposición adicional novena la capacidad de las comunidades autónomas en orden a establecer servicios que faciliten la tramitación de los correspondientes visados ante los consulados españoles en origen.

singularizar por el Capítulo V de la LISOS, que reza literalmente sobre «Infracciones en materia de cooperativas». Todo ello con independencia de la mención que también se hace en este mismo texto codificador a las cooperativas de carácter europeo, pues en realidad el alcance en ese caso es netamente puntual y está referido a los incumplimientos que se puedan detectar sobre derechos instrumentales de los trabajadores por cuenta ajena en ese ámbito⁵¹.

Una figura ésta, la de las sociedades cooperativas, cuya inclusión en este ámbito sancionador del orden social provoca de entrada una cierta sorpresa, por supuesto no porque se desconozca la estrecha ligazón que históricamente ha presentado este modo de organización productiva -en especial, algunas de sus modalidades- con la legislación laboral y, muy fundamentalmente, con el derecho de la de seguridad social⁵², sino porque conlleva necesariamente su extracción o expulsión del marco legislativo común dictado en desarrollo del art. 129.2 CE. Téngase en cuenta que la legislación sobre sociedades cooperativas se configura como un título constitucionalmente autónomo de un punto de vista competencial, habiéndose erigido en una especie de título de libre adscripción siempre que así se hubiese recogido originariamente en los Estatutos de Autonomía y antes de que irrumpiese la legislación estatal, máxime en aquellos casos en los que no existiera un segundo título concurrente a favor del Estado⁵³. De ahí la proliferación de leyes autonómicas sobre el movimiento cooperativo en una primera etapa, aunque ese proceso se haya terminado universalizando a través de las correspondientes traspasos y transferencias. Hay que tener en cuenta en todo caso que en la mayor parte de los supuestos la legislación autonómica se va a considerar fuente de preferente aplicación, siendo supletoria la normativa estatal.

Esta es la razón por la que la definición del tipo infractor del art. 38 LISOS parte del necesario cumplimiento previo de alguno de estos tres requisitos para su aplicabilidad: 1) que sea de aplicación directa la legislación estatal de cooperativas (ley 27/1999, de 16 de julio), básicamente porque la entidad

⁵¹ El artículo 10 bis de la LISOS desarrolla la imposición de sanciones por la infracción en materia de derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en las sociedades anónimas y sociedades cooperativas europeas, procedimiento que corresponde desarrollar en su integridad a las CCAA, al estar integrado en el Capítulo II de la ley, sobre infracciones laborales.

⁵² El art. 14 del 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 (LGSS) prevé, como se sabe, para los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado y de explotación comunitaria de la tierra, así como para los socios de trabajo de cooperativas en general, reglas especiales sobre de integración en el sistema, así como la acción protectora que en cada caso corresponde.

⁵³ STC 72/1983, de 29 de julio.

tenga un ámbito territorial de actuación superior al de una comunidad autónoma; 2) que la legislación autonómica que le resulte de aplicación contenga una remisión explícita a la normativa estatal en este punto; y 3) que no exista legislación autonómica principal aplicable.

El problema que se genera en todos estos procedimientos, no solo en los del tercer supuesto pese a lo que se pudiera pensar, es qué Administración ha de considerarse competente para culminar el acto de ejecución, pues ni se está técnicamente en el capítulo relativo a infracciones laborales de la LISOS, ni tampoco las comunidades autónomas tienen competencias de ejecución de la legislación mercantil (art. 149.1.6 CE), categoría a la que cabe reconducir en última instancia la legislación cooperativa, más aún aquellos comportamientos que se describen como graves y muy graves, en tanto que referenciados al funcionamiento regular de los órganos de la sociedad -que ni siquiera tiene que ser de la modalidad de trabajo asociado-, por lo que ha de deducirse que es la administración estatal la que debe terminar de perfeccionar el procedimiento.

En relación a la comunidad autónoma de Andalucía hay que decir que sí cuenta con una normativa específica al respecto, actualmente en su tercera edición, la ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas, la cual contiene un Capítulo monográfico sobre el régimen sancionador (arts. 120 a 125) en el que no se detecta remisión alguna a la normativa estatal, y que no puede obviarse en ningún caso a efectos de declarar la existencia de lagunas que deban ser integradas por la legislación del Estado.

Y esto último no solo por el carácter completo que presenta la ley autonómica, que prevé una regulación más que minuciosa de todos los elementos que han de considerarse principales, incluida la pertinente delegación expresa al reglamento propio para su desarrollo (art. 122.3 ley 14/2011), como son las referencias a la Consejería competente por razón de materia, función inspectora, normas de procedimiento y determinación de los órganos encargados de la instrucción y de la resolución de los expedientes, sujetos responsables y, por supuesto, tablas de infracciones⁵⁴

⁵⁴ Entre las infracciones específicas que pueden cometer las cooperativas de trabajo (se omite el término de “asociado” al considerarse superflua por redundante esta calificación por el legislador autonómico), destacan tipos como los del art. 123.4. Son infracciones muy graves:

- o) *En las sociedades cooperativas de trabajo, impedir a los trabajadores y trabajadoras con contrato laboral por tiempo indefinido y más de un año de antigüedad el acceso a la condición de persona socia, según lo previsto en el artículo 84.3.*
- p) *En las sociedades cooperativas de trabajo, superar el número de jornadas realizadas por cuenta ajena, conforme a lo dispuesto en el artículo 90.*

y sanciones; sino porque en su artículo 86 describe incluso el régimen disciplinario específico que corresponde al socio trabajador, más allá por tanto de los incumplimientos imputables a la persona jurídica.

Una última materia que podría tener una cierta consideración autónoma y que proyecta su propia problemática en términos de determinación del alcance que corresponde a cada Administración territorial a la hora de concretar sus competencias sancionadoras es la que representan las infracciones por obstrucción a la labor inspectora. Ilícitos tipificados en el artículo 50 LISOS que en sí mismos constituyen una infracción per se, es decir, una infracción normativa autónoma, de modo que corresponde a la CCAA la imposición de la sanción, en su condición de responsable de la ejecución de la normativa laboral, en la que indudablemente ha de incardinarse la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Ahora bien, ese impedimento o falta de colaboración en las tareas de verificación del cumplimiento de las normas siempre admiten una mayor concreción posterior, pues la orden de servicio estará normalmente encaminada a comprobar el respeto de una específica normativa, cuya ejecución puede corresponder también al Estado por razón de su propia naturaleza. En ese caso será éste quien tendrá que culminar el procedimiento⁵⁵.

4.2. En el ámbito de la Asistencia Social y los Servicios Sociales

La LISOS, pese al loable intento de codificación y sistematización que supone debe considerarse en realidad una opción limitada y parcial si se quiere realizar un verdadero análisis de la potestad que tienen las Administraciones públicas para sancionar los incumplimientos de las normas que conforman la legislación social. Pues qué duda cabe que el derecho de la Seguridad Social, aunque también incorpore su propio brazo asistencial y no contributivo, no agota en sí mismo todas las manifestaciones de un concepto propio de Derecho de la Protección Social, en el que evidentemente se debe inscribir cualquier manifestación de Asistencia Social (art. 148.1.20 CE).

Evitando caer en todo caso en el conceptualismo y más aún en el puro nominalismo, debe partirse sin embargo de la premisa que supone reconocer la existencia de otros bloques normativos que no aparecen en la LISOS pero que también conforman el orden social del Derecho, sobre todo, porque se encuentran dotados de sus propios sistemas de verificación y castigo para asegurar su cumplimiento. Su ubicación en el sistema de fuentes no es tanto tangencial o

⁵⁵ Tema que también llegó a conocimiento del supremo intérprete constitucional y que resolvió en el sentido que se indica, STC 185/1991, de 3 de octubre.

extrasistemática⁵⁶ sino extramuros, en tanto que se han de localizar en otros espacios normativos.

Entre estas materias se han de destacar, al menos y principalmente, tres grandes manifestaciones, cada una de ellas con su propia ordenación legal autónoma: los servicios sociales, la discapacidad y la falta de autonomía personal y la situación de dependencia. Es cierto que una perspectiva amplia de la legislación social y de los derechos sociales ha de integrar también y de modo imprescindible otras manifestaciones adicionales, como la que tiene por objeto la familia, la protección de la infancia o a cualquier colectivo que objetivamente requiera de atención específica o que sufra el embate de la discriminación. Incluso el recurso que supone el concepto ya clásico de Estado del Bienestar, que sirve para dar nombre propio a esta Revista, supone integrar los otros dos pilares esenciales y de derechos básicos universales como son la educación y la sanidad, conceptos que conforman también capítulos de gasto en las leyes presupuestarias y que sirven para la definición del concepto de lo social.

Pero no es esta la idea que ha de informar este análisis, sin perjuicio de reconocer que todos los ámbitos mencionados disponen de su propio sistema sancionador de carácter administrativo, pues el concepto técnico de derecho u orden social exige una vinculación más estrecha y directa con el sistema de protección y de garantías que le es propio, como sin duda acontece cuando es la propia Ley General de Seguridad de Social la que los crea o define en su origen remoto (art. 63 LGSS) o cuando es la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (ley 36/2011, de 10 de octubre) la que contempla la realidad de sus conflictos jurídicos, aunque solo sea para realizar una inclusión parcial de los mismos o diferir ésta en el tiempo [art. 2.o) y apartado 2 de la disposición final séptima]⁵⁷.

El objetivo pasa por tanto por describir el cuadro principal de fuentes en cada una de estas materias y, sobre todo, el papel que le corresponde a las CCAA en orden a la definición y ejecución de la potestad administrativa sancionadora, de modo muy especial en el caso de Andalucía.

El primero de estos bloques, el que conforman los denominados Servicios Sociales, es desde luego el más genérico desde un punto de vista conceptual pero al mismo tiempo el que más directamente entronca con la significación propia del título competencial específico que representa el artículo 148.1.20 CE, en el que se reconoce la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de Asistencia Social, una voz que no queda limitada en modo alguno a lo que pudiera conceptuarse como una especie de beneficencia moderna, con

⁵⁶ Así las denominan Fernández Márquez, O. y García Murcia, J., *Infracciones extrasistemáticas del empresario en materia social*, RMTI nº 78/2008, p. 62.

⁵⁷ Sobre el alcance de la delimitación que se hace en estos preceptos STS 1274/2014, 17 de marzo (rec. 1272/2013).

independencia de que su razón de ser última se encuentre vinculada a situaciones reales de necesidad, pues contempla un auténtico catálogo de derechos públicos subjetivos con independencia de que su realidad pueda estar condicionada en un momento determinado por la suficiencia de la consignación presupuestaria. De ahí su consideración de “servicio”, que se ha de dispensar a modo de prestación asistencial, eso sí, ya sea de forma personal, ya de prestación económica, pues esta ha dejado de ser una modalidad exclusiva del sistema de Seguridad Social. Como competencia propia y originaria de toda comunidad autónoma el mapa legislativo muestra al menos una manifestación propia en cada una de ellas⁵⁸, sin que Andalucía deje de tener la suya.

Se trata de la ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, en la que se contempla, como no puede ser de otro modo dada la amplitud del título competencial⁵⁹, no solo los instrumentos necesarios para la materialización de la potestad sancionadora, sino el entero régimen jurídico aplicable, tanto desde un punto de vista sustantivo como adjetivo o procedimental, que se localiza sobre todo en su Título final, el VI, sobre Infracciones y Sanciones.

Consecuencia directa de esta amplitud del título constitucional habilitante por razón de la materia, de carácter exclusivo tal y como expresamente reconoce el artículo 61 EAA⁶⁰, es de destacar como el sistema se va a dotar de su propio

⁵⁸ ARAGÓN: Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales. ASTURIAS: Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales. BALEARES: Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales. CANARIAS: Ley 16/2019, de 2 de mayo, de Servicios Sociales. CANTABRIA: Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales. CASTILLA-LA MANCHA: Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales. CASTILLA Y LEÓN: Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales. CATALUÑA: Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales. EXTREMADURA: Ley 14/2015, de 9 de abril, de Servicios Sociales. GALICIA: Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de Servicios Sociales. MADRID: Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales. MURCIA: Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales. NAVARRA: Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales. PAÍS VASCO: Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales. LA RIOJA: Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales. COMUNIDAD VALENCIANA: Ley 3/2019, de 18 de febrero, de Servicios Sociales Inclusivos.

⁵⁹ La STC 41/2016, 3 de marzo, determinó que los servicios de asistencia social son competencias de las Comunidades Autónomas, impidiendo al Estado su atribución directa o incluso la prohibición de su cesión o delegación a las Entidades Locales, al no tener competencia en la materia.

⁶⁰ Artículo 61. Servicios sociales, voluntariado, menores y familias.

1. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, que en todo caso incluye:
 - a) La regulación, ordenación y gestión de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de protección pública.
 - b) La regulación y la aprobación de planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de necesidad social.

cuerpo de policía administrativa, de carácter estrictamente funcionarial y al que se le atribuye de forma expresa la condición de autoridad pública, en cuanto que encargado de la función de vigilancia del cumplimiento de la normativa, *ex* Capítulo IV del Título III, artículos 87 a 97, lo que refleja su perfecto paralelismo con el sistema específico de la legislación laboral y de seguridad social⁶¹.

Por lo que se refiere al segundo bloque normativo, el destinado a la regulación de los derechos destinados al colectivo de personas con discapacidad, se ha de partir de un mapa competencial diferente al anterior, en tanto que ahora se trata de una materia compartida entre el Estado y las CCAA por su carácter transversal, y de ahí las regulaciones legales concurrentes que pueden encontrarse. De una parte está el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, texto que armoniza las tres normas fundamentales previas existentes en la materia: la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Como directamente se desprende de la denominación literal de esta última norma, el bloque dispone de una regulación específica en materia de derecho administrativo sancionador, hoy Título III del texto unificado, en el que se distinguen claramente tres partes. Una primera en la que se describen solo los principios de aplicación común y general (arts. 78 y 78); la segunda, sobre infracciones, sanciones y garantías del régimen sancionador, igualmente destinadas al conjunto de las Administraciones actuantes (arts. 79 a 93); y una tercera y última, de exclusiva aplicación en el ámbito de la Administración General del Estado (arts. 94 a 105). Se trata por tanto de un conjunto normativo en el que, además de la aplicación directa de los postulados prescritos en las leyes 39 y 40/2015, se establecen para las CCAA solo los parámetros básicos de necesaria aplicación, susceptibles de especificación y desarrollo siempre que no quiebren la uniformidad general del conjunto, al amparo del título que representa el art. 149.1.1 CE (disposición final primera), lo que conlleva un con respeto absoluto en todo lo que se refiere a organización administrativa de los servicios y sobre determinación de los órganos encargados de la instrucción y resolución de los expedientes.

- c) Instituciones públicas de protección y tutela de personas necesitadas de protección especial, incluida la creación de centros de ayuda, inserción y rehabilitación.

⁶¹ Su régimen específico se encuentra en el Decreto 25/2018, de 23 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Función Inspectoral en materia de servicios sociales.

De ahí que sea poco menos que necesario que se localicen también aproximaciones autonómicas complementarias en este mismo ámbito de la realidad social; y, en concreto, sobre la potestad de sancionar las infracciones que se detecten por los cuerpos de inspección, que serán en todo caso los competentes en la materia más general de Servicios Sociales. En el caso de Andalucía su materialización se ha llevado a cabo recientemente en la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía. Su regulación específica (Título XIII) se encarga de precisar desde el comienzo no solo la premisa de partida que representa el necesario respeto de lo dispuesto en esta materia por la ley estatal, sino incluso la delegación que se hace en favor de los ayuntamientos de la potestad de reprender determinadas clases de infracciones (art. 82). Por lo demás, el tratamiento de la determinación de los órganos competentes, los tipos, la concreción de las sanciones, su régimen de prescripción y la remisión a las reglas del procedimiento común (art. 83.3), no hace sino explicitar el mismo mandato principal.

El tercer bloque normativo que se ha de destacar, el relativo a la autonomía personal y la protección de las situaciones de dependencia, comparte con el anterior el mismo entronque constitucional, art. 149.1.1 CE⁶², de ahí que las previsiones en materia sancionadora sean en esencia las mismas, esto es, implantación de un régimen general por parte del Estado, de necesaria aplicación común en el conjunto de las CCAA, sin perjuicio de la posibilidad de su singularización pero siempre que las diferencias no resulten excesivas.

Sin embargo, el paralelismo normativo concluye ahí, y ello porque el propio legislador estatal era plenamente consciente desde el momento de la promulgación de la norma, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, del carácter asistencial y de verdadero servicio social con el que se habían de vertebrar las prestaciones que establecía. De ahí la adscripción directa de la gestión que se hace en favor de las CCAA e incluso de la renuncia a su integración desde el inicio en el sistema de Seguridad Social⁶³.

En todo caso, y entre las diferencias con los bloques normativos anteriores destacará sobremanera la ausencia de disposiciones legales propias a nivel de

⁶² Título que le permite en todo caso al Estado establecer las condiciones mínimas que garanticen un mínimo uniforme en el sistema de dependencia y salvaguarden la igualdad en el ejercicio de este derecho (SS TC 18/2016, de 4 de febrero y 36/2016, de 3 de marzo). Alarcón Caracuel, M. R., Cuestiones competenciales en la Ley de dependencia, *Temas laborales*, n° 89/2007, pp. 125-148.

⁶³ Sobre los problemas que generó la puesta en práctica de la ley, en especial por razón del doble procedimiento administrativo instaurado en varias Comunidades, *Reclamaciones Administrativas y judiciales en materia de dependencia*, en AAVV, *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*, (Dir. S. González Ortega), CES, 2013, pp. 493-588.

CCAA, no siendo tampoco Andalucía una excepción. Lo que no significa que no se haya hecho uso de la opción que dispone en materia de concreción y modulación del régimen sancionador, solo que lo ha hecho efectivo a través de normativa reglamentaria. En concreto, ha sido el Decreto 50/2013, de 23 de abril, por el que se establece el régimen sancionador del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en Andalucía y se modifica el Decreto 396/2008, de 24 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Servicios Sociales de la Junta de Andalucía, el instrumento con el que se desarrolla el Título III de la ley estatal 39/2006.

Decreto de contenido plural que no se limita a la mera concreción de los órganos encargados de la incoación e instrucción de los expedientes, o para la imposición de las sanciones, pues especifica la calificación que corresponde en la práctica totalidad de los tipos previstos en el art. 44 de la ley, además de establecer reglas propias en materia de prescripción, responsabilidad y actuaciones previas al inicio formal del procedimiento, al tiempo que detalla el complementario régimen de las sanciones (arts. 11 a 13).

5. LA FUNCIÓN PÚBLICA INSPECTORA RESPONSABLE DE LA VIGILANCIA DE LA NORMATIVA: EL RETO DE SU ROBOTIZACIÓN

Un análisis sobre la potestad sancionadora de la Administración competente en materia de Trabajo y Seguridad Social⁶⁴ no puede obviar una mención al papel que desempeña quien tiene encomendada precisamente la función originaria de su vigilancia y control, sobre todo cuando es su denuncia -el acta de inspección- la que se configura como único modo válido para dar inicio al procedimiento que ha de concluir con la imposición del castigo⁶⁵. Lo anterior no significa que se tenga que efectuar un estudio de los cuerpos de función pública, ni del organismo autónomo denominado ahora por la ley 23/2015, de 21 de julio, Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ni tampoco de otros existentes a nivel autonómico, como el que se ha referido por ejemplo en el ámbito de los Servicios Sociales de Andalucía.

Se trata de analizarlo desde la misma perspectiva del reparto constitucional de competencias con la que se están abordando el resto de cuestiones. En ese sentido

⁶⁴ De Santos Sánchez, V., Las competencias de vigilancia, control y sanción de la Administración Laboral, *Temas Laborales*, nº 125/2014, pp. 347-378.

⁶⁵ Sobre las cuestiones estrictamente procedimentales y, en general, sobre el régimen jurídico del ejercicio de esta potestad en el marco de la LISOS, Rodríguez Escanciano, S., La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral, *Documentación Administrativa*, nº 282-283/2009, pp. 199-239; también, la obras generales de Cervilla Garzón, M^a J. y Jover Ramírez, M^a C., *Manual básico de Derecho administrativo sancionador del trabajo*, Tecnos, 1^a ed. y Rodríguez Crespo, M^a J., *Derecho Administrativo Sancionador del Trabajo*, Tecnos, 1^a ed., 2020.

lo primero que hay que destacar es que no hay apenas novedades relevantes, ni legislativas ni jurisprudenciales, por lo que los antecedentes más que conocidos siguen siendo en esencia los mismos.

Antecedentes que parten de la consideración de la función pública inspectora como una parte integrante de los procesos de ejecución de la normativa, regla general que resulta extensible a cualquier ámbito normativo, también al de la legislación laboral y de seguridad social⁶⁶. Lo cual no significa en modo alguno que su regulación normativa de los cuerpos de empleados públicos sea una competencia de las CCAA, entre otras razones porque no deja de ser una manifestación de la función pública administrativa, título competencial en el que convergen como se sabe otras reglas explícitas de la Constitución, desde la relativa a los procedimientos de oferta de nuevas plazas que requieren de la preceptiva dotación presupuestaria, hasta la que reserva la fijación de la legislación básica de todo el personal estatutario al Estado (art. 149.1.18 CE).

En realidad, lo que se ha querido someter a cuestionamiento en todos los procesos ha sido la compatibilidad del modelo que se ideó de doble adscripción de los funcionarios de la ITSS, orgánica al Estado y funcional a las CCAA, a fin de resolver la diversidad de regímenes aplicables según que una materia corresponda al ámbito de la legislación laboral o al del hipertrofiado régimen económico de la seguridad social. Modelo que fue refrendado tanto en la reforma de 1997 como en la 2015 y que sigue marcando la pauta en la mayor parte del territorio nacional. Una cuestión a la que la jurisprudencia del TC dará siempre respuesta positiva⁶⁷, sin dejar de reconocer al mismo tiempo la posibilidad de otros modelos organizativos, quizás hasta más acordes incluso con nuestro Estado descentralizado, tal y como se puede observar en otros ámbitos sectoriales.

Una consideración que servirá en última instancia de aval y respaldo definitivo para acometer los procesos de traspaso de la función pública inspectora de trabajo y seguridad social que se han llevado a cabo en las dos comunidades históricas de

⁶⁶ Señala Cruz Villalón, J., cit., p. 403, como esta apreciación se hará, entre otras, en la STC 143/1985, de 20 de abril, relativa a la inspección cinematográfica de cuotas de pantalla.

⁶⁷ SS TC 249/1988, de 20 de diciembre, 185/1991, 51/2006, de 16 de febrero y, sobre todo, 195/1996, de 28 de noviembre, en la que se dirá: *... la Ley 8/1988, por sí sola, no impide que la Comunidad actora se dote de su propio servicio de inspección, ni que, eventualmente, éste pueda actuar en el ámbito competencial que le corresponda. Cabe entender, en este sentido, que las referencias a la Inspección de Trabajo de la Ley 8/1988, al menos en su primera redacción que es la aquí relevante, se hacen a la configuración vigente en aquel momento de aquella Inspección, por lo que, en sí misma considerada, tal redacción originaria no podría obstaculizar eventuales modificaciones posteriores de dicha configuración ni impedir el ejercicio de las competencias autonómicas [F.J. 16].*

Cataluña⁶⁸ y de País Vasco⁶⁹, pues la de servicios sociales no llegó a ser conflictiva, y en las que se intentará, sobremanera, salvaguardar una de las grandes señas de identidad del Cuerpo Nacional, la que representa el principio de unidad de función y actuación en todas las materias del orden social, así como las normas de ingreso. Nuevo modelo de colaboración en el que no resulta ya necesario tener que garantizar la autonomía del funcionario cuando desempeña sus servicios en favor de la Administración con la que no guarda una relación orgánica, pero que tampoco evita tener que determinar una única autoridad central para el conjunto del Estado, al ser éste un compromiso que viene impuesto por la normativa internacional, en concreto por el art. 4.1 del Convenio 81 OIT (1947), salvo que nuestro Estado se considere federal, en cuyo caso regiría la regla del apartado siguiente, donde esa autoridad central podrá quedar referida a cada entidad confederada.

El traslado de este diseño de funcionamiento a otras CCAA y especialmente a Andalucía se ha de considerar perfectamente posible, hasta el punto que se puede afirmar que si no se ha acometido ya es solo por falta de determinación estrictamente política, pues las previsiones de su Estatuto de Autonomía son idénticas a las de Cataluña, tal y como con anterioridad se remarcó al analizar las amplias competencias que ambas ostentan también en materia de expedición de la autorización para trabajar que se exige a las personas extranjeras.

En efecto, el apartado segundo del artículo 63 EAA, sobre Empleo, relaciones laborales y seguridad social, no deja lugar a la duda al prever que: “corresponde a la Junta de Andalucía la competencia ejecutiva sobre la función pública inspectora en todo lo previsto en el apartado anterior. A tal efecto, los funcionarios de los cuerpos que realicen dicha función dependerán orgánica y funcionalmente de la Junta de Andalucía. A través de los mecanismos de cooperación previstos en el presente Estatuto se establecerán las fórmulas de garantía del ejercicio eficaz de la función inspectora en el ámbito social, ejerciéndose las competencias del Estado y de la Junta de Andalucía de forma coordinada, conforme a los Planes de actuación que se determinen a través de los indicados mecanismos”. Previsión amplia la del legislador andaluz que se anticipa incluso al devenir futuro que probablemente acontezca en materia de Seguridad Social, al prever en su apartado siguiente que corresponden también a la Comunidad Autónoma “las competencias ejecutivas

⁶⁸ Real Decreto 206/2010, de 26 de febrero, sobre traspaso de funciones y servicios a la Generalitat de Cataluña en materia de Función Pública Inspectora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Con posterioridad, aunque inmediatamente a continuación, se aprobará la Ley 11/2010, de 19 de mayo, de la Agencia Catalana de Inspección de Trabajo.

⁶⁹ Real Decreto 895/2011, de 24 de junio, sobre traspaso de funciones y servicios a la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de Función Pública Inspectora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

que se determinen en aplicación de la legislación estatal, incluida la gestión de su régimen económico, con pleno respeto al principio de unidad de caja”⁷⁰.

Nótese sin embargo que incluso en este segundo modelo de organización no se evita la necesidad de un doble despliegue⁷¹ de inspectores y subinspectores, al seguir unidas las competencias principales en los principales cuerpos de funcionarios, ya que la Escala especializada en prevención de riesgos no está generalizada y sigue sin impedir en todo caso que los competentes en materia de legislación laboral sigan siéndolo también en seguridad social.

La última mención del trabajo, no solo de este apartado, ha de estar dedicada a la reforma operada por el Real Decreto 688/2021, de 3 de agosto, por el que se modifica el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y que entra en vigor con el nuevo año. Y no ya porque se erija en la novedad más reciente, ni siquiera por la introducción que realiza de reglas más que generalizadas en otros órdenes sancionadores -reducción del importe de las multas por aquietamiento del infractor-, sino por dar entrada en el ámbito social a la “robotización de la potestad sancionadora”, una realidad que ya existía desde hace algún tiempo en sectores como el de tráfico y seguridad vial, y que ha pasado bastante desapercibida por cierto, sobre todo si se tiene en cuenta que al fin y a la postre no significa otra cosa distinta a que te pueda multar una máquina, sin la necesaria e imprescindible mediación de ningún acto humano.

Es cierto que este último extremo se intenta mitigar en los nuevos preceptos reglamentarios cuando se señala, por ejemplo, que para la iniciación de los procedimientos es necesaria una orden de servicio que explicitará los criterios y fines, expedida por el Director del organismo estatal, o cuando prevé la tramitación ordinaria del expediente cuando se presenten alegaciones, incluida la asignación del expediente a un “actuante con funciones inspectoras” (nuevo art. 47.2 RD 928/1998), pero por lo demás es claro que el legislador tiene en mente conceptos avanzados de inteligencia artificial y de big data, que es evidentemente mucho más que la mera digitalización, incluida la notificación obligatoria que garantizan los medios electrónicos que cada se imponen con más naturalidad.

En todo caso será, más que probablemente, una nueva fuente de conflicto competencial, no porque no se hayan hechos los necesarios distinguos territoriales,

⁷⁰ Díaz Aznarte, M^a, La inspección de trabajo en el Estatuto de Autonomía para Andalucía: notas para el debate, Temas Laborales, nº 100, V.1/2009, pp. 363-381.

⁷¹ Dentro de la extraordinaria información que facilita el informe anual (memoria de actuaciones) de la ITSS, editada al tiempo de elaboración de este trabajo hasta el año 2020, se encuentran desagregadas las actuaciones llevadas a cabo por unos y otros efectivos en Cataluña y País Vasco.

que se hacen, sino por la disponibilidad de las bases de datos que resultan imprescindibles; y, sobre todo, porque en esos casos no se prevé la participación de las CCAA.

ESTUDIOS

Una valoración general de las competencias autonómicas en materia laboral y social: novedades recientes
Jesús Cruz Villalón

Las competencias autonómicas en materia de empleo, agencias de colocación y empresas de trabajo temporal:
en especial, la experiencia andaluza
Fco. Javier Calvo Gallego

Las políticas de formación profesional: su centralidad para el derecho al trabajo decente y la inclusión social
José Luis Monereo Pérez y María Nieves Moreno Vida

Gestión de la prevención de riesgos profesionales
Eduardo González Biedma

La gestión pública de los "ERTE" (regulación temporal de empleo) y de los "ERE" (regulación extintiva) en el
autogobierno andaluz: balance y perspectivas pospandemia
Cristóbal Molina Navarrete

El papel de la administración autonómica andaluza a través del CARL en la resolución de conflictos colectivos de
trabajo del SERCLA
Sofía Olarte Encabo

Valoración de la experiencia en materia de solución extrajudicial de conflictos laborales: actuaciones ante el
SERCLA sobre conflictos individuales
Antonio Márquez Prieto

Las competencias autonómicas en materia de protección social
Juan Carlos Álvarez Cortés y Francisco Vila Tierno

La potestad sancionadora de la Administración autonómica en el orden social
Sebastián de Soto Rioja