

DEPARTAMENT DE DRET DEL TREBALL I DE LA
SEGURETAT SOCIAL

LA FORMACIÓN PROFESIONAL EN LA RELACIÓN
JURÍDICO-LABORAL.

BEATRIZ LLEÓ CASANOVA

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA
Servei de Publicacions
2011

Aquesta Tesi Doctoral va ser presentada a València el dia 13 de
decembre de 2002 davant un tribunal format per:

- Dr. José Vida Soria
- Dr. Juan Manuel Ramírez Martínez
- Dr. Abdon Pedrajas Moreno
- Dra. Remedios Roqueta Buj
- Dr. Josep Vicent Saragosa Saragossa

Va ser dirigida per:
Dr. Tomás Sala Franco

©Copyright: Servei de Publicacions
Beatriz Lleó Casanova

I.S.B.N.: 978-84-370-8523-4

Edita: Universitat de València
Servei de Publicacions
C/ Arts Gràfiques, 13 baix
46010 València
Spain
Telèfon:(0034)963864115

UNIVERSIDAD DE VALENCIA

FACULTAD DE DERECHO

**LA FORMACION PROFESIONAL EN LA
RELACION JURIDICA LABORAL**

TEIS DOCTORAL

**Presentada por:
Beatriz Lleó Casanova**

**Dirigida por:
Dr.D. Tomás Sala Franco**

Valencia, 2002

PARTE PRIMERA

EL SISTEMA INSTITUCIONAL DE FORMACION PROFESIONAL

CAPITULO I: LOS SUJETOS DEL SISTEMA DE FORMACION PROFESIONAL

INTRODUCCION

- A. LA FORMACION PROFESIONAL: OBJETO DE ESTUDIO
- B. EL SISTEMA NACIONAL DE FORMACION PROFESIONAL

I. LA PARTICIPACION DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES EN EL SISTEMA DE FORMACION PROFESIONAL

- A. LA PARTICIPACION INSTITUCIONAL EN ORGANISMOS PUBLICOS
DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACION CENTRAL
 - a) El Consejo General de Formación Profesional
 - b) El Instituto Nacional de Empleo
- B. LA CONCERTACION SOCIAL

II. EL MARCO ESTATAL Y AUTONOMICO DE LA FORMACION PROFESIONAL

- A. LA FORMACION PROFESIONAL Y LA POLITICA DE EMPLEO
- B. LA FORMACION PROFESIONAL Y LA POLITICA EDUCATIVA
- C. LA FORMACION PROFESIONAL Y LAS RELACIONES LABORALES
- D. LA FORMACION PROFESIONAL Y LA SEGURIDAD SOCIAL
- E. LA POTESTAD SUBVENCIONADORA EN MATERIA DE FORMACION
PROFESIONAL

III. EL MARCO EUROPEO DE LA FORMACION PROFESIONAL

- A. LA POLITICA COMUNITARIA DE EDUCACION Y FORMACION PROFESIONAL

B. LA LIBRE CIRCULACION DE CIUDADANOS Y MERCANCIAS

a) La libre circulación de ciudadanos

b) La libre circulación de mercancías

C. LA POLITICA COMUNITARIA DE EMPLEO

CAPITULO II: EL MARCO NORMATIVO Y LAS MEDIDAS DE ACTUACION DEL SISTEMA DE FORMACION PROFESIONAL

I. EL SUBSISTEMA DE FORMACION PROFESIONAL REGLADA

A. EL MARCO NORMATIVO

B. LAS ENSEÑANZAS DE FORMACION PROFESIONAL REGLADA

a) La formación profesional específica

b) Los Programas de Garantía Social

a') Concepto y fundamento

b') Los aspectos más relevantes de los PGS

II. EL SUBSISTEMA DE FORMACION PROFESIONAL OCUPACIONAL

A. EL MARCO NORMATIVO

a) Los programas formativos

b) Los programas de formación ocupacional-empleo

B. LAS MEDIDAS DE ACTUACION DEL SUBSISTEMA DE FORMACION PROFESIONAL OCUPACIONAL

a) Los programas formativos: El Plan FIP

a') Los alumnos de formación profesional ocupacional

b') La colaboración en la gestión

c') Las acciones formativas

b) Los programas de formación ocupacional-empleo

a') Las modalidades de programas de formación ocupacional-empleo

b´) Los programas Escuelas-Taller y Casas de Oficios: aspectos más relevantes del régimen jurídico

c´) Los programas Talleres de Empleo: aspectos más relevantes de su régimen jurídico

III. EL SUBSISTEMA DE FORMACION PROFESIONAL CONTINUA

A. EL MARCO NORMATIVO DEL SUBSISTEMA DE FORMACION PROFESIONAL CONTINUA

a) El marco legal y reglamentario

b) El marco convencional

a´) Acuerdos a nivel estatal

1) El III Acuerdo Nacional de Formación Profesional Continua (III ANFC)

2) El III Acuerdo Tripartito de Formación Profesional Continua (III AT)

3) Los Acuerdos y Convenios Colectivos Sectoriales Estatales sobre Formación Profesional Continua

b´) Acuerdos a nivel autonómico

1) El Acuerdo Interprofesional sobre Formación Profesional Continua del País Vasco (AIFCPV)

2) El Acuerdo Tripartito sobre Formación Profesional Continua del País Vasco (ATPV)

B. LAS MEDIDAS DE ACTUACION ORDENADAS POR EL SUBSISTEMA DE FORMACION PROFESIONAL CONTINUA

a) Los planes de formación profesional continua

b) Las medidas complementarias y de acompañamiento a la formación profesional continua

c) Los permisos individuales de formación profesional continua

PARTE SEGUNDA

EL SISTEMA DE FORMACION PROFESIONAL AL INICIO DE LA RELACION JURIDICA LABORAL

CAPITULO III: EL SISTEMA DE FORMACION PROFESIONAL EN ALTERNANCIA

I. LA FORMACION EN ALTERNANCIA

- A. EL CONCEPTO DE FORMACION EN ALTERNANCIA
- B. LA FINALIDAD DE LA ALTERNANCIA
- C. LAS FORMULAS DE FORMACION EN ALTERNANCIA

II. LAS ESTANCIAS-FORMATIVAS EN LAS EMPRESAS

- A. LAS ESTANCIAS-FORMATIVAS O PRACTICAS <<FORMALES>> EN LAS EMPRESAS
- B. LAS ESTANCIAS-FORMATIVAS O PRACTICAS <<INFORMALES>> EN LAS EMPRESAS
- . PROGRAMAS MIXTOS DE FORMACION-EMPLEO
 - A. INTRODUCCION
 - B. MODALIDADES DE PROGRAMAS MIXTOS FORMACION-EMPLEO
 - a) Los Programas de Garantía Social
 - b) Las Escuelas-Taller y Casas de Oficios
 - c) Los Talleres de Empleo
 - C. EL CONTRATO DE TRABAJO COMO INSTRUMENTO DE ALTERNANCIA EN EL

MARCO DE LOS PROGRAMAS MIXTOS FORMACION-EMPLEO

a) El contrato para la formación como instrumento de alternancia en los programas mixtos formación-empleo

a') El contrato para la formación en los programas de Garantía Social

b') El contrato para la formación en los programas de Escuelas Taller y de Casas de Oficio...

c') El contrato para la formación en los programas de Talleres de Empleo

b) La modalidad contractual alternativa al contrato para la formación en los programas mixtos formación-empleo: El contrato para obra o servicio determinado

D. REGIMEN JURIDICO DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO SUSCRITOS EN EL MARCO DE LOS PROGRAMAS MIXTOS DE FORMACION-EMPLEO

a) Especialidades del régimen jurídico del contrato de trabajo en los programas de formación-empleo

a') La contratación

1) Las partes contratantes

2) El procedimiento de selección

3) La forma del contrato de trabajo

b') El objeto del contrato de trabajo en alternancia

1) La prestación de trabajo

2) La obligación formativa del empresario

3) La obligación retributiva del empresario

c') La formación profesional

1) El objeto de la formación profesional

2) El contenido de la formación profesional

3) La organización de la formación profesional

4) La certificación de la formación profesional

b) El convenio colectivo como fuente del régimen jurídico específico aplicable al contrato de trabajo en alternancia

PARTE TERCERA

LA FORMACION PROFESIONAL Y LA RELACION JURIDICA LABORAL

CAPITULO IV: LA OBLIGACION DE FORMACION PROFESIONAL DEL TRABAJADOR

I. LA FORMACION PROFESIONAL, EL PATRIMONIO PROFESIONAL DEL TRABAJADOR Y LA CUALIFICACION

II. LA CUALIFICACION COMO ELEMENTO INTEGRANTE DE LA RELACION JURIDICA LABORAL

A. LA CUALIFICACION DEL TRABAJADOR SUJETO DE LA RELACION JURIDICA LABORAL

B. LA CUALIFICACION DE LA PRESTACION LABORAL OBJETO DE LA RELACION JURIDICA LABORAL

C. LA INCIDENCIA DE LA CUALIFICACION CONVENIDA EN LA SITUACION JURIDICA DE LOS SUJETOS DE LA RELACION JURIDICA LABORAL

a) La cualificación convenida como factor que particulariza la situación jurídica del trabajador como deudor de la prestación laboral

b) La cualificación convenida como factor que particulariza la situación jurídica del empresario como acreedor de la

prestación laboral

D. LA CUALIFICACION EN LA EJECUCION DE LA PRESTACION LABORAL

III. LA FORMACION PROFESIONAL COMO INSTRUMENTO DE CUALIFICACION ANTE CAMBIOS EN EL PROGRAMA DE PRESTACION

A. LA FORMACION PROFESIONAL Y LA MOVILIDAD FUNCIONAL

- a) El régimen jurídico de la movilidad funcional
- b) La tutela legal de la profesionalidad del trabajador frente a la movilidad funcional
 - a') Las titulaciones académicas y profesionales precisas para ejercer la prestación laboral como límites a la movilidad funcional
 - b') La equivalencia profesional como límite a la movilidad funcional
 - 1) La movilidad funcional dentro del grupo profesional
 - 2) La movilidad funcional entre categorías profesionales equivalentes
 - 3) La aptitud profesional como criterio subjetivo de equivalencia
 - c') La formación y promoción profesional como límites a la movilidad funcional
 - d') La capacidad profesional del trabajador y su adaptación como límites a la movilidad funcional: Garantía frente al despido objetivo
- c) La tutela judicial de la profesionalidad del trabajador frente a la movilidad funcional

B. LA FORMACION PROFESIONAL Y LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE CONDICIONES DE TRABAJO

- a) El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo
- b) La tutela legal de la profesionalidad del trabajador ante las modificaciones sustanciales de condiciones de

trabajo

a') El perjuicio a la formación profesional derivado de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo como presupuesto de la extinción del contrato de trabajo

b') El derecho del trabajador a la extinción indemnizada del contrato de trabajo como consecuencia jurídica del art.50.1,a) ET

1) La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador

2) El derecho del trabajador a percibir una indemnización por los perjuicios causados a su formación profesional

c) La tutela judicial de la profesionalidad del trabajador frente a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo: Control judicial de la decisión empresarial

C. LA FORMACION PROFESIONAL Y LAS MODIFICACIONES TECNICAS OPERADAS EN EL PUESTO DE TRABAJO

a) La falta de adaptación como causa de extinción

b) Los requisitos del hecho causante de la falta de adaptación

c) Garantías legales para el trabajador frente a la extinción

a') El período de adaptación

b') La formación profesional en el período de adaptación

CAPITULO V: EL DERECHO A LA FORMACION PROFESIONAL DEL TRABAJADOR

I. LA FORMACION PROFESIONAL COMO DERECHO SUBJETIVO DEL TRABAJADOR EN LA RELACIÓN JURIDICA LABORAL

A. LA FORMACION PROFESIONAL COMO DERECHO DE LOS TRABAJADORES

EN LA RELACION LABORAL

B. LA ESTRUCTURA DEL DERECHO A LA FORMACION PROFESIONAL COMO DERECHO SUBJETIVO DEL TRABAJADOR

- a) El sujeto del derecho subjetivo a la formación profesional
- b) El contenido del derecho subjetivo a la formación profesional
 - a') Facultades de actuación
 - b') Obligaciones
 - c') Mecanismos de protección

II. LOS DERECHOS INSTRUMENTALES A LA FORMACION PROFESIONAL DEL TRABAJADOR

A. EL ART.23 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: EFICACIA JURIDICA

B. LA PREFERENCIA EN LA ELECCION DE TURNO DE TRABAJO

- a) Presupuesto de hecho
- b) Ejercicio del derecho a elegir turno de trabajo

C. PERMISO PARA CONCURRIR A EXAMENES

- a) Presupuesto de hecho
- b) Ejercicio del derecho a ausentarse del trabajo para concurrir a exámenes

D. ADAPTACION DE LA JORNADA DE TRABAJO

- a) Presupuesto de hecho
- b) Ejercicio del derecho a adaptar la jornada de trabajo

E. PERMISO PARA LA FORMACION Y PERFECCIONAMIENTO PROFESIONAL

- a) Presupuesto de hecho
- b) Ejercicio del derecho a ausentarse del trabajo

para asistir a cursos de formación o perfeccionamiento profesional

F. EL PERMISO POR FORMACION EN EL III ACUERDO NACIONAL DE FORMACION CONTINUA

III. LA FORMACION PROFESIONAL COMO INSTRUMENTO DE PROMOCION PROFESIONAL

CAPITULO VI: CONCLUSIONES

ANEXO: CONVENIOS COLECTIVOS CONSULTADOS

BIBLIOGRAFIA

PARTE PRIMERA

EL SISTEMA INSTITUCIONAL DE FORMACION **PROFESIONAL**

CAPITULO I

LOS SUJETOS DEL SISTEMA DE FORMACION PROFESIONAL

INTRODUCCION

A. LA FORMACION PROFESIONAL: OBJETO DE ESTUDIO.

En el presente trabajo se pretende reflexionar sobre la formación profesional de los trabajadores en la relación jurídica laboral.

La elección de este tema como objeto de estudio se basa tanto en la actualidad del mismo -con su indudable trasfondo jurídico, político y práctico-, como en la importancia que tiene desde la perspectiva laboral.

La relevancia del tema se manifiesta en dos planos. Por una parte, la formación profesional en cuanto favorecedora de la adquisición y adaptación continua de las cualificaciones de la mano de obra a las necesidades cambiantes del mercado, constituye un factor clave tanto para la mejora de la competitividad de las empresas como en la lucha contra el paro.

Así, en el primer sentido, la formación profesional es presupuesto para la necesaria adaptabilidad de los trabajadores ocupados a los cambios tecnológicos y organizativos de las

empresas y, en el segundo sentido, se instrumenta como medida de política de empleo para la inserción y reinserción de la población desocupada y contribuye a la consecución de la necesaria flexibilidad del mercado laboral.

Por otra parte, y ya en el terreno jurídico laboral, la importancia de la formación profesional radica en que opera como factor de cualificación, adaptación y promoción profesional de los trabajadores en el marco de la relación laboral.

La formación profesional es indispensable para los trabajadores en cuanto sujetos de una relación jurídica laboral, por diversos motivos.

De un lado, porque a través de la misma pueden adquirir las competencias profesionales necesarias para realizar el trabajo convenido, además de que, también a estos efectos, mediante la formación profesional pueden actualizar permanentemente la cualificación profesional contratada.

De otro lado, la formación profesional es el medio a través del cual los trabajadores pueden incrementar su patrimonio profesional cuando así lo requieran; bien por necesidad de adecuar su cualificación profesional a las variaciones que en el desarrollo de la relación laboral puedan producirse en el contenido de la prestación laboral o en las condiciones en que ésta se realiza; bien por necesidades de promoción profesional, en la medida en que mediante la formación profesional evitan el estancamiento en su cualificación profesional y con ello mejoran su situación social, económica y profesional.

A estas necesidades de cualificación de la población ocupada da respuesta el Sistema de Formación Profesional, programando y desarrollando acciones formativas a las que los trabajadores

pueden acceder, tanto al inicio de la relación jurídica laboral, como en el transcurso de la misma.

Desde esta perspectiva es indudable el interés que ofrece el Sistema de Formación Profesional para un trabajo como éste que pretende estudiar la formación profesional en la relación jurídica laboral. Máxime cuando el renovado Sistema de Formación Profesional, derivado del proceso de cambio que en 1993 inició el I PNFP, aumenta la conexión hasta el momento existente entre el Derecho del Trabajo y el Sistema de Formación Profesional.

Se plantean nuevos e importantes retos al Derecho del Trabajo en la medida en que la efectividad del Sistema de Formación Profesional -en línea con lo establecido en el II PNFP- requiere potenciar la formación permanente y continuada y estrechar la relación entre sistema productivo y sistema formativo. El Derecho del Trabajo debe cooperar en el logro de ambos objetivos y, en consecuencia, contribuir a la efectividad del Sistema. ¿En qué sentido debe hacerlo? Esta es una de las cuestiones que se tratará de resolver aquí y para lo cual se requerirá integrar en el estudio el análisis de la formación profesional en la relación jurídica laboral y del Sistema de Formación Profesional.

Estos van a ser, en efecto, los dos núcleos temáticos del trabajo pero, qué duda cabe, son temas excesivamente genéricos para ser tratados en un trabajo de investigación de estas características.

Ante la imposibilidad de tratar con el rigor y profundidad necesarios todos los aspectos relacionados con los mismos y considerando imprescindible un análisis del Sistema de Formación Profesional, la necesidad de restringir el campo de investigación me ha llevado, finalmente, a elegir como objeto definitivo de análisis, la regulación de la formación profesional en el marco

de la relación jurídica laboral desde la perspectiva del Sistema de Formación Profesional.

Desde esta perspectiva interesa la formación profesional principalmente como conjunto de acciones formativas mediante las cuales los trabajadores, por una parte, podrán adquirir las competencias profesionales necesarias para realizar el trabajo convenido como objeto de una relación jurídica laboral y, por otra, podrán actualizar permanentemente su cualificación profesional.

No obstante lo anterior, a lo largo del trabajo se hará referencia a otras vertientes de la formación profesional.

En unos casos, se atenderá a la formación profesional como proceso concreto de enseñanza que capacita para el ejercicio de una actividad profesional pero limitadamente a los supuestos en que el método de formación sea la alternancia con el trabajo.

En otros casos, se hará referencia a la formación profesional como conjunto de conocimientos y capacidades que posee el trabajador y que junto con su experiencia profesional conforman su patrimonio profesional o cualificación profesional.

Es preciso aclarar también, que no todas las acciones formativas mediante las que el trabajador puede adquirir y actualizar sus competencias profesionales, serán objeto de atención en este trabajo sino limitadamente aquellas que son programadas y desarrolladas en el marco del Sistema de Formación Profesional.

Como se ha dicho, el estudio del Sistema de Formación Profesional va a ser necesario para lograr el objetivo que se persigue con el presente trabajo y a él se dedicará la primera

parte del mismo.

Pero no se trata de hacer un análisis exhaustivo del mismo como conjunto de principios y reglas, medios técnicos y económicos establecidos para el desarrollo de la formación profesional en España. Un análisis de este tipo resultaría disfuncional al objetivo propuesto, ya que, en este trabajo no se pretende, únicamente, abordar el estudio de la formación profesional institucionalizada, sino resaltar aquellos aspectos del Sistema de Formación Profesional que presentan especial interés desde la perspectiva de la relación jurídica laboral a efectos de enjuiciar después la idoneidad y suficiencia de los mecanismos instituidos legalmente para que el trabajador, cuando lo precise, al inicio de la relación jurídica laboral, o en el transcurso de la misma, pueda adquirir las competencias profesionales cursando las acciones formativas ofertadas por el Sistema de Formación Profesional.

En definitiva, en esta primera parte, tras una breve introducción del Sistema de Formación Profesional se dedicará el capítulo primero a los sujetos que intervienen en la conformación del Sistema de Formación Profesional: Interlocutores sociales, Estado, Comunidades Autónomas y la Unión Europea. Analizando en cada caso, el papel que están llamados a desempeñar, los mecanismos previstos de intervención y sus respectivos ámbitos de actuación, así como las relaciones existentes entre los mismos.

El capítulo segundo se dedicará a la oferta formativa que interesa en particular al Derecho del Trabajo en su tarea tuteladora de la profesionalidad del trabajador. Esta incluye acciones formativas propias de los tres Subsistemas en que se estructura el Sistema de Formación Profesional: Reglada, Ocupacional y Continua. Por ello en este capítulo se hará una somera referencia a sus respectivos marcos jurídicos, para

después detallar las medidas de actuación especialmente significativas desde la perspectiva apuntada.

El estudio de la oferta formativa proveniente de los Subsistemas de Formación Profesional reglada y ocupacional realizada, revelará la existencia de procesos de formación profesional en los que ésta se alternará con el ejercicio de una actividad profesional en un lugar de trabajo.

Las fórmulas de alternancia previstas en el Sistema de Formación Profesional son las estancias formativas en las empresas y los programas mixtos formación-empleo. Estas vías de adquisición de competencias profesionales a las que se accede al inicio de la relación laboral plantean múltiples cuestiones de interés que serán analizadas en el capítulo tercero correspondiente a la parte segunda de este trabajo.

Entre estas cuestiones y por su especial importancia se hará referencia al contrato de trabajo para la formación.

Tanto éste como el contrato en prácticas son las modalidades contractuales pensadas precisamente para instrumentar la alternancia de la formación profesional con el empleo al inicio de la relación jurídica laboral y, en ambos casos, a su causa formativa responden sus especiales regímenes jurídicos. Desde esta perspectiva, deberían haber sido objeto de un análisis pormenorizado en esta parte del trabajo, dedicándoles un capítulo monográfico.

Sin embargo, hay que advertir que, a efectos, no ya de acotar el tema, sino de evitar una inconveniente -por excesiva- extensión del trabajo mismo, se ha optado por prescindir de dicho capítulo y limitar las referencias a los contratos formativos a las alusiones que a los mismos se hacen en el capítulo tercero, como posibles instrumentos jurídicos de alternancia en el marco

de los programas formación-empleo, y, una vez descartado a tales efectos el contrato en prácticas, revelando las particularidades que el contrato para la formación incorpora en su régimen jurídico cuando se suscribe en un programa mixto formación-empleo.

La tercera parte del trabajo aborda el estudio de la formación profesional en el transcurso de la relación jurídica laboral.

Partiendo de la cualificación profesional como elemento integrante de la relación jurídica laboral, en el capítulo cuarto se trata de revelar su incidencia en el conjunto de derechos y deberes del trabajador y del empresario en el marco de la relación jurídica laboral. El análisis se centra primero en torno a la prestación laboral convenida y en este ámbito el centro de atención serán los deberes profesionales que tiene el trabajador cuando la cualificación profesional se integra en el objeto del contrato de trabajo. Después se analizará su incidencia en situaciones de cambio, tanto en el contenido de la prestación laboral como cuando la modificación afecte al modo de realizarla.

El capítulo quinto, finalmente, se inicia con el análisis de la naturaleza jurídica del derecho a la formación profesional reconocido por el ET en el art.4.2.b) y, partiendo de su carácter de derecho subjetivo, se estudia su estructura a fin de identificar, tanto los sujetos-titulares del mismo, como su contenido -integrado por facultades de actuación, obligaciones y mecanismos de protección-.

Después se analizan los derechos que en materia de formación profesional el art.23 del ET otorga al trabajador para que su capacitación profesional pueda progresar e incrementarse y que,

previamente, habrán sido identificados como facultades jurídicas para la satisfacción de ese derecho subjetivo a la formación profesional - los permisos por exámenes, la preferencia a elegir turno de trabajo, la adaptación de la jornada de trabajo y, los permisos por formación o perfeccionamiento profesional-, intentando precisar el alcance del precepto estatutario que reconoce estos derechos.

B. EL SISTEMA NACIONAL DE FORMACION PROFESIONAL.

Concepto de formación profesional.- Por formación profesional hay que entender "toda forma de enseñanza que prepara para adquirir una capacitación para una profesión, oficio o empleo específicos, o que proporciona una aptitud especial para ejercer tal profesión oficio o empleo, cualesquiera que sean la edad y el nivel de formación de los alumnos o estudiantes, y aun cuando el programa de enseñanza incluya una parte de educación general"¹.

La virtualidad de esta definición radica en que ofrece una visión unitaria de la formación profesional, permitiendo al mismo tiempo vislumbrar las diferentes ramas que la conforman, en correspondencia con las modalidades de formación profesional existentes y como resultado de las singularidades de cada una de ellas.

En efecto, la formación profesional en sentido amplio es concebible como toda enseñanza que persigue en cualquier supuesto

¹ Vid. STJCEE de 13 de Febrero de 1985 (Gravier 293/83) y en el mismo sentido las de 27 de Septiembre de 1988 y 30 de Mayo de 1989, (Asuntos 263/86 y 242/87, respectivamente).

la preparación adecuada para el ejercicio profesional.

Dicha preparación se alcanzará mediante la adquisición de competencias con valor y significado en el empleo; bien a través de programas de enseñanza que, junto a la profesional, incluyan una parte de educación general, como es el caso de la formación profesional reglada o inicial a cargo del sistema educativo y mediante la que se adquieren cualificaciones amplias y polivalentes; bien a través de enseñanzas estrictamente profesionales, proveedoras de cualificaciones vinculadas a ocupaciones concretas, como es el caso de las modalidades de formación profesional ocupacional y continua.

Así, la formación profesional en sentido amplio abarca tanto la formación que tiene lugar en la fase previa a la vida profesional como la formación dirigida al trabajador, ocupado o no, pero ya insertado en una determinada actividad profesional.

Por otra parte, la preparación adquirida a través de los estudios de formación profesional está dirigida a facilitar la inserción y/o la promoción profesional del alumno. Así, la formación profesional se dirige tanto al segmento de población sin cualificación a efectos de capacitarlo para ejercer una profesión, posibilitando así su inserción profesional, como a la población activa con cualificación insuficiente o inadecuada a los requerimientos del sistema productivos a efectos de su readaptación o recualificación para desempeñar oficios o trabajos distintos de los inicialmente aprendidos, o con carencias formativas a efectos de su especialización y perfeccionamiento profesional, posibilitando, en ambos casos, su adaptación a los cambios del sistema productivo así como su promoción profesional.

La asistencia formativa podrá ser dispensada tanto por los

poderes públicos a través de los servicios públicos de formación, como por la iniciativa privada, a través de centros de formación, empresas, -bien a favor de sus empleados bien a favor de terceros-, u otros sujetos, como es el caso de las organizaciones sindicales y empresariales.

Modalidades de formación profesional. La formación profesional comprende diversas enseñanzas profesionales que se diferencian principalmente por sus objetivos específicos:

- a) La formación profesional reglada o inicial.
- b) La formación profesional ocupacional.
- c) La formación profesional continua.

Estructura del Sistema Nacional de Formación Profesional.- El Sistema Nacional de Formación Profesional da cobertura a esas tres modalidades formativas y, a efectos de su gestión y administración, actualmente se estructura en tres Subsistemas que se diferencian tanto por su marco de actuación como por su marco jurídico.

- a) El Subsistema de Formación Profesional Reglada o Inicial:

Integra el conjunto de enseñanzas que dentro del sistema educativo, capacitan para el desempeño cualificado de las distintas profesiones. Se dirige principalmente a la población joven, pero también está abierta a la población adulta que desee o precise adquirir los correspondientes títulos académicos.

Comprende la Formación Profesional de Base que se imparte en la ESO y en el Bachillerato, la Formación profesional específica impartida a través de los correspondientes ciclos formativos de

Grado medio y superior y los Programas de Garantía Social orientados a los alumnos que no obtuvieran la titulación en los estudios de la ESO².

Se gestiona por las administraciones educativas tanto central como autonómicas, en función de las transferencias habidas en la materia y en su caso por las Universidades.

b) El Subsistema de Formación Profesional Ocupacional:

Comprende el conjunto de acciones formativas dirigidas a la cualificación, recualificación y/o puesta al día de las competencias profesionales de los trabajadores demandantes de empleo a efectos de su inserción o reinserción profesional. Es una enseñanza estrictamente profesional que atenderá, principalmente a los trabajadores desempleados que carezcan de formación profesional inicial o cuya cualificación resulte insuficiente o inadecuada a los requerimientos del sistema productivo³.

Se gestiona por las administraciones laborales tanto central como autonómicas, en función de las transferencias habidas en la

² Vid. Ley Orgánica 1/1990, de 3 de Octubre de 1990, de Ordenación General del Sistema Educativo, (BOE de 4 de Octubre de 1990), Capítulo IV, De la formación profesional.

II Programa Nacional de Formación Profesional de 1998, Capítulo III, Objetivos de la formación profesional inicial/reglada. Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998, pág.45 a 49.

También es una modalidad de formación profesional reglada la enseñanza superior entendiéndose por ésta la que se imparte en las Universidades así como otros estudios superiores no adscritos al régimen general universitario que se rigen por sus disposiciones específicas, por ejemplo, Aviación Civil, Criminología, etc. Sin embargo, como se anunció al plantear el objetivo que se pretende con este trabajo, no se hará referencia a las mismas por no estar incluidas en el Sistema de Formación Profesional.

³ Vid. Real Decreto 631/1993, de 3 de Mayo por el que se aprueba el Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional, (BOE de 4 de Mayo de 1993), art.1.

II Programa Nacional de Formación Profesional, Capítulo, IV, Objetivos de la Formación Profesional Ocupacional, cit. pág.51 a 55.

materia.

c) Y, el Subsistema de Formación Profesional Continua.

Es una enseñanza estrictamente profesional, integrada por el conjunto de acciones formativas que se llevan a cabo por las empresas, los trabajadores o sus organizaciones representativas, dirigidas tanto a la mejora de las competencias y cualificaciones como a la recualificación principalmente de los trabajadores ocupados.

Ordenado en base a dos Acuerdos Interprofesionales, el III Acuerdo Nacional de Formación Continua, de ámbito estatal y el Acuerdo Interprofesional para la Formación Continua en la Comunidad Autónoma del País Vasco, de ámbito autonómico.

La planificación de la política de formación profesional: El PNFP.- De lo hasta aquí señalado se desprende que el Sistema Nacional de Formación Profesional está integrado por tres subsistemas cada uno de los cuales tiene sus propios objetivos, marco de actuación y marco normativo.

No obstante, a efectos de dotar de unidad y coherencia al mismo, el Gobierno y los interlocutores sociales elaboraron, de forma consensuada, en 1993, el I Programa Nacional de Formación Profesional (PNFP)⁴.

A través del mismo, se coordinaron los tres subsistemas,

⁴ El Consejo General de Formación Profesional elaboró el I Programa Nacional de Formación Profesional (I PNFP), que fue aprobado en el Consejo de Ministros de 3 de Marzo de 1993 para el período 1993-1996, con la finalidad de unificar y orientar la formación profesional en una perspectiva laboral, adaptando las enseñanzas profesionales a las nuevas necesidades del mercado, de modo que la formación profesional sirviera como instrumento de inserción profesional y de desarrollo económico y social.

El I PNFP se puede consultar en la Revista Relaciones Laborales, núm.7, 1993.

estableciendo relaciones de cooperación entre los gestores de cada uno de ellos y relaciones de coordinación de su oferta formativa, y; por otra parte, se programaron los objetivos y las líneas de actuación para su consecución tanto a nivel general, como, de forma específica, en cada subsistema⁵.

Siguiendo en esta misma línea se aprobó el II PNFP, para el período 1998 a 2002⁶. El Programa surge con vocación de convertirse en "parte fundamental de las políticas activas para así contribuir al empleo estable, a la promoción profesional y social de los docentes y de los destinatarios de la formación profesional y al desarrollo de los recursos humanos en las empresas".

A tal fin se instrumentan las políticas y planes de formación profesional correspondientes a los tres subsistemas,

⁵ Para la elaboración del mismo, el Consejo General partió de la constatación de dos realidades que resultaron determinantes de su alcance y límites; en primer lugar, de la asunción, por parte de ciertas CC.AA., de competencias plenas en la gestión de la formación profesional reglada y del proceso de traspaso de competencias en la gestión de la Formación Profesional Ocupacional a las mismas, ya iniciado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

En segundo lugar, de la existencia de dos Subsistemas de Formación Profesional, Reglada y Ocupacional, con sus respectivas estructuras de gestión y administración y de la conveniencia de mantener ambos en virtud de los diferentes colectivos que venían siendo atendidos por ambos, así como de los objetivos últimos de uno y otro

Se requería, partiendo de una concepción unitaria de la formación profesional, la revisión de ambos subsistemas con la finalidad de coordinarlos, "permeabilizar ambas estructuras, impedir divorcios innecesarios, paralelismos o solapamientos inútiles y, en definitiva, articular, en un todo coherente, todos los esfuerzos y acciones de ambas ofertas".

Esta tarea se llevó a cabo mediante la reforma tanto de la Formación Profesional Reglada -a través de la LOGSE- como de la Formación Profesional Ocupacional -a través del Real Decreto 631/1993, regulador del Plan de Formación e Inserción Profesional y de los Acuerdos Nacional y Tripartito sobre Formación Continua de los trabajadores ocupados (ANFC y AT)-.

Como consecuencia del I PNFP, la gestión de la formación profesional quedó de la siguiente manera:

- Formación Profesional Reglada, a cargo de las administraciones educativas y,
- Formación Profesional Ocupacional, gestionada, en su modalidad ocupacional, por el INEM y por las Comunidades Autónomas con competencias transferidas y, en su modalidad de continua, por los agentes sociales a través de la Fundación para la Formación Continua (FORCEM)

⁶ El 18 de Febrero de 1998, el Pleno del CGFP aprobó la propuesta del II Programa Nacional de Formación Profesional (II PNFP) para el período 1998 a 2002 y, en cumplimiento de la Ley 19/1997, se presentó al Gobierno para su aprobación, que éste acordó en Consejo de Ministros el 13 de Marzo de 1998.

coordinándolos y buscando la necesaria adecuación de las cualificaciones profesionales facilitadas por cada uno de ellos con las competencias profesionales que en cada momento demande el sistema productivo.

En definitiva, el PNFP será el instrumento de planificación de la Política de Formación Profesional⁷.

La ordenación del Sistema de Formación Profesional: La Ley orgánica 5/2002, de 19 de Junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional⁸.- Enmarcada en el proceso de desarrollo del Sistema de Formación Profesional se ha aprobado la Ley orgánica 5/2002. Esta norma ordena el Sistema de Formación Profesional siguiendo las directrices establecidas en el II PNFP.

Desde mi punto de vista esta norma no introduce variaciones sustanciales que justifiquen hablar de un <<nuevo modelo de Formación Profesional>>. Se basa en los mismos principios que establecieron los precedentes I y II PNFP, y, mantiene, como objetivos principales, la integración de los tres Subsistemas de Formación Profesional -reglada, ocupacional y continua- y la creación de un Sistema Nacional de Cualificaciones.

Sí cabe destacar un avance en el reconocimiento y acreditación de competencias profesionales adquiridas mediante la experiencia profesional y a través de vías no formales de formación, estableciendo un sistema de evaluación y acreditación

⁷ Importa destacar en este sentido que ya el I Plan de Acción para el Empleo del Reino de España (PNAE), de 15 de Abril de 1998, al desarrollar los criterios establecidos en el Consejo de Luxemburgo y concretar medidas en el marco de la Política global de empleo para 1998, recogía, entre las líneas fundamentales de actuación, el desarrollo del Programa Nacional de Formación Profesional como mecanismo fundamental para aumentar la empleabilidad de los colectivos más desfavorecidos en el mercado de trabajo. En esta misma línea ha seguido los sucesivos Planes de Acción para el Empleo.

⁸ Publicada en el BOE de 20 de Junio de 2002.

de las mismas.

Con todo, la ambigüedad y falta de concreción son notas que, como pone de relieve el Dictamen del CES, caracterizan al nuevo texto normativo, y, seguramente, en parte ello es debido a que esta norma estatal al regular la formación profesional incide en ámbitos materiales de competencias compartida con las Comunidades Autónomas y en los que también corresponde participar a los Interlocutores Sociales. De esta razón deriva su manifestado carácter básico y posiblemente también su carácter genérico.

En cualquier caso, está necesitada de un desarrollo reglamentario que en opinión del CES reviste especial importancia al quedar remitida al mismo la regulación de los aspectos esenciales del Sistema de Formación Profesional⁹.

I. LA PARTICIPACION DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES EN EL SISTEMA DE FORMACION PROFESIONAL.

La acción institucional en materia de formación profesional.- Los interlocutores sociales participan en la elaboración y ejecución de la política de formación profesional.

Esta intervención la llevan a cabo participando en la actividad de organismos públicos con competencias en materia de formación profesional y a través de la vía de la concertación social.

El Acuerdo Económico y Social como impulsor de la participación.- Las bases de la actual participación y

⁹ Vid. Dictamen del CES aprobado en sesión extraordinaria del Pleno de 27 de Junio de 2001.

colaboración de los empresarios y trabajadores en la política de formación profesional se establecieron el Acuerdo Económico y Social de 1984 (AES).

En efecto, con el fin de reorientar la política de formación profesional en este Pacto se acordó, entre otras medidas, la incorporación de los agentes sociales a los objetivos y actuaciones de la formación profesional y se establecieron los cauces de intervención para ello¹⁰.

Al AES se deben, por una parte, el establecimiento de la vía más relevante de participación institucional de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en materia de formación profesional -el Consejo General de Formación Profesional- y, por otra, la consecuente intervención de estos sujetos colectivos en la configuración del Sistema de Formación Profesional, en la medida en que ésta se lleva a cabo a través del Programa Nacional de Formación Profesional, cuya elaboración y actualizaciones periódicas, fueron encomendadas por este pacto al Consejo, en el que los interlocutores sociales están representados¹¹.

A. LA PARTICIPACION INSTITUCIONAL EN ORGANISMOS PUBLICOS DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACION CENTRAL.

Hay que destacar dos organismos públicos de la Administración central en los que participan los interlocutores

¹⁰ Vid. el estudio de RODRIGUEZ RAMOS, M.J. y SANCHEZ MUÑOZ, A.L., "El cumplimiento de los acuerdos concertados en materia de formación profesional" centrado en el AES. Vid. en OJEDA AVILES (Dir.), *La Concertación social tras la crisis*, Ed. Ariel, Barcelona, 1990, págs.151 a 158.

¹¹ En relación con la incidencia del AES en el Subsistema de Formación profesional Ocupacional, vid. DURAN LOPEZ, F., ALCAIDE CASTRO, M., GONZALEZ RENDON, M. y FLOREZ SABORIDO, I., en *Análisis de la Política Contractual en materia de Formación profesional Continua en España*, Ed. MTSS, Madrid, 1994, págs.205, 123 y 124.

sociales: El Consejo General de Formación Profesional (CGFP) y el Instituto Nacional de Empleo (INEM).

a) El Consejo General de Formación Profesional.

Naturaleza jurídica.- El Consejo General de Formación Profesional (CGFP), fue creado por la Ley 1/1986, de 7 de Enero¹², como órgano consultivo y de participación institucional de las Administraciones públicas y de asesoramiento del Gobierno en materia de Formación Profesional, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Su Reglamento de funcionamiento fue aprobado por RD 365/1987, de 27 de Febrero¹³.

En 1997, tras el preceptivo dictamen del Consejo Económico y Social (CES)¹⁴, la Ley 1/1986 fue modificada por la Ley 19/1997, de 9 de junio¹⁵ que, a efectos de que el CGFP contara con la participación de las CCAA y de Ceuta y Melilla, modificó parcialmente la composición de aquél, lo que dio lugar a la aprobación de un nuevo reglamento de funcionamiento aprobado por RD 1684/1997, de 7 de Noviembre¹⁶, para adaptar sus normas de

¹² La Ley 1/1986 fue publicada en el BOE de 10 de Enero de 1986.

¹³ Publicado en el BOE de 14 de Marzo de 1987.

¹⁴ El Pleno del Consejo Económico y Social aprobó el 30 de Octubre de 1996 el Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 1/1986, de 7 de Enero, por la que se crea el CGFP, formulando voto particular la Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos.

En este Dictamen, sin perjuicio de la valoración positiva que se hacía del objeto de la reforma normativa proyectada, el CES realizaba dos observaciones, -que, conviene avanzar, fueron finalmente tomadas en consideración-; una, proponiendo la modificación del apartado 2º del art. único de la Ley a efectos de revisar su redacción, redefiniendo las competencias que el CGFP asumiría de prosperar la reforma y; otra, dirigida a paliar el efecto desequilibrador, que con ocasión de incorporación de las CCAA se produciría en las representaciones existentes, en tanto que su presencia, en la toma de acuerdos, favorecería a la Administración pública en perjuicio de las Organizaciones empresariales y sindicales, proponiendo como criterio corrector el voto ponderado de las organizaciones empresariales y sindicales.

¹⁵ Publicada en el BOE de 10 de Junio de 1997.

¹⁶ Publicado en el BOE de 18 de Noviembre de 1997.

funcionamiento a lo establecido en la Ley 19/1997, y, en cumplimiento de lo señalado en la disposición adicional única de la misma.

Composición.- El proceso de traspaso de competencias en materia de formación ocupacional a las CCAA y la consecuente necesidad de abrirles las vías de participación existentes en materia de formación profesional fue el factor desencadenante de esta reforma legislativa.

Pretendiendo que la actuación de todos los sujetos implicados en la formación profesional -administraciones públicas, central y autonómicas, y los agentes sociales- alcance un mayor nivel de cooperación y coordinación, se arbitró la incorporación de las CCAA al CGFP.

En virtud de esta reforma, el CGFP pasó de ser un órgano tripartito, con representaciones de la Administración Central y de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, a ser un órgano de carácter cuatripartito.

Adopción de acuerdos.- La modificación de la composición del Consejo -como evidencian los datos anteriores- ha dado lugar a que la participación proporcional administración pública-agentes sociales inicial haya variado considerablemente, peligrando la participación paritaria que como principio inspirador de la composición del Consejo quiso el AES y que requirió posteriormente la Ley 1/1986 por la que se creó.

A efectos de salvar tal discordancia, el legislador restablece el equilibrio de fuerzas en la toma de acuerdos, recogiendo la propuesta formulada por el CES en su Dictamen, consistente en introducir, como criterio corrector, el voto ponderado de las organizaciones empresariales y sindicales.

De esta manera, los acuerdos se adoptarán por mayoría, contando con un voto los representantes de las administraciones públicas y con dos cada uno de los representantes de las organizaciones empresariales y sindicales¹⁷.

Competencias.- En relación con las competencias que la Ley 1/1986 asigna al CGFP son de destacar, en primer lugar, las relativas al PNFP.

A este órgano compete su elaboración, proponer al Gobierno su aprobación, el control de la ejecución del mismo, así como proponer su actualización.

Y relevantes son estas competencias en la medida en que, siendo el PNFP el instrumento de programación de las líneas de actuación en la Política de Formación Profesional, ponen de manifiesto la intervención de los agentes sociales en la planificación de dicha Política.

Importa también resaltar el papel que tiene asignado el CGFP y, por ende, los agentes sociales como partícipes en el mismo, en materia de cualificaciones. Entre estas hay que destacar: La de informar los proyectos de planes de estudio y títulos en los diversos grados y especialidades de formación profesional reglada, las certificaciones de profesionalidad en materia de formación profesional ocupacional y las correspondencias y homologaciones entre formación reglada y ocupacional.

Como órgano de apoyo al CGFP en tales tareas se ha creado el Instituto Nacional de las Cualificaciones por Real Decreto 375/1999, de 5 de Marzo¹⁸.

¹⁷ Proponía el CES se siguiera el sistema implantado en la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo por la Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales en el art.13.4.

¹⁸ Publicado en el BOE de 16 de Marzo de 1999. Se crea como órgano adscrito al Ministerio de

Acuerdos alcanzados en el CGFP.- Al CGFP se debe la elaboración del I PNFP de 3 de Marzo de 1993 para el período 1993-1996 y el II PNFP aprobado por el Gobierno el 13 de Marzo de 1998¹⁹.

b) El Instituto Nacional de Empleo.

Naturaleza y régimen jurídico.- El INEM fue creado por el Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de Noviembre²⁰, como organismo autónomo de carácter administrativo, con personalidad jurídica propia y adscrito al Ministerio de Trabajo.

Se rige, además de por la anterior, por la Ley 51/1980, de 8 de Octubre, Básica de Empleo (LBE) que le encomienda la gestión de la política de empleo, por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de Junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), como entidad gestora de la prestación por desempleo²¹ y por el RD 1458/1986, de 6 de Junio²² por el que se determina su estructura orgánica.

Competencias en materia formativa.- Como órgano gestor

Trabajo y Asuntos Sociales y con dependencia funcional del CGFP. Es un órgano técnico que tiene como función apoyar al CGFP en: La observación de las cualificaciones, la determinación de las cualificaciones, la acreditación de las cualificaciones, el desarrollo de la integración de las cualificaciones profesionales y el seguimiento y evaluación del PNFP (art.1)

¹⁹ Vid. *supra*.

²⁰ BOE de 18 de Noviembre de 1978.

²¹ El Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de Junio fue publicado en el BOE de 29 de Junio de 1997.

²² BOE de 16 de Junio de 1986.

de la política de empleo, el Real Decreto-ley 36/1978 y posteriormente la LBE asignaron al INEM en materia de formación, la función de "fomentar la formación del trabajador en estrecha vinculación con la política de empleo, a través de las oportunas acciones de institucionalización, perfeccionamiento y, en su caso, reconversión profesionales".

Estructura orgánica y participación institucional.- Los Agentes Sociales participan con la Administración Pública en la gestión del INEM²³.

Esta co-gestión se lleva a cabo mediante la participación tripartita y paritaria de las organizaciones sindicales, asociaciones empresariales y la Administración Pública en los órganos colegiados de dirección, consulta y asesoramiento del INEM, tanto a nivel central como territorial²⁴.

B. LA CONCERTACION SOCIAL.

El mecanismo de la concertación social.- El Sistema de Formación Profesional ha sido objeto de negociación a través del

²³ Para OJEDA AVILES el sistema español de participación institucional en la gestión del INEM se inspira en el modelo alemán de tripartidismo paritario o <<tripartitarismo>>, contrapuesto al modelo burocrático francés -que limita la participación a los órganos de consulta- y más eficaz que éste. Vid. OJEDA AVILES, A., en "Los servicios de empleo en España (II): El Instituto Nacional de Empleo", RSS, núm.17, 1983, págs.35 a 40.

²⁴ Los trabajadores y empresarios participan en la dirección del INEM a través el Consejo General, órgano directivo del Instituto, integrado -ex art.4 del RD 1458/1986- por trece representantes de las organizaciones sindicales más representativas, trece representantes de las organizaciones empresariales más representativas y trece representantes de la Administración pública, entre los que se encuentran, el Presidente -Secretario general de Empleo y Relaciones Laborales- y el Vicepresidente -Director general del INEM-.

También intervienen en la Comisión Ejecutiva al contar ésta -ex art.5 del RD 1458/1986- con: Tres representantes de las organizaciones sindicales que formen parte del Consejo General, tres representantes de las asociaciones empresariales que formen parte del Consejo General y tres representantes de la Administración pública, uno de los cuales será el Director General del INEM que actuará como Presidente.

mecanismo de la concertación social desde 1984 hasta la actualidad.

Este sistema de negociación y adopción de acuerdos²⁵, ha dado como resultado que en materia de formación profesional existan numerosos acuerdos de concertación que, como a continuación se verá, presentan variada naturaleza y referencias de muy distinta índole a esta materia.

El desarrollo de la concertación social.- Serán estos dos factores -las modalidades de concertación elegidas por los sujetos negociadores y los aspectos de la formación profesional tratados en los acuerdos- los que permitan distinguir con claridad dos fases en el desarrollo de la concertación social en esta materia.

Así, se puede hablar de una primera etapa caracterizada por la utilización de acuerdos globales de concertación en los que se incluía la formación profesional como una más de las materias tratadas.

A este modelo responde el Acuerdo Nacional de Empleo (ANE), suscrito en 1981 por el Gobierno, la CEOE y las Organizaciones sindicales UGT y CCOO²⁶.

Este pacto recogía, como medida de fomento del empleo juvenil, el compromiso de la organización empresarial firmante de

²⁵ La concertación social se ha define doctrinalmente como "método de adopción de decisiones estratégicas o importantes en los ámbitos de la política económica y social y de la regulación de las condiciones de trabajo por parte de tres actores o sujetos: el Gobierno, los sindicatos y las organizaciones empresariales". Cfr. MARTIN VALVERDE,A., en "Concertación social y diálogo social", RL, núm. 22, 1994, pág.13, recogiendo las dos acepciones de concertación social y señalando las notas que caracterizan la acepción estricta y VALDES DAL-RE,F., en "La compleja estructura contractual de la ordenación de la formación profesional continua", RL, Tomo II, 1995, págs.15 y 16.

²⁶ Tanto el ANE como el AES son manifestaciones del modelo de acuerdo tripartito global o de amplio espectro, cfr. MARTIN VALVERDE,A., en "Concertación social y diálogo social", op. cit. pág.31.

suscribir un convenio de colaboración con el INEM para la creación de puestos de trabajo, en prácticas o en formación, dirigidos a jóvenes demandantes de primer empleo²⁷.

También en esta etapa hay que incluir el AES. Este acuerdo - de indudable mayor interés que el precedente-²⁸ abordó más ampliamente el tema de la formación profesional haciendo planteamientos más ambiciosos en relación con el Sistema General en tanto que pretendió, detectadas sus insuficiencias, dar una nueva orientación al mismo acordando, como se vio, instrumentos de intervención de los interlocutores sociales y medidas de actuación relativas tanto a la formación reglada como ocupacional.

La segunda fase de concertación se caracteriza por la conclusión de acuerdos específicos, suscritos a dos niveles, central y regional, incidiendo exclusivamente en la modalidad de formación profesional continua.

A esta etapa corresponden los sucesivos I, II y III Acuerdos Nacionales de Formación Continua (ANFC)²⁹ y sus correspondientes I, II y III Acuerdos Tripartitos (AT)³⁰, así como el Acuerdo Interconfederal sobre Formación Continua en la Comunidad Autónoma

²⁷ Vid. referencias a este acuerdo en MORENO VIDA, M.N., en *Los Pactos Sociales en el Derecho del Trabajo*, Ed. Universidad de Granada, Granada, 1989, pág.306 y DURAN LOPEZ, F., ALCAIDE CASTRO, M., GONZALEZ RENDON, M. y FLOREZ SABORIDO, I., en *Análisis de la Política Contractual en materia de Formación Profesional Continua en España*, op. cit. pág.122.

²⁸ Vid. DURAN LOPEZ, F., ALCAIDE CASTRO, M., GONZALEZ RENDON, M. y FLOREZ SABORIDO, I., en *Análisis de la Política Contractual en materia de Formación Profesional Continua en España*, op. cit. pág.122.

²⁹ Suscritos: el 16 de Diciembre de 1992, el 19 de Diciembre de 1996 y el 19 de Diciembre de 2000, respectivamente.

³⁰ Suscritos: el 16 de Diciembre de 1992, el 19 de Diciembre de 1996 y el 19 de Diciembre de 2000, respectivamente.

del País Vasco (AIFCPV) y el Acuerdo Tripartito (ATPV) para el mismo ámbito territorial³¹.

La conclusión de estos acuerdos manifiesta claramente la voluntad de los interlocutores sociales y del Gobierno de que sea la concertación social la vía más idónea a efectos de negociar y adoptar decisiones en relación con el Subsistema de Formación Continua. Dada su especial trascendencia, a analizarlos como acuerdos de concertación se dedica el apartado siguiente.

Acuerdos de concertación en materia de formación profesional continua.- El Subsistema de Formación Profesional Continua se ordena, organiza, gestiona y financia según las previsiones establecidas en los dos Acuerdos específicos sobre dicha materia: ANFC y AT³².

El ANFC, suscrito por los interlocutores sociales, establece los criterios de ordenación, tanto del propio subsistema, como de la negociación colectiva relativa a los procedimientos de desarrollo de las acciones formativas que lo integran. Por su parte, el AT, suscrito por los interlocutores sociales y el Gobierno, recoge los compromisos asumidos por los tres sujetos firmantes en relación con la modalidad de formación profesional continua y dispone la estructura y financiación del subsistema.

La calificación de estos acuerdos como acuerdos de concertación social, a mi juicio, no ofrece ningún género de duda en la medida en que ambos reúnen las tres notas que caracterizan

³¹ Ambos suscritos el 27 de Septiembre de 1995.

³² Así, en el primer acuerdo recogido en el AT se señala que, "El Subsistema Nacional de Formación Continua, en el marco del Programa Nacional de Formación Profesional, se articula en base al II Acuerdo Nacional de Formación Continua de carácter bipartito, que conforma la gestión técnica y organizativa de dicho subsistema, y al presente acuerdo de carácter tripartito, que dispone la estructura y la financiación del mismo".

a los acuerdos fruto de este método de negociación y adopción de decisiones, a saber³³: Tripartismo³⁴, valor estratégico de las decisiones adoptadas e incidencia en el ámbito de actuación propio de la concertación social -la Política Económica y Social y las relaciones de trabajo-³⁵.

³³ En relación con las características de la política de concertación, vid. GIUGNI,G, "Gobierno privado y parlamentarismo", en OJEDA AVILES,A. (Dir.), *La concertación social tras la crisis*, Ed. Ariel, Barcelona, 1990, pág.12.

También precisan las tres notas caracterizadoras de la concertación social; con carácter general, MARTIN VALVERDE,A., en "Concertación social y diálogo social", op. cit. pág.13, y; concretándolas en relación con el I AT, VALDES DAL-RE,F., en "La compleja estructura contractual de la ordenación de la formación profesional continua", op. cit. pág.16.

³⁴ En relación con el ANFC, cabría plantear si, a pesar de tratarse de un acuerdo bipartito, es posible entender que el Gobierno ha intervenido también en este caso aun cuando no lo haya hecho como contratante principal.

De confirmarse esta premisa, entendiendo con MARTIN VALVERDE que "la presencia del Gobierno en los acuerdos concertados no necesita ser explícitamente la de parte principal", habría que concluir que tanto en el AT como en el ANFC se da la nota del tripartismo, caracterizadora de la concertación social.

A mi juicio, hay tres razones que avalan la participación del Gobierno en el ANFC:

En primer lugar, el carácter tripartito de la negociación de la que son fruto estos acuerdos ya que -como se apuntó supra- tanto el II ANFC, como el II AT derivan de las negociaciones llevadas a cabo en el seno de la Mesa tripartita de formación profesional constituida en 1996 en el marco del diálogo social abierto por el Gobierno con las organizaciones empresariales y sindicales, a efectos de consensuar el futuro de la formación profesional.

En segundo lugar, la existencia misma del pacto tripartito apunta también en esa dirección ya que en este acuerdo el ejecutivo asume el compromiso de habilitar medidas que posibiliten la financiación y ejecución del ANFC, lo que evidencia el apoyo del Gobierno al ANFC. Respaldo gubernamental que, por otra parte, también se manifiesta en el propio AT al indicar éste, expresamente, que los acuerdos que en él se contienen son adoptados por "el Gobierno y las organizaciones empresariales y sindicales firmantes, considerando el contenido del II Acuerdo Nacional de Formación Continua".

Y, en tercer lugar, el carácter complementario de estos dos acuerdos que se patentiza, por una parte, en que la viabilidad del Subsistema Nacional de Formación Continua depende de su coexistencia, en la medida en que la conformación de su gestión técnica y organización se asigna al ANFC, mientras que la estructura y financiación del mismo corresponde al AT. Por otra parte, la Disposición transitoria primera del ANFC señala que "su aplicación queda supeditada a la existencia de disponibilidades presupuestarias", lo que obviamente significa no sólo que para la aplicación del acuerdo bipartito fuera imprescindible la suscripción del AT, sino también que la ejecución del mismo dependía de que el Parlamento, a propuesta del Gobierno, a través de la Ley de Presupuestos, asignara los recursos financieros necesarios, lo que conduce a entender que el Gobierno ha participado tanto en el proceso negociador del ANFC como en la aplicación del mismo.

Por último, también hay que considerar que el hecho de que el Gobierno no suscribiera el ANFC obedece precisamente a la intención de los sujetos negociadores de que este pacto tuviera naturaleza de acuerdo marco, ordenador de la negociación colectiva, lo que no hubiera sido posible de intervenir el Gobierno como actor principal.

Sobre las formas de intervención del Gobierno en la concertación social, vid. MARTIN VALVERDE, A., en "Concertación social y Diálogo social", op. cit. págs.25 y 26. Este autor, en relación con el I ANFC señala que "su naturaleza de pacto de concertación resulta claramente de la previsión expresa de apoyo financiero público", op. cit. pág.32.

³⁵ Atendiendo a su contenido, ambos acuerdos, aun cuando están limitados a una materia concreta como es la formación profesional continua, conectan directamente con una de las áreas propias de la concertación social: la Política Social y Económica.

En relación con el ámbito territorial de los ANFC y AT, la negociación se ha llevado a cabo en uno de los niveles territoriales propios de la concertación social -el nivel nacional- y, en este sentido, se pueden considerar manifestación de la "macroconcertación", entendida como modalidad de concertación a nivel central³⁶.

Por todo lo expuesto, es posible concluir que los ANFC y AT, resultantes del proceso de negociación en el que participaron como actores los interlocutores sociales y el gobierno, son acuerdos de concertación desarrollados a nivel central, de carácter limitado al recoger estipulaciones referidas exclusivamente a una materia, en concreto, la formación profesional continua.

La concertación social en materia de formación continua a nivel autonómico.- La concertación social en esta materia no se ha desarrollado únicamente a nivel central, habiéndose suscrito a nivel regional acuerdos sobre formación continua.

En efecto, en la Comunidad Autónoma del País Vasco los interlocutores sociales y el Gobierno eligieron la concertación

En efecto, la Formación Profesional Ocupacional ya fue calificada por la Ley Básica de Empleo como instrumento de política de empleo y, en el momento en que esta norma se aprueba, 1984, la modalidad ocupacional se entendía que agrupaba, tanto las acciones formativas dirigidas a la población desempleada, como las encaminadas a la formación de los trabajadores ocupados.

Por otra parte, actualmente resulta incuestionable que la formación profesional es un instrumento estratégico tanto para el buen funcionamiento del mercado de trabajo, como para la creación de empleo, así como para la competitividad de las empresas, sin olvidar el papel trascendental que juega en relación con la promoción personal y profesional de los trabajadores.

Razones ambas que llevan a concluir con VALDES DAL-RE en que la formación profesional continua es una "materia socioeconómica" y de "indudable importancia para la marcha de la economía española". Vid. VALDES DAL-RE,F., en "La compleja estructura contractual de la ordenación de la formación profesional continua", op. cit. pág.16.

³⁶ Sobre las formas de concertación macro, medio y micro, vid. REGINI,M. en "El declinar del intercambio político centralizado y la emergencia de formas nuevas de concertación", págs.13,19 y 22 y GIUGNI,G., "Gobierno privado y parlamentarismo", pág.12, ambos en OJEDA AVILES,A. (Dir.), *La concertación social tras la crisis*, Ed. Ariel, Barcelona, 1990, así como, MARTIN VALVERDE,A., en "Concertación social y diálogo social", op. cit. pág.26.

social como método para fijar de forma consensuada los principios que debían regir la ejecución de la política de formación profesional continua en dicho ámbito territorial³⁷.

Las negociaciones dieron como resultado dos pactos: el Acuerdo Interprofesional sobre formación continua en la Comunidad Autónoma del País Vasco (AIFCPV), concluido al amparo del art.84 del ET, -precepto que consagra la "conurrencia <<descentralizadora>> de los convenios y acuerdos interprofesionales"³⁸-, y el Acuerdo Tripartito para la formación continua en la Comunidad Autónoma del País Vasco (ATPV).

Ambos acuerdos pueden ser considerados como acuerdos de concertación aun cuando el AIFCPV, al no ser firmado por el Gobierno Vasco, plantee el mismo interrogante que suscitara el ANFC en relación con los sujetos contratantes. Cuestión que, en este caso como en el anterior, hay que contestar afirmando la participación del poder público como contratante -aun cuando no como parte principal- que, a mi juicio, se constata tanto en la presencia del Gobierno Vasco en el proceso negociador, como en el hecho de que suscribiera el AT, asumiendo el modelo de organización de la Formación continua diseñado por el AIFCPV y comprometiéndose a prestar el apoyo financiero y colaboración necesarios para la aplicación del mismo. La conclusión de estos pactos autonómicos ha supuesto la descentralización del proceso negociador y de adopción de decisiones en materia de formación continua. Descentralización o "mesoconcentración" que, como la doctrina se ha ocupado de señalar, cuenta con el respaldo del Gobierno central y del legislativo, puestos de manifiesto en la

³⁷ Vid. Preámbulo del Acuerdo Tripartito para la formación continua en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

³⁸ Cfr. CASAS BAAMONDE, M.E., "Conurrencia de acuerdos interprofesionales, estructura de la negociación colectiva y formación profesional continua", RL, Tomo II, 1995, pág.70.

regulación presupuestaria, contenida en la Ley 41/1994, de 30 diciembre, que, como señalara CASAS BAAMONDE, "vino así a prestar cobertura económica al paso negocial dado"³⁹.

Así pues, tanto los acuerdos de concentración suscritos a nivel central como los correspondientes al País Vasco, conforman el marco convencional del Subsistema de Formación Profesional Continua y, en consecuencia, en el capítulo siguiente se volverán a analizar desde ese punto de vista.

Conclusiones.- El mecanismo utilizado por los interlocutores sociales y el Gobierno en la negociación y adopción de estos acuerdos en materia de formación profesional, ha sido la concertación social. El desarrollo de la concertación en esta materia bien puede servir como exponente de la evolución de la política de concertación en España, caracterizada, a juicio de la doctrina científica, por el declinar de la concertación global en favor de una concertación más limitada de la que son manifestaciones los pactos concluidos sobre materias concretas y, entre ellos, los que configuran el actual Subsistema de Formación Continua -ANFC y AT-⁴⁰.

Por otra parte, la existencia de los AFPCV y ATPV puede ser indicio de que, efectivamente, se avanza en la línea de tendencia del desarrollo de la concertación social apuntada por la doctrina y caracterizada por la paulatina aparición de una concertación de índole regional o "mesoconcentración", de la que son producto los

³⁹ *Ibidem*, pág.70.

⁴⁰ Vid. REGINI,M., en "El declinar del intercambio político centralizado y la emergencia de formas nuevas de concertación", op. cit. págs.15 y ss., MARTIN VALVERDE,A., "Concertación social y diálogo social", op. cit. pág.39.

pactos autonómicos⁴¹.

Por último, se viene a confirmar que la concertación social no es un mecanismo a utilizar únicamente como respuesta a una situación de crisis económica sino que, en determinadas ocasiones, es la vía idónea tanto frente a problemas cuya resolución pasa por el necesario consenso entre los diversos intereses concurrentes⁴², cuanto a efectos de conseguir la necesaria actuación coordinada de los sujetos participantes como ocurre en el marco del Subsistema de Formación Profesional Continua⁴³.

II. EL MARCO ESTATAL Y AUTONÓMICO DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL.

Criterios de distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA.- Como ha puesto de relieve VALDÉS DAL-RE, la determinación del reparto de competencias entre el Estado y las CC.AA. en materia de formación profesional reviste cierta complejidad. Esta deriva, principalmente, de dos factores. Por un lado, del propio modelo de distribución competencial establecido en la Constitución. Por otro, de la naturaleza de la materia sobre la que debe operar dicho reparto⁴⁴.

⁴¹ Vid. MARTIN VALVERDE, A., en "Concertación social y diálogo social", op. cit. págs.38 y 39 y OJEDA AVILES, A., en "El bilateralismo como respuesta (impropia) a la crisis de la concertación" en OJEDA AVILES (Dir.) *La concertación social tras la crisis*, Ed. Ariel, Barcelona, 1990, pág.171 y 173 y también en *Derecho sindical*, op. cit. pág.229 y RODRIGUEZ PIÑERO, M., en "Diálogo social, participación y negociación colectiva", RL, núm.23 1995, pág.7.

⁴² Cfr. GIUGNI, G., "Gobierno privado y parlamentarismo", op. cit. pág.11.

⁴³ Sobre las razones esgrimidas tanto por el Gobierno como por los interlocutores sociales para adoptar esta vía de negociación, vid. DURAN LOPEZ, F., ALCAIDE CASTRO, M. y FLOREZ SABORIDO, I., en *Análisis de la Política Contractual en materia de Formación Profesional Continua en España*, op. cit. págs. 139 a 154.

⁴⁴ Cfr. VALDES DAL-RE, F., en "Una aportación jurídico-constitucional al debate político sobre la competencia de la actividad recaudatoria de la cuota de formación profesional", RL, págs.9 a 41.

En efecto, la Constitución al establecer la reglas de distribución competencial no introdujo la formación profesional en el listado de materias que, recogidas en el art.149.1, son de competencia exclusiva del Estado. Así, en principio cabría suponer que ésta es una de las materias que serán competencia de las CC.AA. cuando sus Estatutos de Autonomía así lo recojan y que, de no ser así, se mantendrán en el ámbito competencial del Estado.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la actuación de los poderes públicos en materia de formación profesional puede - como después se verá que efectivamente hace- incidir en diversos ámbitos -empleo, educación, laboral o de seguridad social- afectando, de esta manera, a materias que sí están recogidas en el art.149.1 de la Constitución.

El juego de este factor va a suponer que, en determinados supuestos, el marco competencial de las CCAA estará limitado, además de por lo previsto en los respectivos Estatutos de Autonomía, por el marco competencial estatal -material y funcional- derivado del art.149.1 de la Constitución, cuando la medida a adoptar concierna a materias ahí incluidas.

La formación profesional, como se verá, no es título atributivo de competencias sino que éstas se atribuyen en función del ámbito material o sector de la actividad pública en el que incida la actuación de los poderes públicos.

De lo dicho se desprende que dibujar el cuadro de distribución competencial exige varias operaciones, dirigidas, la primera, al <<encuadramiento material>> de la formación profesional a efectos de identificar los ámbitos materiales que pudieran ser afectos a la misma; la segunda, a identificar en la Constitución tanto las facultades a ejercitar en relación con los

mismos, como el o los sujetos titulares de las competencias; y, por último, también habrá que indagar en los EE.AA.⁴⁵ para ver si, las competencias que en su caso procedan, han sido asumidas por las distintas CC.AA. y, en tal caso, mediante qué mecanismo y en qué términos se ha producido la asunción ⁴⁶.

A. LA FORMACION PROFESIONAL Y LA POLITICA DE EMPLEO.

La política de empleo como ámbito de incidencia de la formación profesional.- El art. 40 de la Constitución, en su apartado primero, señala el pleno empleo como objetivo de la acción de los poderes públicos y, a juicio de la doctrina científica, la formulación constitucional de este objetivo deja amplio margen en la adopción de las medidas necesarias para alcanzar la compensación entre demanda y oferta de empleo, tanto en su aspecto cuantitativo -equiparación del volumen de ambos factores- como en sus aspectos cualitativos -naturaleza de los

⁴⁵ Los EE.AA. de las CC.AA. han sido aprobados mediante las correspondientes Leyes Orgánicas; 3/1979, de 18 de Diciembre, BOE de 22 de Diciembre (País Vasco); 4/1979, de 18 de Diciembre, BOE de 22 de Diciembre (Cataluña); 1/1981, de 6 de Abril, BOE de 28 de Abril (Galicia); 6/1981, de 30 de Diciembre, BOE de 11 de Enero de 1982 (Andalucía); 7/1981, de 30 de Diciembre, BOE de 11 de Enero de 1982 (Asturias); 8/1981, de 30 de Diciembre, BOE de 11 de Enero de 1982 (Cantabria); 3/1982, de 9 de Junio, BOE de 19 de Junio (La Rioja); 4/1982, de 9 de Junio, BOE de 19 de Junio (Murcia); 5/1982 de 1 de Julio, BOE de 10 de Julio (Comunidad Valenciana); 8/1982, de 10 de Agosto, BOE de 16 de Agosto (Aragón); 9/1982, de 10 de Agosto, BOE de 16 de Agosto (Castilla-La Mancha); 10/1982, de 10 de Agosto, BOE de 16 de Agosto (Canarias); 13/1982, de 10 de Agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral, BOE de 16 de Agosto (Navarra); 1/1983, de 25 de Febrero, BOE de 26 de Febrero (Extremadura); 2/1983, de 25 de Febrero, BOE de 1 de Marzo (Islas Baleares); 3/1983, de 25 de Febrero, BOE de 1 de Marzo (Madrid); 4/1983, de 25 de Febrero, BOE de 2 de Marzo (Castilla-León).

⁴⁶ Se trata en definitiva de seguir la regla que el TC ha calificado como “capital de la determinación estatutaria de las competencias” y, en virtud de la cual, son los Estatutos a los que corresponde definir las concretas competencias asumidas dentro del marco de posibilidades que abre el art. 149.1 y, en su caso, el art. 148 de la CE. Vid. STC 39/1982, de 30 de Junio, BOE de 16 de Julio, (F.J.8).

Sobre los elementos de competencia, vid. LOPEZ LOPEZ, J. en *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993, pág.43

empleos que ofrece el sistema productivo y ajuste de las cualificaciones profesionales a los requerimientos del empleo-.

Este segundo aspecto exige la adecuación de la estructura de cualificaciones profesionales a la estructura productiva y a este necesario ajuste vendrán a dar respuesta las distintas acciones formativas previstas en el campo de la Formación Profesional Reglada, Ocupacional o Continua⁴⁷, en la medida en que incidirán sobre la demanda de empleo "dotándola de una preparación suficiente, y procurando que se oriente hacia a aquéllas profesiones, oficios y puestos de trabajo disponibles en el mercado"⁴⁸, lo que conduce a poder afirmar que la formación profesional es uno de los instrumentos básicos para alcanzar el objetivo del pleno empleo y, por consiguiente, una medida de política activa de empleo⁴⁹.

Como dato indicativo de la íntima conexión entre política de formación profesional y política de empleo, sirva el hecho de que las fórmulas de cooperación y participación en el Sistema de Formación Profesional son las que se vienen utilizando en

⁴⁷ Vid. MARTIN VALVERDE,A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. Y GARCIA MURCIA,J., *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pág.130. y VALDES DAL-RE,F., en "Una aportación jurídico-constitucional al debate político sobre la competencia de la actividad recaudatoria de la cuota de formación profesional", op. cit. pág.18.

⁴⁸ Cfr. MARTIN VALVERDE,A., "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española", en AA.VV. *Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Constitución*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, págs. 187 a 204.

⁴⁹ La política de formación profesional deviene instrumental de la política de empleo y así la han enfocado los sucesivos PNFP al proclamar como objetivo básico del Sistema la integración de la formación profesional con las políticas activas de empleo en clave comunitaria. El PNFP incide especialmente en el aspecto cualitativo en la medida en que pretende adecuar la oferta formativa de los tres subsistemas a las demandas del sistema productivo previendo para ello diversas actuaciones que en su mayoría son medidas de política de empleo en tanto que inciden sobre la oferta de mano de obra buscando su adaptación a la demandas del sistema productivo a efectos de corregir los desequilibrios entre una y otra .

En este sentido hay que recordar que ya es usual que los PNAE recojan dentro de las líneas de actuación el desarrollo del II PNFP como elemento fundamental de aumento de la empleabilidad, incluyendo la oferta formativa derivada de los tres Subsistemas de Formación Profesional en las políticas activas de empleo.

política de empleo. Como señala la doctrina, diálogo social, concertación y negociación colectiva son instrumentos esenciales de las políticas de activas de empleo alternativos a la vía del enfrentamiento, en tanto que en este terreno se exige "prácticas de colaboración, búsqueda concertada de objetivos comunes, aceptación de sacrificios y realización de esfuerzos para la consecución de los mismos"⁵⁰. Y, en efecto, como se vio *supra*, estas vías o cauces de participación y relación de los interlocutores sociales y poderes públicos se dan también en el terreno de la política de formación profesional⁵¹.

Distribución de competencias en materia de empleo.- La formación profesional en cuanto instrumento de política de empleo lo es también de la actividad económica en la medida en que por mandato constitucional la actuación de los poderes públicos en el marco de la política económica debe encaminarse a la consecución del objetivo del pleno empleo -ex art.40.1 CE-⁵².

En efecto, como señalara ALONSO OLEA⁵³, la realización de una política orientada al pleno empleo debe ser uno de los fines

⁵⁰ Cfr. RODRIGUEZ PIÑERO, M. en "Diálogo social, participación y negociación colectiva" en op. cit. págs.1 a 9 y DURAN LOPEZ, F. y SAEZ LARA, C. en *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág.19.

⁵¹ Vid. RIVERO LAMAS, J., en "Democracia pluralista y autonomía sindical (Actividad política de los sindicatos y constitución)" en *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Ed. Tecnos, Madrid, 1980, págs.185 a 229,

⁵² Vid. PALOMEQUE LOPEZ, M.C., "Política de empleo y protección social en el sistema constitucional de relaciones laborales", en *Política de empleo y protección social*, II Jornadas Universitarias Tarraconenses de Derecho Social, Tarragona, 1996, pág.25.

⁵³ "La satisfacción del derecho al trabajo (art.35.1) y la "realización de una política orientada al pleno empleo" (art.40.1), deben ser fines a cuyo servicio está la planificación, y como aquellos son derechos de todos, esta debe "equilibrar y armonizar el desarrollo regional" (art.131.1). Los principios de igualdad formal y real (arts.9.2 y art.14) así lo exigen. Cfr. en ALONSO OLEA, M., "Las Comunidades Autónomas y las fuentes del Derecho del Trabajo", Ed. ACARL, pág.28.

a cuyo servicio está la planificación y, en este sentido⁵⁴, las competencias en materia de formación profesional se verán afectada por las reglas constitucionales de distribución competencial en materia de planificación económica en la medida en que aquella opere como instrumento de la política activa de empleo.

La CE por una parte, atribuye en exclusiva al Estado la planificación de la actividad económica general "para atender las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución" (art.13.1 CE). Las competencias estatales en esta materia alcanzan a que mediante ley -ex art.131.1 CE- establezca las "bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica" (art.149.1.13^a CE), contando con la colaboración de las CC.AA. y la participación de los agentes económicos y sociales -ex art.131.2 CE-.

Por otra parte la CE por vía del art.148.1.13 posibilita que las CC.AA. asuman competencias legislativas en materia de "fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma". No obstante, en la medida en que el precepto constitucional impone que estas competencias se ejerciten "dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional", la planificación económica general operará como límite del marco de actuación de las CC.AA. de manera que, de existir aquella, las competencias legislativas autonómicas devendrán concurrentes y compartidas con

⁵⁴ Así lo pone de relieve VALDES DAL-RE en "Una aportación jurídico-constitucional al debate político sobre la competencia de la actividad recaudatoria de la cuota de formación profesional", op. cit. pág.34.

el Estado⁵⁵ lo que en definitiva viene a significar, como ha señalado MUÑOZ MACHADO, que "todo lo que no sea la ordenación básica, las directrices fundamentales o la coordinación de esta actividad, podrá ser desarrollada o pormenorizada mediante leyes de las Comunidades Autónomas"⁵⁶.

El marco constitucional de distribución competencial apuntado permite afirmar con CASAS BAAMONDE "la conexión íntima de la política de empleo con el poder de autogobierno y ordenación económica de las Comunidades Autónomas".

Las CC.AA., en efecto, en ejercicio de su autonomía están facultadas para desarrollar una política de empleo propia, orientada a satisfacer sus intereses peculiares en esta materia, pero dentro de las orientaciones e intervenciones básicas y de coordinación que el Estado disponga en el ámbito del empleo en cuanto componente esencial del sistema económico general⁵⁷.

Este es el sistema que se sigue en relación con los programas de Formación Profesional Ocupacional. Pero no ocurre así con la cuota de formación profesional.

El Estado ha asumido la ordenación básica de la cuota de formación profesional fijando bases y tipos comunes de cotización. Asume también competencias de gestión que, en principio, dado el sistema de distribución competencial apuntado, deberían corresponder a las CC.AA. Así ocurre con la gestión recaudatoria, realizada por un organismo dependiente de la

⁵⁵ Vid. en este sentido CASAS BAAMONDE, M.E., en "Sistema de fuentes jurídico-laborales y Comunidades Autónomas", REDT, núm. 1, pág. 36.

⁵⁶ Cfr. MUÑOZ MACHADO, S., *Las potestades legislativas de las comunidades autónomas*, Ed. Civitas, Madrid, 1981.

⁵⁷ Vid. en este sentido la doctrina del TC recogida en las sentencias 95/1986 (FJ.2) y 35/1982 (FJ.2).

Administración central como es la TGSS.

La gestión centralizada en este caso, con ser una excepción a la regla general establecida en la CE y en los EE.AA., a mi juicio, sin embargo, está plenamente justificada. La cuota de formación profesional tiene finalidad igualatoria y para que este objetivo pueda alcanzarse de modo igual y uniforme en todo el territorio español se precisa una gestión uniforme derivada de la intervención estatal en la recaudación de la misma⁵⁸.

Actuación estatal, por tanto, que, aun cuando condicione y limite las competencias de ejecución de las CC.AA., sin embargo, encuentra justificación en la necesidad de asegurar la efectividad de los principios constitucionales de solidaridad -ex art.138.1 CE que impone al Estado la obligación de garantizar la realización efectiva de tal principio⁵⁹- e igualdad -ex arts.9.2, 14 y 139.1 y 2-⁶⁰.

El actual modelo de gestión recaudatoria de la cuota de formación profesional convengo con VALDES DAL-RE, se ajusta al BC pero no es, en efecto, el único sistema de funcionamiento

⁵⁸ En este sentido afirma VALDES DAL-RE que “la recaudación de la CFP por parte de las CC.AA. Y la subsiguiente afectación o destino de los recursos allegados por esta vía a la exclusiva atención de los requerimientos formativos de los mercados locales de trabajo quiebra los principios de unidad y solidaridad y drena toda posibilidad de introducir mecanismos de compensación económica global, adoptados en función de valoraciones generales, de los desajustes interterritoriales de naturaleza cualitativa que se producen en el seno de la demanda de trabajo”. Cfr. en “Una aportación jurídico-constitucional al debate sobre la competencia de la actividad recaudatoria de la cuota de formación profesional”, op. cit. pág.40.

⁵⁹ Señala MUÑOZ MACHADO que el principio de solidaridad “debe operar, por una parte, como límite al ejercicio de las competencias regionales y, por otra, en función habilitante de una acción estatal dirigida a corregir desequilibrios o desigualdades interterritoriales”. Cfr. en “Las competencias en materia económica del Estado y de las Comunidades Autónomas”, en op. cit. pág.358.

⁶⁰ Como por otra parte apunta la doctrina, con carácter general las potestades autonómicas en relación con la planificación económica, deberán ejercitarse dentro del respeto a otros títulos competenciales - arts.149.1.1º y 7º- y principios constitucionales -arts.9.2, 14 y 139.1 y 2-. Vid. CASAS BAAMONDE,M.E., en "Sistema de fuentes jurídico-laborales y Comunidades Autónomas", op. cit. pág.37, ALONSO OLEA,M. en "Las comunidades Autónomas y las fuentes del Derecho del Trabajo", op. cit. págs.27 y 28, LOPEZ GANDIA,J., "La política de empleo de la Generalitat Valenciana: Análisis de los programas para el fomento del empleo en el PEV-II", op. cit. pág.43 y VALDES DAL-RE,F. " Una aportación jurídico-constitucional al debate político sobre la competencia de la actividad recaudatoria de la cuota de formación profesional", op. cit. pág.34.

posible⁶¹.

Nada impide su gestión descentralizada, sin embargo, como señala este autor, los fondos obtenidos no dejarán de ser recursos estatales transformándose en "fondos autonómicos afectados a la atención de acciones de dimensión territorial".

En efecto, en la medida en que el Estado tenga competencias para destinar los fondos provenientes de la cuota de formación profesional a programas de fomento de la misma -como así ocurre y habrá ocasión de ver *infra* al tratar sobre la potestad subvencionadora-, dichos fondos deberán mantenerse como recursos de titularidad estatal, lo que no obstará para que las CC.AA., si tienen competencias para ello, puedan gestionar tanto los programas como los fondos en que éstos se apoyen⁶².

La planificación económica en los Estatutos de Autonomía.- Todas las CC.AA. han asumido competencias en materia de política de empleo desde que accedieron a la autonomía -con independencia de cual fuera la vía de acceso- por estar esta materia conectada con una de las listadas en el art.148 de la CE.

Los EE.AA. atribuyen a las CC.AA. "competencias exclusivas" para la "ordenación y planificación de la actividad económica de la Comunidad"⁶³.

La competencia autonómica comprenderá la potestad

⁶¹ Vid. VALDES DAL-RE,F., en "Una aportación jurídico-constitucional al debate político sobre la competencia de la actividad recaudatoria de la cuota de formación profesional", op. cit. pág.40.

⁶² Sobre este particular vid. FERNANDEZ FARRERES,G., en "La subvención y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas", REDC, núm.38, 1993, págs.231 y 232.

⁶³ En este sentido: Canarias (art.32 EA), Asturias (art.10 EA), Cantabria (art.28 EA), La Rioja (art.9 EA), Murcia (art.11 EA), Aragón (art.35 EA), Castilla la Mancha (art.32 EA), Extremadura (art.8 EA), Islas Baleares (art.11 EA), Madrid (art.27 EA), Castilla y León (art.27 EA).

Haciendo referencia únicamente a la "planificación", vid. los EE.AA. de Cataluña (art.12), Comunidad Valenciana (art.34) e incluyendo también el "fomento de la actividad económica", vid. los de Galicia (art.30), y Navarra (art.56).

legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, incluida la inspección⁶⁴. Estas funciones se ejercitarán "de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los núms.11 y 13 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución"⁶⁵.

otra parte interesa destacar que en la mayoría de los casos también se atribuyen competencias exclusivas en materia de "fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica general"⁶⁶.

Transferencias de la gestión de la formación profesional ocupacional a las Comunidades Autónomas. Las CC.AA. desde 1991 están asumiendo progresivamente las funciones que en materia de gestión de la formación profesional ocupacional desempeña la Administración del Estado. El proceso de traspaso se está llevando a cabo en dos fases:

A) La primera, mediante los Reales Decretos de traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de gestión de la formación profesional ocupacional⁶⁷.

⁶⁴ Vid. en este sentido por ejemplo el art.25.2 del EA de Cataluña.

⁶⁵ Vid. por ejemplo el art.12 del EA de Cataluña.

Esta previsión legal y las que en sentido similar se recogen en los demás EE.AA. no hacen sino confirmar que, en efecto -como ya se apuntó *supra*-, éste es un ámbito de actuación en el que las potestades autonómicas pueden devenir concurrentes con las del Estado -*ex art.148.1.13ª en relación con el art.149.1.13 CE*-.

⁶⁶ En este sentido, vid. EA de Asturias (art.11), Cantabria (art.22), La Rioja (art.8), Murcia (art.10), Aragón (art.35), Castilla la Mancha (art.31), Extremadura (art.7), Islas Baleares (art.10), Madrid (art.26), Castilla y León (art.26).

⁶⁷ Las CC.AA. a las que se ha traspasado la gestión de la formación profesional ocupacional son: Cataluña por Real Decreto 1577/1991, de 18 de Octubre (BOE de 8 de Noviembre), Comunidad Valenciana por Real Decreto 1371/1992, de 13 de Noviembre (BOE de 22 de Diciembre), Galicia por Real Decreto 146/1993, de 29 de Enero (BOE de 4 de Marzo), Andalucía por Real Decreto 427/1993, de 26 de Marzo (BOE de 16 de Abril),

En virtud de dicho traspaso les corresponden:

- La ejecución del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional⁶⁸.

- La titularidad de los Centros de Formación Profesional Ocupacional del INEM en su ámbito territorial.

- La elaboración, aprobación y ejecución de programas de inversiones, en coordinación con la política económica general del Estado.

- La gestión de un Registro de Centros y Entidades Colaboradoras en su ámbito territorial.

- La expedición de títulos o certificados de profesionalidad de acuerdo con la normativa general dictada en desarrollo de lo dispuesto en el art.149.1.30 de la CE.

- El seguimiento de la formación profesional ocupacional en su ámbito territorial.

B) En la segunda fase las CC.AA. completan la asunción de funciones y servicios correspondientes a la gestión en materia de formación profesional.

A través de los Reales Decretos de traspaso de la gestión realizada por el INEM, en el ámbito del trabajo, el empleo y la

Canarias por Real Decreto 447/1994, de 11 de Marzo (BOE de 13 de Abril), Navarra por Real Decreto 1319/1997, de 1 de Agosto (BOE de 1 de Octubre), Extremadura por Real Decreto 2024/1997, de 26 de Diciembre (BOE de 22 de Enero de 1998), Aragón por Real Decreto 300/1998, de 27 de Febrero (BOE de 16 de Marzo), Islas Baleares por Real Decreto 621/1998, de 17 de Abril (BOE de 29 de Abril), Castilla-La Mancha por Real Decreto 1661/1998, de 24 de Julio (BOE de 14 de Agosto), Madrid por Real Decreto 2534/1998, de 27 de Noviembre (BOE de 15 de Diciembre), Cantabria por Real Decreto 2673/1998, de 11 de Diciembre (BOE de 20 de Enero de 1999), La Rioja por Real Decreto de 41/1999, de 15 de Enero (BOE de 30 de Enero), Castilla y León por Real Decreto 148/1999, de 29 de Enero (BOE de 16 de Febrero), Murcia por Real Decreto 522/1999, de 26 de Marzo (BOE de 21 de Abril) y Asturias por Real Decreto 2088/1999, de 30 de Diciembre (BOE de 4 de Febrero).

⁶⁸ Señalan los RR.DD. de transferencia que la ejecución del Plan FIP conlleva la realización de diversas actividades, como son: La programación, organización, gestión, control administrativo e inspección técnica de las acciones formativas de acuerdo con el Plan, el establecimiento de contratos-programa correspondientes a su ámbito territorial, la homologación de centros colaboradores y la selección de alumnos, de acuerdo con los criterios establecidos con carácter general en dicho Plan.

formación quedan a cargo de los entes autonómicos⁶⁹:

- La gestión y control de los programas nacionales de Escuelas-Taller y Casas de Oficio⁷⁰.

- Las actuaciones de gestión y control, en su ámbito territorial, de las subvenciones y ayudas públicas de la política de empleo que otorga la Administración del Estado a través del INEM⁷¹.

- La gestión de los fondos de las subvenciones que no formen parte del coste efectivo, conforme a la normativa general del Estado.

- Los Centros Nacionales de Formación Profesional Ocupacional cuya titularidad no fue transferida en virtud del RD de traspasos anterior.

- Las funciones de ejecución relativas al cumplimiento de las obligaciones de empresarios y trabajadores y, en su caso, la potestad sancionadora, en materias relativas al empleo en los términos que establece la legislación del Estado.

⁶⁹ El traspaso se ha realizado a Cataluña, por Real Decreto 1050/1997, de 27 de Junio (BOE de 29 de Julio), Galicia por Real Decreto 1375/1997, de 29 de Agosto (BOE de 1 de Octubre) y por Real Decreto 232/1998, de 16 de Febrero (BOE de 4 de Marzo), Comunidad Valenciana por Real Decreto 2673/1998, de 11 de Diciembre (BOE de 29 de Diciembre), Canarias por Real Decreto 150/1999, de 29 de Enero (BOE de 17 de Febrero) y por Real Decreto 115/2000, de 28 de Enero (BOE de 12 de Febrero)., Navarra por Real Decreto 811/1999, de 14 de Marzo (BOE de 9 de Junio)., Navarra por Real Decreto 811/1999, de 14 de Mayo (BOE de 9 de Junio), Madrid por Real Decreto 30/2000, de 14 de Enero (BOE de 2 de Febrero), Asturias por Real Decreto 11/2001, de 12 de Enero (BOE de 31 de Enero), Extremadura por Real Decreto 664/2001, de 22 de Junio (BOE de 5 de Julio), Castilla y León por Real Decreto 1187/2001, de 2 de Noviembre (BOE de 22 de Noviembre), Islas Baleares por Real Decreto 1268/2001, de 29 de Noviembre (BOE de 5 de Diciembre), La Rioja por Real Decreto 1379/2001, de 7 de Diciembre (BOE de 25 de Diciembre), Cantabria por Real Decreto 1418/2001, de 14 de Diciembre (BOE de 31 de Diciembre) y Aragón por Real Decreto 646/2002, de 5 de Julio (BOE de 10 de Julio).

⁷⁰ Incluye la programación, organización, y gestión de las acciones, así como su homologación y la expedición de los certificados de profesionalidad de conformidad con las directrices y contenidos mínimos establecidos en el Real Decreto 797/1995, de 19 de Mayo.

⁷¹ Los RR.DD. recogen la relación de normas reguladoras de dichas subvenciones y entre ellas se hace referencia expresa a las relativas a las Escuelas-Taller y Casas de Oficio.

Por otra parte interesa también apuntar que el RD 150/1999 de traspaso a Canarias recoge como cláusula de cierre "Cualquier otra norma en materia de política activa de empleo que sea dictada por la Administración del Estado y que contemple esta posibilidad en su articulado".

B. LA FORMACION PROFESIONAL Y POLITICA EDUCATIVA.

La educación como ámbito de incidencia de la formación profesional.- En relación con la formación reglada y la enseñanza universitaria hay que señalar que, aun cuando contribuyen a la consecución del objetivo del pleno empleo a través de la adecuación de su oferta formativa a los requerimientos del mercado de trabajo primordialmente son actividades educativas, orientadas por los principios y declaraciones establecidas en el art.27 de la Constitución y, en consecuencia, dirigidas a la consecución de los fines establecidos por la Ley Orgánica 8/1985 que regula el Derecho a la Educación (LODE)⁷².

Además, la dimensión educativa de la formación profesional reglada es manifiesta⁷³ en la medida en que -como se verá *infra*- es una de las enseñanzas integradas en el sistema educativo, lo que trae como consecuencia, por un lado, que se encamine a los objetivos que, para el conjunto del sistema educativo, prevé la LOGSE en el art.1⁷⁴; y, por otro, que las actividades formativas que la integran se ejerzan en el marco de dicho sistema, con sometimiento al régimen jurídico establecido por la LOGSE y su normativa de desarrollo.

No ocurre lo mismo en relación con las modalidades ocupacional y continua, que no tienen componente educativo alguno, quedando fuera del sistema educativo.

⁷² Publicada en el BOE de 4 de Julio de 1985.

⁷³ Cfr. VALDES DAL-RE,F. en "Una aportación jurídico-constitucional al debate político sobre la competencia de la actividad recaudatoria de la cuota de formación profesional", op.cit.págs.13 y 19 y LOPEZ LOPEZ,J *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, op. cit. págs.86 y 87.

⁷⁴ Dentro de los cuales está: d) la capacitación para el ejercicio de actividades profesionales. En idénticos términos aparece en la LODE, art.2.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que ambas, al igual que la formación profesional reglada y universitaria, son enseñanzas dirigidas a la obtención de un título profesional; y, en este sentido, aun cuando no conectan con el derecho a la educación recogido en el art.27 de la CE se verán afectadas -como obviamente también lo están la reglada y la universitaria- por el título competencial del art.149.1.30 de la CE, relativo a las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales.

Distribución de competencias en materia educativa.-

La dimensión educativa de la enseñanza profesional correspondiente a la formación profesional reglada y a la enseñanza universitaria permite identificarlas con las materias listadas en el art.149.1 de la CE.

Las actuaciones del Estado y CC.AA. en este ámbito quedan, en efecto, encuadradas en los dos títulos competenciales específicos en materia de educación establecidos en el art.149.1.30^a CE. Este precepto reserva al Estado, en primer término, la "regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales" y, en segundo término, las "normas básicas para el desarrollo del art.27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia".

Por otra parte su conexión con el derecho a la educación reconocido como derecho fundamental en el art.27 de la CE, determina, además de que para su desarrollo se requiera una norma con rango de ley orgánica -ex art.81.1 CE-, la aplicación del título competencial recogido en el art.149.1.1^a en base al cual corresponde al Estado la competencia exclusiva para 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"⁷⁵.

Este régimen de reparto competencial que la Constitución establece en materia de educación supone que al Estado corresponde fijar los principios, bases y criterios fundamentales de la regulación de la materia educativa y excluye la posibilidad de que sobre los extremos señalados puedan legislar los órganos legislativos de las CC.AA. La reserva estatal a juicio del TC se fundamenta en la necesidad de asegurar la efectividad del principio de igualdad de derechos y obligaciones de los españoles en todo el territorio del Estado consagrado en el art.139 de la Constitución⁷⁶.

Sin embargo, el marco constitucional apuntado no impide que

⁷⁵ Tres son las normas estatales actualmente vigentes que, con carácter básico y rango de ley orgánica, han sido dictadas en desarrollo del art.27 de la CE: Ley Orgánica 8/1985, de 3 de Julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE), Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE) y Ley Orgánica de Universidades

⁷⁶ Vid. STC 5/1981, de 13 de Febrero, (F.J.22) y STC 82/1986, de 26 de Junio, (F.J.12)

Hay dos pronunciamientos del TC especialmente significativos en relación con el alcance y fundamento de las competencias estatales en materia de educación: La Sentencia 87/1983, de 23 de Octubre, relativa a la Orden del Departamento de Educación del Gobierno Vasco, de 11 de Mayo de 1982, sobre la regulación de la enseñanza en el ciclo medio de EGB y fijación de sus objetivos y el R.D. 1765/1982, de 24 de julio, sobre horario de enseñanzas mínimas del ciclo medio de EGB, y la Sentencia 88/1983, de 27 de Octubre, relativa al R.D. 3087/1982, de 12 de Noviembre, sobre fijación de enseñanzas mínimas para el ciclo superior de EGB.

En la primera de las citadas el TC señala que al Estado corresponde la competencia para establecer enseñanzas mínimas, en virtud de lo dispuesto en el art.149.1.30º de la Constitución (F.J.3), y que ésta competencia lleva aparejada como medio natural para su ejercicio efectivo la de fijar horarios mínimos (F.J.4). La finalidad de la competencia estatal relativa a las enseñanzas mínimas es "conseguir una formación común en un determinado nivel de todos los escolares de EGB, sea cual sea la Comunidad Autónoma a que pertenezcan, lo que deriva, como ya se ha dicho, de los artículos 27 y 149.1.30 de la Constitución" (F.J.4). Los medios que la Constitución prevé para obtener ese nivel mínimo de homogeneidad en la formación de los escolares son "la homologación del sistema educativo a que se refiere el primero de los artículos citados y la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y demás normas básicas para el desarrollo del artículo 27, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia que atribuye al estado en competencia exclusiva el artículo 149.1.30". Hay que tener en cuenta la LODE, disposición adicional, primera (Antes la LOECE).

En idéntico sentido en cuanto reserva estatal -alcance y fundamento- se pronuncia el TC en la segunda de las sentencias indicadas, señalando además que establecer enseñanzas mínimas alcanza a la "fijación de objetivos por bloques temáticos en relación con cada disciplina o materia" (F.J.3).

las CC.AA. puedan asumir, en los términos establecidos en sus respectivos EE.AA., competencia plena tanto en el plano legislativo como ejecutivo⁷⁷. De esta manera la educación devendrá un ámbito de competencias concurrentes en el que el reparto de las mismas se realiza atribuyendo al Estado la competencia sobre la legislación básica y a las CC.AA. el desarrollo normativo de dicha legislación estatal básica así como la potestad ejecutiva⁷⁸.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que la competencia estatal no alcanza únicamente a regular los aspectos básicos de la materia, ya que, como ha señalado MUÑOZ MACHADO, el Estado concreta el ámbito de su competencia definiendo lo que es básico en cada materia y deslindándolo de lo que es desarrollo. Operando de esta forma, la ley estatal -que cumplirá una función delimitadora de competencias concurrentes- condicionará el alcance de las competencias de las CC.AA. en la medida en que éstas deberán legislar respetando los criterios impuestos por el legislador estatal salvo que la ley estatal sea anulada por el Tribunal Constitucional⁷⁹.

⁷⁷ Este es el criterio mantenido por el TC en la sentencia 6/1982, de 22 de Febrero (F.J.2 y 4). Las competencias que en esta ocasión originan el conflicto positivo de competencia resuelto por el TC están definidas en los artículos: 15 del EA de Cataluña y 16 del EA del País Vasco.

El primero determina la competencia plena de la Generalidad respecto a "la regulación y administración de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades en el ámbito de sus competencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el art.27 de la Constitución y Leyes Orgánicas que lo desarrollan, de las facultades que atribuye al Estado el citado número 30 del apartado 1 del artículo 149 de la CE, y de la Alta Inspección necesaria para su cumplimiento y garantía".

Por su parte el artículo 16 del EA del País Vasco, "en aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Constitución", reserva a esta CA, sustancialmente, iguales competencias y con la misma salvedad.

⁷⁸ En palabras de MUÑOZ MACHADO,S., "algo consustancial a la naturaleza de la ley marco es que su misión empieza y termina en la fijación de los principios, bases o criterios fundamentales de la regulación de una materia concreta. La competencia estatal no se extiende más allá. La regulación de todo lo que no es básico o principal pertenece o puede pertenecer a las Comunidades Autónomas". Cfr. en *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, op. cit. pág.100

⁷⁹ Cfr. MUÑOZ MACHADO,S. en *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, op. cit. págs. 197 y 204.

En relación con el título competencial del art.149.1.30^a relativo a la "regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales", el TC ha señalado que en base a la reserva ahí establecida en favor del Estado, a éste corresponde "la competencia para establecer los títulos correspondientes a cada nivel o ciclo educativo, en sus distintas modalidades, con valor habilitante tanto desde el punto de vista académico como para el ejercicio de las profesiones tituladas, es decir, aquellas cuyo ejercicio exige un título", así como "la competencia para expedir los títulos correspondientes o para homologar los que no sean expedidos por el Estado".

En este marco, la LODE y la LOGSE diseñan un sistema de delimitación de competencias concurrentes en el siguiente sentido⁸⁰: Al Estado corresponde fijar los aspectos básicos del currículo o enseñanzas mínimas de cada uno de los niveles, etapas, ciclos, grados y modalidades del sistema educativo, con el fin de garantizar una formación común de todos los alumnos y la validez de los títulos correspondientes a las enseñanzas integradas en el sistema educativo⁸¹. Las CC.AA. que hayan asumido

⁸⁰ Cumpliendo de esta manera la función delimitadora de competencias que les corresponde como leyes estatales básicas. Vid. *supra*

Sobre esta función MUÑOZ MACHADO señala que la operación que realizan las leyes estatales no es de atribución de competencias "sino más bien de deslinde" o delimitación en la medida en que a ellas corresponde determinar lo que haya de entenderse por básico (STC de 28 de Julio de 1981) y, en este sentido discrepa del criterio interpretativo utilizado por el TC en la Sentencia de 13 de Febrero de 1981 sobre la ley orgánica 5/1980, de 19 de Junio, reguladora del Estatuto de Centros Escolares (hoy derogada por la LODE) en la que se confiere a la ley estatal una virtualidad atributiva de competencias a las Comunidades Autónomas. Criterio corregido posteriormente por la Sentencia de 28 de Julio de 1981 apuntada (vid. *supra*).

Continúa este autor señalando que la delimitación operada por las leyes estatales tiene "eficacia definitiva por cuanto define el alcance de la competencia regional por relación con la del Estado" y en este sentido discrepa también del criterio de los magistrados que sostuvieron un voto particular frente a la sentencia del TC de 13 de Febrero.

Vid. MUÑOZ MACHADO,S. en *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, op. cit. pág.184 y ss. (especialmente, págs.191 y 204).

⁸¹ Vid. el sistema de reparto competencial entre Comunidades Autónomas y el Estado diseñado por la

competencias en materia de educación, respetando tales enseñanzas mínimas, podrán establecer el currículo de los distintos niveles, etapas, ciclos, grados y modalidades del sistema educativo⁸².

Concretamente, en relación con los títulos profesionales de Técnico y Técnico Superior como forma de acreditación de las competencias adquiridas a través de la formación profesional específica de grado medio y superior, la LOGSE en el art.35 habilita al Gobierno para establecer, previa consulta a las CC.AA., los títulos correspondientes a dichos estudios y las enseñanzas mínimas de cada uno de ellos⁸³.

El mismo reparto competencial hay que entender rige para la regulación de las condiciones de obtención y expedición de los certificados de profesionalidad. Estos en cuanto medio de acreditación de las competencias profesionales adquiridas mediante la formación profesional ocupacional, la formación profesional continua y la experiencia laboral, se pueden subsumir en el concepto de "títulos profesionales" a los que se refiere el art.149.1.30º de la CE, e, igual que los correspondientes a la formación profesional reglada, tienen carácter oficial y validez en todo el territorio español⁸⁴.

LODE en la disposición adicional primera.

En lo que aquí interesa esta norma, después de señalar que podrá ser desarrollada por las Comunidades Autónomas que tengan reconocida competencia para ello, reserva al Estado "la fijación de las enseñanzas mínimas y la regulación de las demás condiciones para la obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales, válidos en todo el territorio español".

⁸² Vid. el art.4 de la LOGSE en la que la competencia para establecer las enseñanzas mínimas se confiere al Gobierno.

⁸³ En virtud de tal habilitación por RD 676/1993 de 7 de Mayo, (BOE de 22 de Mayo) se han establecido las directrices generales sobre los títulos de formación profesional y las correspondientes enseñanzas mínimas.

Señala el RD en su disposición final primera que "el presente Real Decreto tiene carácter de norma básica en virtud...

⁸⁴ Son varias las razones que pueden apoyar la afirmación apuntada: En primer lugar a tenor del art.1 del RD 797/1995 sobre directrices sobre certificados de profesionalidad, tanto los certificados de profesionalidad

En este ámbito, como señala el RD 631/1993 que regula el Plan FIP⁸⁵, corresponde al Gobierno establecer los itinerarios formativos y los conocimientos mínimos en cada especialidad que conduzcan al certificado de profesionalidad⁸⁶. A las CC.AA. que hayan asumido la gestión del Plan FIP corresponde impartir la oferta formativa correspondiente al mismo, adecuándose a los contenidos mínimos establecidos en los Reales Decretos que regulan los certificados de profesionalidad de cada ocupación. Estos tendrán carácter oficial y validez en todo el territorio español y su expedición corresponde a las Comunidades Autónomas que hayan asumido tal competencia⁸⁷.

En relación con los títulos correspondientes a la enseñanza universitaria corresponde al Estado establecer los títulos que tengan carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, así como las directrices generales de los planes de estudio que

como los títulos profesionales del sistema educativo tienen la misma finalidad: La acreditación de competencias profesionales adquiridas mediante las enseñanzas profesionales, y, aquéllos igual que éstos, tendrán carácter oficial y validez en todo el territorio nacional. Por ello parece razonable que el Estado establezca también las enseñanzas mínimas requeridas en cada especialidad.

En segundo lugar, el sistema de correspondencias y convalidaciones previsto afecta a los módulos de formación profesional ocupacional y reglada

Y por último, parece lógico entender que en este ámbito, igual que en el caso de los títulos correspondientes al sistema educativo, se impone el principio de igualdad de todos los españoles en cualquier parte del territorio del Estado.

⁸⁵ Norma que por otra parte como ella misma dispone "se dicta al amparo de lo previsto en el art.149.1.7ª, 13ª y 30ª de la Constitución, salvo los artículos 10.3 y 15, que tendrán carácter supletorio" (Disposición adicional séptima).

⁸⁶ De acuerdo con lo establecido en el art.18 del RD 631/1993, de 3 de Mayo por el que se regula el Plan FIP, el Gobierno previo informe de la Comunidades Autónomas con competencias en la gestión de la formación profesional ocupacional y del Consejo general de Formación Profesional estableció mediante el RD 797/1995 de 19 de Mayo (BOE de 10 de Junio) las directrices generales para la ordenación de los certificados de profesionalidad y los correspondientes contenidos mínimos de la formación profesional ocupacional.

Los certificados de profesionalidad correspondientes a cada ocupación se regulan por Real Decreto. En éstos se definen las competencias profesionales características de cada ocupación y los contenidos mínimos de formación asociados a las mismas.

⁸⁷ Como quedó apuntado *supra* estas competencias han sido transferidas a las CC.AA. mediante los RRDD de traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de gestión de la formación profesional ocupacional.

deban cursarse para su obtención. A las Universidades corresponde expedir los títulos e impartir enseñanzas conducentes a la obtención de otros diplomas y títulos.

Por otra parte, interesa apuntar que el TC en Sentencia 122/1989, de 6 de Julio entendió que la competencia en materia de títulos académicos y profesionales reservada al Estado por el art.149.1.30^a de la CE, quedaba referida también a aquéllos a los que se condiciona el ejercicio de una profesión titulada⁸⁸.

Al Estado, en virtud de dicho precepto constitucional, corresponde en exclusiva determinar cuándo una actividad profesional debe pasar a ser una profesión titulada y consecuentemente regular -en el sentido apuntado *supra*- las condiciones para la obtención, expedición y homologación del título al que se condiciona el ejercicio de la misma.

Sin embargo, la regulación de las condiciones de acceso y ejercicio de una actividad profesional que no haya quedado configurada como profesión titulada quedará fuera del título competencial mencionado y, en consecuencia, podrá corresponder a las CC.AA. ⁸⁹.

⁸⁸ El TC, recogiendo pronunciamientos anteriores contenidos en las Sentencias 42/1981, 82/1986, 83/1984 y 42/1986, aclara que no todas las actividades laborales son profesiones tituladas sino únicamente aquéllas <<para cuyo ejercicio se requieren títulos, entendiendo por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia>> (F.J.3)

A esta cuestión se refiere LOPEZ LOPEZ, J., en *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, op. cit. pág.86.

⁸⁹ El conflicto positivo de competencia resuelto por el TC en Sentencia 122/1989, de 6 de Julio (BOE de 24 de Julio) tuvo por objeto una Orden autonómica por la que se convocaban unas pruebas de selección para obtener la habilitación de guías y guías-intérpretes de turismo en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

El TC resuelve a favor de la titularidad autonómica de la competencia ejercida mediante dicha Orden. Para ello parte de que “los poderes públicos, dentro del respeto debido al derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (art.35 de la CE), y como medio necesario para la protección de intereses generales, pueden intervenir el ejercicio de ciertas actividades profesionales sometiéndolas a la previa obtención de una autorización o licencia administrativa o a la superación de ciertas pruebas de aptitud”. Pero considera, sin embargo, que establecer tales requisitos, autorizaciones, habilitaciones o pruebas no es, en modo alguno, equiparable a la creación o regulación de los títulos profesionales, a que se refiere el art.149.1.30^a de la CE, ni guarda relación con la

La educación en los Estatutos de Autonomía y las transferencias a las Comunidades Autónomas en materia de educación.- Todas las CC.AA. recogen en sus EE.AA. un título competencial relativo a la "enseñanza", mediante el que todas asumen competencia plena en la materia⁹⁰; variando, no obstante, el mecanismo de asunción⁹¹.

Mediante los correspondientes Decretos de traspasos las funciones y servicios de la Administración del Estado en materia de Educación han sido transferidos a las CC.AA.⁹² e interesa

competencia que este precepto constitucional reserva al Estado (F.J.3).

El art.149.1.30ª, a juicio del TC, "no reserva al Estado el control o habilitación de cualesquiera actividades profesionales, sino sólo le encomienda la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de los títulos profesionales correspondientes a profesiones tituladas"(F.J.5).

⁹⁰ Como señala el art.15 del EA de Cataluña -y de forma prácticamente idéntica el resto-, "es de la competencia plena de la Generalidad la regulación y administración de la enseñanza en toda su extensión, niveles, grados, modalidades y especialidades, sin perjuicio de lo dispuesto en el art.27 de la Constitución y en las Leyes Orgánicas que conforme al apartado 1.º del art.81 de la misma, lo desarrollen. El Estado se reservará las facultades que le atribuye el número 30 del apartado 1 del art.149 de la Constitución, y la alta inspección necesaria para su cumplimiento y garantía".

⁹¹ En relación con el mecanismo de asunción de competencias es posible distinguir:

a) Las CC.AA. que asumieron competencia plena desde que accedieron a su autogobierno por la vía prevista en el art.151, disposición adicional 1ª y disposición transitoria 2ª de la CE: País Vasco (art.16 EA), Cataluña (art.15 EA), Galicia (art.31 EA), Andalucía (art.19 EA), Navarra (art.47 LORARF).

b) Las CC.AA. a las que el Estado, de acuerdo con el art.150.2 de la CE, transfirió mediante las Leyes Orgánicas 11 y 12/1982, de 10 de Agosto, las competencias correspondientes a materias de titularidad estatal comprendidas en sus EE.AA. y entre ellas las relativas a la educación : Comunidad Valenciana (art.35 EA), Canarias (art.34.A).6 EA).

c) Las CC.AA. que, accediendo a la autonomía por la vía del artículo 143 de la CE tenían competencia diferida en materia de educación pero que en virtud de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de Diciembre alcanzaron competencia plena: Asturias (art.18 EA), Cantabria (art.26 EA), La Rioja (art.12 EA), Murcia (art.16 EA), Aragón (art.41 EA), Castilla la Mancha (art.37 EA), Extremadura (art.13 EA), Islas Baleares (art.15 EA), Madrid (art.30 EA), Castilla y León (art.27 bis EA).

⁹² Las CCAA a las que se han transferido estas competencias son: Cataluña por RD 2809/1980, de 3 de Octubre (BOE de 25 de Mayo), Galicia por RD 1763/1982, de 24 de Julio (BOE de 22 de Diciembre), Andalucía por RD 3936/1982, de 29 de Diciembre (BOE de 12 de Abril), Canarias por RD 2091/1983, de 28 Julio (BOE de 2 de Septiembre), Comunidad Valenciana por RD 2093/1983, de 28 de Julio (BOE de 12 de Septiembre).

Entre las competencias transferidas figura la gestión de becas y ayudas al estudio de acuerdo con los criterios establecidos por la Administración del Estado, quedando reservadas al Estado la convocatoria, adjudicación y renovación de las mismas. La Comunidad Valenciana asumió esta competencia en virtud del RD 650/1986, de 7 de

apuntar que entre las competencias transferidas figura la gestión de becas y ayudas al estudio de acuerdo con los criterios establecidos por la Administración del Estado, quedando reservadas al Estado la convocatoria adjudicación y renovación de las mismas.

C. LA FORMACION PROFESIONAL Y LAS RELACIONES LABORALES.

La materia <<laboral>> como ámbito de incidencia de la formación profesional.- La Formación Profesional se puede conectar con la materia <<laboral>> desde dos ángulos.

En primer lugar, en cuanto la formación profesional es un derecho derivado de la relación laboral entre empresario y trabajador -ex art.4.2.b) ET-.

La formación profesional en el ámbito de la relación laboral se configura como un derecho subjetivo del trabajador y su ejercicio, por tanto, circunscrito a la relación laboral. Desde este punto de vista la formación profesional es <<materia laboral>> -ex art.149.1.7ª CE- y como consecuencia será laboral la norma que regule su contenido -estableciendo las facultades de actuación, medios de protección-⁹³, en la medida en que incidirá en los elementos esenciales del contrato de trabajo⁹⁴.

Marzo (BOE de 7 de Abril).

A Cataluña, por otra parte, mediante el RD 2724/1983, de 5 de Octubre (BOE de 27 de Octubre) se han transferido funciones y servicios correspondientes al INEM en materia de formación profesional reglada.

⁹³ Como señala VALDES DAL-RE, el legislador, en efecto, a través del art.23.1 del ET formula, "desde una perspectiva laboral, algunos instrumentos contractuales que posibilitan y hacen efectiva la propia formación profesional". Cfr. en "Una aportación jurídico-constitucional al debate político sobre la competencia de la actividad recaudatoria de la cuota de formación profesional", op.cit. pág.21 .

⁹⁴ Vid. STC 7/1985, de 25 de Enero.

Por otra parte, el Sistema de Formación Profesional promueve el acercamiento del sistema productivo al sistema educativo a través de diversas vías, entre las que se encuentra la formación en alternancia con el trabajo. Cuando esta fórmula se dé en el marco de una relación jurídico laboral se estará incidiendo en el sistema de relaciones laborales en la medida en que el instrumento de alternancia será el contrato de trabajo; instituto jurídico que obviamente hay que calificar como <<laboral>> -ex art.149.1.7ª CE-⁹⁵.

Distribución de competencias en materia laboral.- La Constitución Española en el art.149.1.7º atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación laboral "sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas".

La materia laboral se configura en la CE como un ámbito de competencias concurrentes en el que el Estado tiene en exclusiva la competencia legislativa y en el que las CC.AA., pueden en virtud de sus EE.AA., asumir competencias de ejecución de esa legislación estatal.

En efecto, con fundamento en la necesidad de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia, el art.149.1.7º de la CE reserva al Estado la competencia legislativa en materia laboral.

Y en razón a dicho fundamento el TC ha entendido que la competencia estatal alcanza tanto a la legislación en sentido

⁹⁵ Vid. LOPEZ LOPEZ,J. en *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, op. cit., pág.149. y PEREZ AMOROS,F., en "Competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral. Especial consideración en materia de política de empleo", op. cit. págs.199 y 200.

formal como en sentido material⁹⁶. Así en virtud del art.149.1.7º CE el Estado ostenta la potestad legislativa en exclusiva y también la potestad reglamentaria.

Las CC.AA., en consecuencia, no podrán asumir potestades normativas -legislativa y reglamentaria- en materia laboral, pero sí, competencias de ejecución de esa legislación laboral estatal, en virtud de sus respectivos EE.AA. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la materia laboral no queda del todo vedada a la potestad reglamentaria de las CC.AA en la medida en que el TC ha considerado que éstas sí pueden dictar reglamentos internos de organización, esto es, los relativos a la organización administrativa de los servicios que les corresponda prestar en virtud de las competencias -ejecutivas, hay que entender- que asuman en esta materia⁹⁷.

En definitiva, a las CC.AA. les puede corresponder, tanto la competencia reglamentaria de organización de los servicios correspondientes en materia laboral como la actividad de ejecución que vinculada a este ámbito material "comprende el desarrollo del conjunto de actuaciones preciso para la puesta en práctica de la normativa reguladora del conjunto del sistema de

⁹⁶ Para el TC la expresión <<legislación>> comprende tanto la potestad legislativa como la reglamentaria ya que de no incluir los reglamentos ejecutivos se frustraría la finalidad del precepto constitucional de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia que sólo mediante la colaboración entre Ley y Reglamento puede lograrse. Vid. principalmente la STC 18/1982, de 4 de Mayo, BOE de 18 de Mayo, (F.J.5) y, entre otras la STC 35/1982, de 14 de junio, BOE de 28 de Junio, (F.J.2) y la STC 360/1993, de 3 de Diciembre, BOE de 29 de Diciembre (F.J.4).

En este sentido CASAS BAAMONDE ha señalado que "los intereses unitarios reclaman una legislación laboral común, un ordenamiento jurídico uniforme en lo laboral, cuya formación y composición desdibuja, a los fines proclamados, y, en consecuencia, a los de delimitación competencial, la distinción entre normas legales (o legislación en sentido formal) y reglamentarias (o legislación en sentido material). Cfr. "Las competencias laborales de las Comunidades Autónomas en la Constitución y Estatutos de Autonomía y su interpretación por el Tribunal Constitucional", RL, núm.6, 1985, pág.1026.

Vid. igualmente PALOMEQUE LÓPEZ,M.C., en "Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social", op. cit. pág.410.

⁹⁷ Como en cualquier otra materia que, como la laboral, no sea de competencia exclusiva de la CA. Vid. STC 18/1982 , de 4 de Mayo , BOE de 18 de Mayo, (F.J.5 y 6).

relaciones laborales"⁹⁸. Actuaciones administrativas entre las que, interesa especialmente apuntar, están las actividades de vigilancia, sanción y la actividad de fomento -en los términos que veremos después-⁹⁹.

Así mismo el TC ha delimitado el ámbito material en el que incide el título competencial del art.149.1.7º de la CE, entendiendo que queda restringido a los institutos jurídicos referentes al trabajo por cuenta ajena¹⁰⁰, en la medida en que el adjetivo <<laboral>> hay que entenderlo referido únicamente al trabajo prestado en régimen de ajenidad, de manera que por <<legislación laboral>> habrá que entender "aquella que regula directamente la relación laboral es decir(...)la relación que media entre los trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios, en favor de los que bajo la dirección de quienes se prestan estos servicios, con las exclusiones y excepciones que en dicha Ley se indican" ¹⁰¹.

De lo dicho se desprende que este ámbito material de competencias incluirá, no sólo las obligaciones y derechos de los trabajadores y de los empresarios en materia laboral, sino también en materia educativa y de empleo en cuanto su ejercicio derive de la relación laboral¹⁰².

⁹⁸ Cfr. STC 194/1994, de 28 de Junio, BOE de 26 de Julio, (F.J.3) y entre otras las ahí citadas: 35/1982, 39/1982, 48/1982, 7/1985 ó 17/1986.

⁹⁹ El TC ha señalado que la imposición de sanciones por incumplimiento de la legislación laboral en función de la gravedad de las infracciones, como ejecución de la legislación laboral, corresponde a las CCAA. Vid. en este sentido entre otras las SSTC 39/1982 cit. (F.J.11) y 249/1988, de 20 de Diciembre, BOE de 13 de Enero (F.J. 3 y 4).

En relación con la competencia autonómica sobre la Inspección de trabajo, vid. GARCIA RUBIO,A., en *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Tesis Doctoral, 1998, págs.108 y ss.

¹⁰⁰ Vid. STC 39/1982, de 30 de Junio, BOE de 16 de Julio, (F.J.9)

¹⁰¹ Vid. STC 35/1982, (F.J.2).

¹⁰² Vid. GARCIA FERNANDEZ,M., en "Distribución competencial en materia laboral", RL, Tomo II,

Por ello habrá que tener en cuenta, como señala DE LA VILLA¹⁰³ que, “la carencia de potestades de las Comunidades Autónomas en el área laboral no consiste sólo en la imposibilidad de aprobar una ley o un reglamento de contenido plenamente laboral, sino cualquier norma o precepto que, incluso incorporada en una disposición normativa aparentemente no laboral, se proyecte sobre este núcleo de imputación”¹⁰⁴.

1992, pág.110.

Desbordaría el ámbito de competencias autonómicas una norma autonómica, que por ejemplo ampliara el ámbito de aplicación del contrato en prácticas a los estudiantes de los últimos cursos. Esta previsión según señala LOPEZ LOPEZ J., en *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, op. cit. pág.155 se establecía en el D. 67/1986, de 4 de Marzo del Departamento de Trabajo del País Vasco.

¹⁰³ Cfr. DE LA VILLA GIL, L.E., en “Potestades normativas de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de seguridad social”, ACARL, págs. 14 y 15.

¹⁰⁴ Resulta especialmente significativa la STC 39/1982 en la que resolvió un conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno frente al Decreto del Gobierno Vasco 108/1981 de 28 de Septiembre. El Decreto objeto de controversia fue dictado en desarrollo del art.15 de la Ley 8/1981, sobre Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco para 1981. Motivo por el cual el TC procedió primero a enjuiciar si el art.15.3 de la Ley 8/1981 como norma habilitante incidía en excesos competenciales comprendiendo materias no correspondientes al ámbito autonómico.

El citado precepto establecía un derecho y un correlativo deber de información a los representantes de los trabajadores en los siguientes términos: “Las empresas públicas y privadas que reciban subvenciones corrientes o de capital de los departamentos del Gobierno de la Comunidad Autónoma o de sus Organismos autónomos, vendrán obligadas a informar a sus Comités de Empresa o Delegados de personal de las cantidades recibidas, así como de la distribución que realicen de tales fondos. El Gobierno, en el plazo de dos meses de entrar en vigor esta Ley, reglamentará las normas que regulen ese derecho de información.”

El TC consideró que la norma autonómica no incurría en exceso competencial en la medida en que era dictada por una CA con potestad normativa en el sector subvencionado -promoción industrial y defensa del empleo-, en cuanto tal obligación se establecía como mecanismo de control de las subvenciones y no como un “derecho y correlativo deber de información, incluido en el marco de los derechos de representación colectiva de los trabajadores que tienen en el título II del Estatuto de los Trabajadores su disciplina principal”.

La norma en cuestión -dirá el TC- es “una disposición relativa a la disciplina de las subvenciones” y la obligación de informar a los representantes de los trabajadores se configura dentro del esquema negocial de la subvención como parte del contenido obligacional. De manera que el incumplimiento de dicha obligación “podrá generar el efecto sancionador previsto con carácter general en las normas aplicables a la subvención o el propio y específico de la concreta y determinada subvención de que se trate” pero no “los efectos sancionadores que establece el artículo 57 del ET”. De lo contrario se estaría incurriendo en inconstitucionalidad en la medida en que el título competencial legitimador de la norma dejaría de ser el propio de la disciplina de las subvenciones para ser el correspondiente a la materia laboral que, como es sabido excluye la potestad normativa de las CCAA.

Éste será precisamente el motivo por el que la misma sentencia anuló el Decreto 108/1981 del Gobierno Vasco. A juicio del TC la norma autonómica sí incurría en este caso en vicio de incompetencia ya que “aun tomando la subvención como objeto sobre el que se proyecta el derecho de información, lo que reglamenta son aspectos de este derecho”, regulado en sus líneas básicas en una ley laboral, y anuda a su incumplimiento un efecto sancionador también laboral.

La materia laboral en los Estatutos de Autonomía y las transferencias a las Comunidades autónomas.- Todas las CC.AA. recogen en sus EE.AA. un título competencial relativo a la "materia laboral", mediante el que asumen competencia de ejecución de la legislación laboral del Estado¹⁰⁵; variando, no obstante, el mecanismo de asunción¹⁰⁶.

En virtud de los sucesivos Decretos se han traspasado las funciones y servicios del Estado a las CC.AA. en materia laboral¹⁰⁷ y actualmente son pocas las potestades que no quedan bajo el poder ejecutivo de los entes autonómicos. Entre estas es importante señalar que la Administración del Estado seguirá ejercitando las competencias relativas a los fondos de ámbito nacional y de empleo¹⁰⁸.

¹⁰⁵ En efecto, como señala el art.11 del EA de Cataluña -y de forma prácticamente idéntica el resto-, "corresponde a la Generalidad la ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias:...2) Laboral, asumiendo las facultades, competencias y servicios que en este ámbito y a nivel de ejecución ostenta actualmente el Estado respecto a las relaciones laborales, sin perjuicio de la alta inspección de este. Quedan reservadas al Estado todas las competencias en materia de migraciones interiores y exteriores, fondos de ámbito nacional y de empleo, sin perjuicio de lo que establezcan las normas del Estado sobre estas materias" .

El ejercicio de dicha competencia "deberá sujetarse a las normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado" (art.25.2 EA Cataluña)

¹⁰⁶ El mecanismo de asunción de competencias es el mismo que en materia de educación , por tanto, a lo dicho *supra* me remito.

¹⁰⁷ Hasta la fecha se han traspasado las funciones y servicios de la Administración del Estado en materia de trabajo a las CC.AA. de: País Vasco por RD 2209/1979, de 7 de Septiembre (BOE de 21 de Septiembre) y RD 1260/1981, de 8 de Mayo (BOE.....) , Cataluña por RD 2210/1979, de 7 de Septiembre (BOE....), Galicia por RD 1706/1982, de 24 de Julio (BOE de 29 de Julio), Andalucía por RD 4043/1982, de 29 de Diciembre (BOE de 3 de Febrero), Comunidad Valenciana por RD 4105/1982, de 29 de Diciembre (BOE de 25 de Febrero), Canarias por RD 1033/1984, de 11 de Abril (BOE de 1 de Junio), Navarra por RD 937/1986, de 11 de Abril (BOE de 14 de Mayo), Murcia por RD 375/1995, de 10 de Marzo, (BOE de 18 de Abril), Castilla-La Mancha por RD 384/1995, de 10 de Marzo, (BOE de 19 de Abril), Aragón por RD 572/1995, de 7 de Abril (BOE de 10 de Mayo), Extremadura por RD 642/1995, de 21 de Abril, (BOE de 17 de Mayo), Castilla y León por RD 831/1995, de 30 de Mayo (BOE de 6 de Julio), La Rioja por RD 946/1995, de 9 de Junio (BOE de 6 de Julio), Madrid por RD 932/1995, de 9 de Junio (BOE de 11 de Julio), Baleares por RD 98/1996, de 26 de Enero (BOE de 29 de Febrero).

¹⁰⁸ La especial referencia que se hace a este ámbito de competencias deriva de la importancia que tal previsión tendrá en relación con el Sistema de financiación de las acciones de formación continua previsto en el AT. En la STC 95/2002, de 25 de Abril se entiende que tal dispositivo financiero no se puede identificar como fondo de ámbito nacional o de empleo lo que será determinante, a juicio del TC, de que dicha financiación se realice mediante la técnica de la territorialización, es decir, aplicando un sistema de gestión descentralizado y no centralizado como el

D. LA FORMACIÓN PROFESIONAL Y LA SEGURIDAD SOCIAL.

La Seguridad Social como ámbito de incidencia de la Formación Profesional. La adopción de medidas formativas por los poderes públicos puede afectar al ámbito material de la Seguridad Social, principalmente en relación con la acción protectora del Sistema.

Así ocurrirá, en efecto, cuando las prestaciones de Seguridad Social queden vinculadas al cumplimiento de obligaciones formativas, ya sea como requisitos para percibir determinadas prestaciones -como es el caso de la prestación asistencial por desempleo-, ya como requisito para mantener la condición de beneficiarios de las prestaciones -como es el caso de la prestación contributiva por desempleo-. O bien cuando la cuantía de la prestación se condiciona al nivel de cualificación del preceptor -como en el caso de la prestación económica por incapacidad permanente total- .

Y, por otra parte también se puede establecer la acción formativa como prestación como en el caso de la prestación de recuperación.

La distribución de competencias en materia de Seguridad Social.- El art.149.1.17º de la CE, reserva al Estado la competencia exclusiva sobre "la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas".

La Seguridad Social queda así configurada como un ámbito

que hasta la fecha se utiliza.

material en el que pueden compartir competencias el Estado y las CC.AA. La delimitación constitucional del ámbito de competencias estatal varía, no obstante, dependiendo de si se trata de la ordenación de esta materia o de su régimen económico por lo que conviene hacer un tratamiento diferenciado de ambos ámbitos de actuación.

En primer término, la reserva de la "legislación básica" en favor del Estado establecida en el art.149.1.17º hay que entenderla en el sentido de que la CE confiere a éste la competencia para establecer los "principios, bases y directrices" de la ordenación de la Seguridad Social que, a decir del TC, son los criterios generales -objetivos, fines y orientaciones generales- de regulación de ese sector del ordenamiento jurídico que deben ser comunes a todo el Estado con fundamento en la necesidad de asegurar los principios de unidad del ordenamiento de la Seguridad Social y el de igualdad de tratamiento de todos sus miembros ¹⁰⁹.

A partir de este marco las CC.AA. podrán desarrollar sus propias competencias legislativas que, a salvo de mayores restricciones que pudieran establecer los respectivos EE.AA., se limitarán a la legislación no básica así como al desarrollo o pormenorización de las bases y principios establecidos en la norma estatal, es decir, al desarrollo legislativo de la

¹⁰⁹ Vid. STC 1/1982, de 28 de Enero, BOE de 26 de Febrero, (F.J.1), así como la STC 25/1983, de 7 de Abril, BOE de 27 de Abril, que su F.J.4 señala que "por <<principios>> <<bases>> y <<directrices>> hay que entender los criterios generales de regulación de un sector del ordenamiento Jurídico o de una materia jurídica que deben ser comunes a todo el estado. Por ello la mencionada idea posee un sentido positivo y otro negativo: el sentido positivo manifiesta los objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado, exigidos por la unidad del mismo y por la igualdad sustancial de todos sus miembros; un sentido negativo, por la misma razón, constituye el límite dentro del cual tienen que moverse los órganos de la comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias cuando, aun definiéndose estas como exclusivas, la Constitución y el Estatuto de Autonomía las dejan así limitadas".

legislación básica estatal¹¹⁰.

En este contexto la adopción de medidas legislativas relativas al Sistema de Formación Profesional será competencia de los órganos del Estado cuando incidan en aspectos básicos del sistema de Seguridad Social.

Así, establecer la vinculación entre acciones de formación profesional y las prestaciones de Seguridad Social corresponderá al Estado en la medida en que la "acción protectora" se considera como un aspecto fundamental del Sistema¹¹¹ y como consecuencia, <<básicas>> serán cuestiones relativas a las prestaciones de la Seguridad Social como son los requisitos o su régimen jurídico¹¹²

Por consiguiente, corresponde al Estado la imposición de obligaciones en materia formativa a los beneficiarios de las prestaciones así como establecer las consecuencias de su incumplimiento.

Sin embargo, la potestad sancionadora corresponderá a las CC.AA. ya que, según el orden constitucional de competencias en materia de Seguridad Social, el TC ha entendido que la ejecución -y con ella la potestad sancionadora- pueden corresponder a las

¹¹⁰ Vid. PALOMAR OLMEDA,A. y ZATARAIN DEL VALLE,R., en "La distribución de competencias en materia de Seguridad Social y la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de Julio de 1989", RT, núm.99, 1990, págs.25 y 26.

Vid. STC 32/1983, de 8 de Abril, BOE de 17 de Mayo, (F.J.2)

¹¹¹ Señala DE LA VILLA que "<<legislación básica de seguridad social>> deberá ser definida como toda regulación legal o reglamentaria referida a los aspectos sustantivos o fundamentales del sistema, tales como <<el campo de aplicación>>, la <<acción protectora>> y, por supuesto, el <<régimen económico>>". Cfr. en "Potestades normativas de la Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social", op. cit. pág.20.

¹¹² Vid. BLASCO LAHOZ,J.F., LOPEZ GANDIA,J. Y MOMPALER CARRASCO,M.A., en *Curso de Seguridad Social*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, pág.73 y PALOMAR OLMEDA,A. Y ZATARAIN DEL VALLE,R, en "La distribución de competencias en materia de Seguridad Social y la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de Julio de 1989", op. cit. págs.16, 36 y 37.

CC.AA. si así lo establecen sus EE.AA.¹¹³.

El TC, en efecto, en la sentencia 195/1996 reconoció a la Comunidad Autónoma del País Vasco la facultad de sancionar las conductas de los trabajadores tipificadas como infracciones graves consistentes en "negarse a participar en acciones de promoción, formación y reconversión profesionales, salvo causa justificada" y sancionada con la extinción de la prestación o subsidio por desempleo (art.46.1.2 LISOS).

Señala el TC que esta medida está relacionada con la prestación por desempleo por lo que se trata de una infracción en materia de Seguridad Social, motivo por el cual, a efectos de distribución de competencias, queda ubicada en el título competencial del art.149.1.17 de la CE¹¹⁴.

Se corrobora en esta sentencia la ya apuntada incidencia de estas medidas de formación profesional en el título competencial relativo a la Seguridad Social.

En segundo término, el art.149.1.17º de la CE reserva al Estado la competencia exclusiva sobre el <<régimen económico de la Seguridad Social>>. En este ámbito material las potestades normativas corresponden en exclusiva al Estado pero no así las facultades de gestión o ejecución que puede compartir con las CC.AA. Los entes autonómicos, en efecto, pueden asumir facultades en la gestión del régimen económico de la Seguridad Social, aun cuando dicha competencia estará fuertemente limitada por los principios de unidad presupuestaria y solidaridad del sistema

¹¹³ Básicamente éste es el argumento que lleva al TC a declarar la inconstitucionalidad de, entre otros preceptos de la LISOS (en su redacción de 1988), los arts.46.4 y 47, en relación con el aludido art.30.2 de esa norma. Vid. STC 195/1996, de 28 de Noviembre, BOE de 3 de Enero de 1997.

¹¹⁴ Por ello el TC entiende que la potestad sancionadora corresponde al País Vasco en la medida en que la infracción pertenece a una materia sobre la que esta CC.AA. ostenta competencias de desarrollo legislativo y de ejecución. Vid. STC 195/1996 (F.J.10).

público de Seguridad Social.

Así se recoge en Sentencia 124/1989 del TC en la que, si bien se afirma que el art.149.1.17º de la CE atribuye en exclusiva al Estado además de potestades normativas, facultades de gestión o ejecución del régimen económico de la seguridad social, sin embargo se entiende que la competencia exclusiva estatal en torno a la gestión del régimen económico de la Seguridad Social no impide cierto margen de actuación a las CC.AA. en este ámbito¹¹⁵.

A juicio del TC las competencias autonómicas de gestión deben conciliarse con las competencias -también de gestión- que en ese ámbito corresponden al Estado como garantía de los principios de unidad y solidaridad del Sistema de Seguridad Social y por ello advierte que las CC.AA. a través de sus EE.AA. únicamente podrán asumir aquellas facultades que "no puedan comprometer la unidad del sistema o perturbar su funcionamiento económico uniforme, ni cuestionar la titularidad estatal de todos los recursos de la Seguridad Social o engendrar directa o

¹¹⁵ La STC 124/1989, de 7 de Julio, BOE de 9 de Agosto, resolvió un conflicto positivo de competencia planteado por la Generalitat de Cataluña en relación con los apartados a),b),c),e),i),l) y m) del art.1.1 del RD 1314/1984, de 20 de junio, regulador de la estructura y competencias de la Tesorería General de la Seguridad Social por entender que invadían las competencias reconocidas por el EAC a la Generalitat en el art.17.2.b).

Esta STC ha resultado muy polémica y buena prueba de ello lo constituyen los tres votos particulares que la acompañan y los numerosos comentarios críticos que entre la doctrina científica ha suscitado, entre otros: PALOMAR OLMEDA,A. Y ZATARAIN DEL VALLE,R., en "La distribución de competencias en materia de seguridad Social y la Sentencia del tribunal Constitucional de 7 de Julio de 1989", op. cit. págs.44 y ss., LOPEZ LOPEZ,J., en Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social, op. cit. págs.210 a 213 y GARCIA RUBIO,A., op. cit. págs.120 a 126.

Esta resolución no es cuestionada por los criterios interpretativos que enuncia sobre el art.149.1.17º de la CE (F.J.2 y 3)-que, aunque con ciertas matizaciones, por regla general se comparten incluso por dos de los votos particulares formulados a la misma-, sino por la aplicación que hace de dichos criterios en la delimitación competencial sobre las materias controvertidas y que conducen al TC a resolver a favor de la titularidad estatal de competencias de gestión que, o bien no resultan imprescindibles para garantizar los principios de unidad y solidaridad del sistema -como es el caso de la <<gestión y control de la cotización y recaudación de cuotas y demás recursos de financiación del sistema de la Seguridad Social>> o de la <<ordenación de los pagos de las obligaciones de la Seguridad Social>>-, o bien desbordan el régimen económico-financiero que hasta ese momento era considerado contenido material del <<régimen económico de la Seguridad Social>>, incidiendo en su régimen económico-administrativo y ampliando de esta forma el contenido material de aquél, -como sería el caso de la <<inscripción de empresas y la afiliación, altas y bajas de los trabajadores>>-.

indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de seguridad social".

Delimitación competencial en la recaudación de cuotas de formación profesional.- La sentencia anterior -STC 124/1989-, además de por ofrecer los apuntados criterios interpretativos del art.149.1.17º de la CE, reviste especial interés para este trabajo en la medida en que se pronuncia sobre la delimitación competencial relativa a la <<recaudación de las cuotas de desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional, en tanto aquella se efectúe conjuntamente con la de la Seguridad Social>>.

Sobre este particular el TC señala que las cuotas indicadas -entre las que se encuentra la de formación profesional- "no son recursos de la Seguridad Social, sino del INEM y del FOGASA, que no son en puridad Entidades Gestoras de la Seguridad Social" en consecuencia su recaudación no se podrá entender como una función propia de la gestión del régimen económico de la Seguridad Social en la medida en que no inciden en el referido ámbito material de atribución competencial¹¹⁶.

Este pronunciamiento en primer término corrobora que las cuotas de formación profesional no son recursos económicos de la Seguridad Social. Y, así es en efecto, pero no porque sean recursos del INEM como argumenta el TC, sino porque el destino de dichos fondos es la financiación de las necesidades formativas de la población activa y no la financiación de las necesidades que tiene como finalidad satisfacer el sistema de la Seguridad Social

¹¹⁶ Vid. Fundamento jurídico 8.

mediante sus prestaciones¹¹⁷.

Los fondos de financiación de la formación profesional no son recursos económicos de la Seguridad Social y por tanto no integran su patrimonio, aun cuando se recauden por la TGSS conjuntamente con las cuotas de Seguridad Social. Esta recaudación conjunta, debida a motivos meramente organizativos, es la que determina que el tratamiento jurídico de la cuota de formación profesional se equipare a las de Seguridad Social a efectos de la gestión recaudatoria, lo que no significa que las cuotas de formación profesional integren la caja única de la Seguridad Social cuyo control corresponde al Estado. Por ello en el orden competencial es perfectamente defendible la desvinculación de la recaudación de la cuota de formación profesional de la materia competencial <<régimen económico de la Seguridad Social>>¹¹⁸.

Y es en este sentido en el que se pronunció el TC en la sentencia 124/1989 al excluir del conjunto de actividades ejecutivas que engloba el sector material <<régimen económico de la Seguridad Social>> la recaudación de la cuota de formación profesional. Exclusión que, en buena lógica, conllevaría la de la potestad sancionadora -en cuanto competencia ejecutiva- en relación con las infracciones relativas a la cuota de formación

¹¹⁷ Comparte VALDES DAL-RE la conclusión a la que llega el TC, criticando, sin embargo, el argumento utilizado para ello, ya que, a su juicio “para excluir una determinada cuota recaudada por la TGSS de la materia competencial del <<régimen económico de la seguridad Social>> no basta con discernir su <<titularidad>>. Es necesario conocer su contenido material; esto es indagar el destino o fin de los recursos allegados”.

Por otra parte, según este autor, la inadecuada fundamentación jurídica utilizada por el TC condujo a que en esta sentencia se excluyera erróneamente de la materia competencial <<régimen económico de la Seguridad Social>> las cuotas de desempleo cuando en realidad éstas sí son recursos económicos de la Seguridad Social en la medida en que están dirigidas a financiar una prestación de Seguridad Social. Cfr. VALDES DAL-RE,F., en “Una aportación jurídico-constitucional al debate político sobre la competencia de la actividad recaudatoria de la cuota de formación profesional”, op. cit. pág.26.

¹¹⁸ Cfr. VALDES DAL-RE, F., en “Una aportación jurídico constitucional al debate político sobre la competencia de la actividad recaudatoria de la cuota de formación profesional”, op. cit. pág.27

profesional¹¹⁹.

No queda claro, sin embargo, que sea este el criterio mantenido por el TC en la sentencia 195/1996.

En esta ocasión el TC emite juicio de encuadramiento competencial de la potestad sancionadora relativa -entre otras- a las infracciones que en materia de cotizaciones preveía la LISOS en el art.14.1.5, afirmando que forma parte de la competencia en materia de <régimen económico de la Seguridad Social> y que por tanto corresponde al Estado como titular de la competencia ejecutiva y por ende de la gestión de la caja única de la Seguridad Social¹²⁰.

El TC no hace distinción alguna entre las cuotas a recaudar y de ahí surge la duda de si el criterio apuntado en la sentencia es aplicable a todas las cuotas que recauda el Sistema de Seguridad Social o por el contrario sólo a las de Seguridad Social.

A juicio de VALDES DAL-RE, hay argumentos para defender tanto una interpretación como otra. En favor de la primera aboga interpretar el término <<cotizaciones>> teniendo en cuenta el dato normativo de que a los efectos de la LISOS "se asimilan a las infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social las producidas respecto de otras cotizaciones que recaude el Sistema de Seguridad Social" (art.14.2 LISOS), lo que llevaría a entender

¹¹⁹ En el mismo sentido, vid. VALDES DAL-RE, F., en "Una aportación jurídico constitucional al debate político sobre la competencia de la actividad recaudatoria de la cuota de formación profesional", op. cit. pág.27.

¹²⁰ A favor de esta conclusión el TC argumenta, por una parte, que dichas infracciones recaen directamente sobre la actividad económica de la Seguridad Social en la medida en que se hallan inmediatamente referidos a la percepción de los ingresos o a la realización de los gastos correspondientes, y por otra que en ellas el objeto inmediato de tutela es la gestión de la caja única de la Seguridad Social. Esta potestad la tiene atribuida el Estado lo que "determina que éste, como titular de la ejecución, ostente también la potestad de declarar infracciones e imponer sanciones, que no es sino una técnica específica de control, y que forma parte, por consiguiente, de su competencia en materia de régimen económico". Vid. el F.J.8 y el 9 recogiendo la conclusión apuntada en el texto.

que para el TC dicha asimilación no opera únicamente a efectos de la definición legal de infracciones y sanciones, sino también en la atribución de competencias sancionadoras lo que justificaría que en la sentencia 195/1996 no se distinga entre unas cuotas y otras. De ser esto así, se produciría la anunciada contradicción con la sentencia 124/1989 ya que ahora el criterio será que la potestad sancionadora en relación con la recaudación de cuotas de formación profesional sí integra la competencia ejecutiva sobre el régimen económico de la Seguridad Social y por tanto queda reservada al Estado ex art.149.1.17º CE.

Esta conclusión sería válida si la premisa de partida fuera cierta, es decir, si las cuotas de formación profesional integraran el patrimonio económico de la Seguridad Social pero, como ya quedó apuntado, esto no es así, por lo que hay que convenir con VALDES DAL-RE en que "es contrario a la más elemental lógica jurídica el afirmar que la potestad sancionadora sobre esos mismos recursos es, sin embargo, un acto perteneciente al campo del régimen económico de la Seguridad Social"¹²¹.

Apunta este autor otra posible interpretación de la STC 195/1996 que lleva a entender que la relación de la cuota de formación profesional con el título competencial <<régimen económico de la Seguridad Social>> es una materia imprejuizada por esta sentencia. En la resolución judicial no hay, en efecto, referencia alguna a dicha materia porque no fue ésta objeto del recurso de inconstitucionalidad y, consecuentemente, tampoco debatida en el proceso constitucional. Es por ello por lo que a juicio de este autor la sentencia 195/1996 no aporta nada nuevo ni distinto en el juicio de encuadramiento de la formación

¹²¹ Cfr. VALDES DAL-RE,F., en "Una aportación jurídico-constitucional al debate político sobre la competencia de la actividad recaudatoria de la cuota de formación profesional", op. cit. págs.28 y 29.

profesional ocupacional con las salvedades apuntadas *supra*: Los incentivos a la formación profesional ocupacional -pertenecientes al campo de la legislación laboral, art.149.1.7º CE- y las medidas formativas vinculadas a prestaciones de la Seguridad Social -insertas en el título competencial relativo a la legislación básica de la Seguridad Social, art.149.1.17º CE-.

A mi juicio, la segunda interpretación es la que resulta más acorde al régimen del reparto competencial establecido en la CE.

El legislador estatal no puede disponer de las reglas sobre competencia establecidas en la CE como sería el caso si se entendiera que el art.47 de la LISOS atribuye la potestad sancionadora en relación con las infracciones en materia cuotas de formación profesional, desconociendo que éstas no integran la caja única de la Seguridad Social.

No obstante lo anterior, es necesario tener en cuenta que, como se apuntó, esta interpretación implicaría que la sentencia 195/1996 deja indeterminado el título competencial afectado por la recaudación de cuotas de formación profesional¹²².

Como ya quedó apuntado *supra*, desde mi punto de vista, el título competencial que debe regir en relación con la recaudación de la cuota de Formación Profesional es el relativo a la política de empleo.

Otra cosa es la cuota por Formación Profesional desde la perspectiva del gasto (incentivos o ayudas a la formación profesional) -a la que se hará referencia *infra*-.

En unas ocasiones la disposición del gasto se vinculará a

¹²² En este sentido, vid. VALDES DAL-RE, F., en “Una aportación jurídico constitucional al debate político sobre la competencia de la actividad recaudatoria de la cuota de formación profesional”, op. cit. pág.28 y 29.

una relación laboral, como sería el caso de las ayudas previstas en el ANFC para trabajadores ocupados, y, en otras, quedará desvinculada del ámbito laboral dirigiéndose a atender las necesidades formativas de la población desempleada, autónomos, etc. En este último supuesto, podría estar vinculada a tres títulos competenciales diversos: Materia laboral, si afectara a las relaciones laborales, materia de empleo en la medida en que los fondos se destinaran a la formación profesional de los desempleados o materia de seguridad social si estuviera asociada a una prestación principal.

La Seguridad Social en los Estatutos de Autonomía y las transferencias a las Comunidades Autónomas.- Todas las CC.AA. recogen en sus EE.AA. competencias en materia de Seguridad Social. Sin embargo, el nivel competencial alcanzado no es homogéneo pues sólo han alcanzado el techo competencial permitido en este ámbito las CC.AA. de régimen originario pleno de competencias y las CC.AA. Valenciana y Canaria que en virtud de la reforma de sus EE.AA. han quedado equiparadas a ellas¹²³.

En cuanto a las transferencias a las CC.AA., nada hay que reseñar pues ninguna de las funciones y servicios traspasados hasta la fecha tienen incidencia en materia de formación

¹²³ Han asumido, el “desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica de la seguridad social del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma”, “la gestión del régimen económico de la Seguridad Social”, “la organización y administración de todos los servicios relacionados con la Seguridad Social, así como la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones correspondientes, reservándose el Estado la alta inspección en la materia”. Así lo señalan los arts.18.2,a),b),18.4 y 18.5 del EA del País Vasco y con idéntico tenor el resto. Vid. Cataluña (arts.17.2,a),b), 17.4 y 17.5 EA), Galicia (arts.32.2 y 33.4 EA), Andalucía (arts.20.1, 20.2,a),b),20.5 EA) y Navarra (arts. 54.1,a),b), 54.2 y 3 LORARF). La Ley 12/1982, de 10 de Agosto le transfirió a la Comunidad Valenciana dichas competencias y ésta las asumió mediante su incorporación al EA por Ley Orgánica 5/1994, de 24 de Marzo) -arts.38.2,4 y 5 EA- y lo mismo ocurrió con la el EA de Canaria mediante la LO 4/1996, de 30 de Diciembre.

Del resto de CC.AA. sólo cabría mencionar que Extremadura mediante la reforma de su EA ha asumido competencias de distribución y gestión de los fondos para la protección del desempleo.

profesional.

E. LA POTESTAD SUBVENCIONADORA EN MATERIA DE FORMACION PROFESIONAL.

La potestad subvencionadora en materia de formación profesional.- La actividad subvencionadora es una forma de manifestación del poder de gasto público consistente en disponer de fondos públicos a favor de terceros, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público.

La actividad subvencionadora en materia de formación profesional tiene especial importancia por dos motivos:

En primer lugar, desde un punto de vista cualitativo ya que la subvención¹²⁴ en este terreno ha proliferado de tal forma que hoy es difícil encontrar una acción formativa del Sistema de Formación Profesional que no lleve aparejada una disposición de gasto del Estado o de las CC.AA., ya sea para fomentar la propia formación de trabajadores -ocupados o no- como mecanismo de empleabilidad, ya sea para fomentar la colaboración de entidades públicas o privadas con la administración principalmente para la realización de actividades formativas.

A este respecto me parece de interés recoger aquí una de las reflexiones que BARBAGELATA hace en su estudio sobre las líneas de tendencia de los sistemas de formación profesional en el mundo. Este autor en torno a la nueva asignación de recursos destinados a la formación profesional señala que "se ha comenzado

¹²⁴ Sobre el concepto de subvención vid. MERCADER UGUINA, J.R. y TOLOSA TRIBIÑO, C., en *Derecho administrativo laboral*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág.543., donde se recoge entre otras la definición dada por FERNANDEZ FARRERES.

a crear una verdadera cultura patronal de la formación en la empresa subvencionada con recursos públicos”, y, como el mismo autor apunta, esta aseveración es perfectamente predicable del caso español¹²⁵.

En segundo lugar, sobre la base anterior hay que tener en cuenta que hay determinados programas formativos, señaladamente los que alternan formación y empleo, en los que además de las subvenciones para cubrir los gastos de formación se prevén otras dirigidas a cubrir la remuneración de los trabajadores contratados en el desarrollo de dichos programas.

El empleo vinculado a este segundo tipo de ayuda pública puede adquirir la condición de <<empleo subvencionado>> en la medida en que por el hecho de existir tal subvención los contratos de trabajo estén sujetos a un régimen jurídico especial¹²⁶. Como habrá ocasión de ver con más detalle en el capítulo tercero de este trabajo, así ocurre con el empleo derivado de los programas de formación y empleo.

En lo que aquí interesa, es decir, a efectos de justificar el estudio que se va a emprender sobre el sistema de distribución de competencias en relación con las subvenciones a la formación profesional, hay que tener en cuenta, por una parte, que en la medida en que esta categoría de empleo queda vinculado a las ayudas públicas la existencia de los contratos de trabajo a los que da lugar dependerá en primer término de la decisión del poder público que ejercite la potestad subvencionadora¹²⁷, y, por otra,

¹²⁵ Cfr. BARBAGELATA, H.H., en Formación y legislación del trabajo: tendencias de las recientes legislaciones sobre formación profesional, CINTERFOR/OIT, 1996, pág.31.

¹²⁶ Sobre el <<empleo subvencionado>> vid. POIRIER, M. en “L’accession au travail: insertion ou formation? Droit Social, núm.3, 1993, págs.257 a 266.

¹²⁷ Señala POIRIER que “l’emploi subventionné donne lieu à la conclusion d’un contrat de travail qui

que las disposiciones normativas que regulan las ayudas vinculadas al empleo en régimen de alternancia con la formación podrían conformar en parte el régimen jurídico de los contratos de trabajo¹²⁸.

La distribución de la potestad subvencionadora en materia de formación profesional.- El ejercicio del poder subvencionador como concreción del poder de gasto corresponde tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas.

El Estado es titular de la potestad subvencionadora en virtud de su soberanía financiera en la medida en que ésta le confiere plena capacidad de decisión sobre el empleo de sus propios recursos que puede destinar a cualquier finalidad lícita sin más límites que los establecidos por la propia Constitución y las Leyes. Y, también son titulares las Comunidades Autónomas en virtud de la autonomía financiera que les reconoce la Constitución "para el desarrollo y ejecución de sus competencias" -ex art.156.1 CE-.

Así, como señala SANCHEZ MORON, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas podrán, en virtud de su poder de gasto, "disponer con cargo a sus presupuestos subvenciones afectadas a fines determinados, definir los objetivos de la medida subvencionadora o de fomento, regular las condiciones (subjetivas, objetivas, cuantitativas, modales, temporales, etc.) de las ayudas a conceder, gestionar administrativamente su otorgamiento y pago y controlar e inspeccionar el cumplimiento de aquéllas condiciones por los destinatarios o beneficiarios de

ne peut exister qu'après décision de l'État", cfr. POIRIER, M. en "L'accession au travail: insertion ou formation?", op. cit. pág.261.

¹²⁸ *Ibidem*, pág.261

la subvención" , pero, -acertadamente puntualiza este autor- "cuando tengan competencia para ello *ratione materiae* y en la medida y dentro de los límites de las respectivas competencias, según la Constitución y los Estatutos de Autonomía"¹²⁹.

Y es que, en efecto, la potestad subvencionadora como concreción del poder de gasto se atribuye al que tiene la competencia sobre la materia en la que se ejerce. Y ello -dirá el TC-, en la medida en que el poder de gasto "no constituye un título atributivo de competencias" sino que "es siempre un poder instrumental que se ejerce <<dentro>> y no al <<margen>> del orden de competencias y de los límites que la Constitución establece y entre ellos el del respeto a la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas que reconocen y garantizan los artículos 2, 137, y 156 CE". Doctrina Constitucional que, por una parte, revela a las medidas de fomento o subvención como "técnicas instrumentales para el ejercicio de las competencias propias"¹³⁰ y que, por otra, permite afirmar la vinculación del ejercicio de la potestad subvencionadora al orden competencial¹³¹.

De manera que el Estado en virtud de su poder de gasto, no podrá "desconocer, desplazar o limitar las competencias materiales que corresponden a las Comunidades Autónomas según la

¹²⁹ Cfr. SANCHEZ MORON,M., en *Subvenciones del estado y Comunidades Autónomas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pág.195 y 196, y en el mismo sentido, vid. VALDES DAL-RE,F., "Una aportación jurídico constitucional al debate político sobre la competencia de la actividad recaudatoria de la cuota de formación profesional", op. cit. pág.38.

¹³⁰ Cfr. SANCHEZ MORON,M., en *Subvenciones del estado y Comunidades Autónomas*, op. cit. pág.196. Para GIMENO FELIU,J.M. "Las medidas de fomento no constituyen un fin en sí mismas, sino un instrumento puesto al servicio de las políticas llevadas a cabo en el ejercicio de las competencias propias.", cfr. en "Legalidad , transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones)", RAP, núm.137, 1995, pág.162 .

¹³¹ En este sentido señala FERNANDEZ FARRERES,G. que "si la previsión de gasto no atribuye *per se* competencias, tampoco las puede quitar", cfr. "La subvención y el reparto de competencias entre el estado y las Comunidades Autónomas", op. cit. pág.236.

Constitución y los Estatutos de Autonomía" en la medida en que la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas constituye un límite a la acción subvencionadora del Estado. De igual forma que los poderes autonómicos no podrán "al abrigo de sus potestades respecto del gasto público, recabar para sí una competencia sobre áreas reservadas al Estado"¹³², ya que su poder de gasto deriva de su autonomía financiera y ésta queda vinculada al "desarrollo y ejecución de las competencias que, de acuerdo con la Constitución, le atribuyan los respectivos Estatutos y las Leyes (arts.156.1 CE y 1.1 LOFCA)".

De lo dicho hasta aquí se desprende que en la acción administrativa subvencionadora o de fomento puede existir concurrencia competencial del Estado y las Comunidades Autónomas. Esta derivará de que ambas instancias ostenten competencias en la materia sobre la que opera la subvención -como se verá que ocurre con los incentivos o ayudas en materia de formación profesional- y su delimitación quedará vinculada al reparto competencial que sobre la misma establezcan la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

La formación profesional como se ha visto *supra* no es título atributivo de competencias sino que éstas se atribuyen en función del ámbito material o sector de la actividad pública en el que incida la actuación de los poderes públicos. Por tanto deberá ser éste también el título competencial determinante de las competencias en el ejercicio de la potestad subvencionadora en materia de formación profesional.

Y si como quedó apuntado en todos los ámbitos materiales de incidencia -empleo, educación, laboral, seguridad social- puede

¹³² STC 39/1982, (F.J.5).

darse concurrencia competencial, resulta obvio concluir que, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas podrán, en virtud de su potestad subvencionadora, intervenir en el fomento de la formación profesional.

Estas actuaciones públicas de fomento de la formación profesional, además de con el sistema constitucional y estatutario de atribución de competencias, deberán compatibilizarse con las previsiones que sobre ayudas públicas a la formación profesional establece el TUE¹³³. Y, por otra parte, el régimen de compatibilidad apuntado debe hacerse extensible también a las subvenciones provenientes de la UE, principalmente en cuanto a la gestión de los fondos destinados a tal fin¹³⁴.

Delimitar las competencias concurrentes en el ejercicio de la potestad subvencionadora en materia de formación profesional requiere diferenciar cuando las medidas de fomento incidan en ámbitos materiales relativos a la política de empleo y la

¹³³ A ellas se hará referencia *infra*.

¹³⁴ Vid. STC 95/2002 de 25 de Abril en la que se refiere concretamente a los fondos provenientes de la UE para la financiación de la formación profesional continua. Con apoyo en la doctrina recogida en la 128/1999, de 1 de Julio (F.J.7) “la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre l Estado y las Comunidades Autónomas”, la sentencia de 2002 entiende que el AT al atribuir al ente paritario estatal la función de “recibir recursos de los fondos estructurales comunitarios destinados a formación de ocupados” incurre en vulneración del orden constitucional de distribución de competencias al invadir las que en materia de “ejecución de la legislación laboral” tiene la Generalitat de Cataluña(F.J.18).

educación, de aquéllos supuestos en los que incidan en el ámbito laboral¹³⁵.

En el primer caso, el TC señala que el Estado, en base a sus competencias sobre las bases o coordinación general de la materia, podrá destinar o afectar parte de los fondos de sus Presupuestos Generales a específicos programas de fomento, "especificando su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica básica o de coordinación" y las Comunidades Autónomas, si asumen competencias de desarrollo normativo y de ejecución podrán, por una parte, "concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas o su tramitación" y, por otra, gestionar los programas de fomento y los correlativos fondos en que se apoyan para su plena efectividad.

En el segundo caso sin embargo, la competencia normativa corresponde únicamente al Estado quedando reservada a la Comunidades Autónomas la competencia de ejecución. Por ello, este supuesto para el TC únicamente se diferenciará del anterior en que "el Estado puede extenderse en la regulación de detalle respecto del destino, condiciones y tramitación de las subvenciones, dejando a salvo la potestad autonómica de autoorganización de los servicios".

Los incentivos a la formación profesional en la STC 195/1996.

¹³⁵ Se siguen las pautas de delimitación competencial establecida en la STC 13/1992.

El TC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los incentivos a la formación profesional en la sentencia 195/1996¹³⁶, al enjuiciar el encuadramiento competencial de la potestad sancionadora relativa a diversas infracciones tipificadas en la LISOS y entre ellas las que en materia de formación profesional ocupacional recogía el art.28, apartados 3 y 4.

El TC resuelve a favor de ubicar dichas infracciones en la materia <<legislación laboral>> en la medida en que atañen a los incentivos a la formación profesional ocupacional y concluye que la potestad sancionadora relativa a dichas infracciones corresponderá a la Comunidad Autónoma del País Vasco por haber asumido ésta en virtud de su EA la competencia de ejecución de la <<legislación laboral>>¹³⁷.

En esta sentencia el TC afirma que *"las acciones de estímulo a la contratación laboral en sus distintas modalidades se insertan sin dificultad en dicho título (el relativo a la <<legislación laboral>>), el cual ha de tenerse asimismo por prevalente en lo que atañe a los incentivos a la formación profesional ocupacional"*¹³⁸.

Así, como parece desprenderse de esta resolución, a juicio del TC los incentivos a la formación profesional ocupacional quedan incluidos en la materia laboral y así ocurrirá en todo caso en la medida en que así se afirma sin matización alguna.

¹³⁶ La sentencia del TC 195/1996, de 28 de Noviembre (BOE de 3 de Enero de 1997), resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco contra la Ley 8/1988, de 7 de Abril sobre infracciones y sanciones del orden social.

¹³⁷ Ya que como quedó apuntado supra, a las CCAA corresponde la potestad sancionadora en relación con las infracciones en el orden social cuando en virtud de sus EEAA hayan asumido la competencia de ejecución de la <<legislación laboral>> y cuando la infracción de que se trate quede dentro del concepto <<laboral>>.

¹³⁸ Cfr. en F.J.5 de la STC 195/1996.

Tres consideraciones interesa hacer sobre esta resolución del TC¹³⁹:

En primer lugar, a mi juicio la afirmación del TC de que el título competencial relevante en lo que atañe a los incentivos a la formación profesional ocupacional sea el relativo a la <<legislación laboral>> debió ser matizada por que no siempre es así.

Para llegar a esta conclusión bastará demostrar que no todos los incentivos o ayudas a la formación profesional ocupacional a las que se refería la LISOS en el momento en que fue objeto del recurso que resuelve la sentencia 195/1996 estaban directamente vinculados con la materia laboral.

En relación con la infracción tipificada en el art.28.3 de la LISOS como infracción grave de los empresarios consistente en "obtener o disfrutar indebidamente de (...) ayudas de fomento del empleo y formación profesional ocupacional, establecidas para las

¹³⁹ Hablar de <<título competencial prevalente>> como hace el TC en una materia como ésta en la que la actuación pública puede incidir en más de un ámbito material, puede inducir a confusión ya que podría interpretarse como título al que con mayor intensidad esté vinculada la actuación pública. No creo que ésta sea la intención del TC ya que supondría que, por ejemplo, la mera catalogación de una disposición normativa como laboral, educativa, etc., fuera criterio relevante desde la perspectiva del sistema de distribución de competencias para que pudiera ser aprobada o no por las CC.AA. Como ya se dijo al analizar la distribución de competencias en materia laboral, las CC.AA. de igual manera que no tienen competencia para aprobar una disposición normativa plenamente laboral, tampoco la tienen para introducir preceptos o normas que afecten a materia laboral en una disposición normativa que fuera, por ejemplo, <<prevalentemente>> educativa o de empleo.

Sobre este particular hay que recordar la sentencia 39/1982 -a la que se hizo referencia al analizar las competencias en materia laboral-. En ella el TC entendió que la C.A del País Vasco no se había extralimitado en sus competencias al establecer la obligación de los empresarios beneficiarios de ayudas públicas autonómicas de informar al respecto a los representantes de los trabajadores. Esa previsión estaba contenida en una disposición normativa Ley 8/1981 dictada en base a las competencias asumidas por esa C.A en materia de empleo -sector en el que incidía la subvención- y a juicio del TC no afectaba a la materia laboral por ser un mero mecanismo de control de las subvenciones (F.J.4º).

En lo que importa destacar aquí, la disposición normativa sobre la que se plantea la controversia se puede catalogar como norma de empleo y el TC no aplica como criterio determinante de las competencias de la C.A. el del ámbito material <<más afectado>> por la actuación de la misma sino que analiza si el título competencial afectado por el precepto legal -art.15 de la Ley 8/1981- era o no el relativo a la <<legislación laboral>>.

Sin embargo, entendió que la norma autonómica dictada en desarrollo del precepto legal que establecía la medida de control -el Decreto del Gobierno Vasco 108/1981- si incurría en exceso competencial al entrar a regular el derecho información de los representantes de los trabajadores por incidir en materia laboral.

distintas modalidades de contratación o programas de apoyo a la creación de empleo". El TC no entendió, -a mi juicio acertadamente como indiqué *supra*-, que supusiera una detracción indebida del patrimonio único de la Seguridad Social¹⁴⁰ -, en cambio consideró que debía ubicarse en la materia <<legislación laboral>> en cuanto atañía a los incentivos a la formación profesional ocupacional, sin dar mayores explicaciones¹⁴¹. A mi juicio, la conclusión a la que llegó el TC en este caso es acertada y la razón que debió esgrimirse era la vinculación directa que establecía el art.28.3 de la LISOS entre estos incentivos y la contratación laboral.

Esta vinculación, en cambio, no aparecía en el art.28.4 de la LISOS al tipificar como infracción muy grave de los empresarios "la no aplicación o las desviaciones en la aplicación de las ayudas de fomento del empleo, bonificaciones o subvenciones a la contratación laboral, así como a la formación profesional ocupacional, concedidas, financiadas o garantizadas, en todo o en parte, por el Estado". Sin embargo, el TC en este caso mantuvo también la relevancia del título competencial <<legislación laboral>>.

¹⁴⁰ Como si ocurre en el caso de las exenciones, bonificaciones o reducciones de las cuotas de Seguridad Social", a las que también se refería ese precepto.

¹⁴¹ El TC en el F.J.9 señala que "la potestad sancionadora, en lo que a esta infracción se refiere, con independencia de su posición sistemática en el seno de la Ley, corresponderá, conforme lo expuesto, al Estado cuando suponga una detracción indebida del patrimonio único de la Seguridad Social, como es el caso de las exenciones, bonificaciones o reducciones de las cuotas, y a la Comunidad Autónoma en los demás, en virtud de su competencia de ejecución de la legislación laboral, que se analizaron en el fundamento jurídico 5º".

En este último fundamento el TC se pronuncia sobre el art.28.4 de la LISOS. Parte el tribunal de la concordancia existente entre la representación del Gobierno Vasco y la del Estado en remitir dicho precepto a la materia laboral, para terminar señalando que dicha remisión "debe compartirse, toda vez que las acciones de estímulo a la contratación laboral en sus distintas modalidades se insertan sin dificultad en dicho título, el cual ha de tenerse asimismo por prevalente en lo que atañe a los incentivos a la formación profesional". Está a todas luces insuficiencia argumental denota a mi entender un juicio apresurado respecto de una materia que como la formación profesional ...

Discrepo de esta conclusión por entender que en el supuesto de hecho del precepto -art.28.4 de la LISOS- tenían cabida no sólo incentivos a la formación profesional que se pudieran entender relacionados con las instituciones que regula el Derecho del Trabajo -principalmente a las que en la sentencia se aludía como "actividades de contratación laboral en sus diversas fases o estadios" - sino también otros que nada tendrían que ver con el título competencial en cuestión. Así ocurrirá con las ayudas que el empresario pudiera percibir con ocasión de la realización de aquellas actividades exclusivamente formativas contempladas por el Sistema de Formación Profesional como sería el caso, por ejemplo, de la realización de prácticas formativas en la empresa por desempleados asistentes a cursos de formación profesional ocupacional¹⁴².

En este supuesto la ayuda que percibe el empresario no se puede contemplar como una acción de estímulo a la contratación laboral -lo que a juicio del TC sería determinante de su inclusión en el título competencial <<legislación laboral>>-. Se trata, diversamente, de incentivar la colaboración del empresario para mejorar la empleabilidad de los desempleados que cursan la acción formativa y que es en definitiva el objetivo del Subsistema de Formación Profesional Ocupacional y uno de los de la Política de empleo.

Entiendo por ello que no debe ser aplicable el criterio de que el título competencial <<legislación laboral>> se tenga siempre "por prevalente en lo que atañe a los incentivos a la

¹⁴² Quedan fuera de los supuestos anteriores las medidas de fomento a la formación profesional específica o reglada. La LISOS es una norma que regula las infracciones y sanciones exclusivamente del orden social por ello los preceptos aludidos únicamente hacen referencia a la formación profesional ocupacional. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el Subsistema de Formación Profesional Reglada contempla también determinados incentivos.

formación profesional ocupacional”¹⁴³.

A mi juicio, es necesario establecer distinciones entre los diversos incentivos que puede percibir el empresario porque, tratándose de ayudas a la formación profesional ocupacional, las acciones financiadas serán, en la mayoría de los casos, de estímulo al empleo y por tanto, el título competencial <<legislación laboral>> podrá verse afectado, pero indudablemente el relativo al empleo también¹⁴⁴.

Distinto será el caso de las ayudas a la formación continua, dirigidas a financiar las iniciativas previstas en los ANFC - planes de formación, acciones complementarias y permisos individuales de formación- y del AFPCV. Todas ellas acciones formativas destinadas a satisfacer las necesidades formativas de la población ocupada a efectos de su adaptación o recualificación. En este sentido entiendo que el título competencial que por regla general puede resultar afectado será el relativo a <<legislación laboral>>. Sin embargo, también será necesario hacer distinciones en la medida en que el ANFC prevé también acciones dirigidas a trabajadores desempleados y autónomos y el AT prevé la asignación de fondos públicos a tal fin. En estos casos difícilmente podrá entenderse que el único

¹⁴³ Sin embargo, hay que recordar que éste es el criterio que el TC mantuvo respecto el art.16.4 de la LISOS, precepto que en abstracto como se apuntó -y su redacción no ha sido modificada- difícilmente se puede conectar con la materia laboral. Por ello podría ocurrir que el TC si tiene ocasión de pronunciarse sobre el nuevo art.16.3 de la LISOS lo haga en el mismo sentido en que lo hizo en la sentencia 195/1996. Los incentivos a los que se refieren ambos preceptos son los mismos variando únicamente que el apartado 3º tipifica la obtención o disfrute indebido de los mismos y el apartado 4º la no aplicación o las desviaciones en la aplicación de los concedidos, financiados o garantizados, en todo o en parte, por el Estado.

¹⁴⁴ En el marco del Subsistema de Formación ocupacional se ofertan programas formativos que ciertamente afectan a las relaciones laborales. Así ocurrirá cuando el alumno esté vinculado jurídicamente con el empresario mediante un contrato de trabajo o también cuando se prevea la intervención de los representantes legales de los trabajadores. Pero a salvo de estos supuestos y de otros que pudieran darse en los programas que alternan formación y empleo, la formación profesional ocupacional es materia conectada principalmente con la disciplina del empleo, como hubo ocasión de ver *supra*.

sector afectado pueda ser el laboral.

En segundo lugar, el criterio mantenido por el TC en la sentencia 195/1996 sobre el encuadramiento competencial de los incentivos a la formación profesional ocupacional en el título competencial relativo a la <<legislación laboral>>, si se interpreta de conformidad con la doctrina del TC sobre la potestad subvencionadora -expuesta supra-, llevaría indefectiblemente a entender incluidas en el ámbito material <<laboral>> no sólo las medidas de fomento sino también cualquier otra de las prevista en el Sistema de Formación Profesional Ocupacional.

Los incentivos a la formación profesional son medidas de fomento y como tales, manifestación de la potestad subvencionadora. Ésta queda atribuida al que tiene la competencia sobre la materia en la que se ejerce la actividad de fomento.

El TC en repetidas ocasiones ha señalado que, en efecto, la potestad subvencionadora como concreción del poder de gasto no constituye un título atributivo de competencias sino un poder instrumental que se ejerce dentro y no al margen del orden competencial y, en consecuencia, hay que entender que la subvención es un instrumento del que disponen los entes autonómicos y estatales para el ejercicio de las competencias que les corresponden en razón de la materia. Por consiguiente, la potestad sancionadora relativa a las infracciones en materia de subvenciones hay que entenderla como actividad de ejecución vinculada al ámbito material afectado por la medida de fomento y si éste, como señala la sentencia 195/1996 sin más matizaciones, es el ámbito laboral, todo parece indicar que lo será porque la formación profesional ocupacional está incluida en el ámbito

laboral. Discrepo de tal conclusión por las razones que hasta aquí se han expuesto.

Por último y en tercer lugar, el criterio de la sentencia 195/1996 respecto del antiguo art.28.3 de la LISOS no puede ser de aplicación respecto de las infracciones que en la actualidad tipifica en los arts.16.3 y 16.4, aunque éstos preceptos también se refieran a incentivos a la formación profesional ocupacional, ya que en la redacción actual estos incentivos se desvinculan de la contratación.

De la lectura del actual art.16.3 se desprende que la infracción tipificada es la obtención o disfrute indebido por el empresario de subvenciones o ayudas establecidas en programas de formación profesional ocupacional. La aplicación de la doctrina del TC contenida en la sentencia 195/1996 conllevaría que dicha conducta infractora, en cuanto relacionada con los incentivos a la formación profesional ocupacional, se ubicara en la materia <<legislación laboral>> lo que a mi juicio sería incorrecto ya que ahora no sólo se están tipificando conductas subsumibles en lo que el TC describe como "infracciones de deberes y prohibiciones legalmente impuestos a los empresarios respecto de actividades de contratación laboral en sus diversas fases o estadios" -como sí ocurría antes en el antiguo art.28.3 de la LISOS-. La regulación actual a mi juicio amplía el supuesto legal permitiendo incluir también como infracciones las cometidas respecto de las subvenciones otorgadas como fomento de acciones exclusivamente formativas. Y lo mismo ocurre respecto de la infracción tipificada en el actual art.16.4 de la LISOS.

Delimitación competencial en materia de gestión de los fondos públicos destinados a financiar la formación profesional.-

Cualquiera que sea el título competencial relevante, si las CC.AA. tienen competencias ejecutivas sobre la materia en la que recae la subvención, parece que lo procedente sea la gestión descentralizada de los fondos destinados a los programas de formación profesional, y, aplicando la doctrina del TC, que, como regla general, dichos fondos no puedan consignarse en favor de un órgano de la Administración del Estado u organismo intermediario de ésta. "Se trata -dirá el TC- de partidas que deben territorializarse en los propios Presupuestos Generales del Estado si ello es posible o en un momento inmediatamente posterior, mediante normas que fijen criterios objetivos de reparto o mediante convenios de colaboración ajustados a los principios constitucionales y al orden de distribución de competencias".

Dichos fondos deberán ser distribuidos entre las CC.AA. que sean competentes para gestionar los programas de formación y los correlativos fondos en que se apoyan¹⁴⁵, a los efectos de que los servicios administrativos autonómicos puedan ejercer las funciones que les competen, consistentes en: Recibir las solicitudes de ayudas, tramitarlas y resolverlas, proceder a su liquidación y pago, ejercer las funciones de control e inspección del cumplimiento de las condiciones subvencionables por los beneficiarios de las ayudas y, ostentar las potestades sancionadoras correspondientes ¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Por otra parte, una vez asignados dichos fondos a transferencias a las Comunidades Autónomas con afectación de destino, deben ser distribuidos entre aquellas Comunidades Autónomas con competencias de ejecución en la materia. Dicha distribución podrá hacerse a través de distintos mecanismos uno de los cuales es el previsto en art.153 de la Ley General Presupuestaria. Vid. STC 13/1992, (F.J.8).

Esta viene siendo la vía habitual para la distribución territorial de las subvenciones correspondientes al Plan FIP que han de gestionar las CC.AA con competencias en la materia.

¹⁴⁶ Cfr. SANCHEZ MORON,M. en *Subvenciones del Estado y Comunidades Autónomas*, op. cit. pág.205 y 206.

Este modelo de gestión descentralizada no es, sin embargo, con el que de forma generalizada opera en la gestión de las subvenciones en formación profesional.

La gestión de los programas de formación profesional ocupacional y de los correspondientes fondos sí se ajusta al modelo descrito¹⁴⁷. Sin embargo, no ocurre así con las iniciativas de formación profesional continua previstas en el Subsistema de Formación Profesional Continua.

El III ANFC, en efecto, prevé la gestión paritaria de planes, acciones complementarias y permisos por formación y el III AT la gestión centralizada de las ayudas dirigidas a financiar dichas acciones, correspondiendo ésta función al INEM.

Es necesario plantear si el modelo de gestión elegido en el ámbito de la formación profesional continua respeta el orden constitucional y estatutario de competencias aun cuando se aparta de la gestión descentralizada que como regla general el TC entiende que rige cuando las CC.AA. tienen competencias ejecutivas sobre la materia en la que recae la subvención.

La STC 95/2002, de 25 de Abril sobre la delimitación competencial en materia de gestión de las acciones de formación profesional continua y su correspondiente financiación.- El TC resuelve en esta sentencia de forma acumulada, un recurso de inconstitucionalidad y un conflicto de competencia, ambos promovidos por el Consejo ejecutivo de la Generalitat de

¹⁴⁷ Las CC.AA. como hubo ocasión de ver *supra* están asumiendo progresivamente la gestión de la formación profesional ocupacional, correspondiéndoles la ejecución del Plan FIP y los programas nacionales de Escuelas-Taller y Casas de Oficios así como la gestión y control de las subvenciones y ayudas públicas de la política de empleo que otorga la Administración del Estado a través del INEM.

Cataluña.

El recurso de inconstitucionalidad se promueve contra la Disposición adicional vigesimotercera de la Ley 39/1992, de 29 de Diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993.

El conflicto de competencia se plantea frente al I Acuerdo Tripartito en materia de formación continua de los trabajadores ocupados (I AT), suscrito el día 22 de Diciembre de 1992.

La STC 95/2002 entra a resolver en primer lugar el conflicto de competencia. Con carácter previo analiza si dado que con posterioridad al I AT se han negociado los II y III AT, el conflicto planteado subsiste. Considera que el sistema de gestión actualmente plantea en esencia los mismos problemas competenciales que el I AT sobre el que se plantea la controversia competencial en la medida en que el sistema de gestión establecido por el I AT en el que se excluye del mismo a las Comunidades Autónomas se mantiene con los dos pactos posteriores.¹⁴⁸

En segundo término entra a resolver la controversia competencial circunscrita a los aspectos de ejecución y gestión que presenta el sistema arbitrado por el I AT para regular la formación profesional de los trabajadores ocupados, quedando fuera del conflicto los aspectos relativos a la ordenación o regulación del sistema.

En concreto, la lesión del orden constitucional de distribución de competencias se atribuye a dos cuestiones¹⁴⁹:

a) El I AT atribuye la gestión y administración de las

¹⁴⁸ Vid. F.J.3.

¹⁴⁹ Vid. F.J.4.

acciones formativas a los interlocutores sociales a través de los correspondientes entes de composición paritaria (organizaciones sindicales y empresariales firmantes del acuerdo), en concreto, al "ente paritario estatal" (primer párrafo del apartado tercero del I AT).

b) La reivindicación competencial atañe a la dimensión económica del Acuerdo, en tanto que el Gobierno asume el soporte financiero de la formación continua y lo traslada, para su gestión y administración, al ente paritario constituido por los agentes sociales firmantes del acuerdo (apartado primero, 2º del I AT).

Inicia el TC su argumentación realizando un juicio de encuadramiento competencial de la materia controvertida, esto es, la materia objeto del AT: "formación profesional ocupacional, en su modalidad de formación continua de los trabajadores asalariados o en activo". Descartando la posibilidad de encuadrarla en los ámbitos de la <<educación>> (art. CE) y de la <<planificación económica>>, como medida de política de empleo (art.149.1.13 CE), el TC se inclina por entenderla incardinable en el ámbito de la <<legislación laboral>> (art.149.1.7CE), "pues concierne a la regulación de un concreto derecho de los trabajadores en el seno de la relación laboral, como el reconocido en el art.4.2 del estatuto de los trabajadores y desarrollado en el art.23 del mismo texto legal"¹⁵⁰.

En segundo término, así encuadrada la materia objeto del AT

¹⁵⁰ Apoya su conclusión en la STC de 195/1996 de 28 de Noviembre a la que ya se hizo referencia *supra* en cuanto la misma señalaba que "las acciones de estímulo a la contratación en sus distintas modalidades se insertan sin dificultad en dicho título, el cual ha de tenerse asimismo por prevalente en lo que atañe a los incentivos a la formación profesional ocupacional".

su distribución competencial se establece en el art.149.1.7CE y en el art.11.2 EA de Cataluña, en virtud de lo cual a la C.A., le corresponde la función ejecutiva de la legislación laboral.

El TC considera que como resultado del AT se han menoscabado las competencias ejecutivas de las CC.AA. al establecer un sistema de gestión centralizada encomendando en su integridad a los interlocutores sociales y con ello, sustituyendo el sistema de gestión pública de esta modalidad formativa que venía rigiendo en la materia y sobre la que había operado el traspaso de servicios y consiguiente asunción de la competencia estatutaria.

En efecto, considera que el sistema establecido en el AT vulnera el orden constitucional de distribución de competencias al menoscabar la competencia ejecutiva atribuida constitucional y estatutariamente -ex arts.149.17 CE y 11.2 EA¹⁵¹- a la C.A. de Cataluña, promotora del conflicto de competencia que se resuelve en la sentencia de referencia.

A juicio del TC, el AT "desapodera a la Generalidad de Cataluña de la competencia ejecutiva en materia de formación continua de los trabajadores ocupados, dentro de su ámbito territorial" (F.J.15). Así ocurre en la medida en que el AT implanta un sistema de gestión centralizada de esta modalidad formativa encomendado en su integridad a los interlocutores sociales integrados en un ente paritario estatal, sin prever la

¹⁵¹ Este precepto del EA de la C.A. Cataluña ya se hizo expresa mención *supra*.

El precepto estatutario en el inciso 2º establece una reserva en favor del Estado de todas las competencias -y entre ellas, obviamente, la de ejecución- en relación a los "fondos de ámbito nacional y de empleo, sin perjuicio de lo que establezcan las normas del Estado sobre estas materias". Se plantea el TC si en el AT a efectos de la financiación de las acciones formativas se articula un fondo nacional que pudiera subsumirse en el supuesto del 2º inciso del precepto estatutario resolviendo que no concurren los requisitos para tal calificación. Lo que implica que la gestión de los recursos destinados a la financiación de las acciones de formación continua no corresponda al Estado sino a la C.A. ex art.11.2, 1º inciso EA Cataluña.

participación de la Administración autonómica¹⁵².

En definitiva, el TC considera que en relación con la gestión de las acciones formativas, a la Generalitat de Cataluña corresponde la organización y gestión de las modalidades de acciones formativas que se desarrollen en ese territorio (empresas de más de 200 trabajadores radicadas en Cataluña o empresas que agrupen conjuntamente al menos esa cifra y se localicen en su ámbito territorial). Será el Estado "a quien incumbe la ordenación de esta actividad, quien tendrá que delimitar unos supuestos de otros y decidir aquellos en que, por exceder de la competencia autonómica, la gestión o ejecución de las acciones formativas no corresponde a la Comunidad Autónoma de Cataluña", (por su dimensión supraterritorial u otros motivos)¹⁵³.

Por otra parte, como se apuntó, también el TC aborda en la sentencia 95/2002 el examen del recurso de inconstitucionalidad en relación con la Disposición adicional vigesimotercera de la Ley 39/1992, de Presupuestos Generales del Estado para 1993.

La reivindicación competencial se circunscribe en primer lugar al párrafo segundo donde se dice que "se pondrá a disposición del Ente paritario de ámbito estatal de las representaciones sindicales y empresariales".

El TC entiende inconstitucional dicha disposición al excluir a la Generalitat de Cataluña de la percepción de los correspondientes fondos públicos destinados a financiar la

¹⁵² Sistema que como indica el TC viene a sustituir al sistema de gestión pública de esta modalidad formativa en el que como hubo ocasión de ver *supra* intervenían las CC.AA., en virtud del correspondiente traspaso de servicios y consiguiente asunción de la competencia estatutaria en materia laboral. Hasta la fecha de los IAT y IANFC, como se vio, la formación continua se consideraba integrada en la formación profesional ocupacional y, por consiguiente, no se establecía una gestión diferenciada.

¹⁵³ Cfr. F.J.16

formación continua en su ámbito territorial.

El segundo reproche es relativo a la exclusión de otras organizaciones sindicales y empresariales en la suscripción del I AT, lo cual supone la exclusión de aquellas que pudieran tener implantación en el territorio de Cataluña. El TC no entra a resolver esta cuestión por entender que el hecho de que se haya declarado contrario al orden constitucional dicho párrafo de la Disposición adicional vigesimotercera de la Ley 39/1992, hace innecesario examinar esa tacha de inconstitucionalidad, "el reconocimiento a favor de la Comunidad Autónoma de Cataluña de la gestión de los recursos o subvenciones sitúa en otro plano la intervención de los interlocutores firmantes del AT y la posible discriminación alegada respecto de otras organizaciones sindicales y empresariales"¹⁵⁴.

III. EL MARCO EUROPEO DE LA FORMACION PROFESIONAL.

El PNFP.- Uno de los objetivos básicos del Sistema de Formación Profesional es el desarrollo de las políticas y acciones formativas teniendo como referencia los contenidos del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) y los compromisos en materia de empleo establecidos en la Cumbre extraordinaria de Luxemburgo de 1997 y en la Resolución del Consejo de 15 de Diciembre de 1997.

¹⁵⁴

Cfr. F.J.20.

El fundamento de este objetivo se encuentra en las competencias que el TCE atribuye a la Comunidad Europea en materia de formación profesional y en el deber de colaboración de los Estados miembros que consagra el TCE.

Es necesario por tanto conocer el ámbito de la actuación comunitaria en esta materia y para ello se requiere analizar pormenorizadamente el TCE en la medida en que el art.5 del mismo, en su calidad de ordenador de las competencias comunitarias, establece que la Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el TCE y de los objetivos que éste le asigna.

Se consagra a así el principio de competencias de atribución en base al cual la Comunidad podrá y deberá actuar únicamente en los ámbitos delimitados por el TCE y, como corolario que, las competencias no atribuidas a la Comunidad sigan reservadas a los Estados ¹⁵⁵.

Por otra parte, será necesario tener en cuenta que el TCE impone el deber de colaboración a los Estados y a los entes territoriales de los mismos que tengan competencia sobre la materia de que se trate. De este deber de colaboración deriva un conjunto de obligaciones activas y pasivas a las que se refiere el art.10 del TCE¹⁵⁶, consistentes en; por una parte, adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del TCE o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad, facilitando a ésta el cumplimiento de su misión y; por otra parte, en la obligación de las distintas instancias de poder de

¹⁵⁵ Vid. ISAAC,G., *Manual de Derecho comunitario general*, Ed. Ariel, 4ª Ed., Barcelona, 1997, págs.47 y 53.

¹⁵⁶ Vid. ISAAC,G., *Manual de Derecho comunitario general*, op. cit. pág.53.

abstenerse de adoptar aquellas otras medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del TCE¹⁵⁷.

Sistema comunitario de atribución de competencias.- El sistema comunitario de atribución de competencias dificulta la tarea que aquí se emprende en la medida en que no responde a la técnica de distribución de competencias por materias entre la Comunidad y los Estados miembros sino que el TCE atribuye competencias según el método funcional, es decir, en base a los objetivos a alcanzar, las acciones a realizar o las funciones a cumplir por la Comunidad¹⁵⁸.

Así, en primer término, el TCE identifica los ámbitos funcionales en los que se atribuirán competencias a la Comunidad señalando en el art.3 los objetivos a los que debe dirigirse la actuación comunitaria¹⁵⁹ y, en segundo término, concreta, a través de las disposiciones materiales, las competencias comunitarias para cada ámbito funcional señalando el alcance, las condiciones y las modalidades de su ejercicio¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Señala MALO DE MOLINA que el TCE se ciñe al ámbito estatal en la medida en que sólo los Estados miembros son, en su calidad de signatarios de los Tratados fundacionales, interlocutores válidos de la Comunidades Europeas. Cfr. en *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Ed. Trivium, 3ª ed., Madrid, 1997, pág.612.

¹⁵⁸ En palabras de MOLINA DEL POZO, C.F., "la competencia no se cede a la Comunidad <<en>> cierta materia, ..., sino que se residencia en sede comunitaria <<para>> desempeñar una función o conseguir un fin", Cfr. en *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, op. cit. pág.612.

A juicio de ISAAC, el sistema funcional de atribución de competencias conduce a una competencia comunitaria de carácter discontinuo y en consecuencia al enmarañamiento de competencias estatales y comunitarias en la mayoría de las materias, lo que multiplica los problemas de delimitación. Cfr. ISAAC, G., en *Manual de Derecho comunitario general*, op. cit. págs.47 a 49

¹⁵⁹ Estos como señala MOLINA DEL POZO, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, op.cit. pág.146, son fines instrumentales que operan como medios para alcanzar los fines de la Comunidad establecidos en el art.2 del TCE. Se trata en definitiva de que la Comunidad, actuando en los ámbitos que señala el art.3 del TCE cumpla la misión que le encomienda el art.2 del TCE.

¹⁶⁰ La atribución de competencias se produce en las disposiciones materiales del TCE. Vid. ISAAC, G., *Manual de Derecho comunitario general*, op. cit. pág.48

Por tanto afirmar la competencia comunitaria en materia de formación profesional requiere, en primer lugar, analizar los objetivos establecidos en el TCE, identificando aquéllos para cuya consecución el TCE atribuye a la Comunidad poderes para llevar a cabo acciones en materia de formación profesional.

Determinados así los ámbitos de actuación comunitaria será necesario, en segundo lugar, conocer las delimitaciones que sobre cada uno de ellos operan las disposiciones materiales del TCE al establecer en cada caso el alcance de los poderes y de los medios de acción concedidos a la Comunidad -concretados ahora en las Instituciones comunitarias- para el logro de dichos objetivos.

Objetivos de la Comunidad Europea vinculados a la formación profesional.- La actuación comunitaria en materia de formación profesional prevista en el Tratado principalmente tiene por objeto contribuir a una enseñanza y formación de calidad - art.3.1.TCE-, mediante el logro de los objetivos establecidos en los arts.149 y 150 del TCE.

Sin embargo, el TCE otorga también a la Comunidad competencias para adoptar medidas de formación profesional encaminadas a lograr otros objetivos comunitarios como son el principio de libre circulación de ciudadanos y mercancías y un alto nivel de empleo.

A. LA POLITICA COMUNITARIA DE EDUCACION Y FORMACION PROFESIONAL.

Marco de la actuación comunitaria.- El Tratado de la Comunidad Europea hace referencia a las políticas de educación y formación y atribuye a la Comunidad competencias en estos ámbitos pero no de carácter exclusivo sino concurrentes con las de los

Estados miembros.

El art.3, apartado q) del TCE señala que la acción de la Comunidad en estos ámbitos implicará "una contribución a una enseñanza y a una formación de calidad"¹⁶¹ y en los arts.149 y 150 del Capítulo III del Título XI se concretan cuáles son las competencias y los objetivos de la Comunidad en estos ámbitos, así como los instrumentos jurídicos a utilizar para alcanzarlos¹⁶².

Los arts.149 y 150 del TCE constituyen la base jurídica de la política comunitaria de educación y formación profesional. En ellos se atribuye a la Comunidad; en relación con la educación, la responsabilidad de "contribuir al desarrollo de una educación de calidad fomentando la cooperación entre los Estados miembros y, si fuera necesario, apoyando y completando la acción de estos en el pleno respeto de sus responsabilidades en cuanto a los contenidos de la enseñanza y a la organización del sistema educativo" y; en relación con la formación profesional, la responsabilidad de desarrollar "una política de formación 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".

Mediante estos preceptos el TCE reconoce implícitamente la

¹⁶¹ No les confiere carácter de <<política común>>

¹⁶² Antes del Tratado de la Unión Europea (TUE) la política de formación profesional se contenía en el art.128 del TCE, ligada a la política de educación. El Consejo en base a dicha previsión adoptó la Decisión de 2 de Abril de 1963 estableciendo los principios generales y objetivos fundamentales para la elaboración de una política común de formación profesional.

El TUE sienta las nuevas bases jurídicas para desarrollar la dimensión europea de la educación en los arts.126 y 127. A partir de 1993 éste será el objetivo prioritario de las iniciativas comunitarias en materia de política de educación y formación emprendidas en apoyo al conjunto de las acciones de los Estados miembros y como complemento de las mismas, como proponía el Libro Blanco de la Comisión sobre Crecimiento, competitividad, empleo (Vid. Boletín de las Comunidades Europeas, suplemento 6/1993)

educación y la formación profesional como materias de competencia compartida entre la Comunidad y los Estados miembros y, en consecuencia, reserva un ámbito de actuación propio a la Comunidad, que delimita en un doble sentido:

En primer lugar, en cuanto al alcance de la actuación comunitaria prevista.

La Comunidad en el ámbito de la educación debe limitarse a fomentar la cooperación entre los Estados miembros y, sólo si fuera necesario, a reforzar y completar las acciones de los Estados miembros. En cambio, su intervención en el ámbito de la formación profesional está previsto que sea de mayor intensidad en la medida en que se dirigirá a reforzar y completar la actuación de los Estados miembros.

En segundo lugar, en atención a las competencias propias de los Estados miembros.

El TCE exige que la Comunidad actúe respetando la responsabilidad de éstos en relación al contenido de las enseñanzas y a la organización de los sistemas educativo y de formación profesional.

Esta delimitación de competencias compartidas operada por los arts.149 y 150 TCE evidencia el carácter subsidiario del ámbito de actuación de la Comunidad¹⁶³.

Criterios de delimitación de competencias concurrentes en Política de educación y formación profesional.- Los criterios de ordenación del ejercicio de competencias en estas materias son, en efecto, el de subsidiariedad (**a**) y el de proporcionalidad

¹⁶³ Este resultado deriva de que al ser las competencias en estas materias concurrentes para su delimitación haya que estar al principio de subsidiariedad recogido en el art.5 del TCE. Cfr. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL,F., en *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Ed. Civitas, Madrid, 1994. págs.106 y 107.

(b), como requiere el art.5 del TCE¹⁶⁴.

a) En primer término, afirmar que la competencia comunitaria en educación y formación profesional es subsidiaria respecto a la de los Estados miembros significa que la Comunidad únicamente podrá actuar cuando el objetivo pretendido con la acción comunitaria ¹⁶⁵ no pueda ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, pueda alcanzarse mejor a nivel comunitario debido a la dimensión o a los efectos de la acción comunitaria en comparación con la actuación a nivel de los Estados miembros ¹⁶⁶.

b) En segundo término, la intervención de la Comunidad en

¹⁶⁴ La aplicación de estos principios debe ser acorde con los criterios establecidos en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad incorporado al TCE por el Tratado de Ámsterdam y dotado, por consiguiente, de eficacia jurídica.

¹⁶⁵ Los objetivos a los que se encaminará la actuación comunitaria en el ámbito de la educación se establecen en el art.149 TCE:

- Desarrollar la dimensión europea en la enseñanza, especialmente a través del aprendizaje y de la difusión de las lenguas de los Estados miembros.
- Favorecer la movilidad de estudiantes y profesores, fomentando en particular el reconocimiento académico de los títulos y de los períodos de estudios.
- Promover la cooperación entre los centros docentes.
- Incrementar el intercambio de información y de experiencias sobre las cuestiones comunes a los sistemas de formación de los estados miembros.
- Favorecer el incremento de los intercambios de jóvenes y de animadores socioeducativos.
- Fomentar el desarrollo de la educación a distancia.

La política comunitaria de formación profesional tendrá por objeto (art.150 del TCE):

- Facilitar la adaptación a las transformaciones industriales, especialmente mediante la formación y 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 enseñanza y empresas.
- Incrementar el intercambio de información y de experiencias sobre las cuestiones comunes a los sistemas de formación de los Estados miembros.

¹⁶⁶ Vid. COLINA ROBLEDO,M., RAMIREZ MARTINEZ,J.M. y SALA FRANCO,T, en *Derecho Social Comunitario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1995, refiriéndose a este criterio delimitador como principio de subsidiariedad en sentido estricto o propio distinguiéndolo del de subsidiariedad en sentido impropio, págs.86 y 102.

materia de formación profesional debe ajustarse al principio de proporcionalidad. Así lo impone el art.5 del TCE al señalar que en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva "ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado". Este principio opera, una vez constatada la necesidad de la intervención comunitaria, en el momento de elegir los instrumentos de intervención y requiere que la elección recaiga en aquéllos que "dejen mayor libertad de acción a los Estados miembros"¹⁶⁷.

En este sentido hay que tener en cuenta que los arts.149 y 150 introducen un límite adicional en relación con los medios de intervención comunitaria en materia de educación y formación profesional al excluir toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros ¹⁶⁸.

B. LA LIBRE CIRCULACION DE CIUDADANOS Y MERCANCIAS.

Libre circulación de ciudadanos y mercancías.- La

¹⁶⁷ Cfr. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL,F., en *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, op.cit. pág.123.

Según el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, g) cuando la aplicación del principio de subsidiariedad sea motivo de que la Comunidad no adopte una decisión, los Estados Miembros tendrán que ajustarse en su actuación a las normas generales que establece el art.10 del Tratado, tomando todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo con el Tratado y absteniéndose de todas aquellas medidas que pueden poner en peligro la realización de los objetivos del Tratado.

En este sentido se entiende que el principio de proporcionalidad no sólo modula y guía la forma en que deben ejercerse las competencias en el nivel europeo sino también en los Estados miembros.

¹⁶⁸ Así, el Consejo, institución comunitaria a la que -ex arts. 149 y 150 TCE- corresponde adoptar las medidas comunitarias de política de formación profesional y de educación, deberá elegir aquéllas que, sin ser armonizadoras, resulten más adecuadas al fin propuesto, adoptándolas por el procedimiento establecido en el art.251, previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

Por otra parte, en relación con la educación el art.149 del TCE prevé que el Consejo pueda adoptar recomendaciones, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión.

Vid. Acuerdo Interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre los procedimientos para la aplicación del principio de subsidiariedad, firmado el 25 de Octubre de 1993 (DOCE, núm.329, de 6 de Diciembre de 1993)

actuación comunitaria en política de formación profesional prevista en el Tratado no se limita a la que tiene por objeto contribuir a una enseñanza y formación de calidad mediante el logro de los objetivos establecidos en el art.150. El TCE también otorga a la Comunidad competencias para adoptar medidas de política de formación profesional encaminadas a hacer efectivos los derechos de libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión, tanto de trabajadores por cuenta ajena o propia, como de estudiantes, así como competencias para adoptar medidas relativas a la formación profesional, con el fin de favorecer la libre circulación de mercancías.

En este ámbito, la actuación comunitaria estará dirigida a suprimir los obstáculos relacionados con la formación profesional que impidan o dificulten la efectividad del derecho a la libre circulación -art.3.1.c) TCE-, variando el marco de la actuación comunitaria establecido por el TCE, según la categoría de personas y las materias afectadas.

Así, en primer lugar, en relación con las personas en formación o profesionalmente implicadas en la formación, la actuación comunitaria dirigida a favorecer su movilidad transnacional se enmarca entre los objetivos de la política comunitaria de educación y formación profesional y, por tanto, se regirá por las disposiciones relativas a estas materias a las que ya se aludió *supra* -arts.149 y 150 del TCE-.

En segundo lugar, la acción comunitaria encaminada a eliminar los obstáculos a la movilidad transnacional de los trabajadores dependientes y por cuenta propia -como será la falta de un sistema de reconocimiento mutuo de diplomas y cualificaciones- se regirá por las disposiciones del TCE

relativas a la libre circulación de los trabajadores, al derecho de establecimiento y a la libre circulación de servicios **(a)**.

En tercer lugar, la acción de la Comunidad en el marco de la libre circulación de mercancías se encaminará a garantizar que la competencia no será falseada en el mercado interior -art.3.1.g) TCE- mediante el régimen de ayudas a la formación otorgadas por los Estados miembros. Por tanto estará sometida a las disposiciones relativas a la política de competencia -arts.87, 88 y 89 TCE- **(b)**.

a) La libre circulación de ciudadanos.

Ámbito de la actuación comunitaria: El sistema de reconocimiento mutuo de títulos y de cualificaciones profesionales.- La falta de mecanismos que permitan el reconocimiento de las cualificaciones profesionales en el ámbito comunitario puede obstaculizar la libre circulación de personas a que alude el art.3.c) del TCE¹⁶⁹. En virtud de ello la Comunidad tiene competencias en el establecimiento de un sistema de reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos de formación profesional.

El actual Sistema General de reconocimiento mutuo de títulos académicos y profesionales fue instaurado por la

¹⁶⁹ Las actuaciones comunitarias dirigidas a facilitar el ejercicio del derecho a la libre circulación de las personas en formación o profesionalmente implicadas en la formación forman parte integrante de la política comunitaria de educación y formación profesional y por tanto están sometidas al régimen previsto en los arts.149 y 150 del TCE. Por otra parte, las relativas a la libertad de circulación de trabajadores están sometidas a un régimen especial establecido, en el art.40.b) TCE para trabajadores por cuenta ajena y en los arts.44,c) y 47 para los trabajadores por cuenta propia.

Directiva 89/48/CEE del Consejo de 21 de Diciembre de 1988¹⁷⁰ relativa al reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que acreditan una formación mínima de tres años de duración y, posteriormente completado con la Directiva 92/51/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992¹⁷¹, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales.

Ambas Directivas han sido transpuestas al ordenamiento jurídico interno español, la primera, mediante el R.D.1665/1991, de 25 de Octubre¹⁷² y, la segunda, mediante el R.D.1396/1995, de 4 de Agosto¹⁷³ .

¹⁷⁰ DO L 019 24.01.89

¹⁷¹ DO L 209 24.07.92

¹⁷² En ella se establece un sistema de reconocimiento de dichos títulos mediante el que, los nacionales de cualquiera de los Estados miembros que estén en posesión de cualificaciones profesionales adquiridas en otro Estado miembro que sean análogas a las que se exigen en España para ejercer una profesión regulada, puedan acceder a ella en las mismas condiciones que quienes hayan obtenido el correspondiente título español.(BOE de 22 de Noviembre de 1991).

¹⁷³ Interesa realizar varias consideraciones en relación con el Sistema:

En primer lugar, se requiere que las cualificaciones profesionales adquiridas para ejercer una profesión en un Estado miembro -Estado miembro de origen- sean reconocidas por otro Estado miembro en el que el acceso o ejercicio de dicha profesión se subordina a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales -Estado miembro de acogida-. Por tanto, la aplicación del Sistema queda limitado a las enseñanzas profesionales reglamentadas, es decir a aquellas que dan lugar a un título, diploma o certificado.

Por otra parte, no se aplica a todas las profesiones ya que quedan excluidas, tanto las profesiones que tienen su propia directiva sectorial -médico, enfermero de cuidados generales, dentistas, matronas y asistentes obstétricos, veterinarios, farmacéuticos y arquitectos-, como las actividades sujetas a una directiva transitoria -las actividades artesanales, actividades comerciales, actividades industriales, actividades de transportistas, etc.-.

Por último, importa especialmente destacar que el sistema, aun cuando tienda al reconocimiento automático de titulaciones, admite, no obstante, para determinados supuestos excepcionales, la imposición de requisitos adicionales como son, la superación de una prueba de aptitud o la realización de un período de prácticas como medios para evaluar la aptitud del profesional formado en otro país para adaptarse al nuevo entorno en el que pretende ejercer la profesión. El RD. 1665/1991 establece que se podrá exigir una prueba de aptitud cuando se pretenda ejercer profesiones que exigen un conocimiento preciso del Derecho español y en las cuales un elemento esencial y constante del ejercicio de la actividad profesional es la asesoría y/o asistencia relativas al Derecho español. Así ocurre por ejemplo con las profesiones de Abogado y Procurador en las que la Orden de 30 de Abril de 1996 (BOE de 8 de Mayo), exige la realización de una prueba de aptitud, (arts. undécimo a decimonoveno de la Orden).

Por otra parte, el RD.1665/1991 requiere que el solicitante opte entre superar una prueba de aptitud o realizar un período de prácticas si la formación adquirida en otro Estado no se corresponde con la exigida por las disposiciones nacionales para ejercer la profesión o cuando ésta abarque en España actividades que no estén comprendidas dentro del ámbito de la que resulte equivalente en el país de origen (art.4 del RD.)

b) La libre circulación de mercancías.

Marco de la actuación comunitaria: La Política comunitaria de la competencia.- El TCE atribuye a la Comunidad Europea competencias en materia de política de competencia, con objeto de garantizar que la competencia no será falseada en el mercado interior -ex art.3,1,g) TCE- y así contribuir al establecimiento de un Mercado Común (art.2 TCE), sin obstáculos a la libre circulación de mercancías (art.3,1,c) TCE).

Los medios de intervención financiera de los Estados miembros en el marco de sus políticas económicas, y, particularmente por lo que aquí interesa, en relación con las políticas nacionales de empleo y formación, pueden obstaculizar la correcta distribución y empleo de los recursos productivos y por tanto resultar una práctica restrictiva de la competencia.

En este sentido, el TCE en los arts.87 a 89 regula las ayudas estatales a la actividad económica y establece un sistema de control por parte de la Comisión con objeto de evitar la aplicación de aquellas que causen falseamientos de la competencia contrarios al interés común.

Las ayudas estatales a la formación.- La financiación pública en el ámbito de la formación en su mayor parte no entra en el ámbito de aplicación de las normas de competencia señaladas en la medida en que la Comisión viene considerando que el falseamiento de la competencia que podría ocasionar esta intervención pública está justificado o compensado por su contribución a unos objetivos de interés comunitario que las

fuerzas del mercado no podrían lograr por sí mismas¹⁷⁴.

En efecto, las ayudas estatales a la formación dirigidas, por un lado, a incentivar a los trabajadores a mejorar sus competencias y su capacidad de adaptación y, por otro, a fomentar que las empresas inviertan en la formación de sus trabajadores, contribuyen a la consecución de los objetivos de la Comunidad favoreciendo que a través de la formación se eleve el nivel de empleo comunitario y se refuerce la competitividad de la comunidad y, en consecuencia, en su mayoría se entienden compatibles con el mercado común.

Sin embargo, en relación con el segundo tipo de ayudas, es decir, las dirigidas a fomentar que las empresas inviertan en formación profesional, la Comisión ha señalado que pueden resultar contrarias a los objetivos de la política de competencia cuando confiriendo a las empresas ventajas en relación con sus competidores sean susceptibles de falsear la competencia sin que este efecto se vea contrarrestado con un efecto positivo de la ayuda. En tal caso la medida incentivadora puede constituir una ayuda de las que entran en el ámbito de aplicación de las normas de competencia del TCE y, por consiguiente, estar sujeta al sistema de control preventivo de la Comisión y requerir su autorización para ser ejecutada por el Estado miembro.

Este sería el caso de las ayudas a la formación que no contribuyan a la realización de objetivos comunitarios, las que superen el nivel incentivador necesario y las que encubran ayudas de funcionamiento, es decir, destinadas a reducir, en ciertas empresas, los costes que deberían soportar normalmente, en su

¹⁷⁴ Este es uno de los fundamentos esenciales del apoyo de los Fondos estructurales a la inversión en recursos humanos como parte de la política de cohesión económica y social. Vid. Comunicación de la Comisión. Directrices sobre ayudas a la formación.

propio interés, para mejorar las cualificaciones de sus trabajadores.

Finalmente el Reglamento 68/2001 de la Comisión, de 12 de Enero de 2001¹⁷⁵, relativo a la aplicación de los arts.87 y 88 del TCE a las ayudas a la formación ha establecido las condiciones que deben reunir las medidas de formación que constituyen ayuda estatal a efectos de lo dispuesto en el art.87.1 del TCE para que queden exentas de la obligación de notificación previa establecida en el art.88.3 del TCE.

A tal efecto se tendrá en cuenta la intensidad de la ayuda, es decir, "el importe de la misma expresado en porcentaje de los costes subvencionables del proyecto". Y las intensidades admisibles de las ayudas exentas se modularán en atención a diversos criterios, como son: Tipo de formación -general o específica¹⁷⁶-, tamaño de la empresa -pequeña/mediana empresa y grandes empresas- y su emplazamiento geográfico -en regiones que reúnan las condiciones para ser beneficiarias de ayudas regionales en aplicación de los apartados a) y c) del art.87.3

¹⁷⁵ DOCE L núm.010 de 13 de Enero de 2001.

¹⁷⁶ El Reglamento tiene en cuenta el efecto externo de las ayudas y en este sentido es factor determinante el carácter transferible de las competencias y cualificaciones adquiridas mediante la formación, entendiéndose que cuanto mayor sea éste, mayor será la contribución de la ayuda a la consecución de los objetivos comunitarios de empleo y desarrollo de los recursos humanos.

En este sentido se distingue entre acciones de formación específica y de formación general:

Las primeras incluyen una enseñanza teórica o práctica aplicable directamente en el puesto de trabajo actual o futuro del trabajador en la empresa beneficiaria de la ayuda y proporcionan escasas competencias y cualificaciones transferibles. En consecuencia será más baja la intensidad de la ayuda que pueda considerarse compatible y quedar exenta de la obligación de notificación previa.

Las acciones de formación general en cambio, incluyen una enseñanza que no es única o principalmente aplicable en el puesto de trabajo actual o futuro del trabajador en la empresa beneficiaria, sino que ofrecen al trabajador cualificaciones suplementarias transferibles directamente a otras empresas o a otros ámbitos laborales, con lo que mejora sustancialmente la empleabilidad del trabajador. Se presume que tiene tal carácter, por ejemplo, la formación sancionada por un diploma, certificado o título reconocido por el Estado o con arreglo a sistemas de certificación y convalidación de la experiencia laboral. Las ayudas concedidas a tal efecto producen menos efectos de falseamiento de la competencia, de manera que intensidades más altas de ayudas pueden ser consideradas compatibles con el mercado común y quedar exentas de la obligación de notificación previa.

del TCE.

C. LA POLITICA COMUNITARIA DE EMPLEO.

El marco de la actuación comunitaria.- Promover un alto nivel de empleo es uno de los fines que el TCE encomienda a la Comunidad Europea en el art.2. A tal fin la acción comunitaria implicará el fomento de la coordinación entre las políticas de empleo de los Estados miembros, con vistas a aumentar su eficacia mediante el desarrollo de una estrategia coordinada para el empleo (art.3,i) TCE)¹⁷⁷.

La formación profesional en el TCE se revela como un mecanismo de política activa de empleo en la medida en que el art.125 la considera medio para lograr el objetivo de un alto nivel de empleo recogido en el art.2 TCE¹⁷⁸. En este sentido, la formación profesional deberá ser objeto de atención prioritaria y recurrente de las orientaciones sobre el empleo adoptadas por el Consejo y por ende de los objetivos y medios de actuación incluidos en los planes de acción nacionales para el empleo, así como también podrá serlo de las iniciativas comunitarias dirigidas a estimular la cooperación entre los Estados miembros y apoyar actuaciones innovadoras en el ámbito del empleo.

¹⁷⁷ CACHON,L. y PALACIO,J.I., en "Política de empleo en España desde el ingreso en la Unión Europea" págs.274 a 304, en MIGUELEZ,F. y PRIETO,C., *Las relaciones de empleo en España*, Siglo veintiuno de España editores, S.A., Madrid, 1999.

COLINA ROBLEDO,M., RAMIREZ MARTINEZ,J.M. y SALA FRANCO,T., en *Derecho Social Comunitario* págs.319 y ss.

¹⁷⁸ Esta apreciación se manifestaba claramente en las directrices presentadas por el Consejo para 1998.

El TCE en el Título VIII -arts. 125 a 130- establece, el ámbito de actuación de la Comunidad Europea en materia de empleo **(a)** y las bases de la estrategia coordinada para el empleo a nivel comunitario **(b)**.

a) La actuación de la Comunidad dirigida a potenciar un alto nivel de empleo concurre con la actuación de los Estados miembros y por consiguiente queda delimitada por los principios de subsidiariedad¹⁷⁹ y oportunidad.

El TCE en el art.127 exige, en efecto, que la actuación comunitaria en política de empleo respete las competencias de los Estados Miembros y limita su marco de actuación al fomento de la cooperación entre ellos, al apoyo y, en caso necesario, al complemento de las acciones de los mismos.

b) El TCE impone a los Estados miembros y a la Comunidad desarrollar una estrategia coordinada para el empleo a nivel comunitario "en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico" -art.125 del TCE- con el fin de alcanzar los objetivos definidos en el art.2 del TCE y, en especial, un alto nivel de empleo.

En primer lugar, el TCE a través del art.128 atribuye a las Instituciones comunitarias los poderes y medios de acción necesarios para la coordinación de las políticas de empleo de los

¹⁷⁹ Vid. GALIANA MORENO, J.M., en "Aspectos sociales del Tratado de Ámsterdam", REDT, 1998, págs.

Estados miembros e impone a éstos un conjunto de obligaciones¹⁸⁰ para lograr que las políticas nacionales de empleo converjan hacia objetivos establecidos de forma conjunta, verificables y actualizados periódicamente.

El método adoptado por el TCE para alcanzar una estrategia coordinada para el empleo se basa en la definición a nivel comunitario de unas orientaciones para el empleo que los Estados miembros deben tener en cuenta en sus respectivas políticas de empleo -art.128 TCE- ya que, aun cuando éstos mantienen sus competencias en política de empleo, sin embargo, el TCE exige que el fomento del empleo sea considerado como un "asunto de interés común" y obliga a los Estados miembros a coordinar sus actuaciones al respecto con una voluntad de convergencia hacia los objetivos establecidos a nivel comunitario (art.126 TCE).

Así, en base a los poderes atribuidos por el TCE, el Consejo¹⁸¹, respetando el principio de subsidiariedad y las competencias de los Estados miembros en materia de empleo, elaborará anualmente las orientaciones para el empleo¹⁸², fijando los objetivos y los medios concretos -directrices para el empleo- que deberán incluirse en los planes de acción nacionales elaborados por los Estados miembros con una perspectiva

¹⁸⁰ Estas obligaciones de hacer que el art.128 TCE impone a los Estados miembros son la concreción en el ámbito del empleo de las obligaciones que derivan del deber de colaboración impuesto a estos por el art.10 del TCE.

¹⁸¹ El Consejo adoptará las directrices para el empleo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, previa consulta con el Parlamento Europeo, al Comité de las Regiones y al Comité de Empleo (art.128.2 TCE).

¹⁸² Las directrices para el empleo se basarán en las conclusiones adoptadas por el Consejo europeo teniendo en cuenta el informe anual que sobre el análisis de la situación de empleo de la Comunidad elaboren conjuntamente el Consejo y la Comisión (art.128.1 TCE).

plurianual¹⁸³.

En segundo lugar, el TCE atribuye también a las instituciones comunitarias poderes para efectuar la evaluación y seguimiento de las políticas de empleo y, a estos efectos, impone a los Estados miembros la obligación de facilitar al Consejo y a la Comisión un informe anual sobre las principales medidas adoptadas y las condiciones de su desarrollo.

En base a estos informes y previa consulta al Comité de Empleo, el Consejo efectuará anualmente un examen de la forma en que los Estados miembros han trasladado las directrices a sus respectivas políticas de empleo, pudiendo formular las recomendaciones que estime pertinentes, por mayoría cualificada y sobre la base de una recomendación de la Comisión.

¹⁸³ "Así será como se efectúe su concreción efectiva, en forma de objetivos nacionales cuantificados siempre que sea posible y oportuno, seguida de su plasmación en medidas nacionales reglamentarias, administrativas o de otro tipo... Los Estados miembros fijarán los plazos para lograr el resultado pretendido, teniendo en cuenta, entre otras cosas, los medios administrativos y financieros de que dispongan." Cfr. Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo Extraordinario sobre el Empleo de Luxemburgo, Parte I, apartado 15.

CAPITULO II

LAS MEDIDAS DE ACTUACION DEL SISTEMA DE FORMACION PROFESIONAL

I. EL SUBSISTEMA DE FORMACION PROFESIONAL REGLADA

La formación profesional reglada.- La formación profesional reglada comprende el conjunto de enseñanzas que, dentro del Sistema educativo, capacitan para el desempeño cualificado de las distintas profesiones.

Tiene como objetivos, la preparación de los alumnos para la actividad en un campo profesional y la impartición de una formación polivalente que les permita adaptarse a las modificaciones laborales que puedan producirse a lo largo de su vida profesional.

Así, la formación profesional reglada está dirigida a ofrecer cualificaciones profesionales que garanticen la empleabilidad y adaptabilidad de sus titulados¹⁸⁴.

A. EL MARCO NORMATIVO

Marco legal: La LOGSE.- La Ley Orgánica 1/1990 de 3 de

¹⁸⁴ Vid. LOGSE, art.30 y *La Política de empleo en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998, págs.111 a 114.

Octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE) regula la estructura y organización del Sistema Educativo en España, dedicando el Título I a "Las enseñanzas de régimen general" y, dentro de éste, el Capítulo IV a la "Formación Profesional".

Marco reglamentario.- En desarrollo del Capítulo IV y de la disposición adicional cuarta, apartados 3, 4 y 6 de la LOGSE se han aprobado una serie de disposiciones reglamentarias, que se pueden agrupar en tres bloques:

A) El primer bloque se refiere al proceso de implantación:

- Con carácter general, los Reales Decretos 986/1991 de 14 de Junio, 1487/1994, de 1 de Julio y 173/1998, de 16 de febrero, por los que se aprueba, modifica y completa el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo, se establece la extinción gradual de los planes de estudio anteriores y el sistema de equivalencias de los años cursados según éstos.

- Y referido específicamente a la formación profesional, el Real Decreto 777/1998, 30 de Abril¹⁸⁵.

En líneas generales, esta norma se refiere, en primer lugar, al sistema de acceso, admisión y matriculación de alumnos; en segundo lugar, a las correspondencias, a efectos profesionales y académicos, entre los títulos profesionales anteriores -técnico auxiliar y técnico especialista- y los actuales -técnico y técnico de grado superior-; en tercer lugar, señala criterios generales sobre el sistema de convalidaciones y correspondencias, en cuarto lugar, establece los requisitos mínimos de espacios

¹⁸⁵

BOE de 8 de Mayo de 1998

formativos e instalaciones para impartir formación profesional específica¹⁸⁶; y, por último, establece previsiones en relación con el profesorado.

B) El segundo bloque recoge la normativa relativa a la estructura de los nuevos estudios de formación profesional:

- El Real Decreto 676/1993, de 7 de Mayo, estableciendo las directrices generales sobre títulos y las correspondientes enseñanzas mínimas de formación profesional.

- Los Distintos Reales Decretos estableciendo los Títulos Profesionales y aprobando las enseñanzas mínimas de cada uno de ellos.

- La normativa de las CC.AA relativa al módulo "Formación en centros de trabajo" (FCT) en los ciclos formativos de Formación Profesional específica¹⁸⁷.

C) El tercer bloque comprende la normativa relativa a los Programas de Garantía Social:

- El Real Decreto 1345/1991, de 6 de Septiembre, por el que se establece el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria

¹⁸⁶ Modificando el RD 1004/1991, de 14 de julio en relación con los centros que imparten formación profesional específica.

¹⁸⁷ **Asturias:** -Resolución de 1 de Febrero de 2002 (BOPA de 16 de Febrero)
Andalucía: - Orden de 31 de Julio de 2001, regula el programa de formación en centros de trabajo (BOA de 30 de
Canarias: - Resolución de la Dirección General de Ordenación e Innovación Educativa, de 23 de Julio de 1997, (BOC de 27 de Agosto de 1997).
Galicia: - Resolución de 7 de Septiembre de 1998, (DOG 186/98 de 24 de Septiembre de 1998)
Navarra: - Orden foral de 20 de junio de 1997, (BON de 29 de Agosto de 1997).
Comunidad Valenciana: - Orden de 31 de Agosto de 1988, realización de prácticas profesionales formativas en entidades colaboradoras por alumnos de Formación Profesional Reglada y Artes Aplicadas y Oficios Artísticos.(DOGV de 15 de Septiembre de 1988).
- Orden de 9 de Abril de 1996, bases de la convocatoria de ayudas para la realización de formación profesional en centros de trabajo y prácticas formativas. (DOGV de 16 de Mayo de 1996).
- Orden de 25 de Noviembre de 1997, regula la realización de prácticas en centros dependientes de la Consejería de Cultura, Educación y Ciencia, por alumnos de Formación Profesional Reglada y Artes Aplicadas y Oficios Artísticos. (DOGV de 26 de Diciembre de 1997).

(BOE de 13 de septiembre de 1991), preveía en el art.20.2 que "el Ministerio de Educación y Ciencia regulará los programas específicos de garantía social, promoverá convenios con otras Administraciones e Instituciones, públicas o privadas, para su realización y facilitará recursos materiales y personales que contribuyan a la eficacia de dichos programas".

- El Ministerio de Educación y Cultura, mediante la Orden de 12 de Enero de 1993 (BOE de 19 de Enero de 1993), regula los Programas de Garantía Social que se establezcan en el territorio de gestión del Ministerio de Educación y Ciencia, durante el período de implantación anticipada del segundo ciclo de la Obligatoria.

- Los PGS que se desarrollen fuera del territorio MEC se regulan mediante las Órdenes dictadas al efecto por las Consejerías de Educación para sus ámbitos territoriales correspondientes¹⁸⁸, o, a falta de norma propia, por la Orden del MEC.

B. LAS ENSEÑANZAS DE FORMACIÓN PROFESIONAL REGLADA

Niveles.- La formación profesional en el ámbito del sistema educativo, se estructura en dos niveles de enseñanza profesional y comprende unos programas específicos de formación.

¹⁸⁸ **Aragón:** - Orden de 4 de Abril de 2001 (BOA de 18 de Abril)
Asturias: -Resolución de 29 de Mayo de 2000 (BOPA de 8 de Junio)
Andalucía: - Orden de 1 de Abril de 2002 (BOA de)
Canarias: - Orden de 17 de Febrero de 1998 (BOC de 6 de Abril), modificada por Orden de 17 de Marzo de 2002 (BOC de 8 de Julio)
Galicia: - Orden de 5 de Mayo de 1997 (DOG de 29 de Mayo)
Madrid: - Orden 1207/2000, de 19 de Abril (BOM de 3 de Mayo)
Navarra: - Decreto foral 233/1999, de 21 de Junio (BON de 6 de Agosto).
Comunidad Valenciana: - Orden de 24 de Febrero de 2000 (DOGV de 14 de Marzo).

1º) La Formación Profesional de Base.

Es la formación básica de carácter profesional que se cursa durante la etapa de enseñanza secundaria¹⁸⁹ y que, por consiguiente, recibirán tanto los alumnos de Educación Secundaria Obligatoria (ESO), como los de Bachillerato.

2º) Formación Profesional Específica.

Consta de dos ciclos formativos:

a) Formación Profesional de Grado Medio: Etapa comprendida en la educación secundaria, que se puede cursar al terminar la ESO, como opción alternativa a los estudios de Bachillerato.

b) Formación Profesional de Grado Superior: Se cursa al finalizar el Bachillerato, como opción alternativa a los estudios universitarios.

A las anteriores enseñanzas profesionales habría que añadir los Programas de Garantía Social (PGS), dirigidos a los alumnos que no hayan superado las enseñanzas correspondientes a la ESO, en tanto que incluirán entre sus componentes formativos, módulos de formación profesional básica y específica.

a) La Formación Profesional Específica

Objetivos.- Sin perjuicio de los objetivos propiamente educativos y de los que se señalaron, -que comparte con la del nivel básico-, a estas enseñanzas la LOGSE encomienda

¹⁸⁹ El art.17 de la LOGSE establece que el nivel de educación secundaria comprende:

a) Etapa de educación secundaria obligatoria (ESO), abarca cuatro cursos académicos, entre los doce y dieciséis años.

b) El bachillerato, dos cursos académicos, y

c) La formación profesional específica de grado medio.

específicamente tres cometidos: Facilitar la incorporación de los jóvenes a la vida activa, contribuir a la formación permanente de los ciudadanos y atender a las demandas de cualificación del sistema productivo.

Acceso.- Se establecen dos vías de acceso a la formación profesional específica:

A) Mediante acceso directo.

Cumpliendo los requisitos académicos establecidos en el art.31 de la LOGSE, esto es, el título de Graduado en Educación Secundaria, para acceder a la formación de Grado Medio y el título de Bachiller, para acceder a la formación de Grado Superior.

B) Mediante una prueba de acceso, tanto al Grado Medio como al Superior.

Tiene por objeto constatar si el aspirante -que obviamente carecerá de los requisitos académicos exigidos para acceder directamente- tiene la preparación suficiente para cursar con aprovechamiento estas enseñanzas.

Para acceder por esta vía a los ciclos formativos de Grado Medio, el art.32 de la LOGSE requiere que el aspirante tenga cumplidos los diecisiete años antes de finalizar el año.

Para el acceso a los ciclos de Grado Superior se exige cumplir dos requisitos: 1) Tener cumplidos los veinte años de edad antes de la realización de la prueba y, 2) acreditar mediante la prueba, de un lado, la madurez en relación con los objetivos del bachillerato y, de otro, las capacidades referentes al campo profesional de que se trate.

Importa destacar especialmente que la LOGSE posibilita quedar exento de esta parte específica de la prueba mediante la acreditación de una experiencia laboral que se corresponda con

los estudios profesionales que se desee cursar.¹⁹⁰

La regulación de la prueba queda encomendada a las administraciones educativas y, presumiblemente, la norma correspondiente prevea el medio de acreditar la experiencia laboral a los efectos señalados.

De cualquier forma, apuntada la cuestión, sobre la misma se volverá después en tanto que conecta directamente con la práctica profesional como medio de adquisición de la formación profesional, aspecto de indudable importancia desde el punto de vista del Derecho del Trabajo.

Estructura modular de los ciclos formativos de la Formación profesional específica.- Tanto los ciclos formativos de Grado Medio como los de Grado Superior, integrantes de la Formación Profesional Específica, se organizan internamente mediante módulos profesionales de duración variable, constituidos por áreas de conocimiento teórico-prácticas en función de los diversos campos profesionales.

Así, cada ciclo formativo se compone de un número variable de módulos profesionales de distinta naturaleza que habrá que cursar para obtener la titulación correspondiente al mismo.

Estos módulos son:

- Módulos asociados a unidades de competencia.
- Módulos transversales.
- Módulos de Formación y Orientación.
- Módulos de formación en centros de Trabajo (FCT).

El módulo profesional de FCT.- Entre los módulos anteriores interesa destacar el de FCT en la medida en que la

¹⁹⁰

En la Comunidad Valenciana se exige acreditar más de un año de experiencia.

LOGSE le dota de una especial trascendencia exigiendo que esté presente en todos los ciclos formativos de la formación profesional específica y prevé que tenga una duración que, dependiendo del ciclo, oscilará entre las 300 y 720 horas.

Se concibe como complemento de la formación teórica impartida en los centros educativos, con la finalidad de que el alumno, mediante la realización de un conjunto de actividades en el ambiente real de trabajo, desempeñando las funciones propias de la profesión, adquiera unos conocimientos profesionales que le sería difícil adquirir en el centro educativo donde cursa el resto de módulos profesionales.

Para su desarrollo se requiere la intervención de empresas e Instituciones, correspondiendo a las administraciones educativas -ex art.34.2 LOGSE- arbitrar los mecanismos necesarios para incorporarlas a tal fin.

En este sentido, se prevén y promueven dos formas de colaboración de empresas e instituciones en la FCT:

A) La colaboración en la gestión técnica de la FCT.

Mediante la suscripción de convenios marco o de colaboración con Cámaras de Comercio, organizaciones empresariales y otras instituciones que, como entidades de colaboración técnica, pasarán a prestar apoyo a la administración educativa en tareas diversas, como son: La elaboración de un banco de datos sobre centros de trabajo dispuestos a colaborar, asesorar a las empresas en todo lo concerniente a la realización de las prácticas, propiciar la formalización de convenios entre centros educativos y empresas que posibiliten la realización de las prácticas o la programación e impartición de programas de

formación dirigidos a coordinadores y monitores de FCT¹⁹¹.

B) La colaboración en la ejecución de la FCT.

Para lo que se prevén convenios específicos de colaboración entre el centro educativo, al que corresponde organizar la realización del módulo de FCT, y la entidad que pretende colaborar en su ejecución.

Formalizados por escrito, se suscriben por el director del centro formativo en nombre de la Administración educativa y el representante legal de la entidad (empresa o institución).

La titulación.- La LOGSE prevé que la titulación académica correspondiente a los estudios de formación profesional específica será: La de Técnico de la correspondiente profesión - cuando se superen las enseñanzas correspondientes al Grado Medio- y la de Técnico Superior de la correspondiente profesión -cuando se supere la formación profesional específica de Grado Superior-.

Las convalidaciones y correspondencias.- En cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta, apartado 6º de la LOGSE, el RD 777/1998 esboza el sistema de convalidaciones y correspondencias entre las enseñanzas de formación profesional reglada y los conocimientos adquiridos en la formación profesional ocupacional y en la práctica laboral, señalando los criterios generales que deberán seguir los Departamentos Ministeriales competentes para determinarlas, así

¹⁹¹ A tal fin el MEC firmó el 15 de Febrero de 1993 un convenio-marco de colaboración con el Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España que afecta al territorio que gestiona el MEC, Vid. DURAN LOPEZ,F., ALCAIDE CASTRO,M., GONZALEZ RENDON,M. y FLOREZ SABORIDO,I, en *La Formación Profesional Continua en España*, op. cit. pág.51. y especialmente, JIMENEZ JIMENEZ,B. en *Claves para comprender la formación profesional en Europa y en España*, op. cit.págs.126 a 128, recogiendo el objeto del convenio-marco de colaboración así como los compromisos asumidos por las Cámaras.

como el procedimiento para su solicitud y reconocimiento.

A) En primer lugar, se prevé la convalidación:

1º.- Dentro del Subsistema de formación reglada:

- De módulos profesionales entre ciclos formativos.
- De módulos profesionales con materias de bachillerato.

2º.- Entre formación reglada y ocupacional:

- Convalidaciones entre módulos profesionales y módulos formativos incluidos en los certificados de profesionalidad, desarrollados a partir del RD 797/1995, de 19 de Mayo, expedidos por las Administraciones laborales con competencias para la gestión de la formación profesional ocupacional, con carácter oficial y validez en todo el Estado.

Corresponde conjuntamente al Ministerio de Educación y Cultura y al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, establecer las convalidaciones, teniendo en cuenta: La similitud de competencias profesionales, las capacidades terminales de la formación y la duración requerida para el desarrollo de los contenidos y adquisición de las capacidades propias del módulo profesional.

B) En segundo lugar, en relación con la formación profesional reglada, se contempla la correspondencia entre:

1º.- Módulos profesionales y práctica laboral.

El sistema de correspondencia entre módulos profesionales de los ciclos formativos de formación profesional específica y la práctica laboral establecida en el art.15 del RD 777/1998¹⁹²

¹⁹² Según establece el apartado 2º del precepto, el desarrollo de lo previsto en este artículo corresponde al Ministerio de Educación y Cultura, previa consulta al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a las Administraciones educativas y a los agentes sociales, sobre la base de los estudios y dictámenes del órgano responsable de definir las cualificaciones profesionales.

Este órgano parece que será el Instituto de Nacional de Cualificaciones, -ver *supra*-, al que se refiere el II PNFP encargándole de proponer medidas que hagan efectivo el sistema de correspondencias y convalidaciones entre

posibilita que ésta pueda eximir de cursar los módulos profesionales teóricos relacionados con la misma.

Esta correspondencia se puede hacer efectiva a través de dos vías:

a) La primera, mediante acreditación por el interesado de la experiencia laboral que se corresponda con los módulos profesionales cuya correspondencia se solicita.

b) La segunda, mediante la realización de una prueba a efectos de comprobar si mediante la experiencia laboral se han adquirido las "capacidades terminales" del módulo o módulos profesionales de que se trate.

En cualquier caso, corresponde al Ministerio de Educación y Cultura, previa consulta al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a las administraciones educativas y a los agentes sociales establecer, tanto las previsiones relativas a la prueba, cuanto los requisitos objetivos y documentales exigibles a efectos de acreditar la experiencia laboral.

2º.- Correspondencia entre el módulo profesional de FCT y práctica laboral.

El art.16 del RD 777/1998 en desarrollo del art.34.2 de la LOGSE prevé la posibilidad de que puedan quedar exentos de cursar, total o parcialmente, el módulo práctico correspondiente, quienes acrediten al menos un año de experiencia profesional relacionada con los estudios profesionales que se desee cursar o se estén cursando¹⁹³.

los tres subsistemas de formación profesional, incluyendo la experiencia laboral.

¹⁹³ La CA Canaria, al regular la puesta en marcha y desarrollo del módulo de FCT de los ciclos formativos que imparten los centros dependientes de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes. Resolución de 23 de Julio de 1997, BOCAN de 27 de Agosto de 1997, (R.265) establece en el apartado VIII, requisitos y procedimiento para la exención del módulo

La acreditación se realizará mediante dos documentos:

- Certificación de la Tesorería General de la Seguridad Social donde conste la empresa, categoría profesional y período de contratación.

- Certificación de la empresa en la que se haga constar la duración del contrato de trabajo, la actividad desarrollada y el período de tiempo en el que se ha realizado dicha actividad.

b) los Programas de Garantía Social

a' Concepto y fundamento

Concepto.- Los Programas de Garantía Social (PGS) son programas de formación que refuerzan la acción formativa del Sistema Educativo. La LOGSE los prevé en el art.23.2 señalando como posibles destinatarios de los mismos a los alumnos que abandonen la ESO sin haber alcanzado los objetivos de esa etapa educativa.

Se conciben con la finalidad de proporcionar a los alumnos una formación básica y profesional que les permita incorporarse a la vida activa y/o proseguir sus estudios, especialmente cursar los ciclos formativos correspondientes a la formación profesional específica de Grado Medio. A estos accederán a través de la prueba de acceso que, como se vio *supra*, está establecida para el supuesto de que el aspirante carezca de la titulación requerida - Título de Graduado en Educación Secundaria- como es el caso.

Señala el art.23.3 de la LOGSE que la programación,

desarrollo y ejecución de los mismos corresponde a las administraciones educativas, a las que se impone -ex art.23.2 LOGSE- que garanticen una "oferta suficiente" de los mismos.

De forma periódica, en atención a las disponibilidades presupuestarias, el Ministerio de Educación y Cultura así como diversas CC.AA. vienen organizando, con carácter experimental, este tipo de programas¹⁹⁴, convocándose subvenciones destinadas a la financiación total o parcial de los mismos.

b' Los aspectos más relevantes de los PGS

Está prevista la posibilidad de que en determinados PGS la formación que recibe el alumno se alterne con la realización de un trabajo productivo relacionado con el ámbito profesional del programa. En estos supuesto el PGS pasa de ser un programa meramente formativo a ser un programa mixto de formación-empleo y desde luego, adquiriendo especial relevancia para el Derecho del Trabajo como una de las fórmulas de <<formación en alternancia>>. Desde esta perspectiva será objeto de atención en el capítulo siguiente. A continuación interesa analizar la regulación de los PGS -partiendo de la Orden del MEC y considerando las particularidades establecidas por las CC.AA.- extrayendo las líneas de tendencia sobre los aspectos de los PGS que revisten especial interés¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Se desarrollan de conformidad con lo dispuesto en la Orden de 12 de Enero de 1993 del Ministerio de Educación y Ciencia para el territorio gestionado por él y según las Órdenes dictadas al efecto por las Consejerías de Educación para sus ámbitos territoriales correspondientes. Entre otros extremos, establecen los objetivos, colectivos a los que se dirigen y modalidades de actuación. Ver *supra* en el marco normativo del Subsistema de Formación Profesional Reglada.

¹⁹⁵ Se toman en consideración las Ordenes de:
Aragón: - Orden de 4 de Abril de 2001 (BOA de 18 de Abril)
Asturias: -Resolución de 29 de Mayo de 2000 (BOPA de 8 de Junio)
Andalucía: - Orden de 1 de Abril de 2002 (BOA de)
Canarias: - Orden de 17 de Febrero de 1998 (BOC de 6 de Abril), modificada por Orden de 17

Destinatarios del programa.- Se establecen dos requisitos de acceso: uno, referido a la edad y, otro, a las condiciones de escolaridad del aspirante.

Así, por lo general, se dirigen a jóvenes menores de veintiún años que, por lo menos, cumplan dieciséis en el año natural en el que se inicia el programa y que se encuentren en la situación de escolarización prevista en la LOGSE.

Sobre estas circunstancias interesa señalar que algunas CC.AA. amplían la edad de los participantes. Así la edad máxima se extiende a los menores de 25 años en la Comunidad Valenciana de forma generalizada para todas las modalidades de PGS¹⁹⁶ y en la Comunidad Foral de Navarra para la modalidad de Talleres Ocupacionales¹⁹⁷. Andalucía amplía la edad a los menores 22 años cuando tengan un certificado de discapacidad¹⁹⁸ y, para el mismo supuesto, Canarias la establece en menos de 23 años¹⁹⁹.

Duración.- Con carácter general se establece que ésta variará dependiendo de la modalidad, del momento de desarrollo del programa y nivel de acceso así como de las expectativas de los alumnos. No obstante, en algunas Ordenes se fijan criterios

de Marzo de 2002 (BOC de 8 de Julio)

Galicia: - Orden de 5 de Mayo de 1997 (DOG de 29 de Mayo)

Madrid: - Orden 1207/2000, de 19 de Abril (BOM de 3 de Mayo)

Navarra: - Decreto foral 233/1999, de 21 de Junio (BON de 6 de Agosto).

Comunidad Valenciana: - Orden de 24 de Febrero de 2000 (DOGV de 14 de Marzo).

Ver referencia a las mismas *supra*, en el párrafo sobre el marco normativo del Subsistema de Formación Profesional Reglada.

¹⁹⁶ Vid. art.4 de la Orden de 24 de Febrero de 2000.

¹⁹⁷ Vid. art.5 del Decreto foral 233/1999, de 21 de Junio.

¹⁹⁸ Vid. art.4 de la Orden de 1 de Abril de 2002.

¹⁹⁹ Vid. art.4 de la Orden de 17 de Febrero de 1998.

para determinarla, estableciendo una duración mínima y otra máxima.

Así, el MEC fija en 6 meses -720 horas- la duración mínima y dos cursos académicos -1800 horas- la máxima. Andalucía fija un período de duración máximo en 960 horas -equivalente a un curso escolar- (art.6). En Galicia está previsto que duren entre 800 y 1000 horas y se desarrollen en un curso académico. También serán de un curso académico en Canarias excepto en la modalidad de Inserción Socio laboral que puede alcanzar a dos cursos (art.7). En Madrid la duración oscila entre 11 meses como mínimo a dos cursos académicos. En Navarra tendrán una duración mínima de 700 horas excepto para alumnos discapacitados que tendrán una duración de tres cursos (art.8) En la Comunidad Valenciana la duración será de 900 horas desarrolladas en un curso académico y de forma excepcional podrá extenderse a dos cursos (art.8).

De los datos anteriores cabría concluir que la duración de los Programas de Garantía Social puede oscilar entre los seis y treinta y tres meses.

Nivel de cualificación.- Los alumnos al concluir el programa, no alcanzarán el nivel de cualificación correspondiente a la Formación Profesional de Grado medio.

Así ocurre en la medida en que el área Formación Específica del Programa comprende las actividades prácticas y conocimientos necesarios para que los alumnos adquieran las capacidades relacionadas con el desempeño de un puesto de trabajo para el cual no se requiera la cualificación de Técnico de Formación Profesional de Grado Medio. en consecuencia se les dotará de las capacidades profesionales que les permitan desarrollar actividades laborales de limitada complejidad.

El alumno al finalizar el programa recibirá un certificado en el que constará el número total de horas cursadas y las calificaciones obtenidas. Estas calificaciones serán tenidas en cuenta para la evaluación de la prueba de acceso a los ciclos formativos de Formación Profesional de Grado Medio y también podrán serlo a efectos de convalidación con los módulos de los ciclos formativos que se determinen.

II. EL SUBSISTEMA DE FORMACION PROFESIONAL OCUPACIONAL

La Formación Profesional Ocupacional.- Las acciones formativas del Subsistema de Formación Profesional Ocupacional tienen como objetivo la cualificación, recualificación o puesta al día de las competencias profesionales de sus destinatarios, principalmente, demandantes de empleo²⁰⁰.

Instrumentos de actuación.- La oferta formativa pública correspondiente al Subsistema de Formación Profesional Ocupacional se instrumenta a través de programas exclusivamente formativos derivados del Plan Nacional de Formación Ocupacional (Plan FIP) y de programas que alternan formación ocupacional y empleo; son los programas de Escuelas-Taller, Casas de Oficios y

²⁰⁰ Hasta 1993 comprendía tanto las acciones formativas dirigidas a la inserción y reinserción laboral de los trabajadores cuanto las dirigidas a la formación profesional continua en las empresas.

A partir de esa fecha, en consonancia con las directrices del I Programa Nacional de Formación Profesional, -configurador de la nueva estructura del actual Sistema de Formación Profesional-, la formación continua quedó desvinculada de la ocupacional, implantándose como un nuevo subsistema autónomo, con objetivos, líneas de actuación y marco normativo propio.

Talleres de Empleo.

A. EL MARCO NORMATIVO

a) los programas formativos

La normativa vigente.- El Plan FIP se regula por el RD 631/1993 de 3 de Mayo²⁰¹, desarrollado por la Orden de 13 de Abril de 1994²⁰².

Por otra parte, el Real Decreto 797/1995, de 19 de Mayo²⁰³, que establece las directrices generales sobre los Certificados de Profesionalidad y los correspondientes contenidos mínimos de la formación profesional ocupacional.

Y, también por el Real Decreto 375/1999, de 5 de Marzo²⁰⁴, por el que se crea el Instituto Nacional de Cualificaciones.

b) Los programas de formación ocupacional-empleo

²⁰¹ Publicado en el BOE de 4 de Mayo de 1993. Su ámbito queda limitado a la atención de la población desempleada Así queda reflejado en el art. 1 del RD 631/1993 cuando se señala que el objeto del mismo está constituido por las acciones de formación profesional ocupacional dirigidas a los trabajadores desempleados, con el fin de proporcionarles cualificaciones requeridas por el sistema productivo e insertarlos laboralmente, cuando los mismos carezcan de formación profesional específica o su cualificación resulte insuficiente o inadecuada.

²⁰² Publicada en el BOE de 28 de Abril de 1994. Hasta la fecha, esta norma, ha sido objeto de dos modificaciones; la primera, por Orden de 20 de Septiembre de 1995 a efectos de corregir las disfuncionalidades detectadas en la gestión de los cursos de formación ocupacional acogidos al Plan FIP. (BOE 14 de Octubre de 1995); la segunda, mediante la Orden de 14 de Octubre de 1998 con el fin de atender a los objetivos y los principios del II PNFP y a las directrices del Plan Nacional de Acción para el Empleo. (BOE de 26 de Octubre de 1998).

La Orden TAS/466/2002, de 11 de Febrero, ha modificado también la Orden de 13 de Abril de 1994, actualizando las cuantías económicas de las subvenciones y ayudas a las entidades colaboradoras y a los alumnos que participan en las acciones formativas del Plan FIP.

²⁰³ BOE de 10 de Junio de 1995.

La normativa vigente.- La normativa específica de estos programas es:

a) Programas de Escuelas- Taller y de Casas de Oficios:

La Orden de 14 de Noviembre de 2001²⁰⁵, regula conjuntamente ambos programas y establece las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas a los mismos²⁰⁶.

b) Programas de Talleres de Empleo:

El R.D. 282/1999, de 22 de Febrero²⁰⁷, establece el Programa de Talleres de Empleo.

Ha sido desarrollado; mediante la Orden de 14 de Noviembre de 2001, en la que también se establecen las bases reguladoras de la concesión de las subvenciones públicas correspondientes; y, mediante la Resolución de 31 de Marzo de 1999²⁰⁸.

Conforman también el marco normativo de estos programas las previsiones relativas a la formación profesional ocupacional por ser esta enseñanza la que se impartirá a lo largo del todo el proceso formativo.

- RD 631/1993, de 3 de Mayo por el que se regula el Plan FIP

²⁰⁴ BOE de 16 de Marzo de 1999.

²⁰⁵ BOE de 21 de Noviembre de 2001.

²⁰⁶ La Orden de 14 de Noviembre de 2001 ha derogado expresamente la Orden de 3 de Agosto de 1994 y la de 6 de Octubre de 1998 que modificaba la anterior.

Se mantiene vigente, sin embargo, la Resolución del Inem de 7 de Julio de 1995 (BOE de 28 de Julio) mediante la que se desarrolla el procedimiento establecido en la Orden de 3 de Agosto de 1994 para la aprobación, seguimiento y control de los proyectos de Escuelas Taller y Casas de Oficios, Unidades de Promoción y Desarrollo y de las subvenciones que, al amparo de dicha norma, pudieran otorgarse.

²⁰⁷ BOE de 23 de Febrero de 1999.

²⁰⁸ BOE de 12 de Abril de 1999.

y las correspondientes Órdenes Ministeriales de desarrollo.

- RD 797/1995 de 19 de Mayo de 1995, sobre certificados de profesionalidad y los correspondientes contenidos mínimos de la formación profesional ocupacional.

- Los RRDD correspondientes a cada certificado de profesionalidad.

En relación con la fase de formación en alternancia será de aplicación la normativa correspondiente a la modalidad contractual utilizada -el contrato para la formación-.

Marco autonómico.- La Orden de 14 de Noviembre de 2001 establece en la Disposición Adicional cuarta que las CCAA que asuman la gestión y control de los programas nacionales de Escuelas-Taller y Casas de Oficios, podrán acomodar lo establecido en esa norma a las peculiaridades derivadas de la organización propia de las mismas²⁰⁹.

Cuando el ámbito de actuación del proyecto exceda del territorio de una CA, la gestión corresponderá a la Administración del Estado.

B. LAS MEDIDAS DE ACTUACION DEL SUBSISTEMA DE FORMACION PROFESIONAL OCUPACIONAL.

²⁰⁹ Como se vio *supra*, en un primer momento, los Decretos de traspasos se referían en exclusiva a la formación profesional ocupacional, por tanto, no conferían la gestión de estos programas a las CCAA por no ser estrictamente programas de formación sino una combinación de empleo y formación. Su gestión ha sido asumida por las CCAA en la segunda fase de transferencias y a tales efectos se ha procedido a la territorialización de las subvenciones vinculadas a estos programas.

a) Los programas formativos: el plan FIP

El Plan FIP.- Comprende el conjunto de acciones de formación profesional ocupacional dirigidas a los trabajadores desempleados para proporcionarles cualificación cuando carezcan de formación profesional específica o cuando su cualificación resulte inadecuada o insuficiente para su inserción o reinserción en el mercado de trabajo²¹⁰.

La aprobación del Plan FIP corresponde al Gobierno²¹¹ y su ejecución al INEM o a las CC.AA. que hayan asumido dicha competencia²¹².

a' Los alumnos de formación profesional ocupacional

El proceso de selección de alumnos.- El proceso de selección de participantes en las acciones formativas del Plan FIP consta de dos fases:

²¹⁰ Vid. art.1 RD 631/1993.

²¹¹ El Ministerio de Trabajo realiza la planificación trienal de las acciones a desarrollar teniendo en cuenta las propuestas de las CC.AA. que hayan asumido competencias en esta materia. Esta planificación se realiza por especialidades formativas y colectivos prioritarios teniendo en cuenta las necesidades de formación detectadas en las diferentes regiones y sectores productivos por el observatorio ocupacional del INEM, así como las tendencias de contratación de los tres últimos años y la inserción de los alumnos formados.

En base a los objetivos establecidos en la planificación del Ministerio de Trabajo, anualmente el INEM y las CC.AA. competentes elaboran la programación de los cursos de formación profesional con la participación en su caso de las entidades y centros colaboradores.

²¹² La ejecución del Plan FIP comprende diversas actividades que realizarán, de conformidad con los criterios establecidos en el Plan FIP, el INEM y las CC.AA. que hayan asumido esta competencia.

a) Programación, organización, gestión, control administrativo e inspección técnica de las acciones formativas.

b) El establecimiento de contratos-programa.

c) La homologación de centros colaboradores.

1) La fase de preselección de candidatos que realiza la Dirección provincial del INEM u órgano correspondiente de las CC.AA. con competencias transferidas.

2) La fase de selección de alumnos entre los candidatos preseleccionados que corresponde a los responsables de impartir las acciones formativas.

En todo caso se deberán respetar los requisitos y criterios de priorización de colectivos establecidos en el RD 631/1993 y complementados por la Orden de 13 de Abril de 1994, así como los criterios cuantitativos fijados en la Orden.

Derechos de los alumnos.- Los participantes en las acciones formativas del Plan FIP gozan de gratuidad de la formación y tienen cubierto el riesgo de accidente derivado de la asistencia a los cursos²¹³.

Por otra parte tienen la posibilidad de acceder a becas y a las ayudas públicas establecidas para el transporte, manutención y alojamiento así como a becas, cuando se trate de desempleados minusválidos²¹⁴.

Obligaciones de los alumnos.- Los alumnos tienen el

d) La selección de alumnos.

²¹³ Tanto los costes correspondientes al proceso formativo como los del seguro de accidentes de los alumnos serán compensados por la subvención que percibirán los centros colaboradores. Vid. art.13 del RD 631/1993.

²¹⁴ La Orden TAS/466/2002, de 11 de Febrero ha actualizado las cuantías económicas de las subvenciones y ayudas a las entidades colaboradoras y a los alumnos que participen en las acciones formativas del Plan FIP.

deber de asistir y seguir con aprovechamiento los cursos en los que participen.

El incumplimiento de estas obligaciones consistente en tres faltas de asistencia no justificadas en un mes o falta de aprovechamiento a criterio del responsable del curso puede ser sancionado con su exclusión del curso y con la consiguiente pérdida de la ayuda económica que en su caso le correspondiera.

La resolución sobre la exclusión corresponde adoptarla al Director provincial del INEM u órgano correspondiente de la CC.AA. con competencias, a propuesta del titular del centro y previa la instrucción de un expediente según establece el art.9 del RD.

b' La colaboración en la gestión

i. La impartición de las acciones formativas.- Al INEM y las CC.AA. que hayan asumido la gestión del mismo, como parte de dicha actividad les corresponde impartir las acciones formativas correspondientes a la programación anual. Esta tarea la pueden realizar directamente, a través de sus propios centros de formación, o, bien, contando con la colaboración de las empresas, instituciones, organizaciones o asociaciones empresariales y sindicales que cuenten con centros colaboradores, en los términos que establece el RD y a los que se compensará los costes del desarrollo de los cursos mediante las correspondientes

subvenciones.

c' Las acciones formativas

Tipos de acciones formativas.- Los cursos pueden ser presenciales o a distancia e incluirán una parte práctica que podrá realizarse en las aulas-taller del centro de formación o en las empresas.

Las prácticas en empresas²¹⁵.- La realización de prácticas en las empresas requiere la conclusión de un convenio de colaboración entre la entidad gestora y la empresa u organización empresarial correspondiente.

Las prácticas se realizarán en los términos pactados en el convenio, por tanto, es en éste donde se recogerán las obligaciones establecidas para la empresa.

Como contenido mínimo el RD 631/1993 exige que el Convenio incluya información relativa a: Contenido de las prácticas, duración, lugar, horario y sistema de tutorías.

El RD se ocupa de señalar, la realización de las prácticas

²¹⁵ El régimen de las prácticas profesionales en las empresas está establecido en el art.4 del RD 631/1993 y arts.12 y 24 de la Orden de 13 de Abril de 1994.

Sin embargo, más que de régimen de las prácticas hay que hablar del régimen del convenio de colaboración y de la correspondiente subvención a las empresas por las prácticas profesionales ya que nada dice en relación con el desarrollo de las prácticas profesionales.

La Orden únicamente indica en el art.12 el momento adecuado para la realización de las prácticas: simultáneamente con el curso o bien finalizado este, sin que hayan transcurrido más de 30 días desde la finalización del mismo.

"no supondrá la existencia de relación laboral entre los alumnos y la empresa".

Antes del comienzo de las prácticas habrá que poner en conocimiento de los representantes legales de los trabajadores en la empresa, tanto el convenio, como la relación mensual de los alumnos que participen en las mismas.

Por otra parte, está previsto que la empresa como compensación económica reciba una subvención cuya cuantía se calculará por alumno/día de práctica y que incluirá el coste de suscripción de una póliza colectiva de accidentes de trabajo²¹⁶.

En caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas para la empresa en el convenio de colaboración deberá reintegrar total o parcialmente la correspondiente compensación económica en los términos establecidos en el art.24 de la Orden de 13 de Abril de 1994.

b) Los programas de formación ocupacional-empleo.

a' Las modalidades de programas de formación ocupacional-empleo.

Hasta 1998 existían dos programas públicos de formación en

²¹⁶ Cuantía fijada en 10'82 euros por alumno y día de prácticas. Vid. Orden TAS/466/2002, de 11 de Febrero.

alternancia: El programa de Escuelas-Taller y el programa de Casas de Oficios²¹⁷.

En 1999, en base a los compromisos adquiridos por el Gobierno en el Plan de empleo de 1998 se establece el Programa de Talleres de empleo como programa de apoyo a la creación de empleo de la población desempleada mayor de veinticinco años.

El Programa de Escuelas-Taller.- Están dirigidos a dotar a jóvenes desempleados menores de veinticinco años de la cualificación y experiencia profesional necesaria para su inserción en el mercado de trabajo. Para ello alternan formación ocupacional con la realización de un trabajo productivo en actividades relacionadas con:

a) La recuperación o promoción del patrimonio artístico, histórico, cultural o natural.

b) La rehabilitación de entornos urbanos o del medio ambiente.

c) La recuperación y acondicionamiento de infraestructuras

²¹⁷ Para su efectividad la Orden de 3 de Agosto de 1994 al regularlos previó como instrumentos de apoyo la actuación de las Unidades de Promoción y Desarrollo y la creación de los Centros de Iniciativa Empresarial.

La Orden de 14 de Noviembre de 2001 mantiene únicamente las Unidades de Promoción y Desarrollo. Son módulos de intervención en el ámbito comarcal y regional que tienen como finalidad colaborar en la preparación, acompañamiento y evaluación de los programas de Escuelas-Taller y Casas de Oficios.

Su función es detectar las potencialidades de desarrollo y empleo de las comarcas y, en base a ello, elaborar planes integrales de intervención de las Escuelas-Taller y Casas de Oficios y proyectos de desarrollo, fomentando la inserción laboral de los participantes en dichos programas.

públicas.

d) Cualquier otra actividad de carácter público o social que permita la inserción a través de la profesionalización y adquisición de experiencia de los participantes.

El Programa de Casas de Oficios.- Son programas también dirigidos a la inserción de jóvenes desempleados menores de veinticinco años. Alternan aprendizaje y cualificación con la realización de un trabajo productivo en actividades relacionadas con:

a) El mantenimiento y cuidado de entornos urbanos, rurales o del medio ambiente.

b) La mejora de las condiciones de vida de los pueblos y las ciudades a través de la dotación de servicios sociales y comunitarios.

c) Cualquier otra actividad de utilidad pública o social que permita la inserción a través de la profesionalización y adquisición de experiencia de los participantes.

Los Talleres de Empleo.- El Programa de Talleres de Empleo es un programa de apoyo al empleo cuyo objeto es la inserción de un segmento de la población desempleada y la formación profesional el instrumento para alcanzarla.

El objeto de este programa es "mejorar la ocupabilidad de los desempleados mayores de veinticinco años, facilitando así su posterior integración en el mercado de trabajo" y a tal fin

prevé que los participantes reciban la formación profesional y práctica laboral necesarias para su posterior inserción, ya sea por cuenta ajena, ya de forma autónoma. Lo que no obsta para que se prevea, como objetivo del trabajo que se realice y de la formación que se reciba, la cualificación profesional del participante.

b' Los programas Escuelas-Taller y Casas de Oficios: aspectos más relevantes de su régimen jurídico.

Las entidades promotoras.- Los programas Escuelas-Taller y Casa de Oficios pueden ser promovidos por:

- Los órganos, organismos autónomos y otros entes públicos de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas.

- Entidades locales, sus organismos autónomos y entidades con competencias en materia de promoción de empleo, dependientes o asimiladas a las mismas, cuya titularidad corresponda íntegramente a dichas entidades locales.

- Consorcios.

- Corporaciones y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro.

Sus funciones son la selección de alumnos, impartición de las acciones que integran el proceso formativo del programa - tanto las formativas como las complementarias-, contratación de

los alumnos en la etapa de formación en alternancia y solicitud y tramitación de subvenciones. expedir certificados de profesionalidad

El desarrollo de los programas: Fases y duración.- Los programas de formación en alternancia se desarrollan en dos etapas:

1ª La etapa formativa de iniciación. Esta primera fase de los programas está dedicada exclusivamente a la formación profesional ocupacional de los alumnos.

Su duración, común para ambos programas, será de seis meses.

2ª La etapa de formación en alternancia. La segunda etapa de los programas corresponde a la formación en alternancia con el trabajo. En esta etapa los alumnos serán contratados por las entidades promotoras.

Su duración será de seis meses para los Programas de Casas de Oficios y, para los programas de Escuelas-Taller, su duración puede oscilar entre los seis y dieciocho meses.

El proceso formativo: Contenido.- Su contenido es doble por una parte acciones de formación profesional ocupacional y por otra parte acciones formativas complementarias.

1) Las acciones de formación profesional ocupacional²¹⁸.-

²¹⁸ La imprecisión es la nota característica de la normativa relativa a la formación profesional de los programas de formación ocupacional en alternancia. La Orden de 14 de Noviembre de 2001 únicamente hace referencia a los extremos a los que se alude en el texto, lo cual plantea innumerables interrogantes si se tiene en

Durante la primera etapa del programa los alumnos recibirán formación profesional ocupacional conforme al Plan Formativo elaborado por el ente promotor en relación con el proyecto de obra o servicio a desarrollar²¹⁹. La Orden de 14 de Noviembre de 2001 de forma un tanto imprecisa señala que la formación que reciban deberá adecuarse "en la medida de lo posible y en función del oficio o puesto de trabajo a desempeñar, a los contenidos mínimos establecidos en los Reales Decretos que regulen los certificados de profesionalidad de las correspondientes ocupaciones" (art.5.1).

En la segunda etapa la Orden se limita a señalar que los alumnos-trabajadores <<complementarán su formación>> en alternancia con el trabajo y la práctica profesional²²⁰.

Serán las propias Escuelas-Taller o Casas de Oficios las encargadas de impartir las acciones formativas que cursarán los alumnos a lo largo del proceso formativo.

2) Las acciones complementarias.

La Orden de 14 de Noviembre de 2001 contempla la posibilidad de que los alumnos-trabajadores participantes en los programas no

cuenta que en estos programas , como instrumento de alternancia, se suscribirá un contrato de trabajo para la formación. Sobre esta cuestión se volverá *infra* en el siguiente capítulo

²¹⁹ La Orden de 14 de Julio de 1998 (BOE de 28 de Julio de 1998), al regular aspectos formativos del contrato para la formación dispone que la oferta formativa de centros docentes públicos está integrada, entre otros, por los vinculados a las administraciones laborales como es el caso de las Escuelas-Taller y Casas de Oficios.

²²⁰ El art.14.2 de la Orden de 14 de Noviembre de 2001 exige que el empresario, para obtener la subvención correspondiente al proyecto, presente ante la administración laboral competente una Memoria en la que deberá recoger el "Plan Formativo de la Escuela-Taller o Casa de Oficio por especialidades y en relación con el proyecto de obra o servicio a desarrollar, de forma que se establezca la correspondencia entre el plan formativo por especialidades y las unidades de obra o servicio. Los itinerarios formativos se adecuarán en la medida de lo posible, a lo establecido en los Reales Decretos de los correspondientes certificados de profesionalidad".

hayan alcanzado los objetivos de la ESO, previstos en la LOGSE. Para esta eventualidad el art.8 de la Orden prevé que se organicen programas específicos, de conformidad con lo establecido en el art.23.2 de la LOGSE -relativo a los programas específicos de Garantía Social- y en el art.11.2,e) del ET- .

En efecto, se trata de los programas de Garantía Social contemplados en la LOGSE y, como se vio *supra*, cumplen la finalidad requerida por la Orden: Proporcionar a los alumnos la formación básica y profesional que les permita incorporarse a la vida activa o proseguir sus estudios cursando las enseñanzas del sistema educativo y especialmente a través de la prueba de acceso a la formación profesional específica prevista en el art.32.1 de la LOGSE²²¹.

Las certificaciones de profesionalidad.- Una vez finalizada su participación en la Escuela-Taller o Casa de Oficios, el alumno-trabajador recibirá un certificado expedido por la entidad promotora.

El art.9 de la Orden señala cual debe ser su contenido: La duración en horas de su participación en el programa, así como el nivel de formación teórico-práctica adquirida y los módulos formativos cursados.

En la medida en que este certificado acredita los módulos

²²¹ En realidad se trata de programas de educación compensatoria con idéntica finalidad a la de los Programas de Garantía Social regulados en la LOGSE. De ahí la remisión que la Orden hace a la LOGSE.

de formación ocupacional cursados, servirá -total o parcialmente- para que el alumno-trabajador pueda obtener del correspondiente certificado de profesionalidad en el marco del Sistema de Formación Profesional Ocupacional. Y, en el marco del Sistema de Formación Profesional Específica para convalidar los módulos formativos cursados con los correspondientes al Sistema Educativo a efectos de la obtención del título profesional correspondiente.

c' Los programas Talleres de Empleo: aspectos más relevantes de su régimen jurídico.

Destinatarios.- Son las personas que cumplan los dos requisitos mínimos establecidos en el art.2 del RD 282/1999 de 22 de Febrero y especificados en el art.6 de la Orden 9 de Marzo de 1999²²²:

a) En primer lugar, se requiere que los participantes sean desempleados. Y por tales hay que entender "los demandantes de empleo, registrados en el Servicio Público de Empleo, que carezcan de ocupación remunerada y estén disponibles para el

²²² Además se establecen unos criterios de preferencia que se aplicarán en el momento de proceder a la selección de los concretos participantes en el Programa. Estos son:

a) En primer lugar, tener especiales dificultades para insertarse en el mercado de trabajo como es el caso de parados de larga duración, mayores de cuarenta y cinco años, mujeres y personas con discapacidad.

b) En segundo lugar, pertenecer a uno de los colectivos determinados de atención preferente por los Planes Nacionales de Acción para el Empleo de cada año.

c) En tercer lugar, no haber participado anteriormente en otro Taller de Empleo, Escuela-Taller o Casa de Oficios.

d) En cuarto lugar, existencia de responsabilidades familiares.

e) En quinto lugar, nivel de protección por desempleo de los posibles beneficiarios

empleo”.

b) En segundo lugar, tener veinticinco años o más.

Las entidades promotoras del programa.- Los proyectos de Talleres de empleo se pueden promover tanto por entidades públicas como privadas sin ánimo siempre que sean competentes para ejecutar las obras o servicios correspondientes al Taller de empleo que promueven y dispongan de la capacidad técnica y de gestión suficientes para ello (art.4).

La Orden específica que podrán serlo: Órganos de la Administración General del Estado, Corporaciones Locales, Comunidades Autónomas, organismos autónomos, consorcios, fundaciones, asociaciones y otras entidades sin ánimo de lucro (art.2).

Estas entidades comparten con el INEM y, en su caso, con las CC.AA. la promoción y gestión del Programa de Talleres de empleo.

A ellas corresponde plantear las iniciativas, desarrollar la gestión y procurar la inserción final de los trabajadores (art.1 Resolución)

Entre sus cometidos cabe destacar su participación en la selección de trabajadores. Tarea en la que colaboran con el INEM y a la que se hará referencia después.

El RD (art.7) les impone ciertas obligaciones. De estas interesa destacar dos teniendo en cuenta que la entidad promotora

será la empleadora de los alumnos-trabajadores participantes en el programa:

1) Realizar la actividad para la que se concede la subvención.

2) Contratar a los trabajadores y formarles en los aspectos teóricos y prácticos de las actividades profesionales u oficios objeto del programa.

Duración del programa.- La duración vendrá determinada por la resolución administrativa que apruebe el proyecto presentado por la entidad promotora²²³.

De cualquier forma, el RD -ex art.3- no permite que su duración sea inferior a seis meses o superior a un año.

Contenido del programa.- Este Programa se desarrolla en una única etapa en la que el participante recibirá formación ocupacional en alternancia con el trabajo y la práctica profesional (art.5 RD.).

Al inicio del Programa el participante será contratado por la entidad promotora para realizar las obras y servicios públicos correspondientes al Taller de Empleo y simultáneamente recibirá la formación profesional ocupacional adecuada a la ocupación a desempeñar (arts.3 y 5 RD.).

En consonancia con el finalidad del programa el RD requiere que tanto el trabajo efectivo que realice el alumno-trabajador

como la formación profesional que reciba favorezcan su inserción (art.1 RD). A este mismo objetivo se encaminan las acciones complementarias de orientación, información profesional y formación empresarial que durante todo el proceso recibirá el alumno-trabajador a cargo del Taller de Empleo, así como la asistencia técnica que deberá prestarle la entidad promotora una vez concluido el Taller de Empleo, tanto para la búsqueda de empleo por cuenta ajena, como para el establecimiento por cuenta propia (art.5 Orden).

Al objetivo de la inserción la Orden en el art.1 adiciona de forma significativa el de procurar la cualificación profesional del participante (art.1 Orden).

Los aspectos formativos.- Desde el inicio del programa, la formación profesional teórica se simultánea con la realización de un trabajo efectivo, por ello la Orden de 9 de Marzo de 1999 requiere que la formación profesional ocupacional recibida por el participante esté relacionada directamente con dicho trabajo y que ambos favorezcan no sólo su inserción en el mercado de trabajo sino también que procuren su cualificación profesional (art.1).

El alumno-trabajador recibirá la formación profesional según el plan formativo incluido en la memoria. Esta se adecuará, en su

²²³ Vid. arts.2.1 y 3.3 de la Orden

caso, a los contenidos mínimos establecidos en el certificado de profesionalidad de la ocupación relacionada con el oficio o puesto de trabajo a desempeñar.

Los alumnos-trabajadores que no hayan alcanzado los objetivos de la ESO, participarán en programas específicos que se organizarán con el fin de proporcionarles una formación básica y profesional que les permita incorporarse a la vida activa o proseguir sus estudios en las distintas enseñanzas (art.5.2 RD.)²²⁴.

En relación con poco dice el RD al respecto. Sólo indica que este se determinará en función de las características del proyecto formativo y de las necesidades individuales de los participantes en el mismo.

El tiempo destinado a la formación teórica se fijará en el contrato de trabajo en atención a las características del oficio o puesto de trabajo a desempeñar, del número de horas establecido, en su caso, para el módulo formativo adecuado a dicho puesto y la duración del contrato.

Se computará "a todos los efectos"- ex art.4.2 de la Orden- como jornada efectiva de trabajo y en ningún caso podrá ser inferior al 25 por 100 de la jornada máxima prevista en convenio colectivo o, en su defecto, de la jornada máxima legal.

A la terminación del programa los alumnos-trabajadores recibirán un certificado expedido por la entidad promotora en el

²²⁴

La referencia se entiende hecha a los PGS establecidos en la LOGSE art.23.2

que constará la duración en horas de su participación en el programa, la competencia adquirida y los módulos formativos cursados.

Este certificado podrá ser convalidado total o parcialmente por el correspondiente certificado de profesionalidad correspondiente ya que éste tiene como finalidad acreditar las competencias profesionales adquiridas también mediante los programas de Talleres de Empleo²²⁵.

La selección de alumnos y del personal directivo, docente y de apoyo.- Las entidades colaboradoras intervienen junto al INEM en la selección tanto de los participantes, como del personal del Taller de Empleo. Para ello constituyen un grupo mixto de trabajo encargado de establecer los criterios de selección adicionales a los que como mínimos recoge el art.6.3 de la Orden y de resolver las incidencias y reclamaciones derivadas del proceso de selección (art.6.5 Orden).

En todos los casos la selección se hará mediante oferta de empleo tramitada a través del INEM. No se precisará oferta de empleo pública previa aun cuando la entidad gestora sea un organismo público. Señala el art.6.5 de la Orden que "el personal y trabajadores participantes seleccionados no se considerarán incluidos en las correspondientes plantillas o relaciones de puestos de trabajo", motivo por el cual excluye la aplicación de

²²⁵ A estos efectos el RD 282/1999 en la disposición adicional primera introduce modificaciones en los art.1.1 y 3.2 del RD 797/1995, de 19 de Mayo, por el que se establecen directrices sobre los certificados de profesionalidad y los correspondientes contenidos mínimos de formación profesional ocupacional.

la normativa establecida para los procedimientos de selección del personal de las distintas administraciones públicas.

III. EL SUBSISTEMA DE FORMACION PROFESIONAL CONTINUA

La formación profesional continua.- Con carácter general se puede identificar con las acciones formativas que tienen como destinatarios a los trabajadores ocupados y cuya finalidad es la adquisición de los conocimientos o habilidades complementarias necesarias para desempeñar mejor el propio oficio o profesión.

Se distingue así de la formación inicial -proporcionada por los Subsistemas; reglado, principalmente, y; también, por el ocupacional- en que ésta tiene lugar en la fase previa a la vida profesional con vistas al aprendizaje de un oficio o profesión, mientras que la formación continua se dirige a trabajadores que ya están insertados en una determinada profesión.

Sin embargo, en la actualidad los perfiles de una y otra se desdibujan en la medida en que la formación profesional continua se extiende también a trabajadores que, aún ocupados; o bien no han adquirido mediante la formación inicial los conocimientos y habilidades propios de un oficio o profesión; o bien que a pesar de haber cursado la formación inicial, precisan la readaptación o recualificación para desempeñar un oficio o trabajo distinto del inicialmente aprendido.

Por otra parte, tampoco resulta sencillo distinguirla de la formación profesional ocupacional ya que la formación profesional continua no atiende ya sólo a los trabajadores ocupados. En la actualidad está también previsto que dé cobertura a las iniciativas formativas de trabajadores a tiempo parcial en sus períodos de ocupación, trabajadores que pasen a la situación de desempleo cuando se encuentren en período formativo, trabajadores acogidos a regulación de empleo en los períodos de suspensión de empleo, así como a otros colectivos que pudiera acordar la Comisión Tripartita prevista en el AT, a propuesta de las organizaciones firmantes²²⁶.

Y, por último, hay que señalar que la formación profesional continua no atiende únicamente a trabajadores que prestan sus servicios en régimen de ajenidad y dependencia ya que los trabajadores afiliados al Régimen Especial de Autónomos podrán también acceder a las iniciativas de formación profesional continua.

El Subsistema de Formación Profesional Continua.- La formación profesional continua se desarrolla siguiendo los principios y reglas que conforman el Subsistema de Formación Continua y mediante los medios técnicos y económicos establecidos en él.

El Subsistema configura un conjunto de acciones formativas

²²⁶ Vid. Disposición adicional 2ª III ANFC.

que pueden ser desarrolladas por las empresas, trabajadores o sus respectivas organizaciones a través de las modalidades previstas convencionalmente: Planes de formación, -de empresa, agrupados, específicos de la economía social e intersectoriales-, medidas complementarias y de acompañamiento y permisos individuales de formación.

Estas acciones o medidas formativas son financiadas con cargo a fondos públicos siguiendo los criterios establecidos también convencionalmente y están dirigidas, tanto a la mejora de competencias y cualificación, como a la recualificación de los trabajadores incluidos en el ámbito subjetivo del Subsistema²²⁷.

El Subsistema se ordena en torno a dos modalidades de acuerdos específicos sobre formación profesional continua: Un Acuerdo Interprofesional -el III ANFC- y un Pacto Social -el III AT.

Sin embargo, las empresas y trabajadores también pueden desarrollar acciones formativas a través de otros procedimientos instituidos legal o convencionalmente, en cualquier caso no establecidos mediante el III ANFC.

El propio III ANFC prevé su existencia cuando en el art.3 señala que "Las empresas y organizaciones que no deseen acogerse a este acuerdo, podrán desarrollar las acciones formativas a través de otros procedimientos que pueden establecerse desde

²²⁷ Cfr. art.1 del III ANFC.

ámbitos distintos".

Cabe preguntarse si estas acciones formativas, quedan o no fuera del Subsistema de Formación Continua. A mi juicio, habría que contestar afirmando su inclusión en la medida en que su ordenación, organización y ejecución se atengan a los criterios establecidos en el II PNFP.

Así ocurre actualmente con las acciones formativas que se desarrollan en la Comunidad Autónoma del País Vasco. Para este ámbito territorial el Subsistema tiene una ordenación específica en torno a un Acuerdo Interprofesional -el AIPVFC- y un Pacto Social -el AT- y las acciones que lo integran son organizadas y gestionadas según las previsiones convencionales que las contemplan.

A. EL MARCO NORMATIVO DEL SUBSISTEMA DE FORMACION PROFESIONAL CONTINUA.

a) El marco legal y reglamentario.

El marco legal.- Desde 1993, momento en que se instituye este subsistema público, tanto las acciones formativas que engloba, como los procedimientos para su desarrollo vienen siendo objeto de la negociación colectiva sectorial, ordenada según los criterios del ANFC.

No obstante, en la medida en que la autonomía colectiva, en

base a lo dispuesto en el art.3.3 del ET, debe respetar los mínimos de derecho necesario establecidos en las disposiciones legales, éstas resultarán marco de referencia obligada para el establecimiento de los procedimientos mediante los cuales se desarrollaran las acciones formativas que integran el Subsistema.

En consecuencia, tanto el ET como la LOLS forman parte de su marco legal; el primero en la medida en que, por una parte, al establecer el régimen jurídico de la relación laboral individual reconoce a los trabajadores, como titulares del derecho a la formación profesional, una serie de facultades que sin duda -como habrá ocasión de ver- tienen naturaleza de mínimos de derecho necesario y, por otra parte, en la medida en que, al regular los órganos de representación unitaria de los trabajadores, otorga a los representantes una serie de competencias en materia de formación, también de obligado respeto a nivel convencional. Y, en relación con este último extremo, también la LOLS viene a configurar el marco legal del Subsistema, en tanto que instituye la figura del Delegado Sindical como representante legal de los trabajadores, lo que supondrá que asumirá las mismas competencias que los miembros de los Comités de Empresa y Delegados de Personal en materia de formación.

En otro orden de cosas, la viabilidad del Subsistema depende de la existencia de disponibilidades presupuestarias²²⁸ dado que

²²⁸ Como se ocupa de señalar el III ANFC en la Disp. final 1.ª al establecer que, "...su aplicación queda supeditada a la existencia de disponibilidades presupuestarias..." y reitera en la Disposición final segunda cuando señala que, "Las organizaciones firmantes darán traslado al Gobierno de lo acordado para que, mediante el

las acciones formativas que lo integran se financian con cargo a fondos públicos en base a los criterios que han ido estableciendo, en los sucesivos AA.TT.

Anualmente, desde 1993, la Ley de Presupuestos del Estado recoge la cuantía de los fondos destinados a financiar los "Planes de formación continua en las Administraciones públicas y aquéllos que sean fruto de cualesquiera otros acuerdos", entre los que obviamente se encuentra el III ANFC²²⁹.

El marco reglamentario.- Está integrado por un conjunto de disposiciones en materia de financiación estableciendo las bases reguladoras, los criterios para la concesión y la convocatoria de ayudas de Formación Profesional Continua con cargo a la financiación prevista en el III Acuerdo Tripartito de Formación Continua²³⁰ y también en relación con las destinadas a financiar las acciones formativas acogidas al AIPVFC.

b) El marco convencional

correspondiente acuerdo tripartito y por el procedimiento legalmente establecido, puedan habilitarse medidas que posibiliten la financiación y ejecución del III Acuerdo Nacional de Formación Continua".

²²⁹ **Vid. para el año 2000 la Disp. adicional 8.ª de la Ley 54/1999, de 29 de Diciembre, de Presupuestos del Estado,(BOE de 30 de Diciembre).**

²³⁰ Orden de 26 de Junio de 2001. (BOE de 29 de Junio), modificada por Orden de 10 de Octubre de 2001 (BOE de 17 de octubre) y por la Orden TAS/1627/2002, de 25 de Junio (BOE de 29 de Junio).

En desarrollo de las anteriores la Dirección General del INEM procede a dictar las correspondientes Resoluciones de convocatoria para la concesión de dichas ayudas:

Para el ejercicio 2002:

- Resolución de 13 de Junio de 2002, (BOE de 29 de Junio), por la que se aprueba la convocatoria de ayudas para planes de formación continua de demanda.

- Resolución de 13 de Junio de 2002, (BOE de 29 de Junio), convocando ayudas para planes de formación continua de demanda.

En 1993 la formación profesional continua se desvinculó de la ocupacional configurándose como un Subsistema autónomo cuya ordenación quedó encomendada a un Acuerdo Interprofesional; el I Acuerdo Nacional de Formación Continua de 25 de Febrero de 1993 (I ANFC)²³¹ que fue acompañado de un Acuerdo tripartito sobre la misma materia (I AT) en el que se recogían los compromisos que, en relación con ella, asumían tanto el Gobierno como los interlocutores sociales²³² y a los diversos Acuerdos y Convenios Colectivos, de ámbitos Sectorial Estatal, concluidos al amparo del I ANFC.

En 1996, en el marco del Diálogo Social con el Gobierno, estos acuerdos fueron sustituidos por: El II ANFC, de 19 de Diciembre de 1996, el II AT, de 19 de Diciembre de 1996 y los consiguientes Acuerdos y Convenios Colectivos Sectoriales

²³¹ El I ANFC, mediante el que se puso en marcha el nuevo Sistema de Formación Profesional Continua, fue suscrito el 16 de Diciembre de 1992 por las Organizaciones Sindicales y Empresariales más representativas a nivel estatal, - Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), Unión General de Trabajadores (UGT), Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO)-, adhiriéndose posteriormente al mismo Convergencia Intersindical Galega (CIG),(BOE de 10 de Marzo de 1993).

Aunque la vigencia de este acuerdo estaba previsto que abarcara de 1 de Enero de 1993 hasta 31 de Diciembre de 1993, el art.4 posibilitaba que las partes firmantes acordaran la prórroga del mismo.

Finalmente, esta última posibilidad no se hizo realidad y en 1996 se constituyó una Mesa Tripartita sobre formación profesional en la que se acordó, a efectos de dar continuidad al sistema, elaborar un nuevo acuerdo que, en base a la experiencia aplicativa del I ANFC durante los años 1993 a 1995, introdujera cambios dirigidos a mejorar la gestión, a favorecer una mayor eficacia del sistema y a elevar el nivel cualitativo de la formación.

Sobre el I ANFC Vid. VALDES DAL-RE,F., "La compleja estructura contractual de la ordenación de la formación profesional continua", RL, tomo II, 1995, pág.17.

²³² En la Disposición Final Segunda del I ANFC las organizaciones pactantes expresaron su deseo de dirigirse al Gobierno para que mediante un Acuerdo Tripartito se establecieran medidas para la financiación y ejecución del I ANFC.

El I AT fue suscrito el 16 de Diciembre de 1992, por el Gobierno y las Organizaciones Empresariales y Sindicales más representativas. En este pacto social se establecieron las condiciones de colaboración entre el Gobierno y las Organizaciones pactantes, compromisos en materia de organización, gestión e impartición, así como compromisos de financiación de las acciones formativas derivadas del I ANFC.

Estatales.

En 2000 se suscriben los actualmente vigentes III ANFC²³³, de 19 de Diciembre y III AT²³⁴, de igual fecha, que, homólogos en su naturaleza jurídica, y, con similar contenido, garantizan la continuidad del Subsistema.

La coexistencia de tan diversos pactos, acuerdos y convenios colectivos pone de relieve, como ha hecho notar VALDES DAL-RE, el complejo sistema de acuerdos a través del que se regula la formación profesional continua. "Tres son los ejes -dirá este autor- sobre los que gira el sistema: el Acuerdo Tripartito, el ANFC y los instrumentos contractuales menores: Acuerdos Nacionales Sectoriales o Convenios Colectivos Sectoriales, unos y otros de ámbito estatal".

La complejidad apuntada se acrecienta, sin duda, al coexistir con los anteriores un Pacto Social y un Acuerdo Interprofesional en la CA del País Vasco -ATPV y AIFCPV- ordenadores a su vez de la formación profesional de los trabajadores ocupados, aunque limitadamente a la correspondiente a ese ámbito territorial²³⁵.

De esta forma se puede hablar de dos niveles en el

²³³ Publicado por Resolución de 2 de Febrero de 2001 (BOE de 23 de Febrero de 2002)

²³⁴ Publicado por Resolución de 1 de Febrero de 2001 (BOE de 15 de Febrero de 2002)

²³⁵ Vid. CASAS BAAMONDE, M.E., en "Concurrencia de acuerdos interprofesionales, estructura de la negociación colectiva y formación profesional continua", RL, Tomo II, 1995, pág.70.

Subsistema de Formación Profesional Continua; uno de ámbito estatal creado por el ANFC y otro de ámbito autonómico creado por el AIFCPV²³⁶.

a' Acuerdos a nivel estatal

1) El III Acuerdo Nacional de Formación Continua (III ANFC)

Naturaleza jurídica.- Fue suscrito el 19 de Diciembre de 2000 por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), Unión General de Trabajadores (UGT), Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC.OO) y la Confederación Intersindical Gallega (CIG).

Se trata de un Acuerdo Interprofesional²³⁷ de carácter Estatal, negociado en el ámbito del ET y, por consiguiente, un acuerdo con eficacia jurídica normativa y eficacia personal general.

El Acuerdo se autoproclama -de forma errónea en mi opinión- Acuerdo sobre materia concreta de los referidos en el art. 83.3

²³⁶ Vid. VALDES DAL-RE,F., en “La estructura de la negociación colectiva...”, op. cit. págs.11 y 21.

²³⁷ Los Acuerdos Interprofesionales son aquéllos elaborados por las organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, cuyo ámbito de aplicación se extiende a todos los sectores productivos y ramas de actividad, incluidos en su ámbito territorial y, esta característica, se puede predicar tanto del Acuerdo Nacional de Formación Continua con ámbito territorial estatal, como del Acuerdo Interprofesional de Formación Continua de la Comunidad Autónoma Vasca, de ámbito autonómico.

del Estatuto de los Trabajadores, en la Disposición Final Primera²³⁸.

Aun cuando el ANFC -como el mismo señala- verse sobre una materia concreta, "cuál es la Formación Continua en las empresas", pertenece a la categoría de Acuerdo Marco del art.83.2 del Estatuto de los Trabajadores, ya que su objeto no es únicamente "enunciar reglas sustantivas" sobre dicha materia, sino, también -y, principalmente-, establecer reglas ordenadoras de la negociación colectiva sobre la misma²³⁹.

El tratamiento prestado por el acuerdo a los planes de formación continua, apoya esta opinión, dado que, por una parte, estructura la negociación colectiva al determinar las unidades de negociación subsiguientes -sectorial estatal, mediante convenios colectivos o acuerdos específicos, art.18- y, por otra, establece criterios de complementariedad de las diversas unidades de contratación -arts.18-²⁴⁰.

Por otra parte, en relación con su eficacia jurídica

²³⁸ Diversamente, VALDES DAL-RE asegura el carácter de Acuerdo sobre materia concreta de los referidos en el art. 83.3 del Estatuto de los Trabajadores, tanto del I ANFC, vid. en "La compleja estructura contractual de la ordenación de la formación profesional continua", op. cit. pág. , como del II ANFC, en "La estructura de la negociación colectiva ...", op. cit. pág.13. En igual sentido CASAS BAAMONDE,M.E., en "Concurrencia de acuerdos interprofesionales estructura de la negociación colectiva y formación profesional continua", op. cit. pág.71.

²³⁹ Sobre el contenido típico de los Acuerdo Marco, Vid. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL,F., "Los pactos sociales y los acuerdos y convenio colectivo marco", en SALA FRANCO,T., PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL,F. Y GOERLICH PESET,J.M., *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, ACARL, Madrid, 1989, págs.34 a 40.

²⁴⁰ Los I y II ANFC estructuraban la negociación colectiva en las mismas unidades de negociación y establecían criterios de complementariedad entre las mismas también respecto de los permisos individuales por formación. Como muestra de ello vid. los arts.10 y 13 del II ANFC.

normativa convengo con VALDES DAL-RE en el carácter mixto de la misma.

En efecto, parece fuera de toda duda que la Disposición adicional tercera del III ANFC al establecer que "sus estipulaciones serán insertadas en los respectivos Convenios Colectivos", manifiesta la eficacia jurídica diferida de este acuerdo, requiriendo, consiguientemente, del concurso de convenios o acuerdos específicos como complemento necesario para su aplicación.

Sin embargo, la exigencia de que a las acciones formativas previstas en el ANFC puedan acceder todos los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación y no sólo aquéllos pertenecientes a un sector con acuerdo específico sobre la materia o con el correspondiente convenio colectivo, ha requerido prever también mecanismos que posibiliten la aplicación directa del III ANFC, en tales circunstancias²⁴¹.

Ambos extremos han determinado finalmente que la eficacia jurídica normativa del III ANFC sea de carácter mixto²⁴².

Por otra parte, en relación con su eficacia personal, el propio acuerdo establece en la Disposición adicional tercera Primera que

²⁴¹ A tal efecto se prevé la creación de Comisiones paritarias territoriales para el ámbito de CC.AA. (art.19) y se asignan funciones específicas a la Comisión estatal de formación continua (art.17)

²⁴² Señala VALDES DAL-RE que su eficacia jurídica "en ocasiones es indirecta, en cuyo caso los instrumentos contractuales de ámbito menor actúan como complemento necesario. En otras despliega, en cambio, una eficacia directa, bien de carácter subsidiario (en tanto no se negocian los convenios estatales), bien de primer y único grado (respecto de los trabajadores y empresas no cubiertos por el amparo que ofrece la negociación colectiva)" Cfr. en "La estructura de la negociación colectiva en materia...", op. cit. pág.15.

"obliga a las Organizaciones asociadas a las Confederaciones signatarias del presente Acuerdo, y sus estipulaciones serán insertadas en los respectivos Convenios Colectivos". De esta previsión cabría deducir su eficacia personal limitada, vinculando, únicamente, a los sujetos negociadores de los futuros convenios colectivos representados por las partes signatarias de dicho acuerdo. Sin embargo, como señala VALDES DAL-RE las partes firmantes del ANFC no pueden disponer libremente "del tipo de eficacia que despliega el convenio sobre los sujetos incluidos en la unidad de contratación"²⁴³. Sería incompatible, en efecto, la naturaleza estatutaria del III ANFC con su eficacia personal limitada²⁴⁴. Este acuerdo, en tanto que estatutario, tiene eficacia personal general.

2) EL III Acuerdo Tripartito sobre Formación Profesional Continua (III AT).

Naturaleza jurídica.- Este Pacto Social fue suscrito el 19 de Diciembre de 2000, por el Gobierno y las Organizaciones Empresariales -CEOE y CEPYME- y Sindicales -UGT, CCOO y CI-firmantes del III ANFC.

²⁴³ Hace VALDÉS DAL-RE esta observación en relación con el I ANFC, en "La compleja estructura contractual de la ordenación de la formación profesional continua", op. cit. pág. y también en relación con el II ANFC en "La estructura de la negociación colectiva en materia...", op. cit. pág.17.

²⁴⁴ Cfr. VALDES DAL-RE,F., en "La estructura de la negociación colectiva en materia...", op. cit. pág.15.

Se trata de un Acuerdo Tripartito que aparece acompañado del ya mencionado III ANFC-. Ambos acuerdos son interdependientes y difícilmente concebibles el uno sin el otro de forma tal que perfectamente hubieran podido aparecer integrados en un <<Pacto Global>> -al estilo del AES-²⁴⁵. Sin embargo, no fue ésta la opción finalmente elegida por los sujetos negociadores lo que, a mi juicio, no obsta, para poder considerar el III AT como "presupuesto jurídico" del III ANFC²⁴⁶.

El acuerdo tripartito se puede entender, en efecto, como presupuesto base del acuerdo bilateral en la medida en que la aplicación, financiación y ejecución del III ANFC depende de la existencia misma del III AT y del cumplimiento de los compromisos asumidos en él²⁴⁷.

Aboga en este sentido, el propio III ANFC cuando en la Disposición final primera supedita su aplicación a lo establecido en el correspondiente III AT y a la existencia de disponibilidades presupuestarias. En el mismo sentido hay que

²⁴⁵ Sobre la relación existente entre los acuerdos tripartito y bipartito que integran un pacto global, vid. PEREZ DE LOS COBOS, F., en "Los pactos sociales y los acuerdos y convenios colectivos marco", en *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, op. cit. pág.14.

²⁴⁶ Así lo sostenía BORRAJO DACRUZ respecto de los acuerdos integrados en el AES, vid. BORRAJO DACRUZ, E., "Eficacia jurídica del AES", en AL, núm.14, 1985, pág.728.

²⁴⁷ El incumplimiento de ciertos compromisos en materia de financiación recogidos en el III AT, aun siendo de carácter político, pueden ser, a mi juicio, de una entidad suficiente como para justificar la resolución del ANFC. Así por ejemplo, el cumplimiento del III AT exige al Gobierno incluir anualmente en la Ley General de Presupuestos la cuantía destinada a la financiación, la falta de previsión al respecto supondrá que durante ese ejercicio no se podrán financiar las acciones formativas previstas en el ANFC, por ello la viabilidad del Sistema exige el cumplimiento del compromiso del Gobierno y en este sentido hay que entender que dicho compromiso es presupuesto base del ANFC.

Apunta VALDES DAL-RE, que "tal vez el acuerdo tripartito pueda ser configurado como un contrato de Derecho público, a cuya regulación resulten aplicables subsidiariamente las normas generales sobre contratación", cfr. en "La estructura de la negociación colectiva en materia de formación continua", op. cit. pág.12.

interpretar la Disp. final 2.ª al señalar que "las Organizaciones firmantes darán traslado al Gobierno de lo acordado para que mediante el correspondiente Acuerdo Tripartito y por el procedimiento legalmente establecido, puedan habilitarse medidas que posibiliten la financiación y ejecución del III Acuerdo Nacional de Formación Continua", lo que sin duda indica que si estas medidas no se arbitraran el ANFC no podría ser financiado ni ejecutado.

El contenido del II AT.- Son diversos los compromisos que a través de este pacto asumen las partes firmantes. Entre estos cabría destacar:

a) Los compromisos en materia de organización, gestión, seguimiento y control (pactos 3º y 4º).

Estas funciones se encomiendan a la Comisión Tripartita de Formación Continua y la Fundación Tripartita para la Formación Continua²⁴⁸.

b) Los compromisos de colaboración asumidos por el Gobierno

²⁴⁸ El 19 de Mayo de 1993, en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Gobierno y los Interlocutores sociales en el I AT, se constituyó FORCEM como entidad paritaria de ámbito nacional, encargada de la planificación, aprobación, financiación, apoyo técnico y seguimiento de las acciones formativas previstas en el I ANFC.

El II ANFC asignó las funciones de administración y seguimiento del AT a la Comisión Tripartita para la Formación Continua y la gestión, seguimiento y control técnico de las iniciativas formativas a la FORCEM y se encomendaron a la y tras la conclusión del II AT. Este acuerdo introdujo un cambio organizativo en el Subsistema que supuso la intervención de la Administración del Estado -a través del INEM- en la resolución final de las solicitudes y en la gestión de los pagos de las ayudas. Con ello las funciones de FORCEM se vieron reducidas.

Al respecto señaló SAN JUAN URDIALES, M. -miembro del patronato de FORCEM en representación de CEOE- que "esta modificación trataba de dotar al modelo de una mayor transparencia tanto en la toma de decisiones como en el control de los fondos", cfr. en "Algunas consideraciones en torno al modelo de gestión de la Formación Continua", en CACHON, L. Y MONTALVO, M.D. (Edit.), en *Educación y formación a las puertas del siglo XXI: La Formación Continua en España*, Ed. Complutense, Madrid, 1999, pág. 165

para favorecer el desarrollo positivo del II ANFC mediante la firma de convenios de colaboración para la utilización de centros públicos de formación, medios didácticos e información derivada de estudios sectoriales (pacto 6°).

c) Y, finalmente diversos compromisos en materia de financiación (pacto 2°).

En primer lugar, en relación con la cuantía de la cuota de formación profesional, se asume el compromiso de mantener el actual tipo de cotización por Formación Profesional durante la vigencia del Acuerdo²⁴⁹.

En segundo lugar, se recogen los compromisos precisos para hacer viable el desarrollo del II ANFC.

A estos efectos se acuerdan los criterios de redistribución de la cuota de Formación Profesional (0'7 por 100 sobre la base de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales); un 0'35 por 100 como mínimo se destinará a la financiación de las acciones formativas de los trabajadores asalariados -tanto del sector público como privado-, que se desarrollen en el marco del Subsistema de Formación Profesional Continua, conforme lo establecido en el III ANFC; y, la cantidad restante, se dedicará a la formación profesional de desempleados.

3) Los Acuerdos y Convenios Colectivos Sectoriales Estatales

²⁴⁹ El I AT, al amparo de la crisis económica, recogió igual compromiso. En aquella ocasión, sin embargo, se dejaba la vía abierta para la renegociación de la financiación del Acuerdo a partir de 1994, cosa que, finalmente, no ocurrió. Tampoco se modificó durante la vigencia del II ANFC.

sobre formación profesional continua.

El II ANFC prevé su desarrollo indistintamente por Acuerdos Sectoriales Estatales o por Convenios Colectivos, también de ámbito sectorial estatal²⁵⁰.

Se suscriben con la finalidad de potenciar la Formación Profesional de las empresas de sus respectivos ámbitos, como factor de indudable importancia para la competitividad del sector y como mejor forma de organizar y gestionar las acciones de formación continua promovidas en el sector correspondiente al amparo del II ANFC²⁵¹.

Los primeros son Acuerdos concluidos en el marco del art.83.3 del ET y tienen, en efecto, naturaleza de acuerdos sobre materia concreta, resultando de aplicación general al sector correspondiente sin necesidad de su posterior inserción en los respectivos convenios colectivos.

Los segundos, en cambio, son propiamente convenios colectivos sectoriales estatales ordinarios que, o bien asumen el contenido del II ANFC, o bien prevén un posterior Acuerdo Sectorial sobre la materia, o finalmente, son convenios

²⁵⁰ Apunta VALDES DAL-RE que estos Acuerdos y Convenios Colectivos “se encuentran en situación de alternancia, no de yuxtaposición”, lo que en definitiva significa que “II ANFC puede desarrollarse indistintamente por uno u otro cauce negocial(...)la opción a favor de unos u otros es una decisión incentivada o motivada por las concretas circunstancias concurrentes en el sector, no siendo nada fácil enunciar reglas de universal aplicación”, cfr. en “La estructura de la negociación colectiva en materia de formación continua.”, op. cit. pág.19.

²⁵¹ A tal fin se prevé la creación, en cada uno de los sectores, de una Comisión Paritaria Sectorial, con la función de aplicar el II ANFC de la manera más adecuada a la realidad sectorial. A ésta corresponderá determinar, dentro del marco establecido por el II ANFC, los criterios para la elaboración de los planes de formación, a salvo de que estos hayan sido ya fijados en el articulado del propio Acuerdo Sectorial.

colectivos ordinarios correspondientes a un sector en el que ya existía Acuerdo Sectorial específico sobre formación continua.

En cualquiera de los dos casos, son de carácter estatutario, dotados de las consiguientes eficacias; jurídica, normativa y; personal, general.

A pesar de ser instrumentos convencionales concluidos en desarrollo del II ANFC, las relaciones con éste son complejas ya que el papel del II ANFC puede variar en los tres sentidos apuntados por VALDES DAL-RE:

En primer lugar, el II ANFC puede actuar como norma subsidiaria. Así ocurrirá en relación con las cuestiones no recogidas en los Acuerdos o Convenios Colectivos²⁵².

En segundo lugar, el II ANFC puede actuar como norma supletoria cuando los Acuerdos o Convenios Colectivos se remitan a él en todo lo no regulado por ellos.

Y, en tercer lugar, el II ANFC puede actuar como norma básica necesitada de ser complementada por los Acuerdos o Convenios Colectivos. Así ocurrirá cuando el II ANFC al regular una institución remita la ordenación de otros aspectos de la

²⁵² Es especialmente importante esta relación en la medida en que el II ANFC hace referencia a los permisos por formación y los Acuerdos o Convenios colectivos pueden no hacer referencia alguna a los mismos. En tal supuesto cabe preguntarse si el II ANFC, en concreto su art.13, sería de aplicación directa o no. A mi juicio es necesario distinguir entre las obligaciones que derivan para los sujetos que negocian los Acuerdos y Convenios Colectivos en desarrollo del II ANFC y la eficacia aplicativa de éste.

Parece que en virtud del citado precepto los sujetos negociadores tienen la obligación de insertar una cláusula en los instrumentos convencionales sectoriales a efectos de establecer “un régimen de Permisos Individuales de Formación” en los términos fijados en el propio art.13. Sin embargo, de incumplirse esta obligación los trabajadores del sector tendrán igualmente derecho a disfrutar de dicho permiso en los términos establecidos en el II ANFC ya que como aquí se viene defendiendo el precepto convencional señalado es de aplicación directa cuando nada diga el convenio colectivo sectorial.

misma a los Acuerdos o Convenios Colectivos²⁵³.

Por otra parte, importa señalar que alguno de estos Acuerdos y Convenios colectivos, a pesar de ser Acuerdos sobre materia concreta del art.83.3 del ET -en un caso- o convenios colectivos ordinarios -en el otro-, establecen reglas para la solución de conflictos de concurrencia al amparo de lo previsto en el art.83.2 del ET, lo que no es objetable a juicio de VALDES DAL-RE, siempre que se cumpla el requisito establecido en dicho precepto legal sobre legitimación negocial y que restringe a las <<organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma>>²⁵⁴.

Mayoritariamente como regla de solución de conflictos de concurrencia se prevé la derogación de la regla del art.84, párr.1. ° y en algún caso se establece con efectos retroactivos²⁵⁵.

b' Acuerdos a nivel autonómico

²⁵³ Cfr. VALDES DAL-RE,F., en “La estructura de la negociación colectivo en materia de formación continua”, op. cit. págs. 18 a 20.

²⁵⁴ Se plantea este autor si en estos casos se cumplen los requisitos de legitimación a los que se refiere el art.83.2 del ET y responde afirmativamente teniendo en cuenta que la jurisprudencia se inclina a “reconocer la eficacia de normas marco contenida en convenios o acuerdos de ámbito estatal negociados, empero, por organizaciones no confederales bien que federadas o confederadas a sindicatos o patronales confederales más representativas”. Y concluye señalando que “la facultad de ordenar la autonomía negocial también ha de entenderse atribuida a las organizaciones sindicales y patronales a ellas (signatarias del II ANFC) federadas o confederadas”. Cfr. VALDES DAL-RE,F., “La estructura de la negociación colectiva en materia de formación continua”, op.cit. págs.34 y 35.

²⁵⁵ Amplia referencia a esta cuestión en VALDES DAL-RE,F., en “ La estructura de la negociación colectiva en materia de formación continua”, op. cit. pág.36.

1) El Acuerdo Interprofesional sobre Formación profesional continua del País Vasco (AIFCPV).

Ámbito de aplicación.- El 28 de Septiembre de 1995 en la Comunidad Autónoma del País Vasco se suscribió el AIFCPV.

Este Acuerdo, referido únicamente a la formación profesional continua, es de aplicación exclusiva a las empresas y trabajadores de la Comunidad Autónoma del País Vasco, con una vigencia de cuatro años, prorrogable automáticamente de no mediar denuncia con seis meses de antelación al término de su vigencia.

Fue suscrito por la organización empresarial CONFEBASK y las organizaciones sindicales ELA-STV, CC.OO y LAB, todas ellas más representativas en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, al amparo de lo previsto en el párr. 2.º del art.84 del ET y del párr. 2.º del art.3 del I ANFC²⁵⁶.

El AIFCPV, vino así a limitar el ámbito aplicativo del I

²⁵⁶ El precepto del I ANFC disponía que “las Empresas y Organizaciones que no deseen acogerse a este Acuerdo podrán desarrollar las acciones formativas a través de los procedimientos generales, en vigor en cada momento”.

Sin embargo, de no existir la mentada cláusula convencional, al resultado apuntado en el texto se hubiera llegado igualmente en virtud del párr. 2.º del art.84 del ET.

Tras la reforma de 1994, en efecto, es posible negociar, en un ámbito supraempresarial, convenios o acuerdos que afecten a lo dispuesto en un convenio de ámbito superior, quedando esta posibilidad sujeta a tres condiciones: primero, que los sujetos negociadores reúnan los requisitos de legitimación requeridos para negociar en ese ámbito, segundo, que la decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para la constitución de la comisión negociadora de la correspondiente unidad de negociación y, tercero que la materia a negociar no sea una de las relacionadas en el propio art.84 del ET.

Tanto el I ANFC -acuerdo afectado- como el AIFCPV -acuerdo afectante- cumplían sin duda estos requisitos y, de no existir la cláusula convencional previendo el descuelgue, el AIFCPV hubiera resultado igualmente de aplicación preferente respecto del I ANFC y de los subsiguientes Acuerdos y Convenios Colectivos Sectoriales, en virtud de los criterios aplicativos establecidos en el precepto estatutario de referencia -art.84,párr.2.ºET-.

Vid. CASAS BAAMONDE,M.E., en “ Concurrencia de acuerdos interprofesionales, estructura de la negociación colectiva y formación profesional continua”, op. cit. pág. 79.

Es de destacar, como hace esta autora, que el I AIFCPV fue el primer acuerdo interprofesional nacido a partir de las previsiones del art.84, párr.2.º del ET.

ANFC al sustraerle parcialmente la ordenación del Subsistema de Formación Profesional Continua en la Comunidad Autónoma del País Vasco²⁵⁷.

Actualmente coexiste con el II ANFC, respecto del cual es *prior in tempore* e inferior en ámbito. Consiguientemente, compartiendo la opinión manifestada por VALDES DAL-RE de que las relaciones entre ambos pactos, en tanto que concurrentes, entran en el ámbito de imputación de la regla del párr. 1.º del art.84 del ET, hay que concluir que el AIFCPV tiene preferencia aplicativa respecto del II ANFC. "El AIFCPV -señala este autor- tiene reconocida, en suma y por mandato legal, una garantía de intangibilidad aplicativa frente al acuerdo nacional hasta su vencimiento"²⁵⁸.

A mi juicio, sin embargo, nada hubiera impedido que el II ANFC, en tanto que Acuerdo Interprofesional de los previstos en el art.83.2 del ET, hubiera excepcionado la regla del párr.1.º del art.84 del ET.

El ET, en efecto, habilita a este tipo de acuerdos para hacerlo -art.84, párr.1.º- al fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios

²⁵⁷ En la CA del País Vasco será la Fundación HOBETUZ, entidad tripartita y paritaria creada al amparo del AIFCPV, la encargada de dirigir, organizar y subvencionar la totalidad de las acciones formativas de esa CA.

Para los supuestos de empresas cuyo ámbito exceda de esta CA, el AIFCPV prevé en la disp. adicional 2.ª que se concluyan convenios de colaboración entre la entidad estatal -FORCEM- y la autonómica vasca -HOBETUZ-

²⁵⁸ Cfr. VALDES DAL-RE,F., en "La estructura de la negociación colectiva en materia de formación continua", op. cit. pág.29.

colectivos de distinto ámbito -art.83.2 -. En base a ello el II ANFC podría haber incorporado una cláusula en la que como criterio de solución estableciera la preferencia aplicativa del II ANFC durante toda su vigencia respecto de instrumentos contractuales de distinto ámbito, ya en vigor o que pudieran negociarse en el futuro, cuando los mismos divergieran de él o contradijeran su contenido.

Diversamente, el II ANFC declina incorporar una <<cláusula /marco>> que, en el sentido apuntado, le hubiera dotado de preferencia aplicativa respecto del AIFCPV. Y entiendo que el silencio del II ANFC habría que interpretarlo como voluntad de no excepcionar la regla aplicativa del art.84, párr.1. ° del ET.

VALDES DAL-RE considera posible excepcionar la regla del párr.1. ° del art.84 del ET pero limitadamente a los supuestos de concurrencia entre el AIFCPV y los Acuerdos y Convenios Colectivos Sectoriales Estatales²⁵⁹.

A juicio de este autor la inaplicación sectorial del AIFCPV se producirá cuando; por una parte, los Acuerdos y Convenios Colectivos, al amparo del art.83.2 del ET, incorporen una regla

²⁵⁹ Hay que recordar que para este autor el II ANFC es un Acuerdo sobre materia concreta y no un Acuerdo Interprofesional de los del art.83.2 del ET.

Por otra parte revela VALDES DAL-RE la dificultad que entraña determinar la regla a utilizar para resolver la concurrencia del AIFCPV y los Acuerdos y Convenios Colectivos sectoriales estatales. Para este autor se resuelve aplicando “la regla que, en la estructura del art.84, tiene un carácter residual; esto es, la del párr.1.° en su integridad”. Y concluye señalando que, el AIFCPV tendrá preferencia aplicativa frente a los Acuerdos y Convenios Colectivos sectoriales estatales, pero con carácter supletorio, es decir, salvo pacto en contrario establecido en un Acuerdo Interprofesional o convenio colectivo del art.83.2 del ET. Cfr. en “La estructura de la negociación colectiva en materia de formación continua”, op. cit. pág.33

de solución de conflictos de concurrencia consistente en la derogación del criterio aplicativo establecido en el art.84, párr.1. ° del ET y; por otra, doten a la regla apuntada de efectos retroactivos, aplicable consiguientemente también a los conflictos surgidos respecto de los convenios ya en vigor²⁶⁰.

De hecho, como en efecto ha detectado este autor, algunos Acuerdos y Convenios Sectoriales Estatales incorporan cláusulas con el contenido y alcance apuntados, es decir, <<cláusulas/marco>>²⁶¹. A mi juicio sin embargo su aplicación preferente frente al AIFCPV en el sector de referencia no es posible, ya que, supondría en último término eliminar la preferencia aplicativa que como ya quedó apuntado tiene el AIFCPV frente al II ANFC.

En este sentido hay que tener en cuenta; por una parte, que los Acuerdos y Convenios Colectivos Sectoriales Estatales se suscriben al amparo y como desarrollo del II ANFC en el ámbito estatal sectorial correspondiente, por tanto, si para ese ámbito excluyen la aplicación del AIFCPV están dotándose de preferencia

²⁶⁰ Cfr. VALDES DAL-RE,F., en “ La estructura de la negociación colectiva en materia de formación continua”, op. cit. pág.36.

²⁶¹ A ellos se aludió antes. Sirva aquí de referencia el I Acuerdo Estatal de Formación Continua para el sector de Estiba y Desestiba en el que el art.6 establece las siguientes:

“Reglas para la solución de los conflictos de concurrencia.

1. Al amparo de lo prevenido en el art.83.2 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el párrafo primero 84 de ese mismo texto legal, los supuestos de concurrencia del presente Acuerdo con otros instrumentos contractuales colectivos (acuerdos, convenios o pactos) de distinto ámbito se sustanciarán aplicando las reglas establecidas en el presente artículo.

2. La concurrencia del presente Acuerdo con instrumentos contractuales de distinto ámbito que estén en vigor o que puedan negociarse en el futuro, se resolverán reconociendo a aquel primero preferencia aplicativa durante toda su vigencia.

3. Como consecuencia de lo estipulado en el apartado anterior, no resultarán aplicables los acuerdos adoptados en la negociación de ámbito territorial menor que contradigan el contenido del acuerdo, o se separen de algún modo de él.”

aplicativa frente a él y consiguientemente, aunque de forma indirecta, se la están dado también al II ANFC en la medida en que lo desarrollan. Así ocurrirá en el supuesto de que el II ANFC actúe como norma subsidiaria o supletoria del Acuerdo o Convenio Colectivo Sectorial²⁶².

Por otra parte, en línea con lo anterior cabría preguntarse si estos Acuerdos y Convenios Colectivos al incorporar la <<cláusula/marco>> no contradicen al II ANFC en tanto que éste, como se dijo, no excepciona la regla del art.84, párr.1., aun pudiendo hacerlo. La respuesta debe ser afirmativa si se considera al II ANFC como un acuerdo de los referidos en el art.83.2 del ET, ya que, como se razonó *supra*, la preferencia aplicativa del AIFCPV frente al ANFC que encuentra amparo legal en el art.84.1 del ET opera porque así lo quiere el II ANFC al no hacer uso de la posibilidad que le otorga dicho precepto de incorporar un pacto en contrario.

No parece lógico que la garantía de intangibilidad del AIFCPV frente al II ANFC no sea eliminada directamente por éste, cuando sí puede hacerlo, y, en cambio, sí lo sea indirectamente por un Acuerdo o Convenio Colectivo que, en definitiva, es dictado en desarrollo del anterior.

Considero, por tanto, que el AIFCPV tiene garantía de

²⁶² Si los Acuerdos o Convenios Colectivos Sectoriales Estatales incorporan la <<cláusula/marco>>, la preferencia aplicativa que adquieran frente al AIFCPV en realidad también la tendrá el II ANFC ya que éste se aplicará en dichos ámbitos autonómico/sectoriales con carácter subsidiario o supletorio de los Acuerdos o Convenios Colectivos Sectoriales Estatales.

intangibilidad aplicativa no sólo frente al II ANFC, sino también frente a los Acuerdos y Convenios Colectivos Sectoriales Estatales que sean dictados al amparo y como desarrollo del Acuerdo Nacional. Los pactos en contrario que se pudieran incorporar serán nulos por contravenir el II ANFC. Así, cuando estos Acuerdos y Convenios Colectivos establecen su preferencia aplicativa respecto de "acuerdos adoptados en la negociación de ámbito territorial menor" habrá que entender que se refieren a los de su mismo o menor ámbito funcional pero no al AIFCPV²⁶³.

Naturaleza jurídica.- El AIFCPV es un acuerdo de los referidos en el art.83.3 del ET como acuerdo sobre materia concreta, dotado de eficacia jurídica normativa y eficacia personal general en su ámbito territorial²⁶⁴.

Este acuerdo se autodenomina Interprofesional y, en efecto, lo es en tanto en cuanto su ámbito funcional es intersectorial y sin que tal extremo pueda implicar que se trate de un acuerdo de

²⁶³ Indudablemente otra hubiera sido la conclusión alcanzada de sostener que el II ANFC no es un acuerdo de los referidos en el art.83.2 del ET, sino un Acuerdo sobre materia concreta del art.83.3 del ET. En tal caso el Acuerdo Nacional no hubiera podido excepcionar la regla del art.84.párr.1.º del ET y por tanto no se podría entender que los Acuerdos y Convenios Colectivos al hacerlo contravinieran lo dispuesto en el mismo.

Pero incluso en este caso, cabría plantearse si los argumentos que conducen a concluir a favor de que los Acuerdos y Convenios Colectivos, aún que acuerdos sobre materia concreta del art.83.3, puedan incorporar una <<cláusula/marco>> en base al art.83.2 del ET, no servirían igualmente para resolver a favor de que el II ANFC también pueda hacerlo, ya que se trataría también de un acuerdo sobre materia concreta negociado por sujetos colectivos que tienen la legitimación requerida por el art.83.2 del ET.

²⁶⁴ Cfr. CASAS BAAMONDE,M.E., en "Concurrencia de acuerdos interprofesionales estructura de la negociación colectiva y formación profesional continua", op. cit. pág.71 y VALDES DAL-RE,F., en "La estructura de la negociación colectiva en materia de formación continua", op. cit. pág.22.

Apunta este autor que a diferencia del II ANFC, las personas afectadas por los mandatos del AIFCPV son, exclusivamente, sujetos individuales -trabajadores y empresarios incluidos en su unidad de negociación- y no, también, sujetos colectivos. En efecto, como a continuación se verá, este extremo queda reflejado en la aplicabilidad directa y no diferida del AIFCPV.

los regulados en el art.83.2 del ET. El propio contenido del acuerdo impide calificarlo como acuerdo marco ya que a diferencia del ANFC no establece reglas ordenadoras de la negociación colectiva en su ámbito de aplicación lo que significa que no incorpora el contenido típico que confiere identidad a la figura del acuerdo marco y determina la aplicación del régimen jurídico en el art.83.2 del ET²⁶⁵.

Por otra parte, la aplicabilidad de las previsiones que establece en materia de formación continua es directa e inmediata sin precisar recepción convencional posterior ni contener remisiones a la negociación colectiva de ámbito inferior²⁶⁶.

Esta eficacia directa podría llevar a pensar que el AIFCPV tiene naturaleza de convenio colectivo ordinario, sin embargo, a diferencia de estos, el AIFCPV no establece condiciones de trabajo directamente aplicables a las relaciones individuales de trabajo, su finalidad es otra. Como señala CASAS BAAMONDE traza un dispositivo organizativo y procedimental orientado al impulso y fomento de la impartición de la formación continua en su ámbito de aplicación que hace que sus contenidos sean más procedimentales que sustantivos lo que, precisamente, en mi opinión, permite distinguirlo de un convenio colectivo

²⁶⁵ CASAS BAAMONDE lo califica de "acuerdo interprofesional específico o sobre materia concreta <<puro>>". Cfr. en "Concurrencia de acuerdos interprofesionales. Estructura de la negociación colectiva y formación profesional continua.", op. cit. pág.75.

²⁶⁶ Vid. CASAS BAAMONDE, M.E., "Concurrencia de acuerdos interprofesionales estructura de la negociación colectiva y formación profesional continua", op. cit. pág.75 y VALDES DAL-RE, F., en "La estructura de la negociación colectiva en materia de formación continua", op. cit. pág.22.

ordinario²⁶⁷.

El AIFCPV, en efecto, no regula los contenidos y términos del ejercicio del derecho a la formación profesional de los trabajadores ocupados sino que, se refiere monográficamente a la formación continua, para regular y establecer la estructura técnica y organizativa del Subsistema de Formación Profesional Continua específicas para su ámbito territorial.

Se trata, en definitiva, de un acuerdo sobre materia concreta de los previstos en el art.83.3 del ET, interconfederal en atención a los sujetos que lo negociaron, interprofesional en atención a su ámbito funcional y de comunidad autónoma en relación con su ámbito territorial.

2) El Acuerdo Tripartito sobre Formación Profesional del País Vasco (ATPV).

El Acuerdo Tripartito sobre formación continua en la CA del País Vasco, fue suscrito el 6 de Octubre de 1995 (BOE de 25 de Octubre), por el Gobierno del País Vasco, y las organizaciones sindicales (ELA/STV, CCOO y LAB) y empresariales (CONFESBASK) más representativas en el ámbito de esa CA.

Su naturaleza jurídica es idéntica a la del II AT, por ello a lo dicho *supra* sobre ese acuerdo hay que remitirse.

²⁶⁷ Cfr. CASAS BAAMONDE, M.E., en “Concurrencia de acuerdos interprofesionales estructura de la negociación colectiva y formación profesional continua”, op. cit. pág.75.

A partir de 1995, las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado prevén, además de la financiación de las acciones de formación continua de trabajadores ocupados y los Planes de formación continua en las Administraciones públicas, la financiación de los Planes de formación "que sean fruto de cualesquiera otros acuerdos". Entre éstos, obviamente, se encuentran los suscritos al amparo del art.84, párr.2 del ET, como es el caso del AIFCPV²⁶⁸.

B. LAS MEDIDAS DE ACTUACION ORDENADAS POR EL SUBSISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL CONTINUA

²⁶⁸ Para el año 1996 mediante el Real Decreto-Ley 16/1996, de 22 de Noviembre, (BOE de 23 de Noviembre), se acordó destinar a la financiación del AIFCPV 972.500.000 pesetas.(Convalidado por Acuerdo del Congreso de los Diputados, publicado por Resolución de 12 de Diciembre, BOE de 19 de Diciembre). (No hubo acuerdo de la Comisión tripartita de seguimiento sobre asignación de fondos para dicha financiación).

En 1997, se suscribió un Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Gobierno Vasco, mediante el cual el Ministerio sumió para ese año, parte de la financiación correspondiente al AIFCPV.

Para el año 1998 mediante el Real Decreto-Ley 16/1998, de 4 de Diciembre, (BOE de 8 de Diciembre) se dispuso la financiación del AIFC por importe de 3.100 millones de pesetas. (Convalidado por Acuerdo del Congreso de los Diputados, publicado por Resolución de 17 de Diciembre, BOE de 30 de Diciembre). (Hubo acuerdo parcial de la Comisión tripartita de seguimiento)

Para el año 1999 mediante el Real Decreto-Ley 13/1999, de 3 de Septiembre, (BOE de 4 de Septiembre) se dispuso financiar el AIFCPV con 3.450 millones de pesetas. (Convalidado por Acuerdo del Congreso de los Diputados, publicado por Resolución de 16 de Septiembre, BOE de 23 de Septiembre).(Hubo acuerdo parcial de la Comisión tripartita de seguimiento).

La subvención que otorga el Estado a través del INEM, se rige por lo dispuesto en la Orden (MTAS) de 23 de Julio de 1998, (BOE de 11 de Agosto), por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas a las acciones acogidas al AIFCPV para 1998.

En esta Orden, la disposición adicional primera señala que las ayudas objeto de la misma, y por tanto subvencionadas mediante el crédito señalado, son incompatibles con las que pudieran percibirse en el marco del II ANFC. Sin embargo, parece que queda abierta la posibilidad de que la formación continua en el País Vasco también pueda ser objeto de financiación a través de la vía prevista para la financiación del II ANFC. Así ocurrirá cuando la acción formativa no estuviera dentro del marco del AIFCPV, como es el caso de los permisos por formación que no están contemplados en el AIFCPV.

EL ANFC.- EL ANFC organiza la Formación Profesional Continua estableciendo las tres modalidades de desarrollo de las acciones formativas dirigidas tanto a la mejora de competencias y cualificaciones como a la recualificación de los trabajadores ocupados con el fin de compatibilizar la mayor competitividad de las empresas con la formación individual del trabajador (art.1)²⁶⁹ Y, los procedimientos previstos para que las empresas, trabajadores y organizaciones sindicales y empresariales las desarrollen son de tres tipos: Planes de formación, Medidas complementarias de Acompañamiento a la Formación y Permisos Individuales de Formación.

a) Los planes de formación profesional continua.

El III ANFC señala las cuatro modalidades de planes formativos que pueden ser financiados con cargo al III AT y establece los requisitos que, a tales efectos, deben cumplir los promotores de los mismos.

1) Planes de Empresa: Son los elaborados por las empresas que cuenten con 100 o más trabajadores²⁷⁰.

2) Planes Agrupados: Tienen carácter sectorial, dirigidos a dos o más empresas que ocupen conjuntamente al número de

²⁶⁹ VALDEOLIVAS GARCIA,Y., GETE CASTRILLO,P. Y TORRENTS MARGALEF,J., en “Estudio comparativo y evolutivo de los cambios en la regulación de la formación continua en los Acuerdos y Convenios Colectivos”, RL, núms. 23 y 24, 1998, págs.38 a 50., hacen un interesante análisis sobre el concepto de formación continua recogido en este Acuerdo.

²⁷⁰ Las empresas que no alcancen ese número de trabajadores, sólo excepcionalmente podrán presentar para su financiación planes de empresa propios, en los supuestos y condiciones que se determinen en las convocatorias correspondientes (art.8 III ANFC).

trabajadores que se determine en la correspondiente convocatoria²⁷¹.

3) Planes específicos de la economía social: Para las cooperativas y sociedades laborales, además de las modalidades anteriores, pueden presentar planes de formación, de ámbito estatal o autonómico, que agrupen a dos o más empresas de distinto sector productivo²⁷²

4) Planes Intersectoriales. Trascienden el ámbito sectorial e incluyen acciones formativas tanto de oferta como de demanda que, por su naturaleza, tengan un componente común a varias ramas de actividad. Estos planes pueden ser de dos tipos, de ámbito territorial superior a una CC.AA y de ámbito igual o inferior a una CC.AA. y, consecuentemente, variarán los sujetos colectivos promotores de los mismos²⁷³.

b) Las medidas complementarias y de acompañamiento a la formación profesional continua.

El Acuerdo en el art.13, prevé la financiación de Acciones

²⁷¹ Pueden promover estos planes y, en consecuencia solicitar la correspondiente financiación: Las propias empresas adscritas al plan, a las organizaciones Empresariales y/o Sindicales más representativas, a las Organizaciones Empresariales y/o Sindicales representativas en el ámbito sectorial y/o territorial igual o superior al del ámbito subjetivo del plan, las fundaciones bipartitas previstas en los convenios colectivos y acuerdos sectoriales estatales y organizaciones de cooperativas y/o de sociedades laborales con notable implantación en el ámbito del plan.(art.9 III ANFC)

²⁷² Podrán solicitarlo las confederaciones y federaciones de cooperativa y/o de sociedades laborales con notable implantación en la economía social, en el ámbito territorial del plan. (art.10 III ANFC)

²⁷³ Las Organizaciones Empresariales y Sindicales más representativas puedan presentar Planes Intersectoriales de ámbito superior a Comunidad Autónoma.

Los Planes Intersectoriales de ámbito de Comunidad Autónoma podrán ser promovidos por las Organizaciones Empresariales y Sindicales más representativas, en sus respectivas Comunidades Autónomas. (art.11 III ANFC)

complementarias y de acompañamiento a la formación que contribuyan a la detección de necesidades formativas en los distintos ámbitos, a la elaboración de herramientas y/o metodologías aplicables a los planes de formación, a la difusión de la Formación Continua, y todas aquéllas otras que mejoren la eficiencia del Sistema de Formación Continua²⁷⁴.

c) Los permisos individuales de formación profesional continua.

El III ANFC prevé la financiación de permisos por formación que tengan por objeto la actualización de la cualificación o el perfeccionamiento profesional del trabajador y establece su régimen jurídico, delimitando, en el art. 13, los ámbitos subjetivo y objetivo del mismo, el procedimiento que debe seguir el trabajador para obtenerlo, así como su remuneración y régimen de financiación.

Desde mi punto de vista, se trata de una modalidad especial de permiso por formación de los contemplados en el art.23.1.b) del Estatuto de los Trabajadores²⁷⁵, por tanto, su análisis queda diferido al momento en que se estudien las facultades que al

²⁷⁴ A estas medidas no se refería el I ANFC. Se introducen en el II ANFC y se mantienen en el actual como respuesta a la necesidad, puesta de manifiesto por distintos sectores, de promover los medios para detectar las necesidades formativas a fin de que la planificación de las acciones formativas a impartir respondan efectivamente a los requerimientos del mercado de trabajo.

²⁷⁵ En relación con estos permisos, según la Exposición de Motivos del I ANFC, este venía a desarrollar las previsiones del art.23.1.b) del Estatuto de los Trabajadores sobre la concesión del permiso de formación profesional que "tenga como objeto la actualización de la cualificación o el perfeccionamiento profesional". Sin embargo, a mi juicio, de la delimitación del presupuesto de hecho que realizaba el Acuerdo Nacional, no se desprende que el desarrollo de los "permisos formativos" llevado a cabo en esa sede, agotara el contenido del art. 23.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, sino que establecía el régimen jurídico de una modalidad especial de permiso por formación.

El II ANFC, hace una regulación similar a la anterior, pero ya en su Exposición de motivos no se recoge dicha aseveración.

trabajador reconoce el precepto estatutario mencionado.

PARTE SEGUNDA

EL SISTEMA DE FORMACION PROFESIONAL

AL INICIO DE LA RELACION LABORAL

CAPITULO III

EL SISTEMA DE FORMACION PROFESIONAL EN

ALTERNANCIA

I. LA FORMACION EN ALTERNANCIA.

A. EL CONCEPTO DE FORMACION EN ALTERNANCIA.

La formación en alternancia se puede entender como un proceso especial de enseñanza en el curso del cual el alumno recibe formación teórica y la complementa -simultánea o posteriormente- con la formación práctica que adquirirá mediante el ejercicio de una actividad profesional en un lugar de trabajo.

Este es un concepto amplio de la formación en alternancia en la medida en que, al prescindir del estatuto jurídico del alumno, permite incluir todos los procesos en los que la formación se alterna con el trabajo, es decir, aquéllos en los que opera el principio de <<inmersión>> en la empresa en situaciones reales de trabajo²⁷⁶ y no sólo aquéllos en los que la formación se alterna con un trabajo dependiente y por cuenta ajena, es decir, con el empleo.

Al concepto de formación en alternancia apuntado responden, tanto las fórmulas de estancias-formativas de los alumnos que cursan enseñanzas profesionales en las empresas y en el curso de

²⁷⁶ A este principio <<pedagógico>> alude LENOIR en relación con los programas compensatorios y a mi juicio se puede extender a todo proceso de formación en alternancia. Vid. LENOIR,C., en "À propos des formations par l'alternance" en Droit Social, núm.5, 1993, pág.415.

las cuales mantienen su estatuto escolar, cuanto aquéllas en las que los alumnos adquieren la condición de asalariados en virtud de la suscripción de un contrato de trabajo, es decir, las fórmulas de alternancia formación-empleo²⁷⁷.

Por otra parte, la alternancia, en cuanto método de formación que asocia dos componentes formativos, la formación teórica y la formación práctica, requiere, por regla general, la intervención de dos entidades distintas; un organismo especializado en la formación y una empresa especializada en la producción de bienes o servicios, que se asocian con ocasión del proceso formativo y colaboran en las diversas etapas del mismo²⁷⁸. Sin embargo, hay supuestos en los que, como se verá, la formación teórica no se imparte en un centro formativo sino por la propia empresa.

B. LA FINALIDAD DE LA ALTERNANCIA.

La alternancia es un dispositivo que asocia formación e inserción²⁷⁹. En todas las fórmulas de alternancia previstas en el Sistema de Formación Profesional ambos componentes aparecen indisociables.

²⁷⁷ Vid. DUTERTRE,J., en "Les séquences éducatives en entreprise. Approche juridique", Droit Social, núm.2, 1982, pág.127.

²⁷⁸ Sobre el concepto de formación en alternancia, vid. THERY,M. quien recoge la definición propuesta por el Haut Comité Éducation-Économie: <<une formation en deux lieux distincts et en responsabilité>>, en "Les formations professionnelles en alternance", Droit Social, núm.4 , 1992, pág.391.

Para LENOIR es "un processus particulier de formation où les stagiaires sont placés alternativement en deux lieux, distincts mais associés dans ce processus, à savoir d'une part un organisme spécialisé dans la formation, et d'autre part une entreprise, lieu apécialisé dans la production (de biens ou de services". Cfr. en LENOIR,C., "À propos des formations par l'alternance", op. cit. pág.411.

²⁷⁹ Vid. BOULIN,B. en "Les contrats permettant une formation en alternance: Analyse comparative", en Droit Social, núm.2, 1982, pág.142.

En efecto, no se trata de dispositivos únicamente formativos en la medida en que no se dirigen exclusivamente a resolver un problema de cualificación profesional y tampoco son sólo un mecanismo de inserción en tanto que no tienen por objeto únicamente el acceso al empleo²⁸⁰.

Su doble dimensión caracteriza a la alternancia como dispositivo mixto cuyo objetivo es la formación profesional mediante la realización de un trabajo cualificante.

La preponderancia de cada uno de estos elementos, formación-trabajo, varía, sin embargo, según la fórmula de que se trate.

En las estancias-formativas en las empresas la alternancia se establece como un mecanismo principalmente de formación pero también de preparación para la inserción de los alumnos que cursan enseñanzas profesionales en la medida en que, en primer lugar, les facilita un primer contacto con la vida profesional y, en segundo lugar, les facilita una experiencia laboral en el oficio al que se dirigen sus estudios que, certificada por el empresario, podrán acreditar a los efectos de su posterior acceso al empleo.

En los programas de formación-empleo la alternancia opera, en unos casos como mecanismo principalmente de formación, y, en otros, invirtiendo los términos, opera como mecanismo principalmente de inserción.

Al primer tipo responden los PGS ya que, en tanto programas mixtos de formación-empleo previstos en el sistema educativo,

²⁸⁰ Sobre la distinción entre inserción en el empleo y formación profesional vid. POIRIER, M., en "L'accessión au travail: insertion ou formation?", Droit Social, núm.3, 1993, págs.257 y 258. Para esta autora "l'insertion proprement dite s'assigne, quant à elle, essentiellement pour objectif une (re)mise au travail qui ne peut être considérée comme véritablement formatrice".

tienen como objetivo principal la formación de los alumnos participantes y utilizan la inserción para lograrlo.

Son, en efecto, programas de educación compensatoria cuyo objetivo es que los sujetos excluidos del sistema educativo puedan alcanzar un nivel mínimo de formación. La LOGSE prevé para estos casos, como uno de los remedios al fracaso del sistema o métodos tradicionales, un proceso especial de formación en el que se alterna la formación con el empleo. Por ello el objetivo del programa es la formación del sujeto y el medio utilizado la inserción que se instrumentaliza a través del contrato de trabajo.

Se trata, como señala LENOIR, de insertar para formar y cualificar profesionalmente y no a la inversa²⁸¹.

Hay otros programas mixtos formación-empleo que, ofertados por el Subsistema Ocupacional, tienen como objetivo principal la inserción de los participantes, son: Las Escuelas-Taller, las Casas de Oficio y los Talleres de Empleo.

También en estos casos existe una carencia formativa del sujeto participante; no tendrá cualificación profesional, o bien, teniéndola será inadecuada a los requerimientos del mercado de trabajo. Por ello estos programas prevén la formación de los trabajadores pero, en este caso, como medio para insertarlos en el mercado de trabajo ya que su especial dificultad para encontrar empleo deriva precisamente de dicha carencia formativa, se trata con ello de mejorar la empleabilidad de los participantes.

En otro orden de cosas, interesa resaltar el relevante papel

²⁸¹ Cfr. LENOIR, C., en "À propos des formations par l'alternance", op. cit. págs.414 y 415.

que tiene encomendado la empresa en las fórmulas de formación en alternancia.

La alternancia es una fórmula o medida de política activa de empleo de carácter compensatorio que al asociar formación e inserción opera mediante el principio de inmersión en la empresa, requiriendo, por tanto, la intervención de ésta.

La empresa, en efecto, en el sistema de formación en alternancia interviene como organización cualificante y como organización de inserción, cumpliendo por tanto una doble función social: Cualificar e insertar.

Ambas funciones las cumple en el marco de los programas mixtos formación-empleo ya que a través de estos dispositivos acoge y forma, tanto a los excluidos del sistema escolar, como a los excluidos del mercado de trabajo²⁸². Y lo mismo hace, aunque de forma mucho más matizada respecto la inserción, en las estancias-formativas de los alumnos en la empresa, en estos casos obviamente ésta actúa principalmente como organización cualificante.

C. LAS FORMULAS DE FORMACION EN ALTERNANCIA.

Tanto las estancias-formativas en las empresas como la alternancia formación-empleo están previstas en el Sistema de Formación Profesional. Las primeras, se instrumentan mediante un convenio de colaboración entre la entidad formativa y la empresa y están previstas en los subsistemas reglado y ocupacional. La segunda, instrumentada mediante un contrato de trabajo, está prevista en los programas mixtos formación-empleo que organizan también ambos subsistemas.

²⁸²

Vid. THERY, M., en "Les formations professionnelles en alternance", op. cit. pág.393.

II. LAS ESTANCIAS-FORMATIVAS EN LAS EMPRESAS.

Introducción.- Las estancias-formativas en las empresas tienen en todos los casos como finalidad que los alumnos en el transcurso de la misma complementen la formación teórica impartida por un centro educativo mediante la realización de actividades profesionales en un lugar de trabajo, adquiriendo de esta manera unos conocimientos profesionales que les sería difícil obtener en el centro educativo donde cursan el resto de módulos profesionales²⁸³.

La inmersión de los alumnos en prácticas en la empresa, en situaciones reales de trabajo, como se verá a continuación, particulariza su estatuto jurídico escolar aproximándolo al de los trabajadores asalariados de la misma.

Desde esta perspectiva las prácticas formativas en las empresas resultan, no sólo de interés para Derecho del Trabajo²⁸⁴,

²⁸³ DUTERTRE, J., señala que mediante la estancia en las empresas se pretende dar a los jóvenes la posibilidad de experimentar <<in vivo>> las técnicas que han aprendido <<in vitro>>. Cfr. en “Les séquences éducatives en entreprise. Approche juridique”, op. cit. pág.134.

La ilustrativa expresión <<práctica laboral *in vitro* o de ensayo>>ya fue utilizada por BORRAJO DACRUZ para referirse a la práctica realizada exclusivamente en los centros docentes y en contraposición con la práctica laboral seria y que con realismo se realiza en las empresas. Cfr. en BORRAJO DACRUZ,E., “Objetivos y bases legales para la promoción de la formación profesional en razón del empleo en España”, RT, núm.66, 1982, pág.16 por contraposición a la práctica laboral realizada en las empresas por los trabajadores contratados para la formación

Para THERY el papel de la empresa será asegurar la adquisición de los conocimientos y del <<savoir-faire>> por el ejercicio de una actividad en el lugar de trabajo. Cfr. en “Les formations professionnelles en alternance”, op. cit. pág.393.

²⁸⁴ Vid. DUTERTRE, J., en “Les séquences éducatives en entreprise. Approche juridique”, op. cit. pág.129.

sino también centro de imputación del mismo en cuanto los alumnos durante su estancia-formativa estarán incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación de determinadas normas que integran la rama social del derecho²⁸⁵.

En efecto, la importancia de estas fórmulas de alternancia sin contrato de trabajo radica, por una parte, en que se implanta una forma jurídica de acceso al trabajo distinta al contrato de trabajo²⁸⁶, y, por otra, en que dan lugar a un colectivo de trabajadores que aun no siendo titulares de un contrato de trabajo se les aplica una franja del Derecho del Trabajo²⁸⁷.

A. LAS ESTANCIAS-FORMATIVAS O PRACTICAS <<FORMALES>> EN LAS EMPRESAS.

Modalidades.- Tanto el Subsistema de Formación Profesional Reglada como el Ocupacional prevén unas estancias temporales de prácticas formativas en las empresas como medio para que los alumnos de esas enseñanzas profesionales realicen

²⁸⁵ La ley de prevención de riesgos no los incluye en su ámbito de aplicación no obstante el espíritu de la norma puede ir en el sentido de que afecte a todos los que realicen tareas en la empresa y estén expuestos a los riesgos de accidente. Si no es posible formación en esta materia si por lo menos habrá que dar información sobre los riesgos que corren si no se respetan las reglas de seguridad y salud. Vid. sobre esto THERY, M., en “Les formations professionnelles en alternance”, op. cit. pág.395

²⁸⁶ FAURE-MURET, E. lo califica de cambio estructural en el proceso de acceso al empleo. Cfr. en “Les raisons d’une précarité”, DS, núms.9 y 10, 1989, pág.679.

²⁸⁷ Mediante estas fórmulas es posible trabajar bajo la subordinación jurídica de una persona y reivindicar la aplicación de una parte de la legislación del trabajo, sin ser asalariado, es decir, sin que exista un contrato de trabajo. Cfr. en FAVENNEC-HENRY, F., “SIVP et déclin du contrat de travail”, op. cit.pág.514.

Para la doctrina francesa éste fenómeno supone “la decadencia del contrato de trabajo”. Cfr. FAVENNEC-HENRY, F., “SIVP et déclin du contrat de travail”, op. cit.pág.514 y da lugar a la existencia de una nueva <<race>> de trabajadores según FAURE-MURET, E., en “Les raisons d’une précarité”, op. cit. págs.679 y 681 o a una <<categoría híbrida>> como les llama FAVENNEC-HENRY, F. en “SIVP et déclin du contrat de travail”, op.cit. pág.514.

los módulos prácticos que con carácter obligatorio deben cursar para obtener la correspondiente titulación.

Hay que recordar que son dos los supuestos previstos en el Sistema de Formación Profesional²⁸⁸:

1) Los módulos de FCT integrados en itinerarios profesionales para la obtención de títulos de Formación Profesional específica.

2) Los módulos de FCT integrados en itinerarios profesionales para la obtención de certificados de Formación Ocupacional.

Instrumento jurídico de la alternancia: El convenio de colaboración.- Las modalidades de estancia-formativas en las empresas, previstas en los programas de formación profesional reglada y ocupacional y, se pueden considerar como estancias prácticas <<formales>> en la medida en que son organizadas por el Sistema de Formación Profesional y derivadas de la existencia de un convenio de colaboración firmado por la empresa y el centro formativo con intervención del estudiante.

El convenio de colaboración es la fórmula jurídica que da cobertura a la estancia práctica del estudiante en la empresa y que junto al programa de formación se impone como medio de control externo y como garantía del cumplimiento del objetivo formativo de las prácticas²⁸⁹.

²⁸⁸ También el Sistema de Educación para el nivel universitario prevé estancias-formativas en empresas. Son de dos tipos: Los módulos de prácticas integradas en el plan de estudios universitarios con correspondencia en créditos académicos y las prácticas voluntarias, en este caso sin correspondencia en créditos universitarios. Aunque, como ya se indicó, no serán objeto de atención por quedar fuera del Sistema de Formación Profesional sin embargo interesa apuntar que tienen igual finalidad y similar organización que las programadas y desarrolladas por éste.

²⁸⁹ Determinante de la existencia del stage y sobre todo de que las partes - estudiante y empresario- pueden quedarse en la <<periferia del asalariado>> al permitir que se excluya la existencia de un contrato de trabajo, es la existencia de un convenio de formación concluido, en base a la normativa educativa correspondiente, entre la empresa y la entidad educativa con la participación del estudiante. Cfr. FAVENNEC-HENRY, "SIVP et déclin du

Estatuto jurídico del alumno en prácticas.- Como las normas educativas se ocupan de señalar, durante la estancia formativa no existirá relación laboral entre los alumnos en prácticas y la empresa. No se prohíbe, sin embargo, su contratación pero sí se impone la incompatibilidad entre actividad laboral y actividad formativa.

Así, se impide que la empresa cubra algún puesto de trabajo en plantilla con un alumno en prácticas salvo que sea mediante una relación jurídica laboral; y si éste fuera el caso, se considerará que el alumno contratado abandona el programa formativo en el centro de trabajo; debiendo la empresa, a tales efectos, comunicar la contratación al director del centro²⁹⁰.

La inexistencia de una relación jurídica laboral entre empresario y alumno imposibilita aplicar a este colectivo el estatuto jurídico de los trabajadores de la empresa.

Durante su estancia en la empresa mantienen su estatuto escolar y, por tanto, continúan siendo titulares de los derechos y deberes básicos que les reconocen las normas educativas.

No obstante, la especial situación en la que se encuentran en cuanto sujetos de un proceso de formación en alternancia, es decir, en cuanto inmersos en una empresa en situaciones reales de trabajo, conlleva que su estatuto jurídico tenga ciertas particularidades que les aproxima a la situación jurídica de los trabajadores asalariados de la empresa.

En este sentido apunta MONTALESCOT que, a menos que se

contrat de travail”, op. cit. págs. 514 y 515.

²⁹⁰ En este sentido, Andalucía: Orden de 1 de Septiembre de 1993, art.5.4.
Canarias: Resolución de 23 de Julio de 1997, instrucción IV, apartado 4.8.
Asturias: Resolución de 1 de Febrero de 2002, instrucción quinta, apartado 5.

quiera convertir la estancia-formativa en la empresa en un <<circuito turístico>>, el empresario deberá encomendar al alumno un puesto de trabajo real o sucesivos puestos de trabajo reales, en virtud de lo cual participará de la marcha de la empresa y se integrará en la comunidad que constituye ésta como los asalariados que la componen.

En consecuencia, señala este autor, el alumno durante su estancia en la empresa se obliga a trabajar por cuenta del empresario que lo acoge, y, en este sentido existe, en efecto, cierto grado de subordinación del alumno al empresario, ya que, aunque no queda sometido al poder disciplinario del empresario, que mantiene el centro formativo, si queda sujeto a su poder de dirección y organización, en la medida en que el lugar donde desarrolla las prácticas formativas será un lugar de trabajo y de que las actividades que se le asignen estarán, en todo caso, entre las actividades productivas del centro de trabajo²⁹¹.

En efecto, el alumno no está sujeto al poder disciplinario del empresario sino al del centro educativo que lo podrá ejercitar a instancia de la empresa cuando el alumno incurra en alguna de las conductas tipificadas como faltas en las correspondiente norma educativa que establece su régimen disciplinario²⁹² o cuando, como apunta DUTERTRE, no respete las

²⁹¹ En lo que concierne al horario aplicable y al reglamento interior, vid. MONTALESCOT, M-J., en "Les stages: un nouveau moyen d'insertion professionnelle?", Droit Social, núm.11, 1977, pág.368.
También, THERY, M., en "Les formations professionnelles en alternance", op. cit. pág.395.

²⁹² Los alumnos de centros docentes no universitarios, son titulares de los derechos y deberes básicos recogidos en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de Julio, de Enseñanza en General (LODE) y de los que en desarrollo de la anterior establezcan las normas educativas autonómicas y, en su caso, las normas de convivencia que establezcan los centros privados no concertados en virtud del art.25 de LODE.

Esta normativa hay que entender que rige plenamente también durante el tiempo en que el alumno desarrolla su formación en el centro de trabajo, en tanto éste se puede asimilar al centro de formación -concertado o no concertado- con el que suscribió el convenio de colaboración. Prueba de ello es la remisión que se hace a la misma, por ejemplo en Canarias, donde la Resolución de 23 de Julio de 1997 establece que, durante la realización del módulo de FCT, el régimen disciplinario del alumnado será el establecido en el Decreto 292/1995, de 3 de Octubre

reglas establecidas en el centro de trabajo.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que la normativa específica sobre FCT sí permite al empresario extinguir unilateralmente el convenio de colaboración para un determinado alumno o grupo de alumnos, tanto en caso de faltas repetidas de asistencia y/o puntualidad no justificadas, como en supuestos de falta de aprovechamiento o mala conducta, previa audiencia al interesado.

En segundo término, en virtud del convenio de colaboración el empresario tiene competencias en orden a dirigir la actividad formativa del alumno en la empresa y éste la obligación de cumplir las indicaciones que para atender los objetivos de su formación le haga el empresario o el trabajador designado como tutor.

El ejercicio del poder de dirección del empresario en relación con el alumno en prácticas está fuertemente limitado en la medida en que no existe entre ambos relación de subordinación.

Así, queda enmarcado por el convenio de colaboración y por el contenido del programa de formación del centro que, como ya se indicó, señalará tanto las actividades a realizar por el alumno, cuanto las condiciones de tiempo y lugar de su realización, correspondiendo al empresario -directamente o a través del tutor- concretar lo que no esté señalado en el programa y dictar las ordenes pertinentes en relación con el modo de ejecución de la actividad productiva de que se trate.

de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, por el que se regulan los derechos y deberes de los alumnos de centros docentes no universitarios de esa CA -Instrucción IV, apartado 4.10 de la Resolución de 23 de Julio de 1997-

Entre estos derechos interesa destacar que están recogidos el "derecho a que se respete su integridad física y moral y su dignidad personal, no pudiendo ser objeto, en ningún caso, de tratos vejatorios o degradantes o de castigos físicos o morales" y significativamente, aluden también al "derecho a desarrollar su actividad académica en las debidas condiciones de seguridad e higiene".

Si la empresa extralimitándose en sus funciones, exige al estudiante actividades profesionales no programadas o requiere del estudiante un nivel de rendimiento superior al que debe ser propio de una actividad profesional formativa, estará incumpliendo las cláusulas establecidas en el convenio de colaboración o las previsiones relativas a las actividades formativas previstas en el programa formativo. En cualquiera de los casos, su conducta incumplidora justificará que la entidad educativa pueda rescindir el convenio de colaboración, incluso sin respetar el tiempo de preaviso cuando entienda que con ello se está perjudicando gravemente el proceso de aprendizaje²⁹³.

Y, en torno a la remuneración del alumno en prácticas, hay que señalar que la inexistencia de una relación laboral impide que éstos puedan pretender retribución alguna por su actividad formativa, ni por los resultados que puedan derivarse de ella, salvo, obviamente, las que les pudieran corresponder en concepto de ayudas o becas por convocatorias específicas para la realización de prácticas en empresas²⁹⁴. Tampoco percibirán retribución alguna por los resultados que puedan derivarse de la actividad que realice durante su estancia en la empresa. Las normas educativas se pronuncian expresamente en este sentido y de tal previsión podría deducirse que no se prohíbe que la empresa comercialice el producto derivado de la actividad formativa realizada por el estudiante²⁹⁵. De cualquier forma, ésta es una de

²⁹³ Vid. Canarias: Resolución de 23 de Julio de 1997, instrucción, apartado 4.5., Andalucía: Orden de 1 de septiembre de 1993, art.4 y Asturias: Resolución de 1 de Febrero de 2002, instrucción séptima.

²⁹⁴ Vid. Canarias: Resolución de 23 de Julio de 1997, instrucción IV, apartado 4.7.
Andalucía: Orden de 1 de Septiembre de 1993, art.5.2 y 3
Comunidad Valenciana: Orden de 25 de Noviembre de 1997, apartado 2º, punto 1.

²⁹⁵ Vid. Canarias: Resolución de 23 de Julio de 1997, instrucción IV, apartado 4.7. y Asturias: Resolución de 1 de Febrero de 2002, instrucción cuarta, apartado 4º.

las cuestiones sobre las que debería incidir el convenio de colaboración.

Nada impide, sin embargo, que el empresario pueda dar al alumno algún tipo ayuda o compensación económica. Es más, la normativa general sobre prácticas formativas de estudiantes universitarios²⁹⁶ así lo contempla posibilitando que el Convenio de colaboración prevea la aportación por las empresas de una cantidad en concepto de bolsa o ayuda al estudio y la forma en que ésta será satisfecha.

La cantidad percibida por el alumno no tendrá naturaleza salarial en la medida en que no remunere la actividad profesional realizada por el alumno en virtud de un contrato de trabajo.

Indudablemente la propia finalidad de las prácticas formativas requiere que el alumno durante su estancia en la empresa realice una actividad laboral²⁹⁷ y el empresario podrá comprometerse a darle una prestación económica, ya sea para compensar el esfuerzo formativo que realiza, ya para compensar los gastos que su estancia en la empresa le hayan ocasionado. Pero, en la medida en que la actividad profesional realizada por el alumno en prácticas no se pueda considerar como trabajo productivo, la prestación económica percibida no tendrá naturaleza salarial²⁹⁸.

²⁹⁶ Art.6 del RD 1497/1981 de 19 de Junio sobre programas de cooperación educativa.

²⁹⁷ Hay que tener en cuenta que entre los objetivos del módulo FCT se encuentran el de complementar la adquisición de la competencia profesional conseguida en el centro educativo, mediante la realización de un conjunto de actividades de formación identificadas entre las actividades productivas del centro de trabajo y, en segundo lugar, el objetivo de adquirir el conocimiento de la organización productiva correspondiente al perfil profesional y el sistema de relaciones sociolaborales del centro de trabajo, a fin de facilitar su futura inserción profesional.

²⁹⁸ En este sentido señala DUTERTRE que en la medida en que la gratificación que otorga la empresa no es consecuencia de una prestación de trabajo no puede tener la consideración de remuneración del trabajo o prestación salarial. Vid. DUTERTRE, J., en "Les séquences éducatives en entreprise. Approche juridique", op. cit. pág.130

La falta de trabajo productivo, en efecto, presupondrá la inexistencia de una relación jurídica laboral lo que impedirá considerar que el empresario da la prestación económica en cumplimiento de una obligación de remunerar el trabajo productivo del alumno y que éste la recibe como contraprestación de su trabajo²⁹⁹. En definitiva, se tratará de <<remuneración>>, <<indemnización>> o <<beca>> pero no de salario y, por tanto, quedará fuera del marco normativo laboral.

Por otra parte, durante la estancia formativa en la empresa el estudiante tiene derecho a recibir la formación práctica y como contrapartida se impone al empresario la obligación de asegurar la formación práctica del estudiante.

El fundamento de este derecho que tiene el estudiante frente al empresario no deriva, como ocurre en el caso de los aprendices, de una disposición legal. En la medida en que las normas educativas no lo establecen, se tendrá que fundamentar en el programa de formación que el empresario se compromete a desarrollar en la empresa al suscribir el convenio de colaboración con el centro educativo. De ahí deriva que DUTERTRE³⁰⁰ plantee la necesidad de que en dicho convenio de colaboración se establezca con suficiente precisión el objetivo de las prácticas en la empresa, a lo que yo añadiría -por lo que se dirá después en relación con las que se calificarán como estancias-formativas <<informales>>- como necesidad primordial la existencia misma de dicho convenio de colaboración.

²⁹⁹ Vid. GONZALEZ ORTEGA, S. en “Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?”, en CRUZ VILLALON (Ed.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*. Estudios en homenaje del profesor José Cabrera Bazán. Ed. TECNOS, Madrid, 1999, págs.123 a 135.

³⁰⁰ Vid. DUTERTRE, J., en “Les séquences éducatives en entreprise. Approche juridique”, op. cit. pág.134 y 135.

Estatuto jurídico de la empresa.- Desde el momento que el empresario suscribe el convenio de colaboración está sujeto a las obligaciones ahí establecidas, así como a las que señalen las normas educativas que regulan la FCT en orden a facilitar y colaborar en la programación, seguimiento y control del desarrollo del módulo en su empresa.

Sin olvidar el deber de asegurar la formación práctica del estudiante al que ya se aludió, entre las obligaciones del empresario hay que destacar, por una parte, que a él corresponde designar al responsable o responsables de la empresa encargados del seguimiento y coordinación de los alumnos en el centro de trabajo y, por otra, colaborar en la labor de seguimiento, valoración y supervisión del profesor-tutor designado por el centro educativo y del responsable-tutor de la empresa y, a tal fin, deberá facilitar las reuniones periódicas de ambos así como el acceso a la empresa del profesor-tutor.

Como se ha indicado es obligación del empresario designar al responsable-tutor de la empresa. Sobre esta figura hay que señalar que aunque todas las normas autonómicas hacen referencia a ella, sin embargo, se limitan a indicar que la empresa designará un tutor en el centro de trabajo y que éste colaborará con el profesor-tutor en las tareas de control y evaluación.

Queda sin determinar si el designado debe ser o no un trabajador de la empresa y concretar sus tareas de dirección, medios técnicos y formativos que el empresario debe poner su disposición para realizar su función, tiempo dedicado a la formación, etc.³⁰¹.

³⁰¹ Para DUTERTRE las funciones principales del tutor serán precisar las operaciones prácticas que debe hacer el alumno y dar cuenta de ello al centro de enseñanza, de ello deriva en primer término una

Mecanismos de control.- Algunas normas autonómicas³⁰² al regular la FCT imponen al empresario colaborador el deber de informar a los representantes de los trabajadores sobre determinados extremos relativos a las estancias-formativas en las empresas de los alumnos que cursen dichos módulos, como son: El contenido del programa específico de formación en el centro que desarrollarán los alumnos, las actividades formativas, el calendario, el horario y el lugar en que se realizarán (centro o centros de trabajo).

Se reconoce así el derecho de información pasiva a los representantes de los trabajadores en relación con los programas de FCT, más concretamente diría, sobre las estancias-formativas de los alumnos de formación profesional reglada. Sobre este particular, es necesario hacer algunas consideraciones.

En primer lugar, el alcance del derecho se limita a que los representantes de los trabajadores tengan acceso a la información

responsabilidad pedagógica del tutor en el aprendizaje práctico y la necesaria colaboración entre éste y el centro educativo. Cfr. en “Les séquences éducatives en entreprise. Approche juridique”, op. cit. pág.405

Sobre la importancia del papel que desempeña el tutor, vid. LENOIR, pág.416, y LUTTRINGER, haciendo también referencia a la misión del tutor así como a las consecuencias de que el empresario no lo designe, en pág.289.

Me parece interesante apuntar que en Francia los interlocutores sociales ya en 1991 precisaron las condiciones generales de la función de los tutores en las diversas fórmulas jurídicas de alternancia. Vid. el Acuerdo interprofesional de 3 de julio de 1991, art.20-3, el de 8 de Enero 1992 y el Decreto de Mayo de 1992. Entre otros extremos se señalan:

- El tutor será elegido por el empresario de forma voluntaria entre los trabajadores competentes de la empresa teniendo en cuenta el objetivo de formación a conseguir.
- Sólo puede atender como máximo a tres personas simultáneamente, parece que cualquiera que sea la fórmula jurídica de alternancia.
- Conserva la responsabilidad de la acción formativa durante todo su desarrollo y,
- Participa en su evaluación.

³⁰² Vid. Canarias: Resolución de 23 de Julio de 1997, instrucción IV, apartado, 4.12, Andalucía: Orden de 1 de Septiembre de 1993, art.9.4 y Asturias: Resolución de 1 de Febrero de 2002, instrucción séptima, apartado 5º.

señalada pero no a la documentación relativa al convenio de colaboración entre la empresa y el centro educativo y sin que tampoco se haga referencia al momento en que deberán ser informados, si antes o con posterioridad a la suscripción.

En segundo lugar, el fundamento de tal derecho no reside en que los representantes de los trabajadores puedan controlar el desarrollo del programa de formación en la empresa y su adecuación a la normativa educativa sobre FCT -tarea que, obviamente, no les corresponde- sino en que reciban la información necesaria para poder controlar el cumplimiento de la normativa laboral en el desarrollo del módulo práctico.

En este sentido, entiendo que la previsión establecida en la normativa educativa de las CC.AA., no sólo está plenamente justificada, sino que también es conveniente en la medida en que el acceso a dicha información permitirá a los representantes, por un lado, realizar sus tareas de vigilancia y control en los términos señalados -ex art. 64.1.9º, a) ET- y, por otro, cumplir su deber de informar a los trabajadores, como señala el mismo precepto en el apartado 1.12º; obligación a mi juicio exigible en tanto que el desarrollo del módulo de FCT previsiblemente afectará directa o indirectamente a las relaciones laborales de la empresa, al requerir que el alumno se integre en el equipo de trabajadores de la misma, realice un conjunto de actividades de formación identificadas entre las actividades productivas del centro de trabajo, pudiendo incluso, si está previsto en el programa de formación, rotar por distintos puestos de trabajo, secciones, áreas o departamentos de la empresa, propios de su perfil profesional.

En tercer lugar, el derecho de información reconocido en las

disposiciones reglamentarias autonómicas es distinto al derecho que el art.64.1, 4º,c) del ET reconoce a los representantes de los trabajadores. Este precepto les reconoce el derecho a emitir informe con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste en relación con los planes de formación profesional de la empresa.

En el caso que nos ocupa el derecho es de información pasiva y por consiguiente de menor alcance que el reconocido en el precepto estatutario referido, ya que este último es un derecho de consulta que consecuentemente alcanza, tanto al acceso a la información y documentación necesaria para realizar las tareas de control y vigilancia del cumplimiento de la normativa laboral, como a ser escuchados y a que sus opiniones y propuestas sean tenidas en cuenta por el empresario al adoptar su decisión, aun cuando no le resulten vinculantes³⁰³.

Hechas las anteriores consideraciones sobre el derecho de los representantes de los trabajadores a ser informados sobre el programa de FCT que se desarrollará en la empresa y con ellas revelada mi posición favorable a que a través de los mismos los trabajadores puedan ejercer el control de las estancias-formativas en las empresas, es necesario cuestionar si las normas educativas autonómicas incurren en vicio de incompetencia en la medida en que inciden en una materia que, en cuanto relativa a los derechos de participación de los trabajadores en la empresa, se puede calificar sin ningún género de duda, como materia laboral, como señalara el TC en sentencia 39/1982, de 30 de Junio³⁰⁴, y, por consiguiente, de competencia estatal, "sin

³⁰³ Cfr. MONEREO PEREZ, J.L., *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, CIVITAS, Madrid, 1992, págs.116 y 117 así como 102 y 104.

³⁰⁴ Vid. STC 39/1982, de 30 de Junio, F.J. 7 a 11. (BOE de 16 de Julio de 1982)

perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas".

A mi juicio, así es, ya que, el hecho de que las CCAA no tengan potestades normativas en materia laboral impide, como señalara DE LA VILLA, que incorporen en disposiciones normativas no laborales preceptos con proyección en el núcleo de imputación del derecho del trabajo, como es el caso, dado que estamos ante normas educativas que incorporan un precepto que incide en las relaciones colectivas de trabajo³⁰⁵.

Así las cosas, debería ser una norma legal estatal la que otorgara a los representantes de los trabajadores competencias en esta materia.

Esta es una de las diversas cuestiones relativas a las estancias prácticas en las empresas que precisan tratamiento legal y estatal, por incidir en un ámbito material de competencias reservado en exclusiva al Estado.

El actual marco normativo no sólo es inadecuado desde el punto de vista constitucional apuntado. También resulta insuficiente en la medida en que, al estar integrado por disposiciones normativas educativas y no laborales, atiende predominantemente al aspecto formativo de la estancia temporal en la empresa, omitiendo regular importantes cuestiones relativas a la inserción temporal del estudiante en la misma, principalmente en lo que atañe a los derechos y obligaciones del empresario y del estudiante y, fundamentalmente, a efectos de garantizar una adecuada protección al estudiante en tanto que inmerso en la empresa realizando actividades y utilizando medios e instalaciones propias del proceso productivo de la misma.

³⁰⁵ Vid. DE LA VILLA, L.E., en "Potestades normativas de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social", ACARL, págs.10 a 30, cit. pág.14 y 15.

B. LAS ESTANCIAS-FORMATIVAS O PRACTICAS <<INFORMALES>> EN LAS EMPRESAS.

Características principales.- Hay que tener en cuenta que junto a las anteriores hay prácticas en empresas realizadas voluntariamente por estudiantes o titulados al margen de acuerdos o convenios de colaboración o, si se quiere, al margen de programas de formación profesional reglada u ocupacional.

No es ya extraño que el estudiante, una vez concluidas las correspondientes prácticas <<formales>>, continúe en la empresa realizando prácticas voluntarias <<informales>> o que haga éstas, en la misma o distinta empresa, una vez terminados sus estudios y obtenida la correspondiente titulación, con el fin de obtener "experiencia profesional".

No existe convenio de colaboración o si se prefiere convenio de formación que regule la estancia-formativa voluntaria <<informal>> en la empresa. El estudiante o titulado no está vinculado a una entidad educativa, no está, por tanto, sujeto al estatuto escolar y tampoco lo está al laboral en la medida en que no existe vínculo jurídico laboral con el empresario. La naturaleza de su relación es la misma que la que mantienen con el empresario los estudiantes en prácticas <<formales>>, y que, en palabras de MARTIN VALVERDE, es "una mera relación provisional de cortesía, en virtud de la cual el titular de una organización productiva accede a proporcionar al voluntario una oportunidad de trabajo o preparación profesional"³⁰⁶.

³⁰⁶ Cfr. MARTÍN VALVERDE, A., en *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Ed. Montecorvo, 1976, pág.38

Problemática jurídica.- Pero qué duda cabe que son las fórmulas <<informales>> de estancias-formativas en las empresas las que con mayor facilidad pueden encubrir la existencia de un contrato de trabajo y, principalmente, en el caso de titulados, un contrato de trabajo en prácticas.

Desde mi punto de vista, el principal factor de riesgo es la inexistencia de un convenio de colaboración que regule la relación entre las partes y establezca el contenido del programa formativo a desarrollar durante el tiempo que el estudiante o titulado permanezca en la empresa, especialmente, en el caso de que -como parece ser habitual- dichas prácticas sean remuneradas³⁰⁷.

En tales casos, como ha señalado FAVENNEC-HENRY, "los criterios tradicionales del derecho del trabajo recobran su interés"³⁰⁸. Habrá que indagar si, en efecto, concurren la ajenidad y dependencia que presuponen la existencia de un contrato de trabajo.

Para ese autor, la remuneración de las tareas que se realizan en la empresa no es criterio determinante de la existencia o no de un contrato de trabajo. Y, en efecto, así es en la medida en que el contrato de trabajo puede existir, tanto cuando el estudiante reciba una prestación económica que, aunque pudiera denominarse beca a efectos de encubrir su naturaleza salarial, en realidad retribuya un trabajo típicamente laboral,

³⁰⁷ En tal caso la necesidad de un convenio de colaboración es perentoria como soporte y justificación de su concesión.

³⁰⁸ Cfr. FAVENNEC-HENRY, F., "SIVP et déclin du contrat de travail", DS, núm.6, 1988. op. cit.515

cuanto en el caso de que no obtenga retribución alguna y, sin embargo, el elemento productivo predomine frente al formativo en el trabajo que realice.

En las prácticas formativas <<informales>> hay que convenir con FAVENNEC-HENRY que el trabajo debe ser un medio y la formación el objetivo del estudiante³⁰⁹, por ello entre los criterios determinantes de la inexistencia de una relación jurídica laboral estarán; de existir remuneración, que la causa de ésta, lejos de ser el trabajo desempeñado por el estudiante o titulado, sea compensatoria de "la dedicación a la propia formación y perfeccionamiento profesional"³¹⁰; y, en todo caso, es decir, sean retribuidas o no, será determinante el predominio del factor formativo frente al productivo en las tareas a desarrollar por el estudiante o titulado, de manera que aquéllas, siguiendo a GONZALEZ ORTEGA, se correspondan con la titulación o estudios de referencia, sean organizadas de forma específica para el fin formativo perseguido y que su ejecución suponga para el estudiante o titulado el enriquecimiento del patrimonio profesional que hubieran adquirido mediante una formación teórica y práctica previas³¹¹.

La proliferación de estancias de prácticas en empresas con ocultación de contratos de trabajo de titulados, que ya en 1976 fue apuntada por MARTIN VALVERDE³¹², y que para este autor

³⁰⁹ Vid. FAVENNEC-HENRY, F., "SIVP et déclin du contrat de travail", op. cit. pág.516

³¹⁰ Cfr. GONZALEZ ORTEGA, S., "Las becas. ¿Formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?", op. cit. pág.129.

³¹¹ Cfr. GONZALEZ ORTEGA, S., "Las becas. ¿Formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?", op. cit. pág.130 y 131, donde además se recogen unos criterios secundarios que adquirirán protagonismo cuando los principales resulten insuficientes a los efectos de incluir las becas en el espacio jurídico laboral.

³¹² Vid. MARTÍN VALVERDE, A., en *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op. cit.pág.40.

justificó el art.8.2 de la LRL y la posterior regulación del contrato en prácticas, parece que puede continuar a través de lo que aquí se ha identificado como prácticas <<informales>>. Por ello, desde mi punto de vista, se impone la adopción de las medidas oportunas para evitar los posibles fraudes que en materia de contratación de titulados, principalmente -pero no exclusivamente-, puedan producirse por un uso indebido de esta figura.

Son diversas las propuestas que en este sentido pueden hacerse.

A mi juicio, la radical prohibición de que los titulados puedan realizar estancias-formativas en las empresas es una de ellas y encontraría total justificación desde el momento en que existe un contrato de trabajo en prácticas cuyo objeto, sin lugar a dudas, coincide plenamente con el de la estancia-formativa en la empresa.

El principal inconveniente de esta medida radica en que con ella se suprimiría una fórmula de aprendizaje no formal que, desde luego hay que reconocer, es una de las vías idóneas para la adquisición de competencias profesionales.

Por otra parte la medida propuesta chocaría con el modelo de formación profesional que pretende implantar la Ley orgánica 5/2002 de las Cualificaciones y de la Formación Profesional pues, como hubo ocasión de apuntar *supra*, con esta norma se tratan de reforzar precisamente las vías no formales de adquisición de competencias profesionales con significación para el empleo, entre las que, sin duda, aunque esta norma no haga referencia expresa a ellas, hay que entender incluidas las estancias-formativas <<informales>> en las empresas.

Así las cosas, como alternativa me parece más oportuno

proponer una regulación de la práctica profesional en dos sentidos:

En primer lugar, dirigida a establecer mecanismos de control tanto internos como externos para evitar los riesgos apuntados tanto si las estancias-formativas voluntarias en las empresas las realizan exclusivamente estudiantes como si las pueden realizar también otras personas, tituladas o no.

En este sentido, el control de los representantes de los trabajadores, generalizado a todas las estancias-formativas que se realicen en la empresa es, como ya señalé, imprescindible, e, igualmente lo es, la existencia de un convenio de colaboración con una entidad educativa, que debería establecerse como requisito necesario para poder realizar las estancias-formativas en las empresas. En él, además de un detallado programa de formación, habría que establecer, si fuera del caso, la cuantía y justificación de la beca correspondiente y aquellos otros aspectos que fueran necesarios a efectos de garantizar la función formativa de la estancia temporal en la empresa y los derechos y obligaciones de las partes.

En segundo lugar, es necesaria una regulación de la práctica laboral en el marco de la relación jurídica laboral³¹³ que posibilite que el acceso a la misma no quede reservado exclusivamente a los trabajadores titulares de un contrato de trabajo en prácticas. Es preciso facilitar a los trabajadores con un contrato de trabajo ordinario vías mediante las que pudieran acceder a la práctica profesional como medio de adquisición de las competencias profesionales. Las facultades que actualmente la ley otorga a los trabajadores para acceder a la formación

³¹³ Así lo sugiere GONZALEZ ORTEGA, S., en “Las becas. ¿Formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?”, op. cit. pág.133.

profesional se limitan a las establecidas en el art.23 ET y como habrá ocasión de ver *infra*, su ejercicio queda reservado exclusivamente a aquellos supuestos en que el trabajador curse procesos formales de formación profesional.

III. PROGRAMAS MIXTOS DE FORMACION-EMPLEO.

A. INTRODUCCION.

Los programas mixtos formación-empleo son instrumentos de política de empleo ofertados con la finalidad de lograr la inserción de determinados trabajadores demandantes de empleo a través de su formación profesional.

Actualmente hay cuatro programas públicos que responden a estas características, son: El programa de Garantía Social, el de Escuelas-Taller, el de Casas de Oficios y el de Talleres de Empleo.

Son programas cuyo objetivo no es únicamente la inserción de los participantes sino también su formación y que exigen que ésta se imparta en alternancia con el trabajo para lo cual prevén la contratación de los alumnos participantes. Así, la formación en alternancia se incorpora a los contratos de trabajo particularizando su régimen jurídico.

Por otra parte, son programas de actuación administrativa sujetos a financiación pública. A consecuencia de ello, el régimen jurídico de los contratos que se suscriban en el marco de los mismos quedará sujeto a las particularidades derivadas de la normativa que los regula.

Teniendo en cuenta lo anterior, una vez que se hayan identificado las modalidades de programas mixtos de formación-empleo, a continuación, se analizarán los dos aspectos de los mismos que, a mi juicio, resultan más interesantes desde la perspectiva apuntada. Estos son, en primer lugar, el contrato de trabajo como instrumento de alternancia en el marco de los programas mixtos formación-empleo y, en segundo lugar, el régimen jurídico del mismo. El análisis que sigue, por tanto, se centrará exclusivamente en la relación laboral entre la entidad promotora del programa y el alumno-participante en el mismo³¹⁴.

B. MODALIDADES DE PROGRAMAS MIXTOS FORMACION-EMPLEO.

a) Los Programas de Garantía Social.

Los Programas de Garantía Social (PGS) tienen por finalidad atender las carencias educativas y de formación profesional de los alumnos que han abandonado el sistema educativo con una formación general básica incompleta o sin una mínima cualificación y que, por consiguiente, tienen especiales dificultades para su inserción laboral.

Son programas de formación que refuerzan la acción formativa del sistema educativo, establecidos con la finalidad de que los

³¹⁴ Hay que tener en cuenta sin embargo que no es ésta la única relación laboral que surgen en el desarrollo de estos programas, ya que, también existe vínculo jurídico laboral entre la entidad promotora y los directores, docentes y personal de apoyo. Las circunstancias en las que se desenvuelven estas relaciones laborales, como es obvio, no son idénticas a las de los alumnos-trabajadores, sin embargo, en algunos aspectos son muy similares. Por ello aunque su régimen jurídico no sea el objeto de estudio, sin embargo, se hará referencia a ciertos aspectos del mismo en la medida en que existiendo pronunciamientos judiciales al respecto éstos pudieran ser clarificadores del régimen jurídico de los contratos de formación en alternancia e incluso de aplicación analógica al mismo.

alumnos que lo necesiten y quieran puedan adquirir la formación básica y profesional necesaria que les posibilite evitar la situación desfavorable en la que se encuentran en relación con su inserción laboral y/o su reinserción en el sistema educativo³¹⁵.

En este sentido, constituyen una de las acciones de carácter compensatorio que, para hacer efectivo el principio de igualdad en el ejercicio del derecho a la educación, el art.63 de la LOGSE manda desarrollar al Estado y CC.AA. en el marco de las políticas de educación compensatoria.

Se dirigen a jóvenes menores de veintiún años que, por lo menos cumplan dieciséis en el año natural en el que se inicia el programa y que se encuentren en la situación de escolarización prevista en la LOGSE.

En determinados PGS la formación que recibe el alumno se alterna con la realización de trabajo por cuenta ajena, relacionado con el ámbito profesional del programa. En estos casos el PGS deja de ser un programa meramente formativo para convertirse en un programa mixto de formación-empleo en el que el contrato de trabajo será utilizado como instrumento de alternancia.

b) Las Escuelas-Taller y Casas de Oficios.

Son programas de formación en alternancia con el trabajo y la práctica profesional. Dirigidos a dotar a los desempleados menores de 25 años de la cualificación y experiencia profesional necesaria para su inserción en el mercado de trabajo, mediante la

³¹⁵ Como se vio *supra*, la LOGSE concibe estos programas con la finalidad de proporcionar a los alumnos que abandonan la ESO una formación básica y profesional que les permita incorporarse a la vida activa y/o proseguir sus estudios, especialmente cursar los ciclos formativos correspondientes a la formación profesional específica de Grado Medio.

realización de un trabajo productivo en alternancia con el perfeccionamiento de su cualificación.

En estos programas se distinguen dos etapas:

La primera exclusivamente formativa. En ella los alumnos reciben formación profesional ocupacional y tienen derecho a percibir becas y ayudas económicas.

La segunda de formación en alternancia con el trabajo. En ella los alumnos serán contratados por las entidades promotoras percibiendo las retribuciones salariales que les correspondan.

c) Los Talleres de Empleo.

Son programas mixtos de formación-empleo a través de los cuales los participantes adquirirán la formación profesional y la práctica laboral necesaria para su inserción en el mercado de trabajo. También en los Talleres de Empleo como ocurre en las Escuelas-Taller y Casas de Oficio la formación profesional opera como instrumento de inserción. Se trata, en efecto, de formar a los desempleados para mejorar sus expectativas de inserción. Sin embargo, es distinta la población a la que se dirigen ya que los Talleres de Empleo atienden a los desempleados excluidos de los programas anteriores, esto es, a los de 25 o más años.

Por tanto, su puesta en marcha ha significado que el apoyo a la creación de empleo a través de los programas mixtos formación-empleo se extienda, en la actualidad, a la totalidad de la población desempleada³¹⁶.

³¹⁶ El RD 282/1999 de 22 de Febrero establece el programa Talleres de Empleo como un programa de apoyo al empleo cuyo objeto es la inserción de un segmento de la población desempleada y la formación profesional el instrumento para alcanzarla.

El art.1 del RD, en efecto, señala como objeto de este programa, "mejorar la ocupabilidad de los desempleados mayores de veinticinco años, facilitando así su posterior integración en el mercado de trabajo" y a tal fin prevé que los participantes reciban la formación profesional y práctica laboral necesarias para su posterior inserción, ya sea por cuenta ajena, ya de forma autónoma. Lo que no obsta para que la Orden de 9 de Marzo de 1999

C. EL CONTRATO DE TRABAJO COMO INSTRUMENTO DE ALTERNANCIA EN EL MARCO DE LOS PROGRAMAS MIXTOS FORMACION-EMPLEO.

Introducción.- Todos los programas mixtos formación y empleo tienen como finalidad la inserción de los participantes a través de su cualificación en alternancia con la práctica profesional y, a tal fin, prevén la conclusión de un contrato de trabajo.

El contrato de trabajo que se suscriba en los programas mixtos formación-empleo debe garantizar la formación en alternancia con el trabajo, es decir, que el alumno-trabajador recibirá la formación teórico-práctica convenida y que el trabajo efectivo que realice será adecuado a la misma.

En el ordenamiento jurídico laboral únicamente existe una modalidad contractual que responda a esa finalidad: El contrato para la formación. La particularidad del mismo radica en su causa, ya que ésta será, no sólo el intercambio de trabajo por salario, sino también la formación teórica y práctica del trabajador. En atención a la misma el contrato para la formación está sujeto a un régimen jurídico específico que tiene como finalidad ordenar la coexistencia entre trabajo y formación con vistas a una cualificación estableciendo a tal fin para el empresario una obligación de formación teórico-práctica conforme un proceso en alternancia³¹⁷.

Esta modalidad contractual, sin embargo, ha encontrado

prevea como objetivo del trabajo que se realice y de la formación que se reciba, la cualificación profesional del participante.

³¹⁷ Vid. en este sentido LUTTRINGER, J.M., en “<<L’entreprise formatrice>> sous le regard des juges”, Droit Social, núm.3, 1994, pág.287.

dificultades a la hora de incardinarse en los programas formación-empleo; bien porque los requisitos establecidos en el ET para contratar en formación impedían suscribirlo; bien porque al formalizarse en un programa de actuación administrativa beneficiado de ayudas públicas, se introducían especialidades en su régimen jurídico que lo apartaban del prototipo de régimen legal del contrato para formación hasta el extremo de que la necesaria articulación de ambos regímenes quedaba cuestionada.

Como consecuencia de lo anterior, la alternancia en el marco de los programas de formación-empleo no podía instrumentarse, en todos los casos, mediante un contrato para la formación y, como alternativa, había que recurrir a lo que la normativa de los programas señalaba como la "modalidad contractual más acorde con las circunstancias del trabajador y del proyecto".

Esta modalidad contractual, que operaba como alternativa al contrato para la formación, ante la falta de previsión en el ordenamiento laboral de otros instrumentos contractuales de alternancia formación-empleo, resultaba ser, en definitiva, un contrato de simple inserción laboral al quedar sometido al régimen jurídico común³¹⁸.

Como resultado, las relaciones laborales que surgían en virtud del proceso formativo en alternancia podían quedar sujetas, bien al régimen jurídico aplicable al contrato para la formación, bien al previsto para el contrato de trabajo ordinario por tiempo determinado que se concluía. De esta manera se

³¹⁸ Se puede decir, en este sentido que los programas de formación-empleo fueron ampliando sus beneficiarios hasta dar cobertura, no sólo a alumnos de formación profesional titulares de un contrato de tipo particular, como es el de formación, sino también a los titulares de un contrato de tipo ordinario.

manifestaba una diversificación de los regímenes de alternancia y formación³¹⁹.

La inconveniencia que a mi juicio presentaba tal duplicidad derivaba, por un lado, de que el régimen jurídico del contrato de trabajo ordinario no garantizaba la alternancia formación-empleo en la misma medida en que lo hacía el contrato para la formación y, por otra parte, de que tampoco se lograba su equiparación en virtud de las especialidades que en ambos regímenes introducía la normativa específica de los programas y de las subvenciones que llevaban aparejadas.

Tras la reforma de la normativa aplicable a los programas ET, CO y TE de Noviembre de 2001, el contrato para la formación se impone con carácter preceptivo como contrato de alternancia en estos programas.

Pero es preciso tener en cuenta que, como a continuación se verá, las anteriores modificaciones, por un lado, no han afectado a los PGS y que, por tanto, en el marco de estos programas aún se podrá suscribir un contrato de trabajo de tipo ordinario y, por otro lado, que tampoco han afectado a las especialidades que la normativa de los programas ET, CO y TE introducía en el régimen jurídico del contrato de alternancia, apartándolo del régimen legal del contrato para formación.

De manera que, desde mi punto de vista, se puede seguir sosteniendo, por una parte, que la diversificación de regímenes formación y alternancia aún se mantiene, aunque con carácter residual para los PGS, y, por otra parte, que el contrato para la

³¹⁹ Sobre esta situación a la que no es ajeno el sistema de formación en alternancia francés. Vid. LUTTRINGER, J.M., en “<<L’entreprise formatrice>> sous le regard des juges”, op.cit.pág.290.

formación en el marco de los programas mixtos formación-empleo no puede ser considerado como el instrumento paradigmático de alternancia, aunque desde luego habrá que reconocer que será la mejor de las fórmulas contractuales ofertadas por la normativa laboral.

a) El contrato para la formación como instrumento de alternancia en los programas mixtos formación-empleo.

a') El contrato para la formación en los Programas de Garantía Social.

La normativa educativa que regula los PGS no hace alusión alguna a la modalidad contractual a utilizar. Sin embargo, diversas razones apuntan a que sea un contrato formativo el que mejor encaje en este supuesto, tanto por el perfil del candidato, cuanto por su adecuación a la finalidad del programa de garantía social que es, en definitiva, el marco en el que se concluye y que, todo parece indicar, requiere compatibilizar formación y empleo.

Y, parece que en este sentido caminan la Orden del MEC (art.7.2) y la normativa autonómica al establecer que, cuando este supuesto se contemple en el programa, "el trabajo del alumno se considerará parte del programa a efectos de formación", lo que traerá como consecuencia que "los contenidos y horario del área de Formación Profesional Específica se adapten a esta circunstancia".

De los contratos formativos hay que descartar el de prácticas, en tanto que los alumnos carecen de la titulación requerida para ello.

La posibilidad de que se suscriban contratos para la formación en el marco de los PGS sí estaba contemplada expresamente en la Disposición adicional segunda de la Ley 63/1997 de Medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida en la que, para este supuesto, fijaba en veinticuatro años la edad máxima para contratar para la formación.

Esta Disposición fue expresamente derogada por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad³²⁰ que, tramitado como proyecto de ley, dio lugar a la Ley 12/2001, de 9 de Julio³²¹.

Los participantes en PGS no pueden ser incluidos en ninguno de los colectivos para los que se suprime el límite máximo de edad para suscribir el contrato para la formación en virtud de la modificación operada en el art.11.2.a) del ET por la Ley 12/2001. Diversamente, habrá que entender que para ellos vuelve a regir el régimen general del art.11.2,a) del ET. En consecuencia, en los PGS se podrá suscribir un contrato para la formación pero exclusivamente cuando los participantes que sean mayores de dieciséis y menores de veintiún años.

La inclusión de un contrato para la formación en el marco de un PGS no está, sin embargo, exenta de ciertas dificultades. Estas pueden derivar, en primer lugar, del propio régimen legal del contrato para la formación en tanto que pueda, bien impedir

³²⁰ BOE de 3 de Marzo de 2001.

³²¹ BOE de 10 de Julio de 2001.

su suscripción, bien restar efectividad a la contratación como mecanismo de apoyo a la inserción educativa y laboral del colectivo que la norma educativa trata de garantizar, y, en segundo lugar, pueden deberse a una más que probable inadecuación de la normativa educativa reguladora de los PGS -que lo contempla como mecanismo de inserción educativa- a las previsiones de la normativa laboral -que lo regula como institución propia del ámbito laboral en atención a su causa formativa-.

En primer término, en relación con la edad máxima para suscribir un contrato para la formación. Ya se ha indicado que en la medida en que este colectivo no se ve afectado por la reforma del art.11.2,a) del ET se les aplica la regla general por lo que no podrán suscribir un contrato para la formación los participantes en PGS mayores de veintiún años.

Teniendo en cuenta la edad de los participantes en los PGS prevista en la LOGSE -jóvenes menores de veintiún años que por lo menos cumplan dieciséis en el año natural en el que se inicia el programa-, en principio, la inclusión de este colectivo en el R. Decreto-ley 5/2001 y posteriormente en la Ley 12/2001 podría parecer que era innecesaria al adecuarse la edad de participar en los PGS con la edad de contratar para la formación.

Sin embargo, no hay que olvidar que, como se vio *supra*, a las CC.AA. en base a las competencias que tienen en materia de educación les corresponde la programación, desarrollo y ejecución de los PGS. A tales efectos pueden establecer, además de los objetivos y modalidades de actuación, los colectivos a los que se dirigen, señalando edades de participación diversas a las indicadas en la LOGSE. Concretamente, en lo que aquí interesa ampliando la edad máxima de participación por encima de los

veintiún años³²².

Así las cosas, a mi juicio, resulta criticable que no haya suprimido también el límite máximo de edad a los participantes en PGS para contratar para la formación, ya que éstos, de superar la edad fijada en el art.11.2,a) ET, tendrán que suscribir un contrato de trabajo ordinario que, como después se verá, no garantiza en la misma medida que lo hace el de formación la alternancia formación-empleo.

En segundo término, en relación con la formación que reciben los alumnos-trabajadores. Tendrá por objeto, en todos los casos, completar las enseñanzas correspondientes a la ESO, y, parece que éste será el único objetivo formativo del programa y por tanto del contrato de formación concluido en su desarrollo.

Este supuesto, dadas las carencias formativas de los destinatarios del PGS, es subsumible en el contemplado por el ET en el art.11.2,e) párrafo 3º referido al trabajador contratado para la formación que no ha finalizado los ciclos educativos comprendidos en la escolaridad obligatoria y para el que la norma laboral exige que su formación teórica tenga por objeto inmediato completar dicha formación, y, es que, los PGS están establecidos en la LOGSE, precisamente, con dicha finalidad.

Así las cosas, cabría plantear si suscribiendo un contrato

³²² Así lo hacen 3 de las 5 CC.AA. que tienen normativa específica:

La Comunidad Valenciana en la Orden de 24 de Febrero de 2000 establece como destinatarios de los PGS a jóvenes menores de 25 años y que, al menos, cumplan 16 años en el año natural en que inician el programa (art.4.1).

La Comunidad Foral de Navarra en el Decreto Foral 233/1999 de 21 de Junio amplía la edad máxima de participación a los 25 años en la modalidad de Talleres Ocupacionales (art.5).

La Comunidad Canaria en la Orden de 17 de Febrero de 1998 prevé que para los alumnos con necesidades educativas especiales la edad de participación se amplíe a los 23 años cuando posean un certificado de discapacidad media o ligera (art.4).

Por lo que interesa a efectos de contratación, excepto en este último caso que cabría asimilarlo al de trabajador minusválido, en el resto de supuestos no se podrá concluir un contrato para la formación.

para la formación en un PGS no se estarían desconociendo las previsiones relativas a la formación teórica de estos contratos establecidas en el ET en la medida en que la preparación conseguida por el trabajador no alcance el nivel de cualificación que exige el art.11.2 del ET.

A mi juicio, así sería. No obstante, hay que tener en cuenta que los tribunales, en atención a la regulación anterior a la reforma de 1997 entendían legal utilizar esta modalidad contractual con el único fin de completar los ciclos educativos correspondientes a la enseñanza obligatoria cuando el trabajador careciera de dicha titulación. Interpretaban, en definitiva, que el contenido de la formación a impartir en el contrato para la formación podía limitarse a la formación educativa elemental³²³.

Entiendo sin embargo que el ET en el art.11,e), párrafo 3º, configura las carencias formativas correspondientes a la ESO como <<objeto inmediato>> de la formación teórica del contrato y

³²³ Vid. CARDENAL GARRO, en “El <<nuevo>>contrato para la formación: Diferencias con el contrato de aprendizaje”, pág.452, Aranzadi Social, tomo V, 1997, p.452.

Comparto con FERNANDEZ LOPEZ, M.F. la idea de que “la necesidad de una formación académica básica era y es ciertamente prodrómica de la finalidad cualificadora que con estos contratos se trataría de lograr, y no era cuestionable que la ley incidiera en su necesidad”. Esta autora plantea la duda sobre “si tal formación instrumental debía articularse a través de mecanismos contractuales como el aprendizaje, o si era el sistema educativo general el que había de aguzar las formas de colmar las deficiencias de la población más marginal”, Cfr. en “los contratos formativos en la concertación social de 1997: La reforma de la reforma”, pág.43, en RODRIGUEZ PIÑERO, M., VALDES DAL-RE, F. Y CASAS BAAMONDE, M.E. (Coord.). *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva. La reforma laboral de 1997*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.

La opción finalmente adoptada por la LOGSE ha sido establecer programas de educación compensatoria como son los PGS y éstos en algunos casos prevén la alternancia formación-empleo como fórmula más eficaz de alcanzar dichos objetivos. Esta fórmula requiere la suscripción de un contrato de trabajo y si la formación académica básica no es adecuado instrumentalizarla mediante el contrato para la formación, surge la cuestión de determinar que otra modalidad contractual podría ser utilizada. No existe como se sabe más modalidad de formación en alternancia que el contrato para la formación, por tanto la exigencia del PGS hay que solucionarla suscribiendo un contrato de tipo ordinario. El distinto nivel de garantías establecido en uno y otro régimen jurídico aconseja la suscripción del contrato para la formación. A consecuencia de lo anterior llegamos a una postura contradictoria en relación con que la formación del contrato para la formación se pueda limitar a la enseñanza correspondiente a la ESO; lo que en principio cabe defender para el contrato para la formación <<ordinario>>, es decir su inadmisión, puede no ser conveniente en relación con el contrato para la formación suscrito con ocasión de un PGS, en tanto la alternativa al contrato formativo sea un contrato común.

no como objeto <<único>>; por consiguiente, hay que entender que está necesitado de ser completado con una formación profesional posterior.

Por tanto, habría que descartar la posibilidad de que la formación que reciba el alumno del PGS, en cuanto sujeto de un contrato de formación, se pueda limitar a la correspondiente a la ESO. Esta deberá configurarse como mínima, a completar, en todo caso, con una formación que permita al trabajador alcanzar el nivel de cualificación que exige el art.11 del ET y, en su desarrollo, concreta el art.5 del RD 488/1998, de 27 de Marzo.

Lo contrario supondría que la causa del contrato de alternancia en los PGS no coincidiera con la causa del contrato para la formación ya que ésta es la formación teórica y práctica <<para>> desempeñar adecuadamente un oficio o puesto de trabajo, <<que requiera>> un determinado nivel de cualificación³²⁴.

Con estos programas se pretende una formación básica a nivel de la ESO, lo que no parece suficiente para desempeñar adecuadamente un oficio o un puesto de trabajo cualificado.

Existe una desconexión entre la finalidad del programa y la función del contrato de formación -ex art.11.2,e) ET-, que lleva a cuestionar que esta modalidad contractual se pueda utilizar como mecanismo de alternancia en el marco de los PGS.

Para estos casos, teniendo en cuenta lo anterior, habría que convenir en la necesidad de que el contenido formativo del programa garantice el nivel de cualificación fijado en la norma laboral³²⁵.

³²⁴ Como efectivamente ha hecho notar PRADO LAGUNA, J.L., cuando el art.11.2 del ET señala el objeto del contrato para la formación en realidad está describiendo su causa formativa, cfr. en “Los aspectos formativos en el nuevo contrato para la formación”, RDS, núm.3, 1998, pág.76.

³²⁵ Esta inadecuación entre el contenido de la formación profesional teórica del programa y la prevista para el contrato para la formación se detecta también -como después se verá- en las Escuelas-Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo. En todos los casos son divergencias que afectan al objeto mismo del contrato de trabajo y que

La dificultad anterior podría quedar salvada si la duración del contrato para la formación fuera superior a la del propio PGS en el que está inserto, de manera que terminado aquél, el trabajador obtuviera una formación profesional adecuada al puesto de trabajo que viniera desempeñando³²⁶.

Sin embargo, el régimen de duración y prórrogas del contrato para la formación lo impide. Hay que tener en cuenta que la duración del PGS podrá alcanzar dos cursos académicos y hasta tres, si existen especiales circunstancias que así lo requieran. Esto supone que el programa puede durar hasta dos años y nueve meses, lo que significa que cabe la posibilidad de que sobrepase la duración máxima del contrato para la formación prevista legalmente o que concluido el programa, resten únicamente tres meses en relación a la que como máximo se pudiera establecer en la negociación colectiva³²⁷. En cualquier caso, no se podría suscribir un nuevo contrato para la formación y el trabajador seguiría sin cualificación suficiente y adecuada para ser reinsertado.

En este sentido hay que tener en cuenta; por una parte, que para adquirir ese nivel de cualificación el alumno no podrán

llevan a cuestionar que el contrato en alternancia suscritos en el marco de programas mixtos formación-empleo tenga la misma naturaleza que el contrato para la formación <<ordinario>>, es decir, concluido al margen de un programa formación-empleo.

³²⁶ Señala la doctrina que completado el ciclo de escolaridad obligatoria si el contrato continúa se debe proporcionar al trabajador la formación teórica adecuada al oficio o puesto de trabajo que venga desempeñando. Cfr. ALBIOL MONTESINOS, I. en *Contratos formativos: Prácticas y aprendizaje*, pág.74, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, PRADO LAGUNA, J.L. en “Los aspectos formativos en el nuevo contrato para la formación”, pág.94, RDS, núm.3, 1998, ver MARTIN PUEBLA

En este mismo sentido la STSJ de Andalucía de 5 de Julio de 1996 señala que una vez finalizada la enseñanza obligatoria “el contrato de aprendizaje deja de tener objeto, ..., salvo que se renueve el tiempo de formación teórica adaptada al puesto de trabajo de que se trate, si ello es posible; puesto que es previsible que, en tales casos, el puesto de trabajo carezca de toda cualificación”. Recoge esta resolución judicial CARDENAL GARRO en “El <<nuevo>>contrato para la formación: Diferencias con el contrato de aprendizaje” op. cit.pág.452.

³²⁷ Caso de que existiera convenio colectivo de aplicación.

volver a utilizar los mecanismos formativos del contrato para la formación -a salvo de que se les pudiera aplicar el régimen de prórrogas, posibilidad, por lo visto, harto difícil- y; por otra, que salvo que consiguiera acceder a la formación profesional de grado medio y siguiera cursando tales enseñanzas, verá limitadas sus posibilidades de reinsertarse en el sistema de formación profesional y cursar los módulos correspondientes a un Certificado de Profesionalidad en la medida en que, por un lado, al no pertenecer al colectivo de demandantes de primer empleo, pierden la prioridad para cursar las acciones formativas correspondientes al Subsistema de Formación Profesional Ocupacional y, por otro lado, porque podrían tener vedado -o cuando menos difícil- el acceso al Subsistema de Formación Continua en tanto que no son trabajadores ocupados.

En consecuencia, utilizar el contrato de formación en los términos señalados hará que la situación desfavorable de estos sujetos debida a sus carencias formativas -que es precisamente lo que pretendía paliar el PGS- se mantenga, pero ahora en orden a su reinserción laboral y en relación a otros trabajadores que fueron sujetos de un contrato para la formación <<ordinario>> ya que éstos habrán adquirido un nivel mayor de cualificación que aquéllos difícilmente podrán alcanzar.

En base a las anteriores consideraciones, por una parte, debería descartarse la posibilidad de que el contrato para la formación tenga por objeto únicamente alcanzar los objetivos de la ESO, en atención tanto a las razones jurídicas expuestas, cuanto a las de política de educación compensatoria señaladas.

Por otra parte, cabría cuestionar el régimen de edad y duración de los contratos por formación prevista estatutariamente en relación con los desarrollados en el marco de los PGS,

afirmando su inadecuación y proponiendo una mayor flexibilidad atendiendo a los casos que la edad del participante supere la máxima legal y a los que el proceso formativo del programa pudiera resultar insuficiente al objeto del contrato para la formación, requiriendo ser completado con la formación profesional propia de dicho contrato³²⁸.

Cabe, sin embargo, como propuesta alternativa, plantear la posibilidad de que existiera otra modalidad de contrato formativo que viniera a cubrir las necesidades formativas tanto de éste como de cualquier otro colectivo que no hubiera satisfecho la escolaridad obligatoria. Esta nueva modalidad podría estar en la línea del "contrato de cualificación" que como modalidad distinta al contrato de aprendizaje clásico, prevé la normativa francesa como mecanismo para insertar y completar la formación de los jóvenes de 16 a 25 años sin cualificación profesional o con una cualificación que no les permite acceder a un empleo.

b') El contrato para la formación en los programas Escuelas Taller y Casas de Oficio.

La Orden de 3 de Agosto de 1994 prescribía que la alternancia de la formación con el trabajo productivo en la segunda etapa de estos programas mixtos formación-empleo se instrumentara a través del contrato para la formación.

Únicamente se podía prescindir de él cuando los alumnos no

³²⁸ Obviamente tanto las conclusiones anteriores como sus correlativas propuestas carecerían de sentido si la normativa educativa que regula los PGS garantizara tanto el objeto de la formación del Programa, cuanto el de la formación del contrato, ya fuera fijando el momento de la conclusión del contrato en la fase final del Programa, ya haciendo una programación adecuada de los contenidos formativos en este sentido. Lo que permitiría evitar que los trabajadores insertos en programas de garantía social que ven extinguido su contrato para la formación estuvieran en condiciones menos favorables en orden a su reinserción laboral que aquéllos que estuvieron sujetos a un contrato de formación <<ordinario>> por ser distinto su nivel de cualificación.

reunieran los requisitos legalmente establecidos³²⁹. La norma en tal caso permitía utilizar "la modalidad de contratación más acorde con las circunstancias del alumno-trabajador y del proyecto"³³⁰.

³²⁹ Teniendo en cuenta las diferencias del régimen jurídico del contrato para la formación y con el del contrato de trabajo <<ordinario>>, entiendo que la suscripción de este último, cuando se den los requisitos para contratar para la formación, podría constituir un fraude de ley si con ello se trata de evitar un régimen jurídico que, como después se verá, resulta más beneficioso para el trabajador.

³³⁰ Esta previsión contenida en el art.5.2 de la Orden de 3 de Agosto de 1994, deriva de una modificación introducida en la misma por la Orden de 6 de Octubre de 1998 a efectos de adecuarla a la regulación del contrato para la formación.

Los alumnos podían no reunir alguna de las exigencias subjetivas previstas en el art.11.2 del ET³³¹ para contratar en formación pero, en ese contexto, principalmente ocurría porque tuvieran la titulación requerida para realizar un contrato en prácticas³³². Posibilidad factible en la medida en que los criterios de selección de participantes recogidos en la Orden no coincidían plenamente con los requisitos para contratar como trabajador en formación³³³.

Tras la reforma de 2001, la Orden de 14 de Noviembre impone el contrato para la formación como <<modalidad más adecuada>> para que los alumnos sean contratados por las entidades promotoras de ET y CO y, a tal efecto, exige que los

³³¹ Atendiendo a la edad de los alumnos que participan en estos programas, puede ocurrir que el trabajador seleccionado cumpla los 25 años durante la primera fase del programa. En efecto, la edad máxima de los participantes es de 24 años y teniendo en cuenta que la primera etapa de los programas puede durar seis meses cabe la posibilidad de que los alumnos tengan ya los 25 años en el momento de suscribir el contrato de trabajo.

Por ello estos trabajadores, antes de la reforma del art.11.2,a) del ET, no podían contratar mediante el contrato por formación por superar la edad máxima -veinticuatro años- que para este colectivo establecía la Disposición adicional segunda de la LEY 63/1997, debiéndose utilizar "la modalidad de contratación más acorde con las circunstancias del alumno-trabajador y del proyecto".

Suprimido el límite máximo de edad para suscribir el contrato para la formación para los desempleados que participen en programas de Escuelas-Taller y Casas de Oficio, queda salvado uno de los obstáculos que impiden que en estos programas el contrato de alternancia sea, en todo caso, un contrato formativo.

³³² Los criterios de selección nada dicen sobre la cualificación de los aspirantes haciendo más hincapié en su situación de desempleados por tanto es posible que resulte elegido un alumno que ya tuviera una titulación requerida para contratar en prácticas. Esta circunstancia igualmente impediría que el contrato en alternancia fuera el de formación.

³³³ Se revela de esta forma que los programas priman la inserción de los jóvenes frente a su formación. La selección corresponde hacerla al INEM en colaboración con la entidad promotora. A tal efecto se constituirá un grupo mixto de trabajo entre ésta y la Dirección Provincial del INEM que establecerá los criterios para la selección de participantes.

Estos criterios deben ser conformes con los establecidos en el art.8 de la Orden:

- Requisitos mínimos de los candidatos:
 - . Desempleados
 - . Menores de veinticinco años.
 - . Que preferentemente no hayan participado antes en otra Escuela-Taller o Casa de Oficios.
- Criterios de preferencia a considerar:
 - . Personas discapacitadas.
 - . Mujeres.
 - . Nivel de cobertura de desempleo.
 - . Tiempo de permanencia en la situación de desempleo.

participantes cumplan los requisitos necesarios para formalizar dicho contrato en la fase de formación en alternancia³³⁴. De lo que antecede se desprende que en el marco de los programas Escuelas-Taller y Casas de Oficio, eliminadas las dificultades para suscribir un contrato para la formación, éste no se podrá suplir con un contrato de tipo ordinario.

Se mantienen sin embargo las diferencias sustanciales que existían entre en el objeto y contenido de la formación teórica de los programas y los exigidos en el contrato para la formación.

De la normativa de los programas no se deduce con claridad que el plan formativo a desarrollar en Escuelas-Taller y Casas de Oficios se ajuste al contenido de la formación teórica de los contratos para la formación y, a mi juicio, este requisito que, como es obvio, afecta al objeto del contrato se debe cumplir para poder suscribir el contrato para la formación³³⁵.

Reaparece un problema endémico de los programas formación-empleo, que ya afectaba a los PGS y que afectará también -como después se verá- a los Talleres de Empleo. Su importancia justifica un detenido estudio diferido al momento de analizar *infra* el régimen jurídico de los contratos en alternancia suscritos en estos programas.

En otro orden de cosas, cabría plantear si en los programas Escuelas-Taller y Casas de Oficios el contrato de trabajo

³³⁴ Vid. arts.6 y 10.2 de la Orden de 14 de Noviembre de 2001

³³⁵ Durante la primera etapa los alumnos recibirán la formación profesional ocupacional según el plan formativo que se incluirá en la memoria elaborada por la entidad promotora. (art.5 y 13 de la Orden de 6 de Octubre de 1998). Dicho plan se realizará por especialidades y en relación con el proyecto de obra o servicio a desarrollar, en este sentido la Resolución de 7 de Julio de 1995 señala que se estructurará mediante itinerarios modulares, con los contenidos necesarios para el desempeño de la ocupación y aquellos otros que se refieran a la formación complementaria, en su caso.

podiera tener naturaleza de contrato en prácticas. El hecho de que la formación teórica se pueda impartir en la primera etapa del programa, es decir, con anterioridad a que el participante sea contratado con la entidad promotora, podría hacer pensar que es precisamente el contrato en prácticas el indicado suscribir en el marco de estos programas³³⁶. A mi juicio, la causa del contrato de alternancia lo impide.

Estos programas tienen por finalidad que el alumno-trabajador adquiera no sólo experiencia profesional sino además una formación teórico-práctica que le otorgue una cualificación que facilite su inserción laboral. La finalidad del contrato en prácticas no es, sin embargo, que el trabajador obtenga una formación teórica, -ésta ya la poseerá en el momento de la contratación-, sino que aplique y perfeccione los conocimientos técnicos ya adquiridos, es decir, que obtenga una experiencia profesional adecuada a su titulación como medio de inserción laboral.

Desde esta perspectiva, el contrato en prácticas se revela disfuncional al fin formativo del programa en el que se suscribiría.

Y, a mayor abundancia cabría añadir que la formación recibida por el alumno-trabajador en la segunda fase del programa es <<complementaria>> de la formación teórica recibida en la primera etapa y, aun cuando aquélla sea de carácter práctico, también formará parte del itinerario formativo que el alumno deberá cursar y por tanto resultará imprescindible para obtener el correspondiente certificado de profesionalidad³³⁷.

³³⁶ Parece que en este sentido apunta BALLESTER PASTOR, M.A. en *El contrato de formación y otras formas de contratación laboral en alternancia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág.73.

³³⁷ Hay que recordar que según el RD 797/1991 -art.1-, también las competencias profesionales adquiridas mediante los programas Escuelas-Taller y Casas de Oficios se acreditarán por medio del certificado de profesionalidad.

Hay que tener en cuenta además que será al finalizar el programa, y, no antes, cuando la entidad promotora expedirá el certificado³³⁸ que servirá al alumno-trabajador para, posteriormente, obtener el certificado de profesionalidad o convalidar con los módulos formativos de formación profesional específica.

De manera que la certificación no se expide al finalizar la formación teórica sino al concluir el programa³³⁹, por tanto, la titulación requerida para contratar en prácticas, en su caso, sólo se obtendría extinguido ya el contrato en alternancia³⁴⁰.

En base a las consideraciones anteriores cabría concluir negando la posibilidad de suscribir un contrato en prácticas en el marco de los programas Escuelas-Taller y Casas de Oficios. La causa del contrato en alternancia aunque formativa no se puede equiparar a la causa legalmente prevista para el contrato en prácticas.

c') El contrato para la formación en los programas Talleres de Empleo.

Los participantes en un programa Taller de Empleo serán contratados al inicio del mismo por la entidad promotora.

³³⁸ Según el art.7 de la Orden de 3 de Agosto de 1994 en este certificado constará “la duración en horas de su participación en el programa, así como la cualificación adquirida y los módulos formativos cursados”.

“Este certificado servirá, total o parcialmente y previos los requisitos que se determinen, para ser convalidado en su momento por el certificado de profesionalidad”, así mismo “podrá servir para ser convalidado por los módulos que correspondan de la formación profesional específica regulada en la LOGSE”.

³³⁹ Por esta razón no creo que, el contrato para la formación suscrito en uno de estos programas se pueda entender subsumible en el supuesto del art.11.2,e) del ET, esto es, cuando se tiene por cumplido el requisito de la formación teórica al haber realizado un curso de formación profesional ocupacional adecuado al oficio o puesto de trabajo objeto del contrato ya que para ello se exige acreditación “mediante certificación de la Administración pública competente”.

³⁴⁰ Incluso en este caso difícilmente ocurrirá en tanto no esté previsto el sistema de convalidaciones y correspondencias que permitan equiparar las distintas enseñanzas profesionales.

Antes de la reforma de 2001 el contrato para la formación no podía ser utilizado como instrumento de alternancia en los programas de Talleres de Empleo en la medida en que los participantes no cumplían los requisitos de edad para suscribirlo. Por ello la Orden -art.3.2- señalaba que se utilizaría "la modalidad contractual más acorde con las circunstancias del trabajador y del proyecto", impidiendo expresamente la suscripción de contratos a tiempo parcial. Y, a la exclusión expresa anterior, a mi juicio, había que añadir la del resto de modalidades contractuales recogidas en el ET; trabajo en común, contrato de grupo o de trabajo a domicilio, así como el contrato en prácticas ya que no resultaba adecuado a la finalidad formativa del programa por las mismas razones que ya fueron expuestas en relación con las Escuelas Taller y Casas de Oficios.

En virtud de la modificación introducida en el art.11.2,a) del ET por el RD-L 5/2001, posteriormente la Ley 12/2001, los desempleados participantes en estos programas no están sujetos al límite máximo de edad para suscribir un contrato para la formación.

Sin embargo, de la literalidad del art.3.2 de la Orden que regulaba estos programas no parecía deducirse que fuera imperativo utilizar esta modalidad contractual formativa siempre que se cumplieran los requisitos establecidos en el art.11.2 del ET, como sí ocurría en los programas Escuelas-Taller y Casas de Oficio ³⁴¹.

³⁴¹ Todo hace suponer que la previsión contenida en el art.3.2 de la Orden fue fruto de la imposibilidad

de suscribir, en ese momento, contratos para la formación en el marco de estos programas debido a la edad de los participantes. Producida la reforma legal era necesario adecuar la norma reglamentaria a la misma evitando, cuando menos, que la elección de la modalidad contractual quedara en manos de la entidad promotora, ya que, en último término sería ésta quien decidiera la que fuera “más acorde con las circunstancias del trabajador y del proyecto”

La Orden de 14 de Noviembre de 2001 ha salvado tal ambigüedad, de manera que, actualmente, no sólo será posible, sino también imperativo, suscribir un contrato para la formación en el marco de los programas de Talleres de Empleo. En efecto, de idéntica forma que en ET y CO, se impone el contrato para la formación como <<modalidad más adecuada>> para que los alumnos sean contratados por la entidades promotoras de los TE y, a tal efecto, se exige que los participantes en los programas TE cumplan los requisitos necesarios para formalizar dicho contrato³⁴².

De cualquier forma, también aquí el objeto y el contenido del programa formativo a desarrollar pueden ser obstáculos para suscribir un contrato para la formación³⁴³. En efecto, las divergencias entre el elemento formativo del programa y el del contrato para la formación también se detectan en Talleres de Empleo, por tanto, a lo que se dirá *infra* me remito.

En definitiva, también en los programas Talleres de Empleo el contrato para la formación se suscribirá en todos los casos no pudiendo utilizarse otra modalidad contractual como instrumento de alternancia formación-empleo.

b) La modalidad contractual alternativa al contrato para la

³⁴² Vid. 3.3 y 7.2 de la Orden de 14 de Noviembre de 2001.

³⁴³ Antes de la reforma de 2001 también la duración del programa podía ser un obstáculo para suscribir un contrato para la formación. El ET exige que la duración mínima del contrato sea de seis meses y la duración del programa podía ser inferior a ese tiempo ya que la Orden señalaba que la duración máxima del programa sería de un año. Ahora la Orden de 14 de Noviembre en el art.3.2 establece que la duración de los Talleres de Empleo será como mínimo de seis meses y máximo de un año, sin que la duración de los contratos suscritos pueda exceder a la fecha de finalización del proyecto

formación en los programas mixtos formación-empleo: El contrato para obra o servicio determinado.

Introducción.- Tras la reforma de 2001, plantear cuál sería la modalidad alternativa al contrato para la formación en los programas de formación-empleo me parece necesario por dos motivos: En primer lugar, porque aunque la normativa específica exige la conclusión de un contrato para la formación en ET, CO y TE, no lo impone para PGS por lo que en algún caso habrá que recurrir a un contrato de trabajo distinto al de formación.

En segundo lugar, porque será precisamente la fórmula contractual alternativa al contrato para la formación la que dote de virtualidad a éste como medio de instrumentar la alternancia. Y, a mi juicio, así hay que considerarlo, no sólo en relación con los cuatro programas actualmente existentes -PGS, ET, CO Y TE-, sino también respecto de cualesquiera otros programas de formación-empleo que, como medida de política de empleo, puedan crearse en un futuro si, como los actuales, son programas temporales de actuación administrativa sujetos a disponibilidades presupuestarias.

Como resultado de lo que sigue, habrá que valorar positivamente la reforma que en el art.11.2,a) del ET se produjo en 2001, al tiempo, propugnar que se incorporen al mismo los alumnos-trabajadores de los PGS y, finalmente, reivindicar para el futuro un contrato formativo como única fórmula contractual válida para instrumentar la alternancia en los programas formación-empleo.

El objeto del contrato.- La modalidad contractual alternativa al contrato para la formación que suscriban los participantes en los programas mixtos formación-empleo con la

entidad promotora, será un contrato de trabajo de tipo ordinario y la exigida adecuación de su modalidad a las "circunstancias del trabajador y del proyecto" quedará referida a la duración y al objeto del mismo.

El contrato de trabajo será efectivamente de duración determinada y, como se verá a continuación, podrá ser encuadrado en uno de los supuestos de contratación temporal admitidos en el art.15.1 del ET³⁴⁴.

Teniendo en cuenta el objeto del contrato, todo parece indicar que entre los contratos temporales del art.15 del ET será el de obra o servicio determinado el indicado formalizar en el marco de estos programas.

Las obras o servicios en los que, por regla general, se desarrollarán las actividades de los trabajadores participantes en estos programas, podrían perfectamente subsumirse en el supuesto legal señalado³⁴⁵.

El ET en el art.15.1,a) tipifica el supuesto que justifica utilizar este tipo de contrato temporal exigiendo que la obra o servicio a realizar tenga "autonomía o sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque

³⁴⁴ En ningún caso podrán concluirse contratos de duración superior al año en el marco de los programas de Talleres de Empleo, ya que el art.3.2 de la Orden impide que la duración máxima del contrato supere la duración del Proyecto de Taller de Empleo y el art.3 del RD limita la duración máxima de los proyectos a un año.

También en Escuelas-Taller y Casas de Oficios el art.5.2 de la Orden señala que la duración máxima del contrato no podrá ser superior a la duración del proyecto de Escuela-Taller o Casa de Oficios, y ésta, como se sabe, está limitada: en el primer caso no podrá ser inferior a un año, ni superior a dos y, en el segundo, será de un año.

³⁴⁵ Hay que recordar en este sentido que los participantes en Talleres de Empleo realizarán tareas en obras o servicios de utilidad pública o interés social, relacionados con nuevos yacimientos de empleo, como medio para alcanzar los objetivos formativos propuestos y con ello mejorar sus perspectivas de inserción.

Y, los alumnos-trabajadores de las Escuelas-Taller y Casas de Oficios realizarán actividades de utilidad pública o de interés general y social -relacionadas con la rehabilitación del patrimonio, del medio ambiente y del entorno urbano y la recuperación de oficios artesanales, etc.-, obteniendo una cualificación que les permita su inserción en el mercado de trabajo.

limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta”³⁴⁶. Las circunstancias objetivas y temporales requeridas para formalizar este tipo de contratos en los programas de formación-empleo concurren, tanto si las obras o servicios forman parte de la actividad interna de la entidad promotora, como si son ajenas a la misma³⁴⁷.

Así lo han entendido los tribunales en relación con los contratos suscritos por el personal directivo y docente de las Escuelas-Taller y Casas de Oficio ³⁴⁸ y, a mi juicio, lo mismo

³⁴⁶ Es importante apuntar que con reiteración el TS ha señalado que “*el válido acogimiento a la modalidad contractual que autoriza el art.15.1 a) ET no sólo requiere que la obra o servicio que constituya su objeto sea de duración incierta y presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad normal de la empresa, sino además que, al ser concertado, sea suficientemente identificada la obra o el servicio y que, en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea ocupado en la ejecución de aquélla o en el cumplimiento de éste y no normalmente en tareas distintas*”.

Cfr. las SSTs en u.d. de 10 de Diciembre de 1996, A/9139, (F.J.2), de 30 de Diciembre de 1996, A/9864, (F.J.4), 11 de Noviembre de 1998, A/9623, (F.J.3) y la de 28 de Diciembre de 1998, A/387, (F.J.1).

³⁴⁷ Ninguna de las dos posibilidades puede descartarse en la medida en que la normativa no precisa cuales son las obras y servicios que pueden programar las entidades promotoras para ser ejecutadas en el marco de estos programas.

Son tres las cuestiones que se limita a señalar: a) que las obras y servicios sean de utilidad pública y de interés social (art.1 de la Orden), b) que las obras y servicios posibiliten a los trabajadores participantes la realización de un trabajo efectivo que, junto con la formación ocupacional recibida, procure su cualificación profesional y favorezca su inserción laboral (art.1 de la Orden).

c) que la incidencia del proyecto en nuevos yacimientos de empleo será uno criterio a tener en cuenta para la aprobación del mismo. Señala el art.9 de la Orden que se valorará el carácter innovador del proyecto teniendo en cuenta su incidencia en nuevos yacimientos de empleo como:

- a) servicios de utilidad colectiva.
- b) Servicio de ocio y culturales.
- c) Servicios personalizados de carácter cotidiano.

³⁴⁸ STSJ de Andalucía/Granada de 17 de Marzo de 1999, A/5559 (F.J.2), “*la existencia de fases perfectamente diferenciadas en el desarrollo del Programa -Escuela-Taller- en el que se ocupa al demandante -contratado con la categoría de Jefe de Taller-Monitor de Albañilería-, y la posibilidad consiguiente de que para la actividad específica de enseñanza que caracteriza a cada una se hagan contrataciones distintas, bajo la fórmula de contratos para obra determinada, sin que sea deducible de ello una actuación en fraude de ley por parte del demandado que pudiese privar al contrato de un carácter de temporalidad que ya en principio es indiscutible.*

No constituye, pues, despido el cese del actor, sino que el mismo es consecuencia de la conclusión de la obra para la que aquél fue contratado”.

STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de Febrero de 1999, A/5225 (F.J.3) “*si bien no existía impedimento alguno para que los actores suscribiesen contratos para obra o servicio al amparo del RD 2104/1984, de 21 de noviembre, a efecto de dar cobertura a la prestación de sus servicios en un determinado proyecto de Escuela-Taller, ello lo era circunscribiendo su vigencia o duración a la terminación del concreto y específico proyecto para el que fueron contratados*”. Sin embargo, “*los actores fueron contratados por el Ayuntamiento de Hellín para atender unas necesidades que excedían de las propiamente derivadas de este específico proyecto, entrelazándolas con otros*

cabría decir con respecto a los contratos de los alumnos-trabajadores contratados por la entidad pública o privada que se erija en promotora de un proyecto de este tipo. Y, -con las prevenciones derivadas de la ambigüedad de la normativa que los regula- en idéntico sentido al señalado hay que entenderlo para los PGS, teniendo en cuenta, sin embargo, que en este caso la temporalidad del contrato de trabajo puede no derivar de la actividad a realizar pero lo que parece indudable es que se suscribe con ocasión de un programa que perfectamente podría incluirse en la categoría de programas temporales de actuación administrativa. En consecuencia, como se verá a continuación, aquí -igual que el resto de programas mixtos formación-empleo-, habrá que tener en cuenta los criterios jurisprudenciales sobre la contratación temporal para la realización de tareas relativas al Plan FIP³⁴⁹.

distintos, sin cobertura legal que lo amparase, deviniendo de aplicación la previsión contenida en el art.2.2 c) del indicado RD 2104/1984, transmutando el carácter temporal de la relación, convirtiéndola en otra de carácter indefinido”.

STSJ de Navarra de 9 de Diciembre de 1998, A/6584 (F.J.2), *“la actividad llevada a cabo por el demandante, como Coordinador, presenta autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad ordinaria del Consistorio, existiendo un claro deslinde entre lo que constituye las actividades propias del empleador y aquellas que requiere la específica en el desarrollo de la Escuela Taller. De esta forma ninguna duda cabe de que la actividad para la que fue contratado el actor era perfectamente idónea y adecuada para configurar una relación laboral de esta naturaleza”.*

STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de Abril de 1996, A/2077, (F.J.2) cuando el objeto del contrato es la prestación de servicios como monitora de recursos forestales en la Escuela-Taller de Almansa, cuya duración prevista era de 24 meses distribuidos en 4 ciclos de seis meses cada uno con sus correspondientes cuantías subvencionadas, también distintas. No apreció fraude de ley en la contratación mediante sucesivos contratos para obra o servicio especificándose en cada uno de ellos que la causa determinante de los mismos era el cumplimiento o realización de cada una de las tres fases del proyecto formativo a desarrollar en la Escuela-Taller.

TSJ de Madrid en sentencia de 5 de Abril de 1993, A/1945, (F.J.único), entendió correcto utilizar el contrato de servicios para la contratación de una monitora restauradora para realizar las tareas inherentes a su profesión en la Escuela-Taller de Osuna, así como su posterior prórroga

STSJ de Andalucía/Granada de 27 de Octubre de 1992, A/5018, (F.J.3) en programa de formación de Escuela-Taller estructurado en seis fases *“cada una de las cuales tiene consideración independiente de la anterior”.* *“El desarrollo total del proyecto formativo podía aconsejar el cambio de profesorado”*, máxime cuando *“el contenido formativo teórico-práctico está integrado por materias y disciplinas variadas”.*

³⁴⁹ En este sentido importa reseñar la STSJ de Madrid de 21 de Febrero de 1997, A/466, en relación al

Son tres los argumentos en que se puede apoyar la utilización del contrato para obra o servicio determinado en el marco de los programas de formación-empleo³⁵⁰.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que, en la mayoría de las ocasiones, las obras o servicios que constituyen el objeto de los contratos que se suscriben con ocasión de la ejecución de estos programas serán ajenos a las actividades que de forma habitual realiza la entidad promotora.

Así lo han entendido los tribunales en relación con las actividades docentes que se realizan en una Escuela-Taller y resulta clarificadora en este sentido una resolución del TSJ de Castilla-La Mancha en la que respecto de una Corporación Local, promotora de una Escuela Taller con un proyecto educativo en las especialidades de guías naturaleza-recursos forestales, albañilería, carpintería y forja, señala que *"evidentemente no es función ni propia ni permanente de un Ayuntamiento el proporcionar enseñanzas teórico-prácticas remuneradas sobre una profesión u oficio a sus vecinos. Otra cosa es que, en determinados casos y atendiendo al nivel de desempleo de la*

contrato suscrito por un monitor con el Ayuntamiento de Leganés, formalizado en virtud de un Convenio de colaboración suscrito entre dicha Corporación local y la CAM con objeto de desarrollar cursos especiales para jóvenes dentro del marco de educación compensatoria.

Considera el tribunal que la modalidad contractual utilizada -para obra o servicio determinado- fue la correcta, aun cuando los contratos fueran reiterados, *"pues -dirá el tribunal- las actividades que constituyen su objeto están íntimamente vinculadas a los convenios de colaboración suscritos entre el ayuntamiento y la CAM, de tal manera que éstas finalizan al finalizar el convenio. Tales actividades no tienen carácter permanente sino temporal, pues tienen por finalidad el desarrollo de los cursos indicados que depende del presupuesto económico otorgado por la CAM al ayuntamiento demandado en base a los convenios citados"* (F.J.2).

³⁵⁰ En las consideraciones que siguen se han tenido en cuenta los estudios sobre el contrato de trabajo para obra o servicio determinado realizados por, CAMPS RUIZ,L., en *La contratación laboral temporal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs.19 a 55, AGIS DASILVA,M., en "La interpretación jurisprudencial del objeto del contrato para obra o servicio determinado", RDS, núm.3, 1998, págs.129 a 144, GARCIA NINET,J.I. y VICENTE PALACIOS,A., en *Contrato temporal para obra o servicio determinado: Nueva legislación y jurisprudencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998 y MERCADER UGUINA,J.R., en *La contratación temporal en la jurisprudencia del TS*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs.22 a 37.

*población y aprovechando, no la necesidad, sino el beneficio que supone para la población, el realizar determinadas obras, reparaciones o recuperaciones ornamentales, el Ayuntamiento promueva y tutele la obtención de unas subvenciones que permitan, por una parte la impartición de tales enseñanzas y por otra la realización de unas actividades beneficiosas para el pueblo, pero por unos sistemas y unas actividades docentes que no entran dentro del servicio o actividad propia del Ayuntamiento"*³⁵¹.

También desvinculadas de las actividades ordinarias de la entidad promotora estarán, por regla general, las obras o servicios a realizar por los alumnos-trabajadores participantes en el proyecto en la medida en que se instrumentalizan al logro de los objetivos del programa que son su formación e inserción profesional y no al objeto y finalidad propios de la entidad promotora³⁵². La entidad promotora, en el marco de un programa de

³⁵¹ Cfr. STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de Abril de 1996.

³⁵² A este respecto resultan de interés las consideraciones del TSJ de Galicia en torno a la naturaleza del trabajo realizado por los participantes en las Escuelas-Taller -aunque se refiera al de los contratados para la formación- y la finalidad de la Escuela-Taller -promovida en este caso por una Corporación local-. [STSJ de Galicia de 7 de Marzo de 1998 (A/1019)].

Señala este tribunal que el programa formativo *"tiene un contenido teórico-práctico desarrollado -este último- a través de contratos de aprendizaje (art.5.2 de la Orden de 3 de Agosto de 1994) que permiten la realización de un trabajo que, aunque se califique de productivo, se encuentra en realidad subordinado, como medio instrumental, a la consecución de esa adecuada formación que es el fin esencial de las Escuelas-Taller"* (F.J.3)

Y, en relación con la Escuela-Taller señala que el hecho de que *"cuenta con módulos de fontanería, albañilería y carpintería y realice actividades de restauración, remodelación y construcción de edificios y obras públicas, pueda desvincularse... de su carácter formativo y de su finalidad esencial -que no es beneficiarse de la prestación del trabajo de los alumnos como empresa dedicada a la construcción con ánimo de lucro o sin él- sino de enseñarles y ayudarles en sus tareas, cualificándoles profesionalmente.... No se está en presencia de una <<empresa>> que opera como tal en el sector de la construcción, edificación y obras públicas, sino de un <<centro formativo>>, o en todo caso, de un <<programa público con finalidad formativa promovido por una corporación local sin ánimo de lucro y sin beneficio con la prestación del trabajo de los alumnos>>(F.J.3).*

Como se verá *infra*, estas circunstancias serán determinantes de que los tribunales consideren que las relaciones laborales que surgen con ocasión del desarrollo de estos programas tienen unas especialidades que justifican que su régimen jurídico no se vea afectado por lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación en la entidad promotora.

La actividad en atención a la finalidad del programa no será productiva sino de carácter formativo lo que

formación-empleo, no actúa, en efecto, como organización meramente productora de obras y servicios, sino principalmente como organización formadora y las actividades que realizan los alumnos-trabajadores tienen un componente formativo que las particulariza y que, incluso si se enmarcaran dentro de las actividades normales y permanentes de la entidad promotora, les dotaría de la autonomía y sustantividad propia necesarias para poder suscribir un contrato para obra y servicio determinado³⁵³.

Sin perjuicio de lo anterior, el segundo de los argumentos anunciados lo aportan las consecuencias que en materia de contratación derivan del hecho de que los programas mixtos formación-empleo sean <<programas temporales de actuación administrativa sujetos a disponibilidades presupuestarias>>, como también lo es el Plan FIP.

Si los programas mixtos formación-empleo son planes de política de empleo previstos a nivel oficial y condicionados a las disponibilidades presupuestarias del INEM y a las ayudas del FSE, tendrán la misma naturaleza que el Plan FIP y los programas formativos que en él se integran. En consecuencia, parece razonable que por analogía les pueda ser aplicada la doctrina

dotará al contrato de trabajo concluido en el marco de estos programas de una especialidad en cuanto a su objeto también respecto del contrato para obra o servicio común.

³⁵³ Este sería el caso, por ejemplo, de una Escuela-Taller o Taller de Empleo en los que se desarrollaran proyectos en las especialidades de albañilería, fontanería, etc., promovidos por una entidad pública o privada sin ánimo de lucro perteneciente al sector de la construcción.

A idéntica conclusión habría que llegar si la entidad promotora fuera una empresa dedicada a la enseñanza ya que las actividades a realizar por los alumnos-trabajadores difícilmente podrán coincidir con las actividades permanentes y continuadas de aquélla.

No cabe decir lo mismo, sin embargo, respecto de las tareas docentes, de coordinación o dirección que se realicen en la Escuela-Taller o Taller de Empleo promovidos por dicha empresa ya que éstas actividades indudablemente sí son las actividades propias del centro de enseñanza.

No obstante, también en este caso se podrán suscribir contratos para obra o servicio determinado en la medida en que las tareas a realizar están vinculadas a un programa temporal de actuación administrativa, como veremos a continuación.

unificada por el TS en torno a la naturaleza de los contratos que se suscriban en el marco del Plan FIP y, en virtud de ello, entender justificada la contratación temporal para obra o servicio determinado para realizar las tareas vinculadas a estos programas mixtos formación-empleo³⁵⁴.

El TS, en efecto, ha reconocido al Plan FIP *"la condición de servicio determinado pues tanto su duración como las concretas circunstancias en que ha de realizarse dependen de las específicas disposiciones que se adopten"*, y señala que *"su duración incierta no desaparece con la nueva regulación contenida en el RD 1618/1990 ya que el gasto que genera el desarrollo del Plan queda condicionado a las disponibilidades presupuestarias y a la concesión de ayudas por parte del FSE"*³⁵⁵.

El TS entiende justificado utilizar la contratación temporal para servicio determinado cuando las tareas a realizar por el trabajador se enmarquen dentro de dicho Plan, ya que *"tal Plan tiene la condición de servicio determinado, en cuanto a la realización de los programas, que en el mismo se integran, persiguen fines variables en su consecución -lo que, a su vez, puede demandar aptitudes diferentes en las personas que los desarrollan- que dependen a su vez de los fondos presupuestarios*

³⁵⁴ Con toda claridad se manifiesta en este sentido el STSJ de Navarra en la sentencia de 9 de Diciembre de 1998, cuando señala que *"la validez de esta modalidad contractual para atender las necesidades derivadas de la concertación de planes de actuación como éstos viene avalada por reiterada jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 mayo, 10 junio y 3 noviembre 1994 [RJ 1994\4212, RJ 1994\5422 y RJ 1994\8590], 10 abril y 21 julio 1995 [RJ 1995\3038 y RJ 1995\6324]), doctrina que resulta extrapolable al supuesto enjuiciado pues la actividad llevada a cabo por el demandante, como Coordinador, presenta autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad ordinaria del Consistorio, existiendo un claro deslinde entre lo que constituye las actividades propias del empleador y aquellas que requiere la específica en el desarrollo de la Escuela Taller. De esta forma ninguna duda cabe de que la actividad para la que fue contratado el actor era perfectamente idónea y adecuada para configurar una relación laboral de esta naturaleza"* (F.J.2).

³⁵⁵ Cfr. entre otras con las SSTS dictadas en u.d. de 7 de Octubre de 1992, A/7621 (F.J.6), de 24 de Septiembre de 1993 A/8045, (F.J.3), de 11 de Octubre de 1993, A/7587 (F.J.4), de 25 de Enero de 1994, A/375 (F.J.2), de 17 de Mayo de 1994, A/4212 (F.J.3), de 7 de Octubre de 1995, A/6324 (F.J.3).

destinados, ya propios, ya del Fondo Social Europeo. Nada, pues, más acorde a la instrumentalización de los contratos por servicios determinados”³⁵⁶.

³⁵⁶ Cfr. STS de 21 de Julio de 1995, A/6324 y STS de 28 de Diciembre de 1998, A/387, (F.J.2)

“Los contratos están correctamente celebrados -dirá el TS- y no tienen un objeto permanente o indefinido, sino temporal, aunque incierto en su duración total, puesto que tienen por finalidad la gestión del Plan FIP, para el que no existe una dotación económica estable, sino consignaciones presupuestarias anuales, así como la regulación de sus fines y funciones en sucesivas Ordenes desde 1985, participando el Estado y el FSE con cantidades variables, lo que naturalmente repercute en la contratación del personal necesario para dichos fines”. Cfr. STS en u.d. de 16 de Febrero de 1993, A/1174 (F.J.4) y, en el mismo sentido, las referidas en nota anterior.

Concretamente, el TS entiende correctamente celebrado el contrato para servicio determinado que se suscriba con el INEM para realizar actividades conectadas con el Plan -como son la gestión del Plan FIP, promoción de la formación e inserción profesional, etc.-, ya que según el TS *“el Plan FIP dentro de las actividades del INEM goza de autonomía y sustantividad propia y es de duración incierta”.* Cfr. STS en u.d. de 25 de Enero de 1994 A/375, (F.J.2).

También está justificada la contratación para servicio determinado cuando el contrato tenga por finalidad impartir cursos de formación profesional, ya sea en el propio INEM, ya sea en un centro de enseñanza colaborador del INEM en el Plan FIP.

En efecto, en relación con el contrato de profesor suscrito con el INEM el TS señala que dicho contrato *“no*

En lo que aquí interesa, los criterios jurisprudenciales expuestos, serán de aplicación a los contratos suscritos con el INEM u organismos autonómicos competentes para realizar tareas de gestión de los programas formación-empleo, así como a los contratos de directores, monitores y alumnos participantes que se suscriban con las entidades promotoras de los proyectos.

responde a actividades del INEM que tengan carácter permanente, como acaece en las actividades de formación, pues éstas están vinculadas a la política de empleo,..., y, en consecuencia, dependientes de las variables consignaciones presupuestarias”, [STS en u.d. de 10 de Noviembre de 1994, A/8604, (F.J.2)].

Y, en relación con la contratación de varios profesores por un centro privado de enseñanza que se dedica a la enseñanza en general, para impartir cursos de formación ocupacional, el TSJ de Castilla y León/ Valladolid en sentencia de 3 de Septiembre de 1996 A/2821 (F.J.3) señaló que los contratos suscritos estaban relacionados con cursos organizados con el INEM y que dichos cursos “*se agotan con su realización y para ellos se ha producido una contratación diferenciada claramente de la actividad ordinaria de la empresa*”.

El TSJ de Navarra, sin embargo, en sentencia de 17 de Julio de 2000 contraviene la doctrina del TS al considerar que la actividad realizada por unos monitores-tutores consistente en organizar e impartir los diversos cursos de formación del plan FIP en el Ayuntamiento de Pamplona, forma parte de la actividad propia de dicho Ayuntamiento que, año tras año, asume y ejecuta en colaboración con otros organismos que aportan subvenciones. Publicada en RL, núm.22, 2000, TSJ-1574.

En todos estos casos, si la actividad a realizar está vinculada a los citados programas, la contratación temporal para servicio determinado estará justificada³⁵⁷, coincida o no con las que ordinariamente realiza la entidad contratante³⁵⁸.

La duración del contrato.- En tercer lugar, en cualquiera de los casos, las actividades a realizar estarán limitadas en el tiempo porque se llevan a cabo en el marco de un programa de duración determinada³⁵⁹.

Con el proyecto cesarán las obras o servicios que motivaron la contratación de los participantes y, por consiguiente, desaparecerá el fundamento para la continuidad de sus contratos

³⁵⁷ En esta línea el TSJ de Madrid en la sentencia ya referenciada de 5 de Abril de 1993, consideró que “los servicios profesionales de la recurrente -monitora restauradora- estaban enmarcados dentro de un plan de política de empleo previsto a nivel oficial -Escuela-Taller-...,de ahí que su permanencia en las funciones dichas se limitasen en el tiempo y se fuera prorrogando a medida que las subvenciones que posibilitaban la contratación se mantuvieran,...,la vinculación mantenida nació condicionada siempre en su temporalidad en razón de la transitoriedad del servicio prestado” (F.J.único).

Por otra parte también es de reseñar la sentencia del TSJ de Murcia de 23 de Septiembre de 1996 A/2851, (F.J.3) en la que incluye la selección de personal de Escuelas-Taller entre las tareas que por su vinculación al Plan FIP el tribunal entiende justifican suscribir este contrato con el INEM.

³⁵⁸ No es ésta, sin embargo, la opinión que mantiene BALLESTER PASTOR, M.A. en *El contrato de formación y otras formas de contratación laboral en alternancia*, op. cit., pág.84, respecto de los contratos suscritos en el marco de los programas Talleres de Empleo. Para esta autora “a menos que se trate de obras o servicios cuya duración natural coincida con la duración del taller de empleo (seis meses a un año) y que dispongan de la correspondiente autonomía y sustantividad (no siendo posible aplicarlo a actividades continuadas del taller) la fórmula contractual será la del contrato sometido a término del art.49”.

A mi juicio, en la medida en que el Taller de Empleo sea un programa temporal de actuación administrativa sujeto a disponibilidades presupuestarias la doctrina jurisprudencial apuntada *supra* será de aplicación y los tribunales entenderán justificado suscribir un contrato de trabajo para obra o servicio determinado cualquiera que sea el tipo de actividad a realizar -propias o ajenas a las habituales de la entidad promotora- y la duración del contrato, o mejor, la continuidad del mismo vendrá condicionada, como *infra* se verá, a la existencia de la correspondiente previsión presupuestaria que haga posible que la entidad promotora cuente con los recursos económicos necesarios para desarrollar el proyecto.

³⁵⁹ Se puede entender que cumplirían perfectamente el requisito de ser susceptibles de acotación temporal objetiva por tener un principio y un final determinado o determinable. Vid. en este sentido CAMPS RUIZ, L. en *La contratación laboral temporal*, op. cit. pág.22

Señala la Orden de 14 de Noviembre de 2001 en el art.3.2 que “una vez transcurrido el plazo de duración previsto en la correspondiente resolución aprobatoria se entenderá finalizado el proyecto de Taller de Empleo” y, en idéntico sentido, lo hace el art.3.3 y 4.2 de la Orden de 14 de Noviembre de 2001 para Escuelas-Taller y Casas de Oficios, respectivamente.

por desaparición de la causa que los originó.

Desde esta perspectiva es posible entender que la actividad a realizar en el marco de estos programas es el factor determinante de la temporalidad del contrato que se suscribe ³⁶⁰ y que su duración viene determinada por el programa en la medida en que éste fija la duración de la actividad a realizar.

Hay que plantear, sin embargo, si tratándose de programas de actuación administrativa sujetos a disponibilidades presupuestarias la duración del contrato no derivará también de factores externos a la propia actividad, como es la existencia de dotaciones presupuestarias. Es decir, si la duración del contrato está condicionada además de por la duración del programa, por la dotación presupuestaria.

Para responder a esta cuestión interesa el criterio mantenido por el TS en relación a un supuesto similar ya que se trataba de los contratos de trabajo suscritos también con ocasión de un plan de actuación administrativa pero, en este caso, consistente en la prestación de servicios de ayuda domiciliaria competencia de la Comunidad Autónoma, cuando ésta los encomienda a los Ayuntamientos mediante un concierto y, simultáneamente, concede los fondos necesarios para ello.

Es doctrina unificada que *"hacer depender la duración de los contratos de trabajo necesarios para la prestación de estos servicios de la persistencia de la subvención necesaria para su*

³⁶⁰ Es doctrina unificada que "la temporalidad puede predicarse del servicio cuando este servicio se consume y concluye con su realización" y que "queda fuera de las previsiones legales que la duración del contrato quede supeditada a la mera voluntad o decisión resolutoria de alguna de las partes". Cfr. entre otras las SSTS dictadas en u.d. de 30 de Noviembre de 1992, A/9292 y de 18 de Octubre de 1993, A/7838 (F.J.4).

Vid. sobre este particular, GARCIA NINET, J.I. Y VICENTE PALACIO, A. en *Contrato temporal para obra o servicio determinado: Nueva legislación y jurisprudencia*, op.cit. pág.40 y 54.

funcionamiento, cuando esta subvención procede de un tercero y no de una mera consignación presupuestaria del propio empleador, no es acto que pueda estimarse abusivo, en fraude de ley o contrario a Derecho y sí, por el contrario, susceptible de ser encuadrado en el contrato por servicio determinado, pues cumple los requisitos establecidos en los arts. 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores y 2 del Real Decreto 2104/1984, ya que no cabe duda que la singularidad que el servicio tiene respecto al Ayuntamiento que lo dispensa, le confiere la autonomía y sustantividad propia que aquellos preceptos exigen, y la duración es, para la entidad municipal, incierta, en cuanto depende de dos factores ajenos a su voluntad: el concierto con la Administración autonómica y la concesión de la correspondiente subvención”³⁶¹.

En virtud de esta interpretación jurisprudencial la dotación presupuestaria opera en definitiva como una suerte de condición resolutoria que se incorpora a los contratos de trabajo suscritos para realizar las obras o servicios previstos en estos programas de actuación administrativa, de manera que, procederá la extinción de los contratos cuando falte la correspondiente dotación presupuestaria³⁶².

Y, ésta es línea interpretativa que siguen los Tribunales Superiores, tanto respecto de éstos programas, como también de

³⁶¹ Cfr. SSTS en u.d. de 18 de Diciembre de 1999 A/307, (F.J.2) y de 28 de Diciembre de 1998, A/387 (F.J.2) en ambos casos se trataba de un servicio de atención domiciliaria prestado por el Ayuntamiento en virtud de un concierto con la Comunidad Autónoma.

En relación con el mismo plan de actuación también el TS señaló en la sentencia dictada en u.d. de 11 de Noviembre de 1998, A/9623 que “*la duración del servicio es limitada en el tiempo ya que se prevé expresamente en los contratos que finalizarán cuando se cumpla el plan concertado mediante el oportuno convenio celebrado por ambas Administraciones, que equivale a la conclusión del servicio objeto del contrato (artículo 49.1, c) del estatuto de los Trabajadores*” (F.J.3).

³⁶² Vid. en este sentido GARCIA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A., en *Contrato temporal para obra o servicio determinado: nueva legislación y jurisprudencia*, op. cit. págs.86 y 87.

otros de igual naturaleza. Consideran, en efecto, que en la medida en que el desarrollo y ejecución de las actividades a realizar en el marco de los programas de actuación administrativa requieran de la permanencia y prolongación de fondos públicos, la duración del contrato quedará condicionada a la existencia de los mismos, y, en consecuencia, resuelven que el cese de la subvención conlleva la extinción de los contratos de trabajo por terminación de la obra o servicio para los que fueron suscritos³⁶³.

³⁶³ El TSJ de Canarias/Las Palmas en repetidas ocasiones se ha pronunciado en este sentido:

Así, en sentencias STSJ de 18 de Junio de 1999, A/4153 (F.J.3) y de 29 de Septiembre de 1998, A/6820 (F.J.2) respecto de las contrataciones para prestar servicios en el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria como pintor y peón, respectivamente, señala que *“el objeto de la contratación temporal del actor no era sino dar cumplimiento al Proyecto Subvencionado de Programa Territorial de Apoyo al Empleo y a la Formación... Tal dato es de vital importancia, pues la efectividad de la contratación del actor así como su continuidad en el puesto de trabajo para el que fuera contratado dependerá, a todas luces, de la dotación presupuestaria que, mediante las oportunas subvenciones, destine la Administración empleadora a tal fin. Y es que, tal y como expresara esta Sala de lo Social en su Sentencia de fecha 6-9-1996, el desarrollo de la relación laboral ha de ceñirse a la correspondiente subvención, circunstancia que se erige en causa y condición de mantenimiento de aquélla, de manera que el cesar de la dotación presupuestaria conlleva la extinción y contrato celebrado”*. Resolviendo que *“el cese de la subvención conlleva la extinción del contrato del actor”*.

En el mismo sentido lo hace en la sentencia de 5 de Junio de 1998, A/3145, (F.J.4) cuando la actividad de la actora era la de participar en el plan de ayuda al drogodependiente prestando sus servicios retribuidos, primero como administrativa y después como monitora en virtud del Plan Canario contra la Droga suscrito entre el Gobierno de la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento demandado que venía a depender, para su desarrollo, de la correspondiente subvención de la Administración autonómica. Entendiendo que *“la duración de dicha relación quedaba condicionada tanto en su origen como en su desarrollo y duración además de a la consecución de los fines que le son propios por la permanencia y prolongación de los fondos públicos con los que afrontar la financiación del programa, de los cuales no siempre se tiene la seguridad de estar presentes en los sucesivos ejercicios presupuestarios ni siquiera; con las mismas cantidades al depender, según lo antes expuesto, de factores políticos, sociales y económicos. Por ello, al cesar la subvención, el cese de la actora fue ajustado a derecho”*

Y, así mismo en la de 10 de Marzo de 1998, A/1781, (F.J.3), en relación con un trabajador contratado por Ayuntamiento de Santa Lucía para prestar sus servicios como trabajador social para la realización de obra o servicio determinado con cargo a la subvención concedida por el Gobierno de Canarias para la actuación de animación comunitaria y promoción a la convivencia social. Señalando que *“extinguida la subvención la contratación de los trabajadores para consecución de tal fin a través de la adecuada modalidad contractual de obra o servicio determinado ha de entenderse finalizada por depender los mismos, precisamente, de la consignación presupuestaria anual así como de una regulación específica de fines y funciones en sucesivas órdenes anuales”*.

También el TSJ de Andalucía/Málaga en la sentencia de 15 de Marzo de 1995, A/1022, (F.J.2) resolvió en el mismo sentido respecto del contrato para la realización de obra o servicio determinado concertado con el Ayuntamiento de Ronda en el que se estipulaba que el objeto de dicho contrato sería la prestación de servicios en la Unidad de Promoción de Empleo, en tanto dicho servicio se encontrase subvencionado por la Consejería de Trabajo y Bienestar Social de la Junta de Andalucía; extinguiéndose el contrato en el momento en que el Ayuntamiento no recibiese la indicada subvención.

Considera el tribunal *“perfectamente posible que en el contrato para la prestación de un servicio determinado se haga depender la duración del mismo del mantenimiento de las subvenciones económicas necesarias para la debida prestación del servicio en cuestión”* y cita como precedente la STSJ de Madrid de 5 de

Otro es sin embargo el criterio que ha mantenido el TSJ de Madrid precisamente en relación con un programa Escuela-Taller³⁶⁴. Según este tribunal es la duración del programa -mínimo de un año, máximo de tres- la que sirve para delimitar el concepto de obra y no la de los períodos de cobertura económica -los fondos deben remitirse a la entidad promotora cada seis meses y la renovación ha de hacerse el último mes de cada período-.

“Los créditos -dirá el TSJ- tienen una previsión de renovación sin solución de continuidad y de no ser así ello daría lugar a la correspondiente exigencia de la Administración que desarrolla el Plan de Formación a la Administración que lo financia, pero en modo alguno puede alterar el desarrollo del programa”. Por tanto, no podrá invocarse como causa de extinción del contrato la terminación de la obra o servicio por falta de renovación del crédito. En palabras de este tribunal “ante la total dependencia económica de una Administración respecto de otra a estos efectos, las consecuencias en el orden laboral serían las de acudir al expediente de regulación de empleo, a fin de amparar adecuadamente a aquellos trabajadores que por causas ajenas a su voluntad, a la de la empleadora y a la naturaleza del servicio que prestan, son privadas de un empleo cualquiera que sea la naturaleza, indefinida o temporal del mismo”.

En definitiva, según esta interpretación judicial, por falta

Abril de 1993, A/1945.

En efecto, en el F.J.único de esta sentencia se señala que *“los servicios profesionales de la recurrente estaban enmarcados dentro de un plan de política de empleo previsto a nivel oficial -Escuela Taller de Osuna- (apartado cuarto de probanza). De ahí que su permanencia en las funciones dichas se limitasen en el tiempo (cláusula 6.ª del contrato obrante al folio 52) y se fuera prorrogando a medida que las subvenciones que posibilitaban la contratación se mantuvieran.... En ningún caso el supuesto transcrito daría derecho a una fijeza laboral que catalogaría como despido la decisión unilateral de dar por finalizada la relación temporal examinada, ya que la vinculación mantenida nació condicionada siempre en su temporalidad en razón a la transitoriedad del servicio prestado”.*

³⁶⁴ Cfr. STSJ de Madrid de 12 de Diciembre de 1992, (A/5695), (F.J.2).

de la dotación presupuestaria la obra no se podrá concluir o el servicio no se podrá realizar pero en ningún caso, se podrá entender que hayan terminado. En consecuencia, será esa circunstancia económica la que deberá ser invocada como causa de extinción de los contratos y no la terminación de las obras o servicios objeto de los contratos.

En los programas mixtos formación-empleo habrá que estar a la normativa que regula su financiación. A mi juicio, la que actualmente es de aplicación a ET, CO y TE parece abogar en el sentido apuntado por el TS, ya que, contrariamente a lo que mantiene el TSJ de Madrid, los créditos previstos para estos programas no tienen una previsión de renovación sin solución de continuidad.

En este sentido considero que hay que interpretar el art.3.3 de la Resolución de 31 de Marzo de 1999 y el art.4.3 de la Resolución de 7 de Julio de 1995 en las que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas para los programas Talleres de Empleo y Escuelas-Taller y Casas de Oficio, respectivamente, cuando señalan que el importe de las subvenciones con cargo al INEM que se especifiquen en la correspondiente resolución administrativa "tendrán el carácter de subvención estimada, quedando condicionado su abono en los ejercicios siguientes a la existencia de crédito para tal fin"³⁶⁵.

³⁶⁵ “Tal concesión de beneficios es la justificación y el origen creador para la puesta en marcha y desarrollo de la escuela taller de Almansa”. Así lo señala el TSJ de Castilla-La Mancha en sentencia de 11 de Abril de 1996, A/2077, (F.J.2)

Esta sentencia recoge en el F.J.1 parte del texto de la resolución administrativa del Director Provincial del INEM de Albacete en la que se otorgan las subvenciones correspondientes. El texto se transcribe a continuación por el interés que estimo presenta en relación a lo que aquí se debate, revelando parece la dependencia existente entre la continuidad del programa y la previsión presupuestaria de los fondos necesarios para su ejecución.

“En el considerando séptimo de tal resolución se expresa textualmente que «... la Escuela Taller/Casa de Oficios tiene una duración total de 24 meses distribuidos en 4 ciclos de 6 meses cada uno...».

Por su parte, en la misma resolución, folios 28 vuelto y 135 vuelto de autos, se dispone que «esta Dirección Provincial del INEM acuerda, estimar la solicitud de la Entidad Promotora de la Escuela Taller/Casa de

De estas previsiones parece deducirse que en la resolución administrativa sí queda comprometido y garantizado el abono de las subvenciones correspondientes al ejercicio presupuestario en curso, pero no las correspondientes a ejercicios siguientes.

En ese caso, cabría plantear qué consecuencias tendrá para el contrato de trabajo que la subvención ya comprometida no se abone en dicho ejercicio, esto es, cuando no se transfiera al ente promotor del proyecto la cantidad equivalente al coste subvencionado para el período correspondiente cuando éste quede comprendido en el ejercicio presupuestario en el que se aprueba la resolución administrativa³⁶⁶.

A mi juicio, será en este supuesto en el que deberá aplicarse la doctrina del TSJ de Madrid y entender que si la actividad no puede continuar desarrollándose por falta de la dotación presupuestaria ya comprometida, la entidad promotora podrá resolver los contratos para obra o servicio determinado, pero no por llegada a término de los mismos, sino en amparo de las circunstancias económicas acaecidas, que impiden concluir la obra o realizar el servicio -ex art.52,c) ET-.

Oficios autorizando el proyecto formativo en las especialidades de guías naturaleza-recursos forestales, albañilería, carpintería, forja y concediendo una subvención global estimada de 174.255.746 pesetas con el desglose que figura como anexo a la presente resolución, quedando condicionado a su abono en los ejercicios siguientes a la existencia de crédito para tal fin, y realizándose el pago de las cantidades ...».

Tal anexo (folios 30 y 137 de autos) recoge claramente la distribución del proyecto aprobado en cuatro fases distintas con sus correspondientes cuantías subvencionadas, también distintas.”

³⁶⁶ En relación con la transferencia de fondos hay que tener en cuenta que la Orden de 9 de Marzo de 1999 sobre Talleres de Empleo (art.11.1 y 2)y, con prácticamente igual tenor literal, el art.18.1 y 2 de la Orden de 6 de Octubre de 1998 sobre Escuelas-Taller y Casas de Oficios, señala que:

“1. Una vez dictada la resolución..., el Director general del INEM o el provincial, en el ámbito territorial de sus competencias, transferirá al ente promotor, y por períodos no superiores a seis meses, una cantidad equivalente al coste subvencionado correspondiente a los mismos.

Previamente al primer pago de la subvención la entidad promotora deberá acreditar el inicio del proyecto, remitiendo al INEM la correspondiente certificación.

2. Dentro del primer mes de cada período al que se refiere el apartado anterior, se transferirá a la entidad promotora una cantidad equivalente al coste subvencionado para el mismo, previa solicitud por parte de la entidad promotora.”

En conclusión, la duración de los contratos para obra o servicio determinado suscritos para realizar las actividades programadas en el marco de los programas formación-empleo vendrá determinada por la duración del correspondiente programa, de manera que transcurrida ésta se entenderán terminadas las obras y servicios y con ellas extinguidos los contratos de trabajo suscritos para realizarlos. No obstante, dado que la ejecución de las actividades no podrán continuar, dándose por concluido el programa y, con él, los contratos de trabajo.

Pero, si existiendo tal previsión presupuestaria, los fondos comprometidos en la resolución administrativa no se hacen efectivos mediante transferencia a la entidad promotora, ésta podrá extinguir los contrato de trabajo suscritos para realizar las actividades del programa, pero, en este caso, no porque el programa haya concluido, sino por las circunstancias económicas que impiden continuarlo.

En definitiva, la duración de los contratos depende de la duración del programa y la continuidad de éste depende a su vez de la renovación de los fondos públicos necesarios para ejecutar las actividades programadas. Por consiguiente, de que en cada ejercicio haya una previsión presupuestaria que los posibilite dependerá la continuidad del programa en ese período y, con él, la de los contratos de trabajo.

D. EL REGIMEN JURIDICO DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO SUSCRITOS EN EL MARCO DE LOS PROGRAMAS MIXTOS DE FORMACION-EMPLEO.

Introducción.- Los contratos de trabajo en alternancia

suscritos en un programa mixto de formación-empleo, presentan un régimen jurídico complejo y singular.

Su complejidad deriva de que se suscriben en un programa de actuación administrativa sujeto a financiación pública y esto trae como consecuencia que el marco normativo que determina su régimen jurídico esté integrado, además de por las normas laborales generales y las especiales relativas a la modalidad contractual que se utilice, por el conjunto de normas específicas de aplicación al programa. E, importa señalar que entre estas últimas quedan incluidas las que regulan las subvenciones públicas previstas para el mismo, así como las relativas a la formación profesional.

En segundo término, la singularidad de su régimen jurídico proviene de la combinación de dos factores: por una parte, de que la prestación de trabajo se realice en alternancia con la formación profesional y, por otra, de que tanto la formación como la remuneración del trabajador corran a cargo de fondos públicos³⁶⁷.

La normativa específica de aplicación al programa, en atención a estos factores, introduce ciertas especialidades que van a particularizar su régimen jurídico, principalmente respecto del régimen jurídico común, pero también respecto, del ya de por sí particular, régimen jurídico del contrato para la formación.

A continuación se analizarán, los aspectos de su régimen jurídico especialmente significativos desde esa perspectiva, para después plantear en qué medida y forma puede intervenir la

³⁶⁷ Las ayudas públicas, dependiendo del programa concreto a desarrollar pueden ser de tres tipos: becas para alumnos (transporte y manutención en la primera fase de ET y CO), subvención de gastos de formación profesional ocupacional (incluyendo no sólo material sino también gastos salariales derivados de la contratación de personal directivo, docente y de apoyo) y subvenciones de gastos salariales derivados de la contratación de participantes (alumnos-trabajadores) en los programas.

negociación colectiva en la configuración de su régimen jurídico.

a) Especialidades del régimen jurídico del contrato de trabajo en los programas de formación-empleo.

La normativa específica aplicable a los programas formación-empleo es precisamente la que dota de singularidad al régimen jurídico del contrato de trabajo en alternancia. Este revela un fuerte intervencionismo administrativo que, todo parece indicar, es debido en mayor medida al carácter subvencionado de los programas y a su objetivo de inserción, que a su carácter formativo. Así resulta, del análisis de las previsiones relativas a la contratación, al objeto del contrato, a la duración y extinción del mismo, así como las establecidas en relación con la formación profesional. Este análisis se hará, como ya se avanzó, teniendo en cuenta la diversidad de modalidades contractuales que se pueden utilizar como contratos de trabajo en alternancia.

a') La contratación.

Las singularidades del régimen jurídico del contrato de trabajo en alternancia se revelan desde el momento mismo de la contratación.

El régimen de contratación establecido por la normativa específica aplicable a los programas formación-empleo se proyecta sobre la libertad de contratación imponiendo fuertes limitaciones a ésta.

Las restricciones a la libertad de contratación en los programas de formación-empleo se manifiesta en tres imposiciones:

las partes contratantes, el procedimiento de selección de los trabajadores, así como la forma del contrato de trabajo³⁶⁸.

A la mayoría de estos aspectos ya se ha hecho referencia en el capítulo anterior, por tanto, baste ahora recordarlos brevemente.

1) Las partes contratantes.- La contratación de los alumnos en la etapa de formación en alternancia corresponde a las entidades promotoras de los programas y las normas señalan, tanto las entidades públicas y privadas que podrán serlo, como los requisitos que deberán cumplir para ello³⁶⁹.

Así mismo se determina quién podrá participar en los programas y, por tanto, quien podrá suscribir un contrato de trabajo con la entidad promotora³⁷⁰.

A modo de requisitos mínimos para poder acceder al programa se establecen unos referidos a la edad y condición de desempleo del candidato o a sus condiciones de escolaridad en PGS. Y, junto a los anteriores, la reforma de 2001 impone para ET, CO y TE que se cumplan los requisitos para formalizar un contrato para la

³⁶⁸ Es de sumo interés el análisis sobre el empleo subvencionado que hace POIRIER, M. en "L'accession au travail. Insertion ou formation?", op. cit. pág.263. Desde mi punto de vista también el empleo derivado de los programas de formación-empleo entraría sin dificultad dentro de esta categoría, por ello las reflexiones de esta autora han sido tenidas en cuenta, como oportunamente se indicará, al analizar el régimen jurídico del contrato en alternancia, obviamente en aquellos aspectos en los que éste no difiere del derivado del ordenamiento jurídico francés.

³⁶⁹ **TE:** vid. art.4 RD 282/1999 de 22 de Febrero y art.2 Orden de 9 de Marzo de 1999.
ET y CO: vid. art.2 de la Orden de 3 de Agosto de 1994 y art.2 Resolución de 7 de Julio de 1995.

³⁷⁰ **PGS:** vid. Ordenes de: Andalucía de 14 de Julio de 1995, Canarias de 12 de septiembre de 1994, Galicia de 5 de Mayo de 1997, Navarra de 11 de Marzo de 1996 y Valencia de 22 de Marzo de 1994.

TE: vid. los requisitos establecidos en art.2 del RD 282/1999 de 22 de Febrero y especificados en el art.7.2 de la Orden de 14 de Noviembre de 2001

ET y CO: vid. art.10.2 Orden de 14 de Noviembre de 2001 y art.1 de la Resolución de 7 de Julio de 1995.

formación. Antes se establecían otros llamados <<requisitos de preferencia>> que se aplicaban en el momento de la selección, como por ejemplo, tiempo de permanencia y nivel de protección por desempleo, pertenecer a un colectivo con especiales dificultades de inserción -parados de larga duración, mayores de 45 años, mujeres, discapacitados-, etc.

Ahora la normativa de los programas se remite a los criterios que determinen el Ministerio de Trabajo y el INEM teniendo en cuenta las directrices europeas de empleo.

Ninguno de ellos hace referencia a las carencias formativa que pudiera tener el candidato, lo que hace pensar que en la norma, al establecer los requisitos de selección, ha pesado más el objetivo de los programas de insertar que el de formar³⁷¹.

El Real Decreto-Ley 5/2002³⁷², en la Disposición Adicional primera al regular el Programa de Renta Activa de Inserción (RAI) incluye los programas de ET, CO y TE entre las acciones de inserción laboral (apdo.7º).

Los participantes en el programas de RAI, tienen "carácter prioritario frente a otros colectivos" para incorporarse a planes de empleo y/o formación y, entre éstos, a ET, CO y TE, cuando

³⁷¹ La habilitación al Gobierno para limitar la libertad de contratación y el acceso al empleo que suponen los requisitos y preferencias para contratar en el marco de los programas mixtos formación-empleo, se encuentra en el art.17.3 ET y es importante tener en cuenta que a su vez suponen un límite a la intervención de la negociación colectiva, pues será una materia sobre la que no podrán disponer las partes negociadoras en cuanto implica al Estado o a las CC.AA.

Haciendo referencia con carácter general al régimen de reservas y preferencias de empleo como límites para la negociación colectiva, vid. SALA FRANCO, T., en *La libertad empresarial de contratación*, IES, 1980, pág.95.

³⁷² Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de Mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. (BOE 25 de Mayo de 2002).

El criterio de la edad del desempleado -"mayor de 45 años"- que se establece para participar en el programa RAI (apdo.2º), determina que el programa formación-empleo indicado como acción de inserción laboral sea el programa TE, hay que tener en cuenta, sin embargo, que a los minusválidos y a las víctimas de violencia doméstica no se les exige el requisito de la edad y que por tanto estos colectivos podrán participar en cualquiera de los programas formación-empleo.

hayan transcurrido 45 días desde su admisión al programa de RAI sin que hayan encontrado empleo (apdo.7º,4),b)). Su incorporación a dichas acciones de formación-empleo será acordada y gestionada por el servicio de empleo o la entidad colaboradora correspondiente.

2) El procedimiento de selección.- En relación con este aspecto hay que destacar dos especialidades³⁷³.

En primer lugar, la selección no la hará la entidad promotora en exclusiva sino en colaboración con el INEM, y, a tales efectos, se constituirá una comisión mixta que establecerá unos criterios de selección acordes con los que establece la normativa como mínimos.

En segundo lugar, el procedimiento a seguir tanto en ET, CO como TE será el previsto por el INEM para la cobertura de ofertas de empleo. Se excluye la aplicación de la normativa establecida para los procedimientos de selección del personal de las administraciones públicas, aun cuando la entidad promotora que contrate al alumno sea un organismo público. La razón la señalan las propias normas indicando que los alumnos-trabajadores no se considerarán incluidos en las correspondientes plantillas o relaciones de puestos de trabajo.

³⁷³ **TE:** vid. art.7 de la Orden de 14 de Noviembre de 2001 y art.6 de la Resolución de 31 de marzo de 1999

ET y CO: vid. art.10 Orden de 14 de Noviembre de 2001 y art.7 de la Resolución de 7 de Julio de 1995.

3) La forma del contrato de trabajo.- Y, por último, en cuanto la forma del contrato la normativa de los programas impone la forma escrita en el modelo oficial correspondiente³⁷⁴ así como, a efectos de su control administrativo, su inscripción en la Oficina de Empleo con la identificación del programa al que pertenecen.

b') El objeto del contrato de trabajo en alternancia.

En el contrato de trabajo en alternancia la formación profesional se incorpora al objeto del contrato. Las prestaciones de las partes adquieren una dimensión formadora y la ejecución de las mismas, combinando la formación y la prestación de trabajo, se realiza en régimen de alternancia³⁷⁵.

Sin embargo, esta cualidad del objeto del contrato en alternancia, que es precisamente la que lo distingue del contrato de trabajo ordinario, es mínimamente tenida en cuenta por la normativa de los programas³⁷⁶.

Desde esta perspectiva habrá que cuestionarse si la atención que a este aspecto se presta en la normativa de los programas no deviene insuficiente. A mi juicio así es como revelarán las observaciones que siguen sobre las prestaciones de las partes.

³⁷⁴ **TE:** vid. art.6.3 Resolución de 31 de Marzo de 1999
ET y CO: vid. art.7.3 Resolución de 7 de Julio de 1995.

³⁷⁵ Vid. POIRIER, M., en "L'accession au travail. Insertion ou formation? op.cit. pág.262 y 263

³⁷⁶ Me parece importante subrayar que mientras el mayor o menor grado de atención puede ser irrelevante cuando el contrato de trabajo en alternancia sea para la formación, puede no serlo cuando en PGS se suscriba un contrato de trabajo ordinario en la medida en que el régimen jurídico de este último no garantice de la misma forma que lo hace el contrato para la formación que la prestación de trabajo tenga un objetivo formativo y acorde con la formación teórica y que se ejecute en régimen de alternancia con ésta.

1) La prestación de trabajo.- En los programas mixtos formación-empleo, como ya se anunció *supra*, la relación de trabajo-formación no responde al tipo de relación que según FAVENNEC-HÉRY es característica de los contratos de formación en alternancia, esto es, el trabajo subordinado al objetivo de la formación y, en consecuencia, "asimilación muy amplia, e incluso una identidad entre trabajo y la formación"³⁷⁷.

Diversamente en los PGS y ET, CO y TE no se da esta relación teleológica. Hay dos aspectos relacionados con la prestación laboral que, en efecto, llevan a cuestionar que en el marco de estos programas el trabajo esté subordinado al objetivo de la formación, lo que de no ser así, a mi juicio, plantearía problemas de adecuación del objeto del contrato suscrito en estos programas con el del contrato para la formación.

En primer lugar, el trabajo productivo que realiza el alumno-trabajador se vincula principalmente al objetivo de la inserción y sólo secundariamente la normativa de los programas asigna a la prestación de trabajo un objetivo formativo.

Así las Ordenes de 14 de Noviembre de 2001 establecen, por una parte, que las obras o servicios de utilidad pública o de interés social que se desarrollen en ET, CO y TE "deben posibilitar a los alumnos-trabajadores la realización de un trabajo efectivo que, junto con la formación profesional ocupacional recibida, que estará relacionada directamente con dicho trabajo, procure su cualificación profesional y favorezca su inserción laboral"³⁷⁸ y, por otra, que en el desarrollo de los

³⁷⁷ Cfr. FAVENNEC-HÉRY, F., en "Trabajo y formación profesional, una frontera que se desdibuja", Revista Internacional del Trabajo, vol.115, núm.6, 1996, págs.722 y 723.

³⁷⁸ Cfr. TE en el art.1.3 de la Orden de 14 de Noviembre de 2001 y para ET y CO en art.1.2 de la Orden de 14 de Noviembre de 2001.

programas "el aprendizaje y la cualificación se alternan con el trabajo productivo en actividades de interés público o social que permitan la inserción a través de la profesionalización y adquisición de experiencia de los participantes"³⁷⁹.

En segundo lugar, en relación con la duración del trabajo efectivo.

Entre los mecanismos de tutela del interés del trabajador contratado para la formación el art.11.2,e) del ET hace depender la duración del trabajo efectivo del tiempo dedicado a la formación teórica. Este último -señala- se adecuará a "las características del oficio o puesto de trabajo a desempeñar y del número de horas establecido para el módulo formativo adecuado a dicho puesto u oficio" y "en ningún caso será inferior al 15 por 100 de la jornada máxima" -legal o convencional-. De esta manera legalmente; se limita la duración del trabajo efectivo, que no podrá ser superior al 85% de la jornada máxima legal o convencional, en su caso, y; simultáneamente, se garantiza un tiempo mínimo dedicado a la formación teórica.

Antes de la reforma de 2001 esta garantía no estaba prevista en la normativa de Escuelas-Taller y Casas de Oficio, limitándose a establecer que "todos los alumnos-trabajadores recibirán el mismo tiempo de formación con independencia del tipo de contrato

³⁷⁹ Cfr. TE en el art.3.1 de la Orden de 14 de Noviembre de 2001 y para ET y CO en art.3.1 y 4.1 de la Orden de 14 de Noviembre de 2001.

Resulta ilustrativo en este sentido que en Escuelas-Taller y Casas de Oficio la Resolución de 7 de Julio se limite a exigir -ex art.3.2,b- que el programa formativo que corresponde elaborar a la entidad promotora esté en correspondencia y de acuerdo con las diferentes unidades que componen la obra o servicio a ejecutar, en orden a la realización de la formación práctica y el trabajo real.

Y, en sentido similar en Talleres de Empleo la Resolución de 31 de Marzo señala que los itinerarios del Plan Formativo "deberán corresponderse lo más posible a las unidades de obra o servicios a realizar" (art.2.2, a).

suscrito”³⁸⁰. Sin embargo, si se establecía para los Talleres de Empleo en la Orden de 9 de Marzo de 1999 y aún mejoraba el mínimo legal del art.11.2,e)del ET, al prohibir que el tiempo dedicado a la formación teórica fuera inferior al 25 por 100 de la jornada máxima -convencional o legal- ³⁸¹.

Tras la reforma 2001 en la normativa de los programas no hay previsión alguna que imponga que el cálculo de la duración del trabajo efectivo se haga en función del tiempo de formación teórica, ni que exija un tiempo mínimo dedicado a la formación teórica.

Ante tal silencio cabe plantearse si en realidad la normativa de los programas está introduciendo una especialidad en el régimen jurídico del contrato para la formación o si diversamente se ha eliminado cualquier referencia a la duración del trabajo efectivo en el entendido de que las previsiones del art.11 del ET serán de aplicación supletoria. A mi juicio es esta segunda interpretación la que debe prevalecer.

Es necesario precisar, por otra parte, que estatutariamente,

³⁸⁰ Esta previsión, aunque equiparaba a todos los participantes en un mismo programa, no parecía garantizar que en todo caso hubiera que dedicar un tiempo mínimo a la formación teórica. De la misma cabía deducir que, únicamente, cuando en un mismo programa hubiera alumnos contratados para la formación y otros no, el tiempo de formación sería como mínimo el impuesto por el art.11.2.e) del ET. En cambio, no ocurriría así cuando todos los participantes fueran titulares de un contrato ordinario ya que la norma pretendía que éstos tuvieran el mismo tiempo de formación pero no que éste fuera el previsto en el art.11.2,e) del ET.

³⁸¹ El art.5.1 del RD 282/1999, de 22 de febrero por el que se establece el programa de Talleres de Empleo señala que:

“El tiempo destinado a la formación se determinará en función de las características del proyecto formativo y de las necesidades individuales de los participantes en el mismo”.

La derogada Orden de 9 de Marzo de 1999, dictada en desarrollo del RD 282/1999, de 22 de Febrero, establecía en el art.4.2 que:

“El tiempo dedicado a la formación teórica, que se computará a todos los efectos como jornada efectiva de trabajo, se fijará en el contrato, en atención a las características del oficio o puesto de trabajo a desempeñar, del número de horas establecido, en su caso, para el módulo formativo adecuado a dicho puesto y la duración del contrato. En ningún caso dicho tiempo de formación será inferior al 25 por 100 de la jornada máxima prevista en convenio colectivo o, en su defecto, de la jornada máxima legal”.

como es sabido, no se garantiza un tiempo mínimo de formación para el contrato de trabajo ordinario, por tanto, en los PGS el silencio de la norma significará que cuando se suscriba un contrato ordinario, la duración del trabajo efectivo no siempre se calculará en función del tiempo de formación teórica y que tampoco se exigirá un tiempo mínimo dedicado a ésta.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que las normas autonómicas que regulen los PGS tampoco podrán establecerla en la medida en que afecta a una materia reservada al Estado.

2) La obligación formativa del empresario.- Las normas reguladoras de los programas imponen a la entidad promotora la obligación de asegurar la formación de los alumnos-trabajadores, pero al incumplimiento de tal obligación únicamente anudan sanciones administrativas.

Por ello, en el plano contractual las consecuencias jurídicas del incumplimiento empresarial de las obligaciones en materia de formación diferirán según la modalidad contractual utilizada.

Así, respecto de un trabajador contratado para la formación, cuando la entidad promotora incumpla en su totalidad sus obligaciones en materia de formación teórica, en virtud del art.11.2,k) del ET, se presumirá que el contrato es un contrato común y ordinario por tiempo indefinido, por inexistencia de la causa que justifica la aplicación de un régimen jurídico especial.

La ambigüedad de la norma jurídica contenida en el art.11.2,k) del ET -reiteradamente puesta de manifiesto por la doctrina, ha dado lugar a que desde ésta se propongan diversas interpretaciones en torno, tanto a su presupuesto de hecho, como

a la consecuencia jurídica que al mismo anuda³⁸². Y, tampoco los criterios judiciales resultan ser del todo clarificadores³⁸³. Hay que tener en cuenta, además, la distinta consecuencia que tal incumplimiento producirá cuando la entidad promotora sea una Administración Pública.

En cualquier caso, es decir, cualquiera que sea el alcance del incumplimiento al que se refiere el art.11.2,k) del ET y la naturaleza de la presunción ahí contenida, lo relevante ahora es que para los trabajadores sujetos a un contrato ordinario tal consecuencia jurídica no se producirá por no estar prevista en el

³⁸² Una cabal interpretación del presupuesto de hecho de la norma exigiría, a mi juicio, ponerlo en relación con la finalidad formativa de esta modalidad contractual y por tanto con el contenido de la formación teórica del contrato para la formación. Actualmente, tras la reforma de 1997, la formación profesional que debe cursar el trabajador contratado para la formación, como quedó apuntado *supra*, se encuentra determinada reglamentariamente.

El art.3.3 del RD 797/1995 señala, en efecto, que la formación teórica de estos contratos “estará referida a la totalidad de los módulos profesionales de carácter teórico que integren el itinerario formativo de la correspondiente ocupación, cuando el contrato de aprendizaje (hoy, formación) tenga por objeto el desempeño adecuado de un oficio, o al módulo profesional asociado a la unidad de competencia con valor y significado para el puesto de trabajo cuyo aprendizaje constituya el objeto del contrato”.

Por tanto habrá que entender que el presupuesto de hecho del art.11.2,k) del ET se produce cuando el trabajador por causas imputables al empresario no pueda cursar la totalidad de los módulos que compongan el itinerario formativo convenido al suscribir el contrato para la formación. Si así ocurre, por no cursar uno, varios o todos, el trabajador no habrá alcanzado el nivel de cualificación que a partir de la reforma de 1997 se ha incorporado al régimen jurídico del contrato en tanto que configurador de la causa formativa del mismo. No se trata ya de que el trabajador se forme a través del trabajo sino de que, alternando formación y trabajo, alcance el nivel de cualificación acordado como objeto de su contrato.

Por tanto, habrá que entender que el empresario cumple la totalidad de sus obligaciones cuando se alcance el resultado pretendido, es decir, cuando el trabajador adquiera dicho nivel de cualificación y que de no ser así por causas imputables al empresario, estaríamos en el supuesto del art.11.2,k) del ET.

Lo anterior será predicable respecto de un contrato para la formación <<ordinario>> y las cosas no pueden diferir si se trata de un contrato de esta misma naturaleza pero suscrito en el marco de un programa mixto formación empleo. La diferencia radica en que el contenido de la formación teórica en dichos contratos será establecida por la entidad promotora como contenido del plan formativo. En coherencia con lo antes señalado habrá que considerar el plan formativo como un <<todo>> y entender producido el supuesto de hecho cuando la entidad promotora no imparta uno, varios o todos los módulos en que se estructure el mismo.

Por otra parte en relación con la consecuencia jurídica de la norma, tampoco hay un criterio uniforme en torno al carácter de la presunción a favor del carácter común u ordinario del contrato para la formación establecida en el art.11.2,k) del ET y también aludida en el art.22 del RD 488/1998.

Cabe entender que al establecerse en un precepto titulado presunciones, ésta admitirá prueba en contra, que correspondería al empresario. Sin embargo, la literalidad del precepto estableciendo que “se considerará” y no que “se presumirá” conduce a entender que se trata de una presunción *iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario. En este sentido, SALA FRANCO, T., “Los contratos formativos. (En torno al artículo 11)”, en REDT, núm.100, 2000, pág.404.

³⁸³ Vid. STS de 19 de Febrero de 1996, A/1302, 27 de Abril de 1998, A/3068 y de 30 de Junio de 1998, A/5540.

régimen legal aplicable a su contrato³⁸⁴. Y, a mi juicio, tampoco existe habilitación legal que permitiera a las normas reglamentarias que regulan los programas establecer esta garantía.

Únicamente cabría plantear si en estos casos, la falta de formación teórica y/o práctica se puede considerar un supuesto de fraude de ley, o si, diversamente, se está ante un mero incumplimiento contractual del empresario.

La falta de formación teórico-práctica puede suponer que el trabajador realice obras o servicios distintos de los que constituyen el objeto del contrato, desde el momento que en dichas actividades faltará el elemento formativo que las caracteriza en el marco de un programa formación-empleo. De ser así, a mi juicio se incumpliría uno de los requisitos de validez del contrato para obra o servicio determinado, regulados en el art.15.1,a) del ET consistente según el TS en que *"en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea ocupado en la ejecución de aquélla o en el cumplimiento de éste y no normalmente en tareas distintas"*³⁸⁵. Cuando el incumplimiento empresarial sea, si no absoluto, sí de suficiente entidad como para que la diferencia entre las tareas comprometidas y las efectivamente realizadas sea significativa y habitual³⁸⁶,

³⁸⁴ En el plano contractual a mi juicio las obligaciones de la entidad promotora y del alumno-trabajador forman parte del contenido de su contrato y por tanto su incumplimiento habría que considerarlo un incumplimiento contractual, no obstante, el régimen legal del contrato, al ser el común, no prevé como consecuencia la novación del contrato.

³⁸⁵ Cfr. las ya referenciadas: STS de 11 de Noviembre de 1998 (F.J.3), en relación con el programa de ayuda a domicilio y las SSTS de 30 de Diciembre de 1996, (F.J.4) y la de 10 de Diciembre de 1996 (F.J.2) en relación con contratos para obra o servicio determinado suscritos con el INEM.

³⁸⁶ El TSJ de Cataluña en sentencia de 22 de Marzo de 1999, A/5758, entiende que "impide estimar fraudulento el contrato por el hecho de que el trabajador pudiese haber prestado ocasionalmente sus servicios en obras o actividades distintas a las que constituyen el objeto de la contratación" (F.J.2). En el mismo sentido, requiriendo un incumplimiento especialmente cualificado, STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 7 de Junio de

permitirá entender fraudulento el contrato de trabajo, operando la consecuencia prevista en el art.15.3 del ET, esto es, la novación contractual³⁸⁷.

Por otra parte, teniendo en cuenta que los contratos se suscriben en el marco de programas de actuación administrativa hay que plantear cual será la consecuencia jurídica de que las actividades no siendo formativas tampoco sean las que de forma ordinaria realiza la entidad promotora, y que, por tanto, bien pudieran justificar la suscripción de un contrato para obra o servicio. Únicamente en el caso de que esta circunstancia resultara irrelevante se estará ante un supuesto de fraude de ley que traerá como consecuencia la novación del contrato y, como corolario, su desvinculación con el programa en el que fue suscrito y, con ello, de los fondos públicos asignados. De manera que si llegado el caso, la entidad promotora no cuenta con fondos para que la actividad continúe, podrá extinguir los contratos de trabajo pero para ello deberá alegar causas económicas.

De todo lo anterior se deduce que en el contrato para la formación, la formación del trabajador, tanto teórica como práctica, se ve garantizada por la sanción legalmente prevista ante los incumplimientos de las obligaciones del empresario al respecto, consistente en la novación del contrato de trabajo.

Sin embargo, tal garantía no opera en los contratos para obra o servicio en los cuales únicamente se prevé como sanción que el empresario devuelva las ayudas que hubiera obtenido ya que

1999, A/2722, (F.J.2), así como las de, Castilla-La Mancha de 10 de Marzo de 1993, A/1626, (F.J.2) y País Vasco de 6 de Octubre de 1998, A/7273, (F.J.2).

³⁸⁷ Para CAMPS RUIZ más que un supuesto de fraude de ley se trata de un supuesto de simulación relativa de contrato temporal, cfr. en *“La contratación laboral temporal”*, op. cit. págs.50 a 54. En idéntico sentido MERCADER UGUINA, J., en *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit. pág.125.

la recalificación del contrato sólo operaría si se entendiera que hubo fraude de ley pues, en caso contrario, estaríamos ante un mero incumplimiento contractual.

3) La obligación retributiva del empresario.- La obligación retributiva del empresario en el contrato de alternancia se singulariza cuando los servicios del trabajador se remuneran con cargo a subvenciones públicas³⁸⁸, y así ocurre en el marco de los programas formación-empleo.

La importancia de estas ayudas o subvenciones públicas ya ha sido resaltada con anterioridad y, como se dijo, son un elemento en cierta manera perturbador del carácter sinalagmático y oneroso del contrato de trabajo que condiciona su régimen jurídico³⁸⁹.

En referencia concreta ahora a la obligación retributiva del empresario se plantean varios interrogantes.

En primer lugar, ¿el hecho de que la retribución económica del trabajo prestado por el alumno-trabajador se realice con cargo a las ayudas públicas previstas para estos programas, exonera a la entidad promotora de su contraprestación retributiva? A mi juicio no es así, salvo que se entendiera que en realidad la parte-empresarial del contrato de trabajo no es la entidad promotora, sino el INEM.

La condición de empresario la ostenta, sin ningún género de dudas, la entidad promotora en la medida en que suscribe los contratos de trabajo, abona el salario al trabajador, paga sus cotizaciones a la Seguridad Social y dirige y controla el funcionamiento de las ET,CO y TE³⁹⁰.

³⁸⁸ Vid. POIRIER, M., en "L'accession au travail: insertion o formation?" op. cit. págs.260 y 261.

³⁸⁹ Vid. POIRIER, M., en "L'accession au travail: insertion o formation?" op. cit. págs.261.

³⁹⁰ Vid. STSJ de Castilla y León/Valladolid de 17 de Septiembre de 1996, A/2830, (F.J.5 y 7).

Pero el INEM no es totalmente ajeno a la relación laboral ya que participa en la selección del personal y en la subvención de los costes salariales de la contratación. No obstante, su aportación económica hay que entenderla como producto de la actividad de fomento y enmarcada en la relación de colaboración que existe entre éste y la entidad promotora, y, no como prestación salarial³⁹¹.

En el marco de los programas formación-empleo, a mi juicio, tampoco el INEM tiene responsabilidad salarial solidaria. La relación de colaboración existente entre las entidades promotoras y el INEM, no permite considerarlo, a los efectos del art.42 del ET, como empresa principal que encarga la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad a las entidades promotoras que participan en los programas. Y, al no ser así, no operará la consecuencia jurídica establecida en el citado precepto legal y el INEM no será responsable solidario de las deudas salariales de aquéllas en los términos fijados estatutariamente.

En apoyo de la afirmación anterior puede traerse a colación un pronunciamiento del TS en unificación de doctrina en relación con un supuesto que, no siendo idéntico al que aquí se plantea, guarda con éste gran similitud ya que se cuestiona si el INEM es responsable solidario de las deudas salariales de los centros colaboradores que participan en los programas del Plan FIP.

Este tribunal en sentencia de 29 de Octubre de 1998³⁹²

³⁹¹ Vid. STSJ de Madrid de 13 de Julio de 1993, A/3690, (F.J.1).

³⁹² STS u.d. de 29 de Octubre de 1998 A/9049 resuelve estimando el recurso de casación en unificación de doctrina interpuesto por el INEM contra STS Castilla-La Mancha de 6 de Febrero de 1998 A/399. Vid. Cometario a la misma por MARTIN JIMENEZ, R., "Descentralización funcional en las Administraciones Públicas y <<propia actividad>>" en RL, 1999, Tomo I, págs.705 a 710.

resuelve en sentido negativo. Entiende que en este caso no concurren los requisitos que integran el supuesto de hecho del art.42 del ET, *"la propia actividad del INEM -afirma el TS- es el fomento de la formación ocupacional mediante la subvención de los cursos, pero no la realización de los mismo, que corre a cargo de empresas y entidades colaboradoras"*. Y, en consecuencia, concluye, *"no ha surgido la responsabilidad del empresario comitente por deudas salariales prevista en dicho artículo"*³⁹³.

La STSJ de Castilla-La Mancha que el TS casa y anula, consideró que en el marco de los convenios de colaboración entre el INEM y las empresas o entidades que participan en el Plan FIP, el INEM ha de considerarse, a los efectos del art.42 ET, empresa principal o empresa comitente que subcontrata o encarga la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad. En consecuencia llega a la conclusión de que el INEM debe abonar los salarios debidos por la empresa demandada, habida cuenta de que ésta no los ha hecho efectivos en su momento.

A una solución contraria en un supuesto sustancialmente igual llegó el TSJ Galicia en la sentencia de 12 de Abril de 1994 A/1758 que se aportó como sentencia de contraste. Se trataba también de un convenio de colaboración entre el INEM y una entidad colaboradora -en este caso, una corporación municipal-, en virtud del cual esta última participaba en actividades de formación profesional ocupacional subvencionadas por el Plan FIP. Y también se reclamaba la responsabilidad solidaria del INEM por salarios debidos en la impartición de dichas actividades formativas. El TSJ de Galicia resolvió considerando que no existía la responsabilidad solidaria reclamada al INEM porque la realización directa de los cursos de formación profesional ocupacional no forma parte del núcleo competencial de este organismo público.

El STS de Castilla-La Mancha ya había resuelto un caso sustancialmente igual en sentencia de 19 de Enero de 1998 A/5120, considerando que *"pese a que la modalidad de descentralización productiva utilizada para la impartición de los cursos no sea propiamente la de una contrata, sino la más particular de la suscripción de un Convenio con un Centro Colaborador -que queda sujeto a unas exigencias y control de su actividad por parte del INEM-, no estaríamos en realidad ante un supuesto, por su finalidad, muy distinto del contemplado en el art.42 del ET... Desde una perspectiva finalista, nos encontramos ante el supuesto en que el INEM, empresa principal, concierta con una determinada empresa privada la realización de una actividad que es propia del Ente Gestor, que la desarrolla bajo su supervisión, controlando su desarrollo y quien entrega una subvención destinada, entre otras cosas, a subvenir los gastos del personal empleado para la realización de los cursos concertados"* (F.J.3). No me consta que contra esta sentencia se haya interpuesto recurso de casación para unificación de doctrina.

Hay que tener en cuenta, como indica la anterior resolución, que, en cambio, el TS en u.d. si ha entendido que existe responsabilidad solidaria del Ministerio de Educación respecto del pago de salarios del personal docente contratado en Centros Concertados. Vid. las SSTS ahí referidas, de 22 de Diciembre de 1993 A/9981, de 3 de Julio de 1995 A/6585 y de 21 de Febrero de 1996 A/1306.

³⁹³ A tal conclusión llega el TS:

En primer lugar, aplicando la teoría de las <<actividades indispensables>> en la interpretación del concepto jurídico (F.J.2)

En segundo lugar teniendo en cuenta el papel que el INEM desempeña en el sector de la formación profesional ocupacional: *"la propia actividad del INEM -afirma el TS- es el fomento de la formación ocupacional mediante la subvención de los cursos, pero no la realización de los mismo, que corre a cargo de empresas y entidades colaboradoras"*. (F.J.3)

"Visto el fenómeno desde la perspectiva general de la ordenación del sector de la formación profesional" - el TS afirma- *"no existe un servicio público de formación profesional ocupacional cuya gestión esté atribuida al INEM en régimen de exclusiva, sino un conjunto de actividades concurrentes públicas y privadas de formación"*

La doctrina del TS recogida en esta sentencia, a mi juicio, puede perfectamente aplicarse también a las relaciones laborales que surgen con ocasión del desarrollo de los programas mixtos formación-empleo ya que, la intervención del INEM en los mismos, así como su colaboración con las entidades promotoras de los proyectos, se produce en los mismos términos que en los programas exclusivamente formativos del Plan FIP, esto es, subvencionar parte de las actividades e intervenir con las entidades promotoras en la programación de las actividades y en la preselección de los alumnos participantes.

En este sentido hay que tener en cuenta que, a juicio del TS, *"tampoco las tareas formativas organizadas y desarrolladas por terceros -como sería el caso de las entidades promotoras de ET, CO y TE- se convierten en servicios propios del INEM por el hecho de que éste las subvencione. La actividad de fomento de los poderes públicos es por definición una actividad externa, que no incorpora al ciclo o ámbito de actividad del organismo público las labores o tareas que son objeto de fomento. Sólo serán propias del INEM, por tanto, aquellas tareas formativas que realiza o lleva a cabo directamente"*.

Resulta significativo al respecto que la Resolución de 7 de Julio de 1995 para ET y CO (art.2) y, en idénticos términos, la Resolución de 31 de Marzo de 1999 para TE (art.1), señalen que *"la promoción y gestión de los programas se llevará a cabo de manera compartida entre las entidades promotoras y el INEM. Este se reserva la programación, supervisión, coordinación, seguimiento y control, valoración de resultados y financia parte*

profesional ocupacional, que el INEM se encarga de fomentar. El hecho de que este organismo público subvencione parte de estas actividades o el hecho de que tenga incluso intervención en la programación de las actividades subvencionadas y en la preselección de los alumnos participantes en las mismas (art.5.1 RD 631/1993) no le convierte en empresario comitente de dichos servicios formativos" (F.J.3).

de los proyectos mediante el otorgamiento de las subvenciones correspondientes. Las entidades promotoras plantean la iniciativa, desarrollan la gestión y procuran la inserción final y al mismo tiempo aportan parte de la financiación de los proyectos”.

Podrá afirmarse, por tanto, que no existe responsabilidad solidaria del INEM respecto de las deudas salariales contraídas por las entidades promotoras de los proyectos de ET, CO y TE.

Resuelto el primer interrogante planteado sobre la obligación retributiva en el sentido de que la entidad promotora no queda eximida de ésta por el hecho de existir aportación financiera del INEM para subvencionar los costes salariales de los alumnos-trabajadores, surge a continuación una nueva cuestión, esta vez en relación con la cuantía del salario de estos trabajadores.

La cuestión planteada deriva de la ambigüedad de las normas de aplicación a los programas ya que, si bien prevén que con cargo a los presupuestos del INEM se subvencionen los costes salariales derivados de la contratación de los alumnos-trabajadores, no aclaran si la entidad promotora, a consecuencia de ello, estará total o parcialmente exenta de soportar la carga financiera que representa la remuneración. Dicho de otro modo, la normas al establecer las subvenciones para los programas de formación-empleo fijan la cuantía de las destinadas a sufragar los costes salariales pero no precisan si con ellas se sufraga total o parcialmente los salarios.

Conviene recordar que, según las normas de los programas ET,

CO y TE antes citadas³⁹⁴, la financiación del proyecto corresponde en parte al INEM mediante el otorgamiento de las subvenciones correspondientes, pero que las entidades promotoras también aportan parte de la financiación.

En base a lo anterior parece que lo razonable sea entender que sobre la entidad promotora pesa la totalidad de la carga financiera que representa la remuneración de los alumnos-trabajadores, en cuanto obligada a retribuirles el trabajo prestado, y que la aportación económica del INEM es una ayuda o subvención destinada a fomentar los proyectos, reduciendo -e, incluso eliminando, según el caso- los costes salariales que su ejecución comporta y que deben ser asumidos por la entidad promotora.

De manera que la carga financiera de la entidad promotora sólo se verá disminuida cuando exista una resolución aprobatoria de la subvención y su minoración será inversamente proporcional a la cuantía destinada por el INEM a sufragar los costes salariales.

Desde esta perspectiva el salario de los trabajadores no siempre vendrá determinado por la cuantía de la subvención. Además desde un punto de vista jurídico las normas reglamentarias que son de aplicación a los programas en los que se suscriben los contrato de trabajo no pueden fijar la remuneración de los trabajadores desconociendo las previsiones legales o convencionales -de existir- al respecto.

Señalado lo anterior interesa adentrarse en las concretas

³⁹⁴ Resolución de 7 de Julio de 1995 para Escuelas-Taller y Casas de Oficio (art.2) y la Resolución de 31 de Marzo de 1999 para Talleres de Empleo (art.1).

previsiones que al respecto establecen las normas de los programas.

En TE la norma³⁹⁵ señala que el INEM subvencionará, 1'5 veces el s.m.i., incluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, así como la totalidad de las cuotas a cargo del empleador³⁹⁶.

En ET y CO la norma señala que el INEM subvencionará el 75% del s.m.i y la totalidad de las cuotas a cargo del empleador³⁹⁷.

Por lo que se dijo antes, esta previsión no puede significar que el salario de los contratados en ET y CO sea el 75% del s.m.i.

En efecto, para los contratados en formación habrá que entender que es de aplicación el régimen salarial establecido en

³⁹⁵ Vid. art.12.1,b) de la Orden de 14 de Noviembre de 2001.

³⁹⁶ Antes, en TE el art.8.1,b) de la Orden de 9 de Marzo de 1999 señalaba que el INEM subvencionaría, bien 1'5 veces el s.m.i., bien la cuantía prevista en el convenio colectivo de aplicación, de ser ésta inferior. Como parece obvio, con esta previsión se pretende evitar que la entidad promotora perciba una subvención superior al salario que debe abonar al trabajador y, simultáneamente, podría deducirse que la subvención tiene por objeto cubrir la totalidad de la retribución del trabajador, que será la que establezca el convenio colectivo aplicable y, en su defecto, 1'5 veces el s.m.i.

³⁹⁷ En ET y CO la norma distinguía según la modalidad contractual. Así el art.14.1,d) de la Orden de 3 de Agosto de 1994, derivado de los cambios introducidos por la Orden de 6 de Octubre de 1998., fija; para contratos para la formación, el INEM subvencionará el 75% del s.m.i y la totalidad de las cuotas a cargo del empleador; y, para otras modalidades contractuales, la subvención sería equivalente a la anterior y se subvencionarán las cuotas patronales, pero en este caso referidas a una retribución del 75% del s.m.i.

el art.11.2 del ET según el cual les corresponde la retribución establecida en el convenio colectivo y, en su defecto, como mínimo el salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo. Y, si se aplicara este criterio legal para determinar la retribución de estos trabajadores en ET y CO, no siempre arrojaría como resultado que su salario fuera el 75% del s.m.i. -que es la cuantía de la subvención-, para ello sería necesario que la norma hubiera prefijado un tiempo dedicado a la formación teórica del 25% de la jornada cosa que, como hubo ocasión de ver *supra*, no hace.

De cualquier forma, me parece significativo que el Real Decreto-Ley 5/2002 de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, al regular el programa de RAI establezca la incompatibilidad entre la RAI -75% del s.m.i.- y los salarios que provengan de contratos de inserción u otros subvencionados por el INEM (apdo.8º,3), d), entre los que indudablemente pueden incluirse los enmarcados en ET,CO y TE, mientras que no se establezca tal incompatibilidad con los salarios que provengan del trabajo por cuenta ajena realizado por el beneficiario de la RAI -apdo.8º,4), d-. De estas previsiones parece desprende que el R.D-Ley presume que la cuantía del salario se corresponde con la cuantía de la subvención, ya que, en caso contrario ¿por qué no considerarlos compatibles?

Una cuestión surge al hilo de lo anterior: ¿En los PGS, la formación profesional, en cuanto factor que incide y condiciona, el proceso productivo en el que se desenvuelve la relación laboral y la prestación de trabajo, puede repercutir en el régimen salarial de los trabajadores contratados para obra o

servicio determinado?.

No habrá obstáculo legal -ex art.26.3 ET- a que mediante la autonomía colectiva o la individual se establezca una estructura salarial en la que se tenga en cuenta el elemento formativo pero, ¿en base a este factor, se puede establecer una retribución inferior al s.m.i.?.

Sólo podría ser así cuando existiera habilitación legal para ello. El régimen legal del contrato para la formación tiene en cuenta el elemento formativo, permitiendo que la cuantía de los salarios pueda ser inferior al s.m.i. en función del tiempo dedicado a la formación profesional teórica. Tras la Ley 12/2001 cabe plantearse si en base al art.15.6 del ET también esto es posible para un contrato de trabajo ordinario.

Desde mi punto de vista, los convenios colectivos y los contratos de trabajo no podrán fijar un salario inferior al s.m.i. para los contratados por obra y servicio determinado en los programas en PGS, lo que en definitiva viene a significar que estos trabajadores, a diferencia de los contratados para la formación, tienen garantizado el s.m.i.

De lo que antecede se deduce que el régimen salarial aplicable a los alumnos-trabajadores de PGS estará en función de la modalidad contractual utilizada, ya que, salvo que los convenios colectivos o contratos de trabajo lo eviten, el régimen salarial de los contratados para la formación variará del aplicable a los contratados por obra o servicio determinado.

Como hubo ocasión de ver, se puede dar la circunstancia -bien que con carácter excepcional- de que en un mismo programa PGS coincidan alumnos-trabajadores con contratos de trabajo de distinto tipo, en tal caso, surge la duda de si las diferencias retributivas que de ello se derivan están basadas en unos

criterios objetivos que puedan justificarlas desde la perspectiva del principio de igualdad. A mi juicio esto no es así.

La menor retribución de los contratados para la formación prevista legalmente queda justificada en razón del tiempo que dedican a la formación teórica y en que prestan un trabajo de inferior valor en relación a otros trabajadores que ya tienen experiencia. Sin embargo, no creo que estas razones puedan ser esgrimidas para justificar que se vean sometidos a un régimen salarial desigual en relación con los otros alumnos-trabajadores participantes en el mismo programa. No parece razonable entender que, en esas circunstancias, el trabajo de los contratados para la formación sea de inferior valor al realizado en virtud del contrato para obra o servicio determinado, y, por lo visto *supra*, tampoco el criterio del tiempo de formación teórica puede ser utilizado porque será el mismo en ambos casos.

c') La formación profesional.

1) El objeto de la formación profesional.- La normativa aplicable a los programas dificulta enormemente saber cuál es el objeto de la formación, cuestión de enorme transcendencia porque, como se avanzó, condiciona el objeto del contrato de trabajo en alternancia.

Resulta complicado saber si la formación tendrá por objeto adquirir una cualificación, es decir, un determinado nivel de cualificación al modo del objeto de la formación en el contrato de trabajo para la formación, o si se puede limitar a la adquisición de los conocimientos que sean necesarios para desempeñar un determinado puesto de trabajo aunque éste no sea cualificado.

En primer término, hay que recordar que la formación básica y profesional correspondiente al nivel de la ESO; puede aparecer, como objetivo en los programas ET, CO y TE cuando el alumno no hubiera alcanzado dicho nivel formativo, y; siempre será objetivo principal en los PGS. Ya manifesté *supra* la opinión negativa que me merece que, con respaldo judicial, se utilice el contrato para la formación como fórmula jurídica de alternancia cuando el objetivo de la formación se limite a adquirir el nivel de formación correspondiente a la ESO y a lo allí señalado me remito.

En segundo término y sin perjuicio de lo anterior, las normas de ET, CO y TE son muy imprecisas en relación con el objeto de la formación profesional. Sólo hacen referencia a la cualificación cuando configuran el objeto del programa pero sin requerir que se forme a los alumnos trabajadores para realizar un trabajo cualificado³⁹⁸.

Señalan que "las obras o servicios de utilidad pública o de interés social que se desarrollen -en ET, CO y TE porque el precepto es de idéntico tenor literal para los tres programas- deberán posibilitar a los alumnos trabajadores la realización de un trabajo efectivo que, junto con la formación profesional ocupacional recibida, que estará relacionada directamente con

³⁹⁸ Antes de la reforma de Noviembre de 2001: En TE el RD 282/1999 señala que los trabajadores "realizarán obras y servicios de utilidad pública o interés social, relacionados con nuevos yacimientos de empleo, y que posibiliten la inserción posterior de los participantes tanto en el empleo por cuenta ajena como mediante la creación de proyectos empresariales o de economía social" y en el desarrollo del TE "recibirán formación profesional ocupacional adecuada a la ocupación a desempeñar" (art.5).

Y, si las previsiones anteriores no despejan la duda de que dicha ocupación requiera un nivel de cualificación, menos lo hace la Orden de 3 de Agosto al indicar cuál es el objeto de las ET y CO. Éste a tenor del art.1 es "promover la inserción de los participantes a través de su cualificación en alternancia con la práctica profesional en ocupaciones relacionadas con la recuperación del patrimonio, la rehabilitación de entornos urbanos o del medio ambiente, mejora de las condiciones de vida de las ciudades" y, a las anteriores, significativamente añade "así como cualquier otra actividad de utilidad pública o de interés general y social que permita la inserción a través de la profesionalización y experiencia de los participantes".

dicho trabajo, procure su cualificación profesional y favorezca su inserción laboral”³⁹⁹.

Parece que en todos los casos la normativa se limita a exigir que las actividades que los alumnos-trabajadores realicen sean de utilidad pública o de interés general, que favorezcan la inserción y procuren la cualificación del alumno-trabajador, pero sin requerir una especial cualificación para ser desempeñadas, y menos, que se les exija el nivel de cualificación impuesto por el art.11, 2 del ET y concretado en el 5 del RD 488/1998 de 27 de Marzo.

2) El contenido de la formación profesional.- Antes de la reforma de 2001, las previsiones normativas sobre el contenido de la formación profesional en la fase de los programas en la que los participantes estarán vinculados a la entidad promotora mediante un contrato de trabajo, adolecían de tal ambigüedad e imprecisión que llevaban a poner en cuestión que la formación teórica que se impartía en los mismos tuviera que adecuarse a los contenidos mínimos establecidos en los RR.DD. que regulan los certificados de profesionalidad⁴⁰⁰.

Actualmente las Ordenes de 14 de Noviembre de 2001 señalan que los alumnos-trabajadores “recibirán formación profesional ocupacional adecuada a la ocupación a desempeñar”, según un Plan de Formación que se incluirá en la memoria y que dicha formación

³⁹⁹ Cfr. para **TE** en el art.1.3 de la Orden de 14 de Noviembre de 2001 y para **ET** y **CO** en el art.1.2 de la Orden de 14 de Noviembre de 2001.

⁴⁰⁰ Vid. Actualmente, no obstante, y a falta de normativa autonómica, la normativa estatal aplicable a Escuelas-Taller y Casas de Oficio no se pronuncia claramente en este sentido, ya que, la Resolución del INEM de 7 de Julio de 1995 se limita a establecer que en el Plan de Formación que presente la entidad promotora a efectos de solicitar la correspondiente subvención se concreten los contenidos de la formación profesional, y, que éstos sean los “necesarios para el desempeño de la ocupación y aquellos otros que se refieran a la formación complementaria”(art.3.2).

“se adecuará, <<en la medida de lo posible y en función del oficio o puesto de trabajo a desempeñar>>, a los contenidos mínimos establecidos en los Reales Decretos que regulen los certificados de profesionalidad de las correspondientes ocupaciones”⁴⁰¹.

Aunque, como se ve, algo más precisa la normativa actual, de ella tampoco puede derivarse que en todo caso la formación que recibirá el alumno-trabajador deba adecuarse a los contenidos mínimos establecidos en el certificado de profesionalidad de la ocupación relacionada con el oficio o puesto de trabajo a desempeñar.

A mi juicio, sin embargo, así debería ser por imperativo del RD 797/1995 de 19 de Mayo⁴⁰². Esta norma al establecer las directrices sobre certificados de profesionalidad y los correspondientes contenidos mínimos de la formación profesional ocupacional, encomienda a la administración competente para gestionar estos programas la tarea de adecuar su oferta formativa a los contenidos mínimos establecidos en los RR.DD. que regulan los certificados de profesionalidad.

Este criterio de programación, por tanto, se impone; a las CC.AA. en los proyectos de Escuelas-Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo cuyo ámbito de actuación no exceda de su territorio, en la medida han asumido la gestión y control de los programas y como consecuencia su programación; y, al Estado para proyectos que excedan el ámbito territorial de las Comunidades

⁴⁰¹ Vid. **TE** art.3.4 de la Orden de 14 de Noviembre de 2001 y **ET y CO** en el art.5 de la Orden de 14 de Noviembre de 2001.

⁴⁰² Vid. art.3 apartado 2 del RD 797/1995 teniendo en cuenta la modificación que en el mismo introduce el RD 282/1999 de 22 de Febrero que establece el programa Talleres de Empleo.

Autónomas.

Del panorama descrito sobre el objeto y contenido de la formación profesional surgen dos dudas interpretativas:

La primera, si la normativa de los programas, al introducir especialidades en el objeto y contenido de la formación profesional en la fase de formación en alternancia, se aparta de las que, en relación a estos aspectos, han servido para determinar el régimen jurídico del contrato para la formación.

A mi juicio así será cuando la programación de la Escuela Taller, Casa de Oficio o Taller de Empleo no imponga que el Plan Formativo se ajuste a los requisitos impuestos por el ET en el art.11,2,a), RD 488/1998 y por RD 797/1999.

En caso contrario, el objeto y el contenido de la formación profesional variarían respecto de los previstos para el contrato para la formación. En éste, como hubo ocasión de apuntar *supra*, la formación tiene por objeto alcanzar el nivel de cualificación necesario para poder desempeñar el oficio o el puesto de trabajo determinado y el contenido de la formación teórica, viene determinado reglamentariamente y vinculado a los contenidos teóricos de los módulos formativos de los certificados de profesionalidad -ex art.10 del RD 488/1998-. En concreto se exige -ex art.3.3 del RD 797/1995- que cuando el contrato para la formación tenga por objeto el desempeño adecuado de un oficio, comprenda "la totalidad de los módulos profesionales de carácter teórico que integren el itinerario formativo de la correspondiente ocupación", y, cuando tenga por objeto desempeñar un puesto de trabajo, la formación teórica del contrato esté referida "al módulo profesional asociado a una unidad de competencia con valor y significado para el puesto de trabajo". Sólo en caso de no existir el correspondiente certificado de

profesionalidad, comprenderá "los contenidos establecidos por el INEM para las ocupaciones o especialidades formativas relativas al oficio o puesto de trabajo objeto del contrato" (art.10 del RD 488/1998).

En segundo lugar, afirmada la posible disparidad entre el objeto y contenido de la formación profesional de los programas y los del contrato para la formación, surge la duda de si las previsiones anteriores, relativas al contenido de la formación en el contrato para la formación, son de aplicación o no cuando este contrato se suscriba en uno de los programas formación-empleo a los que se está aludiendo. Considero que también aquí hay que contestar afirmativamente ya que tanto el RD 488/1998 como el RD 797/1995 al que se remite son aplicables. El RD 488/1998 en la disposición adicional segunda introduce particularidades en su regulación para los contratos en Escuelas- Taller, Casas de Oficio y PGS, y entre éstas no aparece ninguna relativa al contenido de la formación. De manera que una posible discordancia entre el contenido de la formación del programa y el del contrato para la formación debería impedir suscribir este último.

Mantener lo contrario supondría admitir que la normativa de los programas puede introducir especialidades en el régimen jurídico del contrato de trabajo para la formación dirigidas a particularizarlo cuando se suscriba en un programa de formación-empleo, y que, al hacerlo, puede contravenir el régimen legal y reglamentario del contrato de trabajo para la formación.

En cualquier caso, lo que sí parece evidente es que en PGS, salvo que lo eviten las administraciones competentes para gestionar los programas, el objeto y el contenido de la formación profesional también puede variar en función de la modalidad

contractual utilizada, con lo que una vez más se revela la dualidad de regímenes -alternancia y formación- y surge un nuevo argumento en defensa de su unificación.

3) La organización de la formación profesional.- La impartición de la formación profesional teórica corresponde, como regla general, a las entidades promotoras y, a tal fin, contratarán a personal docente y de apoyo.

Este sistema en el que la formación no se imparte por un centro formativo sino por la propia entidad promotora, plantea unos riesgos que han sido denunciados por la doctrina científica respecto a su utilización en el contrato para la formación. Los peligros que plantea dicha fórmula son principalmente la confusión entre la formación teórica y práctica y la dificultad de controlar no sólo la efectiva impartición de la formación teórica sino también la calidad de ésta, y, parece indudable que, en los programas de formación-empleo la situación se puede agravar si se tiene en cuenta lo que sobre el objeto y contenido de la formación profesional teórica se ha dicho *supra*⁴⁰³.

Las entidades promotoras corren con los gastos derivados del proyecto educativo pero está previsto que éstos sean subvencionados con cargo al presupuesto del INEM, igual que ocurría con los costes salariales de los alumnos-trabajadores.

En efecto el INEM puede subvencionar los costes de formación profesional ocupacional y educación básica durante todo el proyecto. Su aportación económica se fijará en la resolución

⁴⁰³ La doctrina francesa también es crítica con ésta fórmula de impartición a la que no es ajeno el Sistema de formación en alternancia francés. Frente a los riesgos apuntados propone POIRIER volver a la fórmula sobre la que reposaba el sistema de aprendizaje francés antes de la reforma de 1984, esto es, que la formación general teórica se desarrolle fuera de la empresa y la formación práctica en situación de trabajo se efectúe en la empresa. Cfr. POIRIER.M., en "L'accession au travail. Insertion ou formation?", op. cit. pág.265

aprobatoria de la subvención correspondiente y estará destinada a sufragar: coste salariales de profesorado, director y personal de apoyo, medios didácticos, material escolar y de consumo y otros gastos que se estime oportuno.

4) La certificación de la formación profesional.- Finalizada su participación en el programa los alumnos recibirán un certificado expedido por la entidad promotora. Este certificado tiene por finalidad acreditar la formación recibida y por ello se exige que en él figure no sólo el tiempo dedicado a la formación sino también el nivel de formación teórico-práctica adquirida y los módulos formativos cursados.

Hay que recordar que los contenidos de la formación profesional, en todos los casos, se organizan adoptando una estructura modular a efectos de facilitar su acreditación y convalidación con la formación profesional de otros tipos de oferta formativa, como la reglada o la ocupacional -que también tienen estructura modular-.

Con ello se posibilita; en el primer caso, que concluido el programa, los alumnos de PGS puedan reinsertarse en el sistema educativo a través de la prueba de acceso a la formación de Grado Medio y los alumnos de Escuelas-Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo puedan convalidar los módulos cursados para obtener el título profesional correspondiente; y, en el segundo, que si al concluir el programa el alumno no ha completado el perfil profesional, pueda obtener la acreditación de la formación adquirida a efectos de su convalidación con los módulos correspondientes del certificado de profesionalidad de que se trate.

En los PGS el certificado incluirá las calificaciones obtenidas y éstas serán tenidas en cuenta para la evaluación de la prueba de acceso a los ciclos formativos de Formación Profesional de Grado Medio y también podrán serlo a efectos de convalidación con los módulos de los ciclos formativos que se determinen.

b) El convenio colectivo como fuente del régimen jurídico específico aplicable al contrato de trabajo en alternancia.

Como se ha visto, del hecho de que los contratos de trabajo en alternancia se suscriban en el marco de un programa público de formación-empleo deriva que su régimen jurídico se singularice en virtud de las especialidades que en el mismo introduce la normativa específica aplicable al programa.

Interesa plantear a continuación qué papel puede jugar la negociación colectiva en la configuración de dicho régimen jurídico.

Más concretamente se trata de dilucidar si las peculiaridades que presentan las relaciones jurídico laborales que surgen con ocasión de un programa mixto formación-empleo, podrían justificar un tratamiento convencional diferenciado que particularizaría su régimen jurídico respecto del de los restantes trabajadores de la entidad promotora.

En sentido afirmativo lo ha entendido el TSJ de País Vasco⁴⁰⁴ para un grupo de trabajadores contratados por un Ayuntamiento en

⁴⁰⁴ Cfr. STSJ del País Vasco de 3 de Marzo de 1992, A/1285.

virtud de programas de empleo beneficiarios de subvención pública-colectivo al que indudablemente pertenecen los contratados al amparo de programas mixtos formación-empleo-. El diferente tratamiento normativo al que está sometido el colectivo de trabajadores apuntado, en este caso, deriva de la determinación del ámbito de aplicación del Reglamento de medidas del personal del Ayuntamiento de Bilbao. Este expresamente excluía de su ámbito personal a dicho colectivo de trabajadores, aplicándoles el Ayuntamiento el convenio colectivo del sector de la construcción de Vizcaya.

No entra el tribunal a resolver si la aplicación del convenio colectivo de la construcción es correcta o no⁴⁰⁵, sino a determinar si la diferencia de trato derivada de aplicar distinta norma laboral es discriminatoria en la medida en que la situación salarial diferente que origina resulta desventajosa para el colectivo excluido del Convenio Colectivo del Ayuntamiento.

Para el tribunal el origen de la desigualdad de trato radica en la imposibilidad de aplicarles el Reglamento de medidas del personal del Ayuntamiento de Bilbao al excluir éste expresamente de su ámbito personal a los contratados al amparo de convenios con otras entidades que financien en parte las contrataciones.

Dicha exclusión, a juicio del tribunal, supone una delimitación de su ámbito personal conforme al art.85.2 b) del ET y es razonable en la medida en que se fundamenta en *"la peculiaridad del acceso de los interesados a un empleo temporal en el Ayuntamiento, distinto al personal fijo y temporal contratado directamente por el mismo, y también en los objetivos que dicha contratación persigue, claramente separada de la*

⁴⁰⁵ Sobre esta cuestión -a la que se hará referencia *infra*- tuvo ocasión de entrar a resolver este mismo tribunal en sentencia de 8 de Octubre de 1996, A/3708 en virtud de una reclamación salarial de los alumnos-trabajadores de una Escuela-Taller.

estricta atención a las necesidades de personal del Ayuntamiento, como lo indica tanto la falta de participación de éste en la selección como la amplia colaboración financiera que prestan las entidades que promueven la contratación" (F.J.2).

Estas circunstancias, a criterio del tribunal, otorgan un cierto grado de razonabilidad a la distinta situación de uno y otro personal y en ello radica la imposibilidad de apreciar discriminación, aun cuando el convenio que se les aplica fije unos niveles salariales por debajo de los fijados por la norma de aplicación al resto del personal.

Cabe hacer dos observaciones a esta resolución judicial:

En primer lugar, no parece objetable que las peculiaridades de las relaciones laborales que se dan en el marco de estos programas, entre los que sin duda se encuentran los programas mixtos formación-empleo, puedan hacer razonable que su régimen jurídico difiera del que rige para el resto del personal que presta servicios en la entidad promotora.

Sin embargo, entiendo discutibles las circunstancias tenidas en cuenta por el tribunal en la sentencia que antecede para justificar el origen de las diferencias de regulación, esto es, la exclusión de ese colectivo del ámbito del convenio colectivo.

Lo relevante sería, si acaso, la distinta clase de trabajo que realizan los trabajadores, así como las especiales circunstancias en las que éste se desarrolla⁴⁰⁶.

El trabajo que realizan los alumnos-trabajadores es, en efecto, un trabajo más formativo que productivo y, ni el de éstos, ni el de los monitores y directores tendrá que ver, por

⁴⁰⁶ Las peculiaridades tenidas en cuenta por el tribunal, a mi juicio, más que para justificar su exclusión del convenio colectivo, servirían para determinar qué modalidad contractual utilizar para su contratación -como se vio *supra*, el contrato para obra o servicio determinado como alternativa al contrato para la formación-

regla general, con el que realizan los restantes trabajadores de la entidad promotora. Por otra parte, el lugar en el que se desarrollan las actividades formativas, es decir, la Escuela-Taller, Casa de Oficio o Taller de Empleo no es en realidad un centro productivo sino un centro formativo en el que se realizan tareas que perfectamente pueden desvincularse de las que de forma habitual realiza la entidad promotora.

De cualquier forma, por lo que se dirá a continuación, tengo mis dudas de que estas particularidades alcancen más allá de permitir que el convenio colectivo pueda establecer una regulación especial en atención a las singularidades concurrentes.

En línea con lo anterior, cabe también objetar a la resolución judicial que antecede que la exclusión del colectivo del ámbito del convenio colectivo sea la vía adecuada para establecer la diferenciación de regímenes jurídicos.

La delimitación del ámbito de aplicación del convenio colectivo, como se sabe, está sujeta al principio de igualdad y no discriminación⁴⁰⁷ y, aunque pudiera pensarse que en este caso

⁴⁰⁷ El TSJ de Castilla-La Mancha en sentencia de 4 de Marzo de 1999, A/1398, entendió aplicable el régimen de permisos retribuidos establecido en el convenio colectivo para el personal laboral fijo del Ayuntamiento de Chinchilla a un trabajador que prestaba sus servicios para dicho Ayuntamiento, en una Casa de Oficio como monitor de carpintería, en virtud de un contrato para lanzamiento de nueva actividad. Pese a que dicho convenio excluía de su ámbito personal a los trabajadores con contrato temporal, al establecer en el art.1 que “las normas contenidas en el presente acuerdo, serán de aplicación a todo el personal laboral fijo, que preste sus servicios en el Ayuntamiento de Chinchilla de Mote Aragón” el tribunal entiende, aplicable dicho convenio colectivo en la medida en que “la diferencia de trato otorgada por el Ayuntamiento a su personal temporal en relación con el personal fijo resulta claramente discriminatoria, sin que pueda tener cobertura legal alguna, violando, frente a la tesis de la empresa el principio constitucional de igualdad”.

En este supuesto la cláusula delimitadora del ámbito de aplicación del convenio colectivo es manifiestamente inconstitucional al excluir del mismo a un colectivo de trabajadores en base exclusivamente a la temporalidad de su relación laboral en la medida en que las diferencias sustanciales que tal exclusión provoca en su régimen jurídico respecto al de los trabajadores contratados por tiempo indefinido es una desigualdad irrazonable y, por tanto, constituye una vulneración del principio de igualdad consagrado en el art.14 de la CE.

Adviértase que a diferencia de este supuesto, en el contemplado por el TSJ del País Vasco la exclusión del Reglamento de medidas del personal del Ayuntamiento de Bilbao, no alcanza a todos los trabajadores, sino exclusivamente a los contratados al amparo de programas de empleo subvencionados por otros Entes Públicos.

existen diferencias objetivas entre este colectivo y el resto de trabajadores de la empresa que pudieran justificar su exclusión del convenio colectivo, sin embargo, hay que tener en cuenta que dicha delimitación originará un tratamiento normativo no sólo diferenciado, sino, también -y esto sería lo relevante para apreciar la discriminación-, menos favorable para los trabajadores excluidos⁴⁰⁸.

En este sentido, hay que tener en cuenta, por una parte, que se trata de un colectivo de trabajadores con especiales dificultades para negociar su propio convenio colectivo y, por otra, que los tribunales entienden que tampoco les será de aplicación el convenio colectivo en cuyo ámbito funcional pudiera encuadrarse la actividad que desarrolla la Escuela-Taller, Casa de Oficio o Taller de Empleo. Lo que en definitiva viene a significar que su exclusión del convenio colectivo aplicable a la entidad promotora les veda la posibilidad de que las condiciones en que se desenvuelva su relación jurídica laboral se regulen convencionalmente.

En efecto, reiteradamente los TTSSJ se han pronunciado en contra de entender incluidos en el Convenio Colectivo de la construcción a los alumnos-trabajadores de las Escuelas-Taller cuya actividad coincide con la del sector productivo en la que se aplica el convenio -construcción, edificación y obras públicas- y, prácticamente en todos los casos se ha resuelto en base a que la entidad promotora no es una empresa constructora a la que quepa incluir en el ámbito del convenio sino <<un centro formativo>> ⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ Vid. BAYLOS GRAU, A., en "Trabajo temporal y no discriminación", RL, 1987, Tomo II, pág.436 y 437.

⁴⁰⁹ Así, el TSJ del País Vasco en sentencia de 8 de Octubre de 1996, A/3708 resuelve en virtud de una reclamación salarial de los alumnos-trabajadores de una Escuela-Taller, promovida por un Organismo autónomo Local. Pretendían éstos que se les abonara la diferencia entre lo que venían percibiendo como consecuencia de su

Como consecuencia de la doctrina judicial apuntada y de prosperar la línea interpretativa mantenida por el TSJ del País Vasco en orden a que este colectivo pueda ser excluido del ámbito personal del convenio colectivo aplicable a la entidad promotora en la que prestan servicios o en el supuesto de que la entidad promotora no tuviera convenio colectivo, el régimen jurídico de las relaciones laborales de los trabajadores contratados en el marco de programas mixtos de formación-empleo no será el establecido convencionalmente para la entidad promotora y tampoco el establecido convencionalmente para un determinado sector de producción, sino aquél que legal y reglamentariamente rija para su contrato de trabajo.

Así las cosas, parece obvio que el tratamiento normativo

contrato como alumnos-trabajadores y lo que, a su juicio, les correspondía como peones al aplicar el Convenio Colectivo de la Construcción. El tribunal desestima la pretensión al considerar que no les es de aplicación dicho Convenio Colectivo argumentando que *“no nos encontramos ante una empresa de la construcción ni en el ámbito al que se refiere el convenio colectivo sino ante una Escuela-Taller que tiene por finalidad la inserción,..., y la promoción del patrimonio artístico,..., lo que haría ilusorio añadir al salario, por ejemplo, la paga de beneficios a que se refiere el Convenio Colectivo. En consecuencia -concluye- no estamos ante un contrato de carácter general de un trabajador de la construcción por lo que no es de aplicación del Convenio Colectivo (de la Construcción)”* (F.J.3).

En igual sentido la STSJ de Galicia de 7 de Marzo de 1998, A/1019 respecto de los trabajadores con contrato de aprendizaje, participantes en una Escuela-Taller promovida por un Ayuntamiento -Concello de Fuensanta- que reclamaban en conflicto colectivo les fuera aplicada la normativa sectorial de la Construcción, señala que *“no se está en presencia de una <<empresa>> que opera como tal en el sector de la construcción, edificación y obras públicas sino de un <<centro formativo>> o, en todo caso, de un <<programa público con finalidad formativa promovido por una Corporación local sin ánimo de lucro y sin beneficio con la prestación del trabajo de los alumnos>>, y a la que no puede encuadrarse en el aludido Convenio Provincial”* (F.J.3).

Y también la STSJ de Aragón de 3 de Junio de 1998, A/2517 (Escuela-Taller promovida por la Mancomunidad de municipios “Alto Jalón”) en la que señala que la *“Mancomunidad demandada no es una empresa constructora a la que quepa incluir en el ámbito material dibujado por el artículo 1 del Convenio Colectivo provincial y Anexo II,a) del Convenio Colectivo General de la Construcción. Es una de las Entidades Promotoras, sin fines de lucro, a que se refiere el artículo 2 de la Orden y, por consiguiente, la remisión del artículo 5.2 en materia de retribuciones salariales de los <<alumnos-trabajadores>> a la <<normativa vigente>> no puede ser entendida a la de un hipotético sector productivo, sino a la antes comentada de los arts.11 del Real decreto 2317/1993, de 29 de Diciembre, 3.2,f) de la Ley 10/1994, de 19 de Mayo, y 11.2,f) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de Marzo. Téngase en cuenta, en último término, que el Proyecto Escuela-Taller <<Alto Jalón>> en que participó el demandante, distribuyó sus treinta y seis alumnos-trabajadores en cuatro especialidades distintas (albañilería, carpintería, forja, fontanería y pintura),..., resultando impensable un distinto sistema retributivo en función de la actividad preponderante de cada alumno según las fases que atravesara su ciclo formativo”* (F.J.3).

menos favorable al que se verán sometidos derivará de la inaplicación del convenio colectivo originada por su -todo hace suponer, involuntaria- exclusión del ámbito personal del mismo y no de una diferenciación de regulaciones establecida en un mismo convenio colectivo o derivada de distintos convenios colectivos, lo que, por otra parte, también sería perfectamente admisible desde el punto de vista constitucional⁴¹⁰.

La exclusión del convenio colectivo, por contra, hay que concluir, introduce una desigualdad discriminatoria en perjuicio de esa minoría de trabajadores de la entidad promotora⁴¹¹.

En consecuencia, considero que la vía indicada para establecer una regulación diferenciada debería consistir en introducir diferencias de trato en el convenio colectivo aplicable -sea éste o no el de la entidad promotora- en aquellos aspectos de la relación laboral en los que no hubiera una igualdad <<radical e inicial>>⁴¹².

En otro orden de cosas, no me parece posible justificar, en base a las peculiaridades de estas relaciones jurídico laborales, que ante el silencio del convenio colectivo se excepcione la aplicación del mismo a ese colectivo, ya que, además de que posiblemente se atentase al principio de igualdad, en todo caso se vería afectada la "fuerza vinculante" del convenio colectivo.

⁴¹⁰ Como señala RODRIGUEZ PIÑERO, M., en "Igualdad en los tratamientos normativos y convenio colectivo", RL, 1990, Tomo II, pág.67 en torno a que la autonomía contractual establezca regulaciones diferenciadas que "se admite no sólo la diferenciación de regulaciones entre distintos convenios colectivos, sino también las distinciones dentro del ámbito territorial y funcional de un convenio colectivo; caben, pues, <<diferencias de regulación o de trato>> que las partes consideren convenientes o adecuadas, pero ello dentro del marco legal y constitucional, por lo que habrá que examinarse si la diferencia es o no razonable o aceptable".

Vid. la STC 136/1987, de 22 de Julio.

⁴¹¹ Vid. en este sentido, BAYLOS GRAU, A., en "Trabajo temporal y no discriminación", op.cit.pág.437.

⁴¹² STC 136/1987, de 22 de Julio.

El TSJ de Madrid⁴¹³, sin embargo, resuelve en sentido contrario al apuntado al desestimar la pretensión de que fuera aplicado el Convenio Colectivo para el personal del Ayuntamiento de Madrid a los trabajadores en conflicto -en lo que aquí interesa: Monitores, administrativos y personal de apoyo de las Escuelas-Talleres y Casas de Oficio-. Según argumenta el tribunal, dichos trabajadores, seleccionados por el INEM y la entidad colaboradora conforme a la normativa aplicable al programa, *"acceden por esta vía a un empleo temporal en el Ayuntamiento, distinto al personal fijo y temporal contratado directamente por el mismo, con unos objetivos muy concretos de participación o colaboración en la política de empleo, pues los programas que integran el objeto del Convenio de Colaboración entre el INEM y Corporaciones Locales responden a un plan específico y distinto de lo que es la función propia de un Ayuntamiento atendida con el personal adecuado a la misma, cuyas relaciones están comprendidas en el ámbito del Convenio Colectivo negociado <<ad hoc>>, esto hace que no sea aplicable a los demandantes el convenio del personal laboral que preste sus servicios al Ayuntamiento de Madrid, aunque el artículo segundo considere a tal efecto el Ayuntamiento como una unidad de trabajo"*, y añade la sentencia, *"coincidiendo esta línea decisoria con la expuesta en S.3-3-1992 en Recurso 1940/1991 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País*

⁴¹³ El STSJ de Madrid de 13 de Julio de 1993, A/3690, (F.J.3), señala que el personal docente y de apoyo que, seleccionado por el INEM y la Entidad colaboradora, accede por esta vía a un empleo temporal en el ayuntamiento, es distinto al personal fijo y temporal contratado directamente por el Ayuntamiento.

No obstante, el TSJ de Castilla y León/Valladolid en sentencia de 17 de Septiembre de 1996, A/2830, consideró que, aunque sus puestos de trabajo no figuren formalmente en las plantillas aprobadas por el Ayuntamiento, *"la totalidad de los trabajadores de las Escuelas-taller forman parte de la plantilla real del Ayuntamiento,...., si es que no se quiere dejar a merced de la exclusiva voluntad del ayuntamiento la determinación de quienes se integran en dichas plantillas so pretexto de no hallarse incluidos en la relación de puestos de trabajo a que se refiere el art.16 de la Ley 30/1984, de 2 de Agosto, sobre medidas de reforma de la función pública"* (F.J.8).

Vasco".

Esta última aseveración, a mi juicio no es correcta, ya que, ambas sentencias resuelven en base a supuestos distintos. En la aludida STSJ del País Vasco la inaplicación del convenio colectivo del Ayuntamiento, como se vio *supra*, la impone el propio convenio al delimitar su ámbito personal, mientras que en este segundo caso la inaplicación del convenio colectivo tiene su origen en una decisión adoptada por el Ayuntamiento en base a las singularidades de las relaciones laborales que surgen al amparo de los programas mencionados, sin que el convenio expresamente prevea su exclusión.

Y, a mi juicio, si establecer un régimen jurídico diferenciado mediante la inaplicación del convenio colectivo; en el primer supuesto, es decir, cuando la imponga el convenio colectivo al delimitar su ámbito de aplicación excluyendo expresamente del mismo a este colectivo, puede resultar discutible desde el punto de vista constitucional; en el segundo, es decir, cuando tenga su origen en una decisión unilateral del empresario adoptada sin apoyo convencional alguno, resulta a todas luces inaceptable por atentar contra el derecho a la negociación colectiva.

Para concluir, como respuesta al interrogante planteado al inicio de este epígrafe se puede afirmar que el régimen jurídico de los contratos en alternancia puede particularizarse mediante un tratamiento convencional diferenciado. Pero, a mi juicio, éste debe tener su origen exclusivamente en la autonomía colectiva y preferentemente derivar de las especialidades introducidas por un convenio colectivo aplicable a este colectivo de trabajadores, sea éste o no el de la entidad promotora.

En caso contrario, es decir, cuando el tratamiento

convencional diferenciado derive de la inaplicación del convenio -cualquiera que sea ahora su causa- cabe preguntarse si el régimen jurídico resultante no será, además de menos favorable, <<derogatorio>> del régimen jurídico común. El sentido de la respuesta depende de si se entiende lesionado -como aquí se ha defendido- o no el derecho a la negociación colectiva de los alumnos-trabajadores contratados en el marco en un programa de formación-empleo, y, por extensión, del resto de trabajadores contratados con ocasión del mismo⁴¹⁴.

Considero que así es. Actualmente, este colectivo, por lo que se ha visto, se puede decir que tiene vedado el derecho a la negociación colectiva, y, si bien es cierto que en algún caso la razón puede encontrarse en una incorrecta interpretación judicial del ámbito de aplicación del convenio colectivo, sin embargo, no se puede negar que siempre subyace un considerable desinterés de los titulares de la autonomía colectiva.

Este se manifiesta no sólo en la negociación colectiva ordinaria, como se ha visto, sino también en los Acuerdos y Convenios Colectivos que conforman el entramado convencional del Subsistema de Formación Continua. En concreto me parece trascendental la falta de atención de los sucesivos ANFC. Es cierto que éstos, como hubo ocasión de ver *supra*, no toman en consideración la formación ocupacional sino sólo la continua, y, desde ese punto de vista, no parece razonable que establecieran reglas sobre, por ejemplo, el objeto y contenido de la formación profesional de los programas formación-empleo. Sin embargo, me parece oportuno que, en cuanto acuerdos marco, hubieran

⁴¹⁴ Hay que tener en cuenta que la falta de convenio colectivo tiene especial transcendencia desde la perspectiva del importante papel que juega la negociación colectiva en la ordenación de los contratos y en cuanto es un “instrumento fundamental para la deseable adaptabilidad por su capacidad de acercamiento a las diversas y cambiantes situaciones de los sectores de actividad y de las empresas” vid. en este sentido LOPEZ LOPEZ, J. en “Los contratos formativos: Causa formativa, condiciones salariales y protección social”, op.cit. pág.123.

establecido reglas de negociación relativas a las condiciones en las que se van a desenvolver las relaciones laborales que surgen en el marco de dichos programas, o, cuanto menos, hubieran promovido la inclusión del colectivo de trabajadores en situación de alternancia en los convenios colectivos ordinarios.

PARTE TERCERA

LA FORMACION PROFESIONAL Y LA RELACION
JURIDICA LABORAL

CAPITULO IV

LA OBLIGACION DE FORMACION PROFESIONAL DEL TRABAJADOR

I. LA FORMACION PROFESIONAL, EL PATRIMONIO PROFESIONAL Y LA CUALIFICACION PROFESIONAL DEL TRABAJADOR.

La formación profesional y la relación jurídica laboral.-Desde la perspectiva de la relación jurídica laboral la formación profesional tiene dos manifestaciones: como fórmula de aprendizaje y como patrimonio profesional del trabajador adquirido mediante la formación y experiencia profesional.

Desde la primera perspectiva la formación profesional es la vía de adquisición de las competencias profesionales que integran el patrimonio profesional del trabajador, y, por tanto, el instrumento de capacitación profesional de los trabajadores.

Desde la segunda perspectiva apuntada, la formación profesional aparece como el resultado de la formación cursada y de la experiencia laboral adquirida por el trabajador, por tanto, identificable con los conocimientos, comprensión y habilidades que posee el trabajador y que conforman su capacidad de trabajar.

En la primera parte del trabajo se han analizado las

fórmulas a través de las cuales el trabajador adquiere las competencias profesionales necesarias para trabajar. Estas no consisten sólo en procesos formales de formación sino también en procesos informales en la medida en que a través de estos el trabajador obtiene unas competencias profesionales que se integran también en su patrimonio profesional fruto de la experiencia profesional. En efecto, como se desprende del estudio del Sistema de Formación Profesional, la profesionalidad se puede adquirir por vía formativa, por vía de la experiencia laboral o por una combinación de ambas vías esto es alternando formación y trabajo. Hay que tener en cuenta que aunque el Sistema de Formación Profesional tenga como objetivo integrar las diversas acciones formativas ofertadas desde los tres subsistemas - reglado, ocupacional y continua-, persiste, sin embargo, una oferta formativa externa al Sistema mediante la que los trabajadores adquieren igualmente competencias profesionales.

La profesionalidad o el patrimonio profesional del trabajador.- Los conocimientos, comprensión y habilidades que el trabajador adquiere mediante la formación profesional se incorporan a su patrimonio personal, conformando lo que la doctrina científica ha identificado como la profesionalidad del trabajador, esto es, el "conjunto de conocimientos y capacidades derivadas de la formación de base, de los conocimientos profesionales específicos, de la experiencia adquirida y concretamente utilizable"⁴¹⁵, y, que como señala VALDÉS DE LA

⁴¹⁵ Concepto dado por GUIGNI y que ha sido recogido por la doctrina española. Así, vid. CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J., en "La tutela de la profesionalidad del trabajador, la formación y readaptación profesionales y el Estatuto de los Trabajadores", RPS, núm.121, 1979, pág. 126, MONEREO PEREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N., en "Cambio tecnológico, cualificación y formación profesional", AA.VV. *Contrato de trabajo y formación profesional*, V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, MTSS, 1987, pág.293, (nota a pie núm.47), VALDES DE LA VEGA, B. en *La profesionalidad del trabajador en el contrato de trabajo*, en TROTTA, Madrid, 1997, pág.18 y MARTIN PUEBLA, E., *Formación*

VEGA responde a lo que se denomina como <<patrimonio profesional>> del trabajador.

Interesa hacer varias consideraciones en torno al concepto apuntado.

En primer lugar, hay que destacar la especial significación que adquiere la formación profesional desde la perspectiva de la profesionalidad en cuanto es el medio de adquisición de los elementos que la integran.

En segundo lugar, es preciso recordar que los procesos de aprendizaje para el trabajo organizados por el Sistema de Formación Profesional siguen la metodología de formación basada en competencias profesionales. Son éstas las que conforman la profesionalidad del trabajador.

Así se deduce del RD 797/1995 cuando señala que "el certificado de profesionalidad tiene por finalidad acreditar las competencias profesionales adquiridas mediante acciones de formación profesional ocupacional, programas de escuelas taller y casas de oficios, contratos de aprendizaje, acciones de formación continua, o experiencia profesional".

En tercer lugar, hablar de competencias profesionales como elementos del patrimonio profesional del trabajador, tiene la virtualidad de que engloba los conocimientos que el trabajador posee e indica su capacidad profesional referida a una tarea, un puesto de trabajo o una profesión, según sea el caso⁴¹⁶.

profesional y contrato de trabajo, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 1998, pág.23.

⁴¹⁶ VARGAS ZUÑIGA, F., en el documento de trabajo "La formación por competencias. Instrumento para incrementar la empleabilidad" propone como concepto de competencia "como capacidad efectiva para llevar a cabo exitosamente una actividad laboral plenamente identificada" y aporta otras definiciones entre las que se encuentra la manejada por el INEM "las competencias profesionales definen el ejercicio eficaz de las capacidades que permiten el desempeño de una ocupación, respecto a los niveles requeridos en el empleo. Es algo más que el conocimiento técnico que hace referencia al saber y al saber-hacer". El concepto engloba no sólo las capacidades

Así parece desprenderse del concepto de competencia profesional que recoge la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional (LOCFP)⁴¹⁷ en el art.7: "conjunto de conocimientos y capacidades que permitan el ejercicio de la actividad profesional conforme a las exigencias de la producción y el empleo"⁴¹⁸ .

Para VARGAS ZUÑIGA la capacidad profesional para el trabajo que entraña la competencia profesional implica que el trabajador no sólo dispone de los conocimientos y habilidades necesarios para realizarlo sino también de la comprensión del trabajo que realiza en el sentido de que puede conocer los objetivos a lograr así como la conexión de sus funciones con dichos objetivos. De manera que para este autor la competencia profesional se conforma por la conjunción articulada de estos tres elementos, los conocimientos, la comprensión y las habilidades.

Se puede decir por tanto que la profesionalidad del trabajador está integrada por el conjunto articulado de elementos que conforman las competencias profesionales del trabajador adquiridos por vía formativa ya sea ésta formal o informal, ofertada por el Sistema de Formación Profesional o ajena al mismo y que, conviniendo con VALDÉS DE LA VEGA, es "identificable con el nivel profesional, la aptitud o capacidad individual de

requeridas para el ejercicio de una actividad profesional, sino también un conjunto de comportamientos, facultad de análisis, toma de decisiones, transmisión de información, etc. considerados necesarios para el pleno desempeño de la ocupación".

Este documento de trabajo se puede consultar en <http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/sala/vargas/>

⁴¹⁷ Publicada en el BOE de 20 de Junio de 2002.

⁴¹⁸ VARGAS ZUÑIGA en el documento citado en nota anterior recoge el concepto de competencia profesional que maneja la OIT: "idoneidad para realizar una tarea o desempeñar un puesto de trabajo eficazmente por poseer las calificaciones precisas para ello".

aquel”⁴¹⁹.

Me parece oportuno señalar que el concepto de profesionalidad o patrimonio profesional del trabajador apuntado parece corresponderse con la definición de cualificación profesional que aparece en el art.4 de la LOCFP: “conjunto de competencias profesionales con significación para el empleo que pueden ser adquiridas mediante formación modular u otros tipos de formación y a través de la experiencia laboral”.

Como resultado de lo anterior el concepto de cualificación profesional utilizado a los efectos de la LOCFP diferiría del que aquí se va a manejar.

La cualificación profesional del trabajador.- Desde la perspectiva de este trabajo se entenderá que cuando el patrimonio profesional del trabajador queda referido exclusivamente a la prestación laboral objeto de una relación jurídico laboral entonces hay que hablar de cualificación profesional entendiendo por tal el “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”⁴²⁰. La cualificación denota la capacidad del trabajador, no ya de trabajar, sino de ejecutar un proceso de trabajo determinado.

⁴¹⁹ Cfr. VALDES DE LA VEGA en *La profesionalidad del trabajador en el contrato de trabajo*, op. cit.pág.18.

⁴²⁰ Cfr. MONEREO PEREZ, J.L. Y MORENO VIDA, M.N., en “Cambio tecnológico, cualificación y formación profesional”, V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, MTSS, 1987, pág...283.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. entiende por cualificación profesional del trabajador “el conjunto de conocimientos, aptitudes o habilidades de que goza el mismo para realizar efectivamente una determinada labor propia de una actividad, oficio o profesión” encontrándose dicha noción “en la misma base del contrato de trabajo, desde el punto de vista del interés del empresario”. Cfr. en “El supuesto base en los conflictos individuales de clasificación profesional, RPS, núm.95, 1972, pág.83.

Es más amplia la noción de profesionalidad o patrimonio profesional que la de cualificación profesional. La primera, en efecto, al quedar integrada por <<todas>> las competencias profesionales adquiridas por el trabajador que en un momento determinado pueden ser utilizables para trabajar, se puede entender como potencial profesional en abstracto que tiene el trabajador. La cualificación sin embargo queda referida únicamente a las competencias profesionales del trabajador relacionadas con una prestación laboral determinada⁴²¹.

Cuando el trabajador y el empresario al suscribir un contrato de trabajo contraten no sólo las funciones que integran el contenido de la prestación laboral, sino también las competencias profesionales que posee el trabajador por ser éstas necesarias para realizar las tareas convenidas, la cualificación pactada se integrará en la relación jurídica laboral.

En tal caso se verá como, aunque todos los elementos que integran la profesionalidad o patrimonio profesional forman parte de la persona del trabajador⁴²², sin embargo, en virtud del contrato de trabajo, al trabajador únicamente se le reconoce una parte del mismo, y, el trabajador únicamente empeña en el cumplimiento de la prestación laboral una parte del mismo; en

⁴²¹ VALLE MUÑOZ, F.A., entiende por cualificación “aquella capacidad profesional que el trabajador ostenta, independientemente de su concreta utilización en una relación laboral”. Será en su terminología la calificación extracontractual o subjetiva que coincidiría con un estadio precontractual y se distinguiría de la calificación contractual u objetiva en tanto que ésta coincidiría con la fase de determinación de la prestación laboral.

Comparándolo con la conceptualización que aquí se propone: la cualificación subjetiva que propone Valle MUÑOZ se corresponde con lo que aquí se entiende por <<profesionalidad o patrimonio profesional>> del trabajador, mientras que lo que VALLE MUÑOZ entiende por cualificación objetiva aquí se identifica como <<cualificación convencional>> del trabajador. Cfr. VALLE MUÑOZ, F.A., en *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*, CES, Madrid, 1998, págs.40 a 42.

⁴²² Como han señalado ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE, M.E. “Existe una relación estrecha entre el trabajo objeto del contrato y el trabajador como sujeto del mismo. La intimidad de la conexión entre objeto y sujeto hace que la prestación contractual de trabajo sea personalísima, en el sentido jurídico de que empeña la persona del trabajador en su cumplimiento” Cfr. en *Derecho del Trabajo*, UCM, pág.50

ambos casos, aquélla que se identificará como <<cualificación convenida>> y que será la necesaria para realizar la prestación laboral pactada.

La <<cualificación convenida>> al incorporarse a la relación jurídica laboral producirá unas consecuencias jurídicas en la situación jurídica de los sujetos de la relación de trabajo, pero, ¿se puede afirmar que el factor cualificación singulariza las esferas jurídicas del trabajador y del empresario?

Sólo si la cualificación convenida introduce especialidades en el haz de derechos, facultades, obligaciones y/o cargas del trabajador y del empresario, se podrá decir que particulariza su situación jurídica como sujetos de la relación laboral.

Como se verá así ocurre en la medida en que la cualificación convenida se incorpora, por un lado, a la prestación laboral como objeto de la relación laboral y, por otro, al derecho de crédito del empresario. Para el trabajador generará singulares deberes jurídicos mientras que para el empresario, lejos de comportar obligación específica alguna, ampliará su ámbito de poder. Sólo generará para el empresario la carga de colaborar en la formación o adaptación del trabajador lo que como se verá va a tener especial transcendencia ante situaciones de cambio en el programa de prestación introducidas unilateralmente por el empresario.

II. LA CUALIFICACION PROFESIONAL COMO ELEMENTO INTEGRANTE DE LA RELACION JURIDICA LABORAL.

A. LA CUALIFICACION PROFESIONAL DEL TRABAJADOR SUJETO DE LA RELACION JURIDICA LABORAL.

La cualificación profesional como cualidad del trabajador en el marco de la relación jurídica laboral tiene escasa trascendencia salvo que esté conectada directamente con el trabajo convenido como objeto de la relación obligatoria.

Desde esta perspectiva interesa la cualificación profesional del trabajador principalmente por dos motivos:

En primer lugar, porque cuando la prestación laboral convenida consiste en realizar un trabajo cualificado, las competencias profesionales requeridas por ésta serán determinantes de la aptitud del trabajador para, primero contratarlo como objeto de la obligación y, después, realizarlo en cumplimiento de la misma.

En segundo lugar, porque la profesionalidad que se reconoce al trabajador en la relación laboral será única y exclusivamente aquella que tenga trascendencia para el cumplimiento de la prestación laboral convenida.

La cualificación profesional del trabajador como presupuesto subjetivo para contratar un trabajo cualificado.-

Cuando la cualificación adjetiva el trabajo o prestación laboral comprometida, por traslación se adjetiva el sujeto que debe realizarla en la medida en que la cualificación aparece como un requisito subjetivo necesario para hacer posible el objeto del contrato de trabajo.

En efecto, hay que convenir en que si un trabajo es cualificado por exigir para su ejecución unas competencias profesionales determinadas, para que este trabajo pueda pactarse como objeto de una relación jurídica laboral es necesario que el trabajador cuente con la cualificación profesional apropiada para poder realizarlo, ya que, en caso contrario, la prestación laboral resulta imposible desde un punto de vista subjetivo.

La cualificación se presenta así como cualidad del objeto del contrato de trabajo que limita la libertad de contratación del empresario al seleccionar el trabajador que será sujeto del contrato de trabajo.

La cualificación profesional también se puede contemplar como cualidad del trabajador como sujeto del contrato de trabajo.

Desde esta perspectiva la cualificación profesional del trabajador condiciona el objeto del contrato en la medida en que la falta de la misma impide al trabajador contratar la realización de determinados trabajos por carecer de la aptitud profesional necesaria para ello.

La cualificación profesional se presenta así como cualidad del trabajador que limita la voluntad de las partes al fijar el objeto del contrato de trabajo en la medida en que el trabajador deberá poseer como mínimo el nivel de competencias requerido por la prestación laboral a realizar, ya que, en caso contrario, el trabajador carecerá de la aptitud necesaria para ello.

La aptitud y la cualificación profesional, como afirma MARTIN VALVERDE, pueden no coincidir. En efecto, la cualificación no es indicio definitivo de aptitud en la medida en que ésta, respecto de determinados puestos de trabajo no sólo engloba las <<condiciones técnicas del trabajador>> -que este autor identifica como "conocimiento del oficio o profesión, habilidad manual, dominio de técnicas de trabajo intelectual" y que perfectamente pueden subsumirse en el concepto de cualificación profesional que aquí se maneja-, sino también las cualidades personales del trabajador que inciden directamente en el desempeño del puesto de trabajo, esto es, "iniciativa,

adaptabilidad, sociabilidad, etc.”⁴²³.

No obstante, en los trabajos que requieran un nivel de competencias determinado, la cualificación profesional del trabajador sí será determinante de su capacidad profesional para cumplir la prestación laboral adecuadamente. De manera que el trabajador careciendo de las competencias profesionales exigidas por el trabajo convenido es más que probable que manifieste ineptitud para cumplir la prestación laboral.

Por tanto se puede decir que la ineptitud del trabajador puede provenir de la falta de cualificación, que se manifestará principalmente en la ausencia o insuficiencia de competencias profesionales para el desempeño de la prestación laboral contratada⁴²⁴.

Prueba de ello tenemos en que la jurisprudencia incluye la falta de titulación entre las causas que pueden provocar en el trabajador una ineptitud subsumible en el art.52,a) del ET y es preciso recordar que la titulación no es sino la acreditación formal de las competencias profesionales adquiridas por el trabajador que le capacitan para desempeñar una profesión, por tanto, en la medida en que la titulación es la formalización de la cualificación, la carencia de titulación se puede asimilar a falta de cualificación para desempeñar el trabajo convenido.

Por otra parte me parece significativo que el TS en sentencia de 2 de Mayo de 1990 conceptúe la ineptitud como “inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tienen su origen en la persona del trabajador, bien por falta de

⁴²³ Cfr. MARTIN VALVERDE, A., en *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op. cit. pág.131.

⁴²⁴ Vid. en este sentido MIRON HERNANDEZ, M.M., en *El derecho a la formación profesional del trabajador*, CES, Madrid, 2000, pág.261

preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo -rapidez, destreza, falta de concentración, etc.- ⁴²⁵.

La cualificación del trabajador como límite en la determinación del objeto de la relación laboral.- De lo dicho se desprende que el trabajador y el empresario al determinar la prestación laboral mediante la clasificación subjetiva del trabajador están condicionados por la cualificación de éste, tanto si está formalmente acreditada mediante un título académico o profesional **(a)**, como si no lo está **(b)**.

(a) En primer lugar, no se podrán asignar al trabajador unas tareas para las que no tenga la titulación académica o profesional exigidas para desempeñarlas.

La cualificación formalizada mediante un título puede ser, efectivamente, un límite para las partes a la hora de determinar la prestación convenida en cuanto la titulación se establezca como requisito para el ejercicio de una profesión.

La exigencia de la titulación académica o profesional es una limitación de la capacidad para contratar y, por consiguiente, una cortapisa a la libre elección de profesión u oficio. En efecto, opera como una prohibición para contratar dichos trabajos por razón de la titulación y su inobservancia puede determinar la nulidad del contrato de trabajo⁴²⁶.

⁴²⁵ Cfr. en A/3937 (F.J.2)

⁴²⁶ Afirma BORRAJO DACRUZ que cuando por una prohibición formal o expresa de la ley un sujeto no puede ser parte en una relación jurídica se está ante un supuesto de falta de legitimación. En tal caso, la prohibición legal "obstaculiza e impide" el ejercicio de la capacidad jurídica del trabajador en ese caso en concreto.

A mi juicio, así ocurrirá cuando el trabajador no tenga la titulación exigida por la norma para realizar las tareas propias de una profesión titulada. En efecto, el trabajador carecerá de legitimación para ser titular de una

En consecuencia, como doctrinalmente se ha defendido, el límite de la titulación debe estar justificado en razones de orden público⁴²⁷ y sólo podrá ser impuesto por los poderes públicos que tengan competencias en relación con la determinación de las profesiones tituladas, como se vio *supra*, mediante una disposición legal o reglamentaria.

Se trata, por tanto, de una materia indisponible para las partes, tanto del contrato, como del convenio colectivo, si no hay respaldo normativo para ello⁴²⁸.

La jurisprudencia, sin embargo, no se muestra contraria a la posibilidad de que el convenio colectivo pueda imponer una titulación específica para realizar trabajos que de suyo no la requieran como medio de "mantener el nivel cultural y técnico que resulte más adecuado para una actividad profesional determinada"⁴²⁹.

Esta cuestión será tratada con más detalle al hacer referencia a la movilidad funcional en la medida en que las titulaciones académicas y profesionales son límites a la misma.

Pero, sin perjuicio de lo que se dirá *infra*, interesa ahora

concreta relación jurídica; aquella cuyo objeto sea precisamente la realización de dichas tareas.

Por otra parte, señala este autor que cuando la prohibición legal afecte a la "idoneidad para contratar" su "inobservancia acarrea la nulidad del contrato de trabajo". Y, esta será la consecuencia jurídica del incumplimiento de la prohibición de contratar sin la titulación exigida legalmente.

Cfr. en BORRAJO DACRUZ, E., *La capacidad para contratar la prestación de servicios*, Ed. s.n., 1960, págs.96, 99 y 128.

⁴²⁷ Cfr. SALA FRANCO, T., "Movilidad Funcional" en BORRAJO DACRUZ (Dir.) *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, EDERSA, Tomo VIII, Madrid, 1988, pág.41 y CRUZ VILLALON, J., en *Las modificaciones de la prestación laboral*, Ed. MTSS, Madrid, 1983, págs.58 y 59.

⁴²⁸ Vid. CRUZ VILLALON, J., en *Las modificaciones de la prestación laboral* pág.58

⁴²⁹ La controversia que resuelve el TS en tales casos deriva de que el trabajador ha realizado funciones correspondientes a una categoría superior para la que no tiene la titulación que requiere el CC. Reclama el reconocimiento de la categoría superior y la retribución correspondiente en razón al ejercicio de las funciones correspondientes a dicha categoría. El TS entiende que la falta de titulación no impide realizar las funciones pero si impide que se reconozca al trabajador esa categoría profesional.

hacer dos puntualizaciones y avanzar una opinión crítica al respecto.

En primer lugar, el TS diferencia los efectos jurídicos de tal requisito en función de quien lo establezca; si lo imponen los poderes públicos, legal o reglamentariamente, entonces la titulación opera como requisito para contratar; mientras que, si lo exige el convenio colectivo, entonces el título no constituirá elemento legal necesario para ejercitar una actividad laboral, aunque sí lo sería para el reconocimiento pleno de la categoría profesional superior al trabajador que careciera del mismo ya que éste sólo tendrá derecho al abono de las diferencias retributivas correspondientes en razón al ejercicio de funciones superiores⁴³⁰.

En segundo lugar, la jurisprudencia ampara, por tanto, que el convenio colectivo pueda establecer la titulación como requisito para la reclasificación definitiva a categoría superior cuando no exista disposición legal o reglamentaria que lo exija.

Desde mi punto de vista esta doctrina jurisprudencial resulta criticable por varios motivos.

En primer término, porque si la titulación exigida convencionalmente opera como límite al reconocimiento de la categoría profesional superior hay que suponer que en la misma medida, convencionalmente se impide que en el acto de clasificación al trabajador no titulado se le equipare a esa categoría⁴³¹.

⁴³⁰ Cfr. SSTs u.d. de 25 de Marzo de 1994 A/2638 (F.J. 3 y 4), de 27 de diciembre 1994 A/10710 (F.J.3) y la de 19 de Abril de 1996, A/3327 (F.J.3).

⁴³¹ Así parece haber ocurrido en el supuesto planteado al TS y resuelto por sentencia de 26 de Enero de 1998 A/1064. El trabajador fue contratado por la empresa como Ingeniero-Técnico para realizar las funciones de Jefe de Mantenimiento. El trabajador carecía de dicho título en el momento de la contratación por faltarle el proyecto

En segundo término, desde el punto de vista del reconocimiento de la profesionalidad del trabajador la doctrina jurisprudencial apuntada trae por consecuencia que al trabajador no se le reconozca ni tan siquiera la cualificación que corresponde a las funciones que efectivamente realiza, lo que en definitiva significa agravar la desprotección de la cualificación subjetiva del trabajador que, como se verá *infra*, ya se manifiesta en la fase de la constitución de la relación laboral y extenderla también a la fase del cumplimiento de la prestación laboral.

Y, teniendo en cuenta lo anterior, la falta de tutela de la profesionalidad del trabajador en la doctrina jurisprudencial apuntada es manifiesta. Dicha tutela desde una perspectiva estática no debería alcanzar únicamente a la conservación del patrimonio profesional del trabajador sino también a su reconocimiento, lo que en este caso no ocurre, desde el momento en que el convenio colectivo con amparo jurisprudencial podrá intervenir estableciendo trabas al reconocimiento de la profesionalidad del trabajador.

En este orden de cosas interesa recordar que uno de los objetivos del II PNFP es la adecuación de los contenidos de la

de fin de carrera y en esa misma situación se encontraba cuando posteriormente la empresa le solicita la certificación académica que le acreditaba como Ingeniero-Técnico. A consecuencia de ello la empresa rescinde el contrato de trabajo. El TS convalida la decisión empresarial por entender que “*el contrato de trabajo se hallaba viciado desde su inicio por un defecto de nulidad*” (F.J.1), defecto que no se ha subsanado por el paso del tiempo, pues el desempeño de tales funciones por el trabajador durante un tiempo fue una mera actitud de permisión por parte de la empresa (F.J.2).

Desde mi punto de vista es discutible la premisa de la que parte el TS para llegar a la conclusión apuntada. El TS otorga condición de límite para la contratación de las funciones de Jefe de Mantenimiento a la titulación de Ingeniero-Técnico en base a que así lo establece el convenio colectivo y equipara los efectos jurídicos de su incumplimiento a los de la prohibición legal o reglamentaria para contratar careciendo de la titulación correspondiente, cuando, a mi juicio, sólo en este último caso podría estar justificada la nulidad del contrato de trabajo ya que en el caso que resuelve el TS no me parece que la prohibición convencional pueda hacer nulo el contrato de trabajo. Diversamente, la empresa debió optar por la subsistencia del vínculo contractual con la reclasificación del trabajador pues en realidad de lo que se trata es de un problema de incorrecta clasificación profesional del trabajador en el marco de un contrato de trabajo válido.

oferta formativa del Sistema de Formación Profesional al Sistema de Clasificación Profesional. A mi juicio tal adecuación debe dirigirse a ajustar el contenido de los módulos formativos que se cursan en el itinerario formativo del correspondiente certificado de profesionalidad a las tareas reales que desempeñará el trabajador y no en el sentido de exigir esa titulación profesional como requisito para contratar las tareas correspondientes a esa profesión u oficio. La pretendida adecuación no puede ser entendida como necesidad de extender el límite de la titulación como factor obstativo para ejercer un puesto de trabajo. Diversamente se trataría de que la distinción entre categorías y grupos profesionales establecidos en la clasificación profesional convencional se realice por motivos exclusivamente de cualificación o aptitudes profesionales. Como se verá *infra* esto es precisamente lo que promueve el ET.

(b) En segundo lugar, desde la perspectiva de la cualificación como requisito de aptitud tampoco se pueden contratar unas funciones cuando la cualificación profesional del trabajador no sea suficiente para efectuarlas de forma correcta. Y, en este caso, al margen ya de que se requiera que la cualificación profesional esté acreditada formalmente.

En efecto, el trabajador debe tener la cualificación profesional necesaria para realizar las tareas pactadas, es decir, capacidad profesional para realizar el trabajo convenido. En caso contrario, la prestación deviene imposible desde un punto de vista subjetivo por falta de capacidad profesional del trabajador para realizar la prestación laboral.

Si a pesar de ello el trabajador es contratado, cabe plantearse si en tal caso el objeto del contrato vendrá determinado por la cualificación profesional del trabajador y, en

consecuencia, el empresario sólo podrá esperar una prestación conforme con la capacidad profesional de aquél.

Desde mi punto de vista así es en atención a las consideraciones que siguen.

Si en el momento de la contratación la falta de cualificación profesional no es conocida por el empresario, cuando ésta se manifieste posteriormente como ineptitud el empresario podría pedir la anulación del contrato de trabajo en base a un error en la persona del trabajador⁴³². No obstante, como alternativa a esa posibilidad, el ET permite al empresario que extinga el contrato de trabajo por la vía del art.52,a) ET en base a la ineptitud del trabajador⁴³³.

Esta ineptitud, sin embargo, en cuanto que originaria no podrá operar como causa de extinción si se realizó período de prueba⁴³⁴, ya que el ordenamiento jurídico laboral instituye el período de prueba precisamente para que el empresario pueda

⁴³² Como señala VIDA SORIA, la falta de titulación académica y profesional o la ausencia de la oportuna autorización administrativa para ejercer una profesión o actividad profesional determinada son claramente supuestos de error y no de ineptitud. Cfr. VIDA SORIA, J., en “La ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para que fue contratado”, en AA.VV., *Dieciséis lecciones sobre causas de despido*, Ed. Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1969, pág.121.

⁴³³ Poniendo de relieve la falta de operatividad de la acción de nulidad por error sobre la aptitud del trabajador, vid. MARTIN VALVERDE, A., en *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op. cit. pág.133 y 134, GONZALEZ ORTEGA, S., “Tribunal central de Trabajo. Contrato de trabajo y otras materias: la ineptitud como causa de despido y su relación con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral”, RPS, núm.127, 1980, pág.216, RAMIREZ MARTINEZ, J.M., en “Extinción por causas objetivas”, en BORRAJO DACRUZ (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales: El Estatuto de los Trabajadores*, EDERSA, Madrid, pág.238, BAYLOS GRAU, A., “Tribunal Central de Trabajo. Despidos: Algunos aspectos de la interpretación jurisprudencial del despido objetivo”, RPS, núm.122, 1979, pág.5, GOÑI SEIN, J.L., “La ineptitud del trabajador como causa de despido”, REDT, núm.11, 1982, pág. 439.

⁴³⁴ Esta es la opinión que de forma mayoritaria ha venido manteniendo la doctrina científica. Vid. por todos RAMIREZ MARTINEZ, J.M., en “Extinción por causas objetivas”, op. cit. pág.239 y 246, GOÑI SEIN, J.L., “La ineptitud del trabajador como causa de despido”, op. cit. pág. 440, QUESADA SEGURA, R., “Tendencias recientes de la jurisprudencia sobre ineptitud del trabajador como causa de despido”, TL, núm.16, 1989, pág.59, GONZALEZ ORTEGA, S., “Tribunal central de Trabajo. Contrato de trabajo y otras materias: la ineptitud como causa de despido y su relación con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral”, op.cit.p’ag.216, RIVERO LAMAS, J., “La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas: Criterios jurisprudenciales”, RGD, núm.573, 1992, pág.5495.

constatar la aptitud del trabajador⁴³⁵.

Para ello debe realizar todas las actuaciones necesarias tendentes a conocer si el trabajador está efectivamente capacitado profesionalmente o no para realizar el trabajo convenido. Al empresario en este sentido se le exige un deber de diligencia que debe manifestarse en una conducta dirigida a indagar y cercionarse sobre la adecuación de la preparación profesional del trabajador al puesto de trabajo⁴³⁶. No obstante, si el trabajador ocultó maliciosamente su falta de cualificación, el empresario podrá ejercitar la acción de anulabilidad del contrato de trabajo por vicio en el consentimiento⁴³⁷.

Si el empresario renuncia al período de prueba habría que entender que presupone la cualificación del trabajador y, por tanto, el empresario no podrá alegar la ineptitud originaria como causa de resolución del vínculo contractual⁴³⁸.

En virtud de todo ello, pasado el período de prueba o no realizado el mismo, la falta de cualificación profesional del trabajador no permitirá la extinción del contrato de trabajo por la vía del art.52,a) ET.

Sin embargo, esto no significa que el trabajador sea apto para realizar el trabajo convenido. En este sentido hay que

⁴³⁵ Vid. MARTIN VALVERDE, A., en *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op. cit. pág.149 y GOÑI SEIN, J.L., “La ineptitud del trabajador como causa de despido”, op. cit. pág.440.

⁴³⁶ Cfr. GOÑI SEIN, J.L., “La ineptitud del trabajador como causa de despido”, op.cit. pág.441.

⁴³⁷ Vid. GONZALEZ ORTEGA, S., “Tribunal central de Trabajo. Contrato de trabajo y otras materias: La ineptitud como causa de despido y su relación con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral”, op.cit.pág.216, QUESADA SEGURA, R., “Tendencias recientes de la jurisprudencia sobre ineptitud del trabajador como causa de despido”, op.cit. pág.59 y RIVERO LAMAS, J., “La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas: Criterios jurisprudenciales”, op. cit. pág. 5495.

⁴³⁸ Vid. GOÑI SEIN, J.L., “La ineptitud del trabajador como causa de despido”, op.cit. pág.441 y 442, QUESADA SEGURA, R., “Tendencias recientes de la jurisprudencia sobre ineptitud del trabajador como causa de despido”, op.cit. pág.59 y RIVERO LAMAS, J., “La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas: Criterios jurisprudenciales”, op. cit. pág.5495.

entender que el grado de aptitud del trabajador determinará el objeto de la relación jurídica laboral ya que el empresario sólo podrá esperar una prestación laboral conforme con la aptitud del trabajador contratado⁴³⁹.

En realidad, la ineptitud del trabajador no se subsana sino que la prestación laboral debida queda condicionada por la misma.

Es, en este sentido, en el que se puede decir que la cualificación profesional del trabajador delimita el objeto de la relación jurídica laboral. Contratado el trabajador la ineptitud por falta de cualificación profesional, manifestada o conocida en el momento de la contratación, sólo permitirá al empresario esperar una prestación laboral conforme a la competencia profesional del trabajador contratado.

La cualificación profesional como presupuesto subjetivo del cumplimiento de la prestación laboral.- La cualificación profesional no es sólo un requisito de aptitud del trabajador para contratar un trabajo cualificado sino también para realizar el trabajo contratado, es decir, para cumplir la prestación laboral convenida. Su ausencia o insuficiencia en el momento del cumplimiento de la prestación laboral puede generar la ineptitud del trabajador manifestada en un rendimiento deficiente. Aun cuando pudiera tratarse de un supuesto de ineptitud sobrevenida, no siempre será subsumible en el supuesto de hecho del art.52,a) del ET que justifica la extinción el contrato de trabajo por esta causa objetiva, pues, para ello, es necesario que la deficiencia en el rendimiento no sea imputable al trabajador. No será el caso cuando, como se verá *infra*, la falta de

⁴³⁹ RAMIREZ MARTINEZ, recoge opiniones doctrinales al respecto en “Extinción por causas objetivas”, op. cit. pág.239, GOÑI SEIN, J.L., “La ineptitud del trabajador como causa de despido”, op. cit. pág. 239.

cualificación origen de la ineptitud derive de una conducta negligente del trabajador⁴⁴⁰.

Durante el desarrollo de la relación laboral la prestación laboral que debe realizar el trabajador puede sufrir modificaciones ya sea porque el empresario, dentro del marco de la prestación debida, requiera que el trabajador realice funciones distintas a las inicialmente pactadas, ya porque en virtud del <<ius variandi>> altere sustancialmente la propia prestación debida o incluso las condiciones en que ésta debía realizarse. En cualquier caso la aptitud del trabajador limitará el alcance de la modificación en la medida en que sea considerada como requisito para el cumplimiento de la prestación laboral y en este sentido enmarcará los poderes del empresario.

B. LA CUALIFICACION DE LA PRESTACION LABORAL OBJETO DE LA RELACION JURIDICA LABORAL.

Como se ha dicho el patrimonio profesional del trabajador es el conjunto de competencias profesionales que le capacitan profesionalmente para trabajar.

Mediante el contrato de trabajo el trabajador compromete ese patrimonio profesional, todo o en parte, pero en cualquier caso, el necesario para realizar la prestación laboral convenida.

Cuando en el marco de una relación jurídica laboral, el objeto de la obligación del trabajador comprenda el despliegue de competencias profesionales, la cualificación adquirirá especial

⁴⁴⁰ Señala FITA ORTEGA que la ausencia de voluntariedad en la obtención de un rendimiento deficiente es el elemento que determinará que se esté ante una ineptitud subsumible en el art.52,a) ET o ante un supuesto de actuación negligente del trabajador que, revistiendo la gravedad necesaria, pudiera llegar a justificar su despido disciplinario. Cfr. FITA ORTEGA, F., en *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs.41 a 43.

relevancia en la medida en que incidirá en el conjunto de derechos, obligaciones y cargas jurídicas del trabajador y empresario.

La prestación laboral debida.- La prestación laboral debida es el trabajo que como objeto de la relación jurídica laboral tiene que realizar el trabajador.

Legalmente viene delimitada por el art.22 ET al regular el sistema de clasificación profesional **(a)** y por los arts.20 y 39 ET al establecer el marco del ejercicio del poder de dirección en relación con la movilidad funcional **(b)**.

De dicho marco delimitador deriva el contenido de la prestación debida. Conviene avanzar que vendrá determinada por todas las funciones o tareas que el trabajador y el empresario hubieran pactado, ya en el momento de la contratación, ya con posterioridad, y por las funciones o tareas que el empresario pueda asignar al trabajador en virtud de su poder de dirección⁴⁴¹. Contenido que finalmente habrá que integrar teniendo en cuenta las matizaciones que oportunamente se irán haciendo en torno a los elementos que la conforman **(c)**.

(a) En primer término, la determinación de la prestación

⁴⁴¹ En base a la regulación anterior CRUZ VILLALON llegaba a la conclusión que la prestación laboral debida venía “determinada por todas las funciones propias de su categoría profesional, a las que se añaden todas aquellas otras tareas y funciones que se pueden considerar como profesionalmente equivalentes”, cfr. en, en *La modificación de la prestación laboral*, op. cit. pág.65.

Como referencias más recientes al concepto de prestación laboral debida, Vid. DE SOTO RIOJA, S., en “El contenido de la prestación laboral”, op. cit. pág.175.

También VALDES DE LA VEGA, B. aporta un concepto de prestación debida, pero hay que tener en cuenta que difiere del que aquí se maneja al entender que “la <<prestación debida>> es todo aquello a lo que el trabajador se ve obligado a cumplir en base a su vínculo contractual. Incluye tanto el trabajo realizado bajo las órdenes del poder de especificación, como aquel otro producto de las modificaciones que pueda el empresario ordenar en virtud del poder de variación o *ius variandi*”, cfr. en *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*, op. cit. pág.171 a 173.

VALDES DAL-RE, F. recoge este concepto en “La movilidad funcional”, op. cit. págs.25 y 26.

laboral debida se realiza, en efecto, mediante la clasificación profesional del trabajador. Esta es fruto de un pacto suscrito por el trabajador y el empresario conforme a las reglas establecidas por el sistema de clasificación profesional aplicable a la empresa. Al respecto hay que hacer dos consideraciones:

Por un lado, el pacto de clasificación profesional del trabajador está previsto en el art.22.5 ET con la finalidad de establecer las funciones contratadas, es decir, aquéllas que como contenido de la prestación laboral el trabajador se compromete a realizar.

Para determinar dichas funciones el trabajador y el empresario optarán por una de las tres fórmulas señaladas por SALA FRANCO⁴⁴²:

En primer lugar, atribuyendo al trabajador un determinado grupo profesional, categoría profesional o grupo y categoría profesional según el sistema de clasificación profesional aplicable en la empresa. En este caso el contenido de la prestación laboral debida por el trabajador vendrá determinado por las funciones correspondientes al grupo profesional y/o categoría profesional asignado al trabajador.

En segundo lugar, mediante el pacto se pueden atribuir al trabajador pormenorizadamente unas determinadas funciones de entre las que integran un grupo o categoría profesional. En este caso la equiparación al grupo y/o categoría profesional será necesaria pero sólo a efectos retributivos pues el contenido de la prestación laboral debida viene determinado por las concretas funciones pactadas.

En tercer lugar, el trabajador y el empresario pueden contratar funciones correspondientes a dos o más grupos o

⁴⁴² Cfr. SALA FRANCO, T., en "Puntos críticos del régimen jurídico de la clasificación profesional y de la movilidad funcional", op. cit. pág.97.

categorías profesionales, es decir, pactar la polivalencia profesional, como permite hacer el art.22.5 ET. En tal caso, la equiparación a efectos retributivos deberá realizarse, salvo pacto en contrario⁴⁴³, aplicando el criterio de la prevalencia, esto es, identificando el grupo o categoría profesional correspondiente a las funciones prevalentes⁴⁴⁴.

Por otro lado, interesa destacar la importancia que legalmente se otorga a la profesionalidad del trabajador en la

⁴⁴³ Para SALA FRANCO en la medida en que se trata de un mínimo imperativo puede ser disponible tanto individual como colectivamente en beneficio de los trabajadores, pudiéndose pactar desde la preeminencia como criterio de equiparación, hasta la imposibilidad de pactar la polivalencia funcional. Cfr. SALA FRANCO, T., en "Puntos críticos del régimen jurídico de la clasificación profesional y de la movilidad funcional", op. cit. pág.97 y 98.

En contra, CONDE MARTIN E HIJAS considera que de los términos en que la norma se expresa no se puede deducir que establezca un mínimo de derecho necesario sino que se trata de una norma de derecho necesario absoluto con la que la ley impone una garantía de mayor flexibilidad en favor del empresario. Cfr. CONDE MARTIN E HIJAS, V., en "Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional" en BORRAJO DACRUZ (Dir.) *Comentarios a las leyes laborales: La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, EDERSA, Madrid, 1994, pág. 181.

⁴⁴⁴ En el texto se prescinde de que el acuerdo de equiparación pueda referirse al nivel retributivo como parece establecer el art.22.5 ET pues con ello en realidad se determina la remuneración del trabajador pero no la prestación debida. Para SALA FRANCO el precepto se refiere a los sistemas de valoración de puestos de trabajo y en éstos, con carácter previo a la determinación del nivel retributivo se habrán determinado las funciones comprometidas por el trabajador mediante su equiparación a un grupo y/o categoría profesional, según el sistema de clasificación profesional existente.

Cfr. SALA FRANCO, T., en "Movilidad funcional", op. cit. pág.36 y en "Puntos críticos del régimen jurídico de la clasificación profesional y de la movilidad funcional", op. cit. pág.98. Y, también vid. VALDES DAL-RE, F., en "La movilidad funcional", en MARTINEZ ABASCAL (Coord.) *La modificación del contrato de trabajo*, Ed. IBIDEM, Madrid, 1997, op. cit. pág.27.

La diversificación de categorías debe responder a diferencias de fondo en el contenido de la prestación y estas diferencias son las que justificarán su distinto nivel retributivo. También la cualificación requerida para ejercer las tareas o funciones puede ser considerada como elemento clave para conformar la categoría profesional.

Pero surge la duda de si el convenio colectivo en virtud exclusivamente de la titulación del trabajador puede diferenciar categorías y atribuirles distinto nivel retributivo aun cuando las tareas o funciones de una y otra sean iguales. El TS ha resuelto esta cuestión en sentido afirmativo al entender que en el supuesto que se le planteaba aun cuando las funciones de una y otra categoría fueran iguales, la mayor retribución establecida en el convenio colectivo para los titulados superiores respondía a superior <<preparación profesional>> y a que las tareas se <<realizaban de forma>> acorde con la titulación exigida. Vid. STS de 23 de Mayo de 1996 A/4615 (F.J.3) y STS de 5 de Febrero de 1998 A/1639.

Indudablemente en este supuesto surge la duda de si la previsión convencional no encubre una discriminación para los trabajadores que aun realizando las mismas funciones perciben una retribución inferior por carecer de la titulación correspondiente. Problema de un tratamiento discriminatorio que el propio TS en *obiter dicta* se plantea y rechaza.

A mi juicio el convenio colectivo lo que hace en realidad es establecer un nivel retributivo y, al no basarlo en las funciones o tareas a realizar por los trabajadores sino a la titulación de los mismos, lo que hace en definitiva es determinar la remuneración de los trabajadores en atención a su cualificación. Desde mi punto de vista es por este motivo por el que el TS en los casos de autos considerara que el cambio de categoría profesional no se trata propiamente de una movilidad funcional sino de un cambio de retribución.

definición del sistema de clasificación profesional en cuanto marco delimitador de la prestación laboral debida. Importancia que se revela atendiendo a los criterios establecidos legalmente para la elaboración del sistema de clasificación profesional por la negociación colectiva.

El pacto entre el trabajador y el empresario que da lugar a la clasificación subjetiva del trabajador, en efecto, debe enmarcarse en el Sistema de clasificación profesional pactado colectivamente conforme a los criterios previstos en los apartados 1 a 4 del art.22 ET.

El ET posibilita optar entre un modelo de clasificación profesional basado en la categoría profesional, uno basado en el grupo profesional y un modelo mixto en el que los grupos profesionales incluyan categorías profesionales. En cualquier caso, lo que interesa apuntar es la especial relevancia que estatutariamente se otorga a los factores relacionados con la profesionalidad del trabajador como criterios a tener en cuenta para confeccionar las tablas de clasificación profesional.

En efecto, la importancia de la profesionalidad del trabajador en el Sistema de clasificación profesional se revela, en la delimitación conceptual que el ET hace del grupo profesional y de las categorías equivalentes.

En primer lugar, en relación con el grupo profesional es de destacar que como elementos configuradores del mismo, junto con el contenido general de la prestación, aparecen tanto la titulación como las aptitudes profesionales del trabajador. No existe acuerdo doctrinal en torno a si estos elementos determinan que la equivalencia profesional sea el criterio de agrupación de las diversas categorías profesionales, funciones o especialidades profesionales que pueden integrar el grupo profesional. Las consecuencias jurídicas varían según la postura que se adopte

pues, como se verá *infra*, de ello dependerá en primer término el ámbito de actuación del poder de dirección del empresario en el marco de la movilidad funcional y, como consecuencia, el alcance de la prestación debida por el trabajador.

En segundo lugar, también las aptitudes profesionales del trabajador son determinantes de la relación de equivalencia entre categorías y, además, la formación profesional es considerada como mecanismo de adquisición de dicha aptitud profesional.

El art.22.3 ET al configurar las categorías equivalentes únicamente hace referencia a la aptitud profesional del trabajador. La falta de mención al contenido de la prestación laboral como presupuesto objetivo para la calificación de equivalencia también ha sido objeto de atención doctrinal pero en este caso parece existir unanimidad en requerir la concurrencia de ambos requisitos como presupuestos de equivalencia de categorías profesionales: aptitud del trabajador para realizar las funciones que las integran y equivalencia profesional entre dichas funciones.

(b) En segundo lugar, la prestación laboral, al ser el trabajo que debe realizar el trabajador como objeto de la relación jurídica laboral, no sólo queda conformada por las tareas que hayan sido convenidas por el empresario y trabajador en el momento de la contratación, sino también por aquellas otras que el empresario en virtud de su poder de dirección puede asignar al trabajador. Por tanto, resulta imprescindible hacer referencia al régimen de la movilidad funcional como medio de determinación de la prestación laboral debida.

El marco del ejercicio del poder de dirección del empresario está legalmente establecido en los arts.20 y 39.1 ET. Como ha

señalado la doctrina el empresario derivado de su poder de dirección puede variar las funciones que habitualmente desempeña el trabajador ejercitando sus facultades de especificación y asignarle otras en el marco de la movilidad funcional establecido en el art.39.1 ET.

Estas nuevas funciones, que por ser producto de un cambio funcional, no forman parte del contenido de la prestación laboral pactada, integran, no obstante, también, la prestación laboral debida⁴⁴⁵.

Determinar cuáles son estas funciones o tareas no es tarea fácil ni exenta de polémica, por ello, sin perjuicio de que *infra* al tratar específicamente la movilidad funcional se dé cuenta de las diversas opiniones doctrinales al respecto, interesa avanzar aquí la conclusión mayoritariamente defendida por la doctrina científica; ésta es, que únicamente integrarán la prestación laboral debida aquellas funciones o tareas que sean consideradas profesionalmente equivalentes a las pactadas o, si se quiere, a las que habitualmente desempeña el trabajador.

(c) En definitiva, se puede decir que la prestación laboral debida queda delimitada legalmente no sólo por el art.22 ET sino también por los arts.20 y 39.1 ET. De manera que finalmente incluirá:

En primer lugar, las funciones o tareas pactadas por el trabajador y el empresario conforme al art.22 ET y que por regla general serán las que de forma habitual desempeñe el trabajador.

VALDES DAL-RE las identifica como <<trabajo convenido>>⁴⁴⁶ y,

⁴⁴⁵ Señala VALDES DAL-RE que estas funciones, “aunque no forman parte propiamente del contenido pactado de la prestación laboral, pueden serle requeridas por el empresario al amparo de los poderes de dirección que le confiere el art.39 ET”. Cfr. VALDES DAL-RE, F., en “La movilidad funcional”, op. cit. pág.26.

⁴⁴⁶ Sobre el contenido de la prestación debida vid. VALDES DAL-RE, F., en “La movilidad funcional”, op. cit. págs.25 y 26.

a efectos aclaratorios me parece oportuno señalar que en adelante se hará referencia a ellas bajo esa denominación o como <<prestación laboral convenida>>, indistintamente.

En segundo lugar, la prestación laboral debida estará integrada también por aquellas otras tareas o funciones consideradas profesionalmente equivalentes y que, por tal motivo, el empresario puede asignar al trabajador en virtud de su poder de dirección ex arts.20 y 39 ET⁴⁴⁷.

La prestación laboral convenida es determinante de la cualificación profesional convenida.- El patrimonio profesional del trabajador reconocido en el momento de la contratación será aquél que exija la prestación laboral convenida⁴⁴⁸. Así ocurrirá, en efecto, salvo que el sistema de clasificación profesional aplicable imponga que la prestación laboral se determine en función de la profesionalidad del trabajador, esto es, que se equipare al trabajador a la categoría más ajustada al conjunto de sus competencias profesionales, lo que daría lugar a la llamada <<categoría subjetiva>> y que se traduciría en el derecho del trabajador a exigir la realización de trabajos correspondientes a las competencias profesionales que tiene.

Diversamente, el carácter convencional de las funciones a

⁴⁴⁷ Para RODRIGUEZ PIÑERO la expresión <<trabajo convenido>> presenta en el contexto de la ley un doble y diferente significado. Cabe hablar de un trabajo convenido <<in concreto>> referido a las tareas asignadas específicamente al trabajador en un momento concreto, generalmente a través de la asignación, más o menos permanente, de un determinado puesto de trabajo. También trabajo convenido incluiría todas las posibles y genéricas tareas que podrían ser asignadas <<regularmente>> al trabajador, las que constituyen la prestación genéricamente debida, entre las que puede <<elegir>> libremente el empleador dentro del ejercicio de su poder de dirección (trabajo convenido <<in abstracto>>). Hay veces que ambos coinciden pero puede no ser así, y que la intención de las partes al contratar incluya y permita la posibilidad, sin cambios o modificaciones del contrato mismo, de cambios de puestos de trabajo dentro del trabajo genéricamente convenido. Cfr. en “La movilidad del trabajo dentro de la empresa”, II Ciclo de mesas redondas sobre RR.LL., CEOE, Marzo, 1983, págs.7 a 55, cit. pág.19 y 20.

⁴⁴⁸ Vid. MONEREO PEREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N., en “Cambio tecnológico, cualificación y formación profesional” op.cit. pág.293 y 285, distinguiendo entre cualificación real útil o cualificación personal, la cualificación convencional y la cualificación objetiva.

desarrollar conduce a que, por regla general, al trabajador se le asigne una <<categoría convencional>> que sólo tendrá en cuenta la cualificación correspondiente a las exigencias del puesto de trabajo que va a desempeñar⁴⁴⁹. Esta cualificación que se identifica con la <<cualificación convencional o contractual>>⁴⁵⁰ podrá integrar todas o parte de las competencias profesionales que conforman el patrimonio profesional del trabajador, en cualquier caso, serán las requeridas por la <<categoría convencional>> que es la que, en definitiva, produce efectos jurídicos⁴⁵¹.

En efecto, como reiteradamente ha señalado la doctrina, la tutela de la profesionalidad del trabajador no alcanza a que al trabajador se le asignen funciones correspondientes a su profesionalidad⁴⁵². Como se ha llegado a decir, el trabajador “no tiene un derecho subjetivo a la cualificación profesional que pudiera amparar la facultad de pedir tareas correspondientes a sus capacidades profesionales actuales”⁴⁵³ y tampoco tiene “derecho a exigir el reconocimiento de una categoría superior a la contratada pese a poseer una categoría subjetiva superior a ésta”⁴⁵⁴, lo que indudablemente dificulta las posibilidades de desarrollar su carrera profesional.

⁴⁴⁹ En este sentido PALOMEQUE LOPEZ, M.C. en “Los supuestos base en los conflictos individuales de clasificación profesional”, RPS, núm.95, 1972, pág.87. Señala este autor que a efectos de determinar la clasificación del trabajador se tiene en cuenta la función real ejercida en cada instante por éste “con independencia de que ésta responda o no a la competencia teórica del mismo no tenida en cuenta al contratar”.

⁴⁵⁰ Cfr. MONEREO PEREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N., en “Cambio tecnológico, cualificación y formación profesional” op.cit. pág.

⁴⁵¹ Así lo apunta CRUZ VILLALON, J., en *La modificación de la prestación de trabajo*, op. cit. págs.50 y 51.

⁴⁵² Vid. MONEREO PEREZ, J.L. Y MORENO VIDA, M.N., en “Cambio tecnológico, cualificación y formación profesional” op. cit. pág.293

⁴⁵³ Cfr. CRUZ VILLALON, J.en *La modificación de la prestación de trabajo*, op. cit. págs.51 y 52.

⁴⁵⁴ Cfr. SALA FRANCO, T., en “Movilidad funcional”, op. cit.pág.42.

La profesionalidad del trabajador sólo se tiene en cuenta; como requisito de aptitud, primero para contratar, y, después para efectuar correctamente las funciones contratadas; y, si acaso, en el estadio precontractual⁴⁵⁵. En modo alguno el patrimonio profesional del trabajador vincula al empresario. Este sólo se halla sujeto por la parte del patrimonio profesional del trabajador reconocido en el momento de la contratación⁴⁵⁶.

Como reverso de la <<categoría convencional>> se ha dicho que el empresario no puede exigir al trabajador que realice tareas no pactadas aun cuando tenga cualificación para ello⁴⁵⁷. A mi juicio, así es salvo que, como habrá ocasión de ver, las nuevas funciones le sean impuestas fruto de una decisión modificativa empresarial adoptada unilateralmente por el empresario.

La cualificación profesional convenida.- Si como se dijo la cualificación profesional forma parte de la persona del trabajador, al ser la prestación de trabajo personalísima, el trabajador empeña esa parte de su profesionalidad en el cumplimiento de la prestación laboral.

Desde esta perspectiva, el trabajador y el empresario al suscribir el contrato de trabajo, no contratan sólo las funciones que integran el contenido de la prestación laboral, sino también

⁴⁵⁵ CRUZ VILLALON, J. señala que “ahora se considera la profesión personal como motivo subjetivo prenegocial que puede expresarse o no en el contrato en forma de cuál es la prestación debida, pero que sólo esta última, la categoría contractual, es la que produce efectos jurídicos”. Cfr. en *La modificación de la prestación de trabajo*, op. cit. pág.51

⁴⁵⁶ Cfr. VALLE MUÑOZ, F.A., en *La movilidad del trabajador en la empresa*, CES, Madrid, 1998, págs.41 y 42.

⁴⁵⁷ Cfr. SALA FRANCO, T., en “Movilidad Funcional”, op. cit. pág. 42. y VALLE MUÑOZ, F.A., en *La movilidad del trabajador en la empresa*, op.cit pág.43.

las competencias profesionales que posee el trabajador y que, como se ha visto, quedan limitadas a las que resultan necesarias para realizar las tareas convenidas.

Se puede decir en consecuencia que mediante la clasificación subjetiva del trabajador se determinará no sólo la prestación laboral convenida sino también una <<cualificación profesional convenida>>, indicativa de las competencias profesionales que el trabajador y el empresario contratan, y, que será la necesaria para que las funciones que integran la prestación laboral convenida se puedan realizar.

Importa diferenciar la cualificación profesional que aquí se identifica como <<cualificación profesional convenida>> de aquélla que como objeto de la relación jurídica laboral puedan pactar el trabajador y el empresario.

A estos efectos hay que precisar que las competencias profesionales que integran la <<cualificación profesional convenida>> forman parte del patrimonio profesional del trabajador con carácter previo a su contratación y que se contratan precisamente por ser presupuesto del cumplimiento de la prestación laboral y no como objeto de la relación obligatoria.

La cualificación profesional una vez contratada en función de la prestación laboral convenida se convierte, en efecto, en un presupuesto subjetivo del cumplimiento de la prestación laboral ya que como se apuntó, se puede identificar con la aptitud profesional que el trabajador precisa para efectuar de forma correcta las funciones contratadas.

Son diversas las cuestiones que surgen en torno a la cualificación establecida contractualmente alguna de las cuales, dada su conexión con el cumplimiento de la prestaciones

derivadas del contrato de trabajo serán planteadas *infra*.

Antes interesa apuntar las especialidades que la cualificación profesional convenida introduce en la situación jurídica del trabajador y del empresario como deudor y acreedor, respectivamente, de una prestación laboral cualificada en el marco de la relación jurídica laboral.

C. LA INCIDENCIA DE LA CUALIFICACION PROFESIONAL CONVENIDA EN LA SITUACION JURIDICA DE LOS SUJETOS DE LA RELACION JURIDICA LABORAL.

a) La cualificación profesional convenida como factor que particulariza la situación jurídica del trabajador como deudor de la prestación laboral.

Los deberes profesionales derivados de la cualificación profesional convenida como deberes jurídicos accesorios a la prestación laboral. Cuando el objeto de la relación obligatoria es un trabajo cualificado la situación jurídica del trabajador como deudor se particulariza en la medida en que la prestación laboral como obligación principal estará acompañada de una serie de deberes jurídicos específicos relativos a la profesionalidad del trabajador que las partes hayan contratado como cualificación convenida.

En efecto, cuando en el marco de una relación laboral pesa sobre el trabajador el deber de realizar una prestación cualificada, parece obvio que para poder ejecutar ésta regularmente, el trabajador tendrá que aplicar las competencias profesionales contratadas conforme a las exigencias técnicas y profesionales del puesto de trabajo o profesión.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, a efectos de la exacta ejecución de la prestación laboral, esas actividades, necesarias en la fase de cumplimiento de la prestación, deben estar precedidas de otras, también conectadas con la cualificación del trabajador que deben realizarse en las fases previas a la del cumplimiento, con la finalidad de preparar y conservar la cualificación exigida por la prestación laboral.

Estas serán las dirigidas principalmente a mantener el nivel profesional contratado, bien mediante la actualización y perfeccionando de las competencias ya adquiridas, o bien mediante la adquisición de competencias profesionales nuevas si fueran necesarias para ello.

Se puede decir, por tanto, que son diversos los deberes profesionales que integrarán la esfera de prestación del trabajador; desde el básico de mantener el nivel profesional comprometido, hasta el genérico de aplicar las competencias profesionales contratadas; se podrían incluir, el deber de adquirir nuevas competencias profesionales, los de actualizar y perfeccionar las que ya poseía y, en fin, aquéllos que deriven de las exigencias técnicas y profesionales del puesto de trabajo o de la profesión⁴⁵⁸ .

Tres consideraciones interesa hacer sobre estas obligaciones de carácter profesional que pesan sobre el trabajador y su conexión con la obligación básica de aquél consistente en realizar el trabajo convenido, principalmente a los efectos de

⁴⁵⁸ Entre los supuestos en los que la jurisprudencia conecta la falta de diligencia con la transgresión de la buena fe contractual GARCIA MURCIA recoge los “trabajos que deben realizarse con sujeción estricta a instrucciones, directrices o reglamentos provenientes del empleador o de otras fuentes reguladoras del contrato de trabajo”. En estos casos la falta de diligencia consistirá en “el desempeño del trabajo de forma irregular, defectuosa o al margen de las exigencias técnicas y profesionales del puesto de trabajo o de la profesión correspondiente”, cfr. GARCIA MURCIA, J., en “Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual (I y II)”, AL, núms.24 y 25, 1990, pág.287.

perfilar mejor su naturaleza jurídica.

En primer lugar, estos comportamientos del trabajador en la medida en que resulten necesarios para el exacto cumplimiento de la prestación laboral, se podrán considerar como deberes jurídicos accesorios al deber principal de realizar la prestación laboral.

En efecto, desde mi punto de vista, tanto en el deber del trabajador de desplegar sus competencias profesionales, como en el resto de deberes profesionales, se dan las notas que según DIEZ-PICAZO caracterizan los deberes jurídicos accesorios que integran la <<situación de deuda>> en el marco de una relación obligatoria⁴⁵⁹.

Por una parte, guardan estrecha relación con la prestación principal en la medida en que sirven de apoyo a ésta y la hacen idónea para el logro del fin a que se dirige.

Por otra parte, no poseen una finalidad independiente de la de la prestación principal que les pudiera caracterizar como prestaciones accesorias. Diversamente, no tienen sustantividad propia frente a la prestación laboral sino que su finalidad es hacer posible la máxima utilidad de ésta y no ampliarla o extenderla.

Estos deberes jurídicos del trabajador formarán parte esencial de la prestación laboral⁴⁶⁰ y, en este sentido, interesa apuntar que las competencias que debe aplicar el trabajador serán única y exclusivamente las que hayan sido contratadas es decir

⁴⁵⁹ Cfr. DIEZ-PICAZO, L. en *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Tomo II, op. cit. págs.117 a 121.

⁴⁶⁰ Sobre la relación del deber principal y deberes accesorios, vid. DIEZ-PICAZO, L., en *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Tomo II, op. cit. pág.119.

las que integran la <<cualificación convenida>>. Desde mi punto de vista aplicar competencias profesionales diversas a las contratadas no podrá entenderse como un deber jurídico que integra la prestación laboral convenida y tampoco como una prestación accesoria, salvo que como tal se hubiera establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria⁴⁶¹.

En este sentido hay que recordar la acertada opinión doctrinal de que el empresario no puede exigir al trabajador la realización de tareas no pactadas aun cuando tenga cualificación suficiente para ello. En lo que aquí interesa, tal exigencia supondría que al trabajador se le imponen unos deberes profesionales que exceden de los correspondientes a la prestación laboral convenida.

Sin perjuicio de lo anterior si entraría dentro de los deberes profesionales del trabajador adquirir nuevas competencias profesionales, pero desde mi punto de vista, sólo en el caso de que fueran precisas para mantener el nivel profesional contratado⁴⁶². El empresario no puede exigir al trabajador que adquiera nuevas competencias profesionales para superar dicho nivel, pues le estaría imponiendo un deber profesional cuya finalidad excedería con mucho a la de preparar y conservar la cualificación profesional convenida para el correcto cumplimiento

⁴⁶¹ Tendría como finalidad ampliar o extender la utilidad o rendimiento que la prestación principal debe proporcionar al empresario, sin embargo tengo mis dudas de que pueda considerarse con autonomía respecto de ésta y permitiera una exigibilidad separada. Sobre las prestaciones accesorias, vid. DIEZ-PICAZO, L., en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, op. cit. pág.315 y 316

⁴⁶² GONZALEZ ORTEGA al conceptuar la ineptitud mantiene que si el trabajador es inicialmente apto basta, a su juicio, “con el mantenimiento de la aptitud o del nivel del rendimiento primitivo para entender cumplida su obligación laboral en lo que hace a la cualidad de la misma”. Desde su punto de vista no puede exigirse al trabajador una progresión continua en su aptitud pues esto supondría “introducir en la obligación contractual del trabajador no sólo la de trabajar, sino la de trabajar más y mejor cada vez”. Cfr. en GONZALEZ ORTEGA, S., “Tribunal central de trabajo. Contrato de trabajo y otras materias: La ineptitud como causa de despido y su relación con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral”, op. cit. pág.209.

de la prestación laboral.

Desde mi punto de vista, el nivel profesional que el trabajador debe mantener es el que corresponda a la cualificación profesional que haya contratado, por tanto, vendrá determinado por la prestación laboral convenida y es ésta la que debe enmarcar las específicas obligaciones a cargo del trabajador de incrementar, actualizar y perfeccionar las competencias profesionales contratadas.

Como consecuencia de todo lo anterior se puede decir que en el marco de una relación laboral, cuando el objeto de la obligación del trabajador sea realizar un trabajo cualificado, pesan sobre éste diversas obligaciones profesionales dirigidas a asegurar el cumplimiento de la prestación laboral convenida. Deberes profesionales que dado su carácter accesorio, complementan y ensanchan el deber principal de prestación del trabajador⁴⁶³.

En segundo lugar, se trata de deberes profesionales que comportan unas específicas reglas de conducta, lo que en último término significa que modalizarán el comportamiento básico debido por el trabajador.

Precisamente el hecho de que el trabajo comprometido sea cualificado impone al trabajador un modelo de diligencia profesional⁴⁶⁴.

⁴⁶³ Sobre la relación entre el deber central y primario o deber de prestación y los deberes accesorios, vid. DIEZ-PICAZO, L. en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, op. cit. pág.119.

⁴⁶⁴ Doctrinalmente se entiende la diligencia como modo de la prestación debida por el trabajador e, interesa especialmente apuntar, por lo que aquí se está argumentando, que el deber de diligencia no se considera como un deber autónomo y con sustantividad propia. Como ha señalado MONTROYA MELGAR, “no existe un deber de trabajar, por un lado, y un deber de ser diligente, por otro, sino que la obligación del trabajador es, indisolublemente, la de trabajar con diligencia”, cfr. MONTROYA MELGAR, A., en “Artículo 20.- Dirección y control de la actividad laboral” en BORRAJO DACRUZ (Dir.) *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, EDERSA, Madrid, 1985, pág.108 y GARCIA MURCIA, J., en “Falta de diligencia y transgresión de

En efecto, los deberes profesionales se pueden considerar como pautas de comportamiento que vienen impuestas al trabajador como poseedor de unas competencias profesionales. Desde este punto de vista, al estar integrados en la obligación básica de trabajar lo que hacen en realidad es particularizar el modelo de conducta que debe observar el trabajador, no sólo al realizar el trabajo contratado, sino también en momentos anteriores al cumplimiento.

lo ha entendido VALDES DE LA VEGA al señalar que "la diligencia debida será aquella conectada con el empleo de la aptitud, cualificación o habilidad profesional que hayan sido tomadas en consideración en el momento de contratar, o en posteriores novaciones"⁴⁶⁵.

Es importante insistir en la idea de que aunque las reglas de diligencia tengan especial transcendencia en la fase de cumplimiento de la prestación laboral, la diligencia profesional es importante también en fases anteriores a él, ya que incide en deberes profesionales cuyo objeto son las actividades previas necesarias para la preparación de la prestación laboral precisamente por el hecho de ser ésta <<cualificada>>.

En tercer lugar, en cuanto obligaciones profesionales de hacer, su inobservancia tiene consecuencias jurídicas en el cumplimiento regular de la prestación.

La inobservancia de un deber accesorio, siguiendo a DIEZ-PICAZO, no origina un verdadero y propio incumplimiento, sino solamente un cumplimiento defectuoso -salvo, como es obvio, que

la buena fe contractual (I y II)", op. cit. pág.281.

⁴⁶⁵ Cfr. VALDES DE LA VEGA, B., en *La profesionalidad del trabajador en el contrato de trabajo*, op. cit. pág.156 y recogiendo esta opinión también vid. MIRON HERNANDEZ, M.M., en *El derecho a la formación profesional del trabajador*, op.cit. pág.260.

vaya acompañado de infracción del deber básico o principal-, sin embargo, como después se verá, la infracción del deber de aplicar las competencias profesionales, puede originar un incumplimiento definitivo de la obligación del trabajador⁴⁶⁶.

Facultades jurídicas del trabajador.- La situación de deuda del trabajador está formada además de por deberes jurídicos por facultades mediante las cuales, según DIEZ-PICAZO, se protegen los intereses del deudor.

En lo que aquí interesa, hay que señalar que el hecho de que el elemento cualificación se integre en la relación jurídica laboral no introduce variaciones respecto de las facultades que la ley reconoce al trabajador como titular del derecho a la formación profesional. Este derecho así como las facultades que lo integran se reconocen en el ET a todos los trabajadores con independencia de si la prestación laboral contratada es o no cualificada.

Legalmente no se tienen en cuenta las obligaciones formativas que como se ha visto integran la situación de deuda del trabajador. Desde esta perspectiva, a mi juicio, el tratamiento legal que recibe el trabajador como sujeto de una relación jurídica laboral cuyo objeto es una prestación laboral cualificada es inadecuado.

Las facultades legalmente establecidas para proteger la profesionalidad del trabajador, son de dos tipos.

Unas, tienen por finalidad que el trabajador progrese en su

⁴⁶⁶ En este sentido señala MONTOYA MELGAR que el trabajo prestado sin la debida diligencia “hace incurrir al trabajador no en el mero incumplimiento de su obligación de ser diligente, sino, más radicalmente, en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de su prestación laboral. El cumplimiento, para ser liberatorio, ha de ser diligente”. Cfr. MONTOYA MELGAR en “Artículo 20.- Dirección y control de la actividad laboral”, op. cit. pág.108.

profesionalidad, son las que el ET recoge en el art.23 del ET. Y, otras son las facultades que estatutariamente se reconocen al trabajador para evitar que su profesionalidad pueda verse perjudicada durante el desarrollo de la relación laboral.

A ambas se hará referencia *infra*. Pero, sin perjuicio de lo que después se dirá, es necesario apuntar desde ahora que las primeras son precisa y exclusivamente los instrumentos jurídico que el trabajador podrá utilizar para acceder a las actividades de formación continua necesarias para el cumplimiento de sus deberes profesionales, principalmente los de actualizar y adquirir nuevas competencias profesionales.

A través del art.23 ET se protege el interés profesional del trabajador facilitando que pueda compatibilizar la jornada laboral con el cumplimiento de sus obligaciones contractuales de formación.

b) La cualificación profesional convenida como factor que particulariza la situación jurídica del empresario como acreedor de la prestación laboral convenida.

La incidencia de la cualificación profesional convenida en la situación jurídica del empresario.- En el marco de la relación jurídica laboral la cualificación como cualidad de la prestación laboral incide en la situación jurídica del empresario como acreedor de la prestación laboral convenida.

Sin embargo, esta incidencia es escasa e incluso podría entenderse insuficiente si se tiene en cuenta, por una parte, que el trabajador es titular de los deberes profesionales apuntados *supra*, y, por otra, que legalmente al trabajador se le reconoce en la relación jurídica laboral el derecho a la formación

profesional, lo que en buena lógica debería presuponer un correlativo deber jurídico del empresario.

Como se verá a continuación no es el caso, a salvo -hay que matizar- de que exista una norma especial que así lo establezca - como lo hace la LPRL en materia de seguridad y salud laboral o la Ley 14/1994 para las empresas de trabajo temporal-. Estatutariamente no se recoge la obligación del empresario de garantizar la formación y actualización profesional continua de los trabajadores.

Sobre el grado de incidencia de la cualificación convenida en la situación jurídica del empresario hay que hacer varias consideraciones.

En primer lugar, la cualificación convenida se enmarca en el derecho de crédito del empresario en cuanto pasa a integrarse en la prestación laboral.

En efecto, en el ámbito de actuación del derecho del empresario estará la prestación laboral⁴⁶⁷ acompañada de la cualificación convenida y, en consecuencia, de los deberes profesionales que pesan sobre el trabajador y sobre los que el empresario también ejercerá sus poderes de dirección y organización.

La parte del patrimonio profesional que se ha identificado como la cualificación convenida, en la medida en que pertenece a la esfera de la persona del trabajador, una vez contratada queda subordinada al empresario en la misma medida en que lo está el trabajador y, por tanto, sujeta a su poder de dirección y, en particular, a su poder de especificación.

⁴⁶⁷ “Enmarcada en sus condiciones de identidad, género y cuantía, y las circunstancias del tiempo y de lugar en que la prestación debe ser obtenida”, cfr. DIEZ-PICAZO, L. en *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, pág.108

En segundo lugar, la facultad principal del empresario de exigir la prestación laboral alcanza a exigir no sólo el rendimiento convenido, sino también a que el trabajador, en cumplimiento de sus deberes profesionales, actúe con la diligencia profesional debida. El empresario, en efecto, estará facultado para exigir al trabajador el cumplimiento de los deberes profesionales pero hay que tener en cuenta que éstos, en tanto que deberes jurídicos sin autonomía ni sustantividad propia, carecerán de exigibilidad separada de la prestación laboral⁴⁶⁸.

Hay que tener en cuenta que la prestación laboral convenida no la conforman las funciones que el empresario puede asignar al trabajador en virtud de su poder de especificación, es decir, las funciones que integran el grupo profesional o las correspondientes a las categorías equivalentes a la asignada al trabajador, sino exclusivamente las funciones o tareas pactadas por el trabajador y empresario. Lo que en definitiva viene a significar que como se apuntó, el empresario no puede exigir al trabajador obligaciones profesionales que sobrepasen el marco de ésta.

En tercer lugar, no se impone al empresario obligación específica alguna a los efectos de que el trabajador cuente con la cualificación precisa para ejecutar la prestación laboral convenida.

La colaboración del empresario.- Pero qué duda cabe que la colaboración del empresario en el cumplimiento de los deberes

⁴⁶⁸

Vid. DIEZ-PICAZO, L. en *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, op. cit. pág.316.

profesionales que pesan sobre el trabajador será necesaria.

En efecto, en primer término es necesario que el empresario facilite al trabajador el ejercicio de las facultades que le reconoce el art.23 del ET para que éste pueda compatibilizar el tiempo de trabajo con las actividades de formación que deba realizar para completar o mejorar su formación profesional. En este caso, la colaboración empresarial se establece en el art.23 ET como un deber jurídico del empresario en la medida en que es exigible directamente por el trabajador.

En segundo término, aun cuando el ET no establezca una obligación formativa a cargo del empresario, es necesaria la colaboración de éste en la formación del trabajador cuando la misma sea precisa para el correcto cumplimiento de la prestación laboral pues el empresario es responsable civil directo de los perjuicios que una prestación laboral defectuosa por falta de cualificación del trabajador que la realiza pueda ocasionar a terceros ex art.1903 CC.⁴⁶⁹.

Desde este punto de vista la colaboración del empresario puede ser necesaria precisamente para evitar la ejecución irregular de la prestación laboral y con ello el posible perjuicio a terceros.

Producido el daño con ocasión del cumplimiento irregular o defectuoso de la prestación laboral, el carácter cuasi-objetivo de la responsabilidad empresarial⁴⁷⁰ hace difícil que el empresario pueda exonerarse por más que alegue y acredite su

⁴⁶⁹ Sobre responsabilidad civil de los empresarios, vid. DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A., en *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1992, págs. 626 y 627.

⁴⁷⁰ Vid. DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A., en *Sistema de Derecho Civil*, op. cit. pág.626 y entre la doctrina laboralista, ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pág.379, ALFONSO MELLADO, C.L. en *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994 y RAMIREZ MARTINEZ (Dir.), GARCIA ORTEGA, J., GOERLICH PESET, J.M., PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., RAMIREZ MARTINEZ, J.M. y SALA FRANCO, T., en *Curso de Derecho del Trabajo*, 10ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág.399.

colaboración en la formación del trabajador como conducta diligente observada para evitar el daño.

Ello no obsta para que la colaboración empresarial se puede contemplar como una carga jurídica en la medida en que será una conducta que el empresario deba desplegar para evitar los perjuicios derivados de que el trabajador por falta de cualificación no pueda ejecutar regularmente la prestación laboral. La observancia de dicho comportamiento, no es exigible por el trabajador pero no cabe duda que su inobservancia, es decir, la falta de colaboración del empresario en la cualificación del trabajador cuando sea necesaria, puede perjudicar la posición jurídica del propio empresario⁴⁷¹.

Por otra parte, frente a ciertas situaciones de cambio instadas unilateralmente por el empresario, la colaboración de éste también tendrá carácter necesario, tanto en la fase previa, como en la de la ejecución de la prestación laboral, a efectos de que su propio interés no se vea perjudicado.

Así ocurrirá, en efecto, cuando el empresario modifique unilateralmente el modo de realizar la prestación laboral y cuando la modificación unilateral afecte sustancialmente a las condiciones de trabajo o a las funciones convenidas como contenido de la prestación laboral.

Estatutariamente, tanto para el primer supuesto, identificable con el contemplado en el art.52,b) del ET como introducción de modificaciones técnicas en el puesto de trabajo, como en el segundo, establecidos en el art.41 como modificación sustancial de condiciones de trabajo y en el art.39 como movilidad funcional, también se establece el carácter necesario

⁴⁷¹ Vid. DIEZ-PICAZO, L. en *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, op. cit. págs.110 y 112

de la colaboración del empresario para que el trabajador pueda ejecutar regularmente la prestación laboral.

Hay que tener en cuenta que tampoco dicha colaboración se contempla como un deber jurídico del empresario, exigible directamente por el trabajador y cuya inobservancia daría lugar a las consecuencias propias del incumplimiento del acreedor ⁴⁷², sino como una carga en la medida en que será una conducta que el empresario debe desplegar a efectos de evitar el perjuicio que le puede suponer que la prestación laboral sea defectuosa o devenga imposible por falta de cualificación del trabajador que tiene que realizarla.

A mi juicio, de las previsiones estatutarias señaladas se puede deducir que, efectivamente, en ambos casos se trata de una carga de colaboración que pesa sobre el empresario desde el momento en que su inobservancia no se considera incumplimiento de las obligaciones de éste. Su inobservancia únicamente será relevante si trae como consecuencia un perjuicio para terceros o la imposibilidad sobrevenida de la prestación, ya que, en este caso, la imposibilidad no se podrá considerar imputable al trabajador, sino al empresario.

Al margen del deber y de la carga de colaboración establecidos en los supuestos apuntados, la esfera de crédito del empresario relativa a la cualificación del trabajador queda reducida a la obligación legal de mantenerle efectivamente ocupado y que esa una ocupación sea adecuada a su clasificación profesional -ex art.4.2,a) ET -.

En conclusión, la cualificación profesional una vez

⁴⁷² Vid. DIEZ-PICAZO, L. en *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, op. cit. págs.110 y 112

contratada se integra en la prestación laboral, pero no se convierte en objeto de singulares obligaciones contractuales del empresario y trabajador como, en opinión que comparto con CASAS BAAMONDE, sería deseable.

La cualificación convenida únicamente genera deberes jurídicos para el trabajador.

La obligación de mantener el nivel profesional contratado recae exclusivamente en el trabajador sin que sobre el empresario se imponga obligación alguna de proporcionar la formación necesaria para ello, a salvo, como vimos de que una norma especial así lo establezca.

Las obligaciones que tiene el empresario de mantener al trabajador efectiva y adecuadamente ocupado y de facilitarle el ejercicio de las facultades que le reconoce el art.23 del ET, las tiene frente a todos los trabajadores, tanto si la prestación laboral que debe realizar es cualificada, como si no lo es, por tanto no pueden considerarse <<obligaciones singulares>> derivadas de la cualificación profesional convenida.

Por ello hay que convenir con RODRIGUEZ-SAÑUDO que el derecho del trabajador a la formación profesional en el marco de la relación jurídica laboral no encuentra la correlativa obligación que cabría esperar del sujeto frente al que es exigible⁴⁷³.

D. LA CUALIFICACION EN LA EJECUCION DE LA PRESTACION LABORAL CONVENIDA.

El trabajador, en el cumplimiento de la prestación laboral, tiene la obligación de observar los deberes profesionales

⁴⁷³ Cfr. RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., en “Sobre el contenido del deber de formación profesional del empresario”, op. cit. pág.244 y 245.

vinculados a la cualificación convenida en la medida en que de no hacerlo así el cumplimiento de la prestación laboral puede verse perjudicado y con ello insatisfecho el interés del empresario.

En efecto, de su inobservancia puede derivar una prestación defectuosa por no ajustarse a la que establecieron las partes al contratar lo que supondría el incumplimiento de la obligación⁴⁷⁴.

Cuando el incumplimiento de la obligación deriva de la inobservancia de los deberes profesionales del trabajador, para determinar la responsabilidad contractual por incumplimiento hay que tener en cuenta que el origen del mismo se encuentra en la inobservancia de la regla de diligencia profesional y que por tanto sería imputable al trabajador.

Aunque en el ordenamiento laboral la diligencia se orienta principalmente a la obtención de un rendimiento debido⁴⁷⁵, de manera que si éste disminuye de forma voluntaria y continuada puede ser causa justificada de despido disciplinario -ex art.54 ET-⁴⁷⁶, hay que tener en cuenta que la diligencia también alude, como ha señalado GARCIA MURCIA, a "la conducta que se observa o ha de observarse en el desarrollo de una determinada actividad"⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ Sobre concepto de prestación defectuosa y los supuestos de insatisfacción del derecho de crédito, vid. DIEZ-PICAZO, L., en *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Tomo II, op. cit. pág.570 y 571.

⁴⁷⁵ Para MONTOYA MELGAR, "presupuesto imprescindible de la diligencia -pero que no debe confundirse con ella misma- es la aptitud, pericia o idoneidad del trabajador para realizar el trabajo convenido: si la aptitud deriva de la competencia profesional, la diligencia supone la atención orientada a la obtención del rendimiento debido", cfr. MONTOYA MELGAR, A., en *Derecho del Trabajo*, op. cit. pág.304.

⁴⁷⁶ Mediante la sanción por disminución del rendimiento se controla la obligación de diligencia, cfr. GARCIA MURCIA, J., en "Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual (I y II)", op. cit. pág.289.

⁴⁷⁷ Esta dimensión de la diligencia para GARCIA MURCIA presta más atención "al modo de realización del trabajo y al comportamiento profesional del trabajador que al resultado tangible de sus servicios" y adquiere relevancia especialmente en "trabajos en los que no es posible medir con criterios cuantitativos el rendimiento exigible" y en aquellos en los el "interés del empleador no se cifra exactamente en el resultado final, sino en que el trabajo se desarrolle de manera correcta y adecuada", cfr. GARCIA MURCIA, J., en "Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual (I y II)", op. cit. pág.289.

Así, tratándose de una prestación cualificada, la diligencia podrá estar conectada o no con el rendimiento debido pero, en cualquier caso, en la medida en que exija "una determinada conducta o comportamiento profesional en la prestación de servicios", su inobservancia habrá que considerarla como incumplimiento de los deberes profesionales que pesan sobre el trabajador para el cumplimiento correcto y adecuado de la prestación laboral. En definitiva, tan falta de diligencia es incumplir las reglas sobre el rendimiento como producto del trabajo, como incumplir las reglas relativas al <<modo de cumplimiento>> de la prestación laboral⁴⁷⁸ que aquí, por su conexión con la obligaciones profesionales, se vienen identificado como la diligencia profesional que debe observar el trabajador en el cumplimiento de una prestación laboral cualificada.

A igual conclusión se llega al partir de la cualificación como requisito de aptitud para realizar la prestación cualificada. En tal caso la disminución del nivel profesional contratado debida a la obsolescencia de sus conocimientos, a la pérdida (por desuso) de sus habilidades y/o a la falta de comprensión, puede repercutir en el cumplimiento de la prestación laboral, ya sea por impedir el cumplimiento exacto de la misma, ya, en último extremo, por constituir un supuesto de

Por ejemplo, esta dimensión de la diligencia tiene especial significación en las relaciones laborales especiales de artistas y deportistas profesionales, ya que, en ambos casos la diligencia debida no alude no tanto al resultado del trabajo cuanto a la manera de realizar el mismo. Vid. al respecto ROQUETA BUJ, R., en *El trabajo de los artistas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs.68 y 69 y en *El trabajo de los deportistas profesionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs.160 a 162.

⁴⁷⁸ Señala GARCIA MURCIA que hay trabajos en los que no siempre es posible medir el rendimiento con precisión y entre estos, por regla general, se encontrarán los caracterizados por su especial cualificación. Para este autor, la correcta realización de los mismos "depende no tanto de controles externos como de la adecuada disposición y actitud del trabajador". Cfr. en "Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual (I y II)", op. cit. pág.289.

imposibilidad sobrevenida de la prestación al generar la ineptitud del trabajador para realizar el trabajo que el empresario le encomiende en virtud de su poder de dirección.

Manifestada la descualificación del trabajador en el cumplimiento de la prestación laboral, la causa originaria de la misma tendrá especial relevancia desde la perspectiva de su imputabilidad y, una vez más, si la descualificación se produce por inobservancia de las reglas de diligencia profesional que imponían al trabajador mantener las competencias profesionales contratadas en un nivel profesional adecuado para el correcto cumplimiento de la prestación laboral convenida, el incumplimiento o imposibilidad de dicha prestación será a él imputable.

No puede ser otra la conclusión desde el momento que el trabajador tiene la obligación de mantener y actualizar las competencias profesionales contratadas, mientras que el empresario; de una parte, no tiene obligación alguna de proporcionar al trabajador la formación necesaria a esos efectos; y, de otra, la carga jurídica que pesa sobre él de colaborar en la formación del trabajador no determina que la imposibilidad sobrevenida de la prestación laboral convenida sea imputable al empresario.

Pero cabe preguntarse si esta conclusión, siendo válida en relación con la cualificación profesional vinculada a la prestación laboral convenida lo es también respecto de la cualificación profesional vinculada al resto de funciones que por integrar también la prestación laboral debida el empresario puede asignar al trabajador en virtud de su poder de dirección ex art.39.1 ET. E, incluso, respecto de las funciones extrañas a la

prestación laboral debida que el empresario pueda asignar al trabajador en virtud del <<ius variandi>> ex arts.39.2 y 39.5 ET.

La respuesta a esta cuestión depende del mayor o menor alcance de la profesionalidad del trabajador como límite a la movilidad funcional decidida unilateralmente por el empresario, lo que será objeto de atención *infra*.

III. LA FORMACION PROFESIONAL COMO INSTRUMENTO DE CUALIFICACION ANTE CAMBIOS EN EL PROGRAMA DE PRESTACION.

Punto de partida: La instrumentalidad como característica de la formación profesional.- La formación profesional entendida como proceso de adquisición de competencias profesionales es una medida de política activa de empleo que cumple dos funciones.

En primer lugar, mejora la capacidad de inserción y de reinserción de los trabajadores. Desde este punto de vista la formación es un instrumento <<para el empleo>> que posibilita, no sólo la adquisición de la capacidad profesional necesaria para realizar una actividad profesional, sino también un cambio de actividad profesional o tipo de empleo.

Como medida de reinserción -que es la que ahora interesa destacar-, la formación profesional cumple una función terapéutica al contribuir a paliar los efectos que la movilidad externa derivada de los procesos de reestructuración productiva produce en los trabajadores afectados.

En efecto, a través de la formación profesional los trabajadores desempleados adquirirán las competencias profesionales necesarias para reinsertarse en el mercado de

trabajo. Y principalmente, como se vio *supra*, es el Subsistema de Formación Profesional Ocupacional el que establece las vías y acciones formativas adecuadas a tal fin.

En segundo lugar, la formación profesional permite la adaptación de los trabajadores a la evolución y modificaciones que se produzcan en el programas de prestación en el marco de la relación jurídica laboral.

Desde este punto de vista la formación es un instrumento que <<en el empleo>> permite al trabajador adquirir las competencias profesionales necesarias para mantener su empleo ante situaciones de movilidad interna. Como mecanismo de adaptación cumple una función preventiva frente al desempleo, y, como se vio *supra*, a tal fin se encamina la oferta formativa del Subsistema de Formación Profesional Continua.

De lo apuntado se sigue que ante situaciones de movilidad, interna y externa, el trabajador adquirirá, mediante procesos de formación profesional, las competencias profesionales necesarias tanto para el mantenimiento de su empleo, como para defenderse frente al desempleo mejorando su capacidad de reinserción.

El ordenamiento jurídico, frente a las situaciones de movilidad interna concibe la profesionalidad del trabajador como un bien jurídico necesitado de tutela pero la contempla desde un punto de vista estático. A mi juicio, al adoptar esta perspectiva se limita a protegerla como medio de defensa del trabajador frente al desempleo, olvidando el trascendental papel que la formación profesional puede jugar como estrategia <<en el empleo>> para mejorar la profesionalidad del trabajador "ampliando la base de sus posibilidades de trabajo también dentro

de la empresa”⁴⁷⁹.

profesionalidad queda, en efecto, salvaguardada de los posibles perjuicios que la decisión empresarial pueda ocasionarle sin embargo no se impide con carácter absoluto, que estos se produzcan, como tampoco se establecen, en ningún caso, los medios necesarios para que el trabajador reciba la formación profesional que requiera, no sólo para su adaptación, sino también para evitar, en último término, la extinción de su contrato de trabajo y su sustitución por otro trabajador más cualificado.

La profesionalidad se impone como límite legal frente a ciertas situaciones de movilidad interna de los trabajadores instadas unilateralmente por el empresario lo que resulta coherente con la idea de que ante situaciones económicas desfavorables o de inevitables cambios técnicos, organizativos o de producción por las que atraviesa la empresa, la movilidad interna es una medida alternativa a la extinción de los contratos de trabajo⁴⁸⁰.

En efecto, puede considerarse que las medidas empresariales de movilidad interna protegen la estabilidad en el empleo evitando el despido del trabajador, pero en modo alguno garantizan su empleo ya que si la situación empresarial que justificó la decisión de cambio persiste, el trabajador puede verse afectado por una decisión extintiva empresarial. En tal caso, de no protegerse la profesionalidad del trabajador frente a la decisión modificativa empresarial se produciría un perjuicio

⁴⁷⁹ Cfr. RODRIGUEZ PIÑERO, M. en “Empleabilidad y acceso a la formación”, RL, núm.10, 2001, pág.5

⁴⁸⁰ Cfr. RODRIGUEZ PIÑERO, M. en “Empleabilidad y acceso a la formación”, op. cit. pág. 9.
Con la matización apuntada por RAMIREZ MARTINEZ, J.M., en “Flexibilidad interna: movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, ejemplar mecanografiado de la ponencia presentada en el VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 1996, pág.2. Señala este autor que “las medidas de flexibilidad interna no aparecen estrictamente como medidas alternativas al despido, puesto que las causas justificativas de una y otra flexibilidad son distintas”.

en el patrimonio profesional del trabajador que en último término significaría un grave perjuicio para la posición del trabajador como futuro demandante de empleo al disminuir sus posibilidades de reinserción.

En definitiva, resultaría incoherente que la pretendida protección de la estabilidad en el empleo mediante la movilidad interna terminara ocasionando la desprotección del trabajador frente a la movilidad externa al quedar reducidas las posibilidades de defensa que su profesionalidad le confiere frente al desempleo.

Por ello parece razonable desde la perspectiva apuntada que la profesionalidad se imponga como límite legal a la movilidad funcional del trabajador y, que también se impusiera frente a la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo, lo que no hace el Estatuto de los Trabajadores, como se verá *infra*, por irrazonable que pueda parecer desde el punto de vista apuntado.

También este motivo -aunque no único como indicaré *infra*-, me lleva a considerar incongruente el tratamiento que se da a la profesionalidad en el art.52,b) ET.

De operar la consecuencia jurídica prevista en este precepto, llegamos a la situación absurda en la que un trabajador despedido por inadaptación sin haber sido formado <<en el trabajo>> a través del Subsistema de Formación Profesional Continua, como demandante de empleo deba ser formado <<para el trabajo>> por el Subsistema de Formación Profesional Ocupacional.

Lo absurdo de la situación desde la perspectiva de la política de empleo, y más concretamente desde el Sistema de Formación Profesional, se trueca, desde la perspectiva jurídica laboral, en grave desprotección jurídica de la estabilidad en el empleo por falta de una adecuada protección de la profesionalidad

del trabajador.

A. LA FORMACION PROFESIONAL Y LA MOVILIDAD FUNCIONAL.

a) El régimen jurídico de la movilidad funcional.

Concepto.- La movilidad funcional se entiende como el cambio de las funciones que habitualmente presta el trabajador de acuerdo con la clasificación profesional efectuada en el momento de contratar⁴⁸¹.

El Ordenamiento Jurídico laboral concede al empresario la facultad de decidir unilateralmente la modificación de las funciones que viene desempeñando el trabajador.

Ahora bien, el empresario no tiene libertad absoluta a la hora de adoptar esa decisión modificativa, ya que su actuación se encuentra sometida a una serie de límites; unos genéricos, como son, el principio de la buena fe contractual ex arts.1258 CC. y 20.2 ET y el principio de no discriminación de las decisiones unilaterales del empresario ex arts.14 CE, 4.2.c) ET y 17.1 ET; y, otros específicos, fijados en la normativa reguladora de esta institución con el fin de que los intereses profesionales y económicos del trabajador afectado por la decisión empresarial queden también protegidos.

Supuestos de movilidad funcional.- Los límites y condiciones legales varían en función del tipo de movilidad

⁴⁸¹ Cfr. SALA FRANCO, T., en “Los puntos críticos del régimen jurídico de la clasificación profesional y de la movilidad funcional”, op. cit. pág.99.

funcional que decida el empresario, y ésta puede ser:

a) La movilidad funcional ordinaria: Producida dentro del grupo profesional contratado o, a falta de definición de grupos profesionales, dentro de las categorías profesionales equivalentes a la contratada, entendiéndose por tales, según el art.22.3 del ET aquellas categorías comprensivas de funciones para cuyo desempeño se requiere una aptitud similar⁴⁸². En efecto, para calificar dos categorías profesionales como equivalentes se requiere que la aptitud profesional necesarias para desempeñar las funciones propias de una permita desarrollar las prestaciones laborales básicas de la otra, previa la realización, si es necesario, de procesos simples de formación o adaptación.

Este cambio de funciones no está sujeto a límite causal⁴⁸³ y tampoco temporal, en consecuencia, puede ser tanto temporal como definitivo. Lo acuerda el empresario en virtud de su poder de dirección ex art.20 ET, y, por tanto, se produce sin rebasar los límites de la clasificación profesional ex art.39.1 ET.

De manera que el empresario, mediante la movilidad funcional ordinaria, puede asignar al trabajador unas funciones nuevas que serán distintas a las que realiza habitualmente, pero que no excederán de la prestación laboral debida, pues éstas funciones - <<nuevas>> respecto a las inicialmente pactadas-, son también parte integrante de la prestación laboral debida, como quedó apuntado *supra*.

El sentido del cambio sólo puede ser horizontal en la medida en que la equivalencia profesional opere como límite al

⁴⁸² Este es el concepto de movilidad funcional horizontal que da SALA FRANCO, T., en “La movilidad funcional”, op. cit. pág.71.

⁴⁸³ Señala SALA FRANCO que aunque esta movilidad funcional no sea, efectivamente causal, sin embargo, hay convenios colectivos que pueden exigir que razones organizativas, de producción, etc., justifiquen la decisión empresarial. Vid. SALA FRANCO, T., en “Los puntos críticos del régimen jurídico de la clasificación profesional y de la movilidad funcional”, op. cit. pág.101

poder de dirección empresarial. A esta cuestión, polémica entre la doctrina científica, se hará referencia *infra* en tanto que afecta a la profesionalidad del trabajador.

b) La movilidad funcional extraordinaria: Se produce cuando el empresario en virtud del "ius variandi" asigna al trabajador unas funciones nuevas que no integraban la prestación debida. Por tanto, como consecuencia del cambio el trabajador realizará funciones no correspondientes al grupo profesional contratado o, a falta de definición, a las categorías profesionales equivalentes a la contratada.

El sentido del cambio será en todo caso vertical y podrá ser tanto ascendente, cuando en virtud del cambio se pase a realizar funciones superiores a las contratadas, como descendente cuando las funciones nuevas sean inferiores a aquellas⁴⁸⁴.

En cualquier caso, a diferencia del cambio funcional ordinario, la modificación funcional extraordinaria en la medida en que supone una variación de la prestación laboral debida, por una parte, se considera una modificación funcional <<sustancial>> y, por otra, está limitada tanto causal como temporalmente por el art.39.2 ET.

c) La movilidad funcional excepcional: Será un cambio de funciones no incluido en los supuestos anteriores. La modificación funcional no está sujeta a límite temporal pero sí a límite causal y procedimental.

El art.39.5 ET se ocupa de esta modalidad señalando la forma en que se deberá realizar el cambio de funciones que exceda de los límites señalados en el art.39 ET. Una de las vías puede ser

⁴⁸⁴ Cfr. SALA FRANCO, T., en "La movilidad funcional", op. cit. pág.70 y también en "Los puntos críticos del régimen jurídico de la clasificación profesional y de la movilidad funcional", op. cit. pág.103.

la decisión unilateral del empresario siguiendo el procedimiento previsto en el art.41 ET y otra vía la pactada, individual o colectivamente⁴⁸⁵.

b) La tutela legal de la profesionalidad del trabajador frente a la movilidad funcional.

El empresario, en virtud de su poder de dirección, puede modificar las funciones del trabajador dentro del marco de actuación establecido en el art.39.1 ET -grupo profesional o categorías equivalentes-.

El ámbito en el que se desenvuelve el poder de dirección empresarial es la prestación laboral debida ex art.20.1 ET. En virtud del mismo el empresario puede variar las funciones que habitualmente desempeña el trabajador ejercitando sus facultades de especificación y asignarle cualesquiera otras de las que integran la prestación laboral debida con los únicos límites de la titulación requerida para desempeñarlas, la dignidad y la formación y promoción profesional del trabajador⁴⁸⁶.

El Estatuto de los Trabajadores, en efecto, al regular la movilidad funcional en el art.39, tutela la profesionalidad del trabajador pero lo hace, como a continuación se verá,

⁴⁸⁵ La polivalencia profesional entendida como realización de funciones propias de dos o más categorías, grupos o niveles retributivos, será un supuesto de movilidad funcional impuesta por el empresario cuando el trabajador sea movilizad para desempeñar funciones correspondientes a otros grupos o categorías profesionales distintos de los contratados sin dejar de desempeñar las propias de su categoría o grupo, produciéndose así acumulación de funciones intergrupales o intercategoriales, es decir, la polivalencia funcional.

En consecuencia como apunta SALA FRANCO, aunque la ley no lo prevea, la polivalencia profesional es un supuesto más de movilidad funcional, que puede ser horizontal o vertical, y dentro de ésta, ascendente, descendente o mixta. En consecuencia, el art.39 del ET será de aplicación a estos supuestos. Se trataría en todo caso de una movilidad funcional parcial frente a la movilidad funcional total de los supuestos anteriores. Cfr. en "La movilidad funcional", págs.71 a 78.

⁴⁸⁶ Vid. en este sentido DE SOTO RIOJA, S., en "El contenido de la prestación laboral", op.cit. págs.184 y 185.

predominantemente desde una perspectiva estática; impone las titulaciones académicas y profesionales precisas para ejercer la prestación laboral (**a'**), establece la equivalencia profesional como límite a la movilidad funcional (**b'**) y exige que el cambio no menoscabe la dignidad del trabajador y no perjudique su formación y promoción profesional (**c'**).

Sólo residualmente se incide en la vertiente dinámica de la profesionalidad al impedir en el art.39 que el empresario pueda alegar como causa de extinción del contrato de trabajo la ineptitud del trabajador sobrevenida a consecuencia del cambio funcional o la falta de adaptación del trabajador a las circunstancias derivadas del mismo (**d'**).

a') Las titulaciones académicas y profesionales precisas para ejercer la prestación laboral como límites a la movilidad funcional.

El art.39.1 ET establece como límite a la movilidad funcional "las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral".

Cuando la titulación es exigida para realizar una prestación laboral, de igual forma que como se vio *supra*, en el momento de la contratación, se impone como límite a las partes para pactar aquella como objeto de la relación jurídica laboral, durante el desarrollo de la relación laboral la titulación también limita la facultad del empresario de modificar las funciones que debe realizar el trabajador en la medida en que impide que se le asignen aquellas para las que el trabajador no cuente con la titulación precisa para realizarlas⁴⁸⁷.

⁴⁸⁷

En este sentido, SALA FRANCO, T. en "La movilidad funcional", op. cit. pág.41

El art.39 ET en este sentido <<recuerda>> que ni aun como producto de una modificación funcional decidida unilateralmente por el empresario el trabajador podrá realizar una prestación laboral cuando no tenga la titulación necesaria para ello. La titulación opera como límite al cambio de funciones cualquiera que sea el origen del mismo; poder de dirección, "ius variandi" ex art.39.2 ET o art.41 ET, pacto individual o pacto colectivo.

Pero, aunque el art.39.1 ET no lo especifique, no todos los títulos académicos o profesionales operan como límite legal a la movilidad funcional, sino exclusivamente aquéllos que una norma imperativa exija de modo específico para el ejercicio profesional de las nuevas funciones que se quiera asignar al trabajador⁴⁸⁸. Existen, en efecto, actividades laborales cuyo ejercicio está sometido a la previa obtención de un título profesional por ser <<profesiones tituladas>>. Se trata de actividades cuyo ejercicio reviste especial dificultad y complejidad y encierra una indiscutible responsabilidad. Por ello, para efectuar las funciones propias de las mismas se precisan unos conocimientos específicos que son establecidos legal o reglamentariamente con carácter general. El título oficial acredita la adquisición de dichos conocimientos mediante la superación de las enseñanzas, cursos y pruebas establecidas, también legal y reglamentariamente, a tal fin. Los poderes públicos, en atención al "bien general de la sociedad y al orden público de la misma" imponen el título oficial para el ejercicio de las <<profesiones tituladas>> como medio de evitar los múltiples perjuicios y riesgos que ocasionaría para todos que dichas actividades fueran

⁴⁸⁸ Hay que entender por título el medio de acreditar la posesión de los conocimientos correspondientes a cada nivel, ciclo o especialidad educativa. Y, en lo que aquí interesa, dentro de estos están, los correspondientes a las enseñanzas profesionales regladas, esto es, los títulos profesionales de Técnico y Técnico Superior que acreditan las competencias adquiridas a través de la formación profesional específica de grado medio y de grado superior. A ellos hay que añadir los certificados de profesionalidad de una ocupación que acreditan las competencias adquiridas mediante la formación profesional ocupacional.

ejercitadas sin los conocimientos necesarios para ello⁴⁸⁹. Para el TS, en tales casos el título oficial será necesario para realizar *“válida y lícitamente las actividades y funciones propias de la profesión”*⁴⁹⁰.

Cuando una norma legal prohíba el ejercicio profesional sin la debida titulación el TS reiteradamente ha señalado que *“la exigencia de título puede constituir no sólo requisito inexcusable para la realización de una actividad profesional -en cuyo caso sólo se puede adquirir la categoría si se ostenta la titulación requerida- sino también impedimento para que puedan realizarse, aun accidentalmente, las funciones correspondientes en cuanto la norma imperativa prohíbe el ejercicio profesional sin la debida titulación y su violación puede ocasionar infracciones de otro orden”*⁴⁹¹. Doctrina jurisprudencial que sería perfectamente aplicable también en el supuesto de que reglamentariamente se exigiera autorización administrativa o habilitación para el ejercicio profesional⁴⁹².

⁴⁸⁹ Vid. en este sentido SALA FRANCO, T., en *“Movilidad funcional”*, op. cit. pág.41.

Interesa destacar por su claridad expositiva la sentencia del TS dictada en u.d. de 25 de Marzo de 1994 A/2638. En ella se recoge el concepto de título oficial y el fundamento de su imposición como requisito para ejercitar la profesión, distinguiendo los supuestos en que se exige legal o reglamentariamente de aquellos otros en los que su exigencia deriva exclusivamente del convenio colectivo (F.J.3).

⁴⁹⁰ Cfr. STS de 21 de junio de 2000 A/5963 (F.J.3).

⁴⁹¹ Cfr. entre otras, SSTS en u.d. de 26 de Octubre de 1999 A/8408 (F.J.3), de 8 Febrero de 2000, A/1742 (F.J.3) y 17 de Mayo de 2000 A/4636 (F.J.2).

⁴⁹² Como señala SALA FRANCO junto a los títulos académicos y profesionales *“habría que situar seguramente por analogía a aquellos permisos o licencias exigidos por la legislación para desempeñar una determinada función. Casos típicos serían los permisos de conducción o las licencias de los guardas jurados”*. Cfr. en *“La movilidad funcional”*, op. cit. pág.41.

También favorable a una interpretación amplia de la exigencia de titulación impuesta legalmente, vid. RODRIGUEZ PASTOR, G. en *Movilidad funcional y negociación colectiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág.79.

Si como señala el TS la titulación requerida, legal o reglamentariamente, impide que el trabajador ejerza la profesión ni aun accidentalmente, no cabe duda que limita la facultad modificativa empresarial. Y, si a pesar de la prohibición del art.39.1 ET el empresario encomendara funciones de categoría profesional superior a un trabajador que no tenga la titulación exigida legalmente o reglamentariamente para ello, es también criterio jurisprudencial que el trabajador no podrá adquirir la categoría profesional correspondiente y tampoco tendrá derecho a percibir las diferencias retributivas cuando haya desempeñado temporalmente las tareas para las que se exige titulación. Lo cual supone que la titulación es un límite a la promoción profesional y económica del trabajador.

Cabría cuestionar si en tal caso no se estaría ante una decisión modificativa empresarial ilícita a la que fuera aplicable el art.9 ET y, en virtud de esta disposición estatutaria, reconocer al trabajador el derecho a la remuneración de las tareas efectivamente realizadas, lo contrario, como se ha dicho puede suponer un enriquecimiento sin causa del empresario⁴⁹³.

No es ésta, sin embargo, la postura que mantiene el TS⁴⁹⁴. Como ya se ha apuntado para este tribunal el título también es requisito ineludible para percibir las diferencias retributivas por desempeño de funciones propias de una categoría que exige una

⁴⁹³ Vid. en este sentido GARATE CASTRO, J., en “La movilidad funcional. (En torno al artículo 39)” en El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después. REDT, núm.100, 2000, pág. 844.

⁴⁹⁴ Vid. STS 30 de Marzo 1992, A/1887 (F.J.6), de 25 de Marzo de 1994 A/2638 (F.J.3) y de 4 de junio de 2001 A/5464.(F.J.2 y 3).

En esta última el título del que carecían las demandantes era el de maestra con especialidad en educación infantil requerido por la LOGSE y el RD 1004/1991 para impartir enseñanza en Escuelas o Centros de Enseñanza de educación infantil .Esta sentencia resuelve un recurso de casación para u.d. interpuesto contra la sentencia dictada por el TSJ de Castilla- La Mancha (6 de Julio de 2000) en la que se desestimaba un recurso de suplicación interpuesto contra la SJS de Albacete en la que se reconocía a las demandantes el derecho a percibir las diferencias retributivas. Es de tener en cuenta que la sentencia de contraste fue la del TS de 12 de Febrero de 1997 A/1261.

titulación específica habilitante⁴⁹⁵.

En segundo lugar, hay que plantear si el convenio colectivo puede establecer un título académico o profesional como límite a la movilidad funcional cuando legal o reglamentariamente no se requiera para ejercitar la actividad laboral. Al responder a esta cuestión es necesario recordar que, como se dijo *supra*, el requisito de la titulación para el ejercicio de la actividad laboral afecta al derecho a la libre elección de profesión u oficio reconocido en la Constitución en la medida en que impide que trabajadores que no tengan dicha titulación puedan ejercitar la profesión. Por este motivo se mantiene que sólo pueda operar como límite a la movilidad funcional cuando existan razones de orden público que lo justifiquen, en consecuencia, únicamente cuando lo establezcan los poderes públicos con competencias para ello, mediante una norma legal o reglamentaria.

Sin embargo, de la doctrina del TS se desprende que la <<titulación convencional>>, es decir, la exigida por el convenio colectivo cuando no la impone una disposición legal o reglamentaria, puede operar como límite a la movilidad funcional definitiva.

El convenio colectivo puede establecer la exigencia de una determinada titulación como requisito para realizar las funciones de una categoría profesional a pesar de que tal exigencia no esté

⁴⁹⁵ Interesa apuntar que el TS, en las sentencias de 30 de Marzo 1992, A/1887 (F.J.6) y; de 17 de Mayo de 1997 A/4099 (F.J.3), justifica la mayor retribución de las funciones cuyo ejercicio requiere el título, “no sólo en el dato objetivo de la importancia o jerarquía laboral que revisten sino, también, en el dato subjetivo que representa el despliegue de un período formativo susceptible de capacitar para el legal ejercicio de tales actividades de superior categoría profesional”. Este argumento conduce al TS a denegar al trabajador el derecho a percibir la retribución correspondiente a esas funciones aunque se hayan desempeñado, si no tiene título para ello. En este sentido parece que a juicio del TS se retribuye la formación lo que desde mi punto de vista tendría sentido si, como hubo ocasión de comentar *supra*, las funciones que se realizan son las mismas y la diferencia de retribución estuviera establecida convencionalmente en función de la titulación.

establecida legalmente. En tal caso señala el TS que "el título no constituye elemento legal necesario para ejercitar una actividad laboral, sino que su imposición por convenio colectivo tiene el designio de mantener el nivel cultural y técnico que resulte más adecuado para una actividad profesional determinada"⁴⁹⁶.

La <<titulación convencional>> exigida por el convenio colectivo opera como límite a la reclasificación definitiva del trabajador en dicha categoría profesional.

A juicio del TS, en efecto, el trabajador no podrá reclamar el ascenso aunque venga desarrollando las funciones propias de dicha categoría profesional durante el período de tiempo establecido en el art.39.4 ET, pues a ello obsta el convenio colectivo al exigir estar en posesión de una determinada titulación.

No obstante, sí se reconoce al trabajador el derecho a percibir las diferencias retributivas por desempeño de tareas de categoría superior en la medida en que el trabajador, aun careciendo de la titulación convencional exigida por el convenio colectivo, realiza dichas funciones válida y lícitamente⁴⁹⁷ y el art.39.4 ET le habilita para reclamar la diferencia retributiva entre la categoría propia y la efectivamente desempeñada.

Criterio jurisprudencial, por tanto, diferente al que, como se apuntó *supra*, mantiene el TS cuando el trabajador carece de

⁴⁹⁶ Cfr. SSTTS u.d. de 7 de Marzo de 1994 A/2211 (F.J.6), de 25 de Marzo de 1994 A/2638 (F.J.3), de 27 de Diciembre de 1994 A/10710 (F.J.3), "Si bien las normas de carácter convencional impiden el reconocimiento de categoría superior, no deben privar al trabajador que ejercita <<válidamente>> dichas funciones, por encima de su categoría, de la percepción de las retribuciones correspondientes a la misma". En igual sentido las de 26 de Octubre de 1999 A/8408 (F.J.3), 8 de Febrero de 2000 A/1742 (F.J.3), de 17 de Mayo de 2000 A/4636 (F.J.2) y de 21 Junio de 2000 A/5963 (F.J.3).

⁴⁹⁷ Así se ha pronunciado el TS en las sentencias referenciadas en nota anterior. Hay que tener en cuenta sin embargo que no siempre ha sido éste el criterio mantenido por el TS en u.d., y como muestra sirvan las SSTTS de 23 de Diciembre de 1994 A/10501 (F.J.2 y 3) y de 17 de Mayo de 1997 A/4099 (F.J.3).

la titulación legal o reglamentariamente impuesta para el ejercicio profesional.

En definitiva, aun cuando el convenio colectivo establezca la titulación académica o profesional como exigencia para realizar las funciones de una categoría profesional, el empresario puede asignar temporalmente dichas funciones a un trabajador que carezca de la titulación requerida convencionalmente. En tal caso el trabajador tiene derecho a percibir las diferencias retributivas por desempeño de tareas de categoría superior -ex art.39.4 ET-, pero no a reclamar el ascenso cuando el convenio colectivo establece la titulación como requisito para ello -ex art.39.4 ET-.

De la doctrina jurisprudencial apuntada se desprende que el hecho de que el convenio colectivo establezca la <<titulación convencional>> como límite a la movilidad funcional ascendente definitiva no significa que aquella igualmente opere como límite a la movilidad funcional ascendente temporal.

En efecto, el empresario puede designar para realizar funciones de categoría superior a trabajadores a los que no correspondería el ascenso por no tener la titulación que de conformidad con el convenio colectivo requiere la categoría profesional de destino. Esta situación se puede producir cuando convencionalmente la titulación no opere como límite a la movilidad funcional ascendente pero sí se establezca como requisito para el ascenso a esa categoría.

La unificación de criterios convencionales en torno a la titulación me parece necesaria como medio de evitar posibles lesiones del derecho a la promoción profesional de los trabajadores.

En primer lugar, es razonable que para consolidar la reclasificación definitiva a categoría superior se impongan las reglas de promoción establecidas en los convenios colectivos, en la medida en que el interés colectivo de los trabajadores con derecho al ascenso debe ser respetado.

En segundo lugar, el desempeño temporal de funciones de categoría superior hace surgir ex art.39.4 ET el derecho subjetivo al ascenso o a la cobertura de la vacante correspondiente. Diversamente, si el trabajador no tiene la titulación que el convenio colectivo requiere para ello, carece de tal derecho. De manera que si se permite al empresario asignar funciones de categoría superior a un trabajador que no reúne los requisitos necesarios para reclamar el ascenso o la cobertura de la vacante puede resultar, en último término, una lesión del derecho a la promoción profesional de los trabajadores que sí reúnen tales requisitos para ascender en la medida en que se les veda la vía de promoción prevista en el art.39.4 ET.

Por ello creo que deben unificarse los criterios convencionales en torno a la titulación como requisito para la movilidad funcional ascendente temporal y la definitiva o ascenso, lo que último término, viene a significar que comparto con VALDES DAL-RE la idea de que el empresario sólo debería poder asignar funciones de categoría superior a los trabajadores que cumplan los requisitos establecidos por el convenio colectivo para ascender⁴⁹⁸.

Dicho lo anterior, habrá que plantearse la conveniencia -que no la licitud, pues ni el art.39.1 ET ni el art.24.1 ET obstan a ello- de que la titulación puede operar como límite de la

⁴⁹⁸ Cfr. VALDES DAL-RE, F., en "La ruptura del principio de correspondencia función-categoría por ejercicio del *ius variandi* empresarial", RPS, núm.103, 1974, pág.36.

movilidad funcional temporal y definitiva.

El TS, como se ha visto, ampara que el convenio colectivo establezca la <<titulación convencional>> como criterio para el ascenso, no obstante, deja sin resolver la cuestión de si el convenio colectivo puede o no limitar la movilidad funcional temporal exigiendo un título para realizar una actividad profesional cuando éste no esté impuesto legalmente⁴⁹⁹, es decir, impedir que se ejerzan tales funciones "aun accidentalmente".

Si como tuve ocasión de apuntar *supra* mantener este criterio en relación con el ascenso, a mi juicio, supondría desproteger la profesionalidad del trabajador, con mayor motivo me lo parece en relación con la movilidad funcional temporal.

El art.24.1E recoge unos criterios que como <<mínimos>> deberán tener en cuenta los convenios colectivos al establecer las reglas de promoción. Interesa señalar que la titulación no aparece entre los mismos mientras que en el citado precepto sí se hace mención expresa a la formación del trabajador. Una y otra, como resulta obvio, no son lo mismo en lo que se refiere al bagaje profesional del trabajador tenido en cuenta a efectos de promoción. El criterio de la titulación es más restrictivo que el de la formación en cuanto dificulta que las competencias profesionales de complicada acreditación puedan ser tenidas en cuenta para la promoción del trabajador. Así puede ocurrir con las competencias adquiridas mediante mecanismos no formales de formación o la experiencia laboral. La realización del trabajo es uno de los mecanismos de adquisición de competencias profesionales que tiene el trabajador y, por tanto, la realización de tareas distintas de las inicialmente contratadas puede resultar un mecanismo de formación en el trabajo idóneo

⁴⁹⁹ El TS no se pronuncia sobre esta cuestión en las resoluciones apuntadas. Los procesos versaban sobre clasificación profesional o reclamación de cantidad y no sobre movilidad funcional.

para que el trabajador incremente su profesionalidad adquiriendo la experiencia necesaria para su posterior promoción profesional.

Por este motivo desde mi punto de vista hay que cuestionar la conveniencia de que el título académico o profesional, cuando no se exija legal o reglamentariamente, sea impuesto convencionalmente como criterio de ascenso o límite a la movilidad funcional. En ambos casos pone trabas a la progresión funcional del trabajador y por tanto colisiona con el derecho a la promoción a través del trabajo reconocido en el art.35.1 CE y recogido en el art.4.2,f) ET.

Me parece oportuno traer a colación dos previsiones contenidas en la Ley orgánica 5/2002 de las Cualificaciones y de la Formación Profesional relativas al reconocimiento y acreditación de las competencias profesionales, pues en ellas se hace referencia a otras formas de acreditación formal de las competencias profesionales de los trabajadores distintas a los títulos académicos y profesionales.

En primer término, el art.3 entre los fines del Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación profesional recoge el de <<evaluar y acreditar oficialmente la cualificación profesional cualquiera que hubiera sido la forma de su adquisición>>.

En segundo término, específicamente en relación con el reconocimiento y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de <<la experiencia laboral o de vías no formales de formación>>. El art.8.3, partiendo de que las competencias adquiridas a través de estas vías de formación pueden no completar las cualificaciones recogidas en algún título de formación profesional o certificado de profesionalidad, establece que en tal caso, las competencias profesionales se

reconocerán mediante <<una acreditación parcial acumulable con la finalidad, en su caso, de completar la formación conducente a la obtención del correspondiente título o certificado>>.

b') La equivalencia profesional como límite a la movilidad funcional.

El art.39.1 ET enmarca la modificación funcional que se identificó *supra* como movilidad funcional ordinaria, en el grupo profesional o categorías equivalentes. De lo que se sigue que este precepto determina en parte el contenido de la prestación laboral debida⁵⁰⁰ pues de él se deduce que ésta integrará también las funciones del grupo profesional y de las categorías profesionales equivalentes.

Interesa determinar qué se entiende por grupo profesional y categoría equivalente a los efectos del art.39.1 ET, es decir, como ámbitos de ejercicio de la movilidad funcional ordinaria, y, derivado de ello, el alcance de la prestación debida por el trabajador como límite al poder de dirección del empresario.

1) La movilidad funcional dentro del grupo profesional.

Cuando el sistema de clasificación profesional se articula sobre grupos profesionales la doctrina mantiene opiniones diversas en relación con lo que se entiende por grupo profesional a los efectos del art.39.1 ET, y, como consecuencia de ello, diferentes criterios en torno al alcance de la prestación debida

⁵⁰⁰ Vid. CRUZ VILLALON, J., en *La modificación de la prestación de trabajo*, op.cit.pág.52 y DE SOTO RIOJA, S., en “El contenido de la prestación laboral”, op. pág.187

por el trabajador como límite al poder de dirección del empresario.

El debate doctrinal en primer término se centra en determinar si el grupo profesional puede agrupar categorías de distinto nivel o debe limitarse a integrar categorías equivalentes. De la solución alcanzada dependerá que el marco de la movilidad funcional ordinaria sea más o menos extenso y como consecuencia más o menos amplio el contenido de la prestación debida por el trabajador.

El ET cuando establece los criterios de definición del grupo profesional en el art.22.2 permite agrupar en el mismo <<diversas categorías profesionales>>. No menciona la equivalencia profesional como elemento o criterio de agrupación, aunque si establece como criterios ordenadores del contenido del grupo profesional las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación.

La notoria ambigüedad del precepto ha dado lugar a una interpretación doctrinal favorable a que el grupo profesional pueda integrar categorías profesionales diversas, equivalentes o no, ordenadas jerárquicamente. RIVERO LAMAS defiende ésta interpretación y sostiene la posibilidad de que la movilidad funcional dentro del grupo pueda ser no sólo horizontal sino también vertical -ascendente y descendente- sin con ello traspasar el límite del art.39.1 ET⁵⁰¹. Conforme a esta interpretación la prestación laboral debida por el trabajador integraría todas las funciones correspondientes al grupo profesional en el que estuviera integrado el trabajador, tanto las profesionalmente equivalentes a las que habitualmente

⁵⁰¹ Cfr. RIVERO LAMAS, J., en "La movilidad funcional en la empresa en la Ley 11/1994", op. cit. pág.709

realiza, como aquellas que no siéndolo, pertenezcan también al grupo profesional.

Para otro sector doctrinal, sin embargo, la agrupación de categorías profesionales en un grupo profesional debe realizarse aplicando el criterio de la equivalencia profesional establecido en el art.22.3 ET.

Esta interpretación, como se verá, al introducir el límite de la equivalencia profesional en la delimitación de la prestación debida por el trabajador arroja un resultado más ventajoso para los intereses profesionales del trabajador al restringir el ámbito de actuación del poder de dirección del empresario.

Mantiene esta postura CAMPS RUIZ considerando que es la noción de equivalencia que acoge el art.22.3 ET el criterio de agrupación de categorías dentro del grupo profesional. Criterio que a juicio de este autor no se refiere al rango o nivel de las categorías profesionales que integran el grupo sino a las "aptitudes profesionales necesarias para el desempeño de las funciones propias de cada una de ellas". En consecuencia dentro del grupo puede haber categorías profesionales que siendo equivalentes tengan distinto rango o nivel, superior o inferior, en relación con la categoría inicialmente asignada al trabajador.

El cambio de funciones ordenado por el empresario dentro del grupo puede ser tanto horizontal como vertical -ascendente o descendente-, en cualquier caso, se tratará de un supuesto de movilidad funcional ordinaria por estar circunscrita al grupo profesional ex art.39.1 ET y entre categorías profesionales equivalentes aun cuando sean de distinto nivel⁵⁰².

⁵⁰² Cfr. CAMPS RUIZ, L.M., en *La modificación de las condiciones de trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 16, 17 y 23 a 25.

También considera ROMAN DE LA TORRE que las funciones que integran el grupo quedan "cohesionadas bajo una relación de equivalencia profesional". Los criterios que establece el art.22 ET para la agrupación de funciones, especialidades o categorías dentro del grupo -titulaciones, contenido general de las prestaciones y aptitudes profesionales del trabajador-, conlleva, a su juicio que las tareas que integran el grupo tengan un "mismo perfil profesional, tanto en su aspecto objetivo, respecto del contenido de las funciones, como en el subjetivo respecto de la capacidad profesional del trabajador para realizarlas". Para esta autora las funciones que integran el grupo pertenecen al mismo nivel profesional⁵⁰³.

Para VALDES DAL-RE también la equivalencia profesional "es el elemento que dota de sustantividad diferenciadora al grupo profesional en el sistema de organización del trabajo" y actúa como "medida para el ejercicio de la movilidad funcional". Para este autor, el grupo profesional quedará integrado por un conjunto de tareas o cometidos profesionalmente equivalentes o con un <<mismo perfil profesional>> tanto en sentido objetivo, de descripción del contenido funcional, como en sentido subjetivo, de definición de la capacidad profesional del trabajador para

Apunta este autor que los límites establecidos en el art.39.3 ET son de aplicación al cambio de funciones dentro del grupo. Al operar la equivalencia profesional como límite a la movilidad dentro del grupo difícilmente se producirá un perjuicio a la formación profesional del trabajador pero sí puede ser especialmente significativa la dignidad del trabajador en los supuestos de movilidad funcional a categoría equivalente inferior.

El TSJ de Aragón, en sentencia de 15 de Julio de 1998 A/2754, resuelve un supuesto en el que el cambio, circunscrito al grupo profesional, se produce a una categoría equivalente pero de nivel inferior. La sentencia considera infringido el art.39.1 ET en la medida en que se ha producido contraviniendo los límites del art.39.3 ET al desplazarse a la trabajadora a un puesto de trabajo ajeno a las actividades informáticas que de forma habitual venía realizando y para las que contaba con una especialización profesional adquirida mediante diversos cursos de formación (F.J.2).

⁵⁰³ Cfr. en ROMAN DE LA TORRE, M.D., en "Clasificación profesional y movilidad funcional", (VALDÉS DAL-RE, Dir.) *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pág.172.

ejecutarlas”⁵⁰⁴.

Desde la posición que mantienen estos autores, a mi juicio puede derivarse una misma conclusión en cuanto a cuál es el alcance de la prestación debida por el trabajador, y, es que estará constituida por las funciones que habitualmente realiza el trabajador así como por aquellas otras equivalentes a ellas que le pueden ser asignadas por el empresario por formar parte del grupo profesional al que está equiparado.

A igual conclusión se llega si el criterio de la equivalencia profesional se aplica no al conformar el grupo profesional, sino como límite de la movilidad funcional ordinaria. En efecto, VALLE MUÑOZ considera que el grupo profesional es una agrupación de categorías de diverso nivel algunas de las cuales serán equivalentes entre sí y otras no.

Para este autor la movilidad funcional ordinaria se producirá dentro del grupo profesional pero exclusivamente entre las categorías que resulten equivalentes. Por tanto, la movilidad funcional ordinaria será horizontal; ejercitada dentro del grupo y entre categorías equivalentes⁵⁰⁵.

Si el cambio se produce dentro del grupo profesional pero a categoría profesional no equivalente, el sentido del cambio podrá ser ascendente o descendente, en cualquier caso como señala CRUZ VILLALON se habrá sobrepasado el art.39.1 ET y se estará en el supuesto de movilidad funcional del art.39.2 ET⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ Cfr. VALDES DAL-RE, F., en “La movilidad funcional”, op. cit. pág.29.

⁵⁰⁵ Cfr. VALLE MUÑOZ, F.A., en *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*, op. cit. pág.168 y 169.

⁵⁰⁶ Cfr. CRUZ VILLALON, J., en “El artículo 39 ET” en (MONEREO PÉREZ, Dir.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Ed. Comares, Granada, 1998, pág.478.

Como resultante de esta interpretación doctrinal la prestación debida estará integrada por las funciones que habitualmente presta el trabajador y por todas aquellas que integrando el grupo profesional sean equivalentes profesionalmente con ellas.

Son escasos los pronunciamientos judiciales que aportan criterios de interpretación del art.39.1 ET en relación con el art.22.2 ET. Por ello como criterio orientador hay que tener en cuenta las consideraciones hechas por MARTINEZ GARRIDO⁵⁰⁷.

Considera este autor que si la conformación de los grupos se ha hecho correctamente, es decir siguiendo el criterio establecido en el art.22 ET, aquel integrará de <<manera automática>> categorías equivalentes. En caso contrario la facultad modificativa empresarial estará sometida a la concurrencia acumulativa de dos requisitos: Circunscribirse al grupo profesional y dentro de éste, realizarse exclusivamente entre categorías profesionales equivalentes. Se acoge, por tanto, el criterio doctrinal y jurisprudencial sobre la movilidad funcional dentro del grupo profesional sentado con la regulación anterior en virtud del cual se exigía la equivalencia de funciones entre el antiguo y el nuevo puesto de trabajo⁵⁰⁸.

En efecto, el concepto de equivalencia profesional fue acuñado por la jurisprudencia al delimitar el alcance de la movilidad funcional ordinaria en la regulación estatutaria

⁵⁰⁷ Cfr. MARTINEZ GARRIDO, L.R., en “La nueva movilidad funcional”, AL, núm.38, 1994, págs.595 y 596.

⁵⁰⁸ En favor de la equivalencia entre las funciones habituales y las que se pretenden asignar al trabajador se manifestaba SALA FRANCO, matizando que “sólo cuando el trabajo exigido <<difiera sustancialmente del habitual y sea susceptible de causar perjuicios potenciales al trabajador >> será considerado como ajeno a la esfera de las variaciones unilaterales lícitas del empresario”, cfr. en SALA FRANCO, T., “Movilidad funcional”, op. cit. pág.45 y 46.

anterior a la reforma de 1994⁵⁰⁹.

El TS señaló que la movilidad funcional estaba sujeta al límite de la pertenencia al grupo profesional y dentro de éste se exigía que el cambio se produjera entre funciones equivalentes o que tuvieran el mismo nivel dentro del grupo⁵¹⁰. Así la equivalencia profesional se incorporó como criterio de delimitación de la movilidad funcional ordinaria, y, garantizó que los cambios sólo se produjeran en sentido horizontal como medio de proteger la profesionalidad del trabajador⁵¹¹.

En este sentido se ha pronunciado, ya con la actual regulación, el TSJ de Baleares en sentencia de 26 de Junio de 1995. Considera este tribunal que el legislador en el actual art.39.1 ET establece la movilidad entre categorías profesionales equivalentes de manera que en la actualidad se mantiene la exigencia de ambos requisitos: dentro del grupo profesional y a categoría profesional equivalente⁵¹².

Desde mi punto de vista, la equivalencia profesional debe operar, efectivamente, como límite a la movilidad funcional decidida por el empresario en virtud de su poder de dirección, cualquiera que sea la opción elegida para la clasificación profesional -grupos profesionales, categorías profesionales o un

⁵⁰⁹ Vid. DE SOTO RIOJA, S., en “El contenido de la prestación laboral”, op. cit. págs.193 y 194, VALLE MUÑOZ, F.A., en *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*, op.cit. págs.162 y 163.

⁵¹⁰ Cfr. STS de 21 de Marzo de 1989 A/1905 (F.J.4), STS de 25 de Julio de 1990 A/6479 (F.J.3) y STS de 16 de Enero de 1991 A/52 en la que se señala que “*los límites de la facultad empresarial ordinaria de cambiar de puesto de trabajo a un trabajador a su servicio, con fundamento en el art.39 ET, son el respeto a sus derechos económicos, el no desbordamiento del ámbito del <<grupo profesional>>, y la equivalencia de funciones o categoría entre el antiguo y el nuevo puesto de trabajo*” (F.J.4).

⁵¹¹ Así lo apunta DE SOTO RIOJA, S., en “El contenido de la prestación laboral”, op. cit. pág.162.

⁵¹² Cfr. STS de Baleares de 26 de Junio de 1995 A/2262 (F.J.4). Me parece un dato de interés que en esta resolución judicial se hace referencia expresa al trabajo doctrinal de MARTINEZ GARRIDO antes citado.

sistema mixto-.

No parece razonable que la ley establezca diversos límites al poder de dirección empresarial dependiendo del sistema de clasificación elegido, y, que, como resultado de ello, la equivalencia profesional sea límite al cambio entre categorías equivalentes pero no lo sea cuando implica a categoría intragrupal.

Por otra parte, aunque desde luego hay que reconocer que el art.22.3 ET no lo establece expresamente, los criterios ordenadores del contenido del grupo profesional ahí establecidos -aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación- desde mi punto de vista parecen abogar en favor de la equivalencia entre las diversas categorías o funciones que lo integren.

Por ello convengo con CRUZ VILLALON que desde el art.39.1 ET se presume que el grupo integra categorías equivalentes y que por tanto los cambios que se producen dentro del mismo respetan el criterio de la equivalencia⁵¹³. Desde este punto de vista resultaría una redundancia que el citado precepto mencionara la equivalencia también en relación con las categorías profesionales o funciones integrantes del grupo profesional.

Lo anterior no obsta a que si efectuado el cambio quedara acreditado que, aún dentro del grupo, se produce entre categorías no equivalentes, entonces la modificación funcional se situaría en el marco de la movilidad funcional extraordinaria del art.39.2 ET, sometido, consiguientemente, a las limitaciones temporales y

⁵¹³ Cfr. CRUZ VILLALON, J., en "El art.39 ET", op. cit. pág. 478.

Sobre este particular interesa apuntar que el TSJ de Madrid en sentencia de 30 de junio de 1999 A/3070 señala que "el citado art.22 en la modificación sufrida en la Ley núm.11/1994 sobre reforma laboral, rompió el viejo esquema de categorías profesionales cerradas con un contenido específico y lo cambió por el de *grupo profesional* que comprende todos los empleados de una rama industrial y en la que todos pueden llevar a cabo las tareas del grupo, excepto las que requieran titulación académica".

causales allí establecidas⁵¹⁴.

Por otra parte, traspasar el ámbito de la equivalencia profesional supone que al trabajador se le puedan asignar funciones nuevas que al no ser profesionalmente equivalentes con las que venía realizando, bien requieran un nivel de aptitud profesional que no tenga el trabajador y que tampoco pueda adquirir mediante <<procesos simples de formación>>, o bien operando en sentido inverso, conlleven la descualificación del trabajador. Hay que tener en cuenta que estos cambios funcionales realizados en el marco del art. 39.1 ET no están sujetos a límite temporal ni causal y que por tanto pueden ser permanentes. Por tanto, seguramente, en el primer caso, la decisión empresarial supondría la imposibilidad subjetiva del objeto de la relación jurídica laboral. En ambos supuestos, no cabe duda, además de un perjuicio grave para su formación profesional se menoscabará la dignidad del trabajador.

Por tanto, teniendo en cuenta los límites establecidos en el art.39.3 ET, que después se verán más detalladamente, difícilmente la movilidad funcional ordinaria que traspase el límite de la equivalencia profesional sería lícita.

Por otra parte, no me parece que por el hecho de que la equivalencia profesional limite la movilidad funcional ordinaria, el límite de la formación profesional establecido en el art.39.3 sea una redundancia⁵¹⁵. En primer lugar, porque no hay que descartar los supuestos en los que el cambio, aún producido dentro del grupo profesional y entre categorías equivalentes, perjudique la formación profesional del trabajador. En segundo

⁵¹⁴ Vid. en este sentido CRUZ VILLALÓN, J., en “El art.39 ET”, op. cit. pág. 478.

⁵¹⁵ Así parece que lo considera CRUZ VILLALON, J., en “El art.39 ET”, op. cit. pág. 483.

lugar, porque si la noción de equivalencia profesional, como parece desprenderse del art.22.3 ET, descansa exclusivamente en el criterio subjetivo de la aptitud profesional, los límites del art.39.3 ET y especialmente la formación y promoción profesional del trabajador, como después se verá, van a resultar imprescindibles para garantizar la protección de la profesionalidad frente al poder de dirección del empresario.

Considero que, en efecto, los límites del art.39.3 ET deben operar de forma acumulativa con la equivalencia profesional al enmarcar la movilidad funcional dentro del grupo profesional⁵¹⁶.

En este sentido interesa traer a colación la STSJ de Aragón de 15 de Julio de 1998 en la que aplicando ya el art.39 ET reformado señala que la facultad empresarial que el precepto recoge -en la sentencia se denomina <<ius variandi>> empresarial-, está sujeta a los límites establecidos en el mismo precepto cuando dispone que se efectuará <<sin menoscabo de la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación profesional>>. Por tanto, la modificación de funciones dentro del grupo y entre categorías equivalentes sólo sería posible cuando se respeten aquellos límites⁵¹⁷.

En base a las consideraciones anteriores entiendo que la equivalencia profesional opera como límite de la movilidad funcional ordinaria y que por consiguiente el grupo profesional sólo delimitará el marco de actuación del poder de dirección del empresario, y, como corolario la prestación debida por el

⁵¹⁶ Apunta CAMPS RUIZ que al operar la equivalencia profesional como límite a la movilidad dentro del grupo difícilmente se producirá un perjuicio a la formación profesional del trabajador pero si puede ser especialmente significativa la dignidad del trabajador en los supuestos de movilidad funcional a categoría equivalente inferior. Cfr. en *La modificación de las condiciones de trabajo*, op.cit. pág. 25.

⁵¹⁷ Vid. STS Aragón de 15 de Julio de 1998 A/2754 (F.J.2). Sobre este pronunciamiento judicial se volverá después para cuestionar el juicio de equivalencia entre categorías profesionales que hace.

trabajador, en la medida en que integre categorías equivalentes⁵¹⁸.

Como resulta de lo anterior la prestación debida integrará las funciones concretas que el trabajador y empresario convienen en el momento de la contratación y que el trabajador realiza de forma habitual y aquellas otras que por ser equivalentes profesionalmente con ellas el empresario puede asignar al trabajador en virtud de su poder de dirección. Estas funciones corresponderán al grupo profesional al que fue equiparado el trabajador o bien a una categoría profesional equivalente a la que ostenta el trabajador, como se verá a continuación.

2) La movilidad funcional entre categorías profesionales equivalentes.

Con la Ley 11/1994 se introduce en el ET, art.22.3, la noción de categoría equivalente.

Sobre la misma hay que hacer algunas consideraciones dada su especial significación en relación con la profesionalidad del trabajador.

En primer término, el elemento en torno al que gira este concepto legal es, indudablemente, la aptitud profesional. La relación de equivalencia se dará cuando dos categorías profesionales requieran una aptitud profesional similar⁵¹⁹.

Como resultado del concepto de equivalencia que incorpora por el art.22.3 ET, al trabajador se le podrán asignar las funciones correspondientes a otras categorías profesionales

⁵¹⁸ En este sentido ROMAN DE LA TORRE, M.D., en "Clasificación profesional y movilidad funcional", op. cit. pág.172 y VALLE MUÑOZ, F.A., en *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*, op. cit. pág.168

⁵¹⁹ Vid. CAMPS RUIZ, L.M., en *La modificación de las condiciones de trabajo*, op. cit. pág.17.

cuando tenga capacidad profesional para realizar, cuanto menos, las funciones básicas de las mismas e incluso cuando no teniéndola pueda adquirirla mediante <<procesos simples de formación o adaptación>>. Como resultado de lo anterior la prestación laboral debida por el trabajador se amplía enormemente y, consecuentemente también lo hace, en la misma medida, el marco de ejercicio del poder de especificación del empresario. Pero qué duda cabe que a este resultado lleva el criticado concepto legal de categoría equivalente que da el art.22.3 ET⁵²⁰, en la medida en que, por lo que ahora interesa, sólo se toman en consideración "los rasgos subjetivos de capacitación profesional, y se elude la identidad profesional de las actividades"⁵²¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, en segundo término, cabe plantear si para que dos categorías sean equivalentes además de la aptitud profesional del trabajador para realizarlas no se requiere también que exista similitud profesional entre las funciones que las integran como presupuesto objetivo de la equivalencia entre categorías profesionales.

Así lo ha entendido la doctrina⁵²² y desde mi punto de vista, en efecto, aun cuando el art.22.3 ET expresamente no lo señale tal exigencia puede derivarse del art.39.3 ET⁵²³.

⁵²⁰ Vid. en este sentido crítico SALA FRANCO, T, en "Los puntos críticos del régimen jurídico de la clasificación profesional y de la movilidad funcional", op. cit. págs.100 y 101.

⁵²¹ Cfr. VALDES DE LA VEGA, B. en *La profesionalidad del trabajador en el contrato de trabajo*, op. cit. pág.205. También en este sentido, VALLE MUÑOZ, F.A., en *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*, op. cit. pág.94 y 95.

⁵²² Vid. DE SOTO RIOJA, S., en "El contenido de la prestación laboral", op. cit. pág.197, RIVERO LAMAS, J., en "La movilidad funcional en la empresa en la Ley 11/1994" VALLE MUÑOZ, F.A. en *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*, op. cit. pág.96. MARTINEZ ABASCAL, V.A., en *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit. pág.122 y 123 MIRON HERNANDEZ, M.M., en *El derecho a la formación profesional del trabajador*, op. cit. pág.191.

⁵²³ Vid. en este sentido DE SOTO RIOJA, S., en "El contenido de la prestación laboral", op. cit. pág.197.

Los derechos profesionales del trabajador establecidos en el art.39.3 ET como límites a la movilidad funcional ordinaria adquieren especial relevancia en la medida en que determinan que el requisito objetivo apuntado juegue como presupuesto para la calificación de dos categorías profesionales como equivalentes.

En efecto, el necesario respeto a la dignidad, formación y promoción profesional del trabajador que impone el art.39.3 ET va a impedir que puedan asignarse al trabajador tareas de contenido profesional diferente a las que de forma habitual venía realizando.

Como ha señalado RIVERO LAMAS, el medio para garantizar los derechos profesionales del trabajador, es que el cambio de funciones respete la especialidad profesional habitual del trabajador, esto es, el contenido general del trabajo que venía realizando⁵²⁴.

En consecuencia, aun cuando el art.22.3 ET al dar el concepto de categorías equivalentes no haga referencia al criterio objetivo para determinarlas, la equivalencia debe estar referida no sólo a la aptitud profesional del trabajador, sino también a las funciones que las integran. La existencia de identidad profesional entre ellas es presupuesto objetivo de la equivalencia profesional en virtud del art.39.3 ET.

Y, para resaltar aún más si cabe la importancia que tienen los derechos profesionales del art.39.3 ET como garantes de la profesionalidad del trabajador frente a la movilidad funcional entre categorías equivalentes, precisamente cuando la ley no determina plenamente dicho marco funcional, sirva un breve

⁵²⁴ Cfr. RIVERO LAMAS, J., en "La movilidad funcional en la empresa en la Ley 11/1994", op. cit. pág.711.

comentario a la STSJ de Aragón de 15 de Julio de 1998⁵²⁵.

Esta sentencia resuelve un supuesto en el que el cambio se realizó dentro del grupo profesional y en virtud del mismo la trabajadora pasó a realizar funciones de inferior categoría (auxiliar administrativo) que la que poseía (oficial administrativo), *"presentando ambas -a juicio del tribunal- la equivalencia precisa (art.39.1 en relación con el art.22.3 ET)"*.

Hay dos consideraciones que me parece importante hacer en relación con este pronunciamiento.

En primer lugar, llama la atención que el tribunal considere equivalentes las categorías profesionales implicadas en el cambio cuando, como se recoge literalmente en el fundamento jurídico 2º de la sentencia, a consecuencia del mismo la trabajadora pasa a un *"puesto de trabajo ajeno a las actividades informáticas que desde el comienzo de su actividad laboral en la empresa había realizado y para las que contaba con una especialización profesional adquirida mediante la realización de distintos y sucesivos cursos"*.

Parece que se procede a la calificación de equivalencia teniendo en cuenta exclusivamente la aptitud de la trabajadora para desempeñar las tareas de la categoría inferior y se prescinde de tomar en consideración el tipo de tareas que de forma habitual venía realizando así como de su especialidad profesional, a efectos de compararlas con las correspondientes a la categoría de destino.

En segundo lugar, la sentencia pese a considerar que las categorías eran equivalentes, estima infringido el art.39.1 ET en la medida en que el cambio se ha producido contraviniendo los límites del art.39.3 ET.

⁵²⁵

STSJ de Aragón de 15 de Julio de 1998, A/2754 (F.I.2)

En consecuencia, y esto es lo que se trataba de resaltar, todo parece indicar que la decisión modificativa empresarial se hubiera considerado lícita de no operar los límites del art.39.3 ET. Por ello, como antes apunté, estos límites, en último término, resultan esenciales como medio de tutela de la profesionalidad del trabajador frente a interpretaciones inadecuadas del concepto de equivalencia entre categorías que admitieran, como en el caso de autos, que el cambio funcional se realizara con referencia exclusiva a la aptitud del trabajador y, por tanto, prescindiendo de tomar en consideración las funciones a realizar por el trabajador en la categoría de destino.

3) La aptitud profesional como criterio subjetivo de equivalencia.

Apuntada la necesaria concurrencia del presupuesto objetivo para la calificación de equivalencia es necesario hacer algunas consideraciones en torno a la configuración legal de la aptitud profesional como criterio subjetivo de equivalencia **(a)** y en tanto que la formación profesional aparece en el art.22.3 ET como medio de adquirirla **(b)**.

(a) En primer lugar, no aclara el art.39.1 ET qué aptitud profesional opera como límite al poder de dirección del empresario; si la aptitud objetivamente requerida por la categoría de destino; o, si la aptitud profesional del concreto trabajador afectado por el cambio funcional⁵²⁶.

⁵²⁶ La <<aptitud profesional>> es uno de los múltiples conceptos jurídicos indeterminados que como ha criticado SALA FRANCO aparecen en la definición legal del art.22.3 ET y que como se dice requerirá de una interpretación judicial caso por caso. Cfr. en SALA FRANCO, T, en “Los puntos críticos del régimen jurídico de la

Desde mi punto de vista el empresario no puede cambiar al trabajador a una categoría profesional que aún calificada como equivalente a la que esté equiparada, requiera una capacidad profesional que el trabajador no tenga. Lo impedirían la dignidad, formación y promoción profesional del trabajador como límites a la movilidad funcional entre categorías equivalentes ex art.39.3 ET. Por tanto, se puede entender que la aptitud profesional del concreto trabajador afectado por el cambio es el límite al poder de dirección del empresario y no la aptitud objetivamente requerida por la categoría de destino.

En segundo lugar, del art.22.3 ET parece deducirse que si el trabajador carece de la aptitud profesional necesaria para realizar las prestaciones básicas de la categoría de destino deberá adquirirla previamente al cambio funcional. En tal caso, cabe preguntarse si la necesaria formación profesional o adaptación del trabajador es una carga u obligación jurídica que el ordenamiento laboral impone al empresario o bien es una obligación que pesa sobre el trabajador.

Si se afirma la idea expuesta en el considerando anterior, es decir, que la aptitud profesional del trabajador afectado por el cambio limita la movilidad funcional entre categorías equivalentes, me parece lógico afirmar que la formación o la adaptación del trabajador resultan ser necesarias para que se vea satisfecho el interés del empresario de cambiar de categoría profesional al trabajador aun cuando el cambio sea entre categorías calificadas objetivamente como equivalentes.

PEDRAJAS MORENO considera que la formación o adaptación del trabajador no es, una obligación empresarial. No obstante apunta este autor la posibilidad de que el empresario tenga el "deber de coadyuvar a que el ajuste se produzca sin fricciones"⁵²⁷.

Desde mi punto de vista, sin embargo, aun cuando la colaboración del empresario sea necesaria en la fase previa a la modificación efectiva de las funciones para que el trabajador reúna la aptitud profesional necesaria para que el cambio pueda producirse, no me parece que dicha colaboración se configure como un deber jurídico incardinado a la protección de la profesionalidad del trabajador, pues ello significaría que el trabajador pueda exigir el cumplimiento efectivo de la obligación empresarial, Y, no parece que esto sea exactamente así pues producido el cambio, el trabajador, si no reúne el requisito de aptitud profesional para desarrollar las nuevas funciones, podría pretender que la decisión empresarial se declare nula, pero difícilmente prosperará una pretensión dirigida a exigir del empresario una colaboración que vaya más allá de la impuesta por el art.23 ET.

A mi juicio, más que como deber de colaboración, el empresario debe facilitar al trabajador los medios de formación y adaptación que sean necesarios; primero, para que el cambio sea lícito; y, segundo, para el correcto cumplimiento de las nuevas funciones, porque de no hacerlo así su propio interés se verá perjudicado.

Considero que sobre el empresario no pesa, por tanto, un deber de colaboración sino una carga jurídica cuya inobservancia conllevará un perjuicio para los intereses empresariales, que se

⁵²⁷ Cfr. PEDRAJAS MORENO, A., en "Formación y derechos individuales", AL, núm.27, 1999, op. cit. pág.511.

constata:

Primero, en que la modificación funcional pueda considerarse ilícita como ordinaria por mor de la ineptitud profesional del trabajador y también ilícita como movilidad funcional extraordinaria por infracción de los límites profesionales del art.39.3 ET que, como se verá después, rigen también para el "ius variandi" empresarial.

Segundo, en que de producirse el cambio funcional no será posible alegar la ineptitud o la falta de adaptación del trabajador como causas de extinción del contrato ex art.52 ET.

Ésta prohibición legal, establecida en el art.39.3 ET como límite a la movilidad funcional entre categorías equivalentes, impide considerar que la prestación defectuosa, que pudiera derivarse de la falta de aptitud profesional del trabajador para realizar las nuevas funciones producto del cambio, tenga su origen en un incumplimiento del trabajador⁵²⁸. Diversamente, de la previsión normativa apuntada parece desprenderse que la ineptitud o falta de adaptación del trabajador derivadas del cambio de funciones no son imputables al trabajador y sí lo son al empresario.

En efecto, el empresario podría acudir a la vía del art.52 ET para extinguir el contrato de trabajo por estas causas. Pero esta posibilidad, por imperativo del art.39.3 ET, ha quedado expresamente prohibida cuando la ineptitud o falta de adaptación derivan de la movilidad funcional.

Y por último, no hay que olvidar que la posición jurídica del empresario puede verse perjudicada también si, en la fase de ejecución de la prestación laboral se producen daños a terceros como consecuencia de la falta de aptitud del trabajador para

⁵²⁸ Vid. en este sentido VALDES DE LA VEGA, B., en *La profesionalidad del trabajador en el contrato de trabajo*, op. cit. pág.206.

realizar las nuevas funciones,

(b) En otro orden de cosas, la aptitud profesional requerida para desempeñar las prestaciones básicas de la categoría de destino debe ser de nivel similar a la que se requiere para realizar las prestaciones de la categoría de origen. Así se deriva de que tal aptitud pueda adquirirse mediante <<procesos simples de formación o adaptación>>.

La norma, sin embargo, no aclara a qué tipo de procesos de aprendizaje se refiere.

Desde mi punto de vista, la simplicidad como nota que caracteriza el proceso de aprendizaje viene impuesta por los presupuestos objetivo y subjetivo de equivalencia profesional y en atención a ellos hay que determinar cuál será el objetivo formativo perseguido.

Si como se ha apuntado el cambio debe realizarse a categoría funcionalmente equivalente y la aptitud que precisa el trabajador debe ser similar a la que poseía para realizar las funciones de la categoría de origen, habrá que descartar que el proceso de aprendizaje persiga el objetivo de que el trabajador obtenga una nueva cualificación profesional. Y, si la formación no puede estar dirigida a la recualificación del trabajador, los cursos de formación o adaptación referidos en el art.22.3 ET no parece que puedan ser los ofertados por el Subsistema de Formación Ocupacional.

Cabría, sin embargo, que dicha formación o adaptación tuviera por finalidad la formación básica del trabajador, su reciclaje e incluso su especialización.

En primer lugar, es posible que el trabajador requiera una formación básica. Esta la podría adquirir mediante cursillos, seminarios, conferencias, etc. que como medios informales de

formación pueda programar la empresa a tal fin. E indudablemente también a través de la formación en el lugar de trabajo como medio principalmente de adaptación pero también de formación práctica para el nuevo puesto de trabajo. En este sentido hay que recordar que el Sistema de Formación profesional institucionaliza la experiencia laboral como medio de adquirir la cualificación de los trabajadores.

En segundo lugar, también entrarían en el supuesto del art.22.3 ET el reciclaje y la especialización profesional en tanto que tienen por objeto que el trabajador obtenga una formación complementaria a la ya poseída para ampliar o poner al día sus conocimientos. En tal caso las acciones formativas ofertadas por el Subsistema de Formación Continua serán las indicadas para ello.

En definitiva, en supuestos en los que el trabajador no tenga la aptitud requerida por el art.22.3 ET, el cambio funcional requerirá un proceso previo de formación o un período de adaptación y de entre la oferta formativa del Sistema de Formación Profesional me inclino por considerar que sólo tendrán la consideración de procesos simples de formación o adaptación a los efectos del art.22.3 ET, los cursos organizados por el Subsistema de Formación Continua y los procesos informales a través de los cuales el trabajador puede adquirir la formación básica o práctica laboral requerida.

En cualquier de los casos la colaboración de la empresa va a resultar imprescindible para que el trabajador tenga acceso a las actividades formativas apuntadas, principalmente si se requieren procesos de formación <<informales>> pues exigirán un tiempo de

adaptación a efectos de que mediante la práctica y en su caso el adiestramiento profesional adecuado el trabajador pueda adquirir la aptitud profesional precisa para realizar las nuevas funciones.

En cualquiera de los casos, la carga formativa impuesta al empresario tiene diversas implicaciones. En primer lugar, requiere que el empresario programe la modificación funcional con la antelación suficiente para permitir que el trabajador, llegado el momento del cambio efectivo, se encuentre suficientemente capacitado.

En segundo lugar, prever los oportunos medios de formación o mecanismos de adaptación corresponde también al empresario. Tarea que deberá realizar teniendo en cuenta la profesionalidad del concreto trabajador afectado por el cambio.

En tercer lugar, establecidos éstos, pesa sobre el trabajador el deber de colaborar en su formación o adaptación. Este deber como ha señalado VALDES DE LA VEGA se limita a una actuación diligente y de buena fe, con independencia del resultado que se alcance⁵²⁹.

Hay convenios colectivos que incluyen previsiones dirigidas a garantizar a los trabajadores una formación adecuada al nuevo puesto de trabajo en supuestos de movilidad funcional ordinaria. En estos casos, por regla general, se impone a la empresa la obligación de programar, organizar, e, inclusive impartir, planes de formación, cursos de perfeccionamiento, adiestramiento, etc.⁵³⁰.

⁵²⁹ Vid. VALDES DE LA VEGA, B., en *La profesionalidad del trabajador en el contrato de trabajo*, op. cit. pág.206.

⁵³⁰ Vid. en este sentido, los convenios colectivos de las empresas: V-2 Complementos auxiliares

Generalmente en estos casos está previsto que la acción formativa se realice en tiempo de trabajo, pero de no ser esto posible, se prevé que la empresa retribuya al trabajador el tiempo empleado en asistir al curso.

La asistencia al curso, es importante señalar, de forma mayoritaria se impone al trabajador con carácter obligatorio.

Y, en este sentido hay que tener en cuenta que el TSJ de Cataluña, en sentencia de 10 de Diciembre de 2001⁵³¹ ha considerado procedente el despido disciplinario de una trabajadora basado en la negativa reiterada de la misma a asistir a un curso de readaptación profesional organizado por la empresa y que ésta consideraba una obligación de la trabajadora derivada del puesto de trabajo. Para este Tribunal la orden empresarial se enmarcaba, en efecto, en el ámbito y organización del trabajo y por consiguiente la trabajadora debió acatar dicha orden. Al no hacerlo de forma reiterada incurrió en desobediencia de una orden dada por el empresario en el ejercicio regular de sus funciones directivas y además una transgresión de la buena fe contractual.

c') La formación y promoción profesional como límites a la movilidad funcional.

El empresario dentro del marco de actuación establecido en el art.39 ET puede modificar las funciones del trabajador pero sin con ello perjudicar su formación y promoción profesional pues en caso contrario la decisión modificativa empresarial será

(art.11), (R.1843), General Óptica (art.30) (R.826), DHL Internacional España,S.A. (R.3873), FORD (art.139) (R.4997), Babbock borsig España,S.A., (arts.21 y 23) (R.7280), Compañía española de Tabaco en Rama,S.A. (art.35) (R.7281), MADE, tecnologías renovables,S.A. (Art.12) (R.7442), Unidad editorial (art.37) (R.9125), Eads-Casa y Airbus España,S.A. (R.11881).

⁵³¹ Vid. STSJ de Cataluña de 10 de Diciembre de 2001, A/683 (2002).

ilícita.

La formación y promoción profesional del trabajador, en efecto, se recogen en el art.39.3 ET como límites a la movilidad funcional ordinaria y también a la movilidad funcional extraordinaria⁵³².

Ambos, en tanto que derechos profesionales del trabajador junto con el derecho a la conservación del empleo, eran considerados como límites a la movilidad funcional en la regulación anterior⁵³³. Sin embargo, la falta de concreción del antiguo art.39 ET, que los rubricaba como "derechos profesionales del trabajador", propició que junto a la indicada línea interpretativa, que los entendía referidos a la conservación del empleo y a la defensa de la formación y promoción profesional, surgiera otra restringiendo su alcance a la pertenencia al grupo profesional y a la titulación académica y profesional para ejercer la prestación laboral⁵³⁴.

Por lo dicho, la mención expresa a la formación y promoción profesional que hace el actual art.39.3 es especialmente significativa por cuanto, como ha señalado DEL REY GUANTER, acentúa su "carácter inmediato de límites a la movilidad

⁵³² Vid. en este sentido SALA FRANCO, T. en "La movilidad funcional", R.L., núms.17 y 18, 1994, pág.73 donde señala que los límites legales a la movilidad funcional horizontal, relativos a la existencia de titulación académica o profesional precisa para ejercer la prestación laboral y a la dignidad del trabajador y los derechos de formación y promoción profesional del trabajador, incluida la garantía frente a despidos objetivos, resultan también aplicables a estos supuestos de movilidad funcional vertical, siendo el primero de ellos lógica y naturalmente aplicable a la movilidad ascendente y el segundo a la movilidad descendente.

⁵³³ En referencia a la imposibilidad de despedir al trabajador por ineptitud cuando ésta derive de un cambio de funciones, vid. RAMIREZ MARTINEZ, J.M., en "Extinción por causas objetivas", op. cit. pág.244 y, con carácter general, SALA FRANCO, T., en "Movilidad funcional", op. cit. págs.42 a 48.

Esta interpretación extensiva del art.39 ET encontró eco en la jurisprudencia como muestran las sentencias del TS de 21 de Marzo de 1989, A/1905 y STCT de 28 de Junio de 1985, A/4295 referenciadas por SALA FRANCO, T., en *La reforma del Mercado de Trabajo*, op. cit. pág.167

⁵³⁴ Con extensa referencia a las diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales mantenidas, vid. SALA FRANCO, T., en "Movilidad funcional", op. cit. págs.42 a 48, SALA FRANCO, T. y LOPEZ TARRUELLA, F., en *La modificación de la prestación de trabajo*, Ed. Deusto, Bilbao, 1991, págs.48 a 51, SALA FRANCO, T., en *La reforma del Mercado de Trabajo*, op. cit. pág.167 y BRIONES GONZALEZ, C., en *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, op. cit. pág.152.

funcional”⁵³⁵ y despeja cualquier duda respecto a su “eficacia inmediata y garantía sustancial y procesal”⁵³⁶.

El legislador, en efecto, al concretar los derechos profesionales que deben ser respetados, garantiza más eficazmente los intereses profesionales del trabajador, lo que, como señala SALA FRANCO, significa una mayor tutela a la profesionalidad del trabajador de la que derivaba de la ambigua regulación anterior⁵³⁷.

Como se ha visto *supra* son precisamente estos límites los que protegen la profesionalidad del trabajador frente a las incertidumbres interpretativas derivadas del actual marco legal de la movilidad funcional ordinaria, y, principalmente, respecto de los elementos determinantes de la equivalencia entre categorías profesionales.

Tutela de la profesionalidad del trabajador que, sin embargo, como se viene viendo, no ha dejado de ser principalmente estática⁵³⁸. En las situaciones de movilidad funcional, en efecto, como ha señalado PEDRAJAS MORENO⁵³⁹, la formación profesional se contempla como un “bien perteneciente a la órbita exclusiva del trabajador” que el empresario está obligado a respetar, sin que, como se ha visto, se imponga al empresario la obligación de

⁵³⁵ Señala este autor que tanto la formación como la promoción son límites genéricos constitucionales en tanto que ambos son derechos con entronque constitucional -arts.10.1, 35.1 y 40.2CE). Al ser recogidos expresamente por el art.39.3 ET pasan a ser límites directos. Cfr. DEL REY GUANTER, en “Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, en (ALARCÓN CARACUEL, Coord.) *La reforma laboral de 1994*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, págs.196 y 197.

⁵³⁶ *Ibidem*, pág.198.

⁵³⁷ Cfr. SALA FRANCO, T. en “La movilidad funcional”, op. cit. págs. 69 y 72.

⁵³⁸ Vid. en este sentido ROMAN DE LA TORRE, M.D., en “Clasificación profesional y movilidad funcional”, op. cit. pág.195.

⁵³⁹ Vid. PEDRAJAS MORENO, A., en “Formación y derechos individuales”, op. cit. págs. 510 y 511.

facilitar al trabajador la formación que fuera necesaria para desempeñar las funciones nuevas que se le asignen. El empresario no tiene el deber jurídico de formar al trabajador, ni aun cuando la movilidad funcional se realice a categoría equivalente y para ello requiera realizar previamente un proceso simple de formación o adaptación -ex art.22.3 ET-. Desde mi punto de vista, sin embargo, cabe vislumbrar una tutela dinámica de la profesionalidad del trabajador, como después se verá, derivada de que el art.39.3 ET prohíba que la ineptitud profesional del trabajador para realizar las nuevas funciones o su falta de adaptación sean causa de despido objetivo ex art.52 ET⁵⁴⁰.

En cuanto al concreto alcance de la formación profesional como límite a la movilidad funcional, cuando el ET impide que la movilidad funcional perjudique la formación profesional está contemplándola desde dos perspectivas⁵⁴¹.

En primer lugar, desde un punto de vista estático, como patrimonio profesional ya adquirido por el trabajador.

En ese sentido, prohíbe que por vía de la movilidad funcional aquél quede mermado lo que, aunque principalmente puede ocurrir ante una movilidad funcional vertical descendente, no hay que descartar del resto de supuestos de cambio de funciones.

El perjuicio al patrimonio profesional del trabajador se producirá por pérdida de las competencias profesionales que aquel tenía y que para su actualización requieren el ejercicio

⁵⁴⁰ Vid en este sentido VALLE MUÑOZ, F.A., en *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*, CES, Madrid, 1998, pág. 299 y 230. De forma tajante VALDES DE LA VEGA considera, sin embargo, que se margina la progresión de la profesionalidad del trabajador. Vid en *La profesionalidad del trabajador en el contrato de trabajo*, op. cit. pág. 210.

⁵⁴¹ Interpreta VALLE MUÑOZ que la formación profesional a la que alude el art.39.3 ET hay que entenderla en sentido amplio incluyendo “tanto la formación profesional ya adquirida por el trabajador, como aquella que se encuentre en curso de adquisición”, cfr. en *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*, op. cit. pág.295

permanente de tareas que ya no se realizan debido al cambio funcional. En este sentido, hay que recordar que las competencias profesionales están integradas no sólo por conocimientos teóricos del trabajador sino también por habilidades desarrolladas principalmente mediante el desempeño de actividades laborales. Si en virtud de la modificación funcional se perdieran dichas habilidades y con ello peligrara la cualificación del trabajador, la movilidad funcional sería inadmisibile, además de por atentar contra el patrimonio profesional del trabajador por lesionar su derecho a la ocupación adecuada⁵⁴².

En segundo lugar, el art.39 contempla la formación profesional también desde una perspectiva dinámica, como medio de adquisición de competencias profesionales.

En este sentido hay que entender que igualmente prohíbe que con la modificación funcional se menoscaben las facultades jurídicas que el trabajador tenía reconocidas en base a las anteriores funciones para progresar en su profesionalidad. Habrá que entender que se perjudica la formación profesional del trabajador si debido a la movilidad funcional no puede ejercitar, por una parte, los derechos que en tanto titular del derecho a la formación profesional tiene con base en el art.23 ET y, por otra, aquellos que en virtud de las anteriores funciones le correspondieran en base al convenio colectivo y/o al plan formativo de la empresa⁵⁴³.

⁵⁴² Mantiene SALA FRANCO que “sería ilícita la movilidad funcional que atentase contra el derecho de ocupación efectiva del trabajador del art.4.2.a) del Estatuto de los Trabajadores”, cfr. en SALA FRANCO, T., en “Puntos críticos del régimen jurídico de la clasificación profesional y de la movilidad funcional”, op.cit. pág.102, en igual sentido, vid. VALLE MUÑOZ, F.A., en *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*, op. cit. pág.295.

⁵⁴³ Vid. SALA FRANCO, T. en “Puntos críticos del régimen jurídico de la clasificación profesional y de la movilidad funcional”, op. cit. pág.72

Se pondría considerar como límite “los derechos profesionales que tuviera el trabajador inherentes a la categoría profesional de origen”. Sobre esta cuestión en relación con la regulación anterior vid. STS de 12 de Mayo

En este sentido hay que tener en cuenta que la jurisprudencia reconoce la valía formativa de desempeñar una cierta actividad lo que una vez más lleva a considerar el derecho a una ocupación adecuada como límite a la movilidad funcional⁵⁴⁴.

Relacionado directamente con lo anterior hay que recordar que el art.39.3 ET también impone como límite a la movilidad funcional la promoción profesional del trabajador y que la formación profesional es una de las vías que tiene el trabajador para progresar en la carrera profesional, por ello, si con ocasión de la movilidad funcional se ponen trabas a las expectativas de ascenso del trabajador y entre ellas a que pueda acceder a los procesos de formación profesional necesarios para ser titular del derecho al ascenso, habrá que entender que la decisión modificativa empresarial contraviene la norma estatutaria⁵⁴⁵.

d') La capacidad profesional del trabajador y su adaptación como límites a la movilidad funcional: Garantías frente al despido objetivo.

Quando al trabajador se le cambie de funciones "como

de 1984 , TCT de d e 5 de Marzo de 1984 y de 4 de abril de 1986

⁵⁴⁴ En este sentido se puede interpretar el pronunciamiento del TS en la sentencia de 5 de Marzo de 1985 que recoge ORTIZ LALLANA, en pág.559. "El respeto de los derechos profesionales impide la movilidad dentro de la categoría cuando prive al trabajador de la práctica necesaria para el desarrollo de su formación profesional".

Vid. STSJ Cataluña de 12 de junio de 1992 (RL, 2/1993) sobre aprendizaje en el puesto de trabajo.

⁵⁴⁵ Así parece afirmarlo SALA FRANCO, T., en "La movilidad funcional", op. cit. pág.72. aunque con anterioridad dudaba de que se pudiera pretender la ilicitud de la medida empresarial "que cerrase el paso a unas razonables expectativas convencionales de promoción en la carrera profesional del trabajador movilizado", cfr. en "Puntos críticos del régimen jurídico de la clasificación profesional y de la movilidad funcional", op. cit. pág.103.

Vid. SSTSJ del País Vasco de 3 de Marzo de 1991 A/6864 y de Cataluña de 3 de Noviembre de 1992 A/5491.

consecuencia de la movilidad funcional", el empresario no podrá despedirlo invocando las causas de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación que, como justificativas del despido objetivo, se recogen en el art.52.a) del ET.

Son diversas las cuestiones que plantea esta previsión legal recogida en el art.39.3 del ET, muchas de ellas ya se han sido comentadas *supra* por tanto bastará ahora con hacer una breve referencia.

En primer lugar, el derecho del trabajador a la conservación del empleo como límite a la movilidad funcional ordinaria ha sido utilizado *supra* como argumento legal para defender que la formación y adaptación profesional del trabajador afectado por la decisión modificativa empresarial no es un deber jurídico del empresario sino una mera carga empresarial impuesta por el art.39.3 ET e interesa ahora añadir que esto es igualmente válido para la movilidad funcional extraordinaria, es decir, la decidida unilateralmente por el empresario ex art.39.2 ET. Este precepto, como se ha dicho, opera como límite tanto en los supuestos de movilidad funcional ordinaria como extraordinaria.

En segundo lugar, entiendo que esta previsión del art.39 es consecuencia de que uno de los límites a la movilidad funcional sea la formación profesional del trabajador en su vertiente estática, es decir, como parte del patrimonio profesional del trabajador, en la medida en que éste determina la aptitud profesional del trabajador. Se puede entender que desde la perspectiva de esta previsión legal, tanto la falta de aptitud del trabajador como la falta de adaptación, cuando derivan de una modificación funcional decidida unilateralmente por el empresario

son imputables a éste y por ello no entran en el supuesto del art.52 ET. Naturalmente, como ha señalado RAMIREZ MARTINEZ, para excepcionar la aplicación del art.52 y con él el despido objetivo es preciso que la ineptitud o falta de adaptación sean causadas precisamente por el cambio de funciones y no sobrevenidas con posterioridad al mismo, cuando ya el trabajador se hubiera adaptado a las nuevas funciones y las desempeñara de modo que pudieran considerarse como funciones habituales⁵⁴⁶.

En tercer lugar, opera como límite al poder de dirección y variación empresarial en cuanto que si el trabajador movilizado no tiene aptitud profesional para desempeñar las funciones que se le asignen o no se adapta a los cambios técnicos, el empresario no podrá utilizar el despido objetivo. De manera que si como resultado del cambio de funciones se produce la ineptitud o falta de adaptación del trabajador, el empresario podrá hacer dos cosas: volver a modificar las funciones de este trabajador o, facilitar al trabajador los medios formativos y de adaptación necesarios para que pueda desempeñar las funciones nuevas que se le hubieran asignado.

La opción por una u otra posibilidad indudablemente dependerá del marco de la movilidad funcional pues mientras que para supuestos de movilidad funcional horizontal el nuevo cambio puede entenderse que subsana el anterior no ocurrirá lo mismo si

⁵⁴⁶ Cfr. RAMIREZ MARTINEZ, J.M., en “Extinción por causas objetivas”, op. cit. pág.244 y también FITA ORTEGA, F., en *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, op. cit. pág.25.

Hay que tener en cuenta que el marco de referencia de la ineptitud debe ser la clase de trabajo a que está obligado el trabajador y a las condiciones normales en que éste se realiza. En este sentido vid. VIDA SORIA, J, “La ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para que fue contratado”, op. cit. pág.119.

Seguramente es en este sentido en el que hay que entender a CRUZ VILLAON cuando afirma que “la exclusión (del despido objetivo) sólo tiene aplicación plena para el caso del *ius variandi*, que tiene carácter temporal. Por contra, cuando se trate de una movilidad funcional ordinaria, lo que se establece es un lapso de tiempo razonable para que esas funciones se conviertan en habituales para el trabajador y, por ende, le sea exigible esa diligencia en la adaptación a las nuevas tareas”. Cfr. en “El art.39 ET”, op. cit. pág.487.

el primer cambio se produjo a categoría profesional superior.

Devolver al trabajador a la categoría de origen implica, en efecto, una nueva movilidad funcional extraordinaria en sentido vertical descendente y sujeta, en consecuencia, a los límites establecidos en el art.39.2 y 3 ET. Esto significará, por una parte, que el trabajador al desempeñar funciones de categoría superior en virtud del primer cambio, habrá consolidado la retribución correspondiente a las mismas como "retribución de origen", y, por otra parte, que el empresario deberá estar en condiciones de probar que existen "necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva" que justifican el cambio y, así, comunicárselo a los representantes de los trabajadores.

Presumiblemente en tales supuestos la disyuntiva movilidad interna-formación se resuelva, bien estableciendo un período de adaptación -análogo al establecido en el art.52.b) ET-⁵⁴⁷, bien en favor de la formación del trabajador afectado por el cambio, y, es en este sentido en el que entiendo que la formación profesional en sus vertientes teórica y práctica, opera como instrumento esencial para la movilidad funcional y que la garantía frente al despido objetivo impuesto por el legislador en el art.39.3 ET viene a incentivar la asunción por parte del empresario de cierta responsabilidad en la formación profesional de los trabajadores a efectos de su capacitación y adaptación al nuevo puesto de trabajo. En definitiva, protege la vertiente dinámica de la profesionalidad del trabajador⁵⁴⁸.

⁵⁴⁷ Vid. en este sentido, RAMIREZ MARTINEZ, J.M., "Extinción por causas objetivas", op. cit. pág.244. y SALA FRANCO en "Movilidad funcional", op. cit. pág.46.

⁵⁴⁸ El reverso de esta previsión legal protectora de la profesionalidad del trabajador lo revela SALA FRANCO, en "La movilidad funcional", op.cit. pág.72, pues como indica este autor, puede ser un impedimento para que la movilidad funcional sea utilizada como instrumento paliativo de la ineptitud del trabajador al inducir al empresario a despedir *ex art.52,a) ET* antes que a variar las funciones del trabajador inepto. Vid. también FITA ORTEGA, F., en *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, op. cit. pág.26.

c) La tutela judicial de la profesionalidad del trabajador frente a la movilidad funcional.

Frente a la movilidad funcional ordinaria y extraordinaria que el trabajador entendiera que perjudica su profesionalidad cabría ejercitar dos acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social.

En primer lugar, el trabajador puede impugnar la medida empresarial, pero para ello -a diferencia de lo que ocurre respecto de la movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo- no hay modalidad procesal específica. Por tanto, será el proceso ordinario el cauce procesal adecuado, sin que se prevea para la correspondiente acción ni un plazo específico de caducidad, ni se cierre el paso al posible recurso de suplicación contra la sentencia que se dicte en él⁵⁴⁹.

En este supuesto la pretensión ejercitada por el trabajador estará dirigida a que se declare la nulidad del cambio funcional adoptado por el empresario y se podría fundamentar en el perjuicio a su profesionalidad; bien directamente como infracción del derecho a la formación profesional en tanto en cuanto el art.39.3 del ET lo recoge expresamente como límite a la movilidad funcional ordinaria y extraordinaria y tal reconocimiento le dota

⁵⁴⁹ Vid. CONDE MARTIN DE HIJAS, V., en "Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional", op. cit. págs. 261 a 263.

Este autor plantea la comparación entre el control judicial de la movilidad funcional y la geográfica y modificación sustancial del contrato, concluyendo en que siendo sustancialmente la primera la de menor importancia la LPL establece para ella mayores garantías procesales, en tanto que el cauce procesal para la impugnación de la decisión empresarial es el proceso ordinario y, en consecuencia, la acción de impugnación tiene un plazo más dilatado de ejercicio, el proceso tienen mayores garantías formales y la sentencia que en él se dicta puede ser susceptible de recurso.

de eficacia jurídica inmediata; bien indirectamente, como infracción de los límites, objetivo -equivalencia funcional- y subjetivo -aptitud profesional-, a la movilidad funcional ordinaria.

En segundo lugar, la acción resolutoria del contrato de trabajo y su correspondiente indemnización basada en el perjuicio de la formación profesional del trabajador ex art.50,a) ET se podrá ejercitar exclusivamente en el supuesto de que la modificación funcional sea extraordinaria pues ésta es la única que tiene el carácter sustancial que exige el precepto legal, a ella se hará referencia *infra*. Ante supuestos de movilidad funcional ordinaria el trabajador, puede accionar pidiendo la rescisión del contrato de trabajo basado en incumplimiento contractual del empresario ex art.50,c) ET, como alternativa a la acción revocatoria aludida *supra*.

B. LA FORMACION PROFESIONAL Y LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE CONDICIONES DE TRABAJO.

a) El régimen jurídico de la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Marco normativo de la modificación sustancial de condiciones de trabajo.- El Ordenamiento Jurídico, a través del art.41 del ET, prevé la posibilidad de que el empresario pueda acordar unilateralmente modificaciones sustanciales de las

condiciones de trabajo.

Este precepto establece el régimen de estas modificaciones señalando los límites a los que se verá sometido el empresario, el procedimiento que deberá seguir para acordar dichas modificaciones y los efectos que para el trabajador tendrá tal decisión.

Por otra parte también los convenios colectivos pueden entrar a regular esta materia pues el régimen de la modificación establecido en el art.41 es un <<mínimo de derecho necesario>> y, por tanto, mejorar las condiciones establecidas estatutariamente desde el punto de vista del trabajador⁵⁵⁰.

Así, no habría impedimento legal para que el convenio colectivo pudiera complementar la regulación legal estableciendo previsiones que palien la falta de protección que el precepto otorga a la profesionalidad del trabajador y que en este sentido, incluyera, por ejemplo, medidas tendentes a que la empresa garantice la formación profesional y adaptación de los trabajadores al cambio, programando e incluso impartiendo, con carácter previo a la modificación, las acciones formativas necesarias, estableciendo períodos de adaptación, etc.

Por otra parte, tampoco habría inconveniente en que, como apunta VIDA SORIA⁵⁵¹, convencionalmente se previeran modificaciones funcionales a iniciativa de los trabajadores o sus representantes, lo que, como señala este autor, no parece admitir

⁵⁵⁰ Disponibilidad convencional relativa al procedimiento y no a las causas y a los efectos previstos en el art.41 ET. En este sentido, vid. entre otros, CAMPS RUIZ, L.M., en *La modificación de las condiciones de trabajo*, op. cit. pág.36, SALA FRANCO, T., en “La movilidad funcional”, op. cit. pág.75., RAMIREZ MARTINEZ, J.M., en *Flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificación de condiciones de trabajo*”, op. cit. pág.57,

⁵⁵¹ Cfr. VIDA SORIA, J., en “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en BORRAJO DACRUZ (Coord.), *El nuevo Estatuto de los Trabajadores: Puntos críticos*. Ed. Actualidad editorial, S.A., Madrid, 1995, pág.88.

el art.41. En tal caso el convenio colectivo establecería el régimen de las mismas, y, al hacerlo, por lo que respecta a la profesionalidad del trabajador, contribuir a favorecer el desarrollo de su carrera profesional.

Concepto de modificación sustancial de condiciones de trabajo.- El art.41.1 ET establece una relación de materias cuya modificación puede considerarse sustancial, entre las que se encuentra las "Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art.39 del ET" (aptdo. f).

El concepto de modificación sustancial es un concepto jurídico indeterminado, para su concreción la jurisprudencia y la doctrina han establecido unos criterios interpretativos de los que interesa destacar⁵⁵²:

En primer lugar, que el catálogo de materias recogido en el art.41 tiene carácter meramente ejemplificativo y no exhaustivo⁵⁵³. En consecuencia, una modificación, tanto puede ser considerada sustancial cuando afecte a materias diversas de las ahí reseñadas, cuanto no ser considerada sustancial a pesar de afectar a materias incluidas en dicho listado⁵⁵⁴.

En segundo lugar, teniendo en cuenta lo anterior, el

⁵⁵² Vid. CAMPS RUIZ, L, M., en *La modificación de las condiciones de trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág.54 y también LOPEZ TARRUELLA, F., en "Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", BORRAJO DACRUZ (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales: La reforma del Estatuto de los trabajadores*, EDERSA, Madrid, 1994, pág.314.

⁵⁵³ Vid. entre otros, CRUZ VILLALON, J., en "El artículo 41 del ET tras la reforma de 1994", en RL, núms.17 y 18, pág.123, PEDRAJAS MORENO, A., en "Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo", en VALDES DAL-RE (Dir.), *La reforma del mercado de trabajo*, LEX NOVA, Valladolid, 1994, cit. pág.369 y VIDA SORIA, J., "El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", op. cit. pág.92.

Vid. STS de 3 de Diciembre de 1987 A/8822.

⁵⁵⁴ Cfr. PEDRAJAS MORENO, A., en "Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo", op. cit.págs.366y 369.

carácter sustancial de la modificación no depende tanto de la materia que se vea afectada por el cambio cuanto de la incidencia del mismo en los aspectos fundamentales de la relación laboral⁵⁵⁵, teniéndose en cuenta, a estos efectos, el carácter temporal o definitivo de la modificación y las posibles compensaciones económicas vinculadas al mismo⁵⁵⁶.

Supuestos de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.- El art.41 del ET distingue entre modificaciones de carácter colectivo y de carácter individual; así como entre modificaciones que afecten o no a condiciones establecidas en un convenio colectivo estatutario, estas últimas no afectan a la movilidad funcional por no estar recogida expresamente en la ley

A) Modificaciones de carácter colectivo.

Tienen tal consideración los cambios funcionales que afecten dentro de un período de 90 días, a un número de trabajadores determinado de trabajadores superior a:

- a) 10 trabajadores en empresas de hasta 100 trabajadores.
- b) 10% de trabajadores en empresas de entre 100 y 300

⁵⁵⁵ Recogiendo ambos criterios el TS en sentencia de 3 de Diciembre de 1987, A/8822 señaló que *"por modificación sustancial hay que entender aquélla de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista "ad exemplum" del art.41.2 pasando a ser otras distintas de modo notorio..."*. De este pronunciamiento se deduce, por una parte que hay que atender a la importancia cualitativa de la modificación y, por otra parte, -como ya se dijo antes-, que la lista de condiciones de trabajo que relaciona el art.41 es meramente ejemplificativa.

⁵⁵⁶ El TS de 2 de Febrero de 1994, A/900 en el que a propósito de la modificación de una condición de trabajo consistente en la sustitución de la jornada de descanso semanal por otra, con motivo de la campaña comercial de Navidad y Reyes, entendió que *"el supuesto no reúne las condiciones que se precisan en el art.41.2 del ET porque no se trataba de una alteración o modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sino de una modificación circunstancial y concreta, que respetaba además el descanso semanal sustituyendo incidentalmente unas fechas por otras y ofreciendo una compensación económica"*.

Destaca de este pronunciamiento la importancia de las compensaciones económicas previstas por la modificación así como el carácter temporal de la misma.

trabajadores, y

c) 30 trabajadores en empresas de más de 300 trabajadores.

Según lo anterior, el carácter colectivo de las modificaciones funcionales dependerá del número de trabajadores implicados.

B) Modificaciones de carácter individual.

Serán las que disfruten los trabajadores a título individual, esto es las que no lleguen a afectar al número mínimo de trabajadores necesario para otorgarles carácter colectivo.

Límites causal y procedimental a la modificación sustancial de condiciones de trabajo.- En primer término el art.41 del ET establece la posibilidad de que el empresario pueda acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, pero únicamente cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifiquen la decisión empresarial. Estas causas según se desprende del propio art.41 ET van a concurrir cuando el cambio contribuya a la expansión y mejora económica de la empresa.

La valoración, en consecuencia, deberá hacerse caso por caso, como ha señalado la doctrina, comprobando el efecto beneficioso de las medidas propuestas por el empresario sobre la organización de los recursos empresariales, traducido en la mejora de la situación de la empresa⁵⁵⁷.

En segundo término, el art.41 ET impone también el

⁵⁵⁷ Cfr. CAMPS RUIZ, L.M., en *La modificación de las condiciones de trabajo*, op. cit. pág.57 y LOPEZ TARRUELLA MARTINEZ, F., en "Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", op. cit. pág.316.

procedimiento que debe seguir el empresario para llevar a cabo la modificación. Este variará en función del tipo de modificación de que se trate:

(a) Para las modificaciones de carácter individual la única exigencia que establece el art.41 es que la decisión empresarial sea notificada al trabajador y a sus representantes con una antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad.

El ET tampoco en este caso concreta nada en relación a la forma y contenido de la notificación, no obstante, hay que entender que esta deberá realizarse por escrito e indicando la causa que justifica la decisión empresarial a efectos de la posterior impugnación de la misma por parte del trabajador y evitar su indefensión⁵⁵⁸.

Por otra parte hay que entender que cuando la Ley se refiere a representantes legales lo hace tanto a los unitarios como a los sindicales.

(b) Para modificaciones de carácter colectivo la decisión empresarial requiere el previo agotamiento de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, - unitarios o sindicales, alternativamente-, de duración no inferior a 15 días.

La exigencia del período de consultas desde mi punto de vista puede revestir especial importancia desde la perspectiva de la tutela de la profesionalidad del trabajador afectado por la decisión empresarial y, hasta cierto punto, compensar la falta de

⁵⁵⁸ Vid. en este sentido, LOPEZ TARRUELLA MARTINEZ, F., en "Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", op. cit. pág.321 y PEDRAJAS MORENO, A., en "Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", op. cit. pág.379.

atención que el art.41 ET presta a la misma.

En este trámite procedimental está previsto que el empresario y los representantes de los trabajadores, no sólo discutan y negocien la existencia o no de las causas alegadas por el empresario y la posibilidad de evitar o reducir los efectos de la decisión modificativa empresarial, sino también que propongan las medidas necesarias para atenuar las consecuencias de la modificación sustancial en los trabajadores afectados⁵⁵⁹. Y, qué duda cabe que las medidas de tipo formativo tendrán especial relevancia como contenido de las consultas en la medida en que, en línea con el fin pretendido por el legislador en el art.41 ET, pueden contribuir a paliar el perjuicio que la decisión empresarial ocasione en la profesionalidad de los trabajadores afectados.

En este orden de cosas también es importante tener en cuenta que aunque la Ley no exige que las partes lleguen a un acuerdo, sin embargo, prevé medios para que la fase de consultas concluya con un pacto, y, entre estos, impone a las partes la obligación de negociar de buena fe. Deber jurídico que, como ha señalado NORES TORRES, puede entenderse infringido si el empresario se muestra cerrado a la negociación, rechazando sistemática e injustificadamente las propuestas de los representantes de los trabajadores, sin aportar contrapropuesta alguna⁵⁶⁰.

Una vez finalizado este trámite, el empresario deberá notificar al trabajador y a sus representantes su decisión, debiendo respetar el plazo de preaviso de 30 días a la

⁵⁵⁹ Sobre el contenido de las negociaciones en el período de consultas, vid. NORES TORRES, L.E., en *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*, Ed. CES, Madrid, 2000, págs.204 y 205.

⁵⁶⁰ Cfr. NORES TORRES, L.E., en *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*, op. cit. pág.208.

efectividad de la modificación.

b) La tutela legal de la profesionalidad del trabajador ante las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

En supuestos de cambios sustanciales de las condiciones de trabajo, el legislador hace prevalecer el interés del empresario frente a la profesionalidad del trabajador en la medida en que la formación profesional de éste no es límite a la decisión empresarial. Esta prevalece igualmente frente al principio de estabilidad en el empleo.

El ET, en efecto, en el art.41 no impone la formación profesional como límite a la modificación sustancial de condiciones de trabajo pero tampoco es ajeno a la posibilidad de que la medida modificativa empresarial pueda perjudicarla. El art.50.1,a) ET contempla, efectivamente, esa posibilidad considerándola como un perjuicio grave para el trabajador y otorga a éste, por una parte, la posibilidad de extinguir su contrato de trabajo como medio de defensa de su profesionalidad y, por otra, el derecho a percibir una indemnización como medio de resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

Con todo, el panorama que a continuación se describirá sobre la tutela legal de la profesionalidad del trabajador ante las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo desde mi punto de vista arroja un resultado desalentador.

En primer término, porque el ET no impide que se perjudique la profesionalidad del trabajador, tampoco establece medios de prevención frente a tal riesgo y, cuando el perjuicio resulta

inevitable, tampoco se imponen medidas que lo palien, al margen de la ya apuntada indemnización del art.50 ET y de las posibles- aunque remotas- medidas que en este sentido se pudieran pactar en el acuerdo de modificación colectiva.

En segundo término, porque el ET, más que tutelar la profesionalidad del trabajador, en realidad lo que hace es permitir la autotutela, es decir, que sea el trabajador el que proteja su propia profesionalidad frente a la decisión modificativa empresarial y, por lo que se verá, la única vía que tiene para hacerlo es a costa de su propio empleo.

Esta previsión legal pudiera ser aceptable en una situación de pleno empleo pero desde luego no lo es en la actual, máxime teniendo en cuenta los medios que el Sistema de Formación Profesional ofrece para favorecer la adaptación de los trabajadores ocupados.

a') El perjuicio de la formación profesional del trabajador derivado de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo como presupuesto de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador.

Cuando el trabajador resulte perjudicado por la modificación sustancial tiene derecho a rescindir su contrato de trabajo por la vía de la dimisión ordinaria -ex art.49.d) ET-, por la específica establecida en el art.41.3 ET, y, cuando el perjuicio sea <<cualificado>> por afectar a su formación profesional o a su dignidad entonces tiene también la posibilidad de acudir a la vía de extinción prevista en el art. 50.1,a) ET.

El supuesto que justifica la resolución del contrato por voluntad del trabajador ex art.50.1,a) ET lo constituyen las

modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo decididas unilateralmente por el empresario que redunden en perjuicio de la formación profesional del trabajador.

Al respecto interesa saber: qué debe entenderse por modificaciones sustanciales a efectos de este precepto **(a)**, cuál es la naturaleza de la decisión empresarial que justifica la extinción por esta causa **(b)** y, por último, qué perjuicios a la formación profesional justificarán la medida extintiva del art.50.1,a) ET **(c)**.

(a) Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que operan como presupuesto de hecho del art.41 ET tienen por finalidad determinar en qué supuestos el empresario queda sujeto a los límites causales y procedimentales establecidos en dicho precepto. Mientras que las que se manejan a los efectos del art.50.1,a) ET tienen por finalidad determinar qué supuestos desencadenarán la extinción del contrato de trabajo como consecuencia jurídica del art.50.1,a) ET.

Unas y otras no tienen por qué coincidir en la medida en que la acción resolutoria no está condicionada al régimen jurídico de la decisión modificativa empresarial y, como después se verá, tampoco a su regularidad, sino que viene ordenada a la concurrencia de dos requisitos: de una parte, al carácter sustancial del cambio y, de otra, al perjuicio que con la misma se ocasione a la formación profesional del trabajador⁵⁶¹.

En referencia concreta a la movilidad funcional -

⁵⁶¹ Mantiene el TS que la acción resolutoria del art.50.1a) ET exige, no sólo que la modificación se haya producido y pueda ser calificada como sustancial, sino además, que redunde en perjuicio de la formación profesional o en menoscabo de la dignidad del trabajador, pues sin la concurrencia conjunta de ambos requisitos tan sólo cabe la posibilidad de acudir a la acción contemplada en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, pero no la de solicitar la extinción del contrato de trabajo que el artículo 50 equipara a efectos indemnizatorios al despido Cfr. STS en u.d. de 8 de Febrero 1993 A/749 (F.J.3) citando las del mismo Tribunal de 26 de Julio 1990 A/6483, de 21 de Septiembre 1987 A/6234 y de 16 de Septiembre de 1986 A/4983.

especialmente por su relación con la prestación laboral debida-, lo anterior supondría que aun cuando el art.41.1 ET en el apartado f) sólo haga referencia expresa al cambio de funciones que exceda los límites del artículo 39 ET, la movilidad funcional extraordinaria del art.39.2 ET en la medida en que puede considerarse <<sustancial>> por originar una alteración de la prestación laboral debida, doctrinalmente se considera que también será subsumible en el presupuesto de hecho del art.50.1 a) ET ⁵⁶².

(b) El ET en el art.50.1,a) no condiciona la consecuencia jurídica a la regularidad de la decisión empresarial.

La modificación decidida unilateralmente por el empresario calificada como <<sustancial>>, puede ser presupuesto de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, tanto si adoptó con sujeción al régimen causal y procedimental establecido, como si se adoptó contraviniendo éste. A esta conclusión llegó la jurisprudencia en base a la regulación anterior y la doctrina considera perfectamente defendible tal interpretación del presupuesto del art.50.1,a) ET en base al régimen actual del art.41 ET⁵⁶³.

Sin embargo, aun cuando pueda sostenerse que la extinción

⁵⁶² Vid. por todos, RAMIREZ MARTINEZ, J.M., en “Flexibilidad interna: movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, op. cit. pág.34.

⁵⁶³ Cfr. GOERLICH PESET, J.M., en *La extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág.27.

No se trata de una modificación realizada de forma irregular y por tanto no se exige que haya un previo incumplimiento empresarial Cfr. RODRIGUEZ PIÑERO Y FERNANDEZ LOPEZ, en *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, Ed. La ley-Actualidad, Madrid, 1998, págs.158 y 159.

del art.50.1,a) ET pueda estar justificada en una decisión empresarial regular desde el punto de vista causal y procedimental, difícilmente, a mi juicio, dicha decisión podrá considerarse lícita pues, si así fuera, significaría que, como señalan RODRÍGUEZ PIÑERO Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, el ET admite la posibilidad de que el empresario actúe legítimamente aun cuando al introducir cambios sustanciales en las condiciones de trabajo provoque un notable perjuicio para el trabajador "lesionando valores fundamentales inherentes a la persona" como son la dignidad y la formación profesional⁵⁶⁴.

Resultado que, desde luego, propicia el art.41 ET al no hacer mención expresa a la dignidad y a la formación profesional del trabajador como límites específicos a la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

De cualquier forma, como se ha dicho es difícil sostener la consecuencia apuntada. El empresario debe ejercitar sus poderes empresariales y entre estos el <<ius variandi>> extraordinario sometido a unos límites que, aun cuando no estén expresamente establecidos en el art.41 ET, impiden que pueda considerarse lícita una modificación sustancial de condiciones de trabajo que perjudique la formación profesional del trabajador⁵⁶⁵.

En este sentido, BEJARANO HERNANDEZ defiende la ilicitud de toda modificación sustancial que infrinja los derechos básicos de

⁵⁶⁴ Cfr. RODRIGUEZ PIÑERO, M. y FERNANDEZ LOPEZ, M.F., en *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, op. cit. pág.160.

⁵⁶⁵ Para ALBIOL MONTESINOS, sin embargo, "las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, en cuanto que llevadas a cabo por la vía prevista en el artículo 41 ET suponen un ejercicio legítimo de facultades empresariales. Por lo que no se entiende por qué el artículo 49.10 ET las califica de incumplimientos empresariales". Cfr. ALBIOL MONTESINOS, I., en "Extinción por voluntad del trabajador", BORRAJO DACRUZ (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales: El Estatuto de los Trabajadores*, EDERSA, Madrid, 1988, pág.214.

los trabajadores y dentro de éstos, la dignidad y la formación profesional del trabajador⁵⁶⁶. Y, en referencia concreta al cambio funcional señala que éstos operan como límites genéricos cualquiera que sea el régimen jurídico al que se vea sometida la modificación funcional⁵⁶⁷.

Desde mi punto de vista, aun cuando así debería ser, obsta a ello la falta de eficacia jurídica directa del art.4.2 ET en el que se recoge el derecho a la formación profesional del trabajador. Este precepto no tiene eficacia jurídica directa y, por tanto, no parece que su contravención pueda considerarse como un incumplimiento de una norma imperativa que tuviera como consecuencia jurídica la nulidad de la decisión empresarial.

Lo anterior, sin embargo, no impide que el derecho a la formación profesional reconocido en el art.4.2 ET pueda utilizarse como criterio interpretativo a efectos de determinar el alcance del deber de buena fe del empresario en relación con la profesionalidad del trabajador ante situaciones de cambio sustancial de condiciones de trabajo.

Así, cabría entender que el empresario en virtud del deber de buena fe contractual tiene que ejercitar sus poderes empresariales y entre estos el <<ius variandi>> extraordinario respetando los derechos básicos del trabajador -en el caso que nos ocupa el derecho a la formación profesional-.

⁵⁶⁶ Cfr. BEJARANO HERNANDEZ, A. en *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación*, Ed. Civitas, Madrid, 2000, pág.95 y 96.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, pág.83.

Siendo así, hay que convenir con RODRIGUEZ PIÑERO y FERNANDEZ LÓPEZ que el perjuicio a la formación profesional ocasionado por una modificación sustancial de condiciones de trabajo sería un ilícito contractual, aun cuando la modificación fuera regular desde la perspectiva causal y procedimental⁵⁶⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, interesa a continuación hacer el mismo planteamiento pero concretado para las modificaciones funcionales <<sustanciales>> pues desde mi punto de vista es en este ámbito donde más puede verse afectada la profesionalidad del trabajador.

En definitiva, se trata de plantear si es posible que la alteración de la prestación debida perjudicando la formación profesional del trabajador pueda ser considerada lícita.

En primer lugar, la modificación sustancial de la prestación laboral debida realizada a través de la vía de la movilidad funcional del art.39.2 ET, de ocasionar un perjuicio a la formación profesional del trabajador, sería en todo caso ilícita pues como resulta obvio en tal supuesto el límite de la formación profesional establecido en el art.39.3 ET se entendería incumplido⁵⁶⁹.

En segundo lugar, respecto de la movilidad funcional excepcional, es decir, la referida en el art.39.5 ET. Su régimen jurídico se encuentra en el art.41 ET. y como se apuntó este precepto no recoge los derechos profesionales como límite a la misma. De lo que se sigue que el cambio de funciones vía art.41 podría ser considerado ilícito si se contravienen las causas o el

⁵⁶⁸ Cfr. RODRIGUEZ PIÑERO, M y FERNANDEZ LOPEZ, M.F., en *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, op.cit. pág.160.

⁵⁶⁹ En este sentido vid. ALBIOL MONTESINOS, I, en “Extinción por voluntad del trabajador”, op. cit. pág.214, nota a pie núm.6.

procedimiento ahí establecido pero no tendría por qué serlo si se perjudica la formación profesional del trabajador.

Afirmar lo anterior significaría que cumplidos los requisitos formales y causales del art.41 ET no habría obstáculo alguno para que el empresario cambiara definitivamente al trabajador a categoría profesional no equivalente, ni subjetiva, ni objetivamente.

Esta conclusión desde mi punto de vista es discutible, de una parte, porque la aptitud profesional del trabajador es un límite a la modificación sustancial de funciones vía art.41 ET, y, de otra, porque el ejercicio de los poderes empresariales está sometido al principio de buena fe contractual.

En relación con la aptitud o capacidad profesional del trabajador, defender que ésta no es límite a la modificación sustancial de condiciones de trabajo supondría:

En primer término, que el empresario puede asignar al trabajador unas funciones aunque no tenga capacidad profesional para realizarlas. En segundo término, que el trabajador tendrá la obligación de adquirir las competencias profesionales precisas mediante procesos de formación que, todo hace suponer, en este caso no serán <<simples>>, sino más bien todo lo contrario dado que seguramente lo que se requiera sea la recualificación del trabajador.

Y, por último, que producido el cambio si el trabajador no alcanza el nivel profesional requerido por las nuevas funciones se verá abocado a ejercitar la acción resolutoria del art.50.1,a) ET, pues, en caso contrario, el empresario podrá despedirlo por incumplimiento de los deberes profesionales accesorios a la nueva prestación laboral debida, en definitiva, por falta de diligencia profesional, o, como mal menor, utilizar la vía del art.52,a)ET

extinguendo el contrato por ineptitud del trabajador.

Diversamente a lo apuntado, a mi juicio, el empresario sólo puede asignar al trabajador unas funciones para las que tenga capacidad profesional pues en caso contrario el objeto de la relación jurídica laboral resultante de la novación sería imposible desde el punto de vista subjetivo y en consecuencia la decisión empresarial que modifica la prestación laboral debida sería nula.

Considero en efecto que el cambio funcional extraordinario del art.41 ET requiere lo que *supra* se identificó como presupuesto subjetivo de la equivalencia, esto es, que el trabajador tenga capacidad profesional para realizar las nuevas funciones. De no respetarse la capacidad profesional del trabajador éste podrá ejercitar la acción resolutoria del art.50.1,a) ET pero, también, a efectos de evitar la extinción del contrato de trabajo, tiene abierta la posibilidad de ejercitar la acción revocatoria de la decisión empresarial a través del cauce procesal del proceso ordinario.

Por otra parte interesa plantear si el cambio podría producirse a categoría profesional inferior no equivalente profesionalmente⁵⁷⁰. En tal caso aunque el trabajador tuviera la aptitud profesional necesaria para realizar las nuevas funciones también se perjudicaría su formación profesional pues evidentemente con ocasión del cambio perdería en parte su patrimonio profesional. ¿Sería esta modificación funcional <<sustancial>> lícita? Teniendo en cuenta lo dicho *supra* en relación con el deber de buena fe del empresario es posible

⁵⁷⁰ En este sentido CRUZ VILLALON, J. en “El art.41ET”, op. cit. pág.517.

entender que se trata de una conducta empresarial ilícita.

Como conclusión de lo anterior, el empresario debe ejercitar sus poderes empresariales y entre estos el <<ius variandi>> extraordinario sometido a unos límites genéricos, en concreto la aptitud profesional del trabajador y el deber de buena fe contractual, que impiden que una modificación sustancial de condiciones de trabajo que perjudique la formación profesional del trabajador pueda considerarse lícita. La modificación <<sustancial>> podrá ser regular desde el punto de vista del régimen causal y procedimental estatutariamente establecido, pero en la medida en que lesione el derecho a la formación profesional del trabajador afectado por el cambio habrá que entender que el empresario se ha extralimitado en el ejercicio de sus potestades y que, por tanto, la modificación será ilícita.

En consecuencia, dado que el presupuesto de hecho del art.50.1,a) ET es precisamente ese perjuicio cualificado a la formación profesional hay que convenir con RODRIGUEZ PIÑERO Y FERNÁNDEZ LÓPEZ que dicho presupuesto de hecho es un ilícito contractual⁵⁷¹.

Señalado lo anterior es necesario tener en cuenta que el art.41 al omitir toda referencia a los derechos profesionales del trabajador en la delimitación del ámbito de actuación del <<ius variandi>> extraordinario empresarial, tampoco prohíbe que el empresario pueda extinguir el contrato de trabajo por ineptitud o falta de adaptación del trabajador ex art.52 ET. En consecuencia, cabe plantear si esta vía empresarial de extinción puede ser operativa en los supuestos anteriores, es decir, cuando al

⁵⁷¹ Cfr. RODRIGUEZ PIÑERO, M. y FERNANDEZ LOPEZ, M.F. en *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, op. cit. pág.160.

trabajador como consecuencia del cambio se le asignaran funciones sin que tuviera capacidad profesional para realizarlas o bien cuando el trabajador no se adaptara a las nuevas funciones derivadas del cambio técnico introducido por el empresario.

Desde mi punto de vista podría mantenerse que en base al principio de buena fe contractual el empresario debió prever los cambios y asegurar los medios de formación o adaptación necesarios para que el trabajador pudiera hacerles frente. De manera que salvo que el empresario hubiera adoptado las medidas preventivas adecuadas se podría considerar infringido el deber de buena fe contractual y, en consecuencia, injustificado el despido objetivo por ineptitud o falta de adaptación del trabajador.

Esta es la interpretación que hace la jurisprudencia francesa. En los contratos de trabajo ordinarios los tribunales franceses a partir de 1992 han puesto en evidencia unas obligaciones que pesan sobre el empleador en el cuadro de la ejecución del contrato de trabajo y en el procedimiento de extinción por causas económicas: el deber de adaptar a los trabajadores a la evolución de sus empleos y una obligación de recolocación/reclasificación del trabajador⁵⁷².

De manera que, la correcta ejecución del contrato de trabajo supone que el empresario debe ofrecer al trabajador los medios para adaptarse a todas las evoluciones y cambios que afecten a su empleo.

Esta obligación, los tribunales franceses la deducen del principio de buena fe contractual (art.1134, 3 Code civil)⁵⁷³, y

⁵⁷² Cfr. DEL SOL, M., en "Le droit des salariés à une formation professionnelle qualifiante: des aspects juridiques classiques, des interrogations renouvelées", Droit social, núm.4, 1994, pág.416 y 417.

⁵⁷³ Cfr. DEL SOL, M., en "Le droit des salariés à une formation professionnelle qualifiante: des aspects juridiques classiques, des interrogations renouvelées", op. cit., pág.418.

alcanza a que el empresario prevea los cambios y asegure los medios para que el trabajador pueda hacerles frente, pero no a garantizar totalmente el empleo del trabajador ya que si éste no se adapta a las nuevas exigencias del puesto de trabajo el empresario podrá extinguir su contrato de trabajo⁵⁷⁴. Se trata de incitar a las empresas a que adopten una gestión preventiva en materia de empleo⁵⁷⁵. En este sentido, afirma DEL SOL, la medida siendo protectora del interés del trabajador, -al hacer prevalecer la estabilidad en el empleo frente el poder de organización empresarial-, no ignora, sin embargo, el interés de la empresa, -al no tener el trabajador ninguna garantía absoluta de empleo⁵⁷⁶.

La obligación empresarial, por tanto, es de medios pero no de resultado y su incumplimiento origina que se entienda que el despido es injustificado por carecer de causa real y sería⁵⁷⁷.

Paralelamente surge para el trabajador un deber inherente a su contrato de trabajo que es el de adaptarse a la evolución de su empleo, para lo que el trabajador dispone de los <<créditos de formación>>.

A mi juicio, como se deduce de lo expuesto *supra*, nada impide que en el caso español se llegara al mismo resultado interpretativo.

MARTIN PUEBLA tras el estudio de la doctrina y jurisprudencia francesa, llega a esa misma conclusión en relación con la movilidad funcional horizontal. Considera este autor que el

⁵⁷⁴ *Ibidem*, pág.417.

⁵⁷⁵ LYON-CAEN,A., "Le droit et la gestion des compétences", Droit Social, núm.6, 1992, pág.579

⁵⁷⁶ Cfr. DEL SOL, M., "Le droit des salariés à une formation professionnelle qualifiante: des aspects juridiques classiques, des interrogations renouvelées" op. cit. pág.417.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, pág.418.

reconocimiento del derecho del trabajador a la formación profesional en la relación de trabajo ex art.4.2,b) ET es el soporte jurídico sobre el que puede asentarse "un deber de formación a cargo del empresario con vocación de generalidad". Como ya se anotó supra desde su punto de vista el empresario tiene el deber de proporcionar al trabajador los medios necesarios para adaptarse a las nuevas funciones y efectuar correctamente los cometidos que se le encomiendan pues, de no hacerlo, incurriría en un ejercicio ilícito por abusivo de sus facultades directivas.

La doctrina española ya se manifestó en este sentido respecto de la regulación de la movilidad funcional anterior a la reforma de 1994 entendiéndose que el respeto a los derechos económicos y profesionales que el art.39 ET imponía al empresario impedía que si el trabajador devenía inepto como consecuencia de un cambio de puesto de trabajo el empresario pudiera alegar ineptitud como causa de despido ex art.52 ET⁵⁷⁸. Se llegó a interpretar que el art.52,a) ET exigía un período de adaptación del trabajador a las nuevas condiciones de trabajo y nuevas tareas que, por aplicación analógica del previsto en el art.52,b) ET, debía ser de dos meses⁵⁷⁹.

La jurisprudencia también mantuvo esta línea interpretativa llegando a exigir la reclasificación del trabajador⁵⁸⁰.

En la regulación actual el art.39.3 ET suprime la posibilidad de alegar ineptitud o falta de adaptación como causa de despido

⁵⁷⁸ Vid. RAMIREZ MARTINEZ, J.M. en "Extinción por causas objetivas", op. cit. pág.244 y SALA FRANCO, T., en "Movilidad funcional", op. cit. pág.46.

⁵⁷⁹ Vid. GONZALEZ ORTEGA, S. en "Tribunal central de trabajo. Contrato de trabajo y otras materias: la ineptitud como causa de despido y su relación con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral", RPS, núm. 127, 1980, pág.208 y, en el mismo sentido, BRIONES GONZALEZ, C. en *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, MTSS, Madrid, 1995, pág.72 y 73.

⁵⁸⁰ Cfr. BRIONES GONZALEZ, C., en *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, op. cit. pág.73 y jurisprudencia ahí citada, especialmente la STCT de 3 de Febrero de 1981 A/686 recogida por esta autora en nota núm. 60.

cuando las mismas deriven de un cambio funcional.

Pero, como ya se indicó esta prohibición no se recoge en el art.41 ET lo que a juicio de BRIONES GONZALEZ no obsta para mantener que en supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo no sea posible el despido por ineptitud del trabajador ex art.52,a) ET.

Sin embargo, como apunta esta autora, queda abierta la posibilidad de despedir al trabajador por falta de adaptación cuando la modificación sustancial se hubiera producido en virtud de un cambio técnico operado en el puesto de trabajo. En efecto, la falta de adaptación del trabajador por este motivo integra el presupuesto de hecho del art.52,b)ET, en consecuencia, de concurrir aquella, el empresario estaría facultado despedir al trabajador ex art.52,b) ET.

Y, hay que convenir con BRIONES GONZALEZ que del resultado alcanzado deriva una <<incongruencia>>, que a su juicio proviene de "una reforma fragmentaria de las causas objetivas de despido, que se ha centrado en la causa c) del artículo 52, ignorando las restantes"⁵⁸¹.

Desde mi punto de vista, hubiera supuesto un considerable avance en la tutela de la profesionalidad del trabajador que con ocasión de tal reforma se hubiera, sino suprimido la falta de adaptación a los cambios técnicos que recoge el art.52,a) ET como causa de despido objetivo, cuanto menos prohibido invocar la ineptitud o falta de adaptación como causas de despido objetivo en supuestos de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo -como lo hace el art.39.3 ET respecto de la movilidad funcional-.

(c) ¿qué perjuicios a la formación profesional justificarán

⁵⁸¹ Cfr. BRIONES GONZALEZ, C. en *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, op. cit. págs.75, 165 y 166.

la medida extintiva del art.50.1,a) ET?

Se ha dicho que la modificación sustancial de condiciones de trabajo no determina por sí solas lesión a la formación profesional⁵⁸². De manera que el perjuicio a la formación profesional "debe concurrir objetivamente y de forma tal" que resulte justificada la extinción⁵⁸³, y, en la medida en que el daño no se presume, corresponderá al trabajador que lo alega la carga de probarlo⁵⁸⁴.

Tal presunción a juicio de CRUZ VILLALÓN no opera ni aun cuando se trate de un cambio funcional⁵⁸⁵. Sin embargo, la doctrina judicial sí presume que un cambio <<sustancial>> de funciones, perjudica la formación profesional en diversos supuestos, entre estos; por el simple hecho de producirse fuera del grupo profesional o categorías profesionales equivalentes⁵⁸⁶, cuando

⁵⁸² En este sentido CRUZ VILLALON, J., en "El art.41 ET", op. cit. pág.517.

⁵⁸³ Así lo mantiene por ejemplo el TSJ de Navarra en sentencia de 8 de Septiembre de 1992 A/4295. Este tribunal, siguiendo la doctrina del TCT recogida entre otras en las sentencias de 18 noviembre y 17 diciembre 1989, señala que "no basta con una actuación anormal o ilícita por parte de la empresa, sino que es necesario que de la misma, por su trascendencia y demás circunstancias concurrentes, se acredite la existencia de un perjuicio real y objetivo para la formación profesional del productor o que sea atentatoria contra su dignidad, lo que no ha tenido lugar en el caso ahora enjuiciado" (F.J.2).

⁵⁸⁴ Cfr. RODRIGUEZ PIÑERO, M. y FERNANDEZ LOPEZ, M.F., en *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, op. cit. pág.171 y CRUZ VILLALON, J., en "El art.41 ET", op. cit. pág.516.

En este sentido el TSJ de la Comunidad Valenciana en sentencia de 28 de Noviembre de 1990, A/3736 señala que el perjuicio "no exime a quien lo alegase de su prueba, no siendo suficiente el simple alegato de su existencia ni el fundarlo en motivaciones personales, sino acreditando que concurre un perjuicio objetivo valorable y que incluso debe someterse a un juicio en que se cotejen de la pervivencia de aquella y aún la buena fe empresarial que excluya cualquier sospecha de discriminación" (F.J.2).

⁵⁸⁵ Cfr. CRUZ VILLALON, J., en "El art.41 ET", op. cit. pág.517

⁵⁸⁶ STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 5 de Octubre de 1992 A/5196. Se parte como hechos probados de que la trabajadora estuvo sola en las antiguas oficinas desde noviembre 1991 a enero 1992, sin tener ocupación alguna, así como que se le encomendaron en el nuevo centro de trabajo tareas que no eran propias de su categoría profesional, y, finalmente, que el nuevo horario, en cuanto a la hora de entrada, se aplicaba exclusivamente a la actora.

A la vista de tales hechos concluye el tribunal "parece obvio que el precepto aplicable al caso de autos no es el 41 que dice la recurrente sino el 50 del Estatuto de los Trabajadores, en que fundamenta la juzgadora de

conlleve la degradación profesional del trabajador⁵⁸⁷, cuando suponga una falta prolongada de ocupación efectiva⁵⁸⁸, e incluso cuando producido el cambio a categoría profesional superior el trabajador no cuente con la capacidad profesional necesaria para realizar las nuevas funciones.

b') El derecho del trabajador a la extinción indemnizada del contrato de trabajo como consecuencia jurídica del art.50.1,a) ET.

1) La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador.

En primer lugar interesa plantear cuál es la naturaleza jurídica de la extinción.

La doctrina mayoritariamente se inclina por entender que la extinción del art.50 es de naturaleza judicial⁵⁸⁹.

instancia su decisión, porque no sólo se ha producido una modificación de las condiciones de trabajo que perjudican a la actora en su formación profesional como es el no darle ocupación efectiva o dársela en tareas impropias de su categoría profesional, sino que también se ha cambiado el centro de trabajo sin autorización alguna y se le ha impuesto un horario de trabajo que, aunque aceptado por el Delegado de Personal, no se aplica a todos los trabajadores sino exclusivamente a la actora a la que se le da un trato claramente discriminatorio; ha incurrido, en consecuencia, la empresa en graves y culpables incumplimientos contractuales que justifican y amparan la pretensión de la actora.

⁵⁸⁷ Vid. STSJ de Cataluña de 11 Junio 1992, A/3369. En este caso, por conveniencia de la empresa se redujo la actividad del trabajador a la de mero montador de autorradios y el TSJ entiende que tal degradación de funciones es incardinable en el art. 50.2 del Estatuto de los Trabajadores, pues, “independientemente de que la profesión del demandante no esté recogida como categoría en convenio, es obvio que se ha realizado una degradación en la actividad para la que el trabajador fue contratado, que redundan en perjuicio de su formación profesional”. (F.J.2)

⁵⁸⁸ Vid. STSJ del País Vasco de 23 de Marzo de 1992 A/1304

⁵⁸⁹ La incoherencia derivada del carácter judicial de esta vía de extinción ha sido puesta en evidencia por la doctrina, entre otros, ALBIOL MONTESINOS ALBIOL MONTESINOS,I., en “Extinción por voluntad del trabajador”, op. cit. pág.204 y VIDA SORIA, J., en “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, op. cit. pág.101, y desde luego así resulta de que el trabajador deba mantenerse en su puesto de trabajo hasta la firmeza de la sentencia, a pesar de los perjuicios infringidos a su formación profesional, y,

El TS en unificación de doctrina ha consolidado el criterio que ya mantuvo en anteriores ocasiones sobre el carácter constitutivo de la sentencia que recae en el proceso encaminado a la resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador⁵⁹⁰. La extinción del contrato se origina por la sentencia constitutiva de carácter firme que estime que la empresa ha incurrido en alguna de las causas del art.50 ET, -a las que el TS se refiere como "incumplimientos contractuales"- ⁵⁹¹.

que todo hace presagiar, no cesarán hasta tanto no se resuelva finalmente el proceso.

Frente a la opinión mayoritaria, CRUZ VILLALON sostiene que, "la extinción se produciría en virtud de los arts.40, 41 o 49.4 ET -incluso cuando se reclama la indemnización superior correspondiente al perjuicio cualificado o grave-, que otorgan directamente la facultad de extinguir, rescindir o dimitir, respectivamente" y que "por contra, para el resto de las resoluciones no modificativas, el art.50 ET tan sólo concede al trabajador la posibilidad de <<solicitar>> la extinción.

En consecuencia, defiende que incluso la extinción prevista en el art.50.1.a) del ET por "modificación...que redunde en perjuicio de su formación profesional" tenga naturaleza extrajudicial.

Desde mi punto de vista, a pesar de que entienda más razonable que la extinción del art.50.1.a) ET tuviera carácter extrajudicial, en línea con la opinión doctrinal apuntada *supra*, y sobre todo de cara a una mayor protección de la profesionalidad del trabajador, sin embargo, la literalidad de los arts.41 y 50 del ET conduce a una conclusión distinta.

Así, el primero señala "sin perjuicio de lo dispuesto en el art.50, apartado 1.a)...", por tanto, remitiéndose sin más a ese precepto.

Por su parte, el art.50 del ET, en relación a todos los supuestos en él contemplados, señala que "serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato:...".

Por consiguiente, no resulta tan claro que el trabajador, en este caso, pueda extinguir la relación laboral por sí sólo sin necesidad de acudir con carácter previo a la vía judicial solicitando al juzgador la resolución contractual. La transcrita previsión del art.50 es común a todas las causas y, por tanto, no se entiende que en un caso sí y en los otros no se predique la naturaleza automática de la extinción.

Pero desde luego, hay que reconocer que la interpretación sistemática del precepto puede respaldar la solución contraria. Es perfectamente defendible el carácter automático de la resolución prevista en el art.41ET cuando la modificación produce un perjuicio simple al trabajador que la soporta. Y, si esto es así, en buena lógica si la modificación produce efectos más graves para el trabajador habrá que entender que con mayor motivo éste pueda reaccionar frente a la decisión empresarial extinguiendo automáticamente la relación jurídica. Lo contrario nos lleva a una nueva incoherencia también planteada por VIDA SORIA. A salvo de que se entienda que el perjuicio que justifica la resolución del art.50 y trae como consecuencia una indemnización de mayor cuantía, al ser <<cualificado>>, debe quedar acreditado y controlado por los tribunales.

⁵⁹⁰ En STS u.d. de 23 de Abril de 1996 A/3403 se atribuye a la sentencia un carácter constitutivo lo significa que "la relación continuará subsistente mientras no adquiera firmeza y en este caso tendrá el trabajador el derecho, y también la obligación, de continuar ocupando su puesto de trabajo en tanto no se resuelva el recurso pendiente.(F.J.4) y cita como anteriores en el mismo sentido las SSTS, de 22 de Octubre de 1986 A/5878, de 26 de Noviembre de 1986 A/6516, de 12 de Julio de 1989 A/5461 y la de 18 de Julio de 1990 A/6425.

Aplicando esta doctrina judicial, la STSJ de Cataluña de 13 Julio de 1995, A/3093, señala que "la sentencia que haya de conocer de la acción de extinción por voluntad del trabajador, es de carácter constitutivo, de tal manera que la relación laboral no puede entenderse extinguida hasta el momento que así lo establezca la sentencia y únicamente en el caso de que la misma estime la pretensión del actor" (F.J.1).

⁵⁹¹ Razona el TS que "si la extinción del contrato no se produce hasta que por sentencia firme se

En consecuencia, el trabajador, por una parte, debe solicitar la rescisión judicial del contrato y, por otra, no abandonar la actividad laboral que desempeña en la empresa hasta que obtenga sentencia firme, pues en tanto la sentencia no adquiera firmeza la relación laboral subsiste y con ella el derecho y la correlativa obligación del trabajador de continuar trabajando⁵⁹². En caso contrario, es decir, si el trabajador abandona su puesto de trabajo, se entenderá que la extinción del contrato se produjo por voluntad unilateral del mismo ex art.49.4 ET y el posterior ejercicio de la acción extintiva del art.50 ET no tendrá efectos revocatorios de tal dimisión, en la medida en que jurisprudencialmente se viene entiendo que la dimisión del trabajadores es irrevocable salvo que la misma sea aceptada por la empresa⁵⁹³.

De cualquier forma, con carácter excepcional el TS admite la posibilidad de que el trabajador ex art.50 ET extinga directamente el contrato, es decir, extrajudicialmente, cuando la continuidad de la relación laboral atente a la dignidad, a la integridad personal del trabajador, o, en general, cuando lesione sus derechos fundamentales⁵⁹⁴.

estime que la empresa ha incurrido en alguna de las causas de incumplimiento contractual, se está reconociendo el carácter constitutivo de la sentencia y su subordinación precisamente al momento de la firmeza. Y ya vimos que esto entraña la subsistencia del vínculo laboral y el derecho y correlativa obligación del trabajador a continuar en el desempeño de sus funciones”. Vid. la citada STS u.d. de 23 de Abril de 1996 A/3403 (F.J.4)

⁵⁹² Además de las anteriormente citadas, vid. la más reciente STS de 8 de Noviembre de 2000 A/1419 (F.J.2).

⁵⁹³ Tiene señalado el TS el carácter irrevocable de la dimisión del trabajador salvo que la posterior retractación del trabajador sea aceptada por la empresa. Vid. STS de 18 de Julio de 1990 A/6425 (F.J.3)

⁵⁹⁴ A modo ejemplificativo señala la STS de 18 de Julio de 1990 A/6425 que “en supuestos excepcionales, por ejemplo, malos tratos de palabra u obra, falta continuada del abono del salario o llevar a cabo el trabajo en modalidad distinta de la que fue contratada, es decir, cuando se ofrecen situaciones que pongan de manifiesto que la convivencia resulta muy difícil, es admisible dicho abandono” (F.J.2). Con posterioridad el TS en u.d. ha apuntado también esta posibilidad en la ya citada STS de 23 Abril 1996 A/3403.

En este sentido, también la STSJ de Galicia de 25 de Marzo de 1998 A/5894 (F.J.2).

En segundo lugar, el tenor literal del art.41.3 ET plantea dificultades interpretativas en torno a si la impugnación de la decisión empresarial ex art.41.3 ET a través del cauce procesal del art.138 LPL, es compatible o no con la extinción del contrato ex art.50.1,a) ET⁵⁹⁵.

La regla defendida por la doctrina es que ambas acciones son compatibles⁵⁹⁶. En el mismo sentido lo ha considerado el TS en unificación de doctrina manteniendo que *"No existe argumento atendible, y menos una clara imposición legal, que autorice a pensar que la deducción de demanda impugnativa excluye una ulterior petición extintiva si la respuesta judicial fuere desfavorable. Con este planteamiento se está condicionando una de las opciones: extinción indemnizada del contrato, nada menos que a la exclusión de un derecho fundamental, el de someter al juez social, «ex» artículo 24.1 de la Constitución, la viabilidad o la justicia de la orden empresarial"*, en definitiva el TS considera que *"esta alternativa hermenéutica aboca a resultados tan lesivos y exagerados, desde el punto de vista de los valores básicos de nuestro ordenamiento que forzosamente ha de ser rechazada"*⁵⁹⁷

Hay que recordar que como mantiene GOERLICH PESET la acción

⁵⁹⁵ Las mismas dificultades interpretativas que plantea el art.40.1 ET en relación con la movilidad geográfica.

En efecto, en relación a un supuesto de traslado el TS señala que "el análisis literal de la norma pudiera dar la impresión, en una primera lectura, de que la impugnación del traslado excluye la alternativa de extinción". Cfr. STS de 21 de Diciembre de 1999 A/1426 (F.J.3).

⁵⁹⁶ Vid. GOERLICH PESET, J.M. en *La extinción del contrato de trabajo*, op. cit. pág. 28 y su nota a pie núm. 24.

⁵⁹⁷ Cfr. STS u.d. de 21 de Diciembre de 1999 A/1426 de 2000 (F.J.3). Esta sentencia como ya se apuntó resuelve un supuesto de traslado del trabajador y aplica por tanto el art.40.1 ET en relación con el art.50.1.a) ET y no el art.41.3 ET. De cualquier forma, dada la identidad de las previsiones en relación con la acción impugnatoria establecida en ambos preceptos, la doctrina del TS recogida en el texto, perfectamente puede aplicarse al art.41.3 ET.

resolutoria del art.50.1,a) ET es "absolutamente independiente del control judicial de la regularidad formal o causal de las modificaciones sustanciales puestas en marcha por el empresario"⁵⁹⁸. Por tanto, si el trabajador instó la impugnación de la decisión empresarial y ésta fuera declarada regular desde la perspectiva formal y procedimental, el trabajador podrá con posterioridad ejercitar la acción resolutoria del art.50.1,a) ET.

El orden de ejercicio de acciones deberá ser éste y no otro. Tres son las razones que esgrime GOERLICH PESET para afirmarlo⁵⁹⁹.

En primer término, la literalidad del art.41.3 impide el ejercicio simultáneo de ambas acciones. pues este precepto permite impugnar la decisión empresarial al "trabajador que no habiendo optado por la rescisión de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial" y, la norma, al no establecer diferencias, hay que considerar que por <<rescisión del contrato>> entiende tanto la vía del art.41.3 ET -frente a perjuicios <<simples>>- , como la prevista en el art.50.1.a) ET -frente a perjuicios <<cualificados>>.

En segundo término, el plazo de caducidad de 20 día al que está sometida la acción impugnatoria impide invertir el orden so pena de que la acción caducara, pues la doctrina judicial mantiene que la acción resolutoria del art.50. a falta de disposición específica, está sujeta a la prescripción general de un año⁶⁰⁰.

Y, por último, también será el orden señalado el adecuado desde la perspectiva de la satisfacción de los intereses del trabajador. En efecto, si ejercitada en primer lugar la pretensión

⁵⁹⁸ Cfr. GOERLICH PESET, J.M. en *La extinción del contrato de trabajo*, op. cit. pág.27.

⁵⁹⁹ *Ibidem*, pág.28, 29 y nota a pie núm.24.

⁶⁰⁰ Cfr. STSJ de la Comunidad Valenciana de 29 de Septiembre de 1996 A/2879, así como la del TSJ de Galicia de 8 de Enero de 2001 A/274 y las citadas en su F.J.6. entre ellas las del TS de 22 de Diciembre de 1988 A/9897 y de 5 de Febrero de 1990 A/820.

impugnatoria, ésta prosperara, el trabajador podrá pedir la ejecución forzosa y, en último término, rescindir el contrato por la vía del art.50.1,c) ET, por tanto sin acudir a la vía del apartado a) de ese precepto y, en consecuencia, sin necesidad de tener que acreditar el perjuicio a su formación profesional.

2) El derecho del trabajador a percibir una indemnización por los perjuicios causados a su formación profesional.

Cuando la modificación sustancial de condiciones de trabajo, cualquiera que sea la condición afectada, perjudique la formación profesional o la dignidad del trabajador, el legislador entiende que el perjuicio causado -a la formación profesional y/o a la dignidad del trabajador-, es grave y en consecuencia establece que el trabajador ex art.50.2 ET tiene derecho a la indemnización correspondiente al despido improcedente⁶⁰¹

La carga indemnizatoria que el art.50 ET impone al empresario, se ha dicho que no tiene por finalidad resarcir al trabajador por incumplimientos empresariales previos, puesto que la decisión empresarial se enmarca en el art.41 ET y por tanto suponen un ejercicio legítimo de las facultades empresariales, lo que desde luego fue cuestionado supra.

Su fundamento, a juicio de CRUZ VILLALÓN, se encuentra en la "imposición de una responsabilidad objetiva empresarial, derivada

⁶⁰¹ El ET fija la cuantía de la indemnización en atención al alcance del perjuicio causado. Sobre este particular vid. CRUZ VILLALÓN, J. "El art.41 del ET tras la reforma de 1994", en RL, núms.17 y 18/1994, pág. 160.

del daño causado al trabajador con la introducción de unos cambios que desbordan lo pactado contractualmente, que le perjudican objetivamente y le constriñen a optar por la resolución contractual”⁶⁰². Y, la cuantía de la indemnización se fija en atención al perjuicio causado lo que explica las diferencias que en este punto se establecen entre la indemnización del art.41 ET y la del art.50 ET.

Desde esta perspectiva, la formación profesional del trabajador, no operando como límite a las facultades modificativas del empresario, se puede considerar, en efecto, como una carga para éste en tanto que de no respetar la profesionalidad del trabajador adoptando una medida modificativa que perjudica su formación profesional, se verá obligado a resarcirle con la indemnización prevista en el art.50 ET, si el trabajador decide ejercitar el derecho que tal precepto le reconoce a solicitar la extinción del contrato de trabajo.

c) La tutela judicial de la profesionalidad del trabajador frente a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo: Control judicial de la decisión empresarial.

Tanto la modificación individual como la colectiva podrán ser controladas por la jurisdicción social.

La primera, a través del proceso individual regulado en el art.138 LPL y la segunda, a través de la misma vía procesal cuando se plantee una reclamación individual y a través del proceso de conflicto colectivo⁶⁰³ regulados en los arts.151 y ss. LPL, si la

⁶⁰² *Ibidem* págs.159 y 160.

⁶⁰³ Señala el TS en sentencia dictada en u.d. de 18 de Junio de 2001 A/6309, que “*la impugnación de estas decisiones empresariales (colectivas) puede llevarse a cabo por los trámites de conflicto colectivo, por así ordenarlo el art.41.4 ET y ello a pesar de que no se cumplan los requisitos procesales establecidos en el art.151 LPL en cuanto a la afectación de intereses generales de un grupo genérico de trabajadores. En este caso (la*

reclamación es colectiva⁶⁰⁴.

A través de la vía de impugnación individual establecida en el art.138 LPL el debate procesal se centrará en la concurrencia o no de las causas establecidas en el art.41 ET a efectos de que la medida empresarial se declare justificada o no, con independencia de los perjuicios que tal medida ocasione a los trabajadores⁶⁰⁵.

El perjuicio que la modificación pueda producir sobre la

modificación acordada afecta únicamente a cuatro trabajadores) *no se trata de un conflicto colectivo propiamente dicho, incardinable en las previsiones del Real Decreto-Ley de 4 de Marzo de 1977, sino de una pretensión, cuyo ejercicio, está referido por la Ley a los cauces de tal modalidad procesal*” (F.J.2).

En definitiva, podría decirse que “el art.41 diseña un proceso de conflicto colectivo especial”, STS de 6 de Marzo de 2001 A/2836 (F.J.4).

⁶⁰⁴ En ambos supuestos la acción está sujeta al plazo de caducidad de 20 días hábiles establecido en el art.59.4 del ET.

El plazo para ejercitar la acción impugnatoria por la vía individual no planteaba problemas al estar establecido expresamente en el art.138.1 LPL, sin embargo, la LPL no se hace referencia expresa al supuesto en que la vía de impugnación fuera la de conflicto colectivo.

El TS a partir de la sentencia dictada en u.d. de 21 de febrero de 1997, A/1571 viene entendiendo que el plazo de caducidad previsto en el art.59.eET es de aplicación a los dos tipos de procedimientos en base a las siguientes razones : “a) porque la caducidad se predica de la acción y esta se ejerce con el mismo contenido, aunque con distinto ámbito en los dos tipos de procesos; b) porque la finalidad de la caducidad es evitar la indefinición en situaciones que afectan gravemente a ambas partes, y esta finalidad quedaría burlada si sólo se aplicara a los conflictos individuales” (F.J.6). Posteriormente, manteniendo el mismo criterio interpretativo, entre otras, vid. SSTS en u.d. de 14 de Mayo de 1997 A/4095 (F.J.3), de 22 de Julio de 1999 A/6165 (F.J.3), de 9 de Abril de 2001 A/5112 (F.J.2).

Es doctrina unificada del TS que en tanto el proceso especial regulado en el art.138 LPL “tiene como presupuesto la existencia real de modificaciones sustanciales de trabajo tal y como se conciben en el art.41 del ET, cuando el empresario introduce una modificación sustancial de carácter colectivo o individual -tanto da- sin seguir los trámites formales establecidos en el art.41, la acción impugnatoria podrá ejercitarse a través del procedimiento ordinario o el de conflicto colectivo (*). Pero, en cualquiera de los dos casos, la acción no estará sujeta al plazo de caducidad del art.59.4 ET y se podrá impugnar mientras persista la situación impuesta por la empresa. Vid. SSTS de 10 de Abril de 2000 A/3523, 18 de Septiembre de 2000 A/8333, de 9 de Abril de 2001 A/5112 “no se debe apreciar la caducidad porque la empresa no siguió el procedimiento adecuado para la modificación exigido en el art.41 ET y, en tanto en cuanto no siguió ese procedimiento no puede ahora beneficiarse de una caducidad que se haya condicionada al previo cumplimiento por la empresa de las exigencias procedimentales establecidas para la validez de aquella supresión” (F.J.2). Con clara exposición de la apuntada doctrina unificada, vid. STS de 15 de Enero de 2001 A/770 (F.J.2)

(*) Cuando no se esté en el supuesto del art.41, como se ha dicho, podrá seguirse el procedimiento de conflicto colectivo pero en tal caso, no el <<especial>> previsto en el art.41 ET, sino el ordinario. En consecuencia para que esa vía procesal sea la adecuado para ejercitar la pretensión se requerirá que ésta ex art.151.1 LPL, a) se refiera a un grupo genérico de trabajadores, y, b) actúe un interés general, es decir se esté ante un conflicto colectivo en sentido propio. En este sentido vid. STS de 6 de Marzo de 2001 A/2836 (F.J.4 y 5)

⁶⁰⁵ Vid. en este sentido CRUZ VILLALÓN, J., en “El artículo 41 del ET tras la reforma de 1994”, op. cit. págs.121.

profesionalidad del trabajador no parece, en efecto, que pueda ser objeto de control judicial a través de este cauce procesal. La literalidad de los arts.41.3 ET y 138 LPL al establecer cuál es el sentido de la sentencia dictada en los procesos de carácter individual dificulta interpretar que el control judicial no quede limitado a la causalidad de la medida adoptada y que ésta pueda ser impugnada por infracción de normas sustantivas así como por infracción de las normas del procedimiento previstas en el art.41 ET ⁶⁰⁶.

No obstante, cabe plantear si la lesión de derechos e intereses legítimos del trabajador como causa para impugnar la decisión empresarial podría plantearse a través del procedimiento ordinario. En tal caso, aunque el legislador no haya reconocido la formación profesional como límite específico -a diferencia de lo que ocurre en la movilidad funcional-, su lesión se podría alegar como causa de impugnación en base al reconocimiento genérico de la misma como derecho del trabajador en la relación de trabajo ex art.4.2.b) del ET y de estimarse la demanda conduciría a la

⁶⁰⁶ Vid. en este sentido BEJARANO HERNANDEZ, A., en *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación*, CIVITAS, Madrid, 2000, pág.163 y 165.

La posibilidad de fundamentar la pretensión que se ejercita en el proceso desarrollado según los trámites del art.138 LPL en motivos diversos a la causalidad de la medida empresarial ha sido objeto de atención doctrinal.

LOPEZ TARRUELLA aboga por que el "objeto del proceso fuera más bien, en sentido amplio, la disconformidad del trabajador con la medida impugnada (en los términos de los arts.40 y 41), siendo por tanto los concretos motivos impugnatorios no solamente los expresamente contemplados en el art.138 sino cualesquiera otros". Para este autor, no tiene ningún sentido que, instaurada esa modalidad (art.138 LPL) con la finalidad evidente de evitar perjuicios y otorgar seguridad, deba procederse por la vía procedimental ordinaria".

En el mismo sentido vid. RAMIREZ MARTINEZ, J.M., en "Flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificación de condiciones de trabajo", op. cit. pág.44.

CRUZ VILLALON, J., en "El artículo 41 del ET tras la reforma de 1994", op. cit., págs.162 y 163, entiende que cabe tal posibilidad en relación con la posibilidad de basar la impugnación en la inobservancia de los requisitos de forma o de procedimiento, pero parece que únicamente para los procedimientos de carácter colectivo y no para los individuales y también lo hace GARCIA MURCIA, J., aunque este autor no diferencia entre procedimiento individual y colectivo.

De cualquier forma, como doctrinalmente se recuerda, la sentencia no tendrá recurso lo que por consiguiente, puede hacer más conveniente "mantener las impugnaciones por la específica modalidad procesal limitada a los supuestos estrictamente contemplados en el art.138".

declaración de nulidad de la medida empresarial. Desde mi punto de vista, la dificultad de esta solución estriba en que como hubo ocasión de ver *supra* el precepto mencionado no tiene una eficacia jurídica directa. Y, probablemente las mismas dificultades plantearía impugnar la decisión empresarial por infracción del deber de buena fe contractual. Como tampoco hay certeza de que si el empresario, en atención a las consecuencias subjetivas derivadas de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, decidiera despedir al trabajador por ineptitud o falta de adaptación, el trabajador obtuviera tutela judicial efectiva de su profesionalidad ejercitando la acción de despido con fundamento en la infracción empresarial del deber de buena fe contractual.

De cualquier forma, la profesionalidad del trabajador frente a modificaciones colectivas a mi juicio, podría ser objeto de tutela judicial mediata, esto es, a través del control judicial de las normas del procedimiento previstas en el art.41 ET. Concretamente, mediante el control del cumplimiento del deber de negociar de buena fe durante el período de consultas que el art.41 ET impone al empresario y a los representantes de los trabajadores, tanto si a la medida colectiva debe preceder un acuerdo colectivo, como si, diversamente, el período de consultas no tiene que terminar necesariamente en acuerdo. Para CRUZ VILLALÓN el legislador en el art. 41 ha introducido un "auténtico deber jurídico, del que derivarían específicas consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento del mismo" y, a juicio de este autor, "sería incluso posible estimar la ilegalidad de la medida modificativa en el caso de que se incumpliera en lo esencial de parte empresarial ese deber de negociación"⁶⁰⁷.

⁶⁰⁷ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J. en "El artículo 41 del ET tras la reforma de 1994", op.cit. pág.150.

El art.41.4 ET señala que el período de consultas versará sobre "la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados".

Si se considera que la profesionalidad del trabajador puede verse perjudicada por la medida modificativa, el deber de negociar de buena fe puede alcanzar a que se propongan y negocien las medidas formativas apropiadas para evitar o cuanto menos para paliar tal perjuicio. Así pues, considerando infracción del deber de negociar de buena fe que en el período de consultas la profesionalidad del trabajador afectado por la medida modificativa no ha protegido en la forma apuntada, se trata a continuación de dilucidar si tal incumplimiento conllevaría que judicialmente se declarara la nulidad de la modificación colectiva o cuanto menos el carácter injustificado de la misma.

¿Cuál sería en tal caso la vía procesal indicada para reclamar por incumplimiento del deber de negociar de buena fe? Teniendo en cuenta que se trata de un requisito procedimental establecido en el art. 41 ET, son varias las posibilidades que se pueden barajar: a través del procedimiento individual del art.138 LPL, mediante el procedimiento ordinario, el procedimiento de conflicto colectivo y el de impugnación de convenios colectivos.

En primer lugar, frente a una modificación de carácter colectivo el trabajador puede ejercitar una pretensión individual

Considerando la opinión de este autor y teniendo en cuenta que como el mismo señala el acuerdo colectivo de modificación se puede identificar con un convenio colectivo estatutario, puede ser factible que la infracción del deber de buena fe contractual establecido en el art.41 ET fundamente la petición de ilegalidad del acuerdo colectivo de modificación ejercitada en un proceso de impugnación de convenio colectivo que se tramitará por el proceso de conflicto colectivo -ex arts.151.2 y 169.3 LPL-.

impugnatoria de la decisión empresarial fundamentada en la infracción del deber de negociar de buena fe. Pero si tal infracción se entiende como incumplimiento del procedimiento establecido en el art.41 ET, la vía procesal del art.138 LPL no será la indicada para ello. En efecto, hay que recordar que el TS en doctrina unificada entiende que "cuando no se cumplen por el empleador las exigencias formales del precepto "no se puede entender que la medida se ajusta a lo establecido en el art.41 del ET, siendo entonces el proceso ordinario el adecuado para reclamar frente a la medida y no el especial del art.138 LPL" en la medida en que éste "tiene como presupuesto la existencia real de modificaciones sustanciales de trabajo tal y como se conciben en el art.41 del ET"⁶⁰⁸.

Por tanto es el procedimiento ordinario el cauce procesal adecuado para que el trabajador impugne la decisión modificativa empresarial colectiva. Lo que para el trabajador presentará indudables ventajas, teniendo en cuenta que; al fundamentar la pretensión en la infracción de una norma de procedimiento establecida en el art.41 ET, la acción no estaría sujeta a un plazo de caducidad de 20 días hábiles establecido en el art.59.4 ET; la sentencia estimatoria conllevaría -en este caso sin lugar a dudas- la nulidad de la medida empresarial; y, que, a diferencia también de lo previsto para la modalidad procesal del art.138 LPL, la sentencia dictada en el proceso ordinario será susceptible de ser recurrida⁶⁰⁹.

⁶⁰⁸ Vid. STS de 15 de Enero de 2001 A/770 (F.J.2)

⁶⁰⁹ Así lo entiende BEJARANO HERNANDEZ en relación con las medidas empresariales adoptadas al margen de los procedimientos modificativos establecidos en el art.41 ET. Cfr. en *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación*, op. cit. págs.165 y 171.

En segundo lugar, en los art.41.3 ET y 138 LPL se establece cuál es el sentido de la sentencia dictada en los procesos de carácter individual, sin embargo, no hay previsión legal alguna en torno a los pronunciamientos posibles de la sentencia dictada en el proceso colectivo. Por tanto, desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, no hay impedimento legal a que en el proceso colectivo el control judicial no se limite a la causalidad de la medida empresarial sino que pueda alcanzar también a controlar el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en el art.41 ET⁶¹⁰. Y, entre estos -por lo que aquí se está viendo- si el empresario ha incumplido el deber jurídico de negociar de buena fe que le impone el art.41.4ET.

En este supuesto se pretendería la inaplicación de la decisión modificativa empresarial, fundamentada en la ilicitud de la misma por infracción del deber de negociar de buena fe establecido en el art.41 ET y tanto en caso de existir acuerdo como en el supuesto de que, aun exigiéndolo el art.41, la modificación se hubiera acordado unilateralmente por el empresario. En el primer caso, no se cuestionará el acuerdo adoptado en el período de consultas, sino la decisión adoptada por el empresario. El órgano judicial decidirá sobre la aplicación o no de la decisión empresarial y no sobre la validez del acuerdo⁶¹¹.

En este caso la existencia o inexistencia de un acuerdo colectivo previo será relevante a efectos de determinar la

⁶¹⁰ En este sentido vid. DEL REY GUANTER, S. en "Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo", en *La reforma laboral de 1994*, (Coord. ALARCON CARACUEL), Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, pág.217 y CRUZ VILLALON, J. en "El artículo 41 del ET tras la reforma de 1994", op.cit. pág.163.

Para LOPEZ-TARRUELLA la impugnación de la medida modificativa se puede fundamentar en la inobservancia del procedimiento o incumplimiento de requisitos esenciales del mismo, tanto en el proceso colectivo como en el individual. Cfr. en "Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", op. cit. pág.339.

⁶¹¹ Cfr. PEDRAJAS MORENO, A., en "Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo", en (VALDES DAL-RE, Dir.), *La reforma del mercado laboral*, LEX NOVA, Valladolid, 1994.pág.393

legitimación en el proceso.

De no existir acuerdo, los representantes de los trabajadores que intervinieron en la fase de consultas estarán entre los sujetos colectivos legitimados activamente en el proceso.

De existir aquél, convengo con PEDRAJAS en que, aunque la ley expresamente no lo establezca, se debe constituir un litisconsorcio pasivo en virtud del cual serán demandados el empresario y los representantes que lo suscribieron. El acuerdo colectivo y la posterior decisión modificativa empresarial, como apunta este autor, son autónomas y es la "decisión y no el acuerdo la determinante de las modificaciones, que a partir de la misma, habría de producirse"⁶¹². Lo anterior no obsta a que, de estimarse la demanda, la sentencia dictada en el proceso pueda afectar al acuerdo suscrito en el período de consultas y, por ello, se impone que los que lo suscribieron necesariamente intervengan en el proceso.

Aunque la ley nada diga en relación con la calificación de las modificaciones que se lleven a cabo sin observar el período de consultas, de estimarse la demanda, es criterio judicial que la calificación que corresponde es la de nulidad de la decisión empresarial⁶¹³. Se trata de una sentencia dictada en un proceso de

⁶¹² *Ibidem*, pág.393

⁶¹³ *"Como quiera que el período de consultas resulta ser la especialidad del procedimiento de modificación colectiva, su ausencia debe comportar la declaración de nulidad de la modificación. Su elusión es, en efecto, otro modo fraudulento de convertir en individual una modificación colectiva y, por tanto como unánimemente ha entendido la jurisprudencia, la calificación pertinente es la nulidad"*. Cfr. STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de Septiembre de 1998, A/4290 en la que resuelve desestimando un recurso de suplicación interpuesto por la empresa contra la sentencia de J.S. Guadalajara dictada en procedimiento de conflicto colectivo, en la que se declaraba nula la modificación sustancial de carácter colectivo adoptada sin observar el período de consultas y se condenaba a la empresa a reponer a los trabajadores afectados en las condiciones anteriores a su adopción.

En igual sentido vid. STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de Diciembre de 1996 confirmando la nulidad de la "reducción de los tiempos de viaje, acordada unilateralmente por la empresa, sin cumplir los requisitos exigibles" y la condena correspondiente a la empresa (F.J.3) y también la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 23 de Diciembre de 1998 A/4723 en la que confirma la sentencia de instancia declarando la nulidad de la decisión empresarial y la correspondiente condena a la empresa, por incumplimiento de los requisitos formales. Calificación de nulidad que este tribunal entiende que procede por incumplimiento de formalidades, tanto en caso de modificación colectiva (período de consultas/negociación), como en caso de modificación individual (notificación al

conflicto colectivo, no obstante, en caso de incumplimiento voluntario del empresario, será directamente ejecutable en la medida en que no recoge simplemente un pronunciamiento declarativo sino también un pronunciamiento de condena a la empresa a reponer a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo a sus anteriores condiciones de trabajo⁶¹⁴.

En tercer lugar, también es factible que la infracción del deber de buena fe contractual establecido en el art.41 ET fundamente la petición de ilegalidad del acuerdo colectivo de modificación de un convenio colectivo estatutario⁶¹⁵. La pretensión se ejercitará en el proceso de impugnación de convenio colectivo que se tramitará por el procedimiento de conflicto colectivo -ex arts.151.2 y 169.3 LPL-. Deberá constituirse un litisconsorcio pasivo necesario demandando, tanto al empresario, como a los representantes que suscribieron el acuerdo.

En este caso, a diferencia del anterior, se impugna el acuerdo adoptado por entender que éste es ilegal. Por tanto, si se estima la demanda la sentencia declarará la nulidad del acuerdo

trabajador) (F.J.4).

⁶¹⁴ Vid. en este sentido MONTOYA MELGAR, A. y otros, en *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, ARANZADI, Elcano, 2000, pág.464.

Como regla general, las sentencias dictadas en procesos de conflicto colectivo no son título ejecutivo, sin embargo, el TC en 1990 admitió la ejecución directa de las sentencias declarativas dictadas en este proceso cuando tengan una repercusión directa en el plano individual. Por otra parte hay que tener en cuenta que hay casos, como en los supuestos de modificación de condiciones de trabajo o traslados cuando se planteen por la vía de conflicto, en que la posibilidad de una ejecución directa en realidad deriva de que además de una pretensión declarativa en el proceso se ejercita una pretensión de condena.

ALONSO OLEA, M., MIÑAMBRES PUIG, C. Y ALONSO GARCÍA, R.M. consideran que en ese caso el conflicto es plural y no colectivo y que por tanto el procedimiento que debió seguirse fue el ordinario y no el especial de conflicto colectivo. Vid., en *Derecho Procesal del Trabajo*, 11ª, ed. CIVITAS, Madrid,2000, pág.268

⁶¹⁵ En este sentido LOPEZ TARRUELLA. Pág.348 y CRUZ VILLALÓN,J. pág.162 respecto de los laudos arbitrales

Para ALFONSO MELLADO y BLASCO PELLICER, la vía procesal de impugnación del convenio colectivo no es la apropiada si se trata de impugnar las modificaciones colectivas adoptadas por acuerdo entre la empresa y los representantes legales y sindicales. Cfr. en “Efectos e impugnación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, Comunicación presentada en el VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, Mayo, 1996, pág.10.

colectivo y en tal caso hay que plantearse qué efectos jurídicos tendrá sobre la decisión modificativa empresarial que fue adoptada en virtud de dicho acuerdo, ahora anulado y que, previsiblemente, ya fuera ejecutada.

¿La decisión empresarial, en tanto que acto de aplicación del acuerdo, si ya ha sido ejecutada, podrá verse afectada por la declaración de ilegalidad de aquél?

En tal caso, entrará en juego la llamada <<tercera vía>> de impugnación del acuerdo cuyo cauce procesal es el proceso ordinario⁶¹⁶. A través de esta impugnación individual indirecta el trabajador no puede impugnar el acuerdo pero sí pretender que no se aplique el mismo, y, en caso de que como apunté, la medida hubiera sido efectiva, reclamar por los perjuicios que le hubiera ocasionado la infracción del deber de negociar de buena fe.

Control judicial del cumplimiento del acuerdo adoptado en el período de consultas. Por otra parte, también el procedimiento ordinario será la vía procesal idónea para reclamar el cumplimiento de los compromisos adoptados por el empresario en el período de consultas e incorporados al acuerdo colectivo como contenido del mismo. Lo que aquí interesa resaltar en la medida en que en dicho acuerdo pueden aparecer compromisos de formación de los trabajadores.

El TS en unificación de doctrina ha resuelto que ante un incumplimiento de lo pactado por la empresa, el proceso adecuado para reclamar lo adeudado es el proceso ordinario y no el especial del art.138 LPL, pues éste tiene como presupuesto que existan realmente las modificaciones sustanciales ex art.41 ET⁶¹⁷.

⁶¹⁶ Vid. ALONSO OLEA, M., MIÑAMBRES PUIG, C. y ALONSO GARCÍA, R.M., en *Derecho Procesal del Trabajo*, op. cit.pág.284 y 285.

⁶¹⁷ Cfr. SSTs de 18 de julio de 1997 A/6354, de 7 de abril de 1998 A/2690 (F.J.3) y de 8 de abril de 1998 A/2693 (F.J.3), de 11 de Mayo de 1999 A/4721

C. LA FORMACION PROFESIONAL Y LAS MODIFICACIONES TECNICAS OPERADAS EN EL PUESTO DE TRABAJO.

Introducción.- El art.52.b) del ET permite al empresario extinguir el contrato de trabajo si el trabajador no se adapta a las modificaciones técnicas que se producen en su puesto de trabajo.

Indudablemente esta previsión estatutaria conecta directamente con la formación profesional en la medida en que la falta de adaptación, como hecho causante de la extinción, puede ser evitada mediante acciones formativas, en aquéllos supuestos en los que la modificación técnica signifique la necesidad de un progreso y perfeccionamiento de la capacidad profesional del trabajador.

La formación profesional, como medida de capacitación, puede facilitar la adaptación de los trabajadores a los cambios técnicos que se produzcan en su puesto de trabajo y, evitando la extinción de los contratos por esta causa, actuar en definitiva como medida preventiva frente al desempleo.

Es, desde esta perspectiva, desde la que se va a analizar el precepto estatutario.

a) La falta de adaptación como causa de extinción.

Concepto.- La inadaptación se puede entender como la incapacidad del trabajador de acomodarse a las nuevas condiciones y circunstancias de su puesto de trabajo resultantes de un cambio

técnico introducido en el mismo por el empresario. Esta incapacidad, como ha señalado RAMIREZ MARTINEZ, traerá como consecuencia que "el trabajador no sepa desempeñar las funciones que le están encomendadas una vez producido el cambio técnico o alcanzar el rendimiento exigible en el puesto de trabajo modificado"⁶¹⁸.⁶¹⁹

Como ha señalado la doctrina, la incapacidad manifestada por el trabajador sólo será relevante a efectos del art.52,b) del ET cuando, aun siendo imputable al trabajador⁶²⁰, sea ajena a su voluntad, ya que el precepto estatutario la configura como causa objetiva de extinción del contrato de trabajo⁶²¹. Una incapacidad, por consiguiente que, en palabras de GONZALEZ ORTEGA, será el "resultado negativo de un proceso de adaptación al que el trabajador se ha dedicado con total interés pero de resultado insuficiente"⁶²².

⁶¹⁸ Cfr. RAMIREZ MARTINEZ, J.M., en "Extinción por causas objetivas", op. cit. pág.253.

Vid. la STS de 28 de Mayo de 1987 (A/1912) de la que, aun cuando el tribunal entiende que la extinción fue improcedente por no quedar debidamente acreditados los motivos alegados en la carta de despido, se puede derivar que la inadaptación se podría haber entendido como falta de aptitud profesional imprescindible para atender el mantenimiento en perfecto estado de las máquinas más modernas de la empresa.

⁶¹⁹ Conexión entre inadaptación e ineptitud. La inadaptación a la postre resulta ser una ineptitud sobrevenida, con rasgos sustantivos y formales específicos. Cfr. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., en "Ineptitud, falta de adaptación y absentismo", Estudios sobre el despido, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones, Madrid, 1996, págs.137 a 153.

⁶²⁰ Para BRIONES GONZALEZ, C., esta causa sería imputable, tanto al trabajador, en tanto que "deviene inepto para el desempeño de los cometidos del puesto de trabajo que tenía asignado", como al empresario, en tanto que "es el que desencadena las condiciones de las que tal ineptitud deriva". Cfr. BRIONES GONZALEZ, C., en *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, op. cit.pág.174.

⁶²¹ Distinguiéndose así del supuesto que pueda dar lugar al despido por razones disciplinarias basado en una disminución del rendimiento exigible cuando ésta es grave y culpable pues en este caso la causa de la extinción será subjetiva y no objetiva.

⁶²² Cfr. GONZALEZ ORTEGA, S., en "El progreso en la capacidad profesional como obligación del trabajador en el estatuto de los Trabajadores", op. cit. pág.158.

Al art.52,b) del ET no le es indiferente la causa de la falta de adaptación del trabajador, exige que ésta sea consecuencia de un cambio técnico razonable introducido por el empresario, y que éste se produzca en el puesto de trabajo y sólo si la concurrencia de estos requisitos da como resultado la falta de adaptación del trabajador, el precepto estatutario permite al empresario extinguir el contrato de trabajo.

Pero para que la decisión extintiva sea procedente será necesario que el empresario observe, en primer término, las previsiones legales y convencionales relativas a la modificación técnica del puesto de trabajo y, en segundo término, la garantía que el ET establece para el trabajador afectado, esto es, le haya dado un plazo para adaptarse a su puesto de trabajo una vez introducido el cambio, que, como mínimo, será de dos meses.

Así, la inadaptación del trabajador, detectable desde el momento en que se introduce el cambio técnico, sólo tendrá relevancia jurídica cuando haya transcurrido el período de adaptación pues, será ese el momento en que el empresario podrá exigir al trabajador el rendimiento normal del nuevo puesto de trabajo ya que, hasta entonces, es decir, durante el período de adaptación, debió ser inferior el nivel exigible de rendimiento⁶²³.

b) Requisitos del hecho causante de la falta de adaptación.

La modificación técnica.- En primer término el art.52,b) del ET exige que se haya producido una modificación técnica en el puesto de trabajo, sin precisar que deba entenderse por técnica.

⁶²³ Sobre el nivel exigible de rendimiento, vid. RAMIREZ MARTINEZ, J.M., en "Extinción por causas objetivas", op. cit. pág.254 y GONZALEZ ORTEGA, S., en "El progreso en la capacidad profesional como obligación del trabajador en el estatuto de los Trabajadores", op. cit. pág.155.

Los escasos pronunciamientos judiciales existentes sobre esta causa de despido, poco ayudan a clarificar este extremo; ya que, salvo la STCT de 10 de Octubre de 1982⁶²⁴ en la que se hace referencia a la introducción de "las modificaciones técnicas acomodadas al progreso evitando el anquilosamiento en viejas y desfasadas técnicas o modos operativos que pueden impedir el normal desarrollo de la Empresa, su competitividad y aún la deseable mejora en los métodos de trabajo", el resto, identificando la modificación introducida por el empresario, declaran si ésta constituye o no un cambio técnico, sin ofrecer criterios generales que pudieran servir para interpretar el sentido de la norma.

Así, se ha entendido como cambio técnico la adquisición de ordenadores por la empresa⁶²⁵ y también la sustitución de máquinas fotocopadoras por otras de un diseño más avanzado⁶²⁶.

Por otra parte, la doctrina científica no mantiene un criterio unívoco al respecto. RAMIREZ MARTINEZ atiende a la naturaleza de la modificación y afirma que el precepto hay que entenderlo referido indistintamente a modificaciones tecnológicas y técnicas, por ser éstas equivalentes⁶²⁷, pero no contemplaría

⁶²⁴ Vid. STCT de 1 de Octubre de 1982 (A/5135).

⁶²⁵ Vid. STS de 21 de Junio de 1988 (A/6865) *El cambio técnico es la adquisición de un ordenador con un programa especial de delineación en color*, no realizándose, ya en la misma el trabajo de delineación sino por medio de ordenador.

STCT de 27 de Noviembre de 1985 (A/6510), el cambio técnico está relacionado con la introducción de ordenadores como avances de la electrónica.

⁶²⁶ Vid. STS de 28 de Mayo de 1987 (A/3912) El cambio técnico es el avance técnico de las máquinas fotocopadoras de cuya reparación se ocupa el trabajador. Aquí se plantea como el cambio técnico se produce no en la propia empresa sino en la firma para la que trabaja dicha empresa, que posee maquinas fotocopadoras de avanzado diseño.

⁶²⁷ El ET habla de modificaciones técnicas y antes el RDLRT se refería a modificaciones tecnológicas lo que, a juicio de RAMIREZ MARTINEZ, "no parece significar diferencia alguna", cfr. RAMIREZ MARTINEZ,

modificaciones organizativas⁶²⁸, mientras que, GONZALEZ ORTEGA es partidario de utilizar como criterio delimitador el "alcance o repercusión de la modificación sobre la prestación del trabajador", defendiendo que el supuesto incluiría los cambios que el empresario "introduzca en los sistemas de organización y de trabajo en la empresa"⁶²⁹.

Tras la reforma de 1994, no creo plausible que signifique lo mismo un cambio técnico que organizativo, por el mismo motivo que razones técnicas no equivalen a razones organizativas, pues si no fuera así, carecería de sentido que los arts.40, 41, 49 y 51 hubieran enunciado ambas causas entre las justificativas de los traslados, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y despidos colectivos, respectivamente⁶³⁰.

Sin embargo, es cierto que pueden darse casos en los que el proceso de reestructuración de la empresa exigirá la introducción simultánea de cambios, tanto técnicos como organizativos, siendo difícil determinar a cual de ambos sería imputable la inadaptación del trabajador⁶³¹, igual que, como señala GONZALEZ ORTEGA, habrá

J.M., "Extinción por causas objetivas", op.cit. pág.253.

⁶²⁸ Vid. RAMIREZ MARTINEZ, J.M., en "Extinción por causas objetivas", op. cit. pág.253 y en el mismo sentido, BLASCO PELLICER, A., en "La extinción del contrato de trabajo por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas del puesto de trabajo", op. cit. pág.38, RODRIGUEZ PASTOR, G., "La inadaptación del trabajador a los cambios técnicos en el puesto de trabajo. (En torno al artículo 12, b) del estatuto de los Trabajadores)", op. cit. pág.43 y SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., en "Ineptitud, falta de adaptación y absentismo", op. cit. pág.145.

⁶²⁹ Cfr. GONZALEZ ORTEGA, S., en "El progreso en la capacidad profesional como obligación del trabajador en el estatuto de los Trabajadores" op. cit. pág.150

⁶³⁰ Vid. GOERLICH PESET, J.M., en *La extinción del contrato de trabajo*, donde señala que aun guardando estas causas cierta relación, "los nuevos arts. 49.9 y 51.1 del ET, imponen considerar que las causas organizativas tienen sustantividad con respecto a las técnicas", y DEL REY GUANTER, S., en "Los despidos por <<causas empresariales>> y fuerza mayor: Líneas esenciales de la reforma (arts.51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)", RL, núms.17 y 18, 1994, págs.177 y 178.

⁶³¹ Para DEL REY GUANTER, S., "el componente organizativo es el más directamente relacionado con las relaciones laborales. Una innovación tecnológica normalmente tiene consecuencias organizativas desde la perspectiva técnica y laboral. Pero puede haber cambios organizativos sin cambios tecnológicos. En este caso se trata

otros supuestos en los que la propia modificación no podrá ser imputable claramente al tipo técnico o al tipo organizativo por contener aquélla elementos de ambos⁶³².

En cualquier caso, no creo que la solución del problema pueda derivar de una interpretación que conduzca, como aboga este autor, a considerar el fenómeno de una manera menos rígida, pues, a mi juicio, lo impiden la propia literalidad del precepto y la interpretación sistemática del mismo en relación con los preceptos arriba señalados, otra cosa es que, de lege ferenda, fuera oportuno proponer la adecuación de la causa de la inadaptación contemplada en el art.52,b) del ET a la realidad del funcionamiento de las empresas, adicionando el cambio organizativo.

Esta propuesta sería defendible teniendo en cuenta, en primer lugar, que en las empresas la organización juega como factor de competitividad y que, como ha señalado DEL REY GUANTER, en la actualidad, "la eficacia de la adecuación del factor humano al técnico y productivo" exige la "continua renovación y mejora organizativas"⁶³³ y, en segundo lugar, teniendo en cuenta que los cambios organizativo, en la medida en que pueden producir un aumento del nivel de cualificación requerido al trabajador, pueden

de una utilización más eficaz de la gestión de los recursos humanos en su aplicación directa a la organización del trabajo", vid. "Los despidos por <<causas empresariales>> y fuerza mayor: Líneas esenciales de la reforma (arts.51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)", op.cit. pág.178."

⁶³² Cfr. GONZALEZ ORTEGA, S., "Tribunal central de Trabajo. Contrato de trabajo y otras materias: La ineptitud como causa de despido y su relación con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral" op.cit. pág.150.

Para SANCHEZ MUÑOZ, los cambios organizativos son prerequisites o condicionantes del propio cambio técnico. Señala esta autora que "una empresa no puede tener una estrategia innovadora eficiente y ni siquiera puede aplicar con éxito las innovaciones desarrolladas por otros sin introducir cambios en la organización y la gestión. La ausencia de estos últimos es precisamente un freno para que se produzcan los efectos positivos de los avances técnicos", cfr. SANCHEZ MUÑOZ, P., en Los efectos del desarrollo tecnológico sobre el empleo, Ed. Encuentro, Madrid, 1997, pág.46.

⁶³³ Cfr. DEL REY GUANTER, S., en "Los despidos por <<causas empresariales>> y fuerza mayor: Líneas esenciales de la reforma (arts.51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores), op. cit. pág.177.

afectar también, como lo hacen los técnicos, a la aptitud del trabajador.

Hoy por hoy, queda en manos de los Tribunales determinar caso por caso, de entre los cambios introducidos, aquél que en definitiva desencadena la inadaptación del trabajador y ordenar que se aplique la consecuencia jurídica del precepto cuando aquél sea el técnico.

Es ésta una de las cuestiones, -entre las muchas que luego se verán-, que dificulta la aplicación de este precepto y que, probablemente, incida en la poca operatividad que, hasta la fecha, ha tenido esta vía de extinción.

Razonabilidad del cambio técnico.- Las modificaciones técnicas deben ser razonables y la razonabilidad del cambio hay que entender que tendrá un doble alcance.

En primer lugar, la decisión empresarial de introducir la modificación deberá estar justificada excluyendo, como señalara el TCT en la sentencia de 10 de Octubre de 1982, "toda posible arbitrariedad empresarial"⁶³⁴.

Así, la decisión empresarial deberá estar amparada en "motivos productivos serios" y tener por finalidad la mejora del proceso productivo. En este sentido, tiene declarado el TCT como razonable que la empresa trate de evitar el "anquilosamiento en viejas y desfasadas técnicas o modos operativos que pueden impedir el normal desarrollo de la Empresa, su competitividad y aun la deseable mejora en los métodos de trabajo", en definitiva, se trata de que la introducción del cambio tenga por objeto la modernización de la empresa y obtención de mayores rendimientos.

Pero la razonabilidad del cambio no debe alcanzar únicamente

⁶³⁴ Vid. STCT de 10 de Octubre de 1982 (A/5135)

a que la medida empresarial esté justificada, sino también a que ésta se adopte oportunamente en el tiempo. Así, por un lado, debe ser razonable el tiempo de espera antes de introducir el cambio una vez producida la causa que lo justifica y, por otro, parece irrazonable que se despidan a un trabajador por este motivo cuando haya sido recientemente trasladado⁶³⁵.

En segundo lugar, el TCT hace depender la razonabilidad del cambio de la trascendencia del mismo y así excluye a aquél que "sea de tal naturaleza que pugne con las características fundamentales de la ocupación inicial de forma tal que encubra una variación esencial que prácticamente obligue a modificar la categoría profesional del afectado o a realizar tareas antagónicas de aquéllas para las que fue contratado obligándole, en la práctica, a aprender un nuevo oficio o profesión"⁶³⁶⁶³⁷. Lo que sin duda enlaza con el ámbito en el que debe incidir el cambio, como a continuación se verá.

En el puesto de trabajo.- En segundo término el art.52 exige que la modificación técnica se haya introducido en el puesto de trabajo, es decir, en el puesto que el trabajador viniera desempeñando⁶³⁸ y este requisito viene a delimitar el supuesto en el siguiente sentido.

⁶³⁵ Vid. RAMIREZ MARTINEZ, J.M., en "Extinción por causas objetivas" op. cit. pág.255.

⁶³⁶ Téngase en cuenta que por lo que se recoge en la sentencia, en el caso de autos "la empresa, sin que conste que haya sido autorizada para ello, ha modificado su actividad de forma tan radical como lo es el dedicarse ahora a las artes gráficas cuando antes lo hacía a la serrería", Vid. STCT de 10 de Octubre de 1982 (A/5135).

⁶³⁷ Para SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. "lo razonable entraña la correspondencia con la titulación, formación y aptitudes potenciales del trabajador y a partir de ahí lo que entrañe un esfuerzo y una diligencia, pero no en grado superlativo", cfr. en "Ineptitud, falta de adaptación y absentismo", op. cit. pág.146.

⁶³⁸ Así lo recogía la regulación precedente en el art.39 del RDLRT, vid. GONZALEZ ORTEGA, S. "Tribunal central de Trabajo. Contrato de trabajo y otras materias: La ineptitud como causa de despido y su relación con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral" op. cit. pág.150.

La mejora técnica debe incidir directamente en el puesto de trabajo del trabajador que acusa la inadaptación, siendo intrascendente cual haya sido la incidencia cuantitativa de la decisión modificativa empresarial, es decir, el número de puestos de trabajo afectados por el cambio o el número de trabajadores afectados por el mismo, -en el supuesto de que un mismo puesto de trabajo fuera desempeñado por varios trabajadores-⁶³⁹, lo definitivo, a efectos de aplicar la causa extintiva del art.52,b) del ET, es la individualización de las consecuencias del cambio técnico. Así, frente a un mismo cambio que afecte a una pluralidad de trabajadores, la inadaptación puede ser singular o plural, originado; en el primer caso, la extinción de un único contrato, y; en el segundo, la de varios.⁶⁴⁰

Por contra, a criterio del TCT si habrá que tener en cuenta la incidencia cualitativa de la modificación técnica, ya que, ésta, en ningún caso, podrá quedar referida a la actividad global de la empresa, dando lugar al cambio a una ocupación nueva. En este supuesto, la STCT de 10 de octubre de 1982 consideró que, la modificación técnica no se introduciría en el ámbito laboral delimitado por el art.52,b) del ET al exigir este precepto que aquélla se circunscriba al puesto de trabajo y, además, traería como consecuencia que el trabajador pasara a desempeñar funciones correspondientes a otra categoría profesional.⁶⁴¹

En este sentido, la doctrina⁶⁴² ha venido señalando que el

⁶³⁹ Cfr. RAMIREZ MARTINEZ, J.M., en op. cit. pág.256. y BRIONES GONZALEZ, C., en *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, op. cit. pág.169.

⁶⁴⁰ Vid. GONZALEZ ORTEGA, S., en "Tribunal central de Trabajo. Contrato de trabajo y otras materias: La ineptitud como causa de despido y su relación con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral" op. cit. pág.151 y 152 y BRIONES GONZALEZ, C., recogiendo la opinión del anterior, en *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, op.cit. pág.170.

⁶⁴¹ Vid. STCT de 10 de octubre de 1982 (A/5135)

⁶⁴² Para GONZALEZ ORTEGA la exigencia de razonabilidad de los cambios alcanza a que sean

art.52,b) del ET excluye el supuesto en que el cambio técnico de lugar a un cambio de funciones, ya que, en tal caso, se produciría, no un cambio en el puesto de trabajo, sino un cambio de puesto de trabajo.

Así, el cambio a considerar será, no el que se produzca en el objeto de la prestación, sino el que afecte a las condiciones de su realización entre las que se incluiría, el modo de prestación de esas mismas funciones⁶⁴³.

La reforma del 94 introduce una novedad, no en el propio art.52,b) pero sí en el régimen de la movilidad funcional ordinaria establecido en el art.39, al impedir que el empresario extinga el contrato de trabajo por inadaptación del trabajador cuando se produjo a consecuencia de la movilidad funcional, es decir, cuando el cambio técnico produce un cambio de las funciones que hasta ese momento venía realizando el trabajador y que hay que entender que alcanza tanto a la movilidad funcional ordinaria como a la extraordinaria. Así, la ley pasa a recoger expresamente el criterio doctrinal apuntado, dotando de cobertura legal a la movilidad funcional como límite al cambio técnico que pudiera dar lugar a la extinción por inadaptación del trabajador⁶⁴⁴.

Ante esta novedad introducida en el art.39.3 del ET surge la

adecuados a la categoría profesional del trabajador que los sufre, Vid. GONZALEZ ORTEGA, en "Tribunal central de Trabajo. Contrato de trabajo y otras materias: La ineptitud como causa de despido y su relación con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral", op. cit. pág.207.

⁶⁴³ Para RAMIREZ MARTINEZ, J.M., el art.52,b) del ET "se refiere al cambio no en el objeto de la prestación, al cambio de funciones, sino al modo de prestación de las mismas funciones, que en lo esencial deben permanecer inalterables", cfr. en "Extinción por causas objetivas", op. cit.pág.255.

BRIONES GONZALEZ, C., entiende que "el puesto de trabajo que el trabajador ocupa es el que ha de resultar afectado por la modificación técnica, quedando alterados sus contenidos funcionales", cfr. en *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas* op. cit. pág.169.

⁶⁴⁴ Vid. MARTINEZ ABASCAL, V.A., en *La nueva regulación de la movilidad funcional*, Ed. ARANZADI, Pamplona, 1996, págs.96 y 97.

cuestión de si, a partir de la reforma, la movilidad funcional excepcional, es decir, la producida extramuros del art.39 del ET, se mantiene o no como límite. Se trataría de ver cuál es la razón de que el legislador haya introducido tal novedad y las consecuencias de que se haya introducido en el precepto legal señalado y no en el propio art.52,b) del ET.

Indudablemente el art.39 del ET viene ahora a recoger expresamente la movilidad funcional como límite al despido objetivo basado en el apartado b) del art.52 del ET. Dicho límite al quedar recogido en el apartado 3 del art.39 del ET hay que entender que constituye una garantía del trabajador frente a las modificaciones funcionales tanto ordinarias, como extraordinarias. Sin embargo, a mi juicio, razones sistemáticas impiden poder afirmar lo mismo en relación con la movilidad funcional excepcional.

En efecto, el art.39 en sus apartados 1º, 2º y 3º recoge el régimen de la movilidad funcional ordinaria y extraordinaria, mientras que el de la excepcional queda establecido, más adelante, en el apartado 5 del citado precepto, en consecuencia, habrá que entender que dicha garantía no opera en relación con la movilidad funcional excepcional.

Por otra parte, habrá que suponer que si el legislador hubiera querido imponer esta garantía con carácter general para todos los supuestos de movilidad funcional lo hubiera podido hacer, bien, insertando un apartado *ad hoc* al final del art.39, - apartado 6º-, o bien, directamente en el propio art.52,b) sin especificar el tipo de movilidad funcional de que se tratara.

En definitiva, si el cambio técnico trae como consecuencia un cambio de funciones y el trabajador no se adapta al mismo, el empresario no podrá, amparándose en el art.52,b) del ET, despedirlo por causas objetivas, salvo que el cambio de funciones

fuera de carácter excepcional⁶⁴⁵. El resultado apuntado ya fue criticado *supra* al hacer referencia a la modificación sustancial de condiciones de trabajo y a lo dicho allí me remito.

La conclusión anterior lleva a replantear la interpretación que hasta el momento se venía haciendo del alcance del "puesto de trabajo" como ámbito al que se debe circunscribirse la modificación técnica, porque si es posible que el cambio técnico de lugar a la modificación sustancial de funciones, indudablemente, se está admitiendo que el puesto de trabajo originario se pueda transformar en otro. En este caso habría que entender que el legislador delimita el ámbito en el que debe incidir el cambio pero que es ajeno a las consecuencias del mismo en relación con el contenido de la prestación y condiciones de su realización, y que si la modificación técnica conlleva una variación de una u otras, el empresario deberá proceder siguiendo las previsiones legales o convencionales establecidas al efecto.

En relación con la movilidad funcional ordinaria y extraordinaria, legalmente se impide al empresario extinguir por inadaptación cuando variaron las funciones que habitualmente realizaba el trabajador, ya fuera por razón del cambio, ya con ocasión de él. Como vimos, en este caso al empresario se le presentan dos opciones, la primera formar al trabajador para que logre la requerida adaptación a las nuevas funciones o, en segundo lugar, restituir al trabajador a su antigua categoría profesional.

A mi juicio, el legislador, introduciendo esta garantía a favor del trabajador frente a la decisión empresarial, impone al empresario la carga de adaptar al trabajador a los cambios

⁶⁴⁵ En el mismo sentido, vid. BRIONES GONZALEZ, C., en *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, op. cit. pág.165 y 166.

funcionales originados por la introducción de un cambio técnico.

Pesa sobre el empresario la carga jurídica de conseguir la adaptación del trabajador poniendo a su disposición los medios necesarios para que pueda lograrla, pues de ser imposible la adaptación el empresario no podrá despedirlo por la vía del art.52,b) del ET.

Carga jurídica que sin embargo no tiene el empresario frente a la movilidad funcional excepcional, como se dijo.

Los medios de adaptación deben ser ofrecidos por el empresario al trabajador y pueden ser diversos en primer lugar la adopción de medidas preventivas y por tanto anteriores a que el cambio sea efectivo, en segundo lugar la formación del trabajador si el cambio exige la recualificación de este e, inclusive, el cambio de puesto de trabajo -recolocación- o la reclasificación del trabajador cuando las medidas anteriores no hubieran dado resultado.

Paralelamente el trabajador tiene el deber de adaptarse lo que significa que no debe oponerse a las medidas ofertadas por el empresario y deberá asistir a los cursos de formación si tal fuera el medio propuesto por el empresario. En caso de incumplimiento se estaría ante la comisión de una falta laboral sancionable por el empresario.

Pero la obligación del trabajador no alcanza al resultado ya que si la adaptación no se alcanza por causas ajenas a la voluntad de este no se tratará de un incumplimiento contractual⁶⁴⁶.

⁶⁴⁶ Por otra parte, se puede seguir manteniendo el criterio que el TS mantuvo en sentencia de 22 de Abril de 1980 (A/1672) en orden a que la categoría profesional opera como límite, tanto si la movilidad es decidida unilateralmente por el empresario, cuanto si, respondiendo a la solicitud de la trabajadora, tiene su origen en el mutuo acuerdo, ya que, a juicio del tribunal, si la trabajadora no es apta para el trabajo que se le asignó y, éste, no

c) Garantías legales para el trabajador frente a la extinción.

a') El período de adaptación.

Fundamento.- El ET exige que el empresario antes de extinguir, deje transcurrir un período de tiempo cuya finalidad está en que el trabajador pueda adaptarse a la modificación introducida⁶⁴⁷.

Se trata, por tanto, de un período de adaptación de carácter obligatorio que integra el presupuesto de hecho de la extinción y, en definitiva, de la causa de la misma ya que ésta se configura como la falta de adaptación del trabajador a un cambio técnico constatable, no en el momento en que el cambio se introduce, sino transcurrido como mínimo el período de tiempo que señala la ley.

se corresponde con su categoría profesional, deberá ser destinada a prestar el trabajo propio de su categoría, pero no podrá ser despedida por inadaptación a un trabajo que no es el de su categoría profesional.

⁶⁴⁷ Interesa apuntar que durante la vigencia del RDLRT esta garantía se venía exigiendo aunque el art.39,b) de esta norma expresamente sólo previera que la modificación no afectara a la categoría profesional. Era frecuente que las normas sectoriales así lo establecieran y, como en su momento manifestó la doctrina, un correcto entendimiento del precepto la imponía dado que el término adaptación obligaba a la empresa a "dejar transcurrir un plazo prudencial de tiempo antes de proceder al despido" y cuya duración se entendía determinada por el uso o costumbre del lugar.

Esta línea interpretativa no fue recogida en el Proyecto de Ley del Estatuto de los Trabajadores, ya que éste, únicamente incorporaba como garantías que la modificación técnica operara en el puesto de trabajo y que el cambio fuera razonable.

Sin embargo, por aprobación de una enmienda presentadas por el PSOE en el Congreso, se incorpora finalmente al texto de la Ley la necesidad de que transcurra un período de tiempo antes de la extinción con una duración mínima de dos meses.

Por otra parte, y aunque no logró prosperar, me parece pertinente hacer mención de la enmienda presentada por el Partido Andalucista ya que se dirigía a incrementar el nivel de garantías del trabajador frente a la decisión extintiva del empresario, proponiendo que se incorporara al texto la obligación de que la empresa, previamente a adoptar la decisión extintiva, ofreciera un curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional a cargo del organismo oficial o propio competente que capacitara al trabajador para la adaptación requerida.

Finalmente, esta previsión, como ya avancé, no fue recogida en los términos propuestos, es decir, como deber del empresario, quedando en el texto legal como mera facultad empresarial, como habrá ocasión de ver *infra*.

Por consiguiente, incumplido el plazo hay que entender, por un lado, que el empresario no podrá amparar su decisión extintiva en el supuesto recogido en el art.52,b) del ET y, por otro, que la no concesión del plazo de adaptación es incompensable económicamente.

Por otra parte, si el empresario únicamente puede valorar la adaptación o inadaptación del trabajador al cambio una vez transcurrido este período, es lógico que, como ha defendido la doctrina, durante el mismo el empresario rebaje su nivel de exigencia sin pretender que el trabajador alcance el rendimiento que le sería requerido en caso de alcanzar la adaptación y, en este sentido, efectivamente existe la obligación empresarial de colaborar en el proceso de adaptación⁶⁴⁸.

Así, El art.52,b) del ET, limitándose a impedir que la extinción se produzca antes de transcurrido un tiempo desde que se produjo el cambio técnico, únicamente impone al empresario la obligación de permitir que el proceso de adaptación del trabajador al cambio se pueda producir, colaborando en los términos señalados. Sin embargo, no le impone la obligación de intervenir en dicho proceso, capacitando al trabajador, -lo que obviaría esta causa de extinción-, o exigiendo que facilite su capacitación.

No obstante, medidas favorecedoras de la capacitación se pueden adoptar durante este período, tanto a instancia del trabajador, en la medida en que ejercite las facultades que para

⁶⁴⁸ Vid. BRIONES GONZALEZ, C., en *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, op. cit. pág.175.

progresar en su capacidad profesional le brinda el ET o el convenio colectivo, cuanto a instancia del empresario, si ofreciera al trabajador un curso de reconversión o de perfeccionamiento en los términos que señala el art.52,b) del ET.

A ellas se hará referencia con posterioridad, antes hay que determinar cuál es en realidad el tiempo del que dispone el trabajador para adaptarse al cambio ya que la viabilidad de las mismas depende, entre otras, de esta circunstancia.

El período obligatorio de adaptación. En cuanto a la duración del período obligatorio habrá que estar a lo que señale el convenio colectivo o contrato individual ya que el Estatuto fija para este período una duración mínima; dos meses a computar desde que se introdujo la modificación, y, esta previsión es un mínimo de derecho necesario, por tanto susceptible de negociación, a efectos de su mejora, tanto mediante contrato individual como por convenio colectivo.

Hay que tener en cuenta que si, como apuntó *supra*, el cambio técnico lleva aparejada una modificación sustancial de condiciones de trabajo, el tiempo del que dispondría el trabajador para adaptarse al cambio se incrementaría, dado que el art.41 exige que la modificación se notifique al trabajador con treinta días de antelación.

Pero salvo ese caso especial, la regla general sería que el trabajador tiene de plazo para adaptarse al cambio dos meses como mínimo.

Período voluntario de adaptación.- De la existencia de un período mínimo deriva, a mi juicio, que pueda existir un período máximo y cabría plantear si el mínimo puede ser prorrogado por voluntad empresarial sin quedar predeterminada su

duración, dado que en principio se trataría de un beneficio para el trabajador al contar con más tiempo para lograr la adaptación.

Presumiblemente la falta de previsión en relación con la duración máxima del período de adaptación se deba a un afán protector del legislador en favor del trabajador como sujeto afectado por el cambio técnico introducido por el empresario. No obstante, podría verse perjudicado por la inseguridad que le puede producir no saber cuándo supera definitivamente la prueba de la adaptación, como ocurriría en el supuesto planteado.

A mi juicio la ley, al no hacer referencia a la duración máxima que puede alcanzar el período de adaptación, produce un efecto perturbador ya que, salvo que el convenio o el contrato lo hayan fijado, difícilmente se podrá determinar el momento en el que surge para el trabajador la obligación de alcanzar un rendimiento normal y en el que de no hacerlo se debe constatar la inadaptación del trabajador. En consecuencia, quedaría indeterminado el momento en que surge para el empresario el derecho a ejercitar la acción extintiva que, para mayor complicación, no tiene señalado plazo de ejercicio.

Por otra parte, tampoco tendrá certeza el trabajador del tiempo que dispone para adaptarse a efectos de matricularse y cursar las acciones pertinentes que le capaciten para la adaptación requerida.

Y, así las cosas cabría preguntarse, ¿podrá el empresario despedir al trabajador cuando haya transcurrido, por ejemplo, un año desde que se introdujo el cambio, alegando que el tiempo que excede del obligatorio fue concedido al trabajador como período voluntario de adaptación?. En realidad por el enunciado del precepto habría que contestar afirmativamente esta cuestión, si

el convenio colectivo o contrato, en su caso, se limitaran a señalar un período mínimo de adaptación.

Por otra parte, como se dijo el ET no señala plazo para extinguir el contrato, señalando únicamente que se deberá preavisar al trabajador con un mes de antelación.

Esta cuestión se la ha planteado la doctrina entendiendo, - con carácter general para todos los supuestos de extinción por causas objetivas-, que la decisión empresarial deberá adoptarse inmediatamente después de producirse la causa que la justifica o, todo lo más, en un momento próximo. Efectivamente, se trata de que el plazo que tenga el empresario para tomar la decisión, constatada la causa objetiva, sea razonable y entiendo que esto pudiera no representar mayores problemas para las dos causas objetivas que acompañan a la inadaptación en el art.52 ET. No obstante, en relación con ésta las cosas cambian porque resurge el problema apuntado *supra* de determinar el momento en que la falta de adaptación debe ser constatada.

La indeterminación del plazo para extinguir a mi juicio puede conducir a que el trabajador no tenga certeza de cuando pasa de ser candidato al desempleo por despido objetivo a serlo por despido disciplinario en aplicación del art.54,e) del ET.

En definitiva, la norma con su indeterminación lleva a que los tribunales deban utilizar criterios de razonabilidad a efectos valorar si el empresario ejercitó su facultad rescisoria conforme a derecho, si hizo uso abusivo del derecho que le reconoce el art.52,b) del ET o si actuó en fraude de ley⁶⁴⁹.

Por una parte, deberán determinar si la duración del período

⁶⁴⁹ Sobre el abuso de derecho y las peligrosas consecuencias de su aplicación, vid. GONZALEZ CABALLO, P., en "La extinción abusiva del contrato de trabajo por el empresario", RT, núm.86, 1986, pág.75.

de adaptación fue razonable o no, pudiendo utilizarse como criterio de razonabilidad la duración del período de prueba establecido en el convenio colectivo, dado que la finalidad de ambos períodos es similar, entendiéndose que de no haber sido así el empresario no habría actuado con la diligencia debida a los efectos de comprobar la falta de adaptación del trabajador.

Habría que valorar asimismo la actitud del empresario durante el proceso de adaptación, es decir, si se limitó simplemente a dejar transcurrir el tiempo o si, por el contrario, intervino facilitando al trabajador medios de adaptación, lo que en principio justificaría la prolongación del período de adaptación. Y, es en este sentido en el que, a mi juicio, debe jugar el ofrecimiento al trabajador de cursos de formación, es decir, como criterio de valoración de la actuación empresarial en relación con la duración del período de adaptación y no, como se ha defendido, en la valoración de la razonabilidad de la modificación introducida⁶⁵⁰.

Por otra parte, una vez constatada la concurrencia de todos los elementos del supuesto de hecho no habría dificultad de enjuiciar la oportunidad en el tiempo de la decisión extintiva en los términos apuntados, es decir, si se ha producido en un plazo prudencial desde que concurrió la causa extintiva⁶⁵¹.

La indeterminación de la norma deja aún otro asunto pendiente y es el relativo a la posibilidad de que el empresario

⁶⁵⁰ Vid. en este sentido, SALA FRANCO, T. (DIR.) *Guía práctica de la extinción del contrato de trabajo*, op. cit. pág. 102.

⁶⁵¹ Vid. GONZALEZ CABALLO, P., en "La extinción abusiva del contrato de trabajo por el empresario", RT, núm. 86, 1986, pág. 65 y 66, recoge un pronunciamiento del relativo a la extinción por jubilación del empresario señalando que "...tal ejercicio (a dar por extinguido el contrato) debe efectuarse dentro de un plazo prudencial..." y calificando de abusiva la decisión empresarial de extinguir varios años después de haber obtenido la jubilación al haber hecho "uso de un derecho reconocido fuera del cauce normal para ello", STCT de 20 de Mayo de 1983, A/4510.

dejara pasar el plazo "prudencial" para extinguir el contrato por causas objetivas y, vía art.54, 2,e) del ET, despidiera al trabajador por disminución en el rendimiento. En realidad si este despido disciplinario encubriera una extinción por falta de adaptación estaríamos indudablemente ante un fraude de ley.

La cuestión a dilucidar es cuando la falta o disminución en el rendimiento pasa de ser involuntaria a ser voluntaria, ya que éste es efectivamente el "único criterio hábil para decidir la aplicación de una u otra forma extintiva"⁶⁵².

Es criterio jurisprudencial que la disminución en el rendimiento se entiende voluntaria cuando no conste causa objetiva o hechos ajenos a la voluntad del trabajador que la motive⁶⁵³ y, siendo el cambio técnico, a tenor del art.52,b) del ET, una de estas causas objetivas, el trabajador deberá probar que la disminución en el rendimiento normal que viene obteniendo se debió a aquélla y por tanto fue por causa ajena a su voluntad⁶⁵⁴, lo que debería conducir a entender que, dado que el empresario pudo utilizar la vía extintiva del art.52,b) ET y no lo hizo, produciendo un grave perjuicio al trabajador, el despido fue realizado en fraude de ley y por tanto calificado como improcedente⁶⁵⁵.

b') La formación profesional en el período de adaptación.

⁶⁵² Cfr. GARATE CASTRO, F.J., en *El rendimiento en la prestación de trabajo*, CIVITAS, Madrid, 1984, pág.290.

⁶⁵³ Vid. entre otras la STSJ de Extremadura de 17 de Mayo de 1993 (rep. CISS 192/1993) y GARATE CASTRO, F.J., *El rendimiento en la prestación de trabajo*, op. cit. pág.278 y jurisprudencia allí citada.

⁶⁵⁴ Vid. GARATE CASTRO, F.J., *El rendimiento en la prestación de trabajo*, op. cit. pág.279 y 280.

⁶⁵⁵ Vid. en relación con los efectos del despido fraudulento, STS de 2 de Noviembre de 1993 (A/8346) y de 1996 (A/4612 y 6102) TSJ de 1995 (A/1097) y de 1996 (A/473)

Desde mi punto de vista, del art.52,b) del ET deriva para el trabajador la carga jurídica de progresar en su capacidad profesional hasta alcanzar el nivel profesional impuesto por el cambio técnico, para evitar que el empresario extinga el contrato de trabajo a través de la vía del art.52,b) del ET⁶⁵⁶.

A tal fin, el trabajador, por medio de la formación profesional, puede adquirir los conocimientos y destrezas necesarios para adaptarse a las nuevas circunstancias o condiciones que se han producido en el puesto de trabajo por la introducción de un cambio técnico y así alcanzar el rendimiento que se le va a exigir una vez finalizado el período de adaptación.

Los nuevos requerimientos del puesto de trabajo pueden quedar satisfechos compatibilizando formación con prestación de servicios, ya porque sea formación práctica la requerida, ya porque el trabajador pueda adquirir la formación teórica asistiendo a cursos de formación fuera de las horas de trabajo.

No obstante, es posible que tal compatibilidad resulte imposible o revista especiales dificultades. En tal caso, dado que, como señalé *supra*, a mi juicio, la obligación del empresario en materia formativa no alcanza a facilitar al trabajador los medios de adaptación, será éste el que deba proveerse de los instrumentos necesarios para capacitarse pudiendo utilizar para ello las facultades que el art.23 del ET le reconoce para la

⁶⁵⁶ Doctrinalmente se considera, sin embargo, que se trata de una obligación que el citado precepto estatutario impone al trabajador, como ya antes lo hacía el art.39.1,b) del RDLRT. En este sentido vid. por todos, CRUZ VILLALON, J., en *Las modificaciones de la prestación laboral*, op. cit. págs. 70 a 73 y RAMIREZ MARTINEZ, J.M., en “Extinción por causas objetivas”, op. cit. pág.260. Obligación que, se matiza, será de actividad y no de resultado en la medida en que la obligación del trabajador se entiende cumplida cuando adopte una conducta tendente a lograr la adaptación requerida. En este sentido GONZALEZ ORTEGA, en *El progreso en la capacidad profesional como obligación del trabajador en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit. pág.156 y BRIONES GONZALEZ, C., en *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, op. cit. pág.180 y 181.

asistencia a cursos de formación profesional o las que, adicionalmente, señale el convenio colectivo a tal efecto.

Entre las actividades formativas a las que puede recurrir el trabajador se encuentran, como se sabe, los cursos incluidos en los planes de formación organizados por el Subsistema de Formación Profesional Continua.

Es necesario hacer algunas consideraciones al respecto, teniendo en cuenta, por un lado, que el empresario, por regla general, no está obligado a preavisar al trabajador de la introducción del cambio técnico en su puesto de trabajo y por otro, la duración del período de adaptación

Así, la imprevisibilidad del cambio puede conducir a que el trabajador se encuentre en dificultades para cursar la acción formativa adecuada salvo que ésta sea impartida por la propia empresa.

Dicha dificultad puede radicar en que las acciones de formación profesional continua programadas no satisfagan las necesidades del trabajador, ya sea por el contenido de las mismas, ya porque se impartan en un momento no coincidente con el período de adaptación que tiene el trabajador. En estos casos, si el trabajador no obtiene la adaptación, podrá ser despedido por el empresario por más que haya intentado progresar en su capacidad profesional para alcanzarla, cumpliendo con sus deberes de buena fe y diligencia profesional⁶⁵⁷.

En estos casos en los que manifiestamente el trabajador no dispone de los instrumentos necesarios para la adaptación, no sólo porque no se los proporciona el empresario, sino porque tampoco el Subsistema de Formación Continua le ofrece vías de

⁶⁵⁷ Vid. en este sentido, GONZALEZ ORTEGA, S., en "El progreso en la capacidad profesional como obligación del trabajador en el Estatuto de los trabajadores", op.cit. pág.158

capacitación que respondan a sus necesidades formativas perentorias, cabría cuestionar la licitud de la decisión extintiva empresarial.

La ilicitud de la decisión empresarial no puede derivar de que el empresario haya incumplido la obligación de ofrecer al trabajador un curso de adaptación porque ésta no se recoge en el ET.

Sin embargo, sobre el empresario pesa el deber de buena fe contractual cuyo alcance -hay que insistir una vez más- debería interpretarse en consonancia con el derecho a la formación profesional que el art.4.2,b) del ET reconoce al trabajador, y plantear que en base al mismo el empresario incurre en un ilícito contractual al no haber adoptado las medidas preventivas necesarias que tiene a su alcance para la adaptación del trabajador y, en consecuencia, cuestionar la licitud de la decisión extintiva empresarial.

Por otra parte, la duración del curso puede no coincidir con el período de adaptación. En este supuesto, habrá que entender que si el trabajador está asistiendo a un curso de formación el empresario no podrá extinguir el contrato de trabajo hasta que finalice el mismo ya que tal actuación empresarial hay que entender que sería contraria al principio de buena fe contractual.

Por otra parte, el carácter retribuido del permiso por formación dependerá de si así se establece en el convenio colectivo. De no serlo, el trabajador podría tener derecho a percibir la prestación económica que a tales efectos establece el ANFC. Sin embargo, la imprevisibilidad de la introducción del cambio técnico dificulta que opere esta última posibilidad ya que, como se verá *infra*, los trámites de solicitud y resolución

establecidos en el art.12 del III ANFC exige que se solicite con más de un mes de antelación al disfrute del mismo⁶⁵⁸.

El art.52,b) del ET prevé la posibilidad de que el empresario ofrezca al trabajador un curso de formación profesional, que le capacite para la adaptación requerida y, a tales efectos se dispone que el "contrato quedará en suspenso por el tiempo necesario y hasta el máximo de tres meses".

Hay diversas cuestiones que cabría deducir de esta previsión legal.

En primer lugar, el curso debe ser de reconversión o de perfeccionamiento profesional y tener como finalidad que el trabajador progrese en su capacidad profesional hasta alcanzar el nivel profesional requerido a efectos de su adaptación.

En segundo lugar, ofrecer un curso de reconversión o perfeccionamiento profesional legalmente no se impone al empresario como un deber jurídico sino que se establece como una mera facultad empresarial.

En tercer lugar, en la medida en que no se trata de una obligación empresarial, las actividades formativas no corren a cargo de la empresa, es decir, la empresa no tiene que impartirlas y tampoco tendrá que financiarlas. En consecuencia, el empresario no tiene que compensar al trabajador por el tiempo invertido en formación.

Así podría deducirse de la consecuencia jurídica que establece el art.52,b) del ET cuando el empresario ofrezca al trabajador un curso de reconversión o perfeccionamiento

⁶⁵⁸ El plazo se determinará en la correspondiente convocatoria, no obstante del III ANFC se puede deducir que como mínimo será de un mes pues éste es el plazo que tiene el empresario para resolver desde que el trabajador le solicitara la autorización para disfrutar el permiso por formación.

profesional, esta es, la suspensión del contrato de trabajo.

No obstante, el régimen jurídico ahí establecido plantea dudas acerca de si en realidad se trata de un supuesto de suspensión como reza el precepto.

La cuestión surge al señalar el art.52 del ET que el trabajador durante la suspensión tiene derecho a percibir el "equivalente al salario medio que viniera recibiendo", lo que indudablemente mejora los efectos propios de la suspensión, que como es sabido son, la exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo. Se podría entender que en este sentido el art.52 del ET ha mejorado para esta causa los efectos de la suspensión sin alterar su propia esencia. Inclinarsé por esta interpretación significará que como establece el art.52,b) del ET se trate de un supuesto de suspensión del contrato de trabajo al que se aplican sus reglas específicas en relación con sus efectos⁶⁵⁹. Sin embargo hay autores que discrepan de esta interpretación entendiéndolo que no se trata de un supuesto de suspensión del contrato de trabajo⁶⁶⁰. El trabajador no queda exonerado de la obligación de trabajar sino que ésta, se dice, se transforma una obligación de asistir al curso de formación, manteniendo el empresario la obligación de retribuir el tiempo de formación en la cuantía fijada en la ley⁶⁶¹.

⁶⁵⁹ Vid. ALONSO OLEA, M. Y BARREIRO GONZALEZ, G. en *El Estatuto de los Trabajadores: Texto, comentarios, jurisprudencia*, Ed. CIVITAS, 1995, pág.214.

⁶⁶⁰ Mantienen esta postura VIDA SORIA, J., en "Suspensión del contrato de trabajo", BORRAJO DACRUZ (Dir.) *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los trabajadores*, Tomo IX, Vol.1º, EDERSA, Madrid, 1983 op. cit. pág.25 y RAMIREZ MARTINEZ, J.M., en "Extinción del contrato de trabajo", op. cit. 258.

⁶⁶¹ Cfr. RAMIREZ MARTINEZ, J.M., en "Extinción del contrato de trabajo", op. cit. 258

CAPITULO V

EL DERECHO A LA FORMACION PROFESIONAL DEL TRABAJADOR

I. LA FORMACION PROFESIONAL COMO DERECHO SUBJETIVO DEL TRABAJADOR EN LA RELACION JURIDICA LABORAL.

A. LA FORMACION PROFESIONAL COMO DERECHO DE LOS TRABAJADORES EN LA RELACION LABORAL.

La Formación profesional como derecho básico de los trabajadores en la relación de trabajo.- El Estatuto de los Trabajadores, en el art. 4, enumera los derechos básicos de los trabajadores, y lo hace, distinguiendo entre aquellos que ostenta el trabajador con independencia de ser o no parte de un contrato individual de trabajo y aquellos que ostenta precisamente por el hecho de ser sujeto de una relación laboral. A la enumeración del primer tipo de derechos dedica el art. 4 su apartado primero mientras que el catálogo de derechos básicos que tiene el trabajador en la relación de trabajo se encuentra en el apartado segundo de dicho precepto⁶⁶².

⁶⁶² Sobre los derechos reconocidos al trabajador en el apartado primero del art. 4 del Estatuto de los

La formación profesional queda configurada por el precepto estatutario referido como derecho básico de los trabajadores en la relación de trabajo al ser tipificado como tal en el apartado segundo del mismo⁶⁶³. Será por tanto un derecho derivado de la relación jurídico-laboral entre empresario y trabajador, que éste ostentará en virtud de ser sujeto de la misma y cuyo ejercicio quedará circunscrito a la relación laboral⁶⁶⁴.

La naturaleza jurídica del derecho a la formación profesional.- El derecho a la formación profesional al ser un derecho derivado de la relación laboral, entiende PRADOS DE REYES que integra el contenido natural e imperativo de la misma y así "queda integrado automáticamente en la respectiva posición jurídico-obligacional que trabajador y empresario ocupan en la relación de trabajo", lo que trae como consecuencia que "su existencia quede al margen de la operatividad reconocida a la autonomía de la voluntad en el contrato"⁶⁶⁵.

Será posible entender el derecho a la formación profesional, en tal caso, como parte integrante del contenido de la relación jurídico-laboral entre empresario y trabajador e, identificándolo

Trabajadores, vid. MOLINA NAVARRETE, C., "El artículo 4 ET", en MONEREO PEREZ (Dir.) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Ed. Comares, Granada, 1998, págs.128 a 141, así como, RAMIREZ MARTINEZ, J.M., en "Derechos y deberes laborales. (En torno a los artículos 4 y 5)", en REDT, núm.100, 2000, págs.253 a 275.

⁶⁶³ Vid. STS de 15 de Marzo de 1991, A/1861, (F.J.3.).

⁶⁶⁴ PEDRAJAS MORENO considera que el art.4 del ET no configura el derecho a la promoción y formación profesional como derecho básico lo cual no es óbice para que mantenga la conclusión que se recoge en el texto en la medida en que entiende que es un derecho ejercitable <<en la relación de trabajo>>. Cfr. PEDRAJAS MORENO, A., en "Formación y derechos individuales", op.cit. pág.510.

⁶⁶⁵ Cfr. PRADOS DE REYES, F.J., "Las conexiones de la formación profesional y el contrato de trabajo", en AA.VV., *Contrato de trabajo y formación profesional*, V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Mº de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, págs. 128 y 129.

con el poder jurídico atribuido por el ordenamiento jurídico al trabajador, en virtud del cual puede exigir un determinado comportamiento a la contraparte de la relación jurídica, así como, hacer valer las consecuencias jurídicas establecidas por la normativa correspondiente, considerar que el derecho a la formación profesional queda configurado en el art. 4.2 b) del Estatuto de los Trabajadores como un derecho subjetivo del trabajador⁶⁶⁶.

Así lo hace el citado autor⁶⁶⁷, entendiéndolo ejercitable en la relación laboral y oponible frente al empresario, no obstante el carácter genérico de la formulación que el precepto de referencia hace del mismo y, por tanto, la conveniencia de que tanto su contenido como alcance se establezcan por la correspondiente normativa de desarrollo⁶⁶⁸.

PEDRAJAS MORENO, sin embargo, se inclina por su carácter programático, considerando que la forma amplia, general y abstracta en que el art.4.2,b) del ET proclama el derecho a la formación profesional hace a su desarrollo normativo, además de conveniente, necesario para la efectividad del mismo⁶⁶⁹. Desde mi punto de vista así es, lo que no obsta para que se pueda considerar como un derecho subjetivo de los trabajadores en la relación jurídica laboral, proclamado en el art.4.2,b) del ET,

⁶⁶⁶ Sobre el contenido de la relación jurídica, vid. DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, TECNOS, 7ª Ed., Madrid, 1990, pág. 232 y 233.

⁶⁶⁷ En igual sentido, cfr. GONZALEZ ORTEGA, S., "El progreso en la capacidad profesional del trabajador como obligación del trabajador en el Estatuto de los Trabajadores", en AA.VV., *Contrato de trabajo y formación profesional*, V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Mº de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, pág.146

⁶⁶⁸ Cfr. PRADOS DE REYES, F.J., "Las conexiones de la formación profesional y el contrato de trabajo", op. cit. pág.129

⁶⁶⁹ Cfr. PEDRAJAS MORENO, A., en "Formación y derechos individuales", op. cit. pág.510.

pero cuya mayor o menor efectividad dependerá de los mecanismos que para su satisfacción y tutela se establezcan en el desarrollo normativo del indicado precepto estatutario.

La formación profesional como derecho subjetivo.-

Siguiendo la doctrina civilística que identifica el derecho subjetivo con poder jurídico, categorizar el derecho a la formación profesional como derecho subjetivo presupondrá, en primer término, la constatación por parte del ordenamiento jurídico de la existencia de un interés digno de protección jurídica, del que es titular el trabajador en cuanto sujeto de una relación jurídico-laboral.

En este sentido entiende RODRIGUEZ PIÑERO que el derecho a la formación profesional, aunque no ha sido reconocido directamente por la Constitución, la norma fundamental impone a los poderes públicos, a través del art. 40, la obligación de garantizar tanto la formación profesional como la readaptación profesional ⁶⁷⁰ y considera que de tal garantía, así como, de la mención en el art. 35.1 del derecho "a la promoción a través del trabajo" y de la libertad de elección profesional, puede inferirse la tutela que el texto constitucional presta a la profesionalidad, en base a la cual será objetivo constitucional "favorecer el desarrollo de las capacidades y posibilidades profesionales del trabajador"⁶⁷¹.

Así pues, si como viene interpretando la doctrina, tanto científica como judicial⁶⁷², el art. 4.2.b) del Estatuto de los

⁶⁷⁰ RODRIGUEZ-PIÑERO, M., op. cit. pág. 21

⁶⁷¹ RODRIGUEZ PIÑERO, M., op. cit. pág.26

⁶⁷² Por todos, vid. CASTIÑEIRA FERNANDEZ.J., "La tutela de la profesionalidad del trabajador, la formación y readaptación profesionales y el Estatuto de los Trabajadores", en RPS, núm.121, 1979, págs.129 a 132 y PRADOS DE REYES, F.J., "Contrato de trabajo y formación profesional", op. cit. pág. 128.

Trabajadores, resulta desarrollo, en el ámbito laboral, del contenido tanto del art. 35.1 como del art. 40 de la Constitución, habrá que entender que es la capacidad profesional del trabajador el interés digno de tutela que encuentra cobijo en esta norma infraconstitucional y a cuyo beneficio, se ha dicho, deben adecuarse la estructura y contenidos del contrato de trabajo, "procurando, junto a la función económica y social que le es propia, que la capacidad profesional del trabajador pueda progresar e incrementarse"⁶⁷³.

En segundo término, considerar el derecho a la formación profesional reconocido en el art. 4.2.b) como un derecho subjetivo, presupone igualmente la puesta a disposición del trabajador de las posibilidades de actuación necesarias para satisfacer tal interés, así como, los medios necesarios para proteger y tutelar el mismo⁶⁷⁴. Facultades de actuación y mecanismos de protección jurídica que, junto con los deberes que la titularidad del derecho impone, constituyen contenido del derecho subjetivo a la formación profesional y que se analizará a continuación.

B. LA ESTRUCTURA DEL DERECHO A LA FORMACION PROFESIONAL COMO

Vid. STCT de 5 de octubre de 1988, A/6106, (F.J.2), entendiendo que el derecho a la formación reconocido en el art.4.2.b) del ET está en consonancia, asimismo, con el derecho a la educación reconocido en el art. 27 de la Constitución de lo que se inferiría que es también la educación en general el bien que el ordenamiento jurídico pretende proteger en la disposición estatutaria.

⁶⁷³ Cfr. GONZALEZ ORTEGA, S., "El progreso en la capacidad profesional como obligación del trabajador en el Estatuto de los Trabajadores", op. cit. pág. 145, y en el mismo sentido CASTIÑEIRA FERNANDEZ.J., "La tutela de la profesionalidad del trabajador, la formación y readaptación profesionales y el Estatuto de los Trabajadores", op. cit. pág. 129.

⁶⁷⁴ En este sentido vid. PEDRAJAS MORENO, A., en "Formación y derechos individuales", op. cit. pág.510.

DERECHO SUBJETIVO DEL TRABAJADOR.

a) El sujeto del derecho subjetivo a la formación profesional.

La relación laboral ordinaria.- Será sujeto de un derecho subjetivo la persona a la que el ordenamiento jurídico atribuye el poder jurídico en que aquél consiste y que ostenta la titularidad del mismo.

El ET, en el art. 4, atribuye el derecho subjetivo a la formación profesional a "los trabajadores" y así, serán los "trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario" (art.1.1 del ET) los titulares del derecho a la formación profesional⁶⁷⁵.

Por consiguiente, resulta indiscutible, tanto del precepto estatutario anteriormente transcrito como de aquél en que el derecho a la formación profesional se reconoce, que este derecho se atribuye estatutariamente a aquellos trabajadores que son sujetos de una relación jurídico-laboral "ordinaria" e incluida en el ámbito de aplicación de la propia norma estatutaria. Y, serán titulares de este derecho independientemente de la duración de su contrato de trabajo así como del carácter definitivo o no

⁶⁷⁵ Entendiendo la titularidad como cualidad que a la persona le confiere el hecho de ser sujeto de un derecho subjetivo, cfr. DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil*, op. cit. pág.441.

del mismo aunque en ambos supuestos se presenten especiales dificultades para el ejercicio de las facultades inherentes al mismo⁶⁷⁶.

Las relaciones laborales especiales.- No tan clara resulta la titularidad del derecho en el caso de los trabajadores sujetos de una relación jurídico-laboral de carácter especial a los que el Estatuto de los Trabajadores se refiere en el art.2 y disposición adicional segunda y la Ley 13/1982, de 7 de Abril, de integración social de los minusválidos, en el art. 41.

El régimen jurídico de estas relaciones de carácter especial encuentra su regulación en normas distintas al propio Estatuto de los Trabajadores y, en virtud de ello, habrá que estar a lo que la normativa específica establezca al respecto. La dificultad, no obstante, estará en los supuestos en que dicha normativa no haga referencia a este derecho de forma expresa ni tampoco se remita a lo establecido en el art.4 del ET.

Haciendo un breve repaso a cada una de estas relaciones de carácter especial encontramos el siguiente cuadro:

- DEPORTISTAS PROFESIONALES:

Su régimen jurídico se regula por el R.D.1006/1985, de 26 de Junio⁶⁷⁷ y, en el art.7.5 de esta norma, se establece que, "Serán

⁶⁷⁶ En relación a los trabajadores sometidos a período de prueba y a los trabajadores temporales, vid. SALA FRANCO, T. (Dir.), ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L., GARCIA NINET, I., LOPEZ GANDIA, J. Y SALA FRANCO, T., en *Derecho del Trabajo*, TIRANT LO BLANCH, 6ª Ed., Valencia, 1992, pág.470 y la Jurisprudencia del TC allí citada, así como, en MARTIN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. Y GARCIA MURCIA, J., en *Derecho del Trabajo*, op. cit. pág.386.

⁶⁷⁷ BOE de 27 de Junio de 1985.

aplicables a esta relación laboral especial los derechos y deberes básicos previstos en los arts. 4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores".

En base a ello es posible entender que los deportistas profesionales sí son sujetos del derecho a la formación profesional.

- PERSONAL DE ALTA DIRECCION:

La relación laboral de estos trabajadores se regula en el R.D. 1382/1985, de 1 de Agosto⁶⁷⁸ y en el mismo no se encuentra reconocimiento expreso del derecho a la formación profesional del personal de alta dirección.

El art. 3 de esta norma dispone que: "las demás normas de la legislación laboral común, incluido el ET, solo serán aplicables en los casos en que se produzca remisión expresa en este R.D.", remisión al art. 4 del ET que no se produce a lo largo de su articulado, lo que induce a pensar que tan solo en el caso de que el derecho a la formación profesional sea considerado como uno de los derechos básicos que la Constitución reconoce se podría entender que el personal de alta dirección es sujeto del derecho a la formación profesional como derecho subjetivo.⁶⁷⁹

- EMPLEADOS AL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR:

⁶⁷⁸ BOE de 12 de Agosto de 1985.

⁶⁷⁹ No obstante, en el R.D. 1382/1985 se recogen tanto el pacto de permanencia, en el art. 8, como posibilidad de extinción de la relación laboral por voluntad del alto directivo por modificación sustancial de las condiciones de trabajo cuando esta suponga un grave perjuicio a su formación profesional.

El R.D. 1424/1985, de 1 de Agosto⁶⁸⁰, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, establece en la disposición adicional que " en lo no previsto en la presente norma será de aplicación la normativa laboral común, en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación". En virtud de esta remisión a lo preceptuado por el Estatuto de los Trabajadores y entendiendo que el derecho a la formación profesional no resultaría incompatible con las peculiaridades de esta relación laboral, no habría dificultad alguna en considerar que los empleados al servicio del hogar familiar son titulares del derecho a la formación profesional, en tanto en cuanto, el art. 4.2.b) del Estatuto de los Trabajadores les sea de aplicación.

- ESTIBADORES PORTUARIOS:

La Ley 32/1984, de 2 de Agosto, que modifico determinados preceptos del Estatuto de los Trabajadores, señaló el plazo de un año para que el gobierno regulara todas las relaciones laborales de carácter especial, plazo que no se cumplió para los estibadores que se hizo a través del Real Decreto-ley 2/1986, de 23 de Mayo sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques⁶⁸¹.

Esta norma señala en su art. 19 que, "en lo no regulado por la presente norma será de aplicación el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales de general aplicación en cuanto sean compatibles con la naturaleza especial de la relación

⁶⁸⁰ BOE de 13 de Agosto de 1985.

⁶⁸¹ BOE de 27 de Mayo de 1986.

laboral de los estibadores portuarios", luego, aquí cabe plantear lo mismo que para los empleados al servicio del hogar familiar, esto es, que no siendo, como parece, incompatible el derecho a la formación profesional con la naturaleza de esta relación especial los trabajadores sujetos a ella serán titulares de ese derecho.

- ARTISTAS:

El R.D. 1435/1985 de 1 de Agosto⁶⁸², por el que se regula la relación de carácter especial de los artistas en espectáculos públicos establece en el art. 6.1 que "En la relación especial de trabajo de los artistas en espectáculos públicos, son de aplicación los derechos y deberes laborales básicos a los que se refiere la sección 2ª del capítulo 1 del título I del Estatuto de los Trabajadores", así pues, estos trabajadores son titulares del derecho a la formación profesional en los términos establecidos en el precepto estatutario de referencia.

No obstante, cabría plantear en relación a los menores de 16 años contratados para trabajar en espectáculos públicos, el tipo de titularidad que ostentan los mismos respecto de, no solo del derecho a la formación profesional sino también respecto de cualquier otro derecho de los denominados básicos. En tal sentido es de señalar que la normativa específica que regula esta relación laboral de carácter especial establece en el art. 2 que "corresponden al padre o tutor el ejercicio de las acciones derivadas del contrato", en virtud de lo cual es posible entender que la titularidad que ostentan los trabajadores menores de 16 años respecto de los mismos no es una titularidad plena sino que esta se ve limitada en cuanto que los padres o tutores serán los

⁶⁸² BOE de 14 de Agosto de 1985.

encargados por la norma de defender el interés del menor, correspondiendo a aquellos el ejercicio de los medios de tutela que el ordenamiento jurídico ofrece a este como titular del derecho a la formación profesional.

- REPRESENTANTES DE COMERCIO:

El R.D. 1438/1985, de 1 de Agosto⁶⁸³, regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquellas.

Esta norma reglamentaria establece en el art. 12 que: "Son aplicables en el ámbito de esta relación laboral de carácter especial los derechos y deberes laborales básicos reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores" y, en virtud de esta remisión al Estatuto de los Trabajadores, es posible mantener la aplicación de los derechos reconocidos al trabajador en el art. 4.2 del Estatuto de los Trabajadores⁶⁸⁴.

- MINUSVALIDOS QUE TRABAJEN EN CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO:

La Ley 13/1982, de 7 de Abril, de integración social de los minusválidos, atribuyó carácter especial a la relación laboral de

⁶⁸³ BOE de 15 de Agosto de 1985.

⁶⁸⁴ "La previsión del artículo 12 del RDRC (...) se remite, sin duda, no solo a <<los derechos básicos reconocidos por la Constitución>> -según se desprende de la exigencia derivada del art. 2.2 del E.T.T.-, sino también al conjunto de los derechos a que se refiere el artículo 4 del E.T.T.; a tal efecto, no parece que sea relevante -en un sentido restrictivo- la circunstancia de que el mencionado artículo 4 atribuya carácter básico, de modo expreso, únicamente a los derechos que recoge en su apartado primero: a mi juicio, no hay razones sólidas para mantener la no aplicación de los derechos reconocidos al trabajador en el artículo 4.2 del E.T.T., especialmente si se tiene en cuenta que muchos de ellos tienen una conexión directa con el texto constitucional, singularmente los derechos a no ser objeto de discriminación, a la integridad física y a la dignidad personal". Cfr. CAMPS RUIZ, L.M., "La relación especial de los representantes de comercio" en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. Estatuto de los Trabajadores*, Tomo II, Vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1987, pág.259.

"los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en centros especiales de empleo". Su régimen jurídico se regula por el Real Decreto 1368/1985, de 17 de Julio⁶⁸⁵.

Esta norma señala en el art.9 que "los trabajadores minusválidos tendrán los derechos y deberes básicos previstos en el estatuto de los Trabajadores". Luego, indudablemente son titulares del derecho subjetivo a la formación profesional.

Respecto de estos trabajadores es interesante apuntar que, en materia de formación profesional, tienen ciertas especialidades frente a los trabajadores sujetos a una relación laboral ordinaria; así, en el art. 10.2 se prevé la posibilidad de pactar un período de adaptación profesional al trabajo con la finalidad de la adaptación profesional del trabajador a las tareas del puesto de trabajo que va a desempeñar o en su caso a completar la formación necesaria para el mismo. Por su parte el art.13 c) concede al trabajador minusválido el derecho a permiso para participar en acciones de orientación, formación y readaptación profesional, siendo este permiso retribuido siempre que tales ausencias no excedan de diez días en un semestre. Por último, especialidad también en el supuesto de extinción del contrato de trabajo por falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo ya que el plazo para extinguir que el art.52.c) del Estatuto de los Trabajadores fija en, como mínimo dos meses, se extiende a tres en virtud del art. 16.2.b) del RD 1368/1985.

- PERSONAL CIVIL DEPENDIENTE DE ESTABLECIMIENTOS MILITARES:

⁶⁸⁵ BOE de 8 de Agosto de 1985.

Por RD 2205/1980, de 13 de Junio⁶⁸⁶, y en cumplimiento de la Disposición Final Séptima del Estatuto de los trabajadores, se regula el régimen jurídico del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares.

En este RD aparece la formación profesional como derecho básico de estos trabajadores en el art.4 b), previsión que permite incluirlos como titulares de este derecho.

No obstante, sobre las facultades que esta norma les otorga en desarrollo del derecho a la formación, hay que señalar que están establecidas en el art. 22 del RD y en parecidos términos a lo dispuesto en el art.23 del Estatuto de los Trabajadores, con la única salvedad, como han puesto de manifiesto RAMIREZ MARTINEZ y SALA FRANCO, de la no previsión de la concesión de permisos para formación o perfeccionamiento profesional con reserva de puesto de trabajo⁶⁸⁷.

También cabría señalar como especialidad que, en el Capítulo V dedicado a; premios, faltas y sanciones, el art. 59 señala entre los motivos de premio, "el afán de superación", entendiéndose que habrán incurrido en el mismo "aquellos que hayan mejorado notablemente su formación teórica y práctica, con el propósito de alcanzar categorías superiores o ser más útiles en su trabajo", lo que les hará merecedores, según establece el art. 62.3 del RD, de "becas o viajes de estudios y premios en metálico".

Por otra parte, y aunque no consista en especialidad pues se establece en los mismos términos que en el Estatuto de los

⁶⁸⁶ BOE de 18 de Octubre de 1980.

⁶⁸⁷ Cfr. RAMIREZ MARTINEZ, J.M. y SALA FRANCO, T., "La relación laboral especial del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares", en BORRAJO DACRUZ (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales: El Estatuto de los trabajadores*, Tomo II, Vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1987, pág.311.

Trabajadores, el art. 20 prevé la posibilidad de establecer un pacto de permanencia, es decir, acordar la permanencia del trabajador al servicio de la Administración durante cierto tiempo, como contraprestación a la especialización que hubiera obtenido con cargo a la Administración Militar para poner en marcha proyectos determinados o realizar una tarea específica.

- PENADOS EN INSTITUCIONES PENITENCIARIAS:

El régimen jurídico de la relación laboral de los penados que realicen actividades laborales en los talleres penitenciarios está establecido en el RD 782/2001, de 6 de Junio⁶⁸⁸.

En materia de formación hay que destacar:

En primer lugar, el carácter formativo del trabajo penitenciario. Así cabe deducirlo de la previsión contenida en el art.4 del RD 782/2001 al establecer que la finalidad del trabajo es la "preparación para la futura inserción laboral del interno" exigiendo que a tal fin se conecte con "los programas de formación profesional ocupacional que se desarrollen en el centro penitenciario", con objeto de "mejorar las capacidades de los mismos para el posterior desempeño de un puesto de trabajo en los talleres productivos como para su futura incorporación laboral cuando accedan a la libertad".

En segundo lugar, en el art.5 del RD 782/2001 se reconoce expresamente como "derecho laboral básico" de los internos trabajadores, el derecho "a la formación para el desempeño del puesto, así como a la promoción en el trabajo". Desde mi punto de

⁶⁸⁸ BOE de 7 de Julio de 2001.

vista el RD 782/2001 en esta previsión refuerza para este colectivo de trabajadores el derecho a la formación profesional que el ET reconoce a los trabajadores en la relación laboral como en el art.4.2,b) del ET. En efecto, si de la formulación estatutaria es difícil derivar la eficacia jurídica directa del derecho a la formación profesional en el marco de la relación jurídica laboral ordinaria no ocurre lo mismo en la de los penados en instituciones penitenciarias. Los términos en que el RD en el art.5.1,f) lo reconoce y concreta para el "desempeño del puesto", desde mi punto de vista permiten entender que para la efectividad del mismo es innecesario su posterior desarrollo normativo. Lo que por otra parte resulta congruente con la idea anteriormente apuntada del carácter formativo que el RD 782/2001 otorga al trabajo penitenciario.

En definitiva, de estas previsiones así como de las múltiples especialidades que en materia de formación profesional tiene esta relación laboral de carácter especial, es posible deducir, a los efectos que aquí interesa -y sin que en este momento proceda hacer un análisis detenido de las mismas-, que estos trabajadores son titulares del derecho a la formación profesional, aunque como resulta obvio, tanto de los sujetos del contrato de trabajo cuanto del lugar y condiciones de prestación de los servicios, esta relación laboral especial tendrá muchas particularidades al respecto.

En definitiva, del panorama expuesto se puede concluir que todos los trabajadores sujetos a una relación laboral de carácter especial, excepto el personal de alta dirección, con matices, son titulares del derecho subjetivo a la formación profesional.

b) El contenido del derecho subjetivo a la formación

profesional.

Los instrumentos jurídicos de determinación del contenido.- El Estatuto de los Trabajadores en el art. 4, al enumerar los derechos básicos de los trabajadores, prevé que el contenido y alcance de los mismos será el que "disponga su específica normativa". Esto implica, como se ha dicho, que el contenido del derecho a la formación profesional no quede fijado en el enunciado que de este derecho hace el art. 4.2.b) del ET, debiéndose estar, para su determinación, al desarrollo normativo del mismo.

Tal desarrollo se encontrará tanto en la norma estatutaria como en los convenios colectivos que, en virtud del art. 85 del ET, hagan referencia a esta materia, así como en los contratos individuales de trabajo.

La estructura del contenido.- Identificando el contenido del derecho subjetivo con "el ámbito de poder y posibilidades de actuación puestas a disposición del titular del derecho y respecto del interés jurídico sobre el que este recae", DIEZ-PICAZO y GULLON entienden que el mismo comprende tres planos o niveles: El primero constituido por un conjunto de facultades jurídicas, el segundo integrado por un conjunto de deberes y el tercero por los mecanismos de protección jurídica.⁶⁸⁹

La delimitación del contenido del derecho a la formación profesional que a continuación se realiza, se hace en base a este esquema y en virtud, solamente del marco normativo establecido en

⁶⁸⁹ Cfr. DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil*, op. cit. pág.450.

el Estatuto de los Trabajadores.⁶⁹⁰

a') Facultades de actuación.

Concepto.- El reconocimiento por parte del Estatuto de los Trabajadores de la formación profesional como derecho subjetivo y básico de los trabajadores en la relación de trabajo debe ir, necesariamente, acompañado de una serie de previsiones legales que, por un lado, posibiliten que el trabajador pueda satisfacer el bien jurídico protegido y que, por otro lado, permitan que quede debidamente garantizada la eficacia del derecho así reconocido.

Para ello se instrumentan una serie de facultades jurídicas que, puestas a disposición del trabajador, integrarán el contenido de su derecho a la formación profesional y que tenderán; unas, a que el trabajador lo pueda satisfacer y, otras, a garantizarlo.

El Estatuto de los Trabajadores, a lo largo de su articulado, reconoce un buen número de ellas.

A continuación se hará un breve repaso de cuáles son estas facultades, agrupándolas en base a si tienden a dar satisfacción al bien jurídico protegido o bien, si tienden a garantizar la capacidad profesional del trabajador.⁶⁹¹

⁶⁹⁰ La determinación del contenido del derecho a la formación profesional fijado en el Estatuto de los Trabajadores permitirá, posteriormente, precisar el marco de actuación de los sujetos negociadores de los convenios colectivos en materia de formación profesional así como el ámbito de actuación de la autonomía individual.

⁶⁹¹ PRADOS DE REYES, clasifica las instituciones contractuales conectadas con la formación profesional del trabajador en la relación de trabajo, de acuerdo con la función que las mismas cumplen, en: Instituciones contractuales orientadas específicamente en interés de la formación y en instituciones comunes del contrato de trabajo que quedan condicionadas, limitadas o incluso pueden instrumentarse directamente hacia objetivos de capacitación.

Como tendremos ocasión de ver el criterio de clasificación de estas facultades jurídicas, propuesto en el texto, llevará al mismo resultado que la clasificación propuesta por este autor en "Las conexiones de la formación

Las facultades jurídicas para la satisfacción del derecho de formación profesional del trabajador.- Integran este grupo aquellas facultades que tienden al enriquecimiento de la capacidad profesional del trabajador, es decir, a que ésta pueda, vigente la relación laboral, progresar e incrementarse.

En el art. 23 del ET se recogen las facultades que pudiéramos decir, más específicamente tienden a la satisfacción de la formación profesional del trabajador en la relación de trabajo y, en relación con ellas, en esta sede normativa se impone al empresario el deber jurídico de facilitar su ejercicio⁶⁹².

Esta norma reconoce al trabajador cuatro derechos profesionales que incidiendo, de una forma u otra, sobre el tiempo y horario de trabajo y sobre la situación jurídica del contrato de trabajo permitirán que el trabajador a lo largo de su vida profesional pueda compatibilizar estudio y trabajo⁶⁹³: Derecho de preferencia en la elección de turno de trabajo, derecho a disfrutar de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, derecho a la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo y el derecho a la concesión del permiso oportuno de formación o perfeccionamiento profesional⁶⁹⁴.

profesional y el contrato de trabajo", op. cit. pág. 131 y ss.,

⁶⁹² Vid. en este sentido PEDRAJAS MORENO, A., en "Formación y derechos individuales", op. cit. pág.513.

⁶⁹³ En la relación laboral por medio del art.23 ET se articula la necesaria conexión entre la formación profesional, la educación general y el empleo apuntada por BORRAJO DACRUZ.E, en "Objetivos y bases legales para la promoción de la formación profesional en razón del empleo en España", RT, núm.66, 1982, pág.11. Este precepto tiene en cuenta, como ha señalado este autor, que "estudio y trabajo, trabajo y estudio, se entrelazan, en *vías paralelas* o en *vías intercurrentes*, a lo largo de la vida personal, social y profesional" y, en este sentido, contiene los instrumentos jurídicos que el ordenamiento laboral ofrece a los trabajadores para hacer efectivo el principio de educación permanente.

⁶⁹⁴ Cfr. CASAS BAAMONDE, M.E., "Formación y estabilidad en el empleo: La formación continua

Pero, no obstante el reconocimiento que de estos derechos profesionales hace el art. 23 del Estatuto de los Trabajadores, en su apartado 1ª, no quedan establecidos en el precepto, los términos de su ejercicio. Para su fijación el art. 23.2 se remite a la negociación colectiva, haciéndolo en los siguientes términos: "En los Convenios Colectivos se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos".

Estas son pues las facultades que estatutariamente se conceden al trabajador con el fin de que mejore su capacitación profesional, no obstante la negociación colectiva puede señalar otras que persigan el mismo objetivo.

Así lo hacen algunos convenios colectivos; permitiendo al trabajador que curse estudios académicos y de formación profesional acomodar su turno de vacaciones, bien para poder preparar los correspondientes exámenes, bien para evitar que coincida con la asistencia a un curso de formación profesional de carácter obligatorio⁶⁹⁵.

Este derecho no está establecido en el Estatuto de los Trabajadores por lo que el convenio colectivo resulta fuente constitutiva del mismo y, por tanto, los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio, que cumplan con el presupuesto de hecho recogido en el mismo, tendrán preferencia en la elección frente al resto del personal, dado que en virtud de la reforma del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 11/1994, se suprime del art.38, el apartado 2.c) en el que se otorgaba

y su <<función preventiva>>", en RL, nº24, 1992, pág.7.

⁶⁹⁵ Los convenios colectivos consultados que contienen previsiones en este sentido son: <<Compañía Española de Tabaco en Rama, S.A. (CETARSA)>> (R.7281) y <<Paradores de Turismo>> (R.201).

preferencia en la elección de turno de vacaciones a los trabajadores con "responsabilidades familiares".

Las facultades jurídicas para garantizar la formación profesional del trabajador.- Este grupo de facultades estará integrada por aquellos derechos concedidos al trabajador con la finalidad de que mantenga su capacidad profesional, tanto la adquirida antes del inicio de la relación laboral, cuanto la obtenida en el transcurso de la misma.

Así, encontramos una serie de previsiones legales, en relación con el trabajo de los menores de 18 años, a través de las cuales el legislador pretende garantizar, en un caso, y proteger, en otros, la formación profesional de este colectivo.

Entre ellas, en primer lugar está, la prohibición de la admisión al trabajo de los menores de dieciséis -ex art.6.1 del Estatuto de los Trabajadores-. El establecimiento de esta edad mínima para de acceso al trabajo que, como señala DEL REY GUANTER, supone un límite a la libertad de contratar del empresario en el ámbito laboral y a la libertad de contratar del trabajador, tiene como finalidad garantizar una formación básica a las personas menores de 16 años y encuentra fundamento en el principio de igualdad reconocido por la Constitución.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencia 22/1981, de 27 de Julio señalando que lo que se pretende mediante la fijación de una edad laboral mínima es "garantizar una formación básica, dentro de una política encaminada a promover la igualdad real y efectiva de todos los ciudadanos y a remover los obstáculos que impidan a éstos el pleno desarrollo físico y psíquico de su personalidad; y, aun cuando el proceso de maduración no se produzca de la misma forma

en todos los individuos, la tipificación viene también justificada por la necesidad de uniformar los ciclos educativos y evitar una costosa diversificación según el ritmo de evolución de cada niño o adolescente. Se trata, en definitiva, de una medida inspirada en principios y valores fundamentales asumidos constitucionalmente (arts. 9.2 y 27.1 de la Constitución española), y la creciente sensibilización de las sociedades democráticas respecto de la importancia de la realización de tales valores y principios viene manifestándose en la paulatina elevación de la edad requerida para el inicio de la actividad laboral".⁶⁹⁶

En esta misma dirección parece que va el art.11.2, e) del ET al señalar en relación con el régimen jurídico del contrato para la formación que, "cuando el trabajador contratado para la formación no haya finalizado los ciclos educativos comprendidos en la escolaridad obligatoria, la formación teórica tendrá por objeto inmediato completar dicha educación".

Y, en esta línea señala el RD 488/1998, de 27 de Marzo, por el que se desarrolla el art.11 del ET en materia de contratos formativos que, a efectos de completar esa formación básica y de acuerdo con lo previsto en el art. 51.1 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de Octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, las Administraciones educativas deberán garantizar una oferta adaptada a este objetivo.

También conectado con la formación profesional está, sin

⁶⁹⁶ DEL REY GUANTER, S., "La aplicación de los valores superiores de la Constitución Española en el Derecho del Trabajo", en RL, núm.6, 1988, pág. 375.

Vid. STC 22/1981, de 27 de Julio, (B.J.C. 1981/4), (F.J.7).

duda, el derecho a la ocupación efectiva que se reconoce al trabajador, en el art. 4.2.a), como derecho básico en la relación de trabajo, ya que como señala RODRIGUEZ-SAÑUDO, la exigencia de que el empresario mantenga al trabajador efectivamente ocupado está dirigida a "hacer posible una mejora y más amplia capacitación profesional"⁶⁹⁷, y en este sentido, entiende GUANCHE MARRERO, que produciéndose la desocupación del trabajador, "sus expectativas a una mejora en su trayectoria profesional quedarían gravemente afectadas, tanto en el sentido estático de la formación como en el sentido dinámico de una promoción futura"⁶⁹⁸.

La norma estatutaria se ocupa también de garantizar la capacidad profesional del trabajador frente al poder de dirección y al *ius variandi* ordinario y extraordinario del empresario; en primer lugar, señalando expresamente, en el art.39.3, la promoción y formación profesional del trabajador como límites a la movilidad funcional ordinaria del art.39.1 ET y a la extraordinaria del art.39.2 ET; y, en segundo lugar, posibilitando que el trabajador, en virtud del art.50.1.a), pueda extinguir su contrato de trabajo cuando se hayan producido modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional.

Por último, hay que hacer referencia a la garantía reconocida a los representantes de los trabajadores -ex art.68.c)

⁶⁹⁷ Como se desprende de lo dicho, este derecho del trabajador origina para el empresario la correlativa obligación de darle ocupación, luego también, podría ser objeto de análisis en el apartado correspondiente a "las obligaciones" como parte del contenido del derecho subjetivo a la formación profesional. Cfr. RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., "Sobre el contenido del deber de formación profesional del empresario", en AA.VV., *Contrato de trabajo y formación profesional*, V Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, MTSS, Madrid, 1987, pág.244.

⁶⁹⁸ Cfr. GUANCHE MARRERO, A., *El derecho del trabajador a la ocupación efectiva*, CIVITAS, Madrid, 1993, pág.36.

del Estatuto de los Trabajadores-, en orden a no ser discriminados en su promoción económica y profesional en razón del desempeño de su actividad.

b') Obligaciones.

Concepto.- Vienen a ser el reverso de las facultades jurídicas atribuidas al titular del derecho subjetivo y suelen estar a cargo de los sujetos pasivos del mismo, que en el caso del derecho subjetivo a la formación profesional será el empresario⁶⁹⁹. No obstante, existen situaciones, en que la norma que reconoce el derecho prevé también deberes a cargo de la persona que es titular de las facultades inherentes al mismo y así ocurre respecto del trabajador en cuanto titular de aquél, como más adelante se verá.

Las obligaciones del empresario.- El reconocimiento al trabajador del derecho subjetivo a la formación profesional, debería implicar la existencia de un correlativo y exigible deber del empresario a tutelar la profesionalidad del trabajador asumiendo la responsabilidad, por un lado, de que la capacidad del trabajador no se vea perjudicada y, en segundo lugar, de que esa capacidad se enriquezca y mejore.

No obstante, de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores se detecta que, por regla general, las obligaciones que asume el empresario en esta materia resultan,

⁶⁹⁹ PEDRAJAS MORENO, A. en "Formación y derechos individuales" aborda el estudio del derecho subjetivo de los trabajadores a la formación profesional desde la perspectiva de los niveles de exigencia que este derecho comporta para el empresario en la medida en que siendo un derecho reconocido a los trabajadores en la relación jurídica laboral, debe ser satisfecho en el desenvolvimiento de la misma. Vid. op. cit. pág.513.

mayoritariamente, obligaciones del primer tipo, es decir, de respeto a la situación del trabajador como titular del derecho a la formación profesional, ya que, son obligaciones dirigidas a no perjudicar la profesionalidad del trabajador, a no obstaculizar y a facilitar el ejercicio de los derechos profesionales reconocidos al trabajador en el art.23 del ET⁷⁰⁰; permitir la asistencia a las clases o cursos de formación, acomodar horarios, colaborar en la financiación a través de la cuota de formación profesional, etc.⁷⁰¹. Se ha visto como proporcionar formación profesional a los trabajadores es una mera carga jurídica para el empresario y no una obligación⁷⁰².

Hay sin embargo supuestos que excepcionan la que se puede considerar regla general anterior.

Por una parte, es interesante resaltar la especial posición del empresario de trabajo temporal como sujeto pasivo del derecho a la formación profesional, que reviste ciertas peculiaridades dimanantes de las obligaciones que debe asumir en esta materia, en virtud de la Ley 14/1994, de 1 de Junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal.

Asume una doble obligación; por una parte, - ex art. 12.2-, en orden a la financiación, debiendo destinar el 1 por 100 de la masa salarial a la formación de los trabajadores temporales y, por otra parte, -ex art. 12.2-, a facilitar a los trabajadores temporales "una formación suficiente y adecuada a las

⁷⁰⁰ Cfr. GONZALEZ ORTEGA, S., "El progreso en la capacidad profesional como obligación del trabajador en el Estatuto de los Trabajadores", op. cit. pág.146.

⁷⁰¹ Cfr. PRADOS DE REYES, F.J., "Las conexiones de la formación profesional y el contrato de trabajo", op. cit. págs.140 y 141.

⁷⁰² Cfr. RODRIGUEZ-SAÑUDO, F., "Sobre el contenido del deber de formación profesional del empresario", op. cit. pág.243.

características del puesto de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional, y prestando especial atención a los riesgos a los que vayan a estar expuestos". De estas previsiones es posible deducir que las obligaciones de los empresarios de empresas de trabajo temporal no son ya solo de carácter pasivo sino que la ley les exige que asuman también obligaciones en orden a proporcionar al trabajador temporal la formación necesaria y adecuada para el puesto de trabajo a cubrir, no obstante, se detecta que, tampoco en este caso, la finalidad de la previsión normativa que impone la obligación vaya dirigida a que la capacidad profesional del trabajador pueda progresar e incrementarse⁷⁰³.

Por otra parte, hay normas profesionales que imponen obligaciones formativas a los empresarios. Este es el caso de las empresas de vigilancia y seguridad a las que la Ley 23/1992 exige que garanticen la formación y actualización profesional de su personal de seguridad ex art.5.2.

El TS ha interpretado que en estos casos el débito empresarial alcanza a "*la obligación de proporcionar los medios para que se cumpla esa formación ello implica bien la obligación de prestarla directamente o bien la de financiarla, pues no se trata de una garantía de mera asistencia, como dice el Reglamento sino una obligación más amplia de <<garantizar la formación>>*"

⁷⁰³ Cfr. SALA FRANCO, T., en *La reforma del mercado de trabajo*, op. cit. págs. 49 y 50. Este autor hace especial hincapié en la importancia que reviste la formación profesional de los trabajadores temporales de las ETT precisamente como garantía de una "mayor calidad del servicio prestado por la ETT" y de la empleabilidad de los trabajadores, cfr. SALA FRANCO, T., en "Las empresas de trabajo temporal tras cuatro años de su implantación legal", en PEDRAJAS MORENO (Coord.) *Las reformas laborales: análisis y aplicación práctica*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1999, pág.101.

Para PEDRAJAS MORENO, los silencios de la norma en torno a aspectos importantes de la formación como son, el contenido, duración, medios de formación, etc. son significativos en el sentido apuntado en el texto y llevan a este autor a calificar de <<liviano>> el tratamiento que la Ley 14/1994, de ETT da a la formación profesional. Cfr. PEDRAJAS MORENO, A., en "Formación y derechos individuales", op. cit. pág.516.

como establece el art.5.2 de la Ley"⁷⁰⁴.

Las obligaciones del sujeto activo.- Paralelamente a los deberes del empresario, como ya quedó señalado, el reconocimiento al trabajador del derecho a la formación profesional genera para éste una serie de obligaciones en orden, fundamentalmente, a que el ejercicio de las facultades que el ordenamiento jurídico le atribuye, se realice de forma adecuada a la finalidad de las mismas y también en cuanto al grado de aprovechamiento de las enseñanzas que estuviera realizando si éste quedara establecido en el convenio colectivo. De estos deberes que constituirán límites al ejercicio de los derechos que se le reconocen se dará cuenta *infra*.

Por otra parte, el Estatuto de los Trabajadores, en el art.21.4, prevé la posibilidad de que el trabajador se obligue a permanecer en la empresa como máximo dos años, en caso de que haya recibido una especialización profesional, con cargo al empresario, para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo. Para ello será necesaria la existencia de previo acuerdo entre ambos, pudiendo pactarse su permanencia igualmente en convenio colectivo.

Asimismo, la previsión contenida en el art. 52.b) del Estatuto de los Trabajadores, hace surgir para el trabajador la carga jurídica de progresar en su capacidad profesional, readaptándose a las modificaciones que los avances tecnológicos exijan de su trabajo, ya que, su falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo

⁷⁰⁴ Cfr. STS de 25 de febrero de 2002, publicada en RL, núm.14, 2002, págs.96 a 101. (F.J.3).

posibilita al empresario a que extinga el contrato de trabajo, cuando siendo razonables dichos cambios, hayan transcurrido como mínimo dos meses desde que se introdujo la modificación.

Para que el trabajador pueda adaptarse a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, se establece en el Estatuto de los Trabajadores un período mínimo de adaptación que será de dos meses. Durante este tiempo, aun cuando el empresario no esté obligado a proporcionar al trabajador un curso de reconversión, cabría entender que, en virtud del deber de buena fe, sí está obligado a poner todos los instrumentos y medios necesarios para que el trabajador consiga el resultado pretendido, so pena de que la decisión extintiva sea ilícita⁷⁰⁵.

Si el empresario ofreciera al trabajador la posibilidad de asistir a un curso de reconversión o perfeccionamiento profesional se originará para éste la obligación de acudir y participar en aquél y hacerlo con el mayor aprovechamiento posible.

Un supuesto especial: La cuota por Formación Profesional.- Existe, tanto para el trabajador como para el empresario, una obligación contributiva destinada a la Formación Profesional.

Esta contribución no constituye cotización a la Seguridad Social, no obstante, se recauda junto a las cuotas correspondientes a la Seguridad Social y el cálculo de su cuantía se realiza de forma semejante a si lo fuera; 0'7 por 100 sobre la base de cotización de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, del que el 0'6 por 100 será a cargo de la Empresa

⁷⁰⁵ Cfr. GONZALEZ ORTEGA, S., "El progreso en la capacidad profesional como obligación del trabajador en el estatuto de los Trabajadores", op. cit. pág.156.

y el 0'10 por 100 a cargo del trabajador.

Como ya se apuntó *supra*, a partir de Enero de 1993, parte de esta cuota se destina a la financiación directa de las acciones formativas de los trabajadores asalariados y funcionarios, que se realicen de conformidad a lo establecido en el Acuerdo Nacional de Formación Continua.

El porcentaje destinado a tal fin ha ido incrementándose desde el 0'1 por 100 en 1993 hasta el 0'35 por 100 previsto para 2002 y la parte restante se seguirá destinando a la financiación de la formación profesional de los trabajadores desempleados.⁷⁰⁶

c') Mecanismos de protección.

Los mecanismos de protección.- De entre los medios que el ordenamiento jurídico otorga al trabajador para proteger su derecho a la formación profesional encontramos unos que se le asignan directamente a él y otros que se le atribuyen de forma indirecta, ya que, la protección se instrumentaliza a través de los representantes de los trabajadores.

Entre las competencias sobre Formación Profesional asignadas a los representantes de los trabajadores, se encuentran las señaladas en el Acuerdo Nacional de Formación Continua en relación a los permisos por formación. Este Acuerdo señala en el art.13 que "la representación legal de los trabajadores" deberá ser informada tanto de las solicitudes que se presenten al empresario y como en caso de que el empresario deniegue la

⁷⁰⁶ Sobre el fundamento y justificación de tal redistribución de la cuota por Formación Profesional, se aludió *supra*.

solicitud.

Sobre este particular surgen dos cuestiones: La primera respecto de quienes son los sujetos destinatarios de la información. El Acuerdo se refiere a "la representación legal de los trabajadores", en base a ello se plantea si destinatarios serán solo los representantes unitarios o si también cabría que lo fueran los representantes sindicales. Se puede entender aplicable a este supuesto la interpretación que ALBIOL MONTESINOS⁷⁰⁷ mantiene respecto de las competencias de los Delegados Sindicales como destinatarios de la copia básica de los contratos, y, en este supuesto, considerar que en virtud de la aplicación del art.10.3.1 de la LOLIS, los Delegados Sindicales también tienen esta competencia.

En cuanto a la segunda cuestión, esta materia viene a adicionarse al catálogo de materias sobre las que pesa derecho de información pasiva, referido en el art. 64 del Estatuto de los Trabajadores, ya que difiere del derecho que, en materia de formación profesional, se les otorga en esa sede normativa, - art.64.1.3.c)-, en orden a emitir informe con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de los planes de formación profesional de la empresa y al que, el Acuerdo también se refiere ampliando su ámbito objetivo al prever, en los arts. 11 y 12, no solo el necesario informe a los representantes, previo a la ejecución del plan de empresa o agrupado sino también la obligación del empresario de informarles trimestralmente de la ejecución de los mismos.

⁷⁰⁷ Entiende este autor que aunque la Ley 2/1991, se refiere a los representantes de los trabajadores "esta competencia la tendrán también los delegados sindicales en virtud del art 10.3.1 de la LOLIS en cuya virtud los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa tendrán ... acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa...", cfr. ALBIOL MONTESINOS,I., *Comités de Empresa y Delegados de Personal*, pág.110

II. LOS DERECHOS INSTRUMENTALES A LA FORMACION PROFESIONAL DEL TRABAJADOR

Facultades jurídicas para la satisfacción del derecho de formación profesional: Identificación.- Como ya se señaló, el Estatuto de los Trabajadores, en el art.23 reconoce al trabajador cuatro derechos o facultades jurídicas en base a la titularidad que ostenta del derecho a la formación profesional en la relación de trabajo, con la finalidad de que su capacitación profesional pueda progresar e incrementarse: Derecho de preferencia en la elección de turno de trabajo, derecho a disfrutar de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, derecho a la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo y el derecho a la concesión del permiso oportuno de formación o perfeccionamiento profesional.

Objeto de estudio.- Este precepto estatutario está integrado por cuatro proposiciones jurídicas, configurándose, como consecuencia jurídica de cada una de ellas, las facultades o derechos profesionales del trabajador señalados⁷⁰⁸. Al análisis de

⁷⁰⁸ En efecto, la primera proposición jurídica contenida en el art.23.1.a) dispone que "El trabajador tendrá derecho: Al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes,..., cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional". De la misma se puede extraer que su presupuesto de hecho lo constituye "estar cursando estudios para la obtención de un título académico o profesional y que la consecuencia jurídica de la misma es el permiso para concurrir a los exámenes.

La segunda, se encuentra en la misma sede normativa que la anterior y establece que, "El trabajador tendrá derecho : ...a una preferencia a elegir turno de trabajo, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional", de esta previsión estatutaria se desprende que el presupuesto jurídico que dará lugar a que el trabajador tenga preferencia para elegir turno de trabajo, tendrá lugar cuando aquél, también como en el caso anterior, curse estudios para la obtención de un título académico o profesional y, además, en la empresa esté instaurado el régimen de turnos.

En tercer lugar, y ya en el apartado b) del art.23.1 del Estatuto de los Trabajadores, se reconoce que, "El trabajador tendrá derecho: A la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para asistencia a cursos de formación profesional". En esta norma se otorga al trabajador la facultad jurídica de poder adaptar su jornada de trabajo pero requiriendo para ello que asista a cursos de formación profesional, siendo, en consecuencia, éste, el presupuesto de hecho de la norma transcrita y la adaptación de la jornada de trabajo consecuencia jurídica del mismo.

las mismas se dedicará este apartado, para lo cual, se seguirá la estructura fijada en el precepto estatutario, desarrollada en base a los pronunciamientos doctrinales, tanto judiciales como científicos, que hasta la fecha se han producido y complementado con las previsiones convencionales que hacen referencia a dichas facultades recogidas; en la negociación colectiva sectorial estatal del período comprendido entre Enero de 2000 y Junio de 2002; y, en los convenios colectivos de empresa publicados en el BOE en el período de tiempo comprendido entre Enero y Junio de 2002.

Previamente a ello, es necesario hacer un estudio global del art.23 del Estatuto de los Trabajadores, en orden, fundamentalmente a determinar el alcance de la modificación que la Ley 11/1994 introdujo en el antiguo art.22 de la norma estatutaria y con finalidad de determinar la eficacia jurídica del mismo.

A. EL ART.23 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: EFICACIA JURIDICA

Precedente normativo: El art.22 del Estatuto de 1980.

Debate doctrinal sobre su eficacia jurídica.- El Estatuto de los Trabajadores fue modificado por la Ley 11/1994, de 19 de Mayo, y entre las modificaciones operadas encontramos el art.22.

La antigua regulación de los derechos en materia de formación profesional contenida en ese precepto, dio lugar a que

Y en cuarto lugar, en el mismo art.23.1.b), el Estatuto de los Trabajadores señala que, "El trabajador tendrá derecho: ...para la asistencia a cursos de formación profesional...a la concesión del oportuno permiso por formación o perfeccionamiento profesional con reserva de puesto de trabajo". En esta norma claramente se señala como consecuencia jurídica el permiso por formación o perfeccionamiento profesional y como presupuesto de hecho de la misma el ya señalado para la norma anterior; la asistencia a cursos de formación profesional.

se plantearan dudas sobre su aplicabilidad directa o no, dadas la falta de concreción del mismo y su remisión a los convenios colectivos para pactar los términos concretos de su ejercicio.

No hubo una interpretación unívoca en orden a cuál era su eficacia jurídica, ni por parte de la doctrina científica ni de la doctrina judicial.

Existían dos corrientes interpretativas; la primera defendiendo la inaplicabilidad del precepto legal, en base a la falta de concreción del mismo y hasta tanto no se desarrollase convencionalmente su contenido y; la segunda, a favor de la eficacia inmediata del precepto que, aún en el caso de silencio del convenio colectivo sobre los derechos en él contenidos, resultaba aplicable en los términos en que las partes acordaran individualmente y, en defecto de acuerdo, según la interpretación jurisprudencial que tendría en cuenta las circunstancias concurrentes dentro de los principios de buena fe y corrección contractuales.⁷⁰⁹

La primera interpretación fue mantenida por PALOMEQUE LOPEZ y ALVAREZ DE LA ROSA, entendiendo que tanto el art.4.2.b) como el art.22 del Estatuto de los Trabajadores eran preceptos de contenido limitado y escaso, interviniendo la negociación colectiva como un desarrollo imprescindible del derecho constitucional a la promoción profesional⁷¹⁰.

La segunda tesis fue apoyada por un sector mayoritario de la

⁷⁰⁹ En relación a los términos del debate sobre la eficacia del art.22 del Estatuto de los Trabajadores de 1980, vid. SALA FRANCO, T. *La reforma del mercado de trabajo*, op. cit. pág.130.

⁷¹⁰ Cfr. PALOMEQUE LOPEZ, M.C. Y ALVAREZ DE LA ROSA, M. en *Derecho del trabajo*, op. cit. pág.620.

doctrina científica en base a diversos argumentos: Así, tanto CAMPS RUIZ como CASAS BAAMONDE defendían que, dado que el precepto en cuestión contenía mandatos normativos completos sobre las materias o aspectos integrantes de los derechos reconocidos, la falta de desarrollo convencional del mismo no impedía su ejercicio⁷¹¹.

Por su parte, LOPEZ GANDIA también se inclinaba por esa interpretación al entender que el papel del convenio colectivo no era el de garantizar tales derechos, sino regular los términos concretos de su ejercicio⁷¹².

Y, este mismo criterio mantenía GARCIA MURCIA para el que "el art.22 del Estatuto de los Trabajadores constituía la regulación común y mínima del derecho a la promoción a través del trabajo, a matizar y mejorar por la voluntad de las partes", apoyando esta conclusión, tanto en la interpretación sistemática del precepto legal cuanto en el contenido del mismo. Su argumentación básicamente era la siguiente: Por un lado, señalaba que el reconocimiento del derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo ya se encontraba en otras disposiciones del Ordenamiento Jurídico (art.35.1 de la CE y art.4.2.b) del ET) por lo que el art.22 debía funcionar como un desarrollo de esas cláusulas generales para posibilitar su aplicación efectiva, apuntando que la técnica utilizada por el Estatuto de los Trabajadores para regular este derecho del trabajador en la relación de trabajo, -declaración inicial, seguida de una articulación y de unas previsiones más concretas-, era igual a la

⁷¹¹ Cfr. CAMPS RUIZ, L.M., "Promoción Profesional en la empresa", op. cit. pág.100, y CASAS BAAMONDE, M.E. "Formación y estabilidad en el empleo: La formación continua y su <<función preventiva>>", op. cit. pág.7.

⁷¹² Cfr. LOPEZ GANDIA, J., "Artículo veintidós.- Promoción y formación profesionales en el trabajo", op. cit. pág.180.

utilizada para regular otros derechos de la misma naturaleza como los de no discriminación en el empleo (art.4.2.c) y 17.1 del ET) o el derecho a la protección de la integridad física y la adecuada política de seguridad e higiene (art.4.2.d) y art.19 del ET).

Por otro lado, en cuanto al contenido del precepto, señalaba que los instrumento recogidos en el art.22 no eran derechos con un fin en sí mismos sino mecanismos que ofrecía el precepto legal para dar satisfacción al derecho que se trataba de garantizar y, por tanto, si la ley ponía esos medios para alcanzar el derecho previamente reconocido, el precepto que los contenía buscaba una aplicación directa e inmediata sin necesidad de que otras normas le prestaran apoyo para ello, aunque pudieran hacerlo.

Esta corriente interpretativa favorable a la aplicación directa del contenido del art.22 del Estatuto de los Trabajadores no era, sin embargo, ajena a las dificultades que la misma podía plantear en la práctica y así se coincidía en la conveniencia del desarrollo complementario del precepto legal a través de la negociación colectiva⁷¹³.

Por su parte la doctrina judicial vino manteniendo, mayoritariamente, la segunda de las interpretaciones señaladas⁷¹⁴.

⁷¹³ Para CASAS BAAMONDE, "existe una general coincidencia en que la negociación colectiva, por sus dotes de mayor elasticidad y sensibilidad a los cambios, es el instrumento más idóneo para disciplinar los derechos y obligaciones de formación en el trabajo, estableciendo mecanismos de promoción de la formación continua y programas de adquisición y evolución de la competencia profesional al hilo de las transformaciones técnicas y organizativas", en CASAS BAAMONDE, M.E., "Formación y estabilidad en el empleo: la formación continua y su <<función preventiva>>", op. cit. pág.8.

Apuntando problemas concretos en la aplicación directa del art.22, vid. LOPEZ GANDIA, J., "Artículo veintidós.- Promoción y formación profesionales en el trabajo", op. cit.pág.180 y, señalando, además, otras vías de integración o complemento del precepto legal, GARCIA MURCIA, J. "El Derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo", op. cit. pág.235.

⁷¹⁴ En sentido contrario, vid. la STSJ de Castilla y León de 3 de Mayo de 1991, A/3005 (F.J.2), que,

aunque no lo señala explícitamente, podría entenderse que es favorable a la eficacia mediata del art.22 del estatuto de los Trabajadores cuando señala que "el art.22 (...) remite en actividades con convenios colectivos a que puede pactarse los términos concretos del ejercicio de tal derecho e incluso el grado de aprovechamiento necesario para el disfrute del mismo", en este sentido la recoge SALA FRANCO,T., en *La reforma del mercado de trabajo*, op. cit. pág.130

Así, fueron numerosos los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia en este sentido y entre los mismos, reseñable la sentencia del TSJ de Cantabria de 22 de Febrero de 1991 en la que, en relación con el derecho a la elección de turno de trabajo del art.22.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, se señalaba que el contenido de tal precepto era preciso y determinado y por tanto no una norma en blanco, ya que consagraba un derecho de ejercicio inmediato, aunque, haciendo hincapié en el "posible y aún deseable" desarrollo convencional dada la sucinta regulación estatutaria⁷¹⁵.

Modificaciones introducidas por la Ley 11/1994.- En virtud de la Ley 11/1994, de 19 de Mayo, por la que se modificaron determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la ley de procedimiento laboral y de la ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, publicada en BOE de 23 de Mayo de 1994, las normas contenidas en el antiguo art. 22 del Estatuto de los Trabajadores, pasaron a integrarse en el actual art. 23 dedicado a la "Promoción y Formación Profesional en el trabajo"⁷¹⁶.

Este precepto, contenido en la Sección tercera, -que pasa a denominarse "Clasificación profesional y promoción en el trabajo"-, deja intacto el apartado 1º del antiguo art. 22 en el que se reconocen a los trabajadores los cuatro derechos a los que nos hemos referido: Permisos para concurrir a exámenes,

⁷¹⁵ Vid. STSJ de Cantabria de 22 de Febrero de 1991, A/1201 (F.J.2) y, en el mismo sentido, STSJ de Aragón de 22 de Enero de 1992, A/196 (F.J.2) y STSJ de Galicia de 26 de Julio de 1993, A/3422, (F.J.3)

⁷¹⁶ Sobre las modificaciones operadas en virtud de la Ley 11/1994 sobre la "promoción y formación profesional en el trabajo", vid. SALA FRANCO, T., *La reforma del mercado de trabajo*, op. cit. págs. 130 y 131, CAMPS RUIZ, L.M., *La nueva regulación del mercado de trabajo*, TIRANT LO BLANC, Valencia, 1994, pág.285 y CONDE MARTIN E HIJAS, V. "Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional" en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *Comentarios a las leyes laborales: El Estatuto de los Trabajadores*, EDERSA, Madrid, 1994.

preferencia en la elección de turno de trabajo, adaptación de la jornada de trabajo y permiso de formación o perfeccionamiento profesional.

La modificación se produce, en el apartado segundo del art. 22 del Estatuto de los Trabajadores, -"En los convenios colectivos podrán pactarse los términos concretos del ejercicio de estos derechos y el grado de aprovechamiento necesario para el disfrute de los mismos"- , ya que, el apartado segundo del art.23 queda redactado en los siguientes términos: "En los Convenios Colectivos se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos".

El cambio, por tanto, parece que incide sobre el papel que el legislador asigna a la negociación colectiva en esta materia.

Alcance de la reforma.- Dos cuestiones cabría apuntar sobre esta nueva regulación: La primera de ellas en relación con la eliminación de la referencia expresa al "grado de aprovechamiento necesario para el disfrute de los derechos" reconocidos, y, la segunda, en relación con el papel que en el precepto se asigna a la negociación colectiva.

En relación a la primera, hay que señalar que, el grado de aprovechamiento por el trabajador de las facultades que la norma le reconoce supone una condición al ejercicio del derecho, ya que, como es obvio, si el convenio colectivo lo establece, se generará, para el trabajador, una obligación que deberá cumplir para mantener su derecho, -por ejemplo en caso de que haya cambiado de turno de trabajo-, o para poder ejercitarlo, -en el caso de permisos por exámenes-. Será pues, el grado de aprovechamiento, una condición limitadora del derecho de que se trate.

Partiendo de lo anteriormente expuesto es posible entender el silencio que, al respecto, guarda el texto de la Ley 11/1994 en dos sentidos: En primer lugar, entendiendo que al no referirse el art. 23.2 al grado de aprovechamiento, al convenio colectivo le queda vedada la posibilidad de establecer esta condición al ejercicio del derecho o bien, entender, en segundo lugar, que la expresión "se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos" comprende la posibilidad de que, vía convencional, se establezcan no únicamente el procedimiento de ejercicio sino también condiciones al mismo, y que por tanto, referirse a grado de aprovechamiento en esa sede normativa resultaría una redundancia, -en la que incurría el antiguo art.22.2 del Estatuto de los Trabajadores-.

La primera de las interpretaciones sería defendible si se entendiera que esta condición limita el ejercicio del derecho de tal forma que éste deviene impracticable.

Sin duda esto no es así, ya que, como se tendrá ocasión de ver, el derecho a la formación del trabajador, -del que son contenido las facultades que el art. 23.1 del Estatuto de los Trabajadores otorga al trabajador por tal motivo-, no tiene, - como ningún otro derecho-, carácter absoluto y en tal sentido se encuentra limitado en orden a las obligaciones que su titularidad genera para el trabajador.⁷¹⁷

Resultará, pues, la segunda posibilidad apuntada, sin duda, la más razonable y lleva a entender que la modificación introducida por el legislador, en este aspecto, se limita a ser una mejora técnica.

Ninguna objeción cabría oponer, por tanto, a la supresión de la expresión "grado de aprovechamiento necesario para el

⁷¹⁷ Vid. en este sentido, GONZALEZ ORTEGA, S., "El progreso en la capacidad profesional como obligación del trabajador en el estatuto de los Trabajadores", op. cit. pág.146.

disfrute de los mismos", porque, obviamente, si el convenio colectivo está llamado a regular los términos del ejercicio del derecho puede en virtud de ello establecer condiciones al ejercicio del mismo que, sin limitarlo más allá de lo razonable, constituyan obligaciones para el trabajador y resulten instrumento adecuado para satisfacer simultáneamente los intereses del trabajador y empresario.⁷¹⁸

Eficacia jurídica del art.23 del Estatuto de los trabajadores.- En cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas, son numerosas las elaboraciones científicas que tras la reforma del mercado de trabajo vienen abordando este tema, precisando el sentido del art.23.2 del Estatuto de los Trabajadores y fundamentando, en algunos casos, la eficacia del precepto legal, precisamente en la remisión que, en este apartado, se hace a la negociación colectiva.

Así encontramos que, en contra radicalmente de la eficacia directa del precepto legal se pronuncia CONDE MARTIN DE HIJAS, por entender que se traslada al convenio colectivo de modo imperativo la misión de completar la regulación de la ley, siendo el precepto legal una norma imperfecta, no susceptible de aplicación inmediata con sus solos elementos y necesitando, por tanto, del convenio colectivo, para su concreción⁷¹⁹

⁷¹⁸ Como recuerda ROMAN DE LA TORRE, "gran parte del contenido de tales derechos (los recogidos en el art.23 ET) se reconoce también con vistas a que la propia mejora de la profesionalidad del trabajador redunde también en la mejora simultánea de la calidad del trabajo y en consecuencia de la competitividad de la empresa", cfr. en "Clasificación profesional y movilidad funcional", op. cit. pág.212.

No es ésta, de cualquier forma, la sede adecuada para hacer un análisis en profundidad de los mismos, ya que, aun siendo parte del contenido del derecho a la formación profesional lo integran en cuanto obligaciones que se generan para el trabajador como titular más que como facultades puestas a disposición de éste.

⁷¹⁹ Cfr. CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional" en BORRAJO DACRUZ (Dir.) *Comentarios a las leyes laborales: La reforma del*

Esta postura interpretativa, sin duda "restrictiva", para SALA FRANCO, puede verse favorecida por el hecho de que en la regulación actual la "remisión al convenio colectivo sea conminatoria -<<se pactarán>>- , mientras que antes la remisión era posibilista"; no obstante, este autor, indicia una interpretación contraria en base a la fórmula legal recogida en el párrafo primero del precepto "el trabajador tendrá derecho", entendiendo que "se sigue reconociendo el derecho de los trabajadores en términos claros y contundentes"⁷²⁰.

En sentido similar se pronuncia ALFONSO MELLADO, señalando que, aun siendo posible mantener una interpretación favorable a la aplicación directa del precepto, "resulta difícil sostener que una modificación tan evidente de redacción no implique ningún cambio regulador e interpretativo"⁷²¹.

Para CAMPS RUIZ los términos del debate sobre la eficacia jurídica del precepto deben centrarse en "si el precepto legal es portador o no de enunciados jurídicos autosuficientes, susceptibles de aplicación directa" y no en cual sea el papel que la ley asigna al convenio colectivo, ya que, "una cosa es que el ET establezca que los convenios colectivos deben -y no simplemente pueden- ocuparse de un tema, y otra diferente es que si los convenios colectivos hacen caso omiso del mandato legal,

Estatuto de los Trabajadores, Tomo I, Vol.2º, EDESA, Madrid, 1994, pág.220.

MONREAL BRINGSVAERD se suma a esta posición doctrinal en base a la interpretación literalidad del precepto y a la finalidad pretendida por la reforma de 1994. Cfr. MONREAL BRINGSVAERD, E, en "Los derechos de promoción y formación profesional en el trabajo. Análisis de la negociación colectiva posterior a la reforma laboral de 1994", AL, núm.27, 1997, págs.720 y 721.

⁷²⁰ Cfr. SALA FRANCO, T., *La reforma del mercado de trabajo*, op. cit. págs.130 y 131.

⁷²¹ Cfr. ALFONSO MELLADO, C.L., "Las reformas sobre el tiempo de trabajo", en ALFONSO MELLADO, C.L. Y GARCIA ORTEGA, J., *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1994, págs.83 y 84.

la regulación legal sobre ese tema carezca de operatividad". Y, en relación a la primera cuestión, mantiene el criterio que ya sostuvo en relación con el art.22 del Estatuto de los Trabajadores de 1980, -en base a que el contenido del antiguo art.22.1 del Estatuto de los Trabajadores pasa al nuevo art.23.1 quedando inalterado-, considerando que los derechos en materia de formación profesional son susceptibles de ejercicio con la sola regulación del Estatuto de los Trabajadores.⁷²²

Tampoco considera PEDRAJAS MORENO que la efectividad de los derechos reconocidos en el art.23 del ET queda sometida o condicionada al desarrollo convencional, pues como precisa, "son derechos subjetivos perfectos, en el sentido de que, nacidos de la ley, pueden ser reclamados por los trabajadores en quienes concurren los presupuestos legales de aplicación"⁷²³.

Comparto plenamente la opinión de estos autores, ya que, si atendemos a la estructura del apartado 1 del art.23, como ya se apuntó, este precepto reúne cuatro proposiciones jurídicas completas -en todas aparece un presupuesto de hecho con su correlativa consecuencia jurídica-, y, por consiguiente, tienen todas ellas los elementos necesarios que permitirán la labor de los jueces en orden al enjuiciamiento jurídico del hecho, necesario para la aplicación del derecho al caso concreto⁷²⁴.

En consecuencia, es perfectamente defendible su eficacia inmediata y, por ende, la innecesaria intervención del convenio colectivo para hacer aplicables los derechos allí reconocidos⁷²⁵.

⁷²² Cfr. CAMPS RUIZ, L.M., *La nueva regulación del mercado de trabajo*, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1994, pág.285.

⁷²³ Cfr. PEDRAJAS MORENO, A., en "Formación y derechos individuales", op. cit. pág.513.

⁷²⁴ Sobre la aplicación del derecho y el razonamiento subsuntivo, vid. LARENZ,K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, ARIEL, Barcelona, 1966, págs.210 y 224

⁷²⁵ En este sentido, vid. la sentencia del TSJ de Cantabria de 22 de Febrero de 1991, A/1201,

Sin embargo, no cabe duda de que tanto esos derechos como los distintos presupuestos de hecho, se formulan de forma tan genérica que precisan ser completados con otras proposiciones, ya legales ya convencionales, dirigidas, precisamente, a determinarlos más detalladamente.

Esta tarea desde luego resulta más acuciante en unos casos que en otros. En este sentido, señala MARTIN PUEBLA que la falta de criterios convencionales que determinen las condiciones y consecuencias del ejercicio de esos derechos puede no dificultar el ejercicio directo de los recogidos en el apartado a) del art.23, pero no ocurre lo mismo respecto de los del apartado b). En particular, el derecho al disfrute del permiso de formación o perfeccionamiento profesional con reserva de puesto de trabajo, para este autor, es "difícilmente concebible" a falta de desarrollo convencional⁷²⁶.

De cualquier forma, a mi juicio, ello no obsta para que el desarrollo convencional del art.23 ET sea necesario con el fin de evitar la inseguridad jurídica y conflictos que pudieran plantearse pero no para dar efectividad a los derechos ahí recogidos.

Por otra parte, como señala SALA FRANCO, otro argumento para reafirmar la eficacia directa del precepto proviene de la interpretación literal del mismo, en cuanto que, en el apartado 1º se atribuye a los trabajadores estos cuatro derechos en materia de formación profesional de forma clara y rotunda utilizándose para ello la expresión "el trabajador tendrá

señalando, en relación a la preferencia en la elección de turno de trabajo, que el art.22.1.a), "consagra un derecho de ejercicio inmediato, con presupuestos de hecho y contenido preciso y determinados, por más que sea posible y aun deseable que en los convenios colectivos se precise la sucinta regulación estatutaria".

⁷²⁶ Cfr. MARTIN PUEBLA, E., en *Formación profesional y contrato de trabajo*, op. cit. pág.160.

derecho".

Conclusión a la que igualmente se podría llegar comparando esa expresión con la incluida en la redacción del art.25.1 de la norma estatutaria, innovada también por la Ley 11/1994. Este precepto señala que "el trabajador, en función del trabajo desarrollado, podrá tener derecho a una promoción económica en los términos fijados en Convenio colectivo o contrato individual" y la expresión "podrá tener derecho" ha dado pie a que la doctrina entienda que se ha producido una deslegalización del derecho a la promoción económica, lo que en consecuencia, bien pudiera conducir a interpretar la expresión "el trabajador tendrá derecho" del art.23. en sentido contrario, es decir, entendiendo que los derechos allí enumerados sí están legalmente reconocidos, no siendo necesario, por tanto, para su existencia que el convenio colectivo fije los términos de su ejercicio.⁷²⁷

Por otra parte, la interpretación sistemática del precepto plantea la siguiente cuestión; si el derecho a la formación profesional, de forma genérica, queda reconocido en el art.4.2.b) del ET, ¿qué sentido tiene en el art.23 del ET reconocer los derechos concretos derivados de aquel genérico sin otorgarles efectividad alguna?, sólo tendría sentido si su reconocimiento legal fuera necesario para su posterior desarrollo convencional. Pero esto no es así, el convenio colectivo puede, dentro del respeto a la ley, asignar al trabajador, no solo éstas, sino cualquier otra facultad que pueda dar satisfacción al derecho a la formación que, de forma genérica, se le reconoce en el art.4.2.b), sin necesidad de que previamente estén previstas en

⁷²⁷ Cfr. SALA FRANCO, T., *La reforma del mercado de trabajo*, op. cit. pág. 154 y CAMPS RUIZ, L.M., *La nueva regulación del mercado de trabajo*, op. cit. pág.218.

la ley.⁷²⁸

En conclusión, parece que lo más acertado es defender que el trabajador tiene la posibilidad de hacer uso de las facultades, reconocidas en el art.23.1 del Estatuto de los Trabajadores, para satisfacer su derecho a la formación profesional. Sin embargo, las condiciones del ejercicio de estos derechos podrán estar o no establecidas en convenio colectivo; en el primer supuesto, trabajador y empresario se verán obligados a ejercitar uno su derecho y a cumplir el otro su obligación correspondiente, de conformidad con los términos establecidos en la norma convencional, y, en el segundo supuesto, es decir ante el silencio del convenio sobre esta materia o la inexistencia del mismo, las partes de la relación laboral deberán ejercitar y cumplir sus respectivos derechos y obligaciones, según acuerdo individual y, de no existir éste, de buena fe e inspirándose en las pautas que los tribunales del orden social vengán estableciendo al interpretar y aplicar el precepto estatutario.

Papel que el art.23 ET asigna al convenio colectivo.-

En otro orden de cosas, participo también con CAMPS RUIZ en la necesidad de distinguir entre la eficacia jurídica del art.23.1 del Estatuto de los Trabajadores y la previsión contenida en el apartado segundo de dicho precepto, como dos cuestiones

⁷²⁸ Buen ejemplo de ello lo tenemos en los convenios colectivos que, como se vio *supra*, dan al trabajador-estudiante preferencia en la elección de turno de vacaciones sin que tal facultad esté recogida previamente en el Estatuto de los Trabajadores. <<Compañía Española de Tabaco en Rama, S.A. (CETARSA)>> (R.7281), <<Paradores de turismo>> (R.201).

También en los convenios colectivos que reconocen al trabajador el derecho a percibir una ayuda o beca de estudios para cubrir los gastos de matrícula, libros, etc.; <<Logo, almacenaje y distribución>> (R.1295), <<Reintegra,S.A.>> (R.3477), <<Mapfre>> (R.6281), <<Wincor Nixdorf, S.L.>> (R.7353), <<Novedades agrícolas, S.A.>> (R.8108), <<Miele>>(R.9939), <<Getronics Grup CP,S.L.>> (R.8717), <<Reale grupo asegurador>> (R.8471), <<Fiat auto, España>> (R.12944), <<Celite hispanica, S.A.>> (R.11551), <<Eads-Casa y Airbus España, R.11881), así como en aquellos que se establecen dietas por desplazamiento para participar en acciones formativas organizadas por la empresa <<Paradores de turismo>> (R.201) y <<Vigilancia integrada, S.A.>> (R.6352).

independientes y, por tanto necesitadas de un análisis diferenciado, ya que, nada impediría, por ejemplo; defender la aplicación directa del precepto legal y simultáneamente entender que en el mismo se impone a los sujetos negociadores del convenio colectivo el deber de pactar sobre la materia -y así, cabrían tantas posibilidades como combinaciones pudieran hacerse con ambas cuestiones-.

La cuestión principal a solventar es si existe o no obligación de negociar los términos del ejercicio de los derechos previamente reconocidos y, secundariamente -en caso de concluirse en la existencia del deber de negociar sobre esta materia- la naturaleza de la obligación, es decir, si ésta es de resultado o solo de medio.

La mayoría de las opiniones doctrinales que hasta el momento se han vertido parecen coincidir en que el apartado 2 del art.23 contiene un mandato en su remisión al convenio colectivo, imponiéndose a los sujetos negociadores del convenio colectivo, en virtud de ésta disposición legal, un específico deber de contratar sobre los derechos enumerados en el apartado 1 y constituyendo, en consecuencia, una obligación de resultado en cuanto que esta materia devendría contenido obligatorio de los convenios colectivos, a pesar de que el art.85.2 no se refiera a ella expresamente ⁷²⁹.

En ocasiones, sin embargo, se matiza que el carácter necesario de la regulación convencional que establece el precepto

⁷²⁹ Cfr. CONDE MARTIN DE HIJAS, V., "Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional", op. cit. pág.220. y ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa", en VALDES DAL-RE, F. (Dir.), *La reforma del mercado laboral*, LEX NOVA, Valladolid, 1994, pág.49. MARTIN PUEBLA, E., Formación y contrato de trabajo, op. cit. pág.160.

estatutario no alcanza a obligar a los sujetos negociadores, limitando o condicionando, en definitiva, el desarrollo de la autonomía negocial.

Desde mi punto de vista efectivamente existe un deber legal de negociar, y, siendo susceptibles de negociación todos los derechos previamente reconocidos, en último término corresponde a los sujetos negociadores determinar cuales, de las previsiones estatutarias del art.23.1, serán objeto de desarrollo convencional. En este último supuesto la determinación del marco de negociación se podría establecer a través de Acuerdos Marco - como es el caso del ANFC- en virtud de los cuales se estructure la negociación colectiva sobre esta materia, o, en defecto de los mismos, por los sujetos negociadores de los convenios colectivos ordinarios.

Los sujetos negociadores serán los encargados de determinar cuáles deben ser regulados convencionalmente de acuerdo con las necesidades del sector o empresa correspondiente, constituyendo, por consiguiente, una obligación de medio y no de resultado ya que ésta no será materia que deban contener necesariamente, los convenios colectivos. Para dar cumplimiento con lo preceptuado en el art.23.2 bastará que los sujetos negociadores se planteen la misma como objeto de negociación y en tal sentido llegar a considerarla necesariamente incluíble como tal en el escrito de iniciación de las negociaciones⁷³⁰.

⁷³⁰ Parece que en este sentido apunta la interpretación de ROMAN DE LA TORRE, M.D., al señalar que "La nueva redacción legal se fundamenta en el intento de <<reforzar la efectividad del derecho>>, sustituyendo el carácter potestativo que tenía hasta ahora la regulación por el convenio por su carácter necesario, si bien no puede interpretarse en un sentido obligatorio que limite o condicione el propio desarrollo de la autonomía negocial", cfr. en ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional y movilidad funcional", op. cit. pág.214 y apoyando también esa posición vid. MIRON HERNANDEZ, M.M., en *El derecho a la formación profesional del trabajador*, op. cit. pág.59.

Esta interpretación se podría avalar en atención a las siguientes razones; en primer lugar, resulta más respetuosa con la autonomía colectiva en general y en particular con la libertad de contenido negocial consagrado en el art.85.1 del Estatuto de los Trabajadores, al permitir a las organizaciones pactantes del acuerdo marco o convenio colectivo determinar el contenido negocial, y en segundo lugar, tampoco chocaría con lo preceptuado en el art.85.2 en cuanto que "los términos del ejercicio de estos derechos" no constituirían contenido obligatorio del convenio colectivo, salvo que así se establezca en un Acuerdo Marco.

Por otra parte resulta acorde con el espíritu y finalidad de la norma de la que deriva, esto es, de la Ley 11/1994; en orden tanto a la potenciación de la negociación colectiva y la mejora de sus contenidos, como a la flexibilización y adaptación de la ordenación jurídica de las relaciones de trabajo a las diversas y cambiantes situaciones de los sectores de actividad y de las empresas.

En efecto, por un lado, al establecerse el deber de negociar, se potencia la negociación colectiva sobre esta materia y, por otro, al configurarse ésta como una obligación de medio y no de resultado, permitiendo que sean los sujetos negociadores los que fijen el marco de negociación, se logra una mayor flexibilización y adaptación del ejercicio de los derechos en materia de formación profesional a las específicas situaciones y necesidades formativas de los sectores de actividad y de las empresas.

B. LA PREFERENCIA EN LA ELECCION DE TURNO DE TRABAJO.

Incidencia en la relación laboral.- La preferencia en la elección de turno de trabajo, junto con la posibilidad de adaptar la jornada de trabajo, son los medios previstos por el Estatuto de los Trabajadores para que el trabajador, adecuando el tiempo de trabajo a las exigencias educativas, pueda simultanear estudios y prestación laboral⁷³¹.

Ambas facultades quedan a disposición del trabajador en el art. 23, apartado 1 del Estatuto de los Trabajadores y el ejercicio de las mismas producirá la novación del contrato de trabajo como consecuencia de la variación del horario de la prestación laboral.

a) Presupuesto de hecho.

Reconocimiento legal.- Este precepto complejo, que agrupa en su apartado 1º cuatro normas jurídicas, configura la "preferencia en la elección de turno de trabajo" como consecuencia jurídica de una de ellas. La norma en cuestión, contenida en la letra a) del apartado 1º del art. 23 del Estatuto de los Trabajadores, prevé que, "el trabajador tendrá derecho... a una preferencia a elegir turno de trabajo, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional".

Así pues, y como fácilmente se deduce de su enunciado, estamos ante una norma jurídica completa que condiciona la preferencia en la elección de turno de trabajo a dos circunstancias; una de ellas relacionada con el trabajador,

⁷³¹ Cfr. PRADOS DE REYES, J., "Las conexiones de la formación profesional y el contrato de trabajo", op. cit. pág.132.

requiriendo que éste curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional y, la segunda, en relación con la organización empresarial, exigiendo que en la empresa este instaurado un régimen de trabajo a turnos. Condiciones ambas que integran el presupuesto de hecho de la norma y que, a continuación, pasaré a analizar. Después me referiré al ejercicio del derecho que constituye la consecuencia jurídica de la norma en cuestión para terminar haciendo referencia a la negociación colectiva en esta materia.

Cursar con regularidad estudios académicos.- El primer requisito que el precepto establece para que pueda operar el derecho del trabajador a elegir turno de trabajo es que éste curse estudios "con regularidad".

Propone la doctrina científica dos posibles interpretaciones del término "regularidad", que a juicio de RODRIGUEZ PASTOR no tienen por qué ser excluyentes⁷³²; a la primera de ellas -más en consonancia con la acepción del término propuesta por la Real Academia de la Lengua⁷³³ - alude CAMPS RUIZ entendiendo que hace referencia al comportamiento que el trabajador debe guardar en el ejercicio del derecho "aunque solo fuera como consecuencia de la buena fe exigible en el ejercicio de todo derecho" y que "probablemente debe manifestarse más en una actitud diligente, de esfuerzo y aportación de medios, que en un determinado aprovechamiento"⁷³⁴, la segunda interpretación, propuesta por

⁷³² Vid. RODRIGUEZ PASTOR, G., en *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág.271.

⁷³³ Diccionario de la Lengua Española, 20ª Ed., Real Academia Española, Madrid, 1992. "Regularidad. Calidad de regular.// Exacta observancia de la regla o instituto religiosa."

⁷³⁴ CAMPS RUIZ, L.M., "Promoción profesional en la Empresa", op. cit. pág. 103.

GARCIA MURCIA, conduce a considerar que la norma exige "aunque de manera indirecta, que se trate de estudios de larga duración", duración que el citado autor entiende será, normalmente, superior a un año en virtud de los planes de estudio del sistema educativo Español.⁷³⁵

Por su parte la Jurisprudencia en las ocasiones que ha tenido de pronunciarse al respecto, no hace una interpretación unívoca del término, ya que, mientras el TSJ de Castilla-León en sentencia de 31 de Enero de 1990 entiende por "regularidad" la asistencia a clases con continuidad, el TSJ de la Rioja en sentencia de 27 de Junio de 1990 considera que la misma exige de manera indirecta que se trate de estudios de larga duración, normalmente la habitual de un curso académico.⁷³⁶

la segunda de las interpretaciones propuestas, traerá como consecuencia que queden excluidas del supuesto aquellas actividades formativas que tengan carácter eventual, así lo señalan tanto GARCIA MURCIA como el pronunciamiento judicial que se hace eco de su interpretación, y en virtud de ello, esta interpretación resultará más restrictiva que la primera respecto de la facultad otorgada por este precepto estatutario al trabajador⁷³⁷.

La doctrina judicial, basándose en criterios teleológicos, viene pronunciándose en contra de la interpretación restrictiva

⁷³⁵ GARCIA MURCIA, J., "El Derecho a la promoción y a la formación profesional en el trabajo", op. cit. pág. 229.

⁷³⁶ Vid. STSJ de Castilla-León (Burgos) de 31 de Enero de 1990 A/2273 (F.J.1) y STSJ de La Rioja de 27 de Junio de 1990 A/2220 (F.J.4).

⁷³⁷ Para GARCIA MURCIA quedarían excluidos de este supuesto "los cursillos, seminarios o actividades formativas que tengan un carácter eventual o cuya duración no supere el mínimo de tiempo que requiere la expresión <<regularidad>>", en GARCIA MURCIA, J., "El Derecho a la promoción y a la formación profesional en el trabajo", op. cit. pág. 229.

del art. 23 del ET, en concreto respecto de la existencia de la facultad de elección de turno cualquiera que sea el régimen de turnos existente, -turnos fijos o turnos rotatorios-⁷³⁸, esta doctrina interpretativa bien podría hacerse extensible a la interpretación de todo el art. 23 del ET y no solo a ese aspecto del precepto, en cuanto que su virtualidad radica en impedir la limitación del ejercicio de las facultades o derechos que el precepto concede al trabajador y dado que, como señala el TSJ de Galicia de 26 de Julio de 1993, este precepto resulta "concreción de los derechos constitucionales a la promoción a través del trabajo (art. 35.1) y a la formación profesional (art. 40.2)"⁷³⁹. En base a ello cabría entender que la duración de los estudios no resulta el factor determinante a estos efectos sino que lo será que las normas reguladoras de los que quiera cursar el trabajador prevean las clases y la asistencia a las mismas, como medio adecuado en orden a la obtención del título correspondiente.

Especialmente significativa resulta un reciente pronunciamiento del TSJ del País Vasco en el que se considera que entra dentro del supuesto cursar con regularidad estudios en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) cuando, como se sabe, esta universidad sigue un sistema de enseñanza que excluye las clases presenciales, que facilita a los alumnos los materiales necesarios para que adquieran los conocimientos precisos y que, a efectos de complementar éstos, establece un

⁷³⁸ Sobre su aplicación con independencia del régimen instaurado en la empresa, ya se trata de turno fijo o rotatorio, vid. STS u.d. de 25 de Octubre de 2002, A/10211.

⁷³⁹ Vid. STSJ de Galicia de 26 de Julio de 1993 A/3422 (F.J.3). En el mismo sentido se pronunciaba el TCT en Sentencia de 5 de Octubre de 1988, A/6106 (F.J.2), considerando que "el art. 22 no es susceptible de una interpretación restrictiva, sino acorde con esos mandatos constitucionales (derecho constitucional a la educación, a la promoción a través del trabajo y el principio programático de acceso a la cultura) a fin de que quede dotado de una eficacia real".

sistema de tutorías⁷⁴⁰.

En relación con lo anterior y como señala la doctrina, solo estaremos en el supuesto de hecho de la norma cuando resulte necesario hacer compatibles clases con prestación laboral, y - cabría adicionar teniendo en cuenta el pronunciamiento judicial anterior-, también cuando sea necesario compatibilizar la prestación laboral con las actividades formativas establecidas por el sistema de enseñanza que siga el trabajador cuando estas resulten medios necesarios para que complemente sus estudios.

De cualquier forma quedan excluidos los supuestos en que la formación sea causa del contrato de trabajo, aquellos en que la formación se realice por encargo de la empresa y aquellos en que se lleva a cabo para evitar el despido del trabajador.⁷⁴¹

Estudios dirigidos a la obtención de un título académico o profesional.- En segundo lugar, exige la norma que los estudios estén dirigidos a obtener un "título académico o profesional".⁷⁴²

⁷⁴⁰ Vid. STSJ de 19 de Septiembre de 2000 A/40816 (2001) (F.J.2)

En sentido contrario resolvió el TCT un supuesto muy similar al anterior en sentencia de 11 de Julio de 1985, A/4893, (Cdo.2). En esta sentencia se denegó el derecho a la preferencia en la elección de turno de trabajo a un trabajador que, aun cursando estudios con "regularidad", para el seguimiento de los mismos no resultaba necesaria la asistencia a clase. En el supuesto concreto planteado, el trabajador se matriculó para cursar los estudios de C.O.U. en el Instituto Nacional de Bachillerato a Distancia y en el curso de acceso directo en la Universidad Nacional de Educación a Distancia, y el fallo al que llega el Tribunal se basó en la finalidad de estos Organismos; "facilitar los estudios, bien de Bachillerato o de Facultad Universitaria, a quienes, precisamente, por razón de trabajo no pueden asistir regularmente a las clases impartidas, sin que tengan obligación de acudir a las Tutorías diariamente, sino tan sólo cuando precisen efectuar alguna consulta o explicación de algún tema" y en la compatibilidad de los turnos que venía realizando el trabajador con la asistencia frecuente a las tutorías.

⁷⁴¹ GARCIA MURCIA, J., "El Derecho a la promoción y a la formación profesional en el trabajo", op. cit. pág. 229.

⁷⁴² En la negociación colectiva consultada tan sólo 4 convenios colectivos de empresa regulan esta facultad del trabajador. De estos únicamente DHL Internacional España, S.A. (R.3873) parece ampliar el

Entiende el TCT en la sentencia de 3 de Noviembre de 1987 por título profesional aquel que "habilita para el ejercicio de una determinada profesión" mientras que considera título académico, "aquel que sirve para acreditar haber seguido y superado los cursos propios de una determinada clase de enseñanza y que sea expedido por un centro reconocido por el Estado a tal objeto" y en igual sentido se pronuncia el TSJ de la Rioja en sentencia de 27 de Junio de 1990 no considerando determinante el carácter público o privado del centro donde se realicen.⁷⁴³

La interpretación que al respecto ofrece GARCIA MURCIA, es menos restrictiva que la mantenida por la jurisprudencia al entender que no tiene que tratarse forzosamente de un título reconocido por una disposición legal o por la Administración.⁷⁴⁴

En cualquier caso resulta evidente, tanto de la expresión legal cuanto de la interpretación que de la misma se hace, que el título académico no tiene necesariamente que facultar para el ejercicio de una profesión específica, lo que ocurre, por ejemplo, con los títulos de EGB y BUP⁷⁴⁵ o con el que expide la Escuela Oficial de Idiomas. Por otra parte se entiende que igualmente entra en el supuesto de hecho los cursos de acceso a

presupuesto de la norma al otorgar preferencia en la elección de turno de trabajo al trabajador que "curse estudios con regularidad en centros oficialmente reconocidos". Por tanto no exigiéndose que los estudios vayan dirigidos necesariamente a la obtención de un título académico o profesional.

⁷⁴³ Cfr. CAMPS RUIZ, L.M., "Promoción profesional en la empresa", op. cit. pág. 102.

Vid. STCT de 3 de Noviembre de 1987, A/ 23863 (F.J.3) y STSJ de Galicia 26 de Julio de 1993, A/3422, citando a la anterior en el F.J.3.

Vid., asimismo, la STSJ de la Rioja, de 27 de Junio de 1990, A/2220 (F.J.6).

⁷⁴⁴ GARCIA MURCIA, J., "Derecho a la promoción y a la formación profesional en la empresa", op. cit. pág. 230.

⁷⁴⁵ Vid. la Sentencia del TCT de 5 de Octubre de 1988, A/6106, en la que reconoce al trabajador que cursa estudios de BUP el derecho de preferencia en la elección de turno de trabajo, (F.J.2).

la Universidad⁷⁴⁶.

En base a ello cabría plantear si la facultad que el art. 23.1.a) del Estatuto de los Trabajadores otorga al trabajador, consistente en tener preferencia en la elección de turno de trabajo cuando cursa estudios para la obtención de un título académico, deriva de que éste sea titular del derecho subjetivo a la formación profesional o si tal facultad proviene de que el trabajador es titular del derecho fundamental a la educación reconocido en el art. 27 de la CE. La trascendencia de la cuestión deriva de la distinta protección jurídica que, según el caso, tendrá el derecho y de la posible prevalencia que tendrá este derecho al entrar en colisión con otros derechos del resto de trabajadores.

No parece que cuando el ordenamiento jurídico pone a disposición del trabajador esta facultad pretenda con ello que éste satisfaga solamente su capacitación profesional, para ello hubiera bastado concederle la misma, únicamente, cuando cursara estudios para la obtención de un título profesional, sin embargo, el ET se la concede cuando curse estudios cualquiera que sea el ámbito de conocimiento al que vayan dirigidos, por lo que resultará más lógico entender, como hace GARCIA MURCIA, que la finalidad de la norma es facilitar la formación del trabajador, pero en un sentido muy general, protegiendo así no solo la profesionalidad del trabajador, sino el desarrollo de la personalidad del mismo, en su conjunto⁷⁴⁷.

⁷⁴⁶ Interesa apuntar que el TSJ de Aragón en sentencia de 16 de Junio de 1993, A/2909, consideró que el trabajador, que venía realizando jornada rotativa de mañana y de tarde, tenía derecho al cambio al turno fijo de mañana para poder cursar los estudios de preparación de acceso a la Universidad y de alemán en la Escuela Oficial de Idiomas.

⁷⁴⁷ GARCIA MURCIA, J., "El Derecho a la promoción y a la formación profesional en el trabajo",

Entender que este es el bien jurídico que el Estatuto de los Trabajadores pretende que el trabajador satisfaga actuando su derecho a elegir turno de trabajo, conduce inexorablemente al art. 27.2 de la Constitución, ya que, en este precepto constitucional se reconoce el derecho a la educación, y se señala como objeto de la misma "el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales", en consecuencia, se podría entender que el trabajador como ciudadano es titular del derecho subjetivo a la educación y en virtud de ello el ordenamiento jurídico laboral le concede, como trabajador por cuenta ajena, la facultad de poder elegir turno de trabajo para cursar estudios como medio para poder desarrollar su personalidad⁷⁴⁸.

En apoyo de esta idea se podrían traer a colación el pronunciamiento, antes reseñado, del TCT de 5 de Octubre de 1988 por dos motivos; en primer lugar, porque este órgano jurisdiccional participa de la idea expuesta al declarar que "el art.4.1.b) de la Ley 8/1980 proclama como derecho básico del trabajador el de promoción y formación profesional, estando en consonancia con el derecho constitucional a la educación (artículo 27.1), así como con el relativo a la promoción a través del trabajo (artículo 35.1) y el principio programático de acceso a la cultura (artículo 44.1)" y, en segundo lugar, porque entiende digna de tutela tanto la formación profesional del trabajador cuanto su formación cultural y académica⁷⁴⁹.

op. cit. pág.231.

⁷⁴⁸ Entiende PEREZ LUÑO, que el art.27 de la Constitución, forma parte del conjunto de normas que tienden a garantizar el pleno desarrollo de la personalidad. Vid. PEREZ LUÑO, *Derechos Fundamentales*, TECNOS, 2ª Ed., Madrid, 1986, pág.200.

⁷⁴⁹ Vid. STCT de 5 de Octubre de 1988, A/6106, (F.J.2).

La postura de la doctrina no es clara al respecto pues, mientras para LOPEZ GANDÍA, el art. 23 del ET introduce parcialmente el derecho al estudio en el marco del contrato de trabajo⁷⁵⁰, CAMPS RUIZ no entiende que el derecho a la elección de turno de trabajo tenga conexión directa con el derecho a la educación⁷⁵¹.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en la Sentencia 129/1989⁷⁵² sobre un recurso de amparo en el que se alegaba lesión del derecho a la educación en relación a un cambio de turno de trabajo de dos trabajadores que estaban cursando estudios universitarios. En esta sentencia el Tribunal Constitucional, aunque sin referirse expresamente a ello en ningún momento, entiende la conexión, sin duda, existente entre derecho a la educación y relación de trabajo señalando que "la dirección hospitalaria no ha limitado de forma directa el ejercicio del derecho a la educación de la persona, es decir no ha tratado de impedir ni prohibir que los dos empleados suyos que aquí recurren sigan realizando sus estudios", lo que no resulta tan claro del pronunciamiento en cuestión es precisamente que la facultad del trabajador de elegir turno de trabajo sea contenido de ese derecho fundamental ya que señala que "no estamos ante una limitación del derecho a la educación de los actores, sino ante la denegación de una pretensión suya tendente a obtener un

⁷⁵⁰ Este autor defiende que el art. 23 del ET es una concreción del derecho reconocido en el art. 4.2.b) del propio ET, en una de sus manifestaciones: esto es, el derecho a la promoción profesional en el trabajo a través de la regulación del derecho al estudio o a la formación en el marco del contrato de trabajo.", vid. LOPEZ GANDIA, J., "Artículo veintidós: Promoción y formación profesional en el trabajo", en *Economía y sociedad*, pág.179.

⁷⁵¹ CAMPS RUIZ, L.M., "Promoción profesional en la empresa", op. cit. pág. 107.

⁷⁵² Vid. STC 129/1989, de 17 de Julio, publicada en el BOE de 9 de Agosto de 1989 y los comentarios doctrinales a la misma por ALONSO OLEA, M., *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, tomo VII, 1989, pág.398 a 403 y DE MIGUEL LORENZO, A., "Sobre el Derecho Fundamental a la Educación del personal estatutario" en REDT, núm.44, 1990, págs.737 a 745.

derecho, y también una ventaja como extraíble directamente de un derecho de libertad".

Otra cuestión a plantear sería la de si entran en el supuesto de hecho que estamos comentando, los estudios dirigidos a superar los ejercicios de una oposición.

La oposición consiste en un procedimiento de selección en el cual los aspirantes a un puesto de trabajo demuestran, a través de una serie de ejercicios, su respectiva competencia. La superación de los exámenes lleva aparejado, necesariamente, el conocimiento por parte del aspirante de un temario que, previamente, en la convocatoria de la oposición debió de ser fijado. El estudio del temario el aspirante lo puede realizar de forma particular o bien a través de la asistencia a clases que sobre el mismo se impartan en algún centro especializado. En este segundo supuesto cabría plantearse si el aspirante al puesto de trabajo cumple con los requisitos establecidos en el art. 23.1.a) del Estatuto de los Trabajadores y en base a ello tiene derecho a la elección de turno de trabajo. Lo determinante al respecto es dilucidar si la superación de la oposición otorga al trabajador un título de los contemplados en el art. 23.1.a) del ET. Sin duda alguna no estamos en el supuesto de "título académico", no obstante, dado que la superación de las pruebas pertinentes permitirá al trabajador ejercitar una determinada profesión, sí cabría entender que el estudio del temario de la oposición si tendría como finalidad obtener un título profesional ya que el mismo lo conceptualizamos como aquel que posibilita para el ejercicio de una profesión, y en base a ello considerar que el trabajador que asiste a clase como preparación para superar la oposición está facultado para solicitar el turno que, para hacer compatibles estudios y trabajo, requiera.

Entre la doctrina científica LOPEZ GANDÍA y GARCIA MURCIA apoyan esta interpretación y este último autor como argumento adicional señala que el objetivo pretendido por el trabajador que concurre a una oposición es coincidente con la finalidad del art. 23 del Estatuto de los Trabajadores en orden a procurar la promoción del trabajador a través del estudio o la formación ⁷⁵³.

Sin embargo, el TCT en sentencia de 31 de Marzo de 1987, no entendió posible la interpretación extensiva del derecho a la preferencia a elegir turno de trabajo cuando se curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional al supuesto de preparación de oposiciones para el ingreso en el Cuerpo de Profesores de Enseñanza General Básica, considerando que la denegación de tal derecho, en este supuesto, no vulneraba los derechos constitucionales de promoción profesional ni de acceso a la función pública ⁷⁵⁴.

Organización del trabajo en régimen de turnos.- El derecho del trabajador a elegir turno de trabajo, cuando curse estudios para la obtención de un título académico o profesional, queda condicionado por el art. 23.1.a) del Estatuto de los Trabajadores a que éste sea el régimen de trabajo instaurado en la empresa. En consecuencia, la efectividad del derecho del trabajador queda subordinada a que la empresa se halle organizada en régimen de turnos ⁷⁵⁵.

Supone el trabajo a turnos, que la prestación de servicios

⁷⁵³ Cfr. LOPEZ GANDIA, J., "Artículo veintidós.-Promoción y formación profesional en el trabajo", op. cit. pág.182 y GARCIA MURCIA, J., "Promoción y formación profesional en el trabajo", op. cit. pág.230.

⁷⁵⁴ Vid. STCT de 31 de Marzo de 1987, A/6955.

⁷⁵⁵ Vid. SSTSJ de Aragón, de 22 de Enero de 1992, A/196, (F.J.2) y de 2 de Febrero de 1994, A/606, (F.J.3).

en la empresa no se lleve a cabo de modo simultaneo por todos los trabajadores de la misma, sino que la plantilla, dividida en equipos prestará servicio de forma sucesiva, relevando un equipo de trabajadores a otro⁷⁵⁶.

La instauración de este régimen de trabajo puede tener su causa tanto en la necesidad del proceso productivo de la empresa cuando éste sea continuo las veinticuatro horas del día, como en la fijación del horario de trabajo por el empresario.

Cuando la organización del trabajo a turnos se realiza en empresas de proceso productivo continuo durante las veinticuatro horas del día, el régimen jurídico de los mismos se encuentra en el art. 36.3 del Estatuto de los Trabajadores señalando que "en la organización del trabajo de los turnos se tendrá en cuenta la rotación de los mismos y que ningún trabajador estará en el de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria"⁷⁵⁷.

Para PALOMEQUE LOPEZ y ALVAREZ DE LA ROSA, el trabajo a turnos se caracteriza por su ejercicio en rotación y, en base a

⁷⁵⁶ El concepto de "trabajo a turnos" aparece en el art. 36.3 del Estatuto de los Trabajadores, en virtud de la modificación operada en este texto normativo por la Ley 11/1994, " Se considera trabajo a turnos toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o de semanas". Tal concepto coincide casi exactamente con el señalado en la Directiva 93/104/CE del Consejo de la Unión Europea de 23 de Noviembre de 1993.

Vid. al respecto SALA FRANCO, T., *La reforma del mercado de trabajo*, op. cit. pág.143, GARCIA NINET, I., "La ordenación del tiempo de trabajo", en TRIBUNA SOCIAL, núm.43, 1994, pág.50 y RODRIGUEZ PASTOR, G., *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, op. cit. pág.254.

⁷⁵⁷ Para FERNANDEZ GONZALEZ, el régimen de turnos a que el art. 36.3 del Estatuto de los Trabajadores se refiere no afecta a las empresas en las que su actividad, aunque realizada por más de un conjunto de trabajadores, no alcance a las veinticuatro horas del día, cfr. FERNANDEZ GONZALEZ, V.: "El trabajo a turnos" en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), "Comentarios a las Leyes laborales", Tomo VII, EDERSA, Madrid, 1982, pág. 262.

Posturas doctrinales posteriores mantienen, sin embargo, que el apartado 2º del art.36.3 ET es extensible a "cualquiera de los sistemas de trabajo a turnos, esto es, continuo, semicontinuo o discontinuo". Esta es la opinión que sostiene RODRIGUEZ PASTOR, G., en *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, op. cit. pág.258. Vid. en esta misma línea interpretativa las opiniones doctrinales de ALARCON CARACUEL y MONTOYA MELGAR recogidas por este autor en pág.257.

ello, entienden que la rotación de un horario a otro es derecho del trabajador y como tal queda configurado en el art. 36.3 del Estatuto de los Trabajadores⁷⁵⁸. No es ésta, sin embargo, la opinión que mantienen otros autores⁷⁵⁹ ni la interpretación que los tribunales derivan del citado precepto estatutario entendiendo que éste "advierte sobre la conveniencia" pero "no impone" la rotación en los diversos turnos⁷⁶⁰.

Por tanto es posible entender que si el empresario en virtud de su poder de organización establece turnos rotatorios el trabajador no tiene derecho a ser adscrito a uno de ellos de forma permanente salvo, como se verá a continuación, por motivos de estudios.

En efecto, es posible que sea el trabajador el que solicite su adscripción con carácter fijo a un turno determinado y, si tal solicitud tiene su causa en que el trabajador se encuentre cursando estudios con regularidad para la obtención de un título académico o profesional, habrá que entender que el empresario está obligado a avenirse a su petición, en base al derecho de

⁷⁵⁸ Cfr. PALOMEQUE LOPEZ, M.C. y ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pág. 664.

En contra, FERNANDEZ GONZALEZ, entiende que, de la redacción de apartado 3 del art. 36 del Estatuto no se desprende que los turnos de trabajo hayan de ser necesariamente rotativos, considerando, no obstante que, dado que en esta materia no existen mínimos de derecho necesario, a salvo del turno correspondiente a las horas nocturnas, la rotación de los turnos puede no aplicarse por disposición del convenio colectivo o en virtud de contrato individual de trabajo cuando el trabajador fuese contratado cuando ya estuviesen organizados los turnos. Vid. FERNANDEZ GONZALEZ, V., en "El trabajo a turnos", op. cit. pág. 273 y 274.

La deficiente redacción del precepto que ha llevado a esta diversidad de interpretaciones de las que da cuenta RODRIGUEZ PASTOR, G., en *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, op. cit. pág. 259 y 260, no fue salvada por la Ley 11/1994, ya que la modificación operada en el art. 36.3 no ha alcanzado a esta previsión estatutaria que se mantiene en los mismos términos en que estaba.

⁷⁵⁹ Cfr. RODRIGUEZ PASTOR, G., en *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, op. cit. pág. 259.

⁷⁶⁰ Vid. STSJ de la Rioja de 5 de Mayo de 1994 A/1895, recogida por RODRIGUEZ PASTOR, G., en *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, op. cit. pág. 260.

preferencia en la elección de turno de trabajo que le otorga el art. 23.1.a) del Estatuto de los Trabajadores. Así lo viene entendiendo la jurisprudencia considerando que este precepto estatutario no puede ser objeto de interpretación restrictiva que conduzca a entender únicamente operante el derecho que en el mismo se otorga al trabajador cuando existan turnos fijos y no cuando estos sean rotatorios⁷⁶¹. Cosa distinta es el conflicto que se pueda originar entre el derecho del trabajador a elección de turno de trabajo por motivo de estudios y el derecho del resto de los trabajadores a la rotación establecido en el art. 36.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Por consiguiente, no constituirá límite al ejercicio del derecho, la modalidad de turnos establecida en la empresa, sin embargo, sí lo serán, como más adelante se verá, las necesidades organizativas de la empresa y el derecho de los demás trabajadores a que prevalezca lo dispuesto en el art. 36.3 del Estatuto de los Trabajadores.

b) Ejercicio del derecho a elegir turno de trabajo.

Reglas para el ejercicio del derecho.- El derecho a la elección de turno de trabajo por motivos de estudios, como ya se adelantó, queda configurado en el art. 23.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, como una de las facultades que el ordenamiento jurídico pone a disposición del trabajador y que, siendo contenido de su derecho a la formación profesional, le permite dar satisfacción al mismo.

⁷⁶¹ Vid. STS u.d. de 25 de Octubre de 2002, A/10211.

Sobre el procedimiento de ejercicio del derecho nada dice el Estatuto de los Trabajadores y, a salvo de lo que al respecto pudiera establecer la negociación colectiva ⁷⁶² en virtud del art. 23.2 del ET, la doctrina entiende que el trabajador deberá guardar ciertas reglas derivadas del deber de buena fe. Estas se traducen en solicitar el cambio de turno al empresario ⁷⁶³, que la solicitud se haga con la suficiente antelación para permitirle, no sólo constatar la concurrencia de los requisitos legales, sino también buscar posibles alternativas a la propuesta del trabajador y, llegado el caso, a reorganizar el trabajo en la empresa si fuera necesario ⁷⁶⁴.

La doctrina judicial dictada en suplicación entiende que el trabajador, al tiempo de la solicitud, deberá acreditar o justificar la inscripción en el curso correspondiente así como el horario del curso al que asistirá ⁷⁶⁵. Requisitos que se exigen

⁷⁶² En los convenios colectivos consultados la atención prestada a la regulación de los términos del ejercicio del derecho es escasísima, ya que, tan solo un convenio colectivo, el de <<Getronics Grupo CP, S.L.>> (R.8717) hace referencia a esta cuestión, señalando que la solicitud y respuesta se formalizará por escrito.

⁷⁶³ El TSJ de Aragón en sentencia de 16 de Junio de 1993, A/2909, señala que "el derecho que nace, en cuanto preferencia de turno, del art.22.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, tiene su arranque de la concurrencia de las condiciones subjetivas y objetivas que lo posibiliten; de modo tal que su actuación no está sujeta a un pronunciamiento judicial; de modo que si se solicita el ejercicio de ese derecho, corresponde a la empresa dar satisfacción al mismo -si concurren las condiciones a las que la norma lo condiciona-".

Será, pues, necesario que el trabajador, que curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional, solicite del empresario el cambio de turno de trabajo.

⁷⁶⁴ Vid. STSJ de Navarra de 18 de Noviembre de 1994 A/4204, en la que se aplica como límite al ejercicio del derecho que "el trabajador no tenga otra alternativa viable para realizar sus estudios, o lo que viene a ser lo mismo, las clases no coinciden inevitablemente con el horario laboral" (F.J.2).

⁷⁶⁵ Vid. STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de julio de 1992 A/3989 denegándose el derecho del trabajador al cambio de turno por no haber concretado el horario de impartición de los estudios que se quiere proseguir, sin que a juicio del tribunal pueda servir de excusa para ello el que no se sepa dicho horario por no haberse matriculado el trabajador, ya que, podría resultar que se le concediera al trabajador derecho a jornada que luego resultara incompatible con el horario de estudios (F.J.2) y STSJ de Castilla y León (Burgos) de 10 de Mayo de 1994 A/2161 en la que se deniega el derecho en virtud de que las necesidades de trabajo no permiten cambio de turno y teniendo en cuenta que <<además>> no se acreditó cuál era el horario que tendría al cursar los estudios lo que deja "por tanto sin probar la incompatibilidad entre horario-trabajo y horario-estudios"(F.J.2).

a efectos de que el empresario pueda constatar, como se ha dicho, que se dan las condiciones a las que la norma condiciona el nacimiento del derecho⁷⁶⁶ y la incompatibilidad de los estudios con el turno que el trabajador tenía asignado.

Por otra parte aunque también es requisito para que pueda operar el derecho que los estudios se cursen con regularidad, tal extremo no podrá en principio ni demostrarse ni negarse hasta transcurrido todo o, al menos, mediado el curso académico⁷⁶⁷.

Límites.- Si la solicitud fue realizada en el tiempo y forma previstos, el empresario estará obligado a avenirse a la misma, salvo que existan razones que justifiquen la no concesión del cambio solicitado. En este sentido entiende el TSJ de Galicia, en sentencia de 26 de Julio de 1993, que en el ejercicio de este derecho no cabe más limitación que "las derivadas de un interés o derecho a proteger de mayor rango que el derecho a la promoción, lo que se traduce en que solamente se halle condicionado por el derecho de los demás trabajadores a que prevalezca lo dispuesto en el 36.e del Estatuto de los Trabajadores y por las exigencias organizativas de la Empresa, cuya negativa ha de justificarse como ejercicio <<regular>> del poder de dirección".⁷⁶⁸

Podrá, pues, el empresario justificar su negativa en razones de organización⁷⁶⁹ y también lo podrá hacer en base al necesario respeto de la garantía establecida en el art. 36.3 del Estatuto

⁷⁶⁶ Cfr. GARCIA MURCIA, J., "El Derecho a la promoción y a la formación profesional en el trabajo", op. cit. pág. 244 y 249.

⁷⁶⁷ Vid. STSJ de Castilla y León (Burgos), de 31 de Enero de 1990, A/2273, (F.J.2).

⁷⁶⁸ Vid. STSJ de Galicia de 26 de Julio de 1993, A/3422 (F.J.3) y STSJ de Andalucía (Málaga) de 15 de Diciembre de 2000, A/79754 (F.J.2).

⁷⁶⁹ Vid. la ya citada STSJ de Navarra de 18 de Noviembre de 1994 A/4204 (F.J.2).

de los Trabajadores -en el sentido de que ningún trabajador estará más de dos semanas consecutivas en el turno de noche, salvo adscripción voluntaria-. Razones que, como acertadamente señala CAMPS RUIZ, debería corresponder probar al empresario⁷⁷⁰.

También podrá ser causa que justifique la no concesión del cambio solicitado la concurrencia de más solicitudes, en tal caso, será el convenio colectivo la sede adecuada para establecer las reglas que harán compatibles estos derechos de los trabajadores, máxime si en el mismo se establecieran otros criterios de preferencia en la elección de turno de trabajo en el entendido de que, existiendo tal posibilidad, el criterio de preferencia establecido en el art. 23.1.a) no queda a disposición de los sujetos negociadores, ya que estos únicamente podrán establecer criterios de aplicación subsidiaria a efectos de solventar posibles conflictos cuando sean varios los trabajadores que ostenten tal facultad y pretendan ejercitarla simultáneamente⁷⁷¹.

Al respecto cabe señalar también que, en principio y a salvo de los pudiera establecerse en convenio colectivo, una vez que al trabajador, por motivos de estudios, se le haya asignado un turno determinado, no será posible que altere el mismo, a través de permuta con trabajadores asignados a turnos distintos, así por lo menos lo entendió el TCT en Sentencia de 12 de Mayo de 1982, en relación a la preferencia en la elección de turno de vacaciones de trabajadores con responsabilidades familiares, interpretación

⁷⁷⁰ Entiende CAMPS RUIZ discutible la doctrina de la STSJ de Castilla y León/Burgos, de 3 de Mayo de 1991, A/3005, (F.J.2), según la cual correspondería al propio trabajador la prueba de que la organización del trabajo permite la elección, en CAMPS RUIZ, L.M., "Promoción profesional en la empresa", op. cit. pág.107.

⁷⁷¹ En ninguno de los convenios colectivos consultados, se establecen criterios que permitan solucionar la concurrencia de solicitudes, a pesar de lo cual, de darse ésta, el empresario podrá justificar la negativa en la imposibilidad de atender simultáneamente todas por razones organizativas.

ésta, que bien pudiera ser aplicable en este supuesto⁷⁷².

Denegación injustificada: Efectos.- La denegación empresarial del cambio de turno sin causa justificada, originará para el trabajador la insatisfacción de su derecho, ocasionándole un perjuicio, susceptible de ser indemnizado. Así lo declara el TSJ de Aragón en sentencia de 16 de Junio de 1993, al entender que el ejercicio efectivo del derecho comienza cuando el trabajador solicita el cambio de turno al empresario y al denegárselo éste indebidamente, se origina la insatisfacción del mismo, produciéndose, desde entonces, un perjuicio, cuyo resarcimiento solo es posible por la vía de asignación de carácter monetario y que, el pronunciamiento judicial referido entendió que en el asunto concreto sometido a su conocimiento, consistía en la pérdida de horas lectivas pero que bien hubiera podido ser también la consecuente no superación de los exámenes correspondientes para la obtención del título, ya académico ya profesional, de que se tratara, de haber quedado debidamente probado tal extremo.⁷⁷³

Plazo para el ejercicio del derecho.- Sobre este particular nada dice el Estatuto de los Trabajadores, por lo que habrá que entender que la facultad es ejercitable en cualquier momento y que el convenio colectivo no podrá disponer un plazo de ejercicio ya que habría que entenderlo más que como un "término concreto del ejercicio del derecho", a que hace referencia el art. 23.2 del Estatuto de los Trabajadores, como una limitación al mismo.

⁷⁷² Vid. STCT de 12 de Mayo de 1982 (A/3245)

⁷⁷³ Vid. STSJ de Aragón de 16 de Junio de 1993, A/2909, (F.J.U).

Irrenunciabilidad.- En otro orden de cosas el derecho a la preferencia en la elección de turno de trabajo queda reconocido al trabajador en una disposición legal de derecho necesario y, en virtud de ello, y, en atención de lo preceptuado en el art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, habrá que entender que es un derecho indisponible para el trabajador, tanto antes como después de su adquisición.

En relación con lo anterior cabría plantear si es posible condicionar el acceso al empleo a los posibles derechos que el trabajador pudiera tener en la relación laboral, con carácter general, y, en particular, a los derechos profesionales, -de los que tanto el derecho a la elección de turno de trabajo como el resto de los reconocidos en el art.23 del ET, forman parte-.

Como señala SALA FRANCO⁷⁷⁴, aunque el empresario tiene libertad de contratación, ésta no es de carácter absoluto, ya que, se encuentra sometida a ciertos límites entre los cuales se halla la prohibición de discriminación establecida con carácter general en el art. 14 de la Constitución Española y a la que se refiere el Convenio 11 de la Organización Internacional del Trabajo respecto a la discriminación en materia de empleo y ocupación, en particular. La dificultad, no obstante, proviene de que tal circunstancia no queda establecida expresamente ni en el art. 4.2.c), ni en el art. 17 del Estatuto de los Trabajadores como uno de los motivos determinantes de discriminación en el empleo, tampoco constituye según la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social una conducta empresarial constitutiva de infracción en materia de empleo. Sin embargo, si, como viene señalando la doctrina, las causas de discriminación a que aluden

⁷⁷⁴ Cf. SALA FRANCO, T., *La libertad empresarial de contratación*, IES, 1980, pág. 31 y ss.

los citados preceptos estatutarios son meramente enunciativos ⁷⁷⁵, y en atención al concepto amplio de discriminación que recoge el Convenio nº 111 de la OIT en su art. 1.1.b): "El término <<discriminación>> comprende: Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación", sería posible entender, que la conducta empresarial consistente en la no contratación del trabajador en virtud de los derechos que éste pudiera ostentar en la relación de trabajo, constituiría una discriminación en el empleo, frente a la cual, el ordenamiento jurídico reaccionaría, como señalan ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE⁷⁷⁶, con la declaración de ineficacia del acto empresarial que se traduciría en una indemnización de daños y perjuicios y, paralelamente, al constituir una infracción de carácter muy grave según el art. 16.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, susceptible de sanción administrativa.

Por otra parte, que el respeto de los derechos profesionales de los trabajadores, a los que aquí se alude, no resulte límite a la libertad de contratación del empresario, supondría entender que el ordenamiento jurídico ampara conductas empresariales favorecedoras, aunque fuera indirectamente, de la renuncia de los aquellos derechos, lo que chocaría con el doble mandato de la Constitución a los poderes públicos contenido en el art. 9.2 de

⁷⁷⁵ Por todos, cfr. SALA FRANCO, T. (Dir.), ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L., GARCIA NINET, I., LOPEZ GANDIA, J. Y SALA FRANCO, T., *Derecho del trabajo*, TIRANT LO BLANCH, 7ª Ed., Valencia, 1993,

⁷⁷⁶ Cfr. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, op. cit. pág.197.

la norma fundamental y consistente en que estos promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas y remuevan los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

La conclusión que se adopte será relevante, en relación al derecho a elegir turno de trabajo, en cuanto a la necesidad o no de dar noticia al empresario antes de la contratación de que el trabajador se encuentra cursando estudios para la obtención de un título académico o profesional, ya que si entendemos que los derechos profesionales del trabajador pueden ser causa justificativa de la no contratación del mismo, habrá que entender que el trabajador incurre en una conducta contraria a la buena fe cuando oculta, deliberadamente, tal circunstancia en el momento de la selección, pudiendo llegar, si es contratado, a ser sancionado contractualmente⁷⁷⁷ si el empresario lograra desvirtuar la presunción de buena fe que ampara al trabajador.

A tal conclusión parece que llega la sentencia del TSJ de Cantabria en de 22 de febrero de 1991. Este tribunal afirma que "el derecho al estudio se reconoce al trabajador dentro de la relación laboral, por lo que, en principio, es irrelevante que la actora cursara ya estudios en el momento de concluir el contrato por el que se comprometía a prestar sus servicios en jornada de mañana, tarde o noche, incluidos domingos y festivos" para después señalar que "esta afirmación pudiera merecer matizaciones al incidir en ella la doctrina general, sobre las exigencias de la buena fe y prohibición del abuso del derecho" diciendo a continuación que, "era a la recurrente a quien correspondía

⁷⁷⁷ Señala MONTOYA MELGAR que, "justamente porque el deber de buena fe es un estricto deber jurídico, su inobservancia puede generar las más graves sanciones contractuales: la <<transgresión de la buena fe contractual>> es causa de despido disciplinario (art. 54.2 d) del ET), con independencia de las responsabilidades indemnizatorias e incluso penales en que pudiera incurrir por ello el trabajador", en MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, TECNOS, 11ª Ed., Madrid, 1990, pág.308.

desvirtuar la presunción de buena fe que ampara a la trabajadora".⁷⁷⁸

Ámbito temporal del derecho.- El silencio que guarda al respecto el Estatuto de los Trabajadores conduce a que el TSJ de Cantabria en la citada sentencia interprete que la preferencia de turno operará solo en período lectivo, con exclusión por tanto de los fines de semana y, habrá que entender que, con exclusión también de las épocas de vacaciones escolares -aunque respecto éstas últimas la sentencia aludida no se pronuncia-⁷⁷⁹, no obstante, el convenio colectivo ante la falta de especificación estatutaria sobre el tema y, en virtud del amplio margen que le concede el propio art. 23 en su apartado 2º, podrá establecer mejores condiciones de ejercicio.

Una vez concedido el cambio de turno y hasta que finalicen los cursos correspondientes, el trabajador ostentará un derecho adquirido "en orden a proseguir dichos estudios", según señaló la STCT de 5 de Abril de 1984, no pudiendo el empresario, por consiguiente, modificar el horario asignado al trabajador de forma unilateral e injustificada, siendo necesario que, o bien concorra la voluntad del trabajador en el cambio de turno o, si se dan las circunstancias que posibilitan la modificación sustancial de condiciones de trabajo, se siga el procedimiento previsto para ello en el art.41 del Estatuto de los

⁷⁷⁸ Vid. STSJ de Cantabria de 22 de Febrero de 1991, A/1201, (F.J.2).

⁷⁷⁹ En todo caso, habrá que estar a lo que establezca la normativa reguladora de los estudios que sigue el trabajador en cuanto a cual sea el período lectivo.

Vid. STSJ de Cantabria de 22 de Febrero de 1991, A/1201, (F.J.2).

Trabajadores⁷⁸⁰.

Operado el cambio a través de este procedimiento, el trabajador, si entiende que la modificación sustancial redundará en perjuicio de su formación profesional, como parece obvio que ocurrirá al no haber concluido los estudios en los que se había matriculado, podrá solicitar la extinción indemnizada del contrato de trabajo en virtud del art. 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores. Y, hay que recordar que si pretende mantener su empleo podría pretender mediante el proceso judicial ordinario la nulidad de la decisión empresarial basada en el incumplimiento empresarial del deber de buena fe contractual y la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que lleve aparejado el cambio unilateral decidido por el empresario al impedirle asistir a los cursos en que estuviera matriculado.

Cuestión distinta será si producido el cambio de horario a petición del trabajador, éste incumple las condiciones que, para el ejercicio del derecho, prevén las normas -legales o convencionales, en su caso- en tal supuesto, el empresario puede instar el cambio de turno del trabajador e incluso cabría entender que, si la actuación del trabajador hubiera contravenido el principio de buena fe, -en cuanto que éste no hubiera ejercitado la facultad puesta a su disposición para el fin al que ésta fue destinada-, tal comportamiento pudiera ser sancionable por constituir incumplimiento contractual⁷⁸¹.

⁷⁸⁰ Vid. STCT de 5 de Abril de 1984, A/3272, (Cdo. 3).

Esta modificación es, a todas luces, subsumible en la categoría de modificación sustancial de carácter individual a que se refiere el art. 41.2 ET y, por tanto, el procedimiento que debe seguir el empresario para llevarla a cabo será el establecido en el apartado 3º de dicho precepto, exigiéndose notificación al trabajador y a sus representantes con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad.

⁷⁸¹ En este sentido vid. STSJ de Cantabria de 27 de Julio de 1995 A/2746 entiende el tribunal justificado el despido del trabajador en la medida en que concedido el cambio al turno de mañana para que el

La duración de la prestación de servicios en el nuevo turno, será la que el trabajador considere conveniente, y como máximo hasta que finalicen sus estudios⁷⁸².

Durante ese tiempo, si se produjo la asignación voluntaria del trabajador al turno de noche para poder desarrollar sus estudios durante el día, esto traerá como consecuencia que no le sea abonado el plus por nocturnidad⁷⁸³ y, en cuanto al plus de turnicidad cabe entender que, si el trabajador queda exento de la turnicidad por motivos de estudios no tendrá derecho a este complemento⁷⁸⁴.

Terminados los estudios, el trabajador podrá volver al turno que, originariamente, le fue asignado. El nuevo cambio podrá ser solicitado por el trabajador al empresario y entra dentro de las facultades de éste el acceder o no a tal petición, ya que, al concluir el trabajador los estudios se da por cumplida la obligación del empresario de permitir el ejercicio del derecho establecido en el art. 23.1.a) del Estatuto de los Trabajadores.

trabajador pudiera asistir a las clases en la Escuela Oficial de Idiomas en horario de tarde, el trabajador ni asiste a las mismas ni se presenta a los exámenes, lo que a juicio del tribunal supone "la transgresión de la buena fe contractual y de los deberes mínimos de lealtad, en perjuicio también de los compañeros" (F.J.2)

Como señala CASAS BAAMONDE, "Las exigencias de la buena fe contractual se invocan por nuestra jurisprudencia y doctrina del lado de los trabajadores, para (...) modalizar el ejercicio de sus derechos de formación en el trabajo, que, en la estructura normativa del art.22 del ET, tampoco encuentran correlativas obligaciones empresariales de formación", en CASAS BAAMONDE, M.E., "Formación y estabilidad en el empleo: la formación continua y su <<función preventiva>>", op. cit. pág.7.

⁷⁸² Cfr. GARCIA MURCIA, J., "El Derecho a la promoción y a la formación profesional en el trabajo", op. cit. pág. 250.

⁷⁸³ Vid. OJEDA AVILES, A., SALCES RODRIGO, T. y RODRIGUEZ RAMOS, M.J., "La Formación Profesional en los Convenios Colectivos del trienio 1984-1986", en *Contrato de Trabajo y formación profesional*, V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, MTSS, 1987, pág. 231.

⁷⁸⁴ Vid. sobre el fundamento del plus de turnicidad es interesante la STCT de 25 de Mayo de 1988, (A/25).

Lo anterior no obsta para convenir con RODRIGUEZ PASTOR en que si el trabajador solicita el cambio al turno de origen y el empresario no accede al mismo, la negativa empresarial pueda entenderse como manifestación del <<ius variandi>> empresarial en la medida en que producirá una modificación de horario subsumible en el supuesto de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo del art.41 ET⁷⁸⁵.

Por contra, si la modificación es instada por el empresario hay que entender, por las razones antes expuestas, que el trabajador está obligado a avenirse al cambio sin que en este caso se pueda considerar que estamos ante un supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo ya que el cambio de turno tenía carácter temporal "en tanto dure la realización de los estudios" para los que fue concedido⁷⁸⁶. Pero tal facultad de modificación unilateral del empresario debería entenderse limitada en el tiempo, aunque a tal extremo no se haga mención en el precepto estatutario, a efectos de dar al trabajador cierta seguridad jurídica.

Lo anteriormente señalado sería predicable si los turnos establecidos en la empresa fueran de carácter fijo porque, obviamente, si estos fueran rotatorios y al trabajador, en virtud del derecho de referencia, se le hubiera asignado un horario fijo, terminados los estudios habrá que entender que automáticamente pasará al sistema rotatorio como el resto de trabajadores⁷⁸⁷.

⁷⁸⁵ Cf. RODRIGUEZ PASTOR, G., en *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, op. cit. pág.274.

⁷⁸⁶ Vid. STSJ de Cantabria de 22 de Febrero de 1991, A/1201, (F.J.2).

⁷⁸⁷ Sobre las diversas situaciones que dan lugar a que el trabajador cambie a turnos rotatorios vid. RODRIGUEZ PASTOR, G., en *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, op. cit. pág.274 y 275.

C. PERMISO PARA CONCURRIR A EXAMENES.

a) Presupuesto de hecho.

Cursar estudios para la obtención de un título académico o profesional.- Cuando el trabajador curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional, el Estatuto de los Trabajadores en el art. 23.1.a), pone a su disposición una facultad jurídica que le permitirá llevar a la práctica su derecho a la formación profesional en el trabajo. Esta facultad, consistente en obtener los permisos necesarios para concurrir a exámenes, queda configurada en el art. 23.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, como un derecho del trabajador que podrá ser ejercitable en la relación de trabajo, constituyendo, en tal caso, un límite al poder de dirección del empresario.

El derecho a permisos para concurrir a exámenes, por consiguiente, es un derecho cuyo ejercicio queda condicionado por el precepto estatutario que lo reconoce, a que el trabajador se encuentre cursando estudios para la obtención de un título académico o profesional.

Este presupuesto de hecho establecido en el art. 23.1.a) del Estatuto de los Trabajadores es similar al establecido para el ejercicio del derecho a la elección de turno de trabajo ⁷⁸⁸, así pues, ya que al mismo se hizo referencia con detalle al estudiar ese derecho en el apartado anterior, a lo allí dicho hay que

⁷⁸⁸ Similitud y no identidad porque, como se recordará, el ejercicio del derecho a la preferencia en la elección de turno de trabajo estaba también condicionado a que en la empresa estuviera implantado el régimen de trabajo a turnos.

remitirse, pasando a continuación a analizar el derecho del trabajador a disfrutar de los permisos necesarios para concurrir a exámenes como la consecuencia jurídica establecida en el art. 23.1.a) del Estatuto de los Trabajadores y los términos previstos para el ejercicio del mismo.

b) Ejercicio del derecho a ausentarse del trabajo para concurrir a exámenes.

Permiso para concurrir a exámenes.- El art. 23.1.a) del Estatuto de los Trabajadores permite que el trabajador se pueda liberar durante cierto tiempo de la obligación de trabajar. Tal posibilidad se concibe como un derecho cuyo ejercicio incide, por consiguiente, sobre el tiempo de trabajo así como en la situación del contrato de trabajo, ya que puede ser tanto causa de interrupción como de suspensión del mismo, en función de que el permiso sea o no retribuido.⁷⁸⁹

En cualquier caso, el contrato se mantiene vigente pues, aunque el art.23.1.a) ET no lo establezca expresamente, el permiso para concurrir a exámenes es una ausencia al trabajo

⁷⁸⁹ En este sentido señala CASAS BAAMONDE, que "El art. 22 del ET traslada los derechos de formación que reconoce a los trabajadores ("en la relación de trabajo": art. 4,2,b) sobre su tiempo y horario de trabajo (permisos por exámenes, elección de turno de trabajo, adaptación de la jornada, permisos por formación) y sobre la situación jurídica del contrato de trabajo (novación, suspensión), imponiendo, se este modo, límites al poder organizativo del empresario.", cfr. en "Formación y estabilidad en el empleo: La formación continua y su <<función preventiva>>", op. cit. pág.7.

Como suspensión del contrato de trabajo se entiende aquella situación en la que, aún vigente el contrato de trabajo, el trabajador no está obligado a trabajar y el empresario tampoco lo está a abonarle el salario, manteniendo el trabajador el derecho al reingreso con o sin reserva de puesto de trabajo. Vid. VIDA SORIA, J. "Suspensión del contrato de trabajo", en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales: El Estatuto de los trabajadores*, EDERSA, Madrid, 1983, pág.33 y RAMIREZ MARTINEZ, J.M. (Dir.), GARCIA ORTEGA, J., SALA FRANCO, T., *Curso de Derecho del Trabajo*, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1993, pág. 414.

justificada que genera para el trabajador el derecho a la reserva de puesto de trabajo⁷⁹⁰.

Retribución del permiso.- La suspensión de la prestación de trabajo del trabajador, en virtud del permiso para concurrir a exámenes, a juicio de la doctrina, lleva aparejada la suspensión de la prestación salarial correspondiente al empresario. Esta opinión se apoya en la diferente regulación existente entre los permisos regulados en el art. 23.1.a) y otros supuestos semejantes como son; las ausencias justificadas del trabajador, referidas en el art. 37.3 del Estatuto de los Trabajadores y el uso de crédito de horas por parte del representante legal de los trabajadores establecido en el art 68.e) de la norma estatutaria. En ambos supuestos el Estatuto de los Trabajadores expresamente recoge su carácter retribuido, en cambio, nada se dice sobre los permisos para concurrir a exámenes. Judicial y doctrinalmente se conviene que este silencio legal implica que el derecho a remuneración no se mantiene cuando el trabajador se ausenta del trabajo por tal motivo.⁷⁹¹

Sin embargo, serán retribuidos, como señala CAMPS RUIZ, cuando así esté determinado en el Convenio Colectivo, siendo en tal caso, el Convenio Colectivo "fuente constitutiva del derecho

⁷⁹⁰ Cfr. SALA FRANCO, T., *El régimen jurídico de las ausencias al trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág.21 y 22.

⁷⁹¹ En apoyo de tal conclusión, asimismo, se trae a colación el régimen jurídico de estos permisos establecido en la Ley de Relaciones Laborales, art. 25.3.e), antecedente normativo del art. 22.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, y en la que se señalaba expresamente su carácter retribuido, resultando significativa, para la doctrina, la eliminación de tal consideración en la regulación actual. Vid. ALONSO OLEA, M., *El Estatuto de los Trabajadores: Texto y comentario breve*, op. cit. pág. 87. y, en el mismo sentido, GARCIA MURCIA, J., "El Derecho a la promoción y a la formación profesional en el trabajo", op. cit. pág. 247.

Vid. STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de Noviembre de 1995 A/4406 (F.J.2) y STCT de 13 de Diciembre de 1984, A/10007, (Cdo. U)

a la retribución"⁷⁹². Y, a mi juicio, también lo serán cuando el derecho de retribución se establezca en el contrato individual de trabajo, constituyendo en tal caso una condición de trabajo que se incorporará al patrimonio del trabajador como derecho adquirido por éste con fundamento en la libre autonomía de las partes⁷⁹³.

En estos supuestos la relación laboral entre empresario y trabajador quedará interrumpida; asimilándose el tiempo que dure el permiso a tiempo de trabajo efectivo, no existiendo, por tanto, obligación para el trabajador de prestar sus servicios, en amparo del derecho que el art. 23.1.a) del Estatuto de los Trabajadores le reconoce, pero manteniéndose la obligación del empresario de remunerar el tiempo que dure la liberación de la obligación de trabajar del trabajador, como si de trabajo efectivo se tratara⁷⁹⁴, salvo que el convenio colectivo hubiera establecido una retribución inferior⁷⁹⁵.

⁷⁹² Cfr. CAMPS RUIZ, L.M., "Promoción profesional en la empresa", op. cit. pág. 105 y SALA FRANCO, T., *El régimen jurídico de las ausencias al trabajo*, op. cit. pág.35.

Vid. STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de Mayo de 1998 A/5809 (F.J.u) STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de Julio de 1998 A/6489 (F.J.u) STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de Septiembre de 1999 A/7206 (F.J.u).

En la negociación consultada hay del orden de 24 convenios colectivos de empresa y 12 estatales de sector que prevén la retribución de los permisos por exámenes, luego volveremos sobre ello, únicamente resaltar aquí que algunos, aunque los menos, limitan tal mejora a que los estudios que cursa el trabajador estén relacionados con el trabajo que venga desempeñando, el curso sea de interés para la empresa o la materia del curso esté directamente relacionada con el sector. Por ejemplo, <<Curtidos, correas, y cueros>> (RCL2001/1818) sólo establece la retribución de los dirigidos a la obtención de un título profesional correspondiente a la actividad que realiza la empresa. Y el del sector <<Aparcamientos>> (RCL 200/1365) prevé licencias sin retribución de hasta 5 días para preparar exámenes en estudios oficiales y para sacar el permiso de conducir.

⁷⁹³ En tal sentido, vid. VIDA SORIA, J., "Suspensión del contrato de trabajo", op. cit. pág.45, donde diferencia el supuesto de la suspensión de los "permisos con sueldo que el trabajador obtenga como concesión graciable del empresario" y cuyo fundamento entiende se encuentra en la libre autonomía de las partes.

⁷⁹⁴ Cfr. RAYON SUAREZ, E., "Descanso semanal, fiestas y permisos", en *El Estatuto de los Trabajadores*, BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), EDERSA, Madrid, 1982, pág.319.

⁷⁹⁵ Vid. la ya citada STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de Noviembre de 1995 A/4406 en la que se considera que "ante el silencio del precepto convencional" el trabajador tiene derecho a percibir "la que habría sido su retribución normal durante los días de disfrute de la licencia" (F.J.2).

Se estará, pues, ante el supuesto de interrupción del contrato de trabajo, salvo que la remuneración que percibiera el trabajador no tenga naturaleza salarial sino que fuera de carácter indemnizatorio, en tal caso habría que entender que el permiso para exámenes es causa de suspensión y no de interrupción del contrato de trabajo⁷⁹⁶.

Duración.- Nada dice el Estatuto de los Trabajadores sobre cual deba ser ésta, no obstante, se viene entendiendo, en virtud de la finalidad de los mismos, que no debe quedar limitada a la duración exacta del examen en cuestión extendiéndose, en todo caso, al tiempo necesario para el desplazamiento⁷⁹⁷.

En este sentido, la doctrina judicial da un paso más y, como señala CAMPS RUIZ, delimitando su duración con criterios de razonabilidad, entienden los tribunales que, el derecho al permiso no se circunscribe a las horas de examen sino que se extiende a la jornada completa⁷⁹⁸. En efecto, la doctrina judicial se inclina por entender que el permiso para concurrir a exámenes tiene por objeto que "las obligaciones laborales no impidan o perturben las académicas y, con ellas, la promoción personal y profesional del trabajador" y considera la "elevada conveniencia de que el trabajador acuda a la prueba con la debida preparación y aptitud tanto física como mental". En virtud, por tanto, de la finalidad del permiso, se considera que el derecho a ausentarse

⁷⁹⁶ Cfr. RAYON SUAREZ, E., en "Descanso semanal, fiestas y permisos", op. cit. pág.46. En igual sentido entiende VIDA SORIA que existen supuestos en que la suspensión puede llevar aparejada a la pérdida de salario, el mantenimiento de ciertas prestaciones de carácter económico, y, aludiendo expresamente a las indemnizaciones, vid. "Suspensión del contrato de trabajo", op. cit. pág.61.

⁷⁹⁷ Cfr. LOPEZ GANDIA, J., "Artículo veintidós.- Promoción y formación profesional en el trabajo", op. cit. pág. 181, y, en el mismo sentido, GARCIA MURCIA, J., "El Derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo", op. cit. pág. 245.

⁷⁹⁸ Cfr. CAMPS RUIZ, L.M., "Promoción profesional en la empresa", op. cit. pág.105.

del trabajo para concurrir a un examen se extiende a la jornada completa, ya que, en otro caso, las facultades físicas y mentales del trabajador podrían verse disminuidas por una inmediata anterior prestación del trabajo, quedando en consecuencia reducidas las posibilidades de éxito en el examen⁷⁹⁹.

En cualquier caso, la extensión del permiso, ante el silencio de la norma legal que lo contempla, podrá ser objeto de regulación a través de Convenio Colectivo, y, en tal caso, la cuestión será determinar el marco de negociación al que deben ajustarse los sujetos negociadores respecto a la duración del mismo⁸⁰⁰.

Cabrían dos posibles soluciones a esta cuestión; la primera, entender que el criterio jurisprudencial interpretativo expuesto, constituirá un límite a la negociación colectiva debiendo ésta, en consecuencia, respetar la duración propuesta por los tribunales, pudiendo, por tanto, el convenio colectivo mejorar tal condición incrementando la duración de los permisos pero, en ningún caso, reducirlos.

La segunda solución posible, sería entender únicamente de aplicación, tal interpretación, cuando no exista convenio colectivo o, cuando existiendo, no se pronuncie al respecto. Implica esta interpretación que los sujetos negociadores del convenio colectivo no se verán vinculados por el criterio

⁷⁹⁹ Vid. STSJ de Cantabria de 21 de Abril de 1992, A/1939, (F.J.3), STSJ de Castilla y León (Burgos) de 3 de Febrero de 1997 A/522 (F.J.u), STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de Mayo de 1997 A/2517 (F.J.1), STSJ de Aragón de 21 de Julio de 1999 A/2445 (F.J.2) y STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 Enero de 2000 A/2176 (F.J.u).

Así también lo recogió en su momento el TCT en sentencia de 8 de Marzo de 1985.

⁸⁰⁰ La duración de los permisos por exámenes, junto con la retribución de los mismos, son las dos cuestiones sobre las que más incide la negociación colectiva y así encontramos que son 21 los convenios colectivos de empresa y 9 estatales de sector que hacen referencia a su extensión, especificando cual será ésta.

judicial pudiendo establecer, en el mismo, la duración del permiso que se estimase más adecuada, en el entendido de que, en todo caso, la extensión de los mismos deberá ser la <<necesaria>> para que no devenga inoperante el derecho que al trabajador se reconoce.

Una cuestión primordial hay que tener en cuenta al respecto y es que la doctrina judicial reseñada no constituirá "jurisprudencia" ya que la misma, al no provenir del Tribunal Supremo, incumple los requisitos que, para tener tal carácter, el código civil exige en el art. 1.6. Por tanto, en esta cuestión no será de aplicación el principio de jerarquía normativa lo que llevará a entender que en ningún caso el empresario se verá vinculado por el criterio judicial y tampoco lo estarían los representantes de los trabajadores que fueran a negociar el Convenio Colectivo. En cualquier caso, si este es el criterio que los tribunales vienen manteniendo -la extensión del permiso por examen a la jornada completa- en caso de; regulación convencional ambigua de la duración del permiso o inexistencia de convenio colectivo , y ante una reclamación judicial al respecto, es presumible que el órgano jurisdiccional que emita el fallo se pronuncie en el sentido señalado lo que, de hecho, llevaría a la segunda de las soluciones propuestas, resultando, en principio, para el trabajador, más conveniente el silencio del convenio colectivo sobre la duración de los permisos para concurrir a exámenes que la concreción de los términos del ejercicio de este derecho, en caso de ser ésta restrictiva respecto de la línea judicial mantenida hasta la fecha como lo demuestran las resoluciones judiciales dictadas en suplicación antes referenciadas.

En efecto, el problema fundamentalmente se puede plantear en la interpretación de un convenio colectivo en el que,

estableciéndose el carácter retribuido de los permisos por exámenes, la previsión convencional de cual sea el presupuesto de hecho para el ejercicio de este derecho se realice a través de fórmulas tan ambiguas como las del propio Estatuto de los Trabajadores que dificulten determinar la duración del mismo, como por ejemplo, "los días necesarios", "horas precisas" , "el tiempo necesario" o "el tiempo indispensable"⁸⁰¹.

Los tribunales vienen entendiendo que cuando el convenio colectivo recoge la expresión "días precisos" hay que interpretar que la licencia se extiende al día de celebración del examen con independencia del horario del mismo, es decir, de la hora en que se realice y de si ésta coincide o no con la jornada laboral, pues consideran que el convenio colectivo de pretender otra cosa hubiera utilizado la expresión "horas precisas" o "tiempo preciso"⁸⁰².

⁸⁰¹ Como muestra de la variedad de expresiones utilizadas por las normas pactadas, sirvan las siguientes:

- "Permisos necesarios para concurrir a exámenes" en <<Getronic>Grupo CP, S.L.>> (R.8717), <<V-2 complementos auxiliares,S.A.>> (R.1843),<<Vigilancia integrada, S.A.>> (R.6352), <<Playa de Madrid>> (R.9124),<<EE.T.T.>> (RCL 200/2563)
- "Los días necesarios" en <<Fertiberia>> (R.1975).
- "Tiempo necesario" en <<Ford España, S.A.>> (R.4997), <<CETARSA>> (R.7281), <<Ecoclinic-Athisa,S.A.>> (R.5453), <<BBE,S.A.>> (R.7280), <<Novedades Agrícolas,S.A.>> (R.8108) y <<Cointra>> (R.9839), <<DHL Internacional, España,S.A.>> (R.3873). <<Tejas y Ladrillos>> (RCL 2000/2201) y <<Jardinería>> (RCL 2001/1250)
- "Tiempo indispensable" en <<Reintegra,S.A.>> (R.3477) y <<Ros Fotocolor,S.A.>> (R.6927).
- "Horas precisas" en <<Unión de detallistas españoles, Soc. Coop., G-5 centro, S.A. y COIDEC>> (R.9228) y <<Grandes Almacenes>> (RCL 2001/2087).

Y, algunos utilizan fórmulas del tipo: "Por el tiempo establecido para disfrutar los derechos educativos generales y de la formación profesional, en los supuestos y en la forma regulados por el ET", en este sentido; <<Mataderos>> (RCL 2000/2634), <<Prensa diaria>> (RCL 2001/2365), <<Fotografía>> (RCL2002/126) y <<Vigilancia y Seguridad>> (RCL 2002/528).

⁸⁰² Así han interpretado la fórmula convencional "días precisos" recogida en el convenio colectivo de RENFE, el TSJ de Andalucía (Málaga) en sentencia de 17 de Noviembre de 1994 A/4278 (F.J.1) y el TSJ de Comunidad Valenciana en sentencia de 2 de Mayo de 2002 A/102 (F.J.u), teniendo en cuenta el criterio ya aludido del objetivo de este derecho que es que el trabajador acuda a la prueba con la debida preparación y aptitud tanto física como mental. En ambos casos se declaró el derecho del trabajador a disfrutar de licencia retribuida por el día completo del examen al que debía concurrir aunque la hora del mismo no coincidiera con su jornada laboral.

No es este, sin embargo, el criterio que se mantiene en la STSJ de Madrid de 23 de Febrero de 2000 A/1559 considerando que el trabajador no tenía tal derecho por ser el examen a las 13 horas, cuando "*su jornada laboral era de tarde, 22h tarde a 8 horas de la mañana, luego la hora del examen estaba fuera de su horario*

Como ya se señaló, el convenio colectivo no queda condicionado por los criterios que sobre la duración del permiso por exámenes ha establecido hasta el momento la doctrina judicial, no obstante si queda condicionado en cuanto a que el trabajador tendrá este derecho a permiso por cada uno de los exámenes a que deba concurrir.

Sin embargo, existen numerosas previsiones convencionales en las que se señala un número máximo de días determinado al año para que el trabajador pueda concurrir a los exámenes. Esta regulación, plantea dudas acerca de su legalidad en cuanto a que pueda resultar restrictiva en relación a lo establecido en el art.23.1.a) del Estatuto de los Trabajadores. Los convenios que así lo establecen vienen señalando un número de días que oscila entre uno -los menos⁸⁰³- y diez -la mayoría de ellos⁸⁰⁴-, y el

laboral". Desestima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador por considerar que "las consecuencias de que el trabajador quiere estudiar y trabajar a la vez debe soportarlas exclusivamente él, no pudiendo imponer al empresario, en este caso la Administración, la obligación de tener que soportar más carga que la que le impone el convenio colectivo. El hecho de trabajar en horario nocturno, ha facilitado, sin duda, al actor la posibilidad de mejorar su formación" (F.J.u.). Interpretación desde luego restrictiva que se separa de la línea señalada en el texto pero que hay que reconocer que indudablemente abona el propio texto del convenio que, recogido en la sentencia, era del siguiente tenor literal: "se concederán permisos para los siguientes supuestos: a) permiso para concurrir a exámenes finales, pruebas selectivas en la Administración y demás pruebas definitivas de aptitud y evaluación para la obtención de un título académico o profesional reconocido durante el tiempo necesario para su celebración en su caso" (El subrayado es mío).

En parecidos términos lo establecía el precepto del convenio colectivo que interpretó el TSJ de Cataluña para resolver en suplicación el recurso planteado contra la sentencia que en instancia resolvió el conflicto colectivo planteado frente a la aplicación que hacía la empresa. Este tribunal se hace eco del criterio judicial expuesto en el texto, no obstante, finalmente resolvió confirmando la sentencia de instancia por considerar que dada la falta de concreción del precepto convencional aplicable al caso concreto, la práctica empresarial de conceder tres horas antes del inicio de la prueba -teniendo en cuenta sus turnos de trabajo- y el tiempo de desplazamiento, no resultaba contraria al derecho a la promoción y formación profesional de los trabajadores. Vid. STSJ de 29 de Octubre de 1996 A/4812 (F.J.u)

⁸⁰³ Se recoge el derecho a un día por cada asignatura en los convenios colectivos de las empresas; <<Reale grupo asegurador>> (R.8471) y <<Alternativa comercial farmacéutica>> (R.10451).

⁸⁰⁴ Estableciendo un máximo de 10 días al año: <<Paradores de turismo>> (R.201), <<La Vanguardia Editorial, S.L.>> (R.202), <<Unión Española de Explosivos>> (R.5844), <<Wincor Nixdorf,S.L.>> (R.7353), <<Luthansa>> (R.8474) y <<Eads-Casa y Airbus España>> (R.11881).

Entre los sectoriales estatales destaca <<Fabricación de helados>> (RCL 2000/788) que establece un máximo de 12 días al año.

problema que se plantea es el siguiente; si el trabajador tiene derecho a permiso para concurrir a cada uno de los exámenes que deba realizar cuando curse estudios para la obtención de un título académico y profesional, es posible que, dependiendo de los estudios que realice tenga a lo largo del curso académico correspondiente más exámenes que días de permiso le haya concedido el convenio colectivo⁸⁰⁵, en tal caso, el trabajador no podrá presentarse a todos los exámenes si coinciden con la jornada laboral y, en este sentido, se podría sostener la ilegalidad de la cláusula convencional que establece esta condición.

Esto sería así si el convenio, paralelamente a ello, no estableciera el carácter remunerado de estos permisos, ya que, de establecerlo, lo que cabría interpretar es que el trabajador tendrá derecho a permiso para asistir a todos los exámenes que haya de realizar pero únicamente será retribuido por los días señalados en el convenio colectivo⁸⁰⁶.

Ámbito objetivo del derecho.- La regulación del art. 23 no sólo resulta parca en el tema tratado, también lo es respecto al número y tipo de exámenes a los que tiene derecho a concurrir el trabajador-estudiante, ya que, únicamente, en el precepto señalado, se hace referencia a "permisos necesarios", lo que lleva a la doctrina a entender que, a salvo de lo dispuesto en convenio colectivo, se tratará de los exámenes que necesariamente hayan de realizarse para seguir los estudios en condiciones

⁸⁰⁵ Piénsese, por ejemplo, en los nuevos planes de estudios en los que se han aumentado el número de asignaturas por curso y algunas de ellas han pasado a tener carácter cuatrimestral, con lo cual el estudiante tiene exámenes finales dos veces en el mismo curso.

⁸⁰⁶ En este sentido vid. ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., LOPEZ GANDIA, J. Y SALA FRANCO, T., *Derecho del trabajo, Tomo II. Contrato individual*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, 3ª ed., pág.408.

normales, entendiendo por tales, los exámenes liberatorios -sean estos finales o parciales- así como los ejercicios de oposición para el ingreso en la administración ⁸⁰⁷.

En cuanto al número; dependerá del plan de estudios que se curse o del número de ejercicios previstos para superar la oposición, siendo en este sentido determinante lo que a efectos de aprovechamiento se pueda fijar convencionalmente sobre repeticiones, éxito o no en los exámenes, número de convocatorias por asignatura, etc.⁸⁰⁸

Reglas para el ejercicio del derecho: Preaviso y justificación.- También resulta escasa la regulación que sobre el ejercicio de este derecho ofrece el art. 23.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, por lo que habrá que estar a lo que al respecto señalen los convenios colectivos encargados de establecer los términos concretos del ejercicio de este derecho, a tenor del art. 23.2 del Estatuto de los Trabajadores⁸⁰⁹.

⁸⁰⁷ Respecto al examen-oposición, cfr. LOPEZ GANDIA,J., "Artículo veintidós.- Promoción y formación profesional en el trabajo", op. cit. pág. 182, y GARCIA MURCIA,J., "El Derecho a la promoción y a la formación profesional en el trabajo", op. cit. pág. 230.

Hay un convenio colectivo que prevé expresamente el permiso para concurrir a oposiciones para ingresar en cuerpos de funcionarios públicos; <<Eads-Casa y Airbus españa,S.L.>> (R.11881).

Otros hacen referencia expresa al permiso por exámenes para obtener el permiso de conducir; <<MAPFRE>> (R.6281). Entre los estatales de sector; <<Jardinería>> (RCL 2001/1250), <<Fabricación de helados>> (RCL 2000/788) que establece un máximo de 6 días por este concepto y para el examen psicotécnico para la revisión y <<Curtidos, Correas y Cueros>> (RCL 2001/1818) que también prevé tiempo para exámenes de conducir pero no retribuido.

⁸⁰⁸ Cfr. GARCIA MURCIA,J., "El Derecho a la promoción y a la formación profesional en el trabajo", op. cit. pág. 242. y en el mismo sentido, CAMPS RUIZ,L.M., "Promoción profesional en la empresa", op. cit. pág. 104.

⁸⁰⁹ Hay convenios colectivos que exigen justificante de la matrícula del curso; <<Novedades Agrícolas>> (R.8108) y <<Cointra>> (R.9839). Otros exigen preaviso a la empresa con suficiente antelación; <<DHL Internacional España,S.A.>> (R.3873), <<Ecoclinic-Athisa,S.L.>> (R.5453), <<BBE,S.A.>> (R.7280) y <<Playa de Madrid>> (R.9124).

La mayoría requiere que se presente justificante del examen, así; <<La Vanguardia Ediciones, S.L.>> (R.202), <<Fertiberia,S.A.>> (R.1975), <<Ford España>> (R.4997), <<Novedades Agrícolas>> (R.8108), <<Reale

En cualquier caso, señala la doctrina que el trabajador deberá guardar determinadas reglas a la hora de ejercitar el derecho porque así lo exigen, sus deberes de buena fe y el art. 37.3 del Estatuto de los Trabajadores, precepto estatutario que en este punto se entiende de aplicación analógica y que establece, para las interrupciones no periódicas de la prestación laboral, la necesidad de previo aviso y justificación.

Así, el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de Julio de 1985, entendió equiparable a la transgresión de la buena fe contractual, la conducta de la trabajadora en cuanto que no preavisó a la empresa de su ausencia para asistir a un examen, entendiendo el tribunal que tal conducta conllevaba "un incumplimiento grave y culpable de las obligaciones laborales, pues si tenía derecho a asistir a un examen, no es menos cierto, que la empresa demandada también lo tenía a conocer con anterioridad tal ausencia, a fin de prever la sustitución de la profesora para que no sufriera detrimento en sus estudios el alumnado, a los que se debía, y la Academia en su prestigio". En este sentido ya se pronunció el TCT en Sentencia de 16 de Noviembre de 1982 considerando que el derecho legalmente establecido en el art.23 del Estatuto de los trabajadores, "es a obtener el permiso y no a decir ausencia" por lo que el abandono del puesto de trabajo sin preaviso alguno y por tanto sin dar ocasión a su necesaria sustitución, comporta un grave incumplimiento del deber de buena fe contractual y cooperación con el normal funcionamiento de la empresa, lo que llevó al tribunal a fallar confirmando la procedencia del despido en

grupo asegurador>> (R.8471), <<Luthansa>> (R.8474) y <<Playa de Madrid>> (R.9124). Y, entre los estatales sectoriales; <<Fabricación de helados>> (RCL 2000/788) y <<EE.T.T.>> (RCL 2000/2563).

Los convenios de <<La Vanguardia Ediciones, S.L.>> (R.202), y <<Unión de detallistas Españoles, Soc. Coop., G-5 Centro,S.A. y CIDEC>> establecen que si no se presenta el justificante no se tendrá derecho a la retribución.

aplicación del art.54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores⁸¹⁰.

Así pues, será necesario para asistir al examen, comunicación previa del trabajador al empresario, con una antelación suficiente para que éste pueda adoptar las medidas necesarias para el buen desarrollo de la actividad empresarial y, entre ellas, la posible sustitución del trabajador-estudiante por el tiempo necesario⁸¹¹.

A la comunicación deberá acompañarse acreditación o justificación de la inscripción o matrícula en los cursos correspondientes y, siendo asimismo necesario justificar la asistencia al examen, entiende la jurisprudencia que la acreditación de tal extremo podrá realizarse con posterioridad a la celebración de la prueba.

No parece que sea necesario la existencia formal de permiso para que el trabajador pueda ausentarse de la empresa para examinarse y, en este sentido, la sentencia del TSJ de Cantabria de 21 de Abril de 1992, no exige autorización expresa del empresario, entendiéndose bastante la comunicación previa del trabajador y posterior justificación de asistencia al examen, considerándose en tal caso el permiso como <<tácito o presunto>>⁸¹².

Causas justificativas de su denegación.-Efectuada la comunicación de la ausencia del trabajador en tiempo y forma, el empresario deberá soportar el ejercicio del derecho del

⁸¹⁰ Vid. STS de 10 de Julio de 1985, A/3725, (F.J.2) y STCT de 16 de Noviembre de 1982, A/6363, (Cdo.4).

⁸¹¹ Cfr. CAMPS RUIZ, L.M., "Promoción profesional en la empresa", op. cit. pág.104 y, en el mismo sentido, GARCIA MURCIA, J., "El Derecho a la promoción y a la formación profesional en el trabajo", op. cit. pág.244.

⁸¹² Vid. STSJ de Cantabria de 21 de Abril de 1992, A/1939, (F.J.3).

trabajador ya que éste no queda condicionado a las necesidades organizativas de la empresa, salvo que la prestación del solicitante sea imprescindible para que la producción continúe o el número de solicitudes concurrentes imposibilite su disfrute por repercutir de forma grave en el proceso productivo. En este último caso tendrán preferencia los que hayan presentado la solicitud con mayor antelación, a salvo de lo que sobre esta cuestión se pudiera establecer en la negociación colectiva, entendiéndose que las partes gozan de total disponibilidad sobre este extremo⁸¹³.

En cuanto a los efectos de la denegación injustificada, habrá que entender que el empresario ha incurrido en una extralimitación de sus facultades de dirección y por tanto su decisión podrá ser impugnada por el trabajador ante el Órgano Jurisdiccional competente, siendo de aplicación las previsiones que frente a la denegación injustificada del cambio de turno de trabajo se hicieron en el apartado anterior y a las que me remito.

Los efectos jurídicos del ejercicio del derecho.- Estos serán distintos si el permiso tiene o no carácter retribuido en orden, fundamentalmente, a los derechos que obtiene el trabajador dependiendo del tiempo efectivamente trabajado, y, por el contrario, no existirán diferencias en cuanto a los derechos que deriven de la duración del vínculo contractual, ya que, en ambos casos este vínculo se mantiene. En consecuencia, como se dijo el trabajador tendrá derecho de reserva de puesto de trabajo, así como, derecho a que el tiempo que dure el permiso le sea

⁸¹³ Ninguno de los convenios consultados hace referencia a este extremo.

computado a efectos de antigüedad⁸¹⁴.

Sin embargo, como ya hemos apuntado, existirán diferencias en cuanto al derecho al salario y al de vacaciones:

En primer lugar, respecto al salario; como ya quedó señalado, si el permiso por exámenes es causa de interrupción, el derecho al salario se mantiene, mientras que en el supuesto de suspensión el trabajador no tendrá derecho al mismo y ese descuento salarial repercutirá proporcionalmente sobre la retribución de los descansos semanales y de las pagas extraordinarias. En cuanto a los complementos por asistencia es posible entender, que dado que la ausencia del trabajador queda justificada en virtud del derecho a la formación profesional y más en concreto en el derecho que le otorga el art. 23.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, no cabría más descuento que el proporcional al tiempo que dure el permiso por exámenes.

En segundo lugar, en relación con las vacaciones hay que considerar, como hace GARCIA ORTEGA, que cuando los permisos por exámenes no tengan carácter retribuido, su duración no se computará a efectos de vacaciones, mientras que si son retribuidos, el tiempo de interrupción dará lugar a su cómputo a efectos de vacaciones, siempre a salvo de lo que se establezca en convenio colectivo⁸¹⁵.

⁸¹⁴ Respecto al supuesto de suspensión y en base al fundamento jurídico de la existencia de los complementos salariales por antigüedad, afirmaba CAMPS RUIZ que: "El tiempo durante el que el cual el contrato de trabajo está suspendido debe computarse, en principio, a efectos de la antigüedad del trabajador", señalando, no obstante, la posibilidad de que tal régimen jurídico pueda ser excluido en virtud de la negociación colectiva. Vid. en "Complementos salariales de carácter personal", en AA.VV., *Estudios sobre el salario*, ACARL, Madrid, 1993, págs.457 y 458. Tras la reforma del mercado de trabajo de 1994 este autor manifiesta sus dudas al respecto derivadas de que "el art.25 del ET establezca ahora una mayor relación entre los complementos por antigüedad y el trabajo desarrollado, lo que podría tal vez implicar que el devengo de los mismos no dependiera simplemente del mantenimiento del trabajador de su vinculación con la empresa, aun cuando no exista una prestación de trabajo efectivo". Se recoge esta opinión en ALBIOL MONTESINOS,I., CAMPS RUIZ,L.M., LOPEZ GANDIA,J. Y SALA FRANCO,T., *Derecho del trabajo, Tomo II. Contrato individual*, op. cit. pág.490, nota a pie núm.3.

⁸¹⁵ Cfr. GARCIA ORTEGA,J., "Nacimiento, duración y disfrute del derecho a vacaciones", en *Tribuna Social*, nº 38, Febrero, 1994, pág.11., sin embargo, en sentido contrario vid. GARCIA MURCIA,J., op. cit. pág.247 y CAMPS RUIZ,L.M. op. cit. en nota nº 38, pág.105. También VIDA SORIA entiende, -aunque de forma

general para todos los supuestos de suspensión-, que el "tiempo de suspensión da, en principio, lugar a su cómputo a efectos de vacaciones anuales pagadas", vid. VIDA SORIA,J., "Suspensión del contrato de trabajo" op. cit. pág.69.

De los convenios colectivos estudiados sólo uno de ellos hace referencia a esta cuestión, señalando que tanto en el caso de que el permiso por exámenes sea retribuido como en caso contrario, dichas licencias no podrán ser descontadas de las vacaciones anuales que correspondan al trabajador. Vid. el art. 91 del convenio colectivo estatal para el sector <<Curtido, Correas y Cueros Industriales y Curtición de piel para Peletería>> (RCL 2001/1818)

D. ADAPTACION DE LA JORNADA DE TRABAJO.

Reconocimiento legal.- El Estatuto de los Trabajadores posibilita al trabajador adaptar su jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional. Esta es una de las facultades que, como ya se señaló, integra el contenido del derecho subjetivo del trabajador a la formación profesional en la relación de trabajo y por tanto será uno de los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para que haga efectivo tal derecho y, en consecuencia, alcance una mayor preparación profesional. Esta facultad otorgada al trabajador, al igual que la preferencia en la elección de turno de trabajo, es un instrumento a través del cual el trabajador podrá adaptar el tiempo de trabajo a sus necesidades formativas y cuyo ejercicio incidirá en la situación jurídica del contrato de trabajo produciendo la novación del mismo.

Pero no es este el único bien jurídico que, a juicio de GARCIA MURCIA, el ordenamiento jurídico pretende que se satisfaga al otorgar este medio de actuación al trabajador, también puede serlo el interés del empresario en cuanto que la mayor preparación y especialización que el trabajador adquiera al asistir a los cursos de formación profesional redundará en su prestación de trabajo y en el resultado de la misma, lo que en último término beneficiará al empresario que podrá contar con mano de obra más cualificada y capaz ⁸¹⁶.

Dispone el art.23.1.b) del Estatuto de los Trabajadores que: "El trabajador tendrá derecho: b) A la adaptación de la jornada

⁸¹⁶ GARCIA MURCIA,J., "El Derecho a la promoción y a la formación profesional en el trabajo", op. cit. pág.233.

ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional".

En este precepto, pues, el derecho a la adaptación de la jornada queda condicionado a que el trabajador asista a cursos de formación profesional.

A continuación se delimitará este requisito pasando después a analizar la facultad que como consecuencia jurídica del mismo prevé la norma, señalando, por último, los términos del ejercicio de la misma así como la repercusión que tendrá sobre la situación jurídica del contrato de trabajo.

a) Presupuesto de hecho.

Asistencia a cursos de formación profesional.- El trabajador únicamente podrá ejercitar su derecho a adaptar la jornada ordinaria de trabajo si asiste a cursos de formación profesional.

La asistencia a tales cursos se entiende que debe ser compatible con el trabajo, ya que, en caso contrario la posibilidad de actuación del trabajador se encaminaría al ejercicio del otro derecho que en el mismo precepto estatutario se contempla, cual es el del permiso de formación o perfeccionamiento profesional con reserva de puesto de trabajo⁸¹⁷.

En este caso la norma no hace referencia al "título profesional" a que se refería el art.23.1.a) al señalar el

⁸¹⁷ GARCIA MURCIA,J., "El Derecho a la promoción y a la formación profesional en el trabajo", op. cit. pág.232 y 251.

supuesto de hecho allí contemplado, esto conduce a pensar que en este caso el legislador prevé la posibilidad de que el trabajador pueda asistir a determinados "cursos de formación" en los que no se entregue un título al finalizar los mismos, no obstante, si por la asistencia al curso el trabajador obtuviera titulación también podría ejercitar este derecho y en consecuencia, en este caso el Estatuto de los Trabajadores le ofrecerá dos posibilidades de adecuar el tiempo de trabajo a sus necesidades de formación; por un lado otorgándole el derecho a elegir el turno de trabajo y por otra parte a adaptar la jornada de trabajo, quedando a su criterio y a las necesidades productivas de la empresa, la elección entre uno u otro, porque lo que no parece posible es el ejercicio simultáneo de ambas facultades respecto del mismo curso de formación. Sin embargo, si cabría la posibilidad de que un trabajador que hubiera solicitado y obtenido cambio de turno, para cursar estudios para la obtención de un título académico, pueda solicitar adaptación de la jornada de trabajo para asistir a un curso de formación profesional, ya que en ningún momento la norma señala la incompatibilidad de los mismos.

b) Ejercicio del derecho a adaptar la jornada de trabajo.

Modalidades de adaptación de la jornada de trabajo.- Si se da el supuesto establecido por la norma, el trabajador podrá solicitar del empresario la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo.

Se entiende por tiempo de trabajo, los períodos durante los cuales un trabajador viene obligado a poner su actividad laboral

a disposición del empresario y la medida cierta de ese tiempo de trabajo, es decir el tiempo en que cada día, semana o año dedicará el trabajador a satisfacer su prestación laboral, constituye la jornada normal de trabajo. La facultad, que en principio tiene el empresario de fijar estos tiempos de trabajo, y que encuentra acomodo en su poder de dirección, se ve sometida a fuertes limitaciones, establecidas tanto en la Constitución Española (art. 40.2), como en el Estatuto de los Trabajadores, en atención, como señala la doctrina, a la necesaria protección de los intereses vitales del trabajador; tiempo libre, descanso necesario, cuidado de la familia, etc.

Pero no solo los límites a la fijación de la jornada de trabajo, ya sea por convenio colectivo como por contrato individual, encuentran fundamento en tales intereses, también lo constituirán los intereses profesionales del trabajador. Esta conclusión es posible deducirla de lo preceptuado por el art. 23.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, ya que este precepto permite al trabajador, que asista a cursos de formación profesional, modificar la distribución de su tiempo de trabajo, al reconocérsele el derecho a la adaptación de la jornada de trabajo. Esta variación producirá provisionalmente una modificación sustancial de una condición de trabajo -tiempo de trabajo- por la que el empresario deberá pasar si el trabajador la solicita y no hay causas que justifiquen la denegación.

La ambigüedad del precepto que reconoce este derecho, plantea problemas en orden a lo que deba entenderse por "adaptación de la jornada ordinaria de trabajo".

En primer lugar, porque el precepto al referirse a la jornada de trabajo y no al horario, posibilita, en principio, que la adaptación incida sobre la duración o cantidad de tiempo de la

prestación de servicios, diaria, mensual o anual pero no sobre la distribución en las horas del día del tiempo de trabajo⁸¹⁸.

En segundo lugar, porque si se interpreta en sentido estricto el término "adaptar" habrá que entender que lo que se posibilita es ajustar la jornada de trabajo a las necesidades formativas del trabajador pero manteniendo la duración de la misma, ya que, si esta variara estaríamos ante un supuesto de modificación y no de acomodación.

Por consiguiente, la dificultad que plantea la interpretación literal de la expresión legal "adaptar la jornada ordinaria de trabajo" reside en poder identificar los supuestos en que se pueda llevar a cabo el ajuste del tiempo de trabajo comprometido por el trabajador, sin modificar la duración del mismo y sin que tal acomodación afecte al horario.

La doctrina solventa la cuestión haciendo una interpretación flexible del precepto y entendiendo que existe cobertura legal para variar tanto la duración como la distribución habituales del tiempo de trabajo y, por consiguiente, que el trabajador que asista a un curso de formación profesional, podrá solicitar al empresario, bien la reducción de la jornada ordinaria de trabajo, bien un cambio de horario. La elección de cualquiera de estas modalidades de "adaptación de jornada" dependerá únicamente de las necesidades y conveniencias del trabajador y las necesidades organizativas de la empresa⁸¹⁹.

⁸¹⁸ Sobre la jornada como condición de trabajo diferente al horario, vid. MARTIN VALVERDE, A., "Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo", en AA.VV., *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, 1991, pág.685.

⁸¹⁹ Cfr. GARCIA MURCIA, J., "El Derecho a la promoción y a la formación profesional en el trabajo", op. cit. pág. 251., y, en el mismo sentido, MARTINEZ RODRIGUEZ, F.: "Jornada reducida", en AA.VV., *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL, Madrid, 1991, pág.217 y RODRIGUEZ PASTOR, G., *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, op. cit. pág.360.

No obstante, para el TCT, el precepto no ampara la reducción de la jornada laboral, como señaló en la sentencia de 21 de Enero de 1988⁸²⁰.

A continuación me referiré brevemente a estas posibilidades.

Reducción de la jornada ordinaria de trabajo.- La modificación pretendida por el trabajador en este supuesto irá dirigida a conseguir una disminución de las horas de trabajo, y se llevará a cabo en virtud de un acuerdo entre empresario y trabajador.

No parece, como ya quedó dicho, que la doctrina judicial se incline por considerar esta facultad dentro de las contempladas en el supuesto de "adaptación de la jornada ordinaria", no obstante, nada impide que el convenio colectivo la prevea⁸²¹ y, si

De los convenios colectivos de empresa consultados sólo 5 de ellos se refieren expresamente a este derecho del trabajador. Dos lo recogen en los mismos términos que el ET "adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional" sin mayor concreción, aunque puede ser significativo que ambos lo mencionan en el precepto en el que se recogen las <<licencias y excedencias>>, vid. <<V-2 Complementos auxiliares, S.A.>> (R.1843) y <<Vigilancia Integrada,S.A.>> (R.6352). Los otros tres como se verá se decantan por la modalidad de reducción de la jornada.

En la negociación colectiva estatal sectorial también la atención es escasa porque sólo en el de <<Tejas y Ladrillos>> (RCL 2000/2201) se menciona este derecho. También en el apartado de <<licencias>> 4 convenios estatales sectoriales mencionan de forma genérica los "derechos educativos generales y de la formación profesional" entre los que podría incluirse la adaptación de la jornada de trabajo, vid. <<Mataderos>> (RCL 2000/2634), <<Prensa diaria>> (RCL 2001/2365), <<Fotografía>> (RCL 2002/126) y <<Vigilancia y Seguridad>> (RCL 2002/528)

⁸²⁰ Vid. CAMPS RUIZ,J.M., "Promoción profesional en la empresa", op. cit. pág.110., señalando que "de aceptarse este criterio del TCT, resultaría que más allá del cambio de horario, habrá que estar a los términos fijados por Convenio Colectivo, con posibilidad, desde luego, de introducir vinculaciones entre el contenido concreto del derecho y las necesidades organizativas de la empresa".

⁸²¹ Hay tres convenios colectivos de empresa, que permiten que el trabajador reduzca su jornada de trabajo para asistir a cursos de formación profesional; el de la <<Compañía Española de Tabaco en Rama, S.A. (CETARSA)>> (R.7281) lo prevé cuando se asista a cursos de perfeccionamiento profesional, aunque con carácter subsidiario a la adopción de cualquier otra modalidad de "adaptación de la jornada", permite una reducción igual a la mitad de las horas de clase con reducción de la retribución en la misma proporción.

<<Getronics Grupo CP,S.L.>> (R.8717) reconoce al trabajador el derecho a reducir su jornada de trabajo durante el curso escolar en media, una, una y media o dos horas a su elección, con reducción proporcional de la retribución. El convenio colectivo supedita el ejercicio del derecho a las necesidades organizativas de la empresa y a que los estudios que curse el trabajador sean, por una parte, de interés para la empresa y, por otra, estudios oficiales establecidos por el MEC, en sus vertientes de formación profesional, escuelas universitarias, escuelas técnicas medias y superiores y universitarios.

tal es el caso, el acuerdo de reducción de jornada entre empresario y trabajador, que tendrá carácter novatorio, afectará al contrato de trabajo produciendo la modificación de su contenido en cuanto que establecerá para el trabajador una jornada inferior a la habitual⁸²².

Modificación del horario de trabajo.- Entendiendo por horario de trabajo la distribución en las horas del día del tiempo de la prestación de servicios, son varias las posibilidades de modificación que tendrá el trabajador que quiera asistir a un curso de formación profesional, entre otras: El paso de horario fijo a horario flexible; el cambio de jornada partida o jornada continuada; el paso de trabajo en régimen de turnos a horario único; y el cambio de horario o jornada de mañana a horario o jornada de tarde, y viceversa⁸²³.

Cualquiera que sea la modalidad elegida por el trabajador la adaptación del tiempo de trabajo se producirá en virtud de un acuerdo entre empresario y trabajador que, como ya quedó dicho, tiene carácter novatorio, al originar la modificación del tiempo de trabajo.

Nada impide que, por la vía de la novación modificativa, se produzca la variación de la condición de tiempo de trabajo, sin ser necesario que tal posibilidad se permita por convenio

El convenio colectivo de <<Eads-Casa y Airbus España, S.L.>> (R.11881) prevé que el trabajador pueda solicitar la reducción de jornada con la consiguiente reducción de remuneración por "razones de estudios" y, aunque no especifica más, señala que la aceptación de la solicitud por el Jefe inmediato estará condicionada al tipo de estudios que se realicen, al porcentaje de reducción horaria solicitado, período de tiempo, características del puesto de trabajo que ocupe el trabajador y a las necesidades de producción.

⁸²² Cfr. MARTIN VALVERDE,A., "Modificaciones de la jornada y horario de trabajo", op. cit. pág. 688.

⁸²³ Cfr. MARTIN VALVERDE,A.: "Modificaciones de la jornada y horario de trabajo", op. cit. pág.685 a 687.

colectivo. No obstante, como señala MARTIN VALVERDE, el pacto novatorio deberá respetar las condiciones mínimas de la ley, las establecidas por el convenio colectivo y no suponer discriminación. Respecto de esta última limitación es necesario señalar que, dado que la adaptación del tiempo de trabajo trae su causa en la facultad que el art.23.1.b) del Estatuto de los Trabajadores atribuye al trabajador de adaptar el horario de trabajo para asistir a cursos de formación profesional, el pacto novatorio, a través del que se produzca esta variación del horario, no será, en principio, discriminatorio. No obstante, puede producir perjuicios para otros trabajadores en cuanto que la modificación del horario del trabajador en fase de formación traiga como consecuencia la necesaria modificación del horario de otros trabajadores. En tal caso, habrá que entender que, la libertad que en principio se dijo que tenía el trabajador de optar entre las diversas modalidades de adaptación de horario quedará limitada, en el sentido que deberá elegir, de entre todas las que, en igual medida, le sirvan para satisfacer su interés formativo, aquella que implique menos perjuicio para el resto de trabajadores.

Reglas de ejercicio del derecho.- El ejercicio de este derecho deberá seguir las mismas reglas que se vienen señalando para el resto de los derechos profesionales del trabajador; solicitud con antelación razonable, comunicación del horario lectivo y justificación de la inscripción al curso de formación correspondiente.

No obstante, ante la remisión que el precepto legal hace al Convenio Colectivo habrá que estar a las reglas específicas establecidas por éste, en orden principalmente a la necesidad de justificar la asistencia al curso y el grado de aprovechamiento

señalado⁸²⁴.

E. PERMISO PARA LA FORMACION Y PERFECCIONAMIENTO PROFESIONAL.

a) Presupuesto de hecho.

Cursar estudios de formación o perfeccionamiento profesional.- El art. 23 del Estatuto de los Trabajadores recoge otro instrumento jurídico que el trabajador puede utilizar para llevar a la práctica su derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo; el derecho a un permiso con reserva de puesto de trabajo.

Esta facultad jurídica queda condicionada a que el trabajador curse estudios para su formación y perfeccionamiento profesional y a este requisito, que integra el presupuesto de hecho de la norma contenida en el art. 23.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, está sometida igualmente, como ya se vio, la facultad del trabajador de "adaptar su jornada ordinaria de trabajo", por lo que, a la delimitación de la misma realizada *supra* me remito.

No obstante, es preciso señalar aquí que, en este caso, para que se pueda ejercitar el derecho al permiso de formación contemplado en el art. 23.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, el seguimiento de las actividades formativas y de perfeccionamiento profesional debe resultar incompatible o cuanto menos de difícil compatibilidad con la prestación de servicios, lo que conducirá a que tanto al empresario como al trabajador les

⁸²⁴ Poca atención se presta en la negociación colectiva consultada ya que tan solo se hace referencia a las condiciones de ejercicio en el convenio colectivo del sector <<Tejas y Ladrillos>> (RCL 200/2201) requiriendo "justificación de la asistencia a los cursos de que se trate con un grado de aprovechamiento adecuado".

interese más una liberalización transitoria de todo trabajo que una "adaptación de la jornada ordinaria de trabajo".

Incompatibilidad que, según señala CAMPS RUIZ, deberá determinarse, en ausencia de regulación complementaria, de acuerdo con criterios de razonabilidad⁸²⁵.

Por otra parte, como ha señalado PEDRAJAS MORENO, la norma al referirse a la "formación y perfeccionamiento profesional", permite de forma indubitada deducir que la formación a la que se alude es de tipo profesional pero no aclara si ésta debe guardar relación directa con la actividad profesional que viene realizando el trabajador o no⁸²⁶.

Desde mi punto de vista el presupuesto de hecho queda integrado tanto por las actividades formativas directamente relacionadas con el puesto de trabajo, que serían subsumibles en el supuesto de cursos de perfeccionamiento, cuanto por las actividades formativas que no tengan relación alguna con la actividad objeto del contrato de trabajo, que podrían entenderse incluidas en el supuesto de cursos de formación⁸²⁷.

En cualquier caso, lo determinante será que el tiempo de formación responda a la libre decisión del trabajador para completar o mejorar su formación profesional y que corra también a su costa, en principio, pues como después se verá, el permiso para la formación puede ser financiado con fondos públicos o por

⁸²⁵ Cfr. CAMPS RUIZ, L.M., "Promoción profesional en la empresa", op. cit. pág.110 y nota núm.65.

⁸²⁶ Cfr. PEDRAJAS MORENO, A., en "Formación y derechos individuales", op. cit. pág.514.

⁸²⁷ Vid. respecto de los permisos para formación profesional la STCT de 7 de Marzo de 1985, A/1658, (Cdo.2º) y, en el mismo sentido pero con carácter general para los permisos y preferencias por cursar estudios que establecía el art. 22.1.a) y b) del Estatuto de los Trabajadores, la STCT de 21 de Enero de 1988, A/772, (F.J. U).

el empresario por preverlo así, ya el ANFC, ya el convenio colectivo de aplicación.

El TS en la sentencia de 25 de Febrero de 2002⁸²⁸ diferencia los supuestos en que la formación es a iniciativa del trabajador, de aquellos en que la formación permanente del trabajador es una obligación legalmente impuesta al empresario como específicamente se establece en la Ley 23/1992 para las empresas de seguridad privada⁸²⁹.

A juicio del TS, los cursos de formación organizados por la empresa en cumplimiento de su obligación de garantizar la formación de los trabajadores, no serían subsumibles en el supuesto del art.23 ET, *"el convenio colectivo no puede transformar -pues actuaría ultra vires- la obligación de formación permanente a cargo de las empresas de seguridad privada en un permiso de formación a instancia del trabajador y a su costa si no obtiene financiación pública"*⁸³⁰. En tal caso el

⁸²⁸ Publicada en RL núm.14, 2002, págs.96 a 101. El TS resuelve un recurso de casación ordinario contra sentencia de la AN dictada en un proceso de conflicto colectivo. estima el TS el recurso y en consecuencia declara que las empresas de seguridad están obligadas a abonar a los trabajadores las horas empleadas en la formación permanente obligatoria fuera de la jornada y que no se compensen con reducciones de ésta en la forma prevista en el art.13 II ANFC.

⁸²⁹ El TS en esta sentencia se refiere a las empresas de seguridad para las que la Ley 23/1992 exige que garanticen la formación y actualización profesional de su personal de seguridad (art.5.2). El TS interpreta que *"la garantía supone en este contexto la obligación de proporcionar los medios para que se cumpla esa formación ello implica bien la obligación de prestarla directamente o bien la de financiarla, pues no se trata de una garantía de mera asistencia, como dice el Reglamento sino una obligación más amplia de <<garantizar la formación>> como establece el art.5.2 de la Ley"* (F.J.3)

⁸³⁰ El art.12 del Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad (para 1997-2001)(BOE de 11 de Junio de 1998) señalaba en el art.12 que "cuando se efectúe la actividad formativa fuera de la jornada laboral, las horas empleadas serán abonadas al trabajador en la cuantía establecida en el punto 7 del art.13 del ANFC". La interpretación que hacían los recurrentes y que acoge el TS es que si la actividad formativa se desarrollaba durante la jornada laboral, deberá considerarse tiempo de trabajo efectivo y retribuirse como tal y que si se realizaba fuera de la jornada debía retribuirse en la forma prevista en el art.12 del convenio colectivo (F.J.2).

El actual convenio colectivo estatal para el sector de las empresas de seguridad (para 2002-2004) <<Vigilancia y Seguridad>> (R.CL 2002/528) establece en el art.12 que "cuando se efectúe la actividad formativa obligatoria fuera de la jornada se abonarán al trabajador las horas empleadas en ella a precio de hora extraordinaria de su categoría laboral. Cuando en este caso, deba el trabajador desplazarse por sus propios medios, dicho

trabajador estará obligado a asistir a los cursos de formación y el tiempo invertido habrá que considerarlo tiempo de trabajo si se realiza durante la jornada laboral o remunerado si tiene lugar fuera de ella⁸³¹.

El TS asimila al supuesto anterior la obligación de formación que establece a cargo de las empresas el art.19.2 de la Ley 31/1995 (LPRL) en materia de seguridad y salud laboral y desde mi punto de vista este criterio igualmente será aplicable cuando la obligación de formar a los trabajadores se establezca en el convenio colectivo.

Algunos convenios colectivos avanzan en esta línea y prevén distinto régimen jurídico para el tiempo de formación dependiendo de si el curso de formación es a requerimiento de la empresa o a iniciativa del trabajador. La aplicación del art.23 ET queda limitada al segundo supuesto, pues en el primero al tratarse de un curso organizado por la empresa, constituirá una manifestación del poder de dirección y organización del empresario que generará para el trabajador la obligación de asistir a la actividad formativa, en consecuencia, el convenio colectivo preverá que el curso se imparta dentro de la jornada de trabajo y si esto no fuera posible, que el tiempo de formación se retribuya como tiempo de trabajo efectivo ⁸³².

desplazamiento será abonado en la forma prevista”

⁸³¹ El TSJ del País Vasco en sentencia de 30 de Enero de 2001 (A/2997) mantuvo sin embargo el criterio diferente en relación con cursos sobre legislación y protección frente a artefactos explosivos, entendiendo que tales cursos revestían carácter voluntario en cuanto a su asistencia y a desarrollarse fuera del horario laboral. Considera el tribunal que la empresa (Prosegur Cía. de Seguridad) no tiene obligación de retribuir las horas del cursillo pues no era obligatorio en relación con ella. Esta se limita a colaborar en la organización del curso, *“sólo debe constituir una carga para el trabajador, que está sometido a ella si quiere continuar siendo apto para realizar esta actividad profesional”* (F.J.2)

⁸³² Vid. al respecto, LOPEZ GANDIA, J., "Artículo veintidós.- Promoción y formación profesional en el trabajo", op. cit. pág. 184 y 185 y GARCIA MURCIA, J., "La promoción y formación profesional en el trabajo", op. cit. pág. 255 y nota núm. 82.

No me referiré aquí a esta modalidad, ya que, al llevarse a cabo la iniciativa formativa por el empresario y, en consecuencia, generarse una obligación para el trabajador, resulta más adecuado su estudio dentro de las obligaciones que integran el contenido del derecho subjetivo a la formación profesional que en esta sede, dedicada al estudio de las facultades que el Estatuto de los Trabajadores otorga al trabajador como titular del mismo.

b) Ejercicio del derecho a ausentarse del trabajo para asistir a cursos de formación o perfeccionamiento profesional.

Permiso por formación o perfeccionamiento profesional con reserva de puesto de trabajo.- Producido el presupuesto de hecho, el trabajador podrá ejercitar el derecho que le reconoce, por tal motivo, el art. 23.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, cual es el "permiso con reserva de puesto de trabajo".

Es posible incluir en este supuesto los cursos de perfeccionamiento o reconversión ofrecidos por el empresario al trabajador, dirigidos a la adaptación de éste a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, con el fin de evitar la extinción de la relación laboral por aplicación del art. 52.b) del Estatuto de los Trabajadores, por ejemplo, <<Compañía Española de Tabaco en Rama, S.A. (CETARSA)>> (R.7281).

Cursos dirigidos a proporcionar al trabajador la formación necesaria para desempeñar las tareas que se le asignen fruto de la movilidad funcional como por ejemplo, hacen; <<General Óptica>> (R.826), <<V-2 Complementos auxiliares>> (R.1843), <<B.B.E., S.A.>> (R.7280), <<Tradia, difusio digital societat>> (R.10452), <<Eads-casa y Airbus España, S.A.>> (R.11881) o <<Ford España>>(R.4997) que prevé tanto períodos de adaptación como programas de formación y entrenamiento con la finalidad de capacitar al trabajador para el desarrollo del trabajo diario y, especialmente, en casos de cambio de puesto de trabajo. También para actualizar y poner al día los conocimientos profesionales <<Tradia, difusio digital societat>> (R.10452) y en sentido similar <<Celite Hispánica>> (R.11551)

La formación para la adaptación y capacitación del trabajador frente a cambios técnicos y organizativos, por ejemplo, <<La Vanguardia, S.A.>> (R.202), <<Fertiberia, S.A.>> (R.1975), <<Unidad editorial>> (R.9125)

Retribución.- La primera cuestión que se suscita respecto de esta facultad del trabajador es la naturaleza jurídica de la misma. Dos son las posibilidades, en función de que el permiso tenga o no carácter retribuido; la primera, entender que constituye un supuesto de interrupción del contrato de trabajo o bien considerarla como causa de suspensión de la relación laboral.

Atendiendo a la literalidad del precepto y dado que en el mismo se denomina "permiso" a este instrumento jurídico puesto a disposición del trabajador, cabría entender que estamos en el primer caso, es decir, ante un supuesto de interrupción de la relación laboral. No obstante, el art. 23.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, no señala el carácter retribuido del mismo, lo que lleva a entender -como ocurría respecto de los permisos por exámenes- que, salvo que lo disponga el convenio colectivo o el pacto individual, el trabajador no mantiene su derecho de remuneración, lo que impide configurarlo como causa de interrupción del contrato de trabajo.

Sin embargo, como se ha señalado, es posible que el trabajador mantenga su derecho a ser remunerado durante el tiempo que dure el permiso.

Tal circunstancia puede ser debida a que así se establezca en el convenio colectivo como mejora convencional frente a la regulación legal ⁸³³ o bien a que tengan financiación pública como

⁸³³ En la negociación colectiva estudiada hay convenios colectivos que prevén que el trabajador mantengan su derecho a ser remunerado cuando se ausente del trabajo para asistir a cursos de formación o perfeccionamiento profesional.

De éstos, algunos lo hacen mediante una fórmula perfectamente aplicable a todas las ausencias al trabajo por las causas formativas del art.23 ET, pues señalan que el trabajador podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración "por el tiempo establecido para disfrutar de los derechos educativos generales y de la formación profesional, en los supuestos y en la forma regulados por la legislación vigente". Así o con similar redacción, vid.

sería el caso de los permisos individuales por formación a los que se refiere el III ANFC y a los que se hará referencia con más detalle *infra* ⁸³⁴.

La asistencia a un curso de formación o perfeccionamiento profesional como causa de suspensión del contrato de trabajo.- La otra posibilidad aludida, en orden a cuál pueda ser la naturaleza jurídica del permiso por formación, es entender que la paralización temporal de la obligación del trabajador de prestar servicios para asistir a un curso de formación o perfeccionamiento profesional, es causa de suspensión del contrato de trabajo.

<<Mataderos>> (RCL 2000/2634), <<Prensa diaria>> (RCL 2001/2365), <<Fotografía>> (RCL 2002/126), <<Vigilancia y Seguridad>> (RCL 2002/528), <<V-2 Complementos Auxiliares, S.A.>> (R.1843), <<DHL>> (R.3873), <<Vigilancia integrada>> (R.6352).

En estos supuestos, habrá que entender que se amplía el presupuesto de hecho legal, ya que al hacer referencia también a "derechos educativos generales", el permiso retribuido no queda limitado a los cursos por formación o perfeccionamiento profesional

También prevé permiso retribuido pero ya limitadamente para la asistencia a cursos de formación profesional el convenio colectivo estatal del sector <<EE.T.T>> (RCL2000/2563).

Hay otros convenios que previendo también el carácter remunerado del permiso esta condición la hacen depender; de que la acción formativa esté relacionada con el trabajo a realizar por el trabajador, de las circunstancias de éste, de que sea de interés para la empresa o bien, como ya quedó apuntado, de que el curso organizado por la empresa tenga carácter obligatorio.

Así, el convenio colectivo de la empresa <<Compañía Española de Tabaco en Rama, S.A (CETARSA)>> (R.7281) sólo prevé la retribución del tiempo de asistencia a dos modalidades de cursos de perfeccionamiento profesional, estos son:

a) Los cursos de capacitación profesional para la adaptación de los trabajadores a las modificaciones técnicas operadas en los puestos de trabajo.

b) Los cursos de reconversión profesional, dirigidos a asegurar la estabilidad del trabajador en su empleo en supuestos de transformación o modificación funcional en los centros de la empresa.

El convenio colectivo de la empresa <<Estudios e ingeniería aplicada XXI, S.A.>> (R.10872) reconoce un permiso especial a los trabajadores de hasta 19 años de 180 horas anuales retribuidas y repartidas durante el curso, cuando estén matriculados en cursos organizados por centros oficiales reconocidos por el MEC para la obtención de un título profesional, Graduado Escolar o Bachillerato.

⁸³⁴ Que el permiso por formación sea causa de interrupción implica que la retribución que percibe el trabajador durante el tiempo que dura el mismo tenga naturaleza salarial. Para MARTIN PUEBLA no es ésta sin embargo la naturaleza jurídica de la prestación económica que recibe el trabajador cuando disfruta del permiso individual por formación establecido en el II ANFC y financiado con cargo a fondos públicos. Para este autor la ayuda que percibiría el trabajador, por tal concepto no es asimilable al salario, diversamente, su naturaleza es indemnizatoria y el salario únicamente sirve como punto de referencia para el cálculo de la ayuda pública que le corresponde. Cfr. MARTIN PUEBLA, *La formación profesional y el contrato de trabajo*, op. cit. pág.184.

La doctrina viene entendiendo que este permiso es subsumible en la primera de las causas de suspensión del contrato de trabajo enumeradas en el art. 45 del Estatuto de los Trabajadores; el "mutuo acuerdo de las partes".⁸³⁵

No obstante este criterio doctrinal, a mi juicio, cabría entender que el derecho del trabajador a ausentarse del trabajo por este motivo es una nueva causa de suspensión y, por tanto, independiente y adicional a las previstas en el art. 45 del Estatuto de los Trabajadores, cuyo régimen jurídico se establecerá por el pacto entre empresario y trabajador o bien por convenio colectivo y cuyo principal efecto está legalmente establecido al recoger el art.23.1.b) del Estatuto la reserva de puesto de trabajo.

En apoyo de esta postura cabría hacer las siguientes consideraciones: En primer lugar, respecto de la fuente originaria de la suspensión; cuando la causa de suspensión es el mutuo acuerdo de las partes, esta opera por la voluntad coincidente del empresario y trabajador, mientras que cuando la causa de suspensión es la prevista en el art.23.1.b) del Estatuto esta opera por imperativo de la ley, independientemente de la voluntad del empresario, ya que, éste, si se dan las circunstancias previstas por el precepto, y el trabajador lo solicita, deberá concederle el permiso por formación, salvo que exista alguna causa que justifique su denegación.

En segundo lugar, en relación con el derecho a reserva de puesto de trabajo establecido en el art.23.1.b) del Estatuto de

⁸³⁵ Cfr. LOPEZ GANDIA,J., "Artículo veintidós.- Promoción y formación profesional en el trabajo", op. cit. pág.185., y en el mismo sentido, GARCIA MURCIA,J., "Promoción y formación profesional en el trabajo", op. cit. pág.254.

los Trabajadores; a tenor del art. 48 de la norma estatutaria, todas las causas de suspensión llevan aparejada la reserva de puesto de trabajo, salvo que la suspensión del contrato de trabajo derive del mutuo acuerdo de las partes o de una causa consignada válidamente en el contrato de trabajo.

En estos dos supuestos, señala el art. 48 del Estatuto de los Trabajadores que "se estará a lo pactado", por lo que es posible entender que este precepto permite que el pacto no establezca el derecho del trabajador a reincorporarse a su puesto de trabajo cuando cese la causa que dio origen a la suspensión.

En consecuencia, si como mantiene la doctrina, el permiso para asistir a cursos de formación y perfeccionamiento profesional es subsumible en "el mutuo acuerdo de las partes" como causa de suspensión del contrato de trabajo, el derecho a la reserva de puesto de trabajo establecido en el art.23.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, habría que entenderlo como excepción a la regla establecida en el art. 48.1 de la norma estatutaria considerando que, siempre que la suspensión del contrato de trabajo se deba a este motivo, el trabajador tendrá derecho a la reserva de puesto de trabajo y que, de tal derecho, no será posible disponer a través del pacto.

Este malabarismo interpretativo, necesario para evitar la contradicción entre los arts.48 y 23 del Estatuto de los Trabajadores, resultaría innecesario si, como aquí se defiende, el derecho del trabajador a ausentarse del trabajo para asistir a cursos de formación establecido en el art. 23.1.b) del Estatuto de los Trabajadores fuera una nueva causa de suspensión a añadir a las previstas en el art. 45 del Estatuto de los Trabajadores, cuyo régimen jurídico se establecerá por el pacto entre empresario y trabajador o bien por convenio colectivo y cuyo principal efecto queda legalmente establecido al recoger el

art.23.1.b) del Estatuto la reserva de puesto de trabajo.

Reglas de ejercicio del derecho.- Para el ejercicio del derecho al permiso por formación, y pese al silencio que al respecto guarda el art.23.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, hay que entender que se seguirán las reglas generales a las que se aludió al hablar del ejercicio del derecho al permiso por exámenes, esto es; solicitud con una antelación razonable, justificación de la inscripción en el curso de formación correspondiente y, al concluir el permiso, justificación de las asistencias y la obtención de un aprovechamiento mínimo.⁸³⁶

Los límites al ejercicio de esta facultad, como respecto al resto de las enumeradas en el art.23 del Estatuto de los Trabajadores, los constituirán razones organizativas⁸³⁷, acontecimientos de fuerza mayor o bien los derechos del resto de los trabajadores que de alguna forma se puedan ver afectados por la ausencia del trabajador mientras dura su permiso por formación.

En cuanto al número de trabajadores de la plantilla que simultáneamente pueden disfrutar del permiso por formación, así como, en cuanto a la designación de los concretos trabajadores que podrán disfrutar del mismo si existe concurrencia de

⁸³⁶ Cfr. GARCIA MURCIA,J., "Promoción y Formación Profesional en el trabajo", op. cit. pág. 255.

Habrá que estar a lo que disponga la negociación colectiva, no obstante, hay que señalar la poca atención que se viene prestando a esta cuestión, ya que, aunque la mayoría de los convenios colectivos señalan la necesidad de solicitud y justificación posterior, tan solo un convenio requiere un grado de aprovechamiento adecuado; es el convenio colectivo del sector <<Tejas y Ladrillos>> (RCL 2000/2201).

⁸³⁷ El convenio colectivo estatal para el sector <<Aparcamientos>> (RCL 2000/1365) establece que la licencias sin retribución para asistir a cursos no relacionados con la actividad del trabajador ni con su específica formación académica, se facilitará o no por la Dirección de la empresa "en función de la actividad empresarial y si su ausencia la condiciona".

solicitudes, nada dice el Estatuto de los Trabajadores, por tanto, habrá que estar a los criterios que, al respecto, se establezcan en los convenios colectivos⁸³⁸.

Una vez concluido el curso de formación, el trabajador tiene derecho al reingreso en el mismo puesto de trabajo que ocupaba antes de ausentarse por este motivo, pues aunque en el art.23.1.b) ET no se establezca expresamente se entiende que mientras dure el permiso por formación, el trabajador mantiene su derecho a reserva de puesto de trabajo.

Terminado el curso de formación el trabajador deberá reincorporarse al trabajo y, si su derecho al reingreso no es atendido por el empresario, teniendo en cuenta el comportamiento de éste, habrá que entender; bien que ha procedido a su despido y, en tal caso, ejercitar la acción por despido; o bien que el empresario se ha retrasado en el cumplimiento del deber de reincorporarlo, debiendo reclamar judicialmente su reincorporación así como la cantidad correspondiente a los salarios no percibidos desde que solicitó la reincorporación⁸³⁹.

F. EL PERMISO POR FORMACION EN EL III ACUERDO NACIONAL DE FORMACION CONTINUA.

⁸³⁸ El Acuerdo Nacional de Formación continua, como a continuación se verá, establece ya ciertas pautas al respecto entre las que se encuentra que la Comisión mixta de Formación Profesional establezca los criterios conforme a los cuales pueda pactarse en los respectivos convenios colectivos el volumen de permisos a financiar.

⁸³⁹ Señala SALA FRANCO, con apoyo jurisprudencial en la sentencia del TS de 7 de Marzo de 1990 A/775 que en tales supuestos los tribunales vienen reconociendo al trabajador el derecho a ser indemnizado como medio de resarcirle por los perjuicios que el retraso en su reincorporación al trabajo lleva aparejados. Cfr. *El régimen jurídico de las ausencias al trabajo*, op. cit. pág.25.

Sobre indemnizaciones derivadas de supuestos de suspensión contractual, vid. ALFONSO MELLADO,C.L., *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*, TIRANT LO BLANC, Valencia, 1994, pág.97 y

Régimen jurídico.- El III ANFC establece el régimen jurídico de una modalidad especial de permiso por formación y al respecto interesa hacer dos observaciones teniendo en cuenta los ANFC precedentes⁸⁴⁰.

En primer lugar, según la Exposición de Motivos del I ANFC, éste desarrollaba las previsiones del art.23.1.b) del Estatuto de los Trabajadores sobre la concesión del permiso de formación profesional que "tenga como objeto la actualización de la cualificación o el perfeccionamiento profesional". Sin embargo, a mi juicio, de la delimitación del presupuesto de hecho que realizaba este acuerdo y de las que posteriormente realizó el II ANFC y actualmente el III ANFC, de ninguna manera se desprende que el desarrollo de los "permisos formativos" llevado a cabo en esta sede agote el contenido del art. 23.1,b) del Estatuto de los Trabajadores.

Diversamente, considero que lo que en realidad hace el ANFC es establecer el régimen jurídico de una modalidad especial de permiso por formación, pues de no ser así habría que entender que el ANFC contraviene lo establecido en el precepto estatutario, no tanto por incorporar requisitos al ejercicio del derecho de los trabajadores, cuanto por limitar los ámbitos subjetivo y objetivo del mismo traspasando con ello el marco convencional que establece el art.23.1,b) ET.

En segundo lugar, tanto el I ANFC como el II ANFC en el

⁸⁴⁰ Con amplia referencia al régimen de los permisos individuales por formación establecido en los I y II ANFC vid. VALDEOLIVAS GARCIA,Y., GETE CASTRILLO,P. Y TORRENTS MARGALEF,J., "Estudio comparativo y evolutivo de los cambios en la regulación de la formación continua en los Acuerdos y Convenios Colectivos", op. cit. pág.121 a 134, MARTIN PUEBLA,E., en *Formación profesional y contrato de trabajo*, op. cit. págs.179 a 187 y MIRON HERNANDEZ ,M.M., en *El derecho a la formación profesional del trabajador*, op. cit. págs.354 a 370.

art.13 señalaban que "las organizaciones firmantes establecerán un régimen de permisos individuales de formación en los siguientes términos:..."

Ahora el III ANFC en el art.12 señala que "a los efectos previstos en este acuerdo, se establece un régimen de permisos individuales de formación en los siguientes términos:..."

La variación como se ve es sustancial en la medida en que actualmente el régimen jurídico de los permisos por formación queda establecido en el propio acuerdo sin que esté previsto que los Acuerdos o Convenios sectoriales Estatales sobre Formación Continua desarrollen y adapten al sector correspondiente las disposiciones que al respecto se recogen en el III ANFC.

Concepto.- A los efectos del III ANFC el permiso individual de formación continua se prevé como instrumento para que el trabajador pueda acceder a las acciones formativas desarrolladas a través de planes de formación alternativos a los organizados por el propio acuerdo pues impide que las acciones para las que se pueda solicitar este permiso estén incluidas en alguno de los planes de formación organizados en el mismo.

Como acertadamente ha manifestado recientemente el TS estos permisos "responden a una iniciativa voluntaria del trabajador para completar o mejorar su formación profesional"⁸⁴¹. Por tanto, a juicio de este tribunal, en modo alguno podrán considerarse instrumento para hacer efectiva la obligación de formación permanente de los trabajadores que se establezca a cargo de las empresas, ya por disposición legal, convencional o reglamentaria.

El III ANFC dedica el capítulo II a establecer su régimen

⁸⁴¹ Cfr. la ya citada STS de 25 de Febrero de 2002, TS-533, publicada en la RL núm.14, 2002, págs.96 a 101.

jurídico, delimitando en el art. 12, los ámbitos subjetivo y objetivo del mismo, el procedimiento que debe seguir el trabajador para obtenerlo, así como su remuneración y régimen de financiación

Así, el III ANFC, condiciona el nacimiento del derecho a que se cumplan dos requisitos:

1º) Una antigüedad mínima del trabajador en la empresa en que presta servicios y,

2ª) Unas especiales características de la acción formativa para cuya realización se solicita el permiso.

Ámbito subjetivo.- Se reconoce el derecho al permiso por formación únicamente a los trabajadores que hayan prestado al menos un año de servicios en la empresa⁸⁴² y que hayan obtenido previa autorización de la empresa en los términos que se fijan en la correspondiente convocatoria.

Por consiguiente, la titularidad del derecho se restringe a aquellos trabajadores que estén en condiciones de probar la condición señalada. Será ésta la primera diferencia respecto a la figura del permiso por formación contemplada el art. 23.1.b) ET, ya que, el precepto estatutario no hace depender tal facultad de "condición personal" alguna⁸⁴³.

Ámbito objetivo.- Se requiere, asimismo, que las acciones formativas para las que se solicite el permiso reúnan unas características especiales, establecidas en el art.12.2 del

⁸⁴² El II ANFC era aún más restrictivo reconociendo el derecho al permiso por formación únicamente a los trabajadores con una antigüedad de, al menos, un año en el Sector, del cual seis meses, al menos, en la empresa en la que, preste sus servicios, en el momento de la solicitud (art.13).

⁸⁴³ En este sentido TS en sentencia ya citada de 25 de Febrero de 2002 (F.J.4)

III ANFC, éstas son:

a) No estar incluidas en el plan de formación de la empresa o agrupado.

b) Estar dirigidas al desarrollo o adaptación de las cualificaciones técnico-profesionales del trabajador y/o a su formación profesional⁸⁴⁴.

c) Estar reconocidas por una titulación oficial.

d) Quedan excluidas las acciones formativas que no se correspondan con la formación presencial. Admitiéndose, no obstante, la parte presencial de los realizados mediante la modalidad a distancia.

En el ámbito objetivo, por consiguiente, también se establecen diferencias respecto de la regulación estatutaria, ya que, las acciones formativas que pueden dar lugar al permiso de formación del III ANFC se encuentran más limitadas, en la medida en que el acuerdo exige que estén "reconocidas por una titulación oficial", mientras que el art.23.1,b) del ET se limita a exigir que sean acciones formativas o de perfeccionamiento profesional sin que se imponga, como señala PEDRAJAS MORENO, regularidad en los estudios ni oficialidad en los títulos⁸⁴⁵.

Procedimiento de solicitud.- Hay que distinguir dos fases; la primera frente al empresario en cuanto sujeto al que corresponde otorgar o denegar el permiso y, en segundo lugar, frente a la fundación tripartita en cuanto órgano encargado de

⁸⁴⁴ La formación personal del trabajador fue una innovación que introdujo el II ANFC y que el II ANFC mantiene. No obstante, el TSJ de la Comunidad Valenciana en sentencia de 6 de Junio de 2000, A/4119, consideraba que el I ANFC tampoco condicionaba la concesión del permiso por formación a que las acciones formativas para las que se solicitaba estuvieran directamente relacionadas con la actividad profesional que realizaba el trabajador (F.J.2).

⁸⁴⁵ Cfr. PEDRAJAS MORENO, A., Formación y derechos individuales, op. cit. pág.514.

conceder la financiación del mismo.

En primer lugar, será necesario que el trabajador solicite el permiso a la dirección de la empresa⁸⁴⁶, siguiendo el procedimiento establecido en la correspondiente convocatoria.

El empresario, recibida la solicitud, deberá resolverla en el plazo de un mes e informar sobre la misma a "la representación legal de los trabajadores" así como sobre cuál sea el sentido de su respuesta.

El empresario a la hora de autorizar o no el disfrute del permiso solicitado sólo se encuentra condicionado por lo que al respecto pueda establecer la convocatoria correspondiente.

En este sentido es de reseñar que el III ANFC ha suprimido importantes límites que al ejercicio de este derecho establecían los Acuerdos precedentes como eran, que el empresario pudiera alegar necesidades productivas u organizativas para denegar la solicitud del trabajador o que los convenio colectivos pudieran establecer "porcentajes de afectación de la plantilla o de las categorías/grupos profesionales de la empresa"⁸⁴⁷.

Estos criterios al constituir causas justificativas de la denegación empresarial del permiso, limitaban el ejercicio del

⁸⁴⁶ El II ANFC indicaba como realizar la solicitud del permiso, requiriendo que se realizara por escrito, con una antelación como mínimo de tres meses al inicio la acción formativa y haciendo constar; el objetivo formativo perseguido, lugar de impartición y el calendario de ejecución, horario lectivo, períodos de interrupción, duración, etc. (art.13.2)

⁸⁴⁷ Tanto el I como el II ANFC establecían que el empresario previamente debía recabar la opinión de la representación legal de los trabajadores -aunque todo hacía pensar que el informe no tenía carácter vinculante-. Además el propio Acuerdo le señala cuales eran los criterios que debía tener en cuenta para resolver: necesidades productivas y organizativas, la repercusión del disfrute de los permisos sobre la realización del trabajo en la empresa, trabajadores con derecho preferente por no haber participado en alguna de las acciones formativas a las que se refiere el acuerdo y los establecidos al respecto por la Comisión Mixta Estatal de Formación Continua.

derecho por el trabajador, lo que indudablemente los apartaba del régimen jurídico de los permisos del art.23.1,b) ET⁸⁴⁸.

Si el empresario denegara la solicitud, esta deberá ser motivada e informar tanto al trabajador como a la representación legal de los trabajadores.

Una vez obtenida la autorización empresarial, si el trabajador quiere que el permiso sea remunerado, como la financiación del mismo se realizará a través de la fundación tripartita, deberá presentar la correspondiente solicitud ante este órgano, calendario de ejecución y lugar de impartición

Nada dice el Acuerdo sobre el procedimiento a seguir para su obtención, limitándose únicamente a señalar que a través de la fundación tripartita se financiará tanto la remuneración del trabajador correspondiente al tiempo que dure el permiso, como las cotizaciones debidas por el trabajador durante ese período⁸⁴⁹.

Remuneración.- Señala el art. 12 apartado 6) III ANFC que el trabajador, durante el tiempo que dure el permiso, percibirá una cantidad igual a su salario, así como las cotizaciones devengadas a la seguridad social durante el período correspondiente⁸⁵⁰. El salario de referencia será el constituido

⁸⁴⁸ Así lo resaltaba también la ya citada STS 25 de Febrero de 2002 (F.J.4)

⁸⁴⁹ Me parece importante señalar que en el I ANFC la financiación únicamente alcanzaba a las cotizaciones debidas por el trabajador, excluyendo por tanto las devengadas por la empresa.

El II ANFC introduce la modificación apuntada extendiendo la financiación también a éstas y disminuyendo de esta forma la gravosidad que para el empresario puede derivar de que el trabajador disfrute de este permiso para la formación.

⁸⁵⁰ Señalaba el art.13 apartado7) del I ANFC que el trabajador durante el tiempo de duración del permiso percibiría equivalente al salario medio establecido en el convenio colectivo correspondiente a su categoría o grupo profesional, además de las cotizaciones que a él correspondían durante ese período. Por lo que había que entender que el empresario durante ese tiempo mantenía su obligación de cotización.

por: salario base, antigüedad y complementos fijos en función de lo establecido en el convenio colectivo.

Sin embargo, es posible que la fundación tripartita deniegue la financiación del permiso, en tal caso, según señala el Acuerdo en el apartado 3) del art. 12, el trabajador podrá disfrutar el permiso de formación sin remuneración, suspendiendo su contrato de trabajo por el tiempo equivalente al del permiso.

En tal caso habrá que entender que en realidad está ejercitando el derecho al permiso por formación o perfeccionamiento profesional establecido en el art.23.1,b) ET y por tanto sujeto al régimen jurídico ahí establecido.

Duración.- Señala el III ANFC en el art.12 apartado 5), que la duración del permiso será de 200 horas de jornada, en función de las características de la acción formativa a realizar.

De tal previsión es posible deducir que las 200 horas, se establecen como duración máxima a efectos de su financiación a través de la fundación tripartita pues, si la acción formativa durara más de ese tiempo, parece que aunque el Acuerdo no se pronuncie al respecto, sería posible que el trabajador y empresario acordaran que, durante el tiempo restante, el trabajador disfrute de permiso para continuar asistiendo al curso de formación o perfeccionamiento correspondiente, pero en tal caso, el exceso no sería retribuido, salvo que otra cosa se dispusiera en el convenio colectivo de aplicación o mediante el acuerdo individual.

Por tanto se ha ido mejorando el régimen retributivo del permiso intentando que resulte económicamente menos gravoso tanto para el trabajador como para el empresario.

Ejercicio fraudulento del derecho.- Se suprime la exigencia de que el trabajador que haya disfrutado de un permiso de formación deba, a la finalización del mismo, acreditar el grado de aprovechamiento obtenido mediante la correspondiente certificación. Ello no obsta para que en las bases para la concesión de ayudas para financiar el II ANFC o en la concreta convocatoria de los permisos se restablezca la obligación como medio de control del trabajador en cuanto beneficiario de una ayuda pública.

El apartado 4) del art. 12 del Acuerdo Nacional señala que la utilización del permiso de formación para fines distintos a los señalados se considerará como <<infracción al deber laboral de la buena fe>>.

En consecuencia, parece claro que en el orden laboral estaríamos ante un incumplimiento contractual del trabajador y por tanto sancionable por el empresario pudiendo llegar a ser causa de despido disciplinario en virtud del art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores.

Utilización fraudulenta de la ayuda financiera.- Sin embargo, no resulta tan sencillo determinar si la utilización fraudulenta, por el trabajador, de la ayuda financiera que recibe de la fundación tripartita constituye una infracción administrativa en el orden social.

En el art. 17 sobre infracciones y sanciones, el II ANFC señala que, "las infracciones derivadas de la aplicación de este acuerdo serán objeto de tratamiento de conformidad con lo establecido en el Real decreto Legislativo 5/2000, de 4 de Agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, así como en la

normativa específica que se apruebe a tal efecto".

No obstante, aunque en el art. 2,3 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social (LISOS), se señala a los trabajadores por cuenta ajena como posibles sujetos responsables de infracciones de la normativa de formación profesional continua, la utilización indebida por el trabajador de la ayuda recibida por permiso de formación no está tipificada como infracción en materia de formación profesional en el art. 17 de la LISOS.

Según este precepto únicamente constituyen infracciones del trabajador en materia de formación profesional:

a) Infracción de carácter grave; negarse a participar en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, salvo causa justificada ofrecidos por el servicio público de empleo o por las entidades asociadas de los servicios integrados para el empleo (art.17.2 LISOS)

b) Infracción de carácter muy grave; la no aplicación, o la desviación en la aplicación, de las ayudas, en general, de fomento del empleo percibidas por los trabajadores. (art.17.3 LISOS)

La utilización fraudulenta por el trabajador de las ayudas percibidas por permiso de formación, de ser subsumible en alguna de las dos conductas así tipificadas, lo sería, obviamente, en la segunda, pero la dificultad de tal encuadre reside en que la LISOS habla de ayudas de "fomento de empleo" y la ayuda a la que nos venimos refiriendo, a mi juicio, no entra dentro de esta categoría. Se trata de una medida mediante la cual se trata de fomentar que el trabajador -ya ocupado- participe en acciones formativas que le permitan desarrollar o adaptar sus cualificaciones profesionales y/o su formación personal y no una

medida tendente a facilitar su inserción o reinserción en el mercado de trabajo.

Por consiguiente, si el trabajador utiliza el permiso de formación para fines distintos a los señalados por el Acuerdo, a mi juicio, tal conducta no podrá ser sancionada vía administrativa por no estar tipificada como infracción en la LISOS.

No obstante, sí se le podrá exigir el reintegro total o parcial de la ayuda recibida, en caso de: Incumplimiento de la finalidad para la que la ayuda fue concedida o de las condiciones impuestas para su concesión, incumplimiento de la obligación de justificar la realización de la actividad o si obtuvo la ayuda sin reunir las condiciones requeridas para ello.

Así estaba previsto con anterioridad, tanto en la OM de 4 de Junio de 1993, reguladora de las bases para concesión de ayudas para financiar las acciones formativas acogidas al I ANFC (art.5), como en la orden de 7 de Mayo de 1997 respecto de las previstas en el II ANFC (art.12), y, todo hace presumir que el reintegro de ayudas se mantendrá, en términos similares, para las previstas en el III ANFC.

La cuestión que queda por resolver es que ocurrirá, en este caso, con las cotizaciones del trabajador, cuya financiación asume también la Fundación tripartita, si ya han sido ingresadas en la Tesorería. La O.M. de 7 de Mayo de 1997 mencionada no se refería a esta cuestión, por lo que habrá que estar a la normativa de desarrollo sobre la financiación de esta modalidad de permisos por formación.

Programa de sustitución de trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de prestaciones por desempleo.-

El Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de Mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad establece en la Disposición transitoria sexta el <<programa de sustitución de trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de prestaciones por desempleo>>.

Este es un programa que, combinando empleo y formación, cumple una doble finalidad.

En primer lugar, "incrementar las posibilidades de empleo de los trabajadores desempleados". A tal fin el art.228.4 de la LGSS permite compatibilizar las prestaciones por desempleo con el trabajo por cuenta ajena, lo que significará que como estímulo a la contratación de estos trabajadores, el empresario verá reducido el coste salarial en la cuantía de la prestación por desempleo que el trabajador continuará percibiendo de la Entidad Gestora.

En segundo lugar, el programa cumple también con la finalidad "hacer efectivo el derecho a la formación profesional de trabajadores ocupados". A tal fin se permite y bonifica que las empresas, de hasta 100 trabajadores, sustituyan a los trabajadores en formación por desempleados perceptores de prestación por desempleo, durante el tiempo que dure su participación en la acción formativa.

Para que el empresario pueda acogerse a la ayuda a la contratación de desempleados prevista en este programa es necesario que la acción formativa en la que participa el trabajador esté financiada por una Administración Pública.

El permiso individual por formación del III ANFC desde mi punto de vista cumple tal requisito en la medida en que es financiado por la Administración Pública a través de la Comisión

Tripartita.

En tal caso durante el tiempo que dure el permiso por formación -como se vio, máximo 200 horas, es decir, unas 5 ó 6 semanas-, el empresario podrá sustituir al trabajador en formación por un desempleado perceptor de la prestación por desempleo.

También entran dentro del supuesto los planes de formación organizados por el III ANFC. La sustitución operará cuando los cursos programados a los que deba asistir el trabajador sean incompatibles con su jornada laboral y por consiguiente se vea en la necesidad de ausentarse del trabajo. Que esta ausencia sea o no retribuida -extremo que como se vio *supra* depende de lo que disponga el convenio colectivo- es, en este momento, irrelevante porque, de serlo, la financiación sería privada y no pública.

Desde mi punto de vista lo determinante para considerar que los planes de formación del III ANFC hacen operativo el <<programa de sustitución de trabajadores en formación>> es que la acción formativa a la que asistirá el trabajador sí está financiada con fondos públicos a través de la Comisión Tripartita, con independencia de que el permiso del trabajador sea retribuido o no.

Por lo que se ha visto, no cabe duda que el programa del RDL 5/2002 promueve el acceso de los trabajadores a la formación profesional. Se trata de evitar que la ausencia del trabajador por motivos de formación repercuta desfavorablemente en la producción y organización empresarial y que, en amparo de tales razones, el empresario deniegue el permiso por formación solicitado por el trabajador. En virtud de este programa la repercusión de los permisos por formación sobre el trabajo de la

empresa disminuye considerablemente al poder ser sustituido el trabajador por otro durante el tiempo que dura la ausencia y, por otra parte, la desventaja que pudiera ocasionar al empresario contratar a un trabajador <<nuevo>> se verá compensada por la ventaja que supone que los costes salariales queden reducidos a abonar al trabajador sustituto la diferencia entre la cuantía de la prestación o subsidio por desempleo que perciba y el salario que le corresponda y la totalidad de las cotizaciones a la Seguridad Social.

III. LA FORMACION PROFESIONAL COMO INSTRUMENTO DE PROMOCION PROFESIONAL.

La formación profesional, en cuanto medio de adquisición de las competencias profesionales que integran la profesionalidad del trabajador, es también la vía a través de la cuál su capacidad profesional puede enriquecerse y mejorar. Mediante la adquisición de nuevas competencias profesionales, en efecto, la profesionalidad del trabajador progresará y, en este sentido, la formación profesional se manifiesta como instrumento de promoción profesional.

A lo largo de este trabajo no se ha pretendido tanto revelar el papel que el ordenamiento laboral asigna a la formación profesional en la promoción profesional de los trabajadores -su carácter instrumental respecto del progreso de la profesionalidad del trabajador, desde mi punto de vista, es incuestionable-, como poner de manifiesto las posibilidades que el derecho del trabajo abre al desarrollo de la profesionalidad en el marco de la relación jurídica laboral, sin olvidar que la idea de progreso referida a la profesionalidad y la consiguiente tutela del

ordenamiento jurídico laboral, debe proyectarse; más allá de una concreta relación de trabajo, a lo largo de toda la vida profesional del trabajador y, que la formación profesional desde esta perspectiva va a adquirir especial relevancia en tanto que, como señala BORRAJO DACRUZ, es un "vehículo importante, eficaz y progresivo de promoción profesional"⁸⁵¹.

La promoción profesional y la profesionalidad.- Cuando la promoción profesional se conecta con la profesionalidad adquiere dos significados. En primer lugar, como desarrollo de la profesionalidad del trabajador y, en segundo lugar, como reconocimiento de la profesionalidad mediante el ascenso del trabajador a categoría superior en el marco de una relación jurídica laboral.

Ambos significados confluyen si se aborda la promoción profesional desde una perspectiva dinámica. Desde este punto de vista el progreso de la profesionalidad del trabajador revela la existencia de una carrera profesional, siendo el ascenso la forma de manifestación del progreso de la capacidad profesional del trabajador en el marco de la relación laboral.

La promoción profesional como progreso de la profesionalidad.- La promoción profesional, en efecto, debe conectarse primera y principalmente con el desarrollo continuado de la capacidad profesional del trabajador y, en esta perspectiva dinámica o de progreso de la profesionalidad, encajar la reclasificación del trabajador a categoría superior como uno de los mecanismos adecuados para el efectivo desarrollo de su

⁸⁵¹ Cfr. BORRAJO DACRUZ, E.F, en "La Formación Profesional como factor de promoción profesional", RISS, núm.6, 1975, pág.1390.

profesionalidad en el marco de la relación laboral.

Doctrinalmente se entiende que este aspecto dinámico de la promoción profesional queda reflejado en la Constitución española. Ésta al reconocer en el art. 35 el derecho a la promoción profesional recoge el interés de los trabajadores a “una progresión profesional continuada”. Así se ha señalado y, desde luego, hay que convenir en que del precepto constitucional apuntado puede derivarse, el reconocimiento del derecho a la carrera profesional del trabajador y una llamada a los poderes públicos y privados para que pongan los medios adecuados para la efectiva promoción y ascensos del trabajador a lo largo de toda su vida laboral⁸⁵².

En este sentido, no cabe duda, la Constitución no sólo abre el camino a la protección de la profesionalidad del trabajador sino que además promueve una tutela dinámica de la misma. En efecto, si desde la Constitución, la promoción profesional se entiende como desarrollo de la profesionalidad, por una parte, hay que afirmar el reconocimiento del derecho a la adquisición continua de nuevas competencias profesionales que repercutan en una mejora de la capacidad de trabajar⁸⁵³, lo que conduce a la idea de la carrera profesional del trabajador, y, por otra, a la necesidad de establecer los mecanismos precisos para hacer efectivo tal derecho, esto es, aquellos que sean necesarios para

⁸⁵² Cfr. CRUZ VILLALON, J., en *Las modificaciones de la prestación laboral*, op. cit. pág.375 y PEDRAJAS MORENO, A., en *Formación y derechos individuales*”, op. cit. pág.507.

⁸⁵³ Propone PEREZ-ESPINOSA un nuevo concepto de profesionalidad “entendida no como elemento esencial para el ascenso del trabajadores de una categoría o grupo a otro, sino como adquisición continua de nuevas aptitudes, que coloquen al trabajador en disposición de mejorar su propia capacidad de trabajar, y de desempeñar funciones siempre nuevas y diversas, favoreciendo su movilidad y enriquecimiento profesional continuo”. Cfr. PEREZ-ESPINOSA SANCHEZ, F. en “Organización del trabajo, sistema de clasificación en categorías y defensa de la profesionalidad del trabajador”, en *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayon Chacón y del Peso y Calvo*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1980.

que la profesionalidad del trabajador pueda progresar⁸⁵⁴.

En este sentido, hay que tener en cuenta que en torno a la promoción profesional, el interés de los trabajadores al desarrollo de su patrimonio profesional se encuentra en contraposición con el interés de los empresarios, en palabras de PEREZ-ESPINOSA, "a la obtención de la máxima rentabilidad a la inversión, adaptando al trabajador a las necesidades técnico-organizativas y productivas de la empresa"⁸⁵⁵. Interés empresarial que también acoge y tutela la constitución al reconocer en el art.38 la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y atribuir al empresario facultades de organización del trabajo.

Aunque ambos intereses deberían tener igual consideración desde la perspectiva de la protección que la constitución les otorga, ante la adopción de mecanismos de promoción profesional de cara al enriquecimiento y mejora de la capacidad profesional de los trabajadores, será el interés empresarial, sin embargo, el que finalmente prevalezca.

En efecto, como hubo ocasión de ver, desde el ET no se favorece el desarrollo de la profesionalidad del trabajador⁸⁵⁶. Los instrumentos que en el marco de la relación jurídica laboral pueden posibilitar el progreso y desarrollo profesional del trabajador se reducen a las facilidades que éste tiene como titular del derecho a la formación profesional y al ascenso de

⁸⁵⁴ Vid. en este sentido PEDRAJAS MORENO, A., en *Formación y derechos individuales*, op. cit. pág.507.

⁸⁵⁵ Sobre los términos del conflicto histórico en materia de política de promoción, cfr. PEREZ-ESPINOSA SANCHEZ, F. en "Organización del trabajo, sistema de clasificación en categorías y defensa de la profesionalidad del trabajador", op. cit. pág.194.

⁸⁵⁶ En este sentido vid. PEREZ-ESPINOSA SANCHEZ, F. en "Organización del trabajo, sistema de clasificación en categorías y defensa de la profesionalidad del trabajador", op. cit. pág.193 y CRUZ VILLALON, J. en *Las modificaciones de la prestación laboral*, op. cit. pág.pág.376

categoría profesional en cuanto medida del desarrollo de la profesionalidad, cuando, hay que convenir como se ha dicho en que, "las posibilidades de desarrollo de la profesionalidad del trabajador son más amplias y caben otras manifestaciones distintas al ascenso tradicional del trabajador individualizado"⁸⁵⁷.

La escasa tutela de la vertiente dinámica de la profesionalidad del trabajador, que doctrinalmente se ha venido imputado al sistema de organización del trabajo, se refleja principalmente, en el sistema de clasificación profesional⁸⁵⁸. Y, éste a pesar de las últimas modificaciones, continúa sin ofrecer un marco adecuado para el desarrollo de la profesionalidad del trabajador.

Como hubo ocasión de ver, en la fase de constitución de la relación laboral la profesionalidad que se reconoce al trabajador es únicamente la cualificación exigida por el puesto de trabajo, sin que, por tanto, se tenga en cuenta la capacidad profesional objetiva o real del trabajador, ni el trabajo que haya podido desarrollar con anterioridad en otra u otras empresas.

⁸⁵⁷ Cfr. CRUZ VILLALON, J. *Las modificaciones de la prestación laboral*, op. cit. pág.379 y 385.

Estas palabras de CRUZ VILLALON no parecen tan lejanas en el tiempo como la fecha en la que se publicó la monografía que las recoge, 1983, y me parece interesante apuntar que la mayoría de las observaciones que en ella hace en torno al tema de la promoción profesional son perfectamente trasladables a la situación actual, aún cuando hayan transcurrido casi 20 años desde entonces. Y lo mismo cabría decir de los estudios de CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J, "La tutela de la profesionalidad del trabajador, la formación y readaptación profesionales y el Estatuto de los Trabajadores" y PEREZ-ESPINOSA SANCHEZ, F. en "Organización del trabajo, sistema de clasificación en categorías y defensa de la profesionalidad del trabajador", publicados en 1979 y 1980, respectivamente. Signo inequívoco del estancamiento que padece el tema de la promoción profesional.

⁸⁵⁸ Vid. CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J. en "La tutela de la profesionalidad del trabajador, la formación y readaptación profesionales y el Estatuto de los Trabajadores", op. cit. págs.128 y 129 y PEREZ-ESPINOSA SANCHEZ, F. en "Organización del trabajo, sistema de clasificación en categorías y defensa de la profesionalidad del trabajador", op. cit. pág.191y 192. Señala este autor que "la categoría y el sistema de clasificación que se asienta sobre la misma, no han representado un fuerte obstáculo a la utilización indiscriminada de la mano de obra, ni sirven de marco adecuado de protección al desarrollo de la profesionalidad del trabajador", cfr. op. cit. pág. 173 y también CRUZ VILLALÓN, J. en *Las modificaciones de la prestación laboral*, op. cit. pág.421

El sistema de clasificación profesional, de esta manera, se puede decir que no sólo desprotege la cualificación subjetiva del trabajador en la fase de constitución de la relación de trabajo, sino que también obstaculiza el desarrollo, e, incluso diría, la propia existencia de una carrera profesional del trabajador a lo largo de toda la vida laboral.

En efecto, las expectativas del trabajador de realizar una carrera profesional quedan fuertemente limitadas, en primer lugar, porque ésta se enmarca exclusivamente en la relación jurídica laboral -con ella nace y con ella se extingue- y, en segundo lugar, porque el punto de partida de la carrera profesional no lo determina la capacidad profesional real del trabajador, sino la capacidad profesional que se le reconozca en el acto de clasificación profesional. En definitiva, pone trabas, tanto a la promoción interna, como a la promoción externa del trabajador⁸⁵⁹.

Y, a lo anterior habría que añadir que tampoco el sistema de clasificación profesional da una respuesta adecuada a los cambios que la capacidad profesional del trabajador pueda experimentar a lo largo del desarrollo de la relación laboral. El sistema de reconocimiento del progreso de la profesionalidad, resulta inadecuado, como habrá ocasión de ver al analizar el régimen jurídico de los ascensos, ya que, al trabajador no se le reconoce el derecho al ascenso cuando aumente su cualificación⁸⁶⁰.

En todo caso, los obstáculos apuntados al desarrollo de la profesionalidad del trabajador derivados del sistema de

⁸⁵⁹ SALA FRANCO, T. y RAMIREZ MARTINEZ, J.M., distinguen la promoción interna, desarrollada dentro de la empresa y la externa fuera de la ella, en "La carrera profesional del personal laboral de la Administración Pública", en D.A., núms.210 y 211, 1987, págs.173 a 175.

⁸⁶⁰ En este sentido, vid. CRUZ VILLALÓN, J. en *Las modificaciones de la prestación laboral*, op. cit. pág.379 y 385.

clasificación profesional, desde mi punto de vista, dificultan enormemente la aplicación del principio de formación permanente y continuada que inspira el modelo de formación profesional que pretende el Sistema de Formación Profesional.

En segundo término, no se instituyen mecanismos que posibiliten al trabajador desarrollar su propia capacidad profesional a través del trabajo.

En efecto, como se vio *supra*, aunque desde el ET y el ANFC se otorgan al trabajador instrumentos para que adquiriera nuevas competencias profesionales durante el desarrollo de la relación de trabajo, sin embargo, en todo caso, se trata de medidas dirigidas a facilitar que el trabajador curse procesos formales de formación, sin que la formación en el trabajo se contemple como medio de progreso de la profesionalidad.

En este punto me parece interesante recoger la idea apuntada por PEREZ-ESPINOSA, sobre la movilidad del trabajador como medio de progreso de su profesionalidad. Para este autor, el desarrollo continuo de la capacidad profesional del trabajador debe interpretarse en el sentido de "potenciar la polivalencia y movilidad del trabajador como instrumentos necesarios y válidos para favorecer un enriquecimiento continuado de la capacidad profesional del trabajador"⁸⁶¹.

Considerar el cambio de funciones como sistema de capacitación del trabajador, a mi juicio, es perfectamente defendible desde la perspectiva del Sistema de Formación Profesional.

Diversamente a lo que sería deseable, en el ordenamiento laboral, el cambio de funciones a desempeñar por el trabajador se

⁸⁶¹ Cfr. PEREZ-ESPINOSA SANCHEZ, F. en "Organización del trabajo, sistema de clasificación en categorías y defensa de la profesionalidad del trabajador", op. cit. pág.189 y también en este sentido parece inclinarse CRUZ VILLALÓN, J. en *Las modificaciones de la prestación laboral*, op. cit. pág.422.

contempla exclusivamente como un instrumento puesto a disposición del empresario sin prestar relevancia jurídica a la defensa de la profesionalidad del trabajador. Su utilización sólo está justificada por razones empresariales⁸⁶². Incluso en el supuesto de cambio de funciones derivado del ascenso a categoría superior, la mención que el art.24 del ET hace de las "facultades organizativas del empresario", en tanto que criterio determinante del ascenso, supondrá, no sólo que se requiera el consentimiento del empresario, sino que, a salvo de que otra cosa determine el convenio colectivo, también corresponda a aquél la iniciativa en el proceso de promoción.

La formación profesional como medio de promoción.- La Constitución, en el art. 35.1, reconoce a todos los españoles el derecho a la "promoción a través del trabajo", este precepto evidentemente no hace referencia alguna a la formación profesional, no obstante, hay que entender que conecta con ella en cuanto que ésta constituye uno de los instrumentos más importantes de promoción en sus tres vertientes; social, económica y profesional.

Así lo ha entendido la doctrina, considerando que tanto el art.4.2.b) del Estatuto de los Trabajadores, donde junto al derecho de promoción se reconoce el derecho de formación profesional, como el art.23 donde se señalan los derechos del trabajador en materia de formación profesional, resultan desarrollo del precepto constitucional señalado.

Este derecho se manifiesta en el ámbito de la relación

⁸⁶² Vid. PEREZ-ESPINOSA SANCHEZ, F. en "Organización del trabajo, sistema de clasificación en categorías y defensa de la profesionalidad del trabajador", op. cit. pág.192.

laboral⁸⁶³, como derecho básico de los trabajadores en la relación de trabajo, -ex art.4.2.b) del Estatuto de los Trabajadores-, y, por consiguiente, generando su ejercicio, para el empresario, el deber de no limitación y el deber de garantía del mismo.

Por otra parte, la norma estatutaria, lo reconoce junto con el derecho a la formación profesional, señalando que, "en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: b) A la promoción y formación profesional en el trabajo" y, esta regulación conjunta, se ha dicho, denota la interdependencia entre ambas instituciones; ambos derechos tienen como objetivo común "la mejora profesional y social del trabajador, al lado de una mayor satisfacción en el trabajo" y, por otra parte, la formación profesional es uno de los instrumentos más importantes de la promoción profesional. De la formación profesional, como se ha dicho, dependen en gran medida, las posibilidades de ascenso y carrera profesional del trabajador⁸⁶⁴.

⁸⁶³ El derecho a la promoción a través del trabajo, dado su ámbito subjetivo general, es sin duda, como señala GARCIA MURCIA, un derecho ejercitable no solo en la relación laboral, alcanzando también a la relación del individuo con el Estado que "debe procurar la promoción de los trabajadores y ofrecer posibilidades para avanzar en las escalas propias de su profesión (ascensos) y en los *status* o niveles sociales (cambio a una profesión más considerada y de mayor retribución)", en GARCIA MURCIA, J., "El Derecho a la promoción y a la formación profesional en el trabajo", en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales: El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo V, EDERSA, Madrid, 1985, pág.223.

⁸⁶⁴ Cfr. MARTIN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. y GARCIA MURCIA, J., *Derecho del trabajo*, op. cit. pág. 502.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES

1ª) UN SISTEMA DE FORMACION PROFESIONAL DESCENTRALIZADO.

El estudio del Sistema de Formación Profesional español permite constatar que se trata de un modelo descentralizado y en este sentido se encuentra en la línea de tendencia de la generalidad de los sistemas actuales de formación profesional.

En efecto, BARBAGELATA, en un estudio de legislación comparada sobre la formación profesional en el mundo puso de manifiesto el proceso de descentralización característico de los diversos modelos o sistemas de formación profesional⁸⁶⁵. Para este autor la tendencia descentralizadora se revela en virtud de tres aspectos detectados en las diversas legislaciones estudiadas.

Estas características, desde mi punto de vista, se dan en toda su amplitud en el modelo español.

- a.- Generalización de la participación de los interlocutores sociales
- b.- Integración de las acciones y servicios privados en los sistemas nacionales de formación con centro en la empresa.

⁸⁶⁵ Cfr. BARBAGELATA, H.H., en Formación y legislación del trabajo: tendencias de las recientes legislaciones sobre formación profesional, CINTERFOR/OIT, 1996.

- c.- Procesos de descentralización territorial en la conducción de los sistemas y en las acciones de formación.
- d.- Nueva asignación de recursos destinados al financiamiento de la formación

2ª) LA GENERALIZADA PARTICIPACION DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES.

En el modelo español de formación profesional, se confirma la generalización de la participación de los interlocutores sociales en la política de formación profesional al comprobar su intervención en la elaboración y aplicación de las políticas de formación profesional así como en el funcionamiento de los servicios correspondientes.

Las vías utilizadas para ello se corresponden con las que tradicionalmente se conocen como mecanismos de <<acción institucional>>. A saber, la participación institucional en órganos de la administración pública y la concertación social.

En la planificación de la política de formación profesional los interlocutores sociales intervienen en virtud de la representación que ostentan en el órgano consultivo y de asesoramiento del Gobierno en materia de formación profesional: el CGFP. A través de este órgano participan en la elaboración y control de la ejecución del PNF, instrumento de programación de las líneas de actuación en política de formación profesional.

La participación institucional es también el mecanismo por excelencia de participación de los interlocutores sociales en los sistemas de formación profesional reglada y ocupacional.

En efecto, en tanto que integrantes del CGFP y del INEM

intervienen en la programación de las líneas de actuación de ambos Subsistemas así como en la determinación de los títulos profesionales de la formación profesional reglada y las certificaciones profesionales de la formación profesional ocupacional. Así, a través del CGFP informan los proyectos de planes de estudio de formación profesional reglada y sus correspondientes títulos, las certificaciones de profesionalidad en materia de formación profesional ocupacional, así como las correspondencias y homologaciones en materia de formación profesional reglada y ocupacional.

Por otra parte, a través del INEM -cuyo ámbito de actuación se limita a la formación profesional ocupacional- participan en la elaboración del programa FIP, así como, en la gestión de la formación profesional ocupacional en la medida en que esta competencia ha sido asignada a este organismo público.

Interesa apuntar que en las CC.AA. con competencias transferidas en materia de formación ocupacional los interlocutores sociales intervendrán de igual forma a través de los organismos que en cada territorio asuman las competencias del INEM.

El segundo mecanismo de participación de los interlocutores sociales es la concertación social.

Esta es la vía preferentemente utilizada en el Subsistema de Formación Continua. Mediante la misma los interlocutores sociales intervienen en la gestión del Subsistema así como en la programación, desarrollo y control de las acciones formativas que lo integran.

Además, los interlocutores a través de la concertación social han propiciado la participación descentralizada de los representantes de los trabajadores y empresarios tanto a nivel

empresarial como supraempresarial en la medida en que en los acuerdos de concertación fomentan la conclusión de convenios colectivos y acuerdos específicos en los que se establezcan mecanismos de participación en los diversos ámbitos funcionales y territoriales, como es el caso de la creación de comisiones paritarias *ad hoc*.

3ª) LA INTEGRACION DE ACCIONES Y SERVICIOS PRIVADOS EN EL SISTEMA DE FORMACION PROFESIONAL CON CENTRO EN LA EMPRESA.

Se detecta en el Sistema de Formación Profesional una progresiva participación de la empresa como centro de los intereses de la formación así como la intervención de otras entidades privadas.

Por una parte, el Sistema de Formación Profesional asigna a las empresas un papel relevante en el desarrollo de las acciones formativas que lo integran y es importante puntualizar que los mecanismos de intervención de las empresas están previstos en los tres subsistemas y por tanto no exclusivamente en el correspondiente a la formación continua. Las empresas, en efecto, van a participar tanto en los procesos formativos de sus trabajadores como en los de los estudiantes que cursen enseñanzas profesionales y en este sentido se puede decir que el Sistema de Formación Profesional las caracteriza como organizaciones cualificantes.

Por otra parte, y dada la íntima relación de la formación profesional con la política de empleo, la empresa cumple una función de inserción, tanto de los sujetos excluidos del sistema educativo, como de los excluidos del mercado de trabajo aún sin

ser propiamente una empresa de inserción.

La doble implicación de las empresas en la enseñanza profesional deriva de tres factores:

a) En primer lugar, del objetivo del Sistema de "profesionalizar para la inserción". Este requiere la estrecha conexión entre el sistema productivo y sistema formativo a efectos de lograr la adecuación de las cualificaciones profesionales facilitadas por cada Subsistema a las competencias profesionales que en cada momento demande el sistema productivo.

A tal fin el PNFP potencia la colaboración Empresa-Escuela. De esta colaboración surge un sistema de formación en alternancia en el que la empresa es copartícipe en la formación, tanto de los alumnos incluidos en programas exclusivamente formativos, a través de las estancia-formativas o prácticas en las empresas, como también en la formación de los alumnos-trabajadores incluidos en programas mixtos de formación-empleo.

Además los propios trabajadores de la empresa colaborarán en esta tarea cumpliendo la función de tutorizar su formación práctica.

b) En segundo lugar, el Sistema consagra la experiencia laboral adquirida en la empresa como uno de los medios de alcanzar las competencias profesionales reconocidas por el Sistema Nacional de Cualificaciones. En este sentido la empresa actuará como organización cualificante de sus propios trabajadores y única responsable de la misma.

c) En tercer lugar, la empresa también participará como entidad colaboradora en la impartición de la formación profesional ocupacional tanto teórica como práctica y por consiguiente como única responsable de la misma.

Por otra parte, el Subsistema de Formación Ocupacional prevé que las empresas y también otras entidades privadas y públicas, colaboren en la gestión con el INEM o con las CC.AA. con competencias en la materia, impartiendo las acciones formativas a través de sus centros de colaboración. Las fórmulas jurídicas mediante las que se instrumente la intervención serán, los contratos-programa -para organizaciones empresariales y sindicales-, y convenios de colaboración según el caso -para entidades públicas o privadas y empresas-.

4ª) EL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL.

La descentralización territorial del Sistema de Formación Profesional Español queda patente en el estudio de los marcos estatal, autonómico y europeo de la formación profesional.

En estos ámbitos territoriales la descentralización viene impuesta, en primer término por el TCE en la medida en que, por una parte, las competencias no atribuidas por el mismo a la Comunidad Europea quedan reservados al Estado Español y a las CC.AA. que tengan competencia sobre la materia y, por otra, en que la actuación comunitaria en materia de formación profesional, al incidir siempre en ámbitos de competencia compartida, tenga que carácter subsidiario a la del Estado Español y a la de las CC.AA., y en sentido inverso, que la actuación de éstos en el ejercicio de sus competencias en materia de formación profesional deba ser en régimen de colaboración con la Comunidad Europea.

En segundo término, la descentralización dentro del territorio español viene impuesta por la Constitución Española y

los EE.AA. y, en todo caso, dado el carácter instrumental de la formación profesional, el alcance de la misma dependerá del ámbito material o sector de actividad pública en el que incida la actuación de los poderes públicos.

5ª) LA ASIGNACION DE RECURSOS DESTINADOS A LA FINANCIACION DE LA FORMACION PROFESIONAL.

La formación profesional ocupacional y reglada se financia mediante un fondo constituido por las aportaciones de empresarios y los trabajadores y por la Unión Europea.

Desde 1993 con el I AT los recursos de la formación profesional revierten en las empresas y los trabajadores mediante los mecanismos de financiación de la formación profesional continua y, en lo que atañe a la formación ocupacional, mediante las subvenciones previstas para entidades colaboradoras.

La actividad subvencionadora en materia de formación profesional tiene especial importancia por dos motivos:

En primer lugar, desde un punto de vista cualitativo la práctica de la subvención en este terreno ha proliferado de tal forma que hoy es difícil encontrar una acción formativa del Sistema de Formación Profesional que no lleve aparejada una disposición de gasto del Estado o de las CC.AA., ya sea para fomentar la propia formación de trabajadores -ocupados o no- como mecanismo de empleabilidad, ya sea para fomentar la colaboración de entidades públicas o privadas con la administración, principalmente, para la realización de actividades formativas.

En opinión de BARBAGELATA "se ha comenzado a crear una verdadera cultura patronal de la formación en la empresa

subvencionada con recursos públicos", y, convengo con este autor en que esta aseveración es perfectamente predicable del caso español⁸⁶⁶.

En segundo lugar, sobre la base anterior hay que tener en cuenta que en determinados programas formativos, señaladamente los que alternan formación y empleo, además de las ayudas para cubrir los gastos de formación, se prevén otras dirigidas a remunerar a los trabajadores contratados en el desarrollo de dichos programas.

Con los programas de formación-empleo surge una categoría de empleo en régimen de alternancia con la formación, vinculado a las ayudas públicas previstas para los mismos. La existencia de los contratos de trabajo a los que dan lugar dependerá de la decisión del poder público que ejercite su potestad subvencionadora y las disposiciones normativas que regulan las ayudas públicas conformarán en parte el régimen jurídico de los contratos de trabajo.

El empleo vinculado a los programas de formación-empleo adquiere la condición de <<empleo subvencionado>> pero, no por el hecho de existir tal subvención, sino por el régimen jurídico especial del contrato de trabajo que de ello se deriva. Está, en efecto, sujeto a un régimen jurídico especial que incluso puede llegar a ser <<derogatorio>> del régimen jurídico común en tanto se mantenga inaccesible para la negociación colectiva.

6ª) EL TRABAJO EN ALTERNANCIA CON LA FORMACION PROFESIONAL.

⁸⁶⁶ Cfr. BARBAGELATA, H.H., en Formación y legislación del trabajo: tendencias de las recientes legislaciones sobre formación profesional, op. cit.pág.31.

El Sistema de Formación Profesional generaliza la alternancia formación-trabajo como método de enseñanza profesional, el ejercicio de una actividad profesional como una de las fórmulas de adquisición de competencias profesionales y, como corolario, dos fórmulas de acceso al trabajo: Las estancias-formativas en las empresas y los programas de formación-empleo.

Las estancias-formativas en las empresas organizadas por el Sistema de Formación Profesional se han revelado como una forma jurídica de acceso al trabajo distinta del contrato de trabajo.

Junto a las indudables ventajas que la utilización de esta fórmula reporta, tanto como método de enseñanza profesional, como en aras a estrechar la conexión entre el sistema productivo y el formativo, se ha puesto de manifiesto la amplia problemática jurídica que también plantean, y, que, principalmente, afecta a las estancias-formativas <<informales>>.

Se impone la adopción de las medidas oportunas para evitar los posibles fraudes que en materia de contratación puedan producirse por un uso indebido de esta figura, y, a efectos de garantizar una adecuada protección jurídica del alumno durante su estancia temporal en la empresa.

Las normas autonómicas que actualmente establecen el régimen jurídico de las estancias temporales de los estudiantes en las empresas, no inciden en éstas y otras cuestiones relacionadas con ellas, fundamentalmente por afectar al ámbito laboral y, por tanto, ser de competencia estatal.

En este sentido, falta una regulación legal estatal de la práctica profesional dirigida a establecer mecanismos de control tanto internos como externos para evitar los riesgos apuntados,

tanto si las estancias-formativas en las empresas las realizan exclusivamente estudiantes, como si las pueden realizar también otras personas, tituladas o no.

En este sentido, el control de los representantes de los trabajadores, generalizado a todas las estancias-formativas que se realicen en la empresa parece imprescindible, e, igualmente lo es, que se establezca como requisito necesario para poder acceder a esta vía de formación, la existencia de un convenio de colaboración con una entidad educativa. En él, además de un detallado programa de formación, habría que establecer, si fuera del caso, la cuantía y justificación de la beca correspondiente y aquellos otros aspectos que fueran necesarios a efectos de garantizar la función formativa de la estancia temporal en la empresa y los derechos y obligaciones de las partes durante la misma.

7ª) EL EMPLEO EN REGIMEN DE ALTERNANCIA CON LA FORMACION PROFESIONAL.

El Ordenamiento Jurídico Laboral prevé dos contratos formativos mediante los que se puede instrumentar la alternancia formación-empleo: El contrato en prácticas y el contrato para la formación.

Se ha visto que estas modalidades contractuales no son adecuadas como instrumentos jurídicos de alternancia en el marco de los programas formación-empleo.

a) En primer lugar, el contrato de trabajo en prácticas resulta disfuncional al fin formativo de estos programas. Su finalidad es que el trabajador obtenga una experiencia

profesional adecuada a su titulación como medio de inserción, mientras que los programas de formación-empleo tienen por finalidad que el alumno-trabajador adquiriera, no sólo experiencia profesional, sino además una formación teórica-práctica que le otorgue una cualificación profesional que facilite su inserción laboral.

b) Descartado el anterior, restaría el contrato de trabajo para la formación. No obstante, la conclusión de este contrato de trabajo en los programas formación-empleo plantea numerosos problemas jurídicos.

En primer lugar, el régimen legal del contrato para la formación puede impedir su suscripción: Así puede ocurrir en el marco de los PGS cuando los participantes superen la edad máxima para contratar pues no se les incluyó entre el colectivo de trabajadores para los que la reforma de 2001 suprimió el límite máximo de edad para suscribir el contrato para la formación.

En tal caso es precisamente el régimen jurídico del contrato para la formación el que impide alternar la formación-empleo mediante el único instrumento que a tal fin instituye el Ordenamiento Jurídico Laboral.

Desde este punto de vista se ha valorado la reforma que en el art.11.2,a) del ET se produjo en 2001 en lo que atañe a los participantes en ET, CO y TE. Por contra es de lamentar el olvido legal de los participantes en los PGS pues, a estos efectos, implica que cuando la edad de los participantes no les permita suscribir un contrato para la formación, la alternancia se instrumentará mediante un contrato temporal para realizar una obra o servicio determinado.

En segundo lugar, la complejidad y singularidad del régimen jurídico de los contratos de trabajo en alternancia suscritos en un programa de formación-empleo es manifiesta.

La normativa específica del programa los singulariza respecto del régimen jurídico común y también en relación con el régimen jurídico del contrato para la formación. Introduce especialidades en su régimen jurídico en atención a que la prestación de trabajo se realiza en alternancia con la formación profesional y a que el contrato se suscribe en el marco de un programa público en el que tanto los costes de formación como los salariales corren a cargo de fondos públicos.

Esos factores pueden justificar ciertas especialidades en el régimen jurídico del contrato de trabajo para la formación pero desde luego no para contravenir el régimen legal y reglamentario del contrato de trabajo para la formación.

En este sentido, la falta de la necesaria articulación entre ambos regímenes jurídicos es manifiesta en lo que atañe a la formación profesional.

Se ha detectado en todos los programas una inadecuación entre el contenido de la formación profesional teórica del programa y la prevista para el contrato para la formación. En todos los casos son divergencias que afectan al objeto mismo del contrato de trabajo y que llevan a cuestionar que el contrato en alternancia suscrito en el marco de programas mixtos formación-empleo tenga la misma naturaleza que el contrato para la formación <<ordinario>>, es decir, concluido al margen de un programa formación-empleo.

c) Las peculiaridades de las relaciones laborales que se dan en el marco de los programas formación-empleo pueden hacer

razonable un tratamiento convencional diferenciado que particularice su régimen jurídico difiriendo del que rige para el resto del personal que presta servicios en la entidad promotora. Sin embargo, no justifican que este colectivo de trabajadores pueda quedar excluido del ámbito personal del convenio colectivo aplicable a la entidad promotora. Y, tampoco que el empresario no se les aplique el convenio colectivo cuando este no prevea su exclusión.

Tanto en un caso como en otro, la inaplicación del convenio colectivo de la que deriva la diferenciación de regímenes jurídicos, como se ha visto, encuentra respaldo judicial.

Como resultado de lo anterior, en ambos casos a los trabajadores contratados en virtud de un programa de formación-empleo se les veda la posibilidad de que las condiciones de trabajo en que se desenvuelve su relación jurídica laboral se regule convencionalmente, lo que en definitiva significa negarles el derecho a la negociación colectiva.

Por ello se ha defendido que pudiendo particularizarse el régimen jurídico de los contratos en alternancia mediante un tratamiento convencional diferenciado, éste tenga su origen exclusivamente en la autonomía colectiva y preferentemente derive de las especialidades introducidas por un convenio colectivo aplicable a este colectivo de trabajadores.

Es ésta una de las cuestiones a la que debería dar respuesta el ANFC estableciendo reglas de negociación relativas a las condiciones en las que se van a desenvolver las relaciones laborales que surgen en el marco de dichos programas, o, cuanto menos, promoviendo la inclusión del colectivo de trabajadores en situación de alternancia en los convenios colectivos ordinarios.

8ª) LA CUALIFICACION PROFESIONAL VINCULADA A LA PRESTACION LABORAL CONVENIDA.

Cuando el trabajador y el empresario al suscribir un contrato de trabajo contraten no sólo las funciones que integran el contenido de la prestación laboral, sino también las competencias profesionales que posee el trabajador por ser necesarias para realizar las tareas convenidas, éstas se integrarán en la relación jurídica laboral como cualificación profesional convenida.

La cualificación profesional convenida al incorporarse a la relación jurídica laboral producirá unas consecuencias jurídicas que particularizan la situación jurídica del trabajador y la del empresario como sujetos de la relación jurídica laboral en la medida en que introduce especialidades en el haz de derechos, facultades, obligaciones y/o cargas del trabajador y del empresario.

El resultado es manifiestamente desequilibrador de las respectivas situaciones jurídicas, en perjuicio del trabajador.

Así ocurre en la medida en que la cualificación convenida al incorporarse a la prestación laboral sí generará para el trabajador singulares deberes jurídicos, mientras que al incorporarse al derecho de crédito del empresario ampliará su ámbito de poder y lejos de comportar obligación específica alguna, sólo generará una carga de colaborar en la formación del trabajador.

a) La cualificación convenida, al incorporarse a la prestación laboral como objeto de la relación laboral, genera obligaciones profesionales a cargo del trabajador dirigidas a

asegurar el cumplimiento de la prestación laboral convenida.

Deberes profesionales que, dado su carácter accesorio, complementan y ensanchan el deber principal de prestación del trabajador. Imponen al trabajador unas específicas reglas de conducta que deberá observar tanto en la fase del cumplimiento de la prestación laboral como en las fases previas al mismo.

Especial importancia revisten las obligaciones profesionales que tiene el trabajador en las fases anteriores al cumplimiento a los efectos de preparar y conservar la cualificación profesional exigida por la prestación laboral convenida.

Estarán dirigidas principalmente a mantener el nivel profesional contratado, bien mediante la actualización y/o perfeccionamiento de las competencias ya adquiridas, bien mediante la adquisición de competencias profesionales nuevas si fueran necesarias para ello.

En todo caso, el nivel profesional que el trabajador debe mantener es el que corresponde a la cualificación profesional que haya contratado. Vendrá determinado, por la prestación laboral convenida y es ésta, por tanto, la que deberá enmarcar; las específicas obligaciones profesionales a cargo del trabajador, señaladamente las de incrementar, actualizar y perfeccionar las competencias profesionales contratadas; y el correlativo derecho del empresario a exigir su cumplimiento.

El tratamiento legal que recibe el trabajador como titular de estas obligaciones profesionales se manifiesta deficiente desde el momento en que no presenta variaciones respecto del que el ET le otorga por el mero hecho de ser titular del derecho a la formación profesional. Desde mi punto de vista las obligaciones

formativas a cargo del trabajador requieren instrumentos jurídicos adicionales a las facultades jurídicas que el art.23 ET prevé en orden a facilitar su acceso a las acciones formativas que deberá cursar para el cumplimiento de los mismos.

b) También la cualificación como cualidad de la prestación laboral incide en la situación jurídica del empresario como acreedor de la prestación laboral convenida.

Sin embargo, no se impone al empresario obligación específica alguna a los efectos de que el trabajador cuente con la cualificación precisa para ejecutar la prestación laboral convenida.

Por contra, la facultad principal del empresario de exigir la prestación laboral se ensancha alcanzando a exigir no sólo el rendimiento convenido, sino también a que el trabajador, en cumplimiento de sus deberes profesionales, actúe con la diligencia profesional debida.

No obstante, el empresario tendrá que colaborar en el cumplimiento de los deberes profesionales que pesan sobre el trabajador.

En unos casos, la colaboración empresarial es necesaria para facilitar al trabajador el cumplimiento de su obligación formativa, permitiéndole compatibilizar el tiempo de trabajo con las actividades de formación que deba realizar para completar o mejorar su formación profesional. En este caso, la colaboración empresarial viene impuesta legalmente en el art.23 ET como un deber jurídico correlativo al derecho del trabajador a ejercitar las facultades que en ese precepto se le reconocen.

En otros casos, la colaboración del empresario es necesaria para evitar el perjuicio que a sus propios intereses puede

ocasionar la ejecución irregular de la prestación laboral por falta de cualificación del trabajador. En este caso, la colaboración empresarial no se puede contemplar un deber jurídico sino como mera carga jurídica.

Las obligaciones que tiene el empresario de mantener al trabajador efectiva y adecuadamente ocupado y de facilitarle el ejercicio de las facultades que le reconoce el art.23 del ET las tiene frente a todos los trabajadores, tanto si la prestación laboral que debe realizar es cualificada, como si no lo es. Por esta razón, no pueden considerarse obligaciones singulares derivadas de la cualificación profesional convenida.

8ª) LA FORMACION PROFESIONAL COMO INSTRUMENTO DE CUALIFICACION EN SITUACIONES DE CAMBIO.

Con carácter general se puede decir que el Ordenamiento Jurídico Laboral concibe la profesionalidad del trabajador como un bien jurídico necesitado de tutela.

La protege salvaguardándola de los posibles perjuicios que la decisión empresarial pueda ocasionarle. Sin embargo, no se impide con carácter absoluto, que estos se produzcan, como tampoco se establecen, en ningún caso, los medios necesarios para que el trabajador reciba la formación profesional que requiera, no sólo para su adaptación, sino también para evitar, en último término, la extinción de su contrato de trabajo y su sustitución por otro trabajador más cualificado.

Cuando el empresario modifique unilateralmente el modo de realizar la prestación laboral y cuando la modificación unilateral afecte sustancialmente a las condiciones de trabajo o

a las funciones convenidas como contenido de la prestación laboral, la colaboración del empresario en la formación y adaptación de los trabajadores tendrá carácter necesario tanto en la fase previa como en la de ejecución de la prestación laboral a efectos de que su propio interés no se vea perjudicado.

Estatutariamente, tanto para el primer supuesto, identificable con el contemplado en el art.52,b) del ET como introducción de modificaciones técnicas en el puesto de trabajo, como en el segundo, establecidos en el art.41 como modificación sustancial de condiciones de trabajo y en el art.39 como movilidad funcional, también se establece el carácter necesario de la colaboración del empresario para que el trabajador pueda ejecutar regularmente la prestación laboral.

Hay que tener en cuenta que en estos casos tampoco la colaboración se contempla como un deber jurídico del empresario, exigible directamente por el trabajador y cuya inobservancia daría lugar a las consecuencias propias del incumplimiento del acreedor, sino como una carga en la medida en que será una conducta que el empresario debe desplegar a efectos de evitar el perjuicio que le puede suponer que la prestación laboral sea defectuosa o devenga imposible por falta de cualificación del trabajador que tiene que realizarla.

Se trata, en efecto, de una carga de colaboración que recae en el empresario desde el momento en que su inobservancia no se considera incumplimiento de las obligaciones de éste. Su inobservancia únicamente será relevante si trae como consecuencia un perjuicio para terceros o la imposibilidad sobrevenida de la prestación, ya que, en este caso, la imposibilidad no se podrá considerar imputable al trabajador, sino al empresario.

9ª) LA PROFESIONALIDAD EN SUPUESTOS DE CAMBIOS SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.

El legislador hace prevalecer el interés del empresario frente a la profesionalidad del trabajador en la medida en que el art.41 del ET no impone la formación profesional como límite a la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Y, el interés del empresario prevalece igualmente frente al principio de estabilidad en el empleo.

No es ajeno, sin embargo a la posibilidad de que la medida modificativa empresarial pueda perjudicarla. El art.50.1,a) del ET contempla, efectivamente, esa posibilidad considerándola como un perjuicio grave para el trabajador y otorga a éste, por una parte, la posibilidad de extinguir su contrato de trabajo como medio de defensa de su profesionalidad y, por otra, el derecho a percibir una indemnización como medio de resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

La tutela legal de la profesionalidad del trabajador ante las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo desde mi punto de vista es insatisfactoria.

En primer término, porque el ET no impide que se perjudique la profesionalidad del trabajador, tampoco establece medios de prevención frente a tal riesgo y, cuando el perjuicio resulta inevitable, tampoco se imponen medidas que lo palien, al margen de la ya apuntada indemnización del art.50 ET y de las posibles medidas que en este sentido se pudieran pactar en el acuerdo de modificación colectiva.

En segundo término, porque el ET, más que tutelar la profesionalidad del trabajador, en realidad lo que hace es

permitir la autotutela, es decir, que sea el trabajador el que proteja su propia profesionalidad frente a la decisión modificativa empresarial y, por lo que se ha visto, la única vía que tiene para hacerlo es extinguiendo el contrato de trabajo.

Esta previsión legal resulta inadecuada a los medios que el Sistema de Formación Profesional ofrece para favorecer la adaptación de los trabajadores ocupados.

10ª) LA FORMACION PROFESIONAL ANTE CAMBIOS TECNICOS

El art.52.b) del ET permite al empresario extinguir el contrato de trabajo si el trabajador no se adapta a las modificaciones técnicas que se producen en su puesto de trabajo.

Cuando la modificación técnica signifique la necesidad de un progreso y perfeccionamiento de la capacidad profesional del trabajador, la formación profesional puede facilitar la adaptación de los trabajadores a los cambios técnicos que se produzcan en su puesto de trabajo, en tal caso aparece como medida de capacitación. Y, puede actuar también como medida preventiva frente al desempleo, evitando la extinción de los contratos por esta causa.

Desde esta perspectiva el tratamiento que el art.52,b) ET da a la profesionalidad del trabajador es, no sólo criticable, sino también incongruente. Por varios motivos:

En primer lugar, porque el art.52,b) del ET al establecer el período de adaptación se limita a imponer al empresario la obligación de permitir que el proceso de adaptación del trabajador al cambio se pueda producir y no le impone la obligación de intervenir en dicho proceso, capacitando al trabajador, -lo que obviaría esta causa de extinción-, o, cuanto

menos, exigiendo que facilite su capacitación.

En segundo lugar, porque en la medida en que la obligación del empresario en materia formativa no alcanza a facilitar al trabajador los medios de adaptación, será éste el que deba proveerse de los instrumentos necesarios para capacitarse.

Es cierto que los nuevos requerimientos del puesto de trabajo pueden quedar satisfechos compatibilizando formación con prestación de servicios, ya porque fuera formación práctica la requerida, ya porque pueda utilizar las facultades que el art.23 del ET le reconoce para la asistencia a cursos de formación profesional o las que, adicionalmente, señale el convenio colectivo a tal efecto, e, incluso, porque pueda adquirir formación teórica fuera asistiendo a cursos de formación fuera de las horas de trabajo.

Sin embargo, es posible que tal compatibilidad resulte imposible o revista especiales dificultades y, por paradójico que pueda parecer, a ello contribuye el régimen jurídico de esta causa de extinción en la medida en que el empresario, por regla general, no está obligado a preavisar al trabajador de la introducción del cambio técnico en su puesto de trabajo.

En tercer lugar, la imprevisibilidad del cambio es inaceptable desde el punto de vista del Sistema de Formación Profesional, de un lado, porque puede dificultar el acceso a las acciones formativas del Sistema de Formación Profesional y, de otro, porque dificulta que el trabajador pueda solicitar el permiso individual por formación establecido en el ANFC y perciba la prestación económica correspondiente en la medida en que el ANFC exige que se solicite con antelación mínima de un mes a su disfrute.

11ª) LOS DERECHOS INSTRUMENTALES

Se afirma la eficacia jurídica inmediata del art.23 del ET. Esta conclusión se apoya tanto en la estructura y contenido del precepto estatutario, como en la literalidad del mismo.

Entiendo perfectamente defendible que el trabajador pueda ejercitar los derechos que en el art.23.1 se le reconocen cuando se den las condiciones establecidas en el propio precepto sin necesidad, para ello, de que las previsiones estatutarias sean complementadas por otras de carácter convencional.

Lo anterior no obsta para defender la conveniencia de que, con carácter suplementario, los convenios colectivos concreten los términos del ejercicio de esos derechos.

Por otra parte, en cuanto al alcance del apartado 2º del art.23, se concluye en que existe una obligación de negociar que alcanza en principio a todos los derechos reconocidos en el art.23.1, no obstante, al ser esta una obligación de medio esto conllevará que sean los propios sujetos negociadores los que finalmente señalen el contenido de la negociación sobre esta materia, la cual necesariamente deberá figurar en la tabla reivindicativa del escrito de iniciación de las negociaciones.

En cuanto al estudio concreto de las facultades jurídicas puestas a disposición del trabajador para acceder a la formación profesional, una de las insuficiencias detectadas en la regulación de la formación profesional en el marco de la relación jurídica laboral es la inexistencia de mecanismos de acceso de los trabajadores a la práctica profesional como vía de adquisición de las competencias profesionales.

Actualmente en la relación jurídica laboral el acceso a esta fórmula de aprendizaje no formal queda reservado exclusivamente a los trabajadores titulares de un contrato de

trabajo en prácticas.

Las facultades jurídicas del art.23 del ET son los únicos instrumentos jurídicos con los que cuenta el trabajador con un contrato de trabajo ordinario para acceder a la formación profesional. Y, como se ha visto, el ejercicio de estas facultades queda limitado a aquellos supuestos en que el trabajador curse procesos formales de formación.

Desde esta perspectiva, queda patente que el régimen jurídico de la formación profesional no contribuye a la conformación del modelo de formación profesional que pretende implantar el Sistema de Formación Profesional a través de Ley orgánica 5/2002 de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, pues éste trata de potenciar todo tipo de formación profesional, no sólo la adquirida por vías formales, sino también, y especialmente, la adquirida mediante fórmulas de aprendizaje no formal.

ANEXO: CONVENIOS COLECTIVOS CONSULTADOS

Convenios Colectivos Estatales Sectoriales:

- Convenio Colectivo Estatal para la Fabricación de Helados, Resolución de 2 de Marzo de 2000, BOE de 22 de Marzo de 2000. **(RCL2000/788)**.
- Convenio Colectivo General de ámbito nacional para el sector de Regulación de Estacionamiento Limitado de Vehículos en la Vía Pública, mediante control horario y cumplimiento de las Ordenanzas de Aparcamientos, Resolución de 1 de Junio de 2000, BOE de 19 de Junio de 2000. **(RCL2000/1365)**.
- Convenio Colectivo estatal de Elaboradores de Productos Cocinados para su Venta a Domicilio, Resolución de 11 de Julio de 2000, BOE de 2 de Agosto de 2000. **(RCL2000/1758)**.
- III Convenio Colectivo Estatal para los Centros de Enseñanzas de Peluquería y Estética, de Enseñanzas Musicales y de Artes Aplicadas y Oficios Artísticos, Resolución de 18 de Julio de 2000, BOE de 10 de Agosto de 2000. **(RCL2000/1835)**.
- V Convenio Colectivo Estatal de Entrega Domiciliaria, Resolución de 25 de Julio de 2000, BOE de 14 de Agosto de 2000. **(RCL2000/1893)**.
- Convenio Colectivo Estatal para las Industrias de Elaboración del Arroz, Resolución de 27 de Julio de 2000, BOE de 17 de Agosto de 2000. **(RCL2000/1918)**.
- XII Convenio Colectivo Estatal de Empresas Consultoras de Planificación, Organización de Empresas y Contable, Resolución de 12 de Septiembre de 2000, BOE de 29 de Septiembre de 2000. **(RCL2000/2200)**.
- Convenio Colectivo Estatal de Tejas, Ladrillos y Piezas Especiales de Arcilla Cocida, resolución de 12 de Septiembre de 2000, BOE de 29 de Septiembre de 2000. **(RCL2000/2201)**.
- III Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal, Resolución de 19 de Octubre de 2000, BOE de 19 de Octubre de 2000. **(RCL2000/2563)**.
- Convenio Colectivo de Mataderos de Aves y de Conejos, Resolución de 26 de Octubre de 2000, BOE de 17 de Noviembre de 2000. **(RCL2000/2634)**.
- Convenio Colectivo Estatal de Jardinería, Resolución de 7 de Mayo de 2001, BOE de 26 de Mayo de 2001. **(RCL2001/1250)**.
- Convenio Colectivo Estatal de Industrias Lácteas y sus Derivados, Resolución de 20 de Junio de 2001, BOE de 10 de julio. **(RCL2001/1689)**.
- Convenio Colectivo Estatal para Industrias del Curtido, Correas y Cueros Industriales y Curtición de Pieles para Peletería, Resolución de 3 de Julio de 2001, BOE de 23 de Julio de 2001. **(RCL2001/1818)**.
- Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, Resolución de 23 de Julio de 2001, BOE de 10 de Agosto de 2001. **(RCL2001/2087)**.
- Convenio Colectivo Estatal de Pastas, Papel y Cartón, Resolución de 25 de Julio de 2001, BOE de 17 de Agosto de 2001. **(RCL2001/2147)**.
- Convenio Colectivo Estatal del sector de la Prensa Diaria, Resolución de 5 de Septiembre de 2001, BOE de 20 de Septiembre de 2001. **(RCL2001/2365)**.
- Convenio Colectivo Estatal para la Industria Fotográfica, Resolución de 18 de Diciembre de 2001, BOE de 15 de Enero de 2002. **(RCL2002/126)**.

- Convenio Colectivo Estatal del Corcho, Resolución de 19 de Diciembre de 2001, BOE de 16 de Enero de 2002. **(RCL2002/164)**.
- II Convenio Colectivo Estatal de la Madera, Resolución de 28 de Diciembre de 2001, BOE de 24 de Enero de 2002. **(RCL2002/248)**.
- Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad, Resolución de 31 de Enero de 2002, BOE de **(RCL2002/528)**.
- II Convenio Colectivo Estatal para el sector de Telemarketing, Resolución de 14 de Febrero de 2002, BOE de 8 de Marzo. **(RCL2002/699)**.

Convenios Colectivos de Empresa:

- Convenio Colectivo de la Empresa “Paradores de Turismo de España, Sociedad Anónima”, Resolución de 12 de Diciembre de 2001, BOE de 4 de Enero de 2002. **(R.201)**.
- II Convenio Colectivo de la Empresa “La Vanguardia Ediciones, Sociedad Limitada”, Resolución de 12 de Diciembre de 2001, BOE de 4 de Enero de 2002. **(R.202)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “General óptica, Sociedad Anónima”, Resolución de 18 de Diciembre de 2001, BOE de 14 de Enero de 2002. **(R.826)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “estructura, Grupo de Estudios Económicos, Sociedad Anónima”, Resolución de 26 de Diciembre de 2001, BOE de 18 de Enero de 2002. **(R.1081)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “Logo Almacenaje y Distribución, Sociedad Anónima”, Resolución de 4 de Enero de 2001, BOE de 22 de Enero de 2002. **(R.1295)**.
- Convenio Colectivo del Grupo AXA Seguros, Resolución de 4 de Enero de 2001, BOE de 23 de Enero de 2002. **(R.1352)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “Bridgestone/Firestone Hispania, Sociedad Anónima” (Delegaciones), Resolución de 11 de Enero de 2001, BOE de 29 de Enero de 2002. **(R.1736)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “V-2 Complementos Auxiliares, Sociedad Anónima”, Resolución de 16 de Enero de 2002, BOE de 30 de Enero de 2002. **(R.1843)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “Fertiberia, Sociedad Anónima”, Resolución de 17 de Enero de 2002, BOE de 31 de Enero de 2002. **(R.1975)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “Reintegra, Sociedad Anónima”, Resolución de 29 de Enero de 2002, BOE de 20 de Febrero de 2002. **(R.3477)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “DHL Internacional España, Sociedad Anónima”, Resolución de 7 de Febrero de 2002, BOE de 26 de Febrero de 2002. **(R.3873)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “Consum, Sociedad Cooperativa Limitada”, Resolución de 11 de Febrero de 2002, BOE de 5 de Marzo de 2002. **(R.4442)**.
- Convenio Colectivo Interprovincial de “Ford España, Sociedad Anónima”, Resolución de 20 de Febrero de 2002, BOE de 12 de Marzo de 2002. **(R.4997)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “Ecoclinic-Athisa, Sociedad Limitada”, Resolución de 25 de Febrero de 2002, BOE de 19 de Marzo de 2002. **(R.5453)**.
- Convenio Colectivo de Unión Española de Explosivos y otras empresas de su grupo, Resolución de 6 de Marzo de 2002, BOE de 25 de Marzo de 2002. **(R.5844)**.
- Convenio Colectivo de MAPFRE, Grupo Asegurador, Resolución de 14 de Marzo de 2002, BOE de 2 de Abril de 2002. **(R.6281)**.

- Convenio Colectivo de la Empresa “Vigilancia Integrada, Sociedad Anónima”, Resolución de 12 de Marzo de 2002, BOE de 3 de Abril de 2002. **(R.6352)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “Ros Fotocolor, Sociedad Anónima”, Resolución de 21 de Marzo de 2002, BOE de 11 de Abril 2002. **(R.6927)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “Ondeo Degremont”, Resolución de 25 de Marzo de 2002, BOE de 16 de Abril de 2002. **(R.7279)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “Babcock Borsing España, Sociedad Anónima”, Resolución de 25 de Marzo de 2002, BOE de 16 de Abril de 2002. **(R.7280)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “Compañía Española de Tabaco en Rama, Sociedad Anónima” (CETARSA), Resolución de 25 de Marzo de 2002, BOE de 16 de Abril de 2002. **(R.7281)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “Wincor Nixdorf, Sociedad Limitada”, Resolución de 25 de Marzo de 2002, BOE de 17 de Abril de 2002. **(R.7353)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “MADE Tecnologías Renovables, Sociedad Anónima”, Resolución de 1 de Abril de 2002, BOE de 18 de Abril de 2002. **(R.7442)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “Siceman 2000, Sociedad Limitada”, Resolución de 1 de Abril de 2002, BOE de 18 de Abril de 2002. **(R.7445)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “Servicios Securitas”, Resolución de 3 de Abril de 2002, BOE de 23 de Abril de 2002. **(R.7751)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “AIG Europe”, Resolución de 3 de Abril de 2002, BOE de 23 de Abril de 2002. **(R.7752)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “Novedades Agrícolas, Sociedad Anónima”, Resolución de 8 de Abril de 2002, BOE de 26 de Abril de 2002. **(R.8108)**.
- Convenio Colectivo de Reale, Grupo Asegurador, Resolución de 11 de Abril de 2002, BOE de 2 de Mayo de 2002. **(R.8471)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “Lufhansa Cargo AG”, Resolución de 11 de Abril de 2002, BOE de 2 de Mayo de 2002. **(R.8474)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “Compañía Internacional de Coches-Camas y de Turismo, Sociedad Anónima”, Resolución de 11 de Abril de 2002, BOE de 2 de Mayo de 2002. **(R.8475)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “Getronics Grupo CP, Sociedad Limitada”, Resolución de 16 de Abril de 2002, BOE de 7 de Mayo de 2002. **(R.8717)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “Alternativa Comercial Farmacéutica, Sociedad Anónima” para el año 2001, Resolución de 19 de Abril de 2002, BOE de 10 de Mayo de 2002. **(R.9121)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “Playa de Madrid, S.A.U.”, Resolución de 22 de Abril de 2002, BOE de 10 de Mayo de 2002. **(R.9124)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “Unión Editorial, Sociedad Anónima”, Resolución de 22 de Abril de 2002, BOE de 10 de Mayo de 2002. **(R.9125)**.
- Convenio Colectivo de las Empresas “Unión de detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa” (UNIDE); “G-5 Centro, Sociedad Anónima” y COIDEC, Resolución de 24 de Abril de 2002, BOE de 13 de Mayo de 2002. **(R.9128)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “Comercial Cointra, Sociedad Anónima”, Resolución de 26 de Abril de 2002, BOE de 22 de Mayo de 2002. **(R.9839)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “Miele, Sociedad Anónima”, Resolución de 29 de Abril de 2002, BOE de 23 de Mayo de 2002. **(R.9939)**.
- Convenio Colectivo de la Empresa “Alternativa Comercial Farmacéutica, Sociedad Anónima”

- 2002-2005, Resolución de 9 de Mayo de 2002, BOE de 30 de Mayo de 2002. **(R.10451).**
- Convenio Colectivo de la Empresa “Difusió Digital Societat de Telecomunicacions, Sociedad Anónima” (TRADIA), Resolución de 10 de Mayo de 2002, BOE de 30 de Mayo de 2002. **(R.10452).**
 - Convenio Colectivo de la Empresa “Estudios e Ingeniería Aplicada XXI, Sociedad Anónima”, Resolución de 17 de Mayo de 2002, BOE de 5 de Junio de 2002. **(R.10872).**
 - II Convenio Colectivo del Grupo de Unión Fenosa, Resolución de 27 de Mayo de 2002, BOE de 13 de Junio de 2002. **(R.11549).**
 - Convenio Colectivo de la Empresa “Celite Hispánica, Sociedad Anónima”, Resolución de 24 de Mayo de 2002, BOE de 13 de Junio de 2002. **(R.11551).**
 - Convenio Colectivo de las Empresas “EADS-CAS” y “Airbus España, Sociedad Limitada”, Resolución de 31 de Mayo de 2002, BOE de 18 de Junio de 2002. **(R.11881).**

BIBLIOGRAFIA

ALARCON CARACUEL, M.R., "Derecho del Trabajo, libertad profesional y deber de trabajar", RPS, núm. 121, 1979.

ALONSO OLEA, M., "Sentencia del TC, 129/1989, de 17 de Julio: Derecho a la educación del trabajador, en relación con su turno de trabajo; más varias cuestiones previas o incidentales", en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, Tomo VII-1989, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

BALLESTER PASTOR, M.A., *El contrato de formación y otras formas de contratación laboral en alternancia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

BARBAGELATA, H.H., *Formación y legislación del trabajo: tendencias de las recientes legislaciones sobre formación profesional*, CINTERFOR/OIT, 1996.

BLASCO PELLICER, A., "La extinción del contrato de trabajo por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas del puesto de trabajo", TS, núm.18, 1992.

BLAUG, M., *Educación y Empleo*, Ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981.

BORRAJO DACRUZ, E., *La capacidad para contratar la prestación de servicios*, Ed. s.n., 1960.

BORRAJO DACRUZ, E., "La formación profesional como factor de promoción profesional", RISS, núm.6, 1975.

BORRAJO DACRUZ, E., "Objetivos y bases legales para la promoción de la formación profesional en razón del empleo en España", RT, núm.66, 1982.

BOULIN, B., "Les contrats permettant une formation en alternance: Analyse comparative", DS, núm.2, 1982.

BRIONES GONZALEZ, C., *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Ed. MTSS, Madrid, 1995.

CAMPS RUIZ, L.M., "Promoción profesional en la empresa", AL, núm.7, 1994.

CASAS BAAMONDE, M.E., "Formación y estabilidad en el empleo: La formación continua y su <<función preventiva>>", RL, núm. 24, 1992.

- CASAS BAAMONDE, M.E.**, “Concurrencia de acuerdos interprofesionales, estructura de la negociación colectiva y formación profesional continua”, RL, Tomo II, 1995.
- CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.**, "La tutela de la profesionalidad del trabajador, la formación y readaptación profesionales y el Estatuto de los trabajadores", RPS, núm. 121, 1979.
- CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.**, "Algunas consideraciones sobre la formación profesional ocupacional", en AA.VV., *Contrato de trabajo y formación profesional*, V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ed. MTSS, Madrid, 1987.
- CRUZ VILLALON, J. y GARCIA MURCIA, J.**, "La regulación de las condiciones de trabajo en la negociación colectiva", RPS, núm. 137, 1983.
- DEL SOL, M.**, "Le droit des salariés à une formation professionnelle qualifiante: des aspects juridiques classiques, des interrogations renouvelées", DS, núm.4, 1994.
- DURAN LOPEZ, F., ALCAIDE CASTRO, M. y FLOREZ SABORIDO, I.**, "La formación profesional no reglada de carácter público", RL, núm. 20, 1992.
- DURAN LOPEZ, F., ALCAIDE CASTRO, M., GONZALEZ RENDON, M. y FLOREZ SABORIDO, I.**, *Análisis de la Política Contractual en materia de Formación profesional Continua en España*, Ed. MTSS, Madrid, 1994.
- DURAN LOPEZ, F., ALCAIDE CASTRO, M., GONZALEZ RENDON, M. y FLOREZ SABORIDO, I.**, *La Formación Profesional Continua en España*, Ed. MTSS, Madrid, 1994.
- DUTERTRE, J.**, “Les séquences éducatives en entreprise. Approche juridique”, DS, núm.2, 1982.
- FAVENNEC-HENRY, F.**,”SIVP et déclin du contrat de travail”, DS, núm.6, 1988.
- FAVENNEC-HÉNRY, F.**, “Trabajo y formación profesional, una frontera que se desdibuja”, Revista Internacional del Trabajo, Vol.115, núm.6, 1996.
- FITA ORTEGA, F.**, *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- GARATE CASTRO, F.J.**, *El rendimiento en la prestación de trabajo*, Ed. Civitas, Madrid, 1984.
- GARCIA MURCIA, J.**, "El Derecho a la promoción y a la formación profesional en el trabajo", en BORRAJO DACRUZ (Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales: El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo V, EDERSA, Madrid, 1985.
- GARCIA MURCIA, J.**, “Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual (I y II)”,

AL, núms.24 y 25, 1990.

GOERLICH PESET, J.M., *La extinción del contrato de trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

GONZALEZ ORTEGA, S., "Tribunal central de Trabajo. Contrato de trabajo y otras materias: la ineptitud como causa de despido y su relación con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral", RPS, núm.127, 1980.

GONZALEZ ORTEGA, S., "El progreso en la capacidad profesional como obligación del trabajador en el Estatuto de los Trabajadores", en AA.VV., *Contrato de Trabajo y formación profesional*, V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Ed. MTSS, Madrid, 1987.

GONZALEZ ORTEGA, S., "Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?", en CRUZ VILLALON (Ed.) *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*. Estudios en homenaje del profesor José Cabrera Bazán, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

GOÑI SEIN, J.L., "La ineptitud del trabajador como causa de despido", REDT, núm.11, 1982.

JIMENEZ JIMENEZ, B., en *Claves para comprender la formación profesional en Europa y en España*

LENOIR, C., "À propos des formations par l'alternance", DS, núm.5, 1993.

LOPEZ GANDIA, J., "Art. 22: Promoción y formación profesional en el trabajo", en ECONOMÍA Y SOCIEDAD (monográfico sobre Formación Profesional).

LUTTRINGER, J.M., "<<L'entreprise formatrice>> sous le regard des juges", DS, núm.3, 1994.

LYON CAEN, A., "Le droit et la gestion des compétences", DS, núm.6, 1992.

MARTIN PUEBLA, E., *Formación profesional y contrato de trabajo*, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 1998.

MARTIN VALVERDE, A., "Pleno empleo, derecho del trabajo, deber de trabajar en la Constitución", en *Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Constitución*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

MARTIN VALVERDE, A. y GARCIA MURCIA, J., "El deber de formación profesional a cargo del trabajador en la negociación colectiva de 1986", en AA.VV., *Contrato de trabajo y formación profesional*, V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ed. MTSS, Madrid, 1987.

MIRON HERNANDEZ, M.M., *El derecho a la formación profesional del trabajador*, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.

- MONEREO PEREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.**, “Cambio tecnológico, cualificación y formación profesional”, AA.VV. *Contrato de trabajo y formación profesional*, V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ed. MTSS, Madrid, 1987.
- MONREAL BRINGSVAERD, E.**, “Los derechos de promoción y formación profesional en el trabajo. Análisis de la negociación colectiva posterior a la reforma laboral de 1994”, AL, núm.27, 1997.
- MONTALESCOT, M-J.**, “Les stages: UN nouveau moyen d’insertion professionnelle?” DS, núm.11, 1977.
- OJEDA AVILES, A., SALCES RODRIGO, T. y RODRIGUEZ RAMOS, M.J.**, "La Formación Profesional en los Convenios Colectivos del trienio 1984-1986", en *Contrato de Trabajo y formación profesional*, V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ed. MTSS, Madrid, 1987.
- PALOMEQUE LOPEZ, M.C.**, “El supuesto base en los conflictos individuales de clasificación profesional”, RPS, núm.95, 1972.
- PALOMEQUE LOPEZ.M.C.**, "Política de empleo y protección social en el sistema constitucional de relaciones laborales", en *Política de empleo y protección social*, II Jornadas Universitarias Tarraconenses de Derecho Social, Tarragona, 1996.
- PEDRAJAS MORENO, A.**, “Formación y derechos individuales”, AL, núm.27, 1999.
- PEREZ-ESPINOSA SANCHEZ, F.**, “Organización del trabajo, sistema de clasificación en categorías y defensa de la profesionalidad del trabajador”, en AA.VV., *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayon Chacón y del Peso y Calvo*, Ed. Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1980.
- POIRIER, M.**, “L’ccession au travail: insertion ou formation?” DS, núm.3, 1993.
- PRADOS DE REYES, F.J.**, "Las conexiones de la formación profesional y el contrato de trabajo", en AA.VV., *Contrato de Trabajo y formación profesional*, V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ed. MTSS, Madrid, 1987.
- QUESADA SEGURA, R.**, “Tendencias recientes de la jurisprudencia sobre ineptitud del trabajador como causa de despido”, TL, núm.16, 1989.
- RAMIREZ MARTINEZ, J.M.**, en “Extinción por causas objetivas” en BORRAJO DACRUZ (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales: El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IX, Vol.1º, EDERSA, Madrid, 1988.
- RAMIREZ MARTINEZ, J.M.**, “Derechos y deberes laborales. (En torno a los artículos 4 y 5)”,

REDT, núm.100, 2000.

RAMOS QUINTANA, M.I., "Negociación colectiva, concertación social y formación profesional continua", RL, núm. 16, 1994.

RODRIGUEZ PASTOR, G., "La inadaptación del trabajador a los cambios técnicos en el puesto de trabajo. (En torno al artículo 52, b) del Estatuto de los Trabajadores), TS, núm.18, 1992.

RODRIGUEZ-PIÑERO, M., "Empleabilidad y acceso a la formación", RL, núm.10, 2001.

RODRIGUEZ RAMOS, M.J., "Pasado, presente y perspectivas de la formación profesional en España", en AA.VV., *Formación Profesional, contratación y mercado de trabajo*, Ed. Universidad de Sevilla, Serie: Derecho, núm.55, 1991.

RODRIGUEZ RAMOS, M.J. y SANCHEZ MUÑOZ, A.L., "El cumplimiento de los acuerdos concertados en materia de formación profesional", en OJEDA AVILES (Dir.), *La Concertación social tras la crisis*, Ed. Ariel, Barcelona, 1990.

RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "Sobre el contenido del deber de formación del empresario", en AA.VV., *Contrato de trabajo y formación profesional*, V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ed. MTSS, Madrid, 1987.

ROMAN DE LA TORRE, M.D., "Clasificación profesional y movilidad funcional", en VALDES DAL-RE (Dir.), *La reforma del mercado laboral*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1994.

ROJO TORRECILLA, E., "Estabilidad y Formación: Dos caras de una misma moneda (Contra lo que algunos piensan)", en AA.VV., *Formación profesional, contratación y mercado de trabajo*, Ed. Universidad de Sevilla, Serie: Derecho, núm. 55, 1991.

SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., "Ineptitud, falta de adaptación y absentismo", en AA.VV., *Estudios sobre el despido*, Ed. Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1996.

SALA FRANCO, T., "Dictamen acerca de la vigencia del Convenio núm. 140 de la OIT sobre <<Licencia pagada de estudios>>", en RL, núm.1, 1985.

SALA FRANCO, T., "Puntos críticos del régimen jurídico de la clasificación profesional y de la movilidad funcional" en MATINEZ EMPERADOR (Dir.), *Puntos críticos de la reforma laboral*, Ed. Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1996.

SALA FRANCO, T., *El régimen jurídico de las ausencias al trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

SALA FRANCO, T. y RAMIREZ MARTINEZ, J.M., "La carrera profesional del personal laboral de la Administración Pública", DA., núms.210 y 211, 1987.

- SAN JUAN URDIALES, M.**, “Algunas consideraciones en torno al modelo de gestión de la Formación Continua”, en CACHON, L. Y MONTALVO, M.D. (Edit.), *Educación y formación a las puertas del siglo XXI: La Formación Continua en España*, Ed. Complutense, Madrid, 1999.
- SOTO RIOJA, S.**, "La Formación Profesional Continua en la Política Social de la Comunidad Económica Europea", en AA.VV, IX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 1992.
- SOTO RIOJA, S.**, "La formación profesional Continua en la Política Social de la Comunidad Económica Europea", RL, núm. 12, 1994.
- THERY, M.**, “Les formations professionnelles en alternance”, DS, núm.4, 1992.
- VALDEOLIVAS GARCIA, Y., GETE CASTRILLO, P. y TORRENTS MARGALEF, J.**, “Estudio comparativo y evolutivo de los cambios en la regulación de la formación continua en los Acuerdos y Convenios Colectivos”, RL, núms. 23 y 24, 1998.
- VALDES DAL-RE, F.**, "La compleja estructura contractual de la ordenación de la formación profesional continua", RL, Tomo II, 1995.
- VALDES DAL-RE, F.**, "Una aportación jurídico-constitucional al debate político sobre la competencia de la actividad recaudatoria de la cuota de formación profesional", RL, Tomo II, 1997.
- VALDES DAL-RE, F.**, “La estructura de la negociación colectiva en materia de formación continua.”, RL, núms.23 y 24, 1998.
- VALDES DE LA VEGA, B.**, *La profesionalidad del trabajador en el contrato de trabajo*, Ed. Trotta, Madrid, 1997.
- VARGAS ZUÑIGA, F.**, “La formación por competencias. Instrumento para incrementar la empleabilidad” (documento de trabajo).
<http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/sala/vargas/>
- VIDA SORIA, J.**, “La ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para que fue contratado”, en AA.VV., *Dieciséis lecciones sobre causas de despido*, Ed. Facultad de Derecho. Universidad de Madrid, Madrid, 1969.