36

Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa

Monográfico

La inclusión socio-laboral de colectivos vulnerables en las empresas de economía social

junio
2020

www.ciriec-revistajuridica.es

CIRIEC
españa

ISSN.: 1577-4430

ISSN (ed. electr.)
1989-7332

CIRIEC
españa

Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa

nº 36 junio 2020

http://www.ciriec-revistajuridica.es

La inclusión socio-laboral de colectivos vulnerables en las empresas de economía social

Aitor Bengoetxea Alkorta - Gemma Fajardo García
(coordinadores)

Patrocina

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL
DIRECCIÓN GENERAL DEL TRABAJO AUTÓNOMO, DE LA ECONOMÍA SOCIAL Y DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS

Colaboran

VNIVERSITAT DE VALÈNCIA
IUDESCOOP
Institut Universitari d'Investigació en Economia Social, Cooperativisme i Emprenedoria

CIDEC
Centro de Información y Documentación Europea de la Economía Pública, Social y Cooperativa.

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa

CONSEJO DE REDACCIÓN (Editorial Board)

Dirección

Manuel García Jiménez (Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba)

Vocales

Gemma Fajardo García (Derecho Mercantil. Universitat de València)
Jesús Olavarría Iglesia (Derecho Mercantil. Universitat de València)
Carlos Vargas Vasserot (Derecho Mercantil. Universidad de Almería)
Aitor Bengoetxea Alkorta (Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad del País Vasco)
Marta Montero Simó (Derecho Financiero y Tributario. Centro de Estudios Garrigues)
Ana Lambea Rueda (Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid)

Coordinación de la sección de artículos

María José Senent Vidal (Derecho Mercantil. UJI Castellón)

Coordinación de la sección recensiones

Amalia Rodríguez González (Derecho Mercantil. Universidad de Valladolid)
Itziar Villafáñez Pérez (Derecho Mercantil. UPV/EHU–Gezki)

Coordinación de la sección comentarios de jurisprudencia

Isabel Rodríguez Martínez (Derecho Mercantil. Universidad CEU-Cardenal Herrera de Valencia)

Secretaría de Redacción

Ana Martínez Benlliure (CIDEC–Universitat de València)

Presidente honorífico

Francisco Vicent Chuliá (Cat. Derecho Mercantil. Universitat de València)

COMITÉ CIENTÍFICO (Advisory Board)

Jesús Quijano (Cat. Derecho Mercantil. Universidad de Valladolid)
Antxo Tato Plaza (Cat. Derecho Mercantil. Universidad de Vigo)
Manuel Paniagua (Cat. Derecho Mercantil. Universidad de Loyola Andalucía)
Rafael Calvo Ortega (Cat. Derecho Financiero. Universidad Complutense de Madrid)
Narciso Paz Canalejo (Abogado)
Vicente Cuñat Edo (Cat. Derecho Mercantil. Universitat de València)
Jose Ramón Salelles (Cat. Derecho Mercantil. Universidad Pompeu Fabra)
Santiago Merino Hernández (Asesor Jurídico del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi)
Jose Miguel Embid Irujo (Cat. Derecho Mercantil. Universitat de València)
Rafael Millán Calenti (Mercantil. Universidad de Santiago de Compostela)
Eduardo Moyano Estrada (Profesor de investigación del IESA-CSIC. Córdoba)
Sebastián Reyna Fernández (Ex Director General de Cooperativas y Sociedades Laborales)
Antonio Fici (Prof. Private Law. U. Molise. Italia)
Hagen Henrÿ (Prof. Comparative Law. U. Helsinki. Finlandia)
Deolinda Aparicio Meira (Prof. Commercial Law. U. Porto, Portugal)
Hans Münkner (Prof. Law and business organization, U. Marburg. Alemania)
Ian Snaith (Prof. Cooperative Law. U. Leicester. Reino Unido)
David Hiez (Prof. Private Law. U. Luxembourg. Luxemburgo)
Rui Namorado (Prof. Commercial Law. U. Coimbra. Portugal)
Dante Cracogna (Prof. Derecho Comercial. U. Buenos Aires. Argentina)
Antonio Sarmiento (Prof. Dcho Coop., U. Javeriana de Bogotá. Colombia)
Mario Shujman (Prof. Derecho Cooperativo. U. Rosario. Argentina)
Alberto García Müller (Prof. Dcho. Administrativo. U. Los Andes. Venezuela)
Guilherme Krueger (Asesor Jurídico de la OCB y Economista. Brasil)
Roxana Sánchez (Prof. Derecho Civil. U. Costa Rica)
Carlos Torres Morales (Prof. Derecho Comercial. U. Lima.Perú)
Sergio Reyes Lavega (Prof. Economía Solidaria. U. República de Uruguay)
Daniel Menezes (Prof. Derecho Político y Económico. Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. Brasil).

REDACCIÓN Y DISTRIBUCIÓN

CIRIEC-España
Campus Els Tarongers. Facultad de Economía. Despacho 2p21. 46022 VALENCIA
Tel.: 96 356 22 48 / 96 382 84 89-91 - Fax: 96 382 84 92

TÉCNICO EDITOR

Sergio Rubio

IMPRESIÓN

LLORÉNS Servicios Gráficos- VALENCIA - Tel. 902 154 305, 963 655 990

PORTADA

ESTUDIO GRÁFICO DE PUBLICIDAD, SL. C/ Xátiva, 14-60ª 46002 - VALENCIA - Tel. 96 394 32 25

© **CIRIEC-ESPAÑA**

I.S.S.N.: 1577-4430 - I.S.S.N. (edición electrónica): 1989-7332 - Depósito Legal: V-1886-1995
http://www.ciriec-revistajuridica.es/

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, de periodicidad semestral, está calificada como "revista EXCELENTE" por la Fundación Española de Ciencia y Tecnología (FECYT) del Gobierno de España. Está arbitrada e indexada, entre otras, en las siguientes bases de datos: LATINDEX, IN-RESH, IN-RECJ, DIALNET, DICE, ISOC, AGRIS, MIAR, CIRIEC- Internacional y CIDEC

SUMARIO

En recuerdo del Profesor Carmelo Lozano Serrano 7

La inclusión socio-laboral de colectivos vulnerables en las empresas de economía social. Por **Aitor Bengoetxa Alkorta** y **Gemma Fajardo García**..... 9

ARTÍCULOS

- La inclusión socio-laboral de los grupos vulnerables. Colectivos y formas de inclusión a través del trabajo. Por **Aitor Bengoetxea Alkorta**..... 15
- Los Centros Especiales de Empleo: configuración legal e incidencia y valoración de las últimas actuaciones normativas. Por **Luis Ángel Sánchez Pachón** 55
- Cooperativa-centro especial de empleo como forma jurídica de empresa para la inserción laboral. (Análisis a partir de un caso). Por **Amalia Rodríguez González** 93
- Las empresas de inserción en España en 2019. Por **Miguel Ángel García Calavia** 131
- Centros especiales de empleo de Euskadi. El modelo vasco de inclusión sociolaboral. Por **Ane Echebarria Rubio**..... 153
- La empresa social italiana después de la reforma del tercer sector. Por **Antonio Fici** 177
- The work integration social enterprises in Greece. Por **Ifigeneia Douvitsa**..... 195
- O fim mutualístico desinteressado ou altruísta das cooperativas de solidariedade social. Por **Deolinda Meira** 221
- A inserção social e laboral de grupos vulneráveis nos empreendimentos sociais no Brasil por meio das cooperativas. Por **Emanuelle Urbano Maffioletti** y **Camila Sato** 249
- Acceso al empleo de las personas con discapacidad: situación en el empleo en las personas con enfermedad mental. Por **Manuel Francisco Salinas Tomás** y **Fernando Marhuenda Fluixá** 273
- La empleabilidad a debate: ¿qué sabemos sobre la empleabilidad como estrategia de cambio social? Por **Lucía Llinares Insa, Ana Isabel Córdoba Iñesta** y **Pilar González-Navarro** 313
- Indicadores de empleabilidad: de la inclusión al desarrollo de las carreras laborales. Por **Lucía Llinares Insa, Ana Isabel Córdoba Iñesta, Juan José Zacarés González** y **Pilar González-Navarro**..... 365

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

- Sobre el órgano judicial competente para resolver la casación frente a normas de derecho civil autonómico. Comentario al Auto 8857/2018, de 5 de septiembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Por **Joaquín J. Marco Marco** 391
- La condena a la cobertura del déficit concursal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 597/2018, Civil, de 31 de octubre (Roj: STS 3679/2018). Por **Ana Belén Campuzano Laguillo** 403
- Derechos de sindicación y libertad sindical en las Cooperativas de Trabajo Asociado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 8 de mayo de 2019. Roj: 1944/2019. Por **Manuel García Jiménez** 423
- Práctica concertada de boicot a terceros de los socios cooperativistas y responsabilidad de la cooperativa. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo núm. 1497/2018. Por **Javier Guillem Carrau** 445

RECENSIONES

- La baja como causa de finalización de la relación societaria entre la persona socia y la sociedad cooperativa, de Francisco Javier Arrieta Idiakez. Por **Aitor Bengoetxea Alkorta** 459
- El ejercicio del cargo de patrono en las fundaciones, de M ª Eugenia Serrano Chamorro. Por **José Antonio Orejas Casas** 463
- Fundamentos del derecho de la discapacidad, de Rafael de Lorenzo y Luis Cayo Pérez Bueno. Por **Miguel Ángel Cabra de Luna** 469
- Tributación del crowdfunding, de María del Mar Soto Moya. Por **José Francisco Sedeño López** 473
- El *carpooling* o viaje en coche compartido. Especial referencia a BlaBlaCar, de Pablo Fernández Carballo-Calero. Por **Rafael García Pérez** 477

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL (1 de enero de 2019 - 30 de marzo de 2020). Por **María José Arnau Cosín** y **Jesús Olavarría Iglesia** 485

RESEÑA DE LEGISLACIÓN SOBRE ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL (1 de diciembre de 2019 - 31 de mayo de 2020). Por **Gemma Fajardo García** 605

Instrucciones para los autores / Instructions to authors 617
Evaluadores 621
Declaración ética y de buenas prácticas 622
CIDEC 625
Observatorio Español de la Economía Social 626

En recuerdo del Profesor Carmelo Lozano Serrano

El pasado 25 de mayo falleció, a los 66 años de edad, el profesor Carmelo Lozano como consecuencia de la pandemia que asola a la humanidad, y después de 55 días de lucha denodada contra el covid-19.

Esta revista quiere rendir homenaje a quien, desde sus primeros números, apoyó su existencia y consolidación, y formó parte de su Consejo científico desde que éste se configuró en 1999.

Natural y enamorado de Elche (Alicante–España) y Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Facultat de Dret de la Universitat de València, el profesor Lozano Serrano si por algo se ha caracterizado, como se ha dicho estos días, es por haber sido un gran servidor público. Y conviene decirlo muy alto en estos tiempos en que el servicio público suele ser un gran incomprendido cuando no directa e interesadamente denostado.

Desde la docencia e investigación universitaria, pasando por su intensa y generosa dedicación, desde su época de estudiante y hasta el último momento, en distintos cargos de responsabilidad universitaria -entre ellos el Decanato de su Facultad de Derecho de 1992 a 1997-, sirvió y defendió con dedicación, rigor y firmeza la enseñanza y la universidad pública como medio para mejorar y cambiar la sociedad. Su compromiso social y político es, además y sin duda, una de las claves para entender su trabajo y la lección de vida que nos ha dejado.

Discípulo de su maestro y gran amigo el profesor Don Juan Martín Queralt, junto a él comenzó y desarrolló su carrera universitaria, y con él es autor de uno de los mejores manuales, cuando no el mejor, de su disciplina en España, el "Curso de Derecho Financiero y Tributario". Por él se han formado y siguen formándose, y por tanto impregnándose de sus enseñanzas, miles de estudiantes. Jurista consumado e investigador excelente, sus innumerables publicaciones lo avalan como uno de los grandes fiscalistas valencianos y españoles de finales del siglo XX y principios del XXI. Además de sus estudios, entre otros temas, sobre haciendas locales, financiación autonómica, prescripción en materia fiscal o tasas, queremos destacar especialmente, por su intrínseca relación con el objeto de estudio de esta Revista, sus investigaciones y publicaciones sobre las bases constitucionales del sistema fiscal y sobre las garantías de los derechos sociales. Académico impecable, forma, con su maestro a la cabeza, una escuela de jóvenes investigadores que ahora son profesores ya consagrados en diversas universidades.

El profesor Carmelo Lozano ha sido también un gran especialista en los estudios de postgrado que siempre impulsó y ayudo a desarrollar en su Facultad y Universidad. No en balde era, desde sus inicios hace más de quince años, el Director del Master Oficial en Derecho de la Empresa, Coordinador del Programa de Doctorado "Derecho, Ciencia Política y Criminología" y miembro de la Comisión de Doctorado de su universidad desde 2000. Una de sus últimas aportaciones ha sido la colaboración intensa, fundamental y fructífera en la comisión que ha redactado el Plan de doble titulación Derecho-Economía que se implantará en los próximos cursos en la Universitat de València.

Realizó igualmente una gran labor como experto y asesor tanto de entidades privadas como públicas. Y en este orden de cosas, cabe incidir en su gran generosidad como asesor externo de diferentes administraciones públicas. Sirva como simple ejemplo, su reciente participación en la comisión de expertos para el estudio de la reforma del sistema tributario de la Comunidad Valenciana.

Firme defensor de la interdisciplinariedad de la Economía Social, el profesor Carmelo Lozano, como hemos dicho, ayudó, desde sus inicios, a la consolidación de esta revista formando parte de su Comisión científica desde la constitución de ésta en 1999, cumpliendo de forma efectiva una de sus funciones esenciales: el fomento de la investigación desde el Derecho Financiero y Tributario en el ámbito de la Economía Social y del Derecho Cooperativo y la atracción de publicaciones para la revista. Sus trabajos sobre los fundamentos constitucionales del Derecho Fiscal y sobre las garantías de los derechos sociales son de especial interés para el sector de la Economía Social, como lo son también sus trabajos sobre la fiscalidad de las cooperativas y, fundamentalmente, de las sociedades laborales. Su papel en este orden de cosas ha sido especialmente relevante, no ya solo para la conservación y continuación de los estudios sobre Derecho Cooperativo y sobre la Economía social en su Facultad de Derecho, sino, lo que es más importante, para que un grupo importante de sus discípulos tengan este sector de la economía, y desde el Derecho Financiero y Tributario, como una de sus principales líneas de investigación.

Pero por encima de todo, y como se ha recordado por todos estos días, el profesor Carmelo Lozano era un hombre bueno, de sonrisa permanente, honesto, afectuoso y generoso, que ponía siempre su inteligencia y sus capacidades al servicio de los demás y de la institución a la que servía, la universidad pública.

Por eso, desde CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa queremos dedicarle este pequeño y humilde homenaje.

Gracias Carmelo.

Valencia, a 30 de junio de 2020
La Dirección de la Revista

La inclusión socio-laboral de colectivos vulnerables en las empresas de economía social

Uno de los principales retos que tiene nuestra sociedad -como reconoce la Estrategia Europea 2020[1]- es conseguir un crecimiento que sea sostenible e integrador, que reduzca el desempleo, la pobreza y la exclusión social.

La exclusión social se concibe como un proceso de pérdida de integración o participación de las personas en la sociedad y en los diferentes ámbitos económico, político y social. Sus causas son variadas y no afectan por igual a todas las personas, pero se reconoce que hay ciertos colectivos con mayor riesgo de exclusión, como las personas sin hogar, las personas con discapacidad, personas mayores, personas en situación de dependencia; inmigrantes; mujeres víctimas de violencia de género; población gitana; víctimas de discriminación por origen racial o étnico, orientación sexual e identidad de género; personas con problemas de adicción y personas reclusas y ex reclusas

A pesar de los esfuerzos realizados, en los últimos años la crisis económica ha incrementado la tasa de pobreza tanto en España como fuera de nuestras fronteras, y las políticas públicas aplicadas no han conseguido los objetivos propuestos; entre las causas se cita principalmente, la falta de adecuación de los sistemas de protección (empleo, servicios sociales, educación, salud y vivienda) al objetivo de inserción laboral de las personas, habiéndose puesto más el acento en la prestaciones económicas. En esta línea el Consejo de la Unión Europea viene recomendando a España que adopte y aplique las medidas necesarias para reducir el número de personas con riesgo de pobreza o exclusión social reforzando las políticas activas dirigidas al mercado de trabajo, con el fin de aumentar la empleabilidad de las personas con menor acceso al mercado de trabajo.

En efecto, como reconocen los planes y programas adoptados hasta el momento para lograr la inclusión social, de todas las variables que inciden en ésta, la pobreza es la principal, y la pobreza es consecuencia normalmente de la falta de ingresos suficientes o de la falta de trabajo, por lo que el empleo se considera un pilar central de la inclusión de igual forma que el desempleo es uno de los elementos más asociados a la pobreza y a la exclusión social.

Por todo ello, el primer objetivo estratégico que se plantean los planes de actuación es *"Impulsar la inclusión socio-laboral a través del empleo de las personas más vulnerables"*, a través de unas políticas activas de empleo más eficaces y que se adapten a las

1. Comunicación de la Comisión Europa 2020, Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. COM (2010), 2020 final, Bruselas, 3.3.2010.

necesidades de las personas en situación de vulnerabilidad. Pero también se reconoce que en las actuales circunstancias económicas, la contratación ha experimentado un importante retroceso, afectando más a las personas más vulnerables, y por ello la opción del emprendimiento y el autoempleo se presenta como una oportunidad para lograr la inserción en el mercado de trabajo.

Es en este contexto que las empresas de inserción y las empresas de la economía social se presentan como instrumentos clave, mediante el acompañamiento necesario, para la incorporación progresiva en el mercado laboral ordinario.

El poder público es consciente de que la inserción social a través del empleo puede tener lugar tanto a través del empleo asalariado como a través del emprendimiento o autoempleo, sea éste individual o colectivo. En esta línea se aprobó por la Comisión Europea el 6 de agosto de 2015, el Programa Operativo de Inclusión Social y Economía Social (POISES) para el periodo 2014-2020, con la finalidad principal de contribuir a la promoción de un crecimiento integrador a través de -entre otras- la lucha contra la pobreza, la exclusión social y la discriminación; y el aprovechamiento del potencial de la economía social para la recuperación económica. Entre sus objetivos específicos se cita tanto *"Aumentar el número de entidades de economía social que trabajan para la integración socio-laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social"* como *"Aumentar la contratación y mantener en el empleo a las personas pertenecientes a colectivos en situación o riesgo de exclusión social por parte de entidades de la economía social"*. Con ello se pretende incrementar el número de personas vulnerables insertadas en entidades de economía social y aumentar el número de personas vulnerables que logran la transición de un empleo protegido a uno normalizado, entre otros.

Como vemos, el Programa recurre a la economía social para lograr sus objetivos, y justifica las razones por las que se apoya en la economía social. Por una parte, porque favorece la creación de empleo más estable y de calidad, refuerza el espíritu empresarial y promueve el crecimiento a través de la creación y consolidación de empresas, sobre todo a nivel local y territorial, lo que evita la pérdida de población y la deslocalización empresarial. Y por otra, por la importancia que la economía social da al emprendimiento, ya que se basa en la capacidad de emprender de manera colectiva y de esta forma -como dice- *"constituye un entorno idóneo para estimular y desarrollar la capacidad creativa y emprendedora de personas que en colectivo se atreven a asumir riesgos y que, de forma aislada, serían más complejos, sobre todo en el caso de personas que se hallan en riesgo de exclusión social. Así, la economía social además de fomentar la cultura emprendedora, ofrece soporte para la puesta en marcha de iniciativas emprendedoras y de autoempleo a los colectivos vulnerables"*.

Conscientes de los retos planteados y de las oportunidades que la economía social puede brindar para una sociedad más inclusiva con los colectivos más vulnerables, el

equipo del proyecto de investigación ECOSOCIAL2020[2] ha promovido diversas actividades en los últimos años, principalmente encuentros de investigadores con profesionales y directivos de empresas de la economía social, cuyos resultados se han publicado en: *Empleo, Innovación e Inclusión en la Economía Social. Problemática Jurídica y Social* (CIRIEC, 2017) y *La promoción del emprendimiento y la inserción social desde la Economía Social* (CIRIEC, 2018), ambos disponibles en www.ecosocial2020.es. El 26 y 27 septiembre de 2019 celebramos en la Universitat de València un encuentro internacional de investigadores para analizar precisamente el estado de la inclusión socio-laboral de los colectivos más vulnerables en las empresas de economía social. Allí tuvimos la oportunidad de debatir sobre empresas de inserción, centros especiales de empleo, cooperativas de iniciativa social, de solidaridad social, empresas sociales, inserción de grupos vulnerables; modalidades de empleo para personas discapacitadas o cómo fomentar la empleabilidad de estos colectivos, entre investigadores de diversas disciplinas y nacionalidades. A consecuencia del interés generado en dicho encuentro, se decidió promover la edición de un número monográfico dedicado a la inclusión socio-laboral de los colectivos más vulnerables en las empresas de economía social, llamando a la presentación de artículos sobre el particular para su publicación conjunta de acuerdo con unas preferencias establecidas. Agradecemos la oportunidad que nos brindó la Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa de CIRIEC-España para promover esta iniciativa.

El ejemplar que el lector tiene en sus manos cuenta con 12 artículos. Siendo el título e hilo conductor del monográfico la temática de **"La inclusión socio-laboral de colectivos vulnerables en las empresas de economía social"**, la obra comienza con un acercamiento general, donde Aitor Bengoetxea analiza el voluble concepto de las personas y grupos vulnerables, y el régimen jurídico básico de las medidas para su acceso al empleo, como inclusión socio-laboral, centrándose en las medidas de acción positiva que el derecho del empleo recoge para esos colectivos. Los dos siguientes artículos estudian el instrumento específico diseñado para la inclusión socio-laboral de las personas con discapacidad: los centros especiales de empleo. Así, Luis Angel Sánchez aborda dichos ámbitos de empleo protegido desde la perspectiva de la evolución de su tratamiento normativo, centrándose en las últimas novedades de su régimen jurídico, en torno al reconocimiento legal específico de los CEE de iniciativa social, de los contratos reservados en el ámbito de la contratación pública, y de la problemática que todo ello presenta. Por su parte, Amalia Rodríguez estudia una figura en la que se produce una intersección interesante; el centro especial de empleo con forma jurídica de cooperativa de iniciativa social. Y, para corroborar su análisis teórico, aporta como buena práctica el caso de una cooperativa de iniciativa social calificada como centro especial de empleo.

2. Proyecto I+D+i Economía Social, Autogestión y Empleo (DER2016-78732-R) financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Agencia Estatal de Investigación y Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

El siguiente artículo gira en torno a las empresas de inserción, institución paralela a los centros especiales de empleo, en la que el colectivo objeto de atención pasa a ser el de las personas en situación de exclusión social. Miguel Angel García estudia las EI desde una perspectiva empírica, aportando datos y contenido de entrevistas realizadas. Este autor ofrece una radiografía actual (2019) de la actividad de las EI tras haber superado lo que califica como Gran Recesión (2009-2014).

A continuación tenemos cinco estudios que ofrecen experiencias específicas de economía social inclusiva en diversos territorios. Así, Ane Echebarría ofrece un estudio sobre el modelo vasco de inclusión sociolaboral, y las características que lo configuran como tal, derivadas de la práctica sistemática que desarrollan los centros especiales de empleo de Euskadi asociados a EHLABE. Posteriormente, Antonio Fici nos lleva hasta la experiencia de la empresa social italiana. Dicho autor analiza la figura de la empresa social en el contexto de la nueva ley italiana del tercer sector (2017), que califica como histórica, y recoge la empresa social como una de las entidades de dicho sector. Seguidamente, Ifigeneia Douvitsa nos muestra la legislación griega en materia de empresas de inclusión social, indicando las diversas fórmulas jurídicas utilizables, y tomando como referencia los criterios de EMES. Por su parte, Deolinda Meira estudia las cooperativas de solidaridad social portuguesas, poniendo el foco en su finalidad social altruista, y en las consecuencias que esa característica conlleva. La siguiente aportación, a cargo de Emanuelle Urbano y Camila Sato, nos trae el caso de las cooperativas brasileñas como canal de inclusión sociolaboral de grupos vulnerables.

Desde otra perspectiva, Manuel Salinas y Fernando Marhuenda estudian el acceso al empleo de un colectivo vulnerable muy determinado, y que presenta especiales dificultades para su empleabilidad: las personas con enfermedad mental. La siguiente aportación, de Lucía Llinares-Insa, Ana Isabel Córdoba-Iñesta, y Pilar González-Navarro, aborda el estudio teórico del concepto de empleabilidad, para después apuntar hacia su uso como estrategia de cambio social. Por último, el presente monográfico concluye con otro artículo de las tres autoras recién mencionadas y de Juan José Zacarés González, también en torno a la noción de la empleabilidad, en esta ocasión desde la perspectiva de los indicadores, partiendo del hecho de la inexistencia de acuerdo sobre cuáles deben ser dichos indicadores de empleabilidad.

En definitiva, el monográfico que presentamos aporta el resultado de investigaciones de carácter diverso, procurando arrojar algo de luz sobre las medidas para fomentar la inclusión sociolaboral de los grupos vulnerables, procurando la cohesión social, reto que, con toda probabilidad, aumentará su dimensión como consecuencia de la pandemia ocasionada por la COVID-19.

Aitor Bengoetxa Alkorta
Gemma Fajardo García
Coordinadores

ARTÍCULOS

Aitor Bengoetxea Alkorta
La inclusión socio-laboral de los grupos vulnerables. Colectivos y formas de inclusión a través del trabajo

Luis Ángel Sánchez Pachón
Los Centros Especiales de Empleo: configuración legal e incidencia y valoración de las últimas actuaciones normativas

Amalia Rodríguez González
Cooperativa-centro especial de empleo como forma jurídica de empresa para la inserción laboral. (Análisis a partir de un caso)

Miguel Ángel García Calavia
Las empresas de inserción en España en 2019

Ane Echebarria Rubio
Centros especiales de empleo de Euskadi. El modelo vasco de inclusión sociolaboral

Antonio Fici
La empresa social italiana después de la reforma del tercer sector

Ifigeneia Douvitsa
The work integration social enterprises in Greece

Deolinda Meira
O fim mutualístico desinteressado ou altruísta das cooperativas de solidariedade social

Emanuelle Urbano Maffioletti - Camila Sato
A inserção social e laboral de grupos vulneráveis nos empreendimentos sociais no Brasil por meio das cooperativas

Manuel Francisco Salinas Tomás - Fernando Marhuenda Fluixá
Acceso al empleo de las personas con discapacidad: situación en el empleo en las personas con enfermedad mental

Lucía Llinares Insa - Ana I. Córdoba Iñesta - Pilar González-Navarro
La empleabilidad a debate: ¿qué sabemos sobre la empleabilidad como estrategia de cambio social?

Lucía Llinares Insa - Ana Isabel Córdoba Iñesta - Juan José Zacares González - Pilar González-Navarro
Indicadores de empleabilidad: de la inclusión al desarrollo de las carreras laborales

LA INCLUSIÓN SOCIO-LABORAL DE LOS GRUPOS VULNERABLES. COLECTIVOS Y FORMAS DE INCLUSIÓN A TRAVÉS DEL TRABAJO

Aitor Bengoetxea Alkorta
Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea
Director de GEZKI
Grupo de Investigación "Economía Social, Autogestión y Empleo"[1]
Grupo de Investigación del sistema universitario vasco IT1327-19,
"Gizarte Ekonomia eta bere Zuzenbidea"

RESUMEN
La noción de los grupos vulnerables se encuentra cada vez más extendida en la literatura sociológica, y también en la jurídica. Pero no hay un concepto jurídico-positivo sobre los mismos, ni una lista que los enumere con carácter exhaustivo. Se propone analizar el origen y contornos de esa noción, esbozando un concepto jurídico. En materia de acceso al empleo, la ley de empleo los denomina colectivos prioritarios. Estudiaremos cuáles son, por qué se les considera colectivo prioritario, en función de las peculiaridades de cada uno de ellos, y qué medidas de acción positiva se les aplican, partiendo de su desventaja, para procurar ayudarles en su esfuerzo hacia la consecución de un empleo.

PALABRAS CLAVE: Grupos vulnerables, colectivos prioritarios, acceso al empleo, acción positiva, inclusión laboral, inclusión social.

CLAVES ECONLIT: J14, J15, J16, J71, J78, K31.

Cómo citar este artículo/How to cite this article: BENGOETXEA ALKORTA, A.: "La inclusión socio-laboral de los grupos vulnerables. Colectivos y formas de inclusión a través del trabajo", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 36, 2020, pp. 15-53. DOI: 10.7203/CIRIEC-JUR.36.17247.

1. (DER2016-78732R), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Agencia Estatal de Investigación y Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 14/06/2020

THE SOCIO-LABOR INCLUSION OF VULNERABLE GROUPS. GROUPS AND FORMS OF INCLUSION THROUGH WORK

EXPANDED ABSTRACT

The present study deals with the subject of access to employment for vulnerable groups. The first challenge is to seek a correct approach to the concept of *vulnerable groups*. The question is complex, because there is no legal concept on these groups of people. In positive law, and in language in general, the expression vulnerable group is used with increasing profusion. In a legal analysis, the absence of a legal concept of vulnerability leads us to tackle the difficult task of seeking its delimitation, an issue that we will address in this article.

Nor does the law provide us with an exhaustive list that clearly indicates which are the vulnerable groups. If we compare different norms that deal with the issue, we can verify that these groups (women, people with disabilities, young people, elderly people, people in a situation of social exclusion, etc.) largely coincide. But there is no rule that defines us specifically, providing legal certainty, which are the vulnerable groups.

As a method to approach this concept, we will study the sociological notion of vulnerable groups, and the groups that compose them, and then approach their legislative treatment. Afterwards, always with humility, we will try an outline of the long-awaited legal concept of these groups.

When trying to promote the social inclusion of vulnerable groups, employment is the key tool for that inclusion, because it provides economic and psychosocial tools to the vulnerable person, giving them autonomy, which leads to social inclusion. There are some exceptions where employment is not the solution (such as people with autism spectrum disorder).

At this point, if we approach social inclusion from the specific aspect of employment, the employment law contains a list of what it calls priority groups, which contains eight (youth, women, long-term unemployed, people over 45 years, people with family responsibilities, people with disabilities, people in situations of social exclusion, and immigrants). We can affirm that the priority groups, from the prism of access to employment, are the labor law version of vulnerable groups.

Starting from the positive law enumeration that provides us with a sure handle, we will observe which are these eight groups, individually. We will see why each of these eight groups is disadvantaged in the race for access to employment. We will study what, in each case, are

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 14/06/2020

the specific difficulties they experience to get a job. As far as possible, we will try to provide data from labor market statistics, to empirically corroborate its disadvantage.

After identifying those eight groups that the employment law classifies as priorities, there are various regulations on employment that seek to balance this situation of disadvantage. The instrument to try to apply justice and solidarity, as a response to this disadvantageous situation, are positive action measures. This restorative legislative policy sinks its positive law foundation in the Constitution, when, in its art. 9.2, indicates that it is up to the public powers to promote the conditions so that the freedom and equality of the individual and of the groups in which it is integrated are real and effective; remove the obstacles that impede or hinder its fullness and facilitate the participation of all citizens in political, economic, cultural and social life. In what interests us, the matter is seeking equality for vulnerable groups, or priority groups, in access to employment.

Therefore, we will present the main positive action measures that the employment regulations establish for each of the eight priority groups. To do this, we will use a broad notion of employment, which we believe to be correct, encompassing all types of employment. In addition to the hegemonic employees in the private sector, we will study the positive action measures that exist to promote the employment of vulnerable groups in public employment; in self-employment (individual self-employment); and also in collective self-employment (worker cooperatives and labor companies).

To achieve the objectives of the study, a first objective would be to try to shed some light, from the labor law focus, on that elusive notion of vulnerable groups. Starting from the non-existence of a legal concept of vulnerable groups, we will try to delimit it from the normative and meta-legal instruments within our reach.

Subsequently, we will try to delve into the particular characteristics of each of the eight priority groups for access to employment, specific characteristics that, in short, justify their consideration as such priority groups or vulnerable groups.

Later, with a descriptive nature, we will present the positive action measures that we have found, aimed at promoting access to employment for each of these eight groups, leaving their evaluation for the conclusions.

As a methodological point, we want to indicate that we will study the particular discriminatory factors that affect each of the groups, without studying the phenomena of multiple discrimination. Of course, we are aware of the importance of analyzing multiple discrimination, and we also know that such intersectoral discrimination occurs frequently. The reason

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 14/06/2020

that we do not study them is twofold. On the one hand, we want to focus our effort on the peculiarities of each group, because when they are mentioned in positive law, it is not usually indicated why they are a discriminated group. The second reason is space. Addressing multiple discrimination would require a broader study, which would go beyond the contours of this that we present here.

Regarding the territorial scope, the generic study of vulnerable groups will analyze international and state regulations. In the matter of access to employment for priority groups, we will limit ourselves to state regulations, for reasons of space, without studying autonomous regulations, being aware of their importance, particularly with regard to positive action measures, where the variety in autonomous comparative law, and even in local law, is remarkable.

In terms of structure, the study begins with the concept of vulnerable groups. Next, the relationship between social inclusion and labor inclusion policies is analyzed. The following section is devoted to access to employment for vulnerable groups, dedicating a section to each of the eight priority groups. We will finish with the conclusions obtained.

KEYWORDS: Vulnerable groups, Priority groups, Access to employment, Positive action, Labor inclusion, Social inclusion

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 14/06/2020

SUMARIO

1. Introducción 2. Grupos vulnerables. 2.1. Origen de la noción de grupos vulnerables. 2.2. Referencias a grupos vulnerables en el derecho positivo. 2.3. ¿Se puede confeccionar un listado de grupos vulnerables? 2.4. El concepto jurídico de los grupos vulnerables. 3. Inclusión socio-laboral de los grupos vulnerables. 4. El acceso al empleo de los grupos vulnerables. 4.1. No discriminación en el acceso al empleo. 4.2. Los colectivos prioritarios. 4.3. Acción positiva en favor del acceso al empleo de los colectivos prioritarios. 5. Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción

El presente estudio gira en torno al acceso al empleo de los grupos vulnerables. Tema vidrioso, en primer lugar, por la inexistencia de concepto jurídico sobre los mismos. Tampoco existe una enumeración cerrada que nos indique con claridad cuáles son.

Procuraremos estudiar la noción sociológica de los grupos vulnerables, y los colectivos que los componen, para después aproximarnos a su tratamiento legislativo. También ensayaremos un esbozo del concepto jurídico de dichos grupos.

Si centramos la cuestión, partiendo de la inclusión social, hasta llegar al ámbito del acceso al empleo, el tema se clarifica, al menos en parte, porque la ley de empleo nos ofrece un catálogo de ocho colectivos prioritarios, versión jurídico-laboral de los grupos vulnerables. Así, observaremos cuáles son esos colectivos, y las dificultades adicionales que sufren para lograr un empleo, utilizando, en la medida de lo posible, las estadísticas del mercado de trabajo para corroborar su situación de desventaja. Después estudiaremos las medidas de acción positiva, para acceder al empleo, que tienen como destinatarias a las personas integrantes de esos colectivos.

El objetivo del estudio es procurar arrojar algo de luz, desde el foco *iuslaboralista*, a esa noción tan escurridiza de los grupos vulnerables. Posteriormente, se intentará ahondar en las características particulares de cada uno de los colectivos prioritarios para el acceso al empleo, que justifican su consideración como tales. Después veremos las medidas de acción positiva dirigidas a cada uno de ellos, dejando la valoración de las mismas para las conclusiones.

Desde la perspectiva metodológica, se estudiarán los factores discriminatorios particulares que afectan a cada uno de los colectivos, sin estudiar los fenómenos de

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 14/06/2020

discriminación múltiple. Siendo consciente de la importancia, y frecuencia, de esas discriminaciones intersectoriales, no serán estudiadas, para intentar concentrar los esfuerzos en las peculiaridades de cada colectivo.

En lo que respecta al ámbito territorial, en el estudio genérico de los grupos vulnerables se analizará la normativa internacional, y también estatal. En la materia del acceso al empleo de los colectivos prioritarios, nos limitaremos a la normativa estatal, por cuestiones de espacio, sin estudiar la normativa autonómica, siendo conscientes de su importancia, particularmente en lo que respecta a las medidas de acción positiva.

El estudio comienza con el concepto de los grupos vulnerables. Seguidamente, la relación entre las políticas de inclusión social y de inclusión laboral. El siguiente apartado se dedica al acceso al empleo de los grupos vulnerables, para terminar con las conclusiones obtenidas.

2. Grupos vulnerables

En el presente estudio sobre la inclusión sociolaboral de los grupos vulnerables, parece oportuno comenzar por procurar identificar los mismos. La aproximación desde el prisma del derecho positivo nos lleva directamente a la primera afirmación, no muy alentadora, de que no existe un concepto jurídico sobre los grupos vulnerables[2]. Por consiguiente, la noción nos coloca *ab initio* en el escenario de la inseguridad jurídica[3].

Si acudimos, siguiendo la ortodoxia lingüística, al diccionario de la RAE, obtenemos como respuesta que vulnerable significa que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente. No parece satisfactoria la respuesta, en nuestra búsqueda de noción jurídica, porque, sin duda, toda la humanidad, potencialmente, es susceptible de ser herida o resultar lesionada, física o moralmente. Por eso, resulta muy atinada, y gráfica, la respuesta de un juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), a la pregunta sobre la configuración de la noción grupos vulnerables en la jurisprudencia del TEDH, cuando afirma, refiriéndose a los demandantes de amparo ante dicho tribunal, que *todos son vulnerables, pero algunos son más vulnerables que otros*[4].

2. Destacando esa circunstancia, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: "Grupos vulnerables: apuntes para un concepto jurídico-social", *Estudios Financieros-Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 404, 2016, p. 112; MIÑARRO YANINI, M.: "La protección socio-laboral de los refugiados como grupo vulnerable: balance crítico y propuestas de mejora", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº 203, 2017, p. 3.

3. Como se ha afirmado con claridad, "la noción ha sido importada desde la sociología al derecho, pero sin haber elaborado simultáneamente una definición jurídica de la misma", Miñarro Yanini, M., *op. cit.*, p. 3.

4. "All applicants are vulnerable, but some are more vulnerable than others" fue la respuesta, en la interesante investigación de PERONI, L. & TIMMER A.: "Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 14/06/2020

2.1. Origen de la noción de grupos vulnerables

Sin duda, la génesis de la noción de grupos vulnerables se encuentra en la normativa internacional de los derechos humanos, en torno a la expresión *vulnerable groups*[5].

Tras las declaraciones de derechos humanos de ámbito universal, cuando se pone el foco en el aspecto de esa universalidad, afloran los grupos vulnerables, colectivos de personas con dificultades específicas, derivadas de sus características grupales, para ejercer esos derechos a los que se ha dotado de ámbito subjetivo de aplicación universal.

A partir de ahí, resulta imprescindible atender las necesidades específicas de esos grupos por motivos de igualdad[6]. No es suficiente con que todas las personas sean titulares de derechos humanos universales, se requiere asimismo que puedan ejercerlos en condiciones de igualdad[7].

Para lograr que esa universalidad sea real, y no solo nominal, se requiere identificar esos grupos con características propias de desventaja, y, a continuación, adoptar medidas para lograr que las personas integradas en ellos gocen de sus derechos universales al igual que lo hacen las personas no incluidas en dichos colectivos.

Para comenzar a perfilar las características que determinan la consideración de determinado grupo como vulnerable, en el ámbito del derecho internacional humanitario, hay que destacar la labor de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y, más aún, del TEDH.

Así, en lo que respecta a la OIT, en el preámbulo de su propio texto fundacional de 1919, en el ámbito de los derechos humanos laborales universales, se refiere a la protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, a las pensiones de vejez y de invalidez, y protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero. Aunque no se utiliza todavía la expresión grupos vulnerables, cabe colegir, sin mayor esfuerzo, que se está refiriendo a los principales que observaba en su contexto

European Human Rights Convention law", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, nº 4, 2013, pp. 1060-1061.

5. En ese sentido, Fernández Villazón, L. A. (2016), *op. cit.*, p. 114.

6. De esa manera, "en el llamado proceso de especificación de los derechos humanos se han ido concretado normas específicas de protección de los derechos de distintos grupos humanos", TRINIDAD NÚÑEZ, P.: "La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *Revista Española de Relaciones Internacionales*, nº 4, 2012, p. 127.

7. "Es la dignidad como seres humanos de esas personas lo que está en riesgo y, por lo tanto, la vulnerabilidad de la que hablamos se concreta en obstáculos específicos para el ejercicio de los derechos humanos", Fernández Villazón, L.A. (2016), *op. cit.*, p. 114.

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 14/06/2020

histórico. Posteriormente, como veremos, esa previsión genérica se ha desarrollado en varios Convenios de la propia OIT.

De gran interés resulta la labor creativa del TEDH. En el mismo sentido que la OIT, ha sido su vocación de garantizar la universalidad real lo que le ha llevado a prestar atención específica a la situación de los grupos vulnerables[8].

Se puede sintetizar la noción de grupo vulnerable elaborada por el TEDH en torno a tres factores: carácter relativo, situación particular, y lesión sufrida[9].

El carácter relativo significa que la condición de grupo vulnerable se adquiere no por mostrar determinadas características *per se*, sino cuando ponemos esas características en relación con el entorno social del grupo. En ese momento salen a relucir factores sociales e históricos que llevan a delimitar al grupo como colectivo con características sociales específicas. A menudo, discriminación con respecto al resto de la sociedad.

El elemento de la situación particular pone de relieve el hecho de que estamos ante un grupo cuya vulnerabilidad está determinada por experiencias específicas colectivas, que el grupo como tal ha conocido y conoce. Por ejemplo, racismo.

El tercer y último elemento es el de la lesión sufrida. En este caso, se pueden distinguir dos aspectos. Por una parte, falta de reconocimiento (*misrecognition*) derivada de los prejuicios y de la estigmatización que sufre el grupo vulnerable en cuestión. Por ejemplo, gitanos. El otro aspecto es el de la distribución inequitativa *(maldistribution)*, que produce desventaja social y privación material[10]. Circunstancias que pueden derivar, evidentemente, en pobreza y exclusión social.

2.2. Referencias a grupos vulnerables en el derecho positivo

En la normativa internacional de derechos humanos no solía aparecer literalmente la expresión *grupos vulnerables*, pero hay muchas normas internacionales promulgadas para proteger a personas integradas en varios de ellos. El último Convenio de

8. "Human rights law, however, has not always responded adequately to these particular vulnerabilities given the import of the liberal legal subject into its structure and the exclusion of those who do not fit the liberal archetype. We have argued that it is in response to these exclusions of human rights law that the Court has been forced to attend to the constructed disadvantage of certain groups. In doing so, the Court has deployed the concept of group vulnerability. In this light, we see the Court's reasoning as a way of opening up the human rights universal, as a step towards a more inclusive universal human rights subject", Peroni, L., Timmer A., *op. cit.,* p. 1085.

9. Sigo en este punto a Peroni, L., Timmer A., *op. cit.*, pp. 1065-1065.

10. Los referidos autores toman los conceptos de *misrecognition y maldistribution* de FRASER, N.: "Rethinking Recognition", 3 *New Left Review*, 107, 113, 2000.

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 14/06/2020

la OIT (2019), sí que se refiere literalmente a los grupos vulnerables, aunque sin aportar su concepto, ni indicar cuáles son[11].

Tempranamente, en el año 1919, en el que se constituyó la OIT, fueron promulgadas normas para proteger a las mujeres[12] y la infancia[13]. Esos dos colectivos fueron los primeros en recibir la protección jurídica internacional, señalando el camino para la tutela de otros grupos vulnerables[14]. Posteriormente, esos dos grupos han sido objeto de varios tratados de la propia OIT[15]. Con un criterio más amplio, el Convenio 111 OIT prohíbe la discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social[16]. Como veremos *infra*, la temática de los grupos vulnerables se encuentra estrechamente relacionada con el principio de no discriminación.

Más allá de la OIT, en la esfera internacional de la ONU se han aprobado varios tratados internacionales dirigidos a la protección de diversos grupos vulnerables. Podemos destacar, siguiendo un orden cronológico, los supuestos de los refugiados[17], raza[18], mujeres[19], infancia[20], migrantes[21], o personas con discapacidad[22].

11. Convenio nº 190 OIT, sobre la violencia y el acoso (1919). Su art. 7 establece que "todo Miembro deberá adoptar una legislación y políticas que garanticen el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el empleo y la ocupación, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores y otras personas pertenecientes a uno o a varios grupos vulnerables, o a grupos en situación de vulnerabilidad que están afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo".

12. Convenio nº 3 OIT, sobre la protección de la maternidad (1919); Convenio nº 4 OIT, sobre el trabajo nocturno de las mujeres (1919).

13. Convenio nº 5 OIT, sobre la edad mínima en la industria (1919); Convenio nº 6 OIT, sobre el trabajo nocturno de los menores en la industria (1919).

14. Destacando esa circunstancia, Trinidad Núñez, P., *op. cit.*, p. 129.

15. Como el Convenio nº 100 OIT, sobre igualdad de remuneración (1951), del que cabe destacar que, en esa lejana fecha, ya estableció la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor; o el Convenio nº 182 OIT, sobre las peores formas de trabajo infantil (1999).

16. Convenio nº 111 OIT, sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (1958).

17. Convención sobre el estatuto de los refugiados (1951).

18. Convenio internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965).

19. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979).

20. Convención sobre los derechos del niño (1989).

21. Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990).

22. Convención internacional de derechos de las personas con discapacidad (2006).

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 14/06/2020

Como conclusión sobre la normativa internacional de los derechos humanos, podemos afirmar que hay que reconocerle su carácter pionero en el lanzamiento de la noción de grupos vulnerables, sin que haya llegado a culminar su obra con la elaboración de su concepto jurídico, que los juristas anhelamos.

La Unión Europea, como es sabido, no nació precisamente para tutelar los derechos de los más vulnerables, ni de los menos vulnerables, sino para crear un mercado único europeo, con un ánimo liberal y economicista. Sin embargo, durante su evolución histórica ha ido incorporando, y sigue haciéndolo, preceptos que proclaman derechos humanos, refiriéndose específicamente, en ocasiones, a su disfrute por parte de personas integradas en grupos vulnerables[23].

En el derecho originario, tras algunos avances por parte del Tratado de la Unión Europea (TUE)[24] y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)[25], sin duda la principal aportación en materia de protección de grupos vulnerables la realiza la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), cuando prohíbe las discriminaciones por razón de *sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual* (art. 21)[26]. Además, la CDFUE presta atención a los de-

23. Destacando la notable influencia de la OIT sobre posteriores pronunciamientos de la Unión Europea, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: "La OIT y los grupos vulnerables. Especial atención a la vulnerabilidad de género y a la protección de la infancia", *Estudios Financieros-Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 434, 2019, p. 123.

24. *La Unión se fundamenta en los valores de… respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías* (art. 2)*; la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará… la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño* (art. 3).

25. *En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual* (art. 10); entre las materias sobre las que la UE apoyará la acción de los Estados miembros se encuentran *las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países, la lucha contra la exclusión social y la igualdad entre hombres y mujeres.*

26. Posteriormente, esa previsión ha sido desarrollada mediante la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 14/06/2020

rechos específicos de algunos grupos vulnerables, como los refugiados[27], mujeres[28], menores[29], mayores[30], y personas con discapacidad[31].

En el derecho derivado europeo, es posible incluso encontrar referencias literales a los grupos vulnerables[32]. De gran interés resulta el catálogo que ofrece la Directiva 2011/95/UE, cuando se refiere a *la situación específica de personas vulnerables como los menores, los menores no acompañados, las personas discapacitadas, los ancianos, las mujeres embarazadas, los padres solos con hijos menores, las víctimas de trata de seres humanos, las personas con trastornos psíquicos y las personas que hayan padecido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual*[33].

En cualquier caso, y aún reconociendo las aportaciones del derecho europeo al desarrollo de la noción de los grupos vulnerables, especialmente en la definición de personas vulnerables que acabamos de ver, no existe en el mismo un concepto jurídico de grupos vulnerables, ni de personas vulnerables[34].

En lo que respecta al derecho positivo español, el rastreo en busca de los grupos vulnerables nos arroja como resultado la existencia de varias menciones aisladas, lejos de la configuración de un concepto jurídico sobre los mencionados colectivos[35].

27. Art. 18 CDFUE.

28. Art. 23 CDFUE.

29. Art. 24 CDFUE.

30. Art. 25 CDFUE.

31. Art. 26 CDFUE.

32. Así sucede, por ejemplo, en el Reglamento (UE) 233/2014 del Parlamento europeo y del Consejo de 1 de marzo de 2014, por el que se establece un Instrumento de Financiación de la Cooperación al Desarrollo para el período 2014-2020; y en el Reglamento (UE) 1303/2003 del Parlamento europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca.

33. Art. 20.3 de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.

34. En ese sentido, coincidimos con la reflexión de que "no se ha producido en el ámbito del Derecho Europeo una asimilación de la idea de grupos vulnerables por parte de las normas jurídicas. Estas siguen tomando como base la conceptuación empleada en el ámbito de las políticas. Podemos así concluir que, por el momento, el de grupos vulnerables no es un concepto propiamente jurídico, sino una idea previa que inspira la acción del legislador comunitario", Fernández Villazón, L.A. (2016), *op. cit.*, p. 122.

35. En la misma línea, Fernández Villazón, L.A. (2016), op. cit., p. 131.

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 14/06/2020

Así, podemos mencionar varios ejemplos. La Ley de cooperación al desarrollo se refiere a los *grupos de población más vulnerables (menores, con especial atención a la erradicación de la explotación laboral infantil, refugiados, desplazados, retornados, indígenas, minorías)*[36]. La Ley del tercer sector de acción social establece una interesante conexión entre grupos vulnerables y exclusión social, llegando a referirse a *grupos vulnerables en riesgo de exclusión social*[37], como si fueran partes integrantes del mismo concepto.

Tal y como ha sido destacado[38], en otros ámbitos más allá del terreno sociolaboral, también hay interesantes referencias jurídico positivas a *víctimas vulnerables* y *personas especialmente vulnerables*, en el ámbito penal[39], que liga esa situación a los factores de la edad, enfermedad, estado gestacional, discapacidad, y minoría de edad. En el ámbito de las personas deudoras, también podemos encontrar menciones a los *colectivos especialmente vulnerables*, en función de la edad o situación familiar[40]. También en la legislación de personas consumidoras y usuarias se identifica la figura del *consumidor vulnerable*[41], en función de sus responsabilidades familiares y nivel de renta.

2.3. ¿Se puede confeccionar un listado de grupos vulnerables?

Partimos de la certeza de que no existe una lista cerrada de grupos vulnerables, en el ordenamiento jurídico globalmente considerado[42]. A partir de ahí, y dando por sentado que no va a ser exhaustiva, como agregado de los colectivos mencionados *supra*, y añadiéndole otros que aparecen no en normas jurídico-positivas sino en

36. Art. 7 de la Ley 23/1998, de 7 de julio, de cooperación internacional para el desarrollo.

37. Art. 7 f) de la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social. Si bien es cierto que, cuando establece el concepto de Las entidades del Tercer Sector de Acción Social, el art. 2 de dicha ley se refiere a *grupos que sufren condiciones de vulnerabilidad o que se encuentran en riesgo de exclusión socia*l, pareciendo referirse a situaciones distintas.

38. Interesante estudio de Miñarro Yanini, M., *op. cit.*, p. 4.

39. Expresiones utilizadas en el Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

40. Art. 1.2 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

41. Art. 3 del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica. En el art. 4 define, como categoría específica, al *consumidor en riesgo de exclusión social*.

42. En el mismo sentido, Trinidad Núñez, P., *op. cit.*, p. 128.

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 14/06/2020

algún documento *soft law*[43], podríamos ensayar la elaboración de la siguiente lista de factores de vulnerabilidad:

Sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad (mayores, jóvenes, y menores), orientación sexual, migrantes, refugiados, madres o padres solos con hijos menores, las víctimas de trata de seres humanos, las personas con trastornos psíquicos y las personas que hayan padecido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual, nivel de renta, responsabilidades familiares, personas sin hogar, personas con problemas de adicción, personas reclusas o exreclusas, parados de larga duración, menores tutelados, jóvenes extutelados, personas en situación de dependencia, y personas con infección por el VIH.

Desde luego, no se trata de una lista cerrada. La cuestión de interés sería, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, ¿conviene que haya lista cerrada? Creemos que no.

Los factores de vulnerabilidad son, *per se*, cambiantes, en función de las circunstancias socioeconómicas de cada territorio y período histórico. Las sociedades, sus valores, y sus variables socioeconómicas evolucionan constantemente. Por eso, la pretensión de lista cerrada no sólo sería estéril, sino también contraproducente. Siempre podría haber grupos que quedaran fuera de esa lista.

Por consiguiente, podemos concluir este punto afirmando que no existe lista cerrada de grupos vulnerables, ni en derecho internacional ni en derecho interno, y es mejor que no la haya[44]. Una lista cerrada, pretendiendo seguridad jurídica, tendría el efecto pernicioso de no considerar grupos vulnerables a colectivos merecedores de esa calificación.

Lo que sí sería deseable es un concepto jurídico omnicomprensivo de la categoría de los grupos vulnerables. En el imaginario colectivo ya existe una idea, más o menos clara, de lo que son grupos vulnerables. Pero eso no es suficiente para el operador jurídico, que necesita delimitar con claridad el supuesto de hecho de los grupos

43. Estrategia Nacional de Prevención y Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social (2019-2023).

44. "La idea de vulnerabilidad se concibe como un concepto vivo que se adapta constantemente a las circunstancias sociales y económicas. Tal es la idea que barajan las instituciones internacionales y europeas, pues lo que estas consideran vulnerable está sujeto a revisión en cada momento", Fernández Villazón, L.A. (2016), *op. cit.*, p. 133; "se trata de un sector en pleno desarrollo, tanto desde el punto de vista de los grupos protegidos, ya que no se trata de una lista cerrada, como de la determinación del contenido y alcance de los derechos de los mismos. Pero esta situación inacabada, no puede verse como algo negativo, ya que no es sino la expresión misma del propio proceso de formación del Ordenamiento jurídico internacional", Trinidad Núñez, P., *op. cit.*, p. 162.

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 14/06/2020

vulnerables, para poder anudar las correspondientes consecuencias jurídicas. Es la seguridad jurídica lo que está en juego.

2.4. El concepto jurídico de los grupos vulnerables

Empecemos por el término más fácil de abordar, el de *grupos*. Podemos asimilar la noción de *grupo* a la de *colectivo*, y de esa manera llegamos a un concepto muy arraigado en el derecho del trabajo.

Así, dentro de la ciencia del derecho del trabajo es clásica la distinción entre derecho individual y derecho colectivo. El derecho individual del trabajo gira en torno a la relación laboral tejida entre la persona trabajadora y la empleadora, que se juridifica en el contrato de trabajo. Mientras tanto, la dimensión colectiva del derecho del trabajo tiene como objeto los intereses colectivos de determinado grupo de personas, trabajadoras o empleadoras.

El interés colectivo es indivisible entre los miembros del grupo, de manera que hay una característica común que le otorga, precisamente, la categoría grupal o colectiva. Por ejemplo, personas trabajadoras del turno de mañana, con contrato temporal, mujeres trabajadoras de una empresa, etc. Así, las personas pertenecientes a determinado grupo tienen un interés colectivo, en común, que se deriva de su propia pertenencia a ese colectivo. Una vez definido ese interés colectivo, como supuesto de hecho, el derecho del trabajo arbitra instrumentos jurídicos para canalizar su defensa, como los sujetos colectivos (sindicatos, asociaciones empresariales), o los instrumentos de acción colectiva (negociación colectiva, huelga).

Esa doctrina emanada del derecho del trabajo es perfectamente extrapolable a la expresión *grupo*, en el contexto de los grupos vulnerables. Así, las personas integrantes de determinado grupo vulnerable tienen una característica común, un factor de vulnerabilidad que comparten (sexo, edad, raza, religión, etc.), y las ubica dentro de la categoría de ese grupo. Es una circunstancia individual y grupal, de manera simultánea.

Más compleja de abordar resulta, desde luego, la expresión *vulnerable*. Hemos visto *supra* la construcción jurídica del TEDH, que hace girar la vulnerabilidad sobre los elementos de carácter relativo, situación particular, y lesión sufrida. Podemos destacar también alguna aproximación doctrinal de interés.

Así, hay quien pone el acento en las "dificultades sociales, económicas y jurídicas que impiden el adecuado desarrollo de su personalidad"[45]. También se ha ensayado la

45. Fernández Villazón, L.A. (2016), *op. cit.*, p. 114. En otro lugar, el mismo autor destaca tres aspectos acumulativos: "intereses o bienes jurídicos del grupo como tal estén siendo vulnerados o estén en riesgo de

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 14/06/2020

construcción del concepto de grupos vulnerables haciéndolo descansar sobre cuatro rasgos definitorios: carácter colectivo; desventaja social; impacto negativo socio-económico que provoca riesgo de exclusión; y reversibilidad del factor de vulnerabilidad[46].

La cuestión no es fácil. Las distintas aportaciones arrojan luz para configurar la noción, pero delimitar el concepto jurídico de los grupos vulnerables es ciertamente una tarea compleja.

La aproximación que me parece más acertada es la que liga grupos vulnerables con exclusión social[47]. Cuando hablamos de vulnerabilidad, hablamos de vulnerabilidad social[48], haciendo referencia a grupos de personas que se encuentran excluidas de la sociedad, por no poder ejercer sus derechos humanos en igualdad de condiciones con respecto a las personas socialmente incluidas; o a grupos de personas en riesgo de caer en esa exclusión social.

Así, los grupos vulnerables serían aquellos integrados por personas en situación o riesgo de exclusión social, debido a la presencia de algún factor, o varios factores, de vulnerabilidad. En el primer caso, la vulnerabilidad ya se ha materializado, y es un grupo con derechos vulnerados[49]; el segundo sería, propiamente, el grupo vulnerable, en el sentido de que tiene riesgo cierto de que sus derechos sean vulnerados.

estarlo; esa especial situación de desprotección exige que se desplieguen mecanismos específicos de protección; es necesario que la condición de vulnerable sea reconocida por el ordenamiento jurídico", Fernández Villazón, L.A. (2019), *op. cit.*, p. 127. El autor añade, en el mismo lugar, que "la vulnerabilidad se concreta, además, en dos dimensiones o realidades, dependiendo del tipo de intereses o bienes jurídicos que se encuentren en riesgo. Por un lado, lo que está en juego en primer término es la dignidad de los componentes del grupo como personas, es decir, sus derechos humanos. En esta dimensión es donde el concepto enlaza con la protección de los derechos fundamentales y la no discriminación. Por otra parte, la condición de vulnerable también puede proceder de la falta de recursos económicos. Ello la conecta con las ideas de pobreza y exclusión social".

46. Miñarro Yanini, M., *op. cit.*, p. 5.

47. En el mismo sentido, la Estrategia Nacional de Prevención y Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social (2019-2023), se refiere "a las personas más vulnerables en situación de pobreza o exclusión social". También, poniendo en relación ambos conceptos, Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social, como hemos visto *supra*; exposición de motivos de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción; Fernández Villazón, L.A. (2016), *op. cit.*, p. 130, destaca la "íntima relación" entre el concepto de grupos vulnerables y el de personas en riesgo de exclusión.

48. Fernández Villazón, L.A. (2016), *op. cit.*, p. 112.

49. Ibíd, p. 117.

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 14/06/2020

Entendiendo que necesitan protección tanto las personas en situación como en riesgo de exclusión social, creo que el concepto de grupos vulnerables debe comprender ambas situaciones[50].

Así, en esa noción se podrían acomodar, implícitamente, los aspectos analizados, como los propuestos por el TEDH (carácter relativo, situación particular, y lesión sufrida); y por la doctrina científica (dificultades sociales, económicas y jurídicas que impiden el adecuado desarrollo de su personalidad, carácter colectivo, desventaja social, impacto negativo socio-económico que provoca riesgo de exclusión, y reversibilidad del factor de vulnerabilidad).

Desde luego, definir los grupos vulnerables como los integrados por personas en situación o riesgo de exclusión social lleva a demandar mayor concreción sobre el concepto de personas en exclusión social. La ley de empresas de inserción no las define, aunque sí aporta un listado de las mismas, a los efectos de la propia ley[51].

En cualquier caso, para superar definitivamente la actual inseguridad jurídica con respecto al concepto de grupos vulnerables, la única solución sería que el legislador aborde esa difícil tarea. Ya que la idea nació en el ámbito del derecho internacional humanitario, lo más adecuado parece que el concepto jurídico de grupo vulnerable se elabore en ese mismo terreno, en el seno de la ONU. Aunque también sería jurídicamente eficaz la definición jurídico-positiva en derecho interno, aplicable en el correspondiente ámbito territorial.

En definitiva, más allá de los debates y matices sobre el concepto jurídico de los grupos vulnerables, hay unanimidad en la premisa de que son acreedores de pro-

50. Por el contrario, defendiendo que "el concepto jurídico de «grupos vulnerables» sólo puede incluir colectivos en «situaciones de riesgo», puesto que el objetivo de las normas es precisamente eliminar ese riesgo, neutralizando con ello la situación de desventaja", Miñarro Yanini, M., *op. cit.*, p. 6. Coincidimos con la reflexión de que la idea de exclusión social tiende a verse cada vez menos una situación estática y más como un proceso, un continuum que va desde la integración a la exclusión y en el que la franja intermedia, la llamada «zona de vulnerabilidad» es cada vez más grande, Fernández Villazón, L.A. (2016), *op. cit.*, p. 116.

51. Art. 2 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción considera personas en situación de exclusión social a las que estén incluidas en alguno de estos colectivos: *a) Perceptores de Rentas Mínimas de Inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma, así como los miembros de la unidad de convivencia beneficiarios de ellas; b) Personas que no puedan acceder a las prestaciones a las que se hace referencia en el párrafo anterior, por alguna de las siguientes causas: 1.º Falta del período exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la Unidad Perceptora. 2.º Haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido. c) Jóvenes mayores de dieciocho años y menores de treinta, procedentes de Instituciones de Protección de Menores; d) Personas con problemas de drogodependencia u otros trastornos adictivos que se encuentren en proceso de rehabilitación o reinserción social; e) Internos de centros penitenciarios, así como liberados condicionales y ex reclusos; f) Menores internos, así como los que se encuentran en situación de libertad vigilada y los ex internos; g) Personas procedentes de centros de alojamiento alternativo; h) Personas procedentes de servicios de prevención e inserción social.*

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 14/06/2020

tección jurídica específica, para lograr su inclusión social (personas en situación de exclusión social); o su no exclusión social (personas en riesgo de exclusión social).

En el siguiente apartado trataremos esa cuestión de la inclusión social, centrándonos en el aspecto de la inclusión laboral.

3. Inclusión socio-laboral de los grupos vulnerables

En el apartado anterior hemos ensayado la definición de los grupos vulnerables como aquellos que se encuentran en situación o riesgo de exclusión social. En este apartado, trataremos la cuestión del esfuerzo que se realiza para la inclusión socio-laboral de dichos grupos, procurando de esa manera evitar su exclusión social[52].

Cuando hablamos de inclusión socio-laboral, nos referimos a la inclusión en la sociedad y, en el aspecto laboral, al acceso al empleo. Así, el planteamiento consiste en la inclusión en la sociedad a través del trabajo de los grupos vulnerables, por encontrarse en situación de exclusión social, o por encontrarse en el límite, esto es, en riesgo de exclusión social.

Como objeto sobre el que interviene la inclusión socio-laboral, pasemos a observar las expresiones *exclusión social* y *exclusión laboral*. La exclusión social hace referencia a la circunstancia que sufren los grupos que se hallan, en sentido figurado, fuera de la sociedad, porque no pueden ejercer en la misma sus derechos humanos fundamentales (sociales, económicos, culturales), en igualdad de condiciones con los demás. La idea de exclusión laboral parece más simple, se trata de no tener empleo.

Si ponemos en relación ambas locuciones, podemos afirmar que, a menudo, la exclusión social conlleva exclusión laboral. La situación de exclusión social, en sí misma, supone un obstáculo para acceder al empleo. Esa relación parece evidenciarse cuando la ley de empresas de inserción se refiere a "personas en situación de exclusión social desempleadas e inscritas en los servicios públicos de empleo, con especiales dificultades para su integración en el mercado de trabajo"[53], de manera que es la exclusión social la que produce especiales dificultades para lograr empleo. La exclusión social a menudo produce prejuicios y estigmatizaciones, además de eventuales déficits formativos, que dificultan la contratación de las personas en esa situación.

52. La Estrategia Nacional de Prevención y Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social (2019-2023) se fija como objetivo "la inclusión social plena de las personas más vulnerables". Si vamos al origen de la vulnerabilidad, "para que una traba social determine la consideración de un grupo como vulnerable es preciso que produzca la imposibilidad de integración socio-laboral del grupo en condiciones de igualdad con el resto de la sociedad", Miñarro Yanini, M., *op. cit.*, p. 5.

53. Art. 2 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 14/06/2020

También podemos reiterar la afirmación invirtiendo el orden de ambas expresiones. A menudo, la exclusión laboral conlleva exclusión social. La situación de no empleo, tanto en el caso de personas inactivas que no lo buscan, como de personas desempleadas que lo demandan pero no lo logran, frecuentemente coloca a esas personas en situación vulnerable desde la perspectiva económica, psicológica (autoestima, sentido de pertenencia), y social. Para soportar empíricamente esa afirmación, podemos traer a colación que desde instancias oficiales se aporta el dato de que "el riesgo de pobreza entre la población desempleada es 5 veces superior que entre la población ocupada"[54].

Llegados a este punto, si la exclusión social a menudo provoca exclusión laboral, y viceversa, esa dinámica puede llevar a las personas vulnerables a un círculo vicioso del que no pueden escapar. Para romper ese círculo, la herramienta más eficaz es el empleo. Normalmente, la inclusión laboral conlleva inclusión social[55]. El empleo proporciona factores económicos y psicosociales a la persona vulnerable, dotándole de autonomía, que le catapulta hacia la inclusión social[56].

Siendo cierto que el empleo es la principal llave para la inclusión social, no siempre resulta eficaz. Así, cuando las condiciones de trabajo son muy precarias, se pro-

54. Estrategia española de activación para el empleo 2017-2020, presentación resumen en power-point editada por el Ministerio de empleo y seguridad social, p. 5.

55. Idea sobre la que se insiste desde diversos ámbitos. Así, podemos leer que "la presente Estrategia pone el acento en la necesidad de desarrollar políticas de empleo inclusivas que tengan como objetivo que las personas más vulnerables logren un empleo de calidad, que les permita vivir en unas condiciones dignas y desarrollarse desde el punto de vista profesional y también personal", de manera que "la situación del empleo constituye uno de los factores clave en la prevención de la pobreza y la exclusión social; su importancia, de hecho, se ha visto reconocida ampliamente en el enfoque de inclusión activa. Las rentas del trabajo, cuya obtención está vinculada con el empleo estable, constituyen la principal fuente de ingresos de las familias y, por tanto, es uno de los elementos cruciales a tener en cuenta a la hora de considerar a aquellos hogares que están en riesgo de pobreza y exclusión social" (Estrategia Nacional de Prevención y Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social 2019-2023); como objetivo estratégico de los poderes públicos se propone "potenciar el empleo como principal instrumento de inclusión social" (Estrategia española de activación para el empleo 2017-2020, aprobada mediante Real Decreto 1032/2017, de 15 de diciembre). También podemos leer que "el trabajo es el mecanismo por excelencia de integración social. No sólo porque alrededor suyo se articula gran parte del esquema axiológico-valorativo imperante, sino porque opera como fulcro de acceso a otras demandas sociales (vivienda, educación, calidad de vida...)", ALEMÁN PÁEZ, F.: "Grupos vulnerables. Procesos de formación y políticas socio laborales", *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 5, 2004, p. 354; o que las políticas de inclusión social "declaran con rotundidad la importancia del empleo como mecanismo de inclusión", Fernández Villazón, L.A. (2016), *op. cit.*, p. 131.

56. Interesante reflexión sobre empleo e inclusión en Alemán Páez, F., *op. cit.*, p. 354, donde distingue tres binomios: zona de marginación-exclusión laboral; zona de vulnerabilidad-trabajo precario; y zona de integración-trabajo estable.

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 14/06/2020

duce el fenómeno de las personas trabajadoras pobres, en el que el empleo no blinda frente a la exclusión social[57].

Esa realidad de trabajadoras y trabajadores pobres (*working poor*) dista de ser marginal, al contrario, parece una realidad cada vez más extendida. El reflejo de las recetas neoliberales ha traído consigo mermar la eficacia del derecho del trabajo, reduciendo así las garantías y condiciones laborales mínimas para las personas trabajadoras, entre ellas, el salario.

Un supuesto, este sí muy particular, en el que el empleo no es la mejor herramienta para la inclusión social, es el de las personas con trastorno del espectro autista. Este tipo de personas con discapacidad necesita un seguimiento individualizado para observar cómo le afecta psicológicamente el empleo. No es infrecuente que la actividad laboral les provoque situaciones de estrés, de manera que puede producir un efecto perjudicial, en estos casos.

En definitiva, para concluir este apartado, conviene subrayar la idea de que los grupos vulnerables lo son por sus características de vulnerabilidad social, que los llevan a situaciones de exclusión social, o riesgo de la misma. Salvo los últimos supuestos comentados, parece evidente que, para la inclusión social, lo más eficaz es la inclusión laboral. Por eso, en el siguiente apartado nos centraremos en el empleo de los grupos vulnerables.

4. El acceso al empleo de los grupos vulnerables

Para analizar la relación entre los grupos vulnerables y el empleo, nos centraremos en el derecho español, por constituir el acceso al empleo una materia competencia exclusiva del Estado[58]. Así, de entrada, nos damos cuenta de que ni la principal norma en materia de empleo[59], ni tampoco la referencia ineludible sobre el estatuto

57. "Las bajas oportunidades de empleo y las condiciones laborales precarias en los jóvenes, han multiplicado por tres la tasa de trabajadores pobres de entre 18 y 24 años desde 2007 a 2014 (de 7,1 por 100 a 21,3 por 100), en una realidad que se ha incrementado, aunque en menor medida, en toda Europa (8,9 por 100)", RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. & GÓMEZ GARCÍA, F.X.: "La edad como factor de vulnerabilidad social: algunos factores merecedores de preocupación", *Derecho de las relaciones laborales*, nº 5, 2018, p. 10.

58. El art. 149.1.1ª de la Constitución atribuye al Estado competencia exclusiva sobre *la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*, entre los que se encuentra el derecho al trabajo (art. 35.1). Además, el art. 149.1.7ª CE otorga al Estado competencia exclusiva en materia de *legislación laboral*.

59. Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo.

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 14/06/2020

jurídico de las personas trabajadoras[60], realizan una sola mención literal a los grupos vulnerables.

En el Estatuto de los trabajadores, lo más afín a los grupos vulnerables son los colectivos respecto de los cuales se prohíbe la discriminación en el acceso al empleo (art. 17 ET). En el caso de la Ley de empleo, también podemos encontrar una noción cercana: los *colectivos prioritarios* (art. 30 LE).

4.1. No discriminación en el acceso al empleo

El principio de igualdad y no discriminación aparece proclamado, con el máximo rango normativo, en la Constitución española. La igualdad se erige en valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE); y el art. 14 CE, pórtico del capítulo dedicado a los derechos y libertades, proclama la igualdad *ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

De esa manera, la igualdad se predica como principio general aplicable a todas las personas, siguiendo la estela de la *égalité* de la Revolución Francesa, mientras que la no discriminación llama a poner el foco en colectivos típica e históricamente discriminados[61].

El máximo intérprete constitucional nos ilustra sobre la noción de discriminación que encierra el art. 14 CE, al indicar que *representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la C.E.* (STC 128/1987, de 16 de julio)[62].

60. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

61. "La aplicación del artículo 14 está sujeta a dos cánones de enjuiciamiento de distinta intensidad: a) el juicio ordinario de igualdad, aplicable a las diferencias normativas de cualquier clase; y b) el juicio estricto de igualdad, que debe recaer sobre las fundadas en alguno de los motivos prohibidos de discriminación. Residiendo la diferencia en el hecho de que, mientras en el primero se parte de una presunción de legitimidad de la intervención legislativa, en el segundo el punto de arranque viene marcado por la sospecha de la falta de justificación de la diferencia basada en un factor constitucionalmente prohibido, que solo puede ser contrarrestada si se demuestra que cuenta con un fundamento claro en el propio texto constitucional, siendo los beneficios reportados por su aplicación, a la luz de los valores consagrados por este, superiores a los perjuicios pueda causar al colectivo afectado", SANGUINETI RAYMOND, W.: "La edad: ¿cenicienta de las discriminaciones?", *Trabajo y Derecho*, nº 59, 2019, p. 7.

62. Destacando el "carácter rechazable u odioso de la utilización como criterio de diferenciación de las condiciones personales o sociales contenidas en la lista abierta del art. 14", RODRÍGUEZ-PIÑERO & BRA-

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 14/06/2020

Desde luego, la prohibición de discriminación no alcanza únicamente a eventuales vulneraciones efectuadas por los poderes públicos. Resulta pacífica la idea de que la garantía constitucional proyecta su fuerza vinculante a las discriminaciones (horizontales) producidas entre sujetos privados, como el caso, que aquí interesa, de la discriminación en al acceso al empleo que puede provocar una empresa, al no contratar a una persona por su pertenencia a alguno de los grupos vulnerables[63].

Como desarrollo legal de ese mandato constitucional, en materia de acceso al empleo, el art. 17.1 ET declara la nulidad de normas, contratos, y decisiones unilaterales del empresario *que den lugar en el empleo… a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.*

Encontramos de esa manera la versión jurídico-positiva laboral de los grupos vulnerables, proscribiendo su discriminación en el acceso al empleo, por tratarse de colectivos tradicionalmente desfavorecidos. Podemos afirmar, desde luego, que los listados de grupos vulnerables (*vid. supra*, p.8) y de colectivos cuya discriminación se prohíbe, se asemejan notablemente[64].

Podemos concluir este apartado subrayando que las personas pertenecientes a los grupos vulnerables tienen derecho al trabajo (art. 35.1 CE), en igualdad de condiciones con respecto al resto de personas, sin que puedan ser objeto de discriminación, de manera que eventuales actos jurídicos discriminatorios en su acceso al empleo devendrían nulos y sin efecto. También hay que destacar que, dentro del amplio espectro

VO-FERRER, M.: "Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva", *Persona y Derecho*, nº 44, 2001, p. 224.

63. Refiriéndose a la doctrina del TC, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., *op. cit.*, p. 222., indica que "ese trato calificado como medida discriminatoria se ha referido no a una norma o acto de los poderes públicos sino a actuaciones de poderes privados, en concreto, el primer supuesto fue un despido calificado de discriminatorio por contrario al derecho de la libertad sindical".

64. Subraya el vínculo entre vulnerabilidad e igualdad, Miñarro Yanini, M., *op. cit.*, p. 5, "*prima facie*, la vulnerabilidad apunta a la desigualdad, por lo que, proyectada al campo jurídico-social, podría decirse que constituye una quiebra del principio de igualdad que determina que unos grupos que se hallen afectos de una circunstancia de índole socio-económica determinada se encuentren en peor situación que otros que no lo están". En idéntico sentido, Fernández Villazón, L.A. (2016), *op. cit.*, p. 118, afirma que "cabe deducir una clara relación entre la idea de grupo vulnerable y los principios de igualdad y no discriminación. De alguna manera, al legislador comunitario los más vulnerables se le presentan principalmente como grupos de personas más expuestos a situaciones indeseables de discriminación".

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 14/06/2020

de la discriminación laboral, "la fase de acceso al empleo es, de lejos, la más difícil de controlar por cualquier política antidiscriminatoria"[65].

4.2. Los colectivos prioritarios

Siendo el objetivo principal del presente artículo, como su propio título indica, la inclusión socio-laboral de los grupos vulnerables, a partir de ahora me centraré en los *colectivos prioritarios* que identifica la ley de empleo, porque se trata del reflejo jurídico, en el derecho del empleo, de la noción sociológica amplia de los grupos vulnerables[66].

Así, el art. 30 de la Ley de empleo[67] ordena al Gobierno del Estado y a las Comunidades Autónomas adoptar *programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, especialmente jóvenes, con particular atención a aquellos con déficit de formación, mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, personas con responsabilidades familiares, personas con discapacidad o en situación de exclusión social, e inmigrantes, con respeto a la legislación de extranjería, u otros que se puedan determinar, en el marco del Sistema Nacional de Empleo*.

Así, la principal norma estatal en materia de inclusión socio-laboral, la ley de empleo, nos identifica ocho colectivos prioritarios, y termina dejando la puerta abierta a la inclusión futura de otros grupos. Para determinar cuáles son los colectivos prioritarios con mayores dificultades de acceso al empleo[68], los poderes públicos disponen de un instrumento objetivo: los datos estadísticos sobre inactividad y desempleo de cada colectivo, en comparación con la población general, como veremos *infra*.

65. Sanguineti Raymond, W., *op. cit.*, p. 1.

66. "Salta a la vista que estos colectivos priorizados de la política de empleo coinciden en gran medida con los grupos tradicionalmente considerados vulnerables", Fernández Villazón, L.A. (2016), *op. cit.*, p. 130, de manera que "el concepto de colectivos priorizados en materia de empleo se mueve en un plano parcialmente distinto… siendo en él más relevante la situación efectiva de desempleo que la pertenencia a un grupo tradicionalmente discriminado socialmente", *ibíd.*, p. 131.

67. Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo.

68. Creo que el legislador se hace acreedor de una crítica técnico-jurídica por referirse en ese art. 30 a las *especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo.* Se trata de una falta de rigor que observamos con demasiada frecuencia. La dificultad no está en acceder al mercado de trabajo, porque la mera inscripción como demandante de empleo ubica a una persona desempleada en su seno; la dificultad estriba en el *acceso al empleo*. En el art. 10.4 de la misma ley podemos leer, esta vez de forma correcta, una referencia a *aquellos colectivos que tienen mayor dificultad en el acceso o permanencia en el empleo*.

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 14/06/2020

Por ello, parece muy acertado que la lista se configure como abierta, porque la evolución socioeconómica y las estadísticas serán las que indiquen que un nuevo colectivo debe ser incorporado a la lista o, en el mejor de los casos, que un colectivo incluido en ella debe dejar de estarlo.

El diseño de las políticas activas de empleo, dirigidas a fomentarlo, se realiza mediante la denominada *Estrategia española de activación para el empleo*, prevista en el art. 10 de la Ley de empleo. En este momento está vigente la Estrategia 2017-2020, que contiene referencias específicas a cada uno de los colectivos prioritarios del art. 30, con la única excepción de las personas con responsabilidades familiares, ausencia que debemos valorar como anecdótica, quizás debida a los contornos difusos de ese colectivo[69]. Dicha estrategia plurianual se ejecuta mediante el correspondiente *Plan Anual de Política de Empleo*, instrumento previsto en el art. 11.2 de la Ley de empleo. El último vigente es el de 2019, y ahí sí que se mencionan explícitamente los ocho colectivos prioritarios que enumera el art. 30 de la Ley de empleo[70].

A continuación, estudiaremos brevemente las principales características de esos ocho grupos vulnerables, que determinan su categorización como *colectivo prioritario*, en el mismo orden que establece el art. 30 de la ley de empleo.

4.2.1. Jóvenes, con particular atención a aquellos con déficit de formación

Como se ha indicado más arriba, los datos más elocuentes para acreditar la condición de colectivo con especiales dificultades para acceder al empleo, hay que buscarlos en los indicadores de actividad y paro.

Así, podemos observar que los jóvenes entre 16 y 24 años muestran una tasa de actividad del 34,66%, frente al 86,37% en el tramo entre 25 y 54 años[71]. Casi dos terceras partes (65,34% de inactividad) de esas personas jóvenes en edad de trabajar ni siquiera buscan empleo. Aunque ello se pueda explicar, en buena parte, en que se trata de estudiantes, la diferencia con respecto al 86,37% parece muy abultada.

Más elocuente resulta el contraste en el indicador de la tasa de desempleo, donde sólo se tienen en cuenta a las personas jóvenes que quieren trabajar, pero no logran

69. Estrategia española de activación para el empleo 2017-2020, aprobada mediante Real Decreto 1032/2017, de 15 de diciembre.

70. Resolución de 12 de marzo de 2019, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2019, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2019 (BOE de 15 de marzo de 2019).

71. Datos del primer trimestre de 2020, extraídos de la Encuesta de Población Activa (EPA), a nivel de todo el Estado (www.ine.es).

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 14/06/2020

empleo. En este caso, los jóvenes entre 16 y 24 años tienen una tasa del 32,99%, frente al 13,39% de paro en el tramo entre 25 y 54 años[72].

Si nos preguntamos por qué, la respuesta debe poner el foco en el eventual déficit formativo, como el propio art. 30 de la ley de empleo expresamente indica[73], y en la inexperiencia laboral. Eso provoca el efecto perverso de que, además de sufrir una barrera para acceder al empleo mucho más alta que el resto de la población, las personas jóvenes a menudo logran su primer empleo mediante contratos precarios con condiciones laborales muy escasas[74].

Aunque la edad sea un elemento objetivo, no es de recibo que se trate de esa manera peyorativa, globalmente, a todo un segmento de población. La cuestión merecería un estudio individualizado, que las empresas pueden realizar mediante procesos de selección adecuados[75].

4.2.2. Mujeres

Las mujeres, a pesar de ser un colectivo mayoritario en la población mundial, han resultado históricamente discriminadas con respecto a los hombres, y siguen estándolo. La profusión de normas proclamando la igualdad y proscribiendo la discriminación, en materia de empleo, no han producido, ni de lejos, el resultado deseable[76].

72. Datos del primer trimestre de 2020, extraídos de la Encuesta de Población Activa (EPA), a nivel de todo el Estado (www.ine.es).

73. Como consecuencia de las amplias necesidades formativas, alertando sobre el riesgo de la "burbuja formativa", ALEMÁN PÁEZ, F.: "La rueda de Ixión del empleo juvenil", *Revista de la Fundación 1º de Mayo,* 58, 2014, p. 20.

74. Compartimos la reflexión de que "en modo alguno ha de prevalecer, como hasta ahora, la inserción laboral a toda costa a través de una devaluación progresiva de las condiciones de trabajo", MEGINO FERNÁNDEZ, D.: "Jóvenes y mercado de trabajo: precariedad a cambio de inserción laboral", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, nº 383, 2015, p. 134. En la misma línea, CARDONA RUBERT, Mª.B. & CABEZA PEREIRO, J.: "La discriminación por edad sobre las mujeres mayores", *Trabajo y Derecho,* nº 59, 2019, p. 3, "por demasiado jóvenes, existe una tendencia casi inevitable a retribuirlas menos, en no pocas ocasiones a través de una legislación permisiva o incluso incentivadora de diferencias muy desproporcionadas. Se las somete a un proceso de inserción laboral caracterizado por una precariedad intensa, por una negación casi absoluta de los derechos de estabilidad en el empleo".

75. "Partiendo de que se está más cerca de cuestiones de aprendizaje… que de la simple biología, las divisiones grupales van a ser siempre arbitrarias, no pudiendo establecerse categorías universalmente válidas que, además, variarán regionalmente según los factores culturales y jurídicos vigentes en cada época", Rodríguez Escanciano, S., Gómez García, X., op.cit., p. 7.

76. "Nadie duda que en la actualidad, a pesar de las diversas y múltiples medidas adoptadas en relación con la discriminación de género en aras a erradicar las discriminatorias que se producen tanto en el acceso al

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 14/06/2020

Para sostener esa afirmación, nada mejor que los datos más recientes. Si comparamos las tasas de actividad de mujeres y hombres, vemos que alcanza el 53,03% en el caso de las mujeres, frente al 63,63% de los hombres[77]. En cuanto a la tasa de paro, es del 16,24% en la población activa femenina, frente al 12,79% en la masculina[78].

Esos datos revelan nítidamente que un porcentaje sensiblemente menor de mujeres que de hombres se encuentra en el mercado laboral, trabajando o demandando empleo; y el porcentaje femenino supera con creces al masculino en el indicador del paro, donde se busca empleo pero no se encuentra.

Desde luego, en el caso de las mujeres, nos encontramos con el rocoso obstáculo del prejuicio[79]. Parece pertinente recordar que, con anterioridad al reconocimiento legal de la igualdad, en el siglo XIX se generalizó en Europa la consideración de la mujer como *media fuerza* (al igual que las niñas y los niños), con respecto al hombre adulto, con la consiguiente minoración del salario y demás condiciones laborales. Calificación de *media fuerza* que se basaba en el más puro prejuicio, sin evidencia científica alguna, porque no se puede probar lo que no es cierto.

La discriminación legal ha sido superada, no así el prejuicio, ni la discriminación fáctica.

4.2.3. Parados de larga duración

El colectivo de personas paradas de larga duración está constituido por aquellas personas desempleadas que llevan mucho tiempo, como mínimo un año, como demandantes de empleo, y sin lograr acceder al mismo.

Se trata de un segmento, dentro del universo de la población desempleada, en el que el mero transcurso del tiempo, como demandante de empleo y sin lograr trabajar, es un claro indicador de que tiene especiales dificultades para acceder al empleo.

mercado de trabajo como en la propia relación laboral, subsisten situaciones totalmente discriminatorias para con la mujer. De entre todas las posibles conductas discriminatorias, posiblemente, las que se producen en el momento de acceso al mercado de trabajo sean las más difíciles de controlar", POQUET CATALÁ, R.: "De nuevo con la discriminación por razón de sexo en el empleo. Última doctrina judicial comunitaria", *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, 2019, p. 1.

77. Datos del primer trimestre de 2020, extraídos de la Encuesta de Población Activa (EPA), a nivel de todo el Estado (www.ine.es).

78. Datos del primer trimestre de 2020, extraídos de la Encuesta de Población Activa (EPA), a nivel de todo el Estado (www.ine.es).

79. "Estereotipos sociales que ponen en tela de juicio su fiabilidad, aptitud y profesionalidad y que la someten a una sexualización que las perjudica en sus proyectos laborales", Cardona Rubert, Mª.B., Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, p. 4.

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 14/06/2020

Son personas en las que se corre el riesgo de la cronificación del desempleo, que en algunos casos se convierte en realidad.

Si acudimos a las estadísticas, podemos observar que, en el año 2018, un 6,4% de las personas desempleadas llevaba más de un año sin lograr empleo[80], por lo tanto, ese sería el porcentaje, en el año indicado, de personas en desempleo de larga duración, en relación al número total de personas desempleadas.

4.2.4. Mayores de 45 años

En general, los trabajadores maduros constituyen un grupo vulnerable en el acceso al trabajo. La ley de empleo delimita ese concepto, al establecer el umbral determinado de los 45 años, siguiendo así la estela de cierta tradición en el ámbito de las políticas de empleo[81].

Actualmente, no existe ninguna condición legal relacionada con el cumplimiento de determinada edad máxima como elemento que impida el acceso al empleo. Bien es cierto que esa posibilidad se permite en el caso de los convenios colectivos, siempre como medida de fomento del empleo de otras personas, y cuando se garantice que la persona obligada a dejar el empleo percibirá el 100% de su pensión de jubilación[82].

El último dato estadístico disponible sobre parados registrados es elocuente. De 3.548.312 personas demandantes de empleo registradas, prácticamente la mitad, 1.755.700, tienen 45 años o más, lo que supone el 49.47%[83].

Desde luego, la dificultad de este colectivo para acceder al empleo está fuera de toda duda, y, además, se acrecienta según avanza la edad[84]. Cuando nos preguntamos por los motivos, la cuestión se vuelve compleja, porque la edad avanzada objetiva-

80. Encuesta de Población Activa (EPA), a nivel de todo el Estado (www.ine.es).

81. Se trata de la "transición entre la edad adulta y la vejez", Rodríguez Escanciano, S., Gómez García, X., *op.cit.*, p. 8.

82. Disp. adic. 10 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En el caso de los funcionarios públicos, se permite su jubilación forzosa, a partir de los 65 años, en virtud del art. 67.3 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

83. Datos marzo de 2020, a nivel de todo el Estado (www.sepe.es).

84. "Existen fundados indicios de que la edad, singularmente en su franja superior, constituye hoy la principal causa de discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, por encima incluso del sexo", y "a partir de los 55 años las oportunidades de acceso al mismo se tornan prácticamente nulas, sin que puedan establecerse diferencias sustanciales en función del sector de actividad, la profesión y el nivel de cualificación o el tipo de esfuerzo requerido", Sanguineti Raymond, W., *op. cit.*, p. 1.

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 14/06/2020

mente puede suponer una merma de capacidad laboral, pero esa circunstancia objetiva envuelve e invisibiliza numerosos supuestos de discriminación antijurídica, y profundamente injusta[85].

Si la edad produce incapacidad laboral, el derecho del trabajo ya cuenta con el despido objetivo, basado precisamente en la ineptitud para desempeñar la actividad laboral contratada[86]. Por lo tanto, la edad no puede erigirse en barrera objetiva en el acceso al empleo, ni en causa sustantiva de despido, debiendo protegerse frente al trato discriminatorio prohibido.

A menudo se confunden prejuicios y evidencias científicas[87]. Ello redunda en un notable perjuicio para las personas mayores de 45 años, fuertemente discriminadas, y cuya discriminación, con demasiada frecuencia, pasa desapercibida.

4.2.5. Personas con responsabilidades familiares

El colectivo de personas con responsabilidades familiares, nos sitúa, en primer lugar, ante la ausencia de concepto jurídico, teniendo como efecto la consiguiente

85. "Partiendo de que se está más cerca de cuestiones de aprendizaje y deterioro cognitivo que de la simple biología, las divisiones grupales van a ser siempre arbitrarias, no pudiendo establecerse categorías universalmente válidas que, además, variarán regionalmente según los factores culturales y jurídicos vigentes en cada época", Rodríguez Escanciano, S., Gómez García, X., *op.cit.*, p. 7.

86. Art. 52 del Estatuto de los Trabajadores.

87. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 291/2007, de 28 marzo, (rec. 249/2007), subraya los estereotipos sociales de "la menor competitividad y fuerza física o la resistencia al cambio". A las personas maduras se les achaca "falta de adaptación, de reciclaje profesional, encarecimiento de los costes laborales, cargas familiares y mayor propensión a las bajas laborales y al absentismo", MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. & QUESADA SEGURA, R. et. al.: *Manual de política y derecho del empleo*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 389. Sanguineti Raymond, W., *op. cit.*, p. 2., indica con acierto que "la madurez se presenta vinculada con el deterioro físico, la obsolescencia de los conocimientos, falta de flexibilidad e interés por adquirir nuevos saberes o la incapacidad de adaptación a las nuevas tecnologías. Poco importa que la evidencia científica ponga de manifiesto, como se ha destacado, que la edad constituye un fenómeno altamente individualizado, que depende en gran medida de cada sujeto. Finalmente estos estereotipos terminan por impregnar el sistema de creencias de los individuos, impulsándolos a adoptar decisiones en perjuicio de los integrantes de ambos colectivos". Como sostienen Rodríguez Escanciano, S., Gómez García, X., *op.cit.*, p. 9, "en definitiva, la edad y el envejecimiento son heterogéneos e individualizados, no estando la capacidad para trabajar únicamente determinada por la edad". Certera reflexión también en Cardona Rubert, Mª.B., Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, p. 3, "la construcción social de la tercera edad está sustentada por presuposiciones, en su mayoría negativas, ligadas a la enfermedad o a la salud deficiente, a la falta de proyectos y de potencial para innovar, a la obsolescencia de las capacidades o a la extemporaneidad de los valores de las personas mayores. Los estereotipos negativos redundan en que se les atribuyan papeles subalternos, en el contexto de una sociedad que, aparentemente, poco debe esperar de ellas. Es verdad que las condiciones físicas y psíquicas van evolucionando con el tiempo, pero también lo es que la tercera edad es un colectivo cada vez más heterogéneo y que el envejecimiento resulta un proceso más relativo y aplazado en el tiempo, en el que caben muchos matices".

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 14/06/2020

inseguridad jurídica. La ley de empleo no nos aporta luz al respecto, y tampoco lo hace, en desarrollo de la misma, la Estrategia española de activación para el empleo 2017-2020, ni el Plan Anual de Política de Empleo 2019.

Por afinidad con la temática que nos ocupa, el acceso al empleo, parece oportuno acudir al concepto acuñado en el ámbito de las políticas pasivas de empleo, concretamente en la regulación del subsidio por desempleo, donde se indica que *se entenderá por responsabilidades familiares tener a cargo al cónyuge, hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando la renta del conjunto de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. No se considerará a cargo el cónyuge, hijos o menores acogidos, con rentas de cualquier naturaleza superiores al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluída la parte proporcional de dos pagas extraordinarias* (art. 275 de la Ley de seguridad social)[88].

Por lo tanto, aunque la definición transcrita se circunscribe, técnicamente, al ámbito del subsidio por desempleo, resulta reveladora de la noción genérica de persona con responsabilidades familiares, que se construye en torno a la conjunción de los elementos de tener familiares a cargo, y renta económica escasa para hacer frente a esa situación. De esa manera, esas personas, en su gran mayoría mujeres, encuentran especiales dificultades para acceder al empleo, por su exigente situación familiar y necesidad económica, unida a la disposición limitada de tiempo[89].

4.2.6. Personas con discapacidad

Sin duda, en las personas con discapacidad encontramos el más clásico de los grupos vulnerables que sufren discriminación[90]. Más allá del ámbito del acceso al empleo, objeto de este estudio, este colectivo ha sufrido tremendas atrocidades[91]. Es

88. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

89. El art. 1 del Convenio nº 156 OIT sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981), pone el acento en que *tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella.*

90. Por ese motivo, "las políticas activas de empleo dirigidas a este colectivo son las que cuentan con mayor tradición en nuestro país, constituyendo precisamente punto de arranque de las políticas de empleo diferenciadas subjetivamente", Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R. et. al., *op. cit.*, p. 383.

91. Mención aparte merece el caso del nazismo, que consideraba desechables estas personas, y puso en marcha un programa de exterminación sistemática de las personas con discapacidad, preludio de las cámaras de gas que sufrió la población judía en el III Reich.

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 14/06/2020

cierto que el derecho humanitario ha avanzado notablemente en la proclamación de la igualdad y dignidad de las personas con discapacidad, habiendo recorrido un largo camino, que comienza en la propia denominación del colectivo[92].

La discapacidad es aquella *situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*[93]. Se trata de personas a las que, tras la pertinente evaluación multidisciplinar (personal médico, psicólogo, y trabajador social), se les reconoce un grado de discapacidad mínimo del 33%. La discapacidad puede ser física, sensorial, o psíquica (mental o intelectual).

Cuando acudimos a los datos estadísticos, observamos que resultan sumamente reveladores. Así, la tasa de actividad de las personas con discapacidad es del 34,5%, frente al 77,6% de las personas sin discapacidad. En cuanto a la tasa de paro, 25,2% para el primer colectivo, y 15,1% para el segundo[94].

Se trata de un colectivo que sufre prejuicios y estereotipos sociales de gran calado, que se reflejan, entre otros muchos ámbitos, como barrera invisible cuando pretenden acceder al empleo[95].

4.2.7. Personas en situación de exclusión social

Más arriba (apdo. 2.4), hemos sostenido la equiparación entre las nociones de grupo vulnerable y personas en situación o riesgo de exclusión social. Ahora debemos centrarnos en el segundo colectivo. Además, el art. 30 de la Ley de empleo considera

92. La expresión *persona con discapacidad* es no sólo política, sino jurídicamente correcta, por mandato de la disp. adic. 8 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia: *las referencias que en los textos normativos se efectúan a minusválidos y a personas con minusvalía se entenderán realizadas a personas con discapacidad. A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones públicas utilizaran los términos persona con discapacidad o personas con discapacidad para denominarlas*. Como exponía en otro lugar, "no resulta, desde luego, intrascendente que a la misma persona se le califique como deficiente, subnormal, minusválido, retrasado mental, o persona con discapacidad. Actualmente, la expresión persona con discapacidad se encuentra plenamente arraigada en el ámbito del Derecho, en el contexto de las políticas de igualdad y no discriminación, por ser debidamente respetuosa y no peyorativa", BENGOETXEA ALKORTA, A.: "Economía social e inserción laboral de las personas con discapacidad", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 99-100, 2014, p. 529.

93. Art. 2 a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPCD).

94. Datos de 2018, a nivel de todo el Estado (www.ine.es).

95. En ese sentido, Alemán Páez, F., *op. cit.*, p. 352; MARTÍN PUEBLA, E.: "Igualdad de trato y no discriminación por edad, discapacidad y orientación sexual", *Trabajo y Derecho*, nº Extra 7, 2018, p. 13.

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 14/06/2020

colectivo prioritario a las personas en situación de exclusión social, sin incluir a las personas en riesgo de estarlo. Puede ser una omisión debida a la falta de rigor, o, por el contrario, podría ser una decisión consciente. Me inclino por la segunda opción. Tiene sentido que, en el momento de acceder al empleo, se considere colectivo prioritario solo a las personas en situación de exclusión social materializada.

Llegados a este punto, nos encontramos ante un colectivo, personas en situación de exclusión social, sin un concepto jurídico claro, más allá de la claridad de su propia denominación. Sí existe una enumeración legal de esta categoría de personas, en la Ley de empresas de inserción, como hemos podido observar *supra* (apdo. 2.4). También hay que destacar el vínculo conceptual entre pobreza y exclusión social, cuyo máximo exponente puede ser la vigente Estrategia nacional de prevención y lucha contra la pobreza y la exclusión social (2019-2023).

Sea como fuere, aún careciendo de concepto jurídico, podemos concluir que es correcta la ubicación de las personas en situación de exclusión social entre los colectivos prioritarios. A consecuencia de su desfavorable situación socieconómica, tienen especiales dificultades para acceder al empleo, debido a sus propias condiciones subjetivas de empleabilidad, y también a los prejuicios que pueden sufrir.

4.2.8. Inmigrantes

Cuando se trata a las personas inmigrantes como colectivo prioritario para el acceso al empleo, conviene realizar una delimitación preliminar.

Se está aludiendo a inmigrantes extracomunitarios, porque las personas con nacionalidad de alguno de los países de la Unión Europea gozan de un estatuto particular, en virtud del principio de libre circulación[96].

Otro aspecto fundamental a tener en cuenta es que los extranjeros, por el mero de hecho de serlo, no gozan del principio de igualdad con respecto a los españoles para el acceso al empleo[97]. De manera que *los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar*[98]. Para expedir ese

96. Art. 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Más allá del art. 30, toda la ley de empleo, cuando se refiere a la inmigración, sistemáticamente hace referencia a las personas extracomunitarias.

97. El art. 35.1 CE reconoce el derecho al trabajo únicamente a los españoles, a partir de ahí, tempranamente indicó el Tribunal Constitucional que "constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre los extranjeros… y los españoles en materia de acceso al trabajo y no existe tratado que así lo imponga, ya sea multilateral o bilateral" (STC 107/1984, de 23 de noviembre).

98. Art. 36.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX).

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 14/06/2020

permiso de trabajo, la autoridad laboral correspondiente, *tendrá en cuenta la situación nacional de empleo*[99]. Queda clara la posición legalmente rezagada de las personas extranjeras en la carrera para lograr un empleo[100]. Ahora bien, si logran empleo, la ley les garantiza estricta igualdad en las condiciones laborales[101].

Tras realizar esa delimitación, los últimos datos disponibles nos muestran claramente por qué los inmigrantes son considerados colectivo prioritario para acceder al empleo: 23,21 % de tasa de paro, frente al 13,35% de los españoles[102]. Cerca del doble.

Los flujos migratorios se han multiplicado con el fenómeno de la globalización económica. Más allá de ese dato económico objetivo, la consideración de las personas inmigrantes como colectivo prioritario se deriva sobre todo de la cuestión del contraste cultural, que a menudo actúa como dificultad añadida en el acceso al empleo[103].

4.3. Acción positiva en favor del acceso al empleo de los colectivos prioritarios

Desde luego, jurídicamente, los colectivos prioritarios pueden acceder al empleo del mismo modo que el resto de la población, esto es, sin medidas de acción positiva. Pero el hecho de que los indicadores del mercado de trabajo, en términos de actividad y desempleo, nos muestren su dificultad añadida, hace aconsejable la aplicación de medidas de acción positiva en favor de los mismos.

El planteamiento jurídico-positivo de la cuestión nos lleva, en primer lugar, al art. 14 CE. Como hemos visto supra (apdo. 4.1), dicho precepto constitucional proclama la igualdad de trato y proscribe el trato discriminatorio. Lo que ocurre es que, para ayudar a los colectivos prioritarios, no es suficiente con la igualdad de trato, sino que es necesario poner el horizonte en la igualdad de oportunidades.

Es el art. 9.2 CE el que va más allá de la igualdad formal *ex* art. 14 CE, abogando por la igualdad material, cuando indica que *corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se*

99. Art. 38.1 LOEX.

100. Alertando del riesgo de que ello desemboque en un "enfoque puramente utilitarista" de las personas inmigrantes, VACA BUSTOS, L.: "Legislación y políticas públicas en España, respecto a la inmigración y su inserción en el mercado laboral", *Revista de Derecho de la UNED,* 25, 2019, p. 809.

101. Art. 10 LOEX.

102. Datos del primer trimestre de 2020, extraídos de la Encuesta de Población Activa (EPA), a nivel de todo el Estado (www.ine.es).

103. Destacando los aspectos de la globalización y el pluralismo cultural, Vaca Bustos, L., *op. cit.*, pp. 790 y ss.

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 14/06/2020

integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Ese precepto constitucional es el principal asidero jurídico de la acción positiva (expresión que ha dejado obsoleta a la antigua discriminación positiva)[104]. Por consiguiente, "la incidencia del mandato contenido en el art. 9.2… en cuanto se dirige a los poderes públicos… no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial"[105].

Posteriormente, el referido mandato constitucional ha sido desarrollado, en lo que aquí interesa, en materia de acceso al empleo, por el art. 17 ET, y el art. 30 de la Ley de empleo.

Destacamos, por su estrecha relación con el presente estudio, el siguiente pasaje del art. 17.3: *el Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo. Asimismo, el Gobierno podrá otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo.*

Por su parte, el art. 30.1 de la Ley de empleo indica que *el Gobierno y las comunidades autónomas adoptarán… programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo*. Seguidamente, el art. 30.2 dispone que *teniendo en cuenta las especiales circunstancias de estos colectivos, los servicios públicos de empleo asegurarán el diseño de itinerarios individuales y personalizados de empleo que combinen las diferentes medidas y políticas, debidamente ordenadas y ajustadas al perfil profesional de las personas que los integran y a sus necesidades específicas.*

Una vez situados en el marco jurídico que le sirve de soporte, pasemos a observar las principales medidas de acción positiva que el ordenamiento vigente recoge, para ayudar a acceder al empleo a los ocho colectivos prioritarios que el art. 30 de la Ley de empleo enumera[106].

104. En palabras de doctrina muy autorizada al respecto, "la conexión del art. 14 con el 9.2 C.E. impone a los poderes públicos, y también al legislador, hacer realizable y efectiva la no discriminación, removiendo y suprimiendo situaciones discriminatorias, es lo que se ha llamado la jurisprudencia compensadora relacionada con las llamadas medidas de acción positiva", Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., *op. cit.*, p. 232.

105. STC 216/1991, de 14 de noviembre.

106. Utilizaremos, como principales referencias sobre el régimen jurídico-positivo, la "Guía de contratos" (marzo 2020); la "Guía de bonificaciones/reducciones a la contratación laboral" (marzo 2020); y el documen-

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 14/06/2020

En lo que respecta al colectivo de personas trabajadoras jóvenes, recordemos que el art. 30 de la Ley de empleo ordena prestar *particular atención a aquellos con déficit de formación*. Como instrumento específico para luchar contra ese problema formativo, tenemos el contrato para la formación y el aprendizaje, con duración mínima de un año y máxima de tres, previsto para trabajadores mayores de dieciséis años y menores de veinticinco, que carezcan de cualificación profesional, y en régimen de alternancia entre actividad laboral retribuida y actividad formativa recibida[107]. Este contrato se encuentra bonificado con reducción de las cuotas empresariales a la seguridad social, que puede alcanzar el 100%[108].

En el ámbito del trabajo autónomo, se prevé una bonificación adicional del 30% sobre la cuota de contingencias comunes, por encima de la bonificación genérica, para trabajadores menores de 30 años. En el terreno del autoempleo colectivo, hay subvenciones específicas por la incorporación de desempleados menores de 25 años, que no hayan tenido antes un primer empleo fijo, como socios trabajadores o socios de trabajo a cooperativas o sociedades laborales[109].

En el caso de las mujeres, no hay una modalidad contractual específica para este colectivo, sino que, de manera transversal, en distintos tipos de contrato, existe una batería de medidas de bonificaciones y reducciones cuando se contrate a mujeres[110]. Hay disposiciones específicas en casos de mujeres víctimas de violencia de género. En algunos casos, la acción positiva a favor de las mujeres se cruza con las medidas del mismo carácter dirigidas a otro colectivo prioritario[111].

to sobre "Bonificaciones/reducciones a la seguridad social a trabajadores autónomos" (abril 2020), todos ellos publicados y actualizados regularmente por el sepe (www.sepe.es).

107. Su régimen jurídico se encuentra en el art. 11.2 ET, desarrollado por el Real Decreto 488/1998, 27 de marzo.

108. Formalmente, el instrumento del contrato para la formación muestra las características de acción positiva, en lo que se refiere al estricto momento del acceso al empleo. Una vez empleada esa persona joven, las condiciones laborales dejan mucho que desear, comenzando por el salario, porque la retribución del trabajador será proporcional al tiempo de trabajo efectivo, sin incluir el tiempo dedicado a actividad formativa.

109. Hasta 5.500 euros, en virtud de la Orden TAS/3501/2005, de 7 de noviembre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para el fomento del empleo y mejora de la competitividad en las cooperativas y sociedades laborales.

110. Como el caso de la conversión de contratos temporales en contratos indefinidos, o del contrato para la formación y el aprendizaje.

111. Como la contratación de personas con discapacidad, o de personas en desempleo de larga duración.

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 14/06/2020

En materia de trabajo autónomo también podemos encontrar medidas de acción positiva en favor de las mujeres emprendedoras autónomas[112]. En el ámbito de la economía social, existen subvenciones específicas por la incorporación de mujeres desempleadas como socias trabajadoras o de trabajo a cooperativas o sociedades laborales, en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto, adopción o acogimiento[113].

En lo que respecta a los parados de larga duración, hay un contrato específico dirigido a promover el acceso al empleo de este colectivo, denominado "contrato indefinido de personas desempleadas de larga duración". Se requiere su inscripción como desempleadas, como mínimo, doce meses antes de la contratación. Su principal incentivo consiste en bonificaciones en las cuotas a la seguridad social[114].

En el ámbito de la economía social, existen subvenciones específicas por la incorporación de desempleados de larga duración, que hayan estado sin trabajo e inscritos en la oficina de empleo durante al menos doce de los anteriores dieciséis meses, como socios trabajadores o de trabajo a cooperativas o sociedades laborales[115].

En el caso de personas trabajadoras mayores de 45 años, no hay contrato específico, pero sí subvenciones por la contratación de personas de esa edad en otras modalidades contractuales[116].

En el ámbito del autoempleo colectivo, podemos encontrar subvenciones específicas por la incorporación de desempleados mayores de 45 años, como socios trabajadores o de trabajo, a cooperativas o sociedades laborales[117].

Con respecto al colectivo de personas con responsabilidades familiares, podemos observar que en las modalidades contractuales denominadas "contrato temporal de trabajos de interés social" y "contrato temporal de fomento de empleo agrario", constituye requisito de la persona a contratar que sea desempleada y, además, como criterio a tener en cuenta en la selección, se menciona "tener responsabilidades familiares". En ambos contratos se subvencionan tanto los costes salariales como las cotizaciones a la seguridad social.

112. En supuestos como el alta inicial de mujeres autónomas, o la reincorporación por descanso motivado por nacimiento o adopción.

113. Hasta 7.000 euros, en virtud de la Orden TAS/3501/2005, *cit*.

114. Durante 3 años, 1.300 euros al año, o 1.500 si es mujer.

115. Hasta 5.500 euros, en virtud de la Orden TAS/3501/2005, *cit*.

116. Contratación de personas con discapacidad, tanto indefinida como temporal. Al igual que hemos visto en el caso de las mujeres, se superponen aquí dos colectivos prioritarios.

117. Hasta 5.500 euros, en virtud de la Orden TAS/3501/2005, *cit*.

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 14/06/2020

Pasando al siguiente colectivo, las personas con discapacidad, empezaremos por afirmar que sin duda constituyen el colectivo destinatario del catálogo más abundante y complejo de medidas de acción positiva. En función de su grado de discapacidad, se prevén tres canales de inclusión: servicio ocupacional (terapia ocupacional, sin relación de empleo); empleo protegido (relación laboral especial en centros especiales de empleo); y empleo ordinario[118].

En el empleo ordinario, la principal medida, ampliamente incumplida en la práctica, es la reserva del 2% de los contratos para personas con discapacidad, en las empresas cuya plantilla supere las 50 personas trabajadoras[119]. También en el empleo ordinario, hay dos modalidades contractuales específicas para personas con discapacidad, una de duración indefinida y otra temporal (entre uno y tres años)[120]. Hay distintas subvenciones, bonificaciones, y deducciones fiscales, para una u otra modalidad, en torno a diversos conceptos como las cotizaciones a la seguridad social, o la adaptación de puestos de trabajo. Se puede considerar también acción positiva la posibilidad de trabajar, mediante relación laboral especial, en un centro especial de empleo. Esta relación laboral está diseñada para su mejor adaptación al trabajo de las personas con discapacidad, mediante los correspondientes servicios de ajuste personal y social[121].

En materia de empleo autónomo de personas con discapacidad, también existen incentivos, que difieren en función de la base de cotización por la que se opte. En el ámbito del autoempleo colectivo, hay subvenciones específicas por la incorporación de personas con discapacidad, como socias trabajadoras o de trabajo, a cooperativas o sociedades laborales[122]. Por último, y es el único colectivo prioritario con medidas de

118. Para profundizar en esta materia, BENGOETXEA ALKORTA, A., ETXEBARRIA RUBIO, A., MORANDEIRA ARCA, J. et al.: *El modelo vasco de inclusión sociolaboral*, Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea, 2020.

119. Art. 42.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPCD). Se prevén medidas alternativas al cumplimiento de esa norma, entre las cuales se encuentra la constitución de un enclave laboral en la empresa ordinaria, en el que trabajarán, a modo de una contrata, personas con discapacidad pertenecientes a la plantilla de un centro especial de empleo.

120. Además de estas dos modalidades genéricas, hay incentivos en diversas variantes contractuales, como el contrato en prácticas con personas con discapacidad, o la conversión de contratos formativos y temporales en indefinidos.

121. Art. 43 LGDPCD. Esta relación laboral especial también es objeto de diversos incentivos, en los contratos de personas con discapacidad en centros especiales de empleo, tanto en su variante de contrato indefinido como en el contrato temporal.

122. Hasta 10.000 euros, en virtud de la Orden TAS/3501/2005, *cit*.

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 14/06/2020

acción positiva en el empleo público, en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad[123].

Las personas en situación de exclusión social, de manera similar a las personas con discapacidad, cuentan con dos modalidades contractuales específicas, una de duración indefinida y otra temporal (entre uno y tres años). Ambas son objeto de varias bonificaciones, por la propia contratación, y por las cotizaciones a la seguridad social[124]. Además, el legislador ha diseñado las empresas de inserción, como ámbito específico destinado al empleo de las personas en situación de exclusión social, con el objetivo de su posterior inserción en alguna empresa ordinaria, como su propio nombre indica[125].

En materia de economía social, hay subvenciones específicas por la incorporación de personas en situación de exclusión social, como socios trabajadores o de trabajo, a cooperativas o sociedades laborales[126].

Por último, en el caso del colectivo prioritario de las personas inmigrantes, no hemos encontrado, en sentido jurídico-técnico, ninguna medida de acción positiva para su acceso al empleo.

5. Conclusiones

En el presente estudio, hemos observado cómo la génesis de la noción de los grupos vulnerables se encuentra en el derecho internacional humanitario cuando, yendo más allá de la proclamación de derechos humanos elementales, procura que su ámbito de aplicación universal sea real, lo que le empuja a fijarse en los grupos en situación de desventaja con respecto a la sociedad en general.

Hoy en día los grupos vulnerables constituyen un concepto sociológico muy arraigado, en torno a una amplia lista de colectivos (personas con discapacidad, migrantes, mayores, personas con problemas de adicción, etc.). La lista es abierta, y creemos que debe serlo, para que se adecúe a la evolución socioeconómica, que puede conllevar cambios en su contenido.

123. Art. 59 EBEP.

124. Además de estas dos modalidades genéricas, hay incentivos en más variantes contractuales, como la contratación de personas en situación de exclusión social en empresas de inserción, tanto en su modalidad de contrato indefinido como en la de contrato temporal.

125. Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

126. Hasta 8.000 euros, en virtud de la Orden TAS/3501/2005, *cit*.

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 14/06/2020

La noción de los grupos vulnerables es sociológica, y el derecho la ha importado, sin desarrollar un concepto jurídico, lo que provoca inseguridad jurídica. Cada vez hay más menciones en el derecho positivo a los grupos vulnerables, pero sin concepto jurídico. Hemos sostenido en este estudio la viabilidad de construir ese concepto en torno a las personas en riesgo o situación de exclusión social, que nos parece la aproximación más certera.

Al trasladar la cuestión genérica de los grupos vulnerables al terreno de la inclusión laboral, hemos visto que la ley de empleo enumera ocho colectivos prioritarios (jóvenes, mujeres, parados de larga duración, mayores de 45, personas con responsabilidades familiares, personas con discapacidad, personas en situación de exclusión social, e inmigrantes). La lista queda abierta, con buen criterio, para que pueda adaptarse a la evolución de los mismos, y eventual incorporación de nuevos colectivos.

Hemos observado las características que determinan la consideración de cada uno de los ocho como colectivos prioritarios para acceder al empleo. También las principales medidas de acción positiva que se les aplican, como palanca para su inclusión laboral.

Para valorar la efectividad de esa acción positiva, el indicador más objetivo que mide la situación de cada uno de esos ocho colectivos lo encontramos en los datos del mercado de trabajo, señaladamente, inactividad y paro. Los datos disponibles son harto elocuentes. Tras la identificación de los colectivos, y la aplicación de la terapia de la acción positiva, los datos nos indican que la desventaja, además notoria, continúa.

El mercado laboral es implacable, y los prejuicios son más fuertes que las medidas de acción positiva. Medidas que, muy mayoritariamente, giran en torno a incentivos económicos. A falta de evaluaciones fiables sobre la efectividad de esas medidas, parece bastante acertada la denuncia del *effet d'aubaine* (efecto chollo), de manera que muchas contrataciones subvencionadas se hubieran producido igualmente sin subvención.

La situación del mercado de trabajo tras el paso de la pandemia provocada por el Covid-19 no parece muy halagüeña. Estas líneas se escriben desde la situación de confinamiento. Cabe suponer que la problemática para el acceso al empleo de los colectivos prioritarios se agudizará.

Para mejorar la situación desventajosa de los grupos vulnerables, que hunde sus raíces en prejuicios y discriminaciones, y avanzar hacia una sociedad realmente inclusiva, se requiere educación. En el ámbito de la política del derecho, voluntad firme, e imaginación para diseñar también otras medidas más allá de los incentivos económicos, quizás más coercitivas, procurando romper el prejuicio. Por ejemplo, en la contratación de personas con discapacidad, hay encuestas que muestran que quien prueba, aunque sea bajo presión, mayoritariamente repite. Y, sobre todo, se requiere una conciencia clara de solidaridad.

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 14/06/2020

Bibliografía

ALEMÁN PÁEZ, F.: "La rueda de Ixión del empleo juvenil", *Revista de la Fundación 1º de Mayo*, nº 58, 2014.

ALEMÁN PÁEZ, F.: "Grupos vulnerables. Procesos de formación y políticas socio laborales", *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo,* nº 5, 2004.

BAYLOS GRAU, A.P.: "Desigualdad, vulnerabilidad y precariedad en el análisis jurídico de género", *Revista de Derecho Social*, nº 72, 2015.

BENGOETXEA ALKORTA, A., ETXEBARRIA RUBIO, A., MORANDEIRA ARCA, J. et al.: *El modelo vasco de inclusión sociolaboral*, Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea, 2020.

BENGOETXEA ALKORTA, A.: "Economía social e inserción laboral de las personas con discapacidad", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 99-100 (en homenaje a Demetrio Loperena Rota), 2014.

CABEZA PEREIRO, J.: *Essay on precarious workers and vulnerable persons,* Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

CABEZA PEREIRO, J., CARDONA RUBERT, M.B., & FLORES GIMÉNEZ, F. (coords.): *Edad, discriminación y derechos,* Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

CARDONA RUBERT, Mª.B. & CABEZA PEREIRO, J.: "La discriminación por edad sobre las mujeres mayores", *Trabajo y Derecho,* nº 59, 2019.

FABREGAT MONFORT, G.: *La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

FERNÁNDEZ LIESA, C.R. & MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. (coords.): *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo, Trabajo e Inmigración,* Madrid, 2001.

FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: "La OIT y los grupos vulnerables. Especial atención a la vulnerabilidad de género y a la protección de la infancia", *Estudios Financieros-Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 434, 2019.

FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: "Grupos vulnerables: apuntes para un concepto jurídico-social", *Estudios Financieros-Revista de Trabajo y Seguridad Social,* nº 404, 2016.

FERRER LLORET, J. & SANZ CABALLERO, S. (coords.): *Protección de personas y grupos vulnerables. Especial referencia al Derecho Internacional y Europeo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 14/06/2020

GARCÍA VALVERDE, Mª.D. & GARCÍA GÓMEZ, I.: "La realidad del Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021", *Trabajo y Derecho,* nº 60, 2019.

MARTÍN PUEBLA, E.: "Igualdad de trato y no discriminación por edad, discapacidad y orientación sexual", *Trabajo y Derecho,* nº Extra 7, 2018.

MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Influencia de la edad en las relaciones laborales: acceso al empleo y protección social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

MEGINO FERNÁNDEZ, D.: "Jóvenes y mercado de trabajo: precariedad a cambio de inserción laboral", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF,* nº 383, 2015.

MIÑARRO YANINI, M.: "La protección socio-laboral de los refugiados como grupo vulnerable: balance crítico y propuestas de mejora", *Nueva revista española de derecho del trabajo,* nº 203, 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R. et. al.: *Manual de política y derecho del empleo,* Tecnos, Madrid, 2011.

OLARTE ENCABO, S.: *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades,* Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

PERONI, L. & TIMMER A.: "Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law", *International Journal of Constitutional Law,* vol. 11, nº 4, 2013.

POQUET CATALÁ, R.: "De nuevo con la discriminación por razón de sexo en el empleo. Última doctrina judicial comunitaria", *Derecho de las Relaciones Laborales,* nº 2, 2019.

PRESNO LINERA, M.A. (coord.): *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables, Procuradora General del Principado de Asturias*, Oviedo, 2013.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. & GÓMEZ GARCÍA, F.X.: "La edad como factor de vulnerabilidad social: algunos factores merecedores de preocupación", *Derecho de las relaciones laborales*, nº 5, 2018.

RODRÍGUEZ-PIÑERO & BRAVO-FERRER, M.: "Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva", *Persona y Derecho,* nº 44, 2001.

SANGUINETI RAYMOND, W.: "La edad: ¿cenicienta de las discriminaciones?", *Trabajo y Derecho*, nº 59, 2019.

SAN MARTÍN MAZZUCONI, C. (coord.): *La politica de empleo como instrumento de inclusion social: un análisis jurídico,* Dykinson, Madrid, 2019.

TRINIDAD NÚÑEZ, P.: "La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *Revista Española de Relaciones Internacionales,* nº 4, 2012.

VACA BUSTOS, L.: "Legislación y políticas públicas en España, respecto a la inmigración y su inserción en el mercado laboral", *Revista de Derecho de la UNED*, nº 25, 2019.

FECHA DE ENTRADA: 29/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 14/06/2020

LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO: CONFIGURACIÓN LEGAL E INCIDENCIA Y VALORACIÓN DE LAS ÚLTIMAS ACTUACIONES NORMATIVAS[1]

Luis Ángel Sánchez Pachón
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Valladolid

RESUMEN
El reconocimiento legal de los Centros Especiales de Empleo (CEE) se produjo en la Ley 13/1982, de 7 de abril. La Ley 5/2011, de Economía Social, incluyó a los CEE dentro de las entidades de economía social. El Real Decreto Legislativo 1/2013 dio una nueva definición de los CEE. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, produjo un cambio significativo en la tipificación de los CEE, repercutiendo en las reservas de contrataciones del sector público. En el trabajo repasamos esta evolución normativa, nos centramos en la caracterización actual de los CEE y en el cambio significativo producido en la Ley de 2017. El cambio no deja de ser polémico. En los pocos años de vigencia de la reforma surgen conflictos en su aplicación, discrepancias interpretativas, desajustes o colisiones con otras instituciones de nuestro sistema jurídico y no faltan, tampoco, voces críticas que cuestionan sus objetivos.

PALABRAS CLAVE: Economía social, centros especiales de empleo, contratación pública, contratos reservados.

CLAVES ECONLIT: B55, H57, J14, K12, L31.

Cómo citar este artículo/How to cite this article: SÁNCHEZ PACHÓN, L.A.: "Los Centros Especiales de Empleo: configuración legal e incidencia y valoración de las últimas actuaciones normativas", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 36, 2020, pp. 55-91. DOI: 10.7203/CIRIEC-JUR.36.16989.

1. Este trabajo es resultado del proyecto de investigación "Economía Social, Autogestión y Empleo" (DER2016-78732-R) financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España, por la Agencia Estatal de Investigación y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional. Investigador principal: Dª Gemma Fajardo García.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 04/06/2020

SPECIAL EMPLOYMENT CENTERS: LEGAL CONFIGURATION AND INCIDENCE AND VALUATION OF THE LAST REGULATORY ACTIONS

EXPANDED ABSTRACT

The legal recognition of the Special Employment Centers (CEE) occurred in Law 13/1982, of April 7, on the social integration of the disabled (LISMI), under the protection of art. 49 of the Spanish Constitution. The regulatory development took place through Royal Decree 2273/1985, of December 4, which approves the Regulation of the Special Employment Centers defined in article 42 of Law 13/1982, of April 7, on Integration Social of the Handicapped (sic) (BOE 12/09/1985).

In the following years we were able to attend some modification in the characterization of the CEE as well as some administrative measures to promote the employment of people with disabilities, such as the creation of labor enclaves, through Royal Decree 290/2004, of February 20, or the regulation of the support units for professional activity, in Royal Decree 469/2006, framed within the adjustment services of the CEE.

The Act 5/2011, on the Social Economy, included the EWCs within social economy entities and Royal Legislative Decree 1/2013, which recasts and repeals, among others, Law 13/1982 (LISMI), gave a new definition of the CEE. However, it was in 2017 when the most significant change occurred. Change, apparently, that was being claimed by an important sector of Social Economy entities. However, in the two long years that we have been in force since its inception, conflicts arise in its application, interpretative discrepancies, imbalances or collisions with other institutions of our legal system, and there is no lack, either, of critical voices that question a certain sectarianism - some speak, even, of illegality- of the reform operated in 2017 that allows coverage of certain questionable actions, particularly in public procurement procedures.

The Act 9/2017 created the "Special Employment Centers of social initiative". These are those promoted and participated in more than 50% by one or several entities, public or private, that are not for profit or that have recognized their social character in their statutes. Such can be associations, foundations, public law corporations, cooperatives of social initiative or other social economy entities; but so will the centers of mercantile societies in which the majority of its capital stock is owned by any of those entities indicated, or by entities controlled by them. With this legal configuration, there are many doubts and also the risks of collusions for the creation of a social initiative EEC with the aim, for example, of having competitive advantages in public procurement. The reservations to the CEE of social initiative in some

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 04/06/2020

public contracts have already given rise to conflicts with other CEE. The European Directive 2014/24 / EU is also invoked and the right to free competition is claimed.

In this situation, in which different interests converge, after reviewing the regulatory evolution in the characterization of the CEE, we seek to open the debate and reflection in the Social Economy sector and, in particular, in the CEE, to propose the corresponding regulatory adaptations and corrective measures that facilitate compliance with the institutional purposes entrusted to the CEE. All this will be done within a legal security framework that the system must always offer. In this discussion is interesting the Opinion of the European Economic and Social Committee "Towards an appropriate European legal framework for social economy enterprises" (own-initiative opinion), of June 19, 2019. It proposes to introduce into the EU legislation a legal framework adapted to a better recognition of the EES, in which a new concept of "limited benefits", would allow reconsidering the actions of companies that can obtain benefits, but not with in order to distribute them among their owners, but with a purpose of solidarity or general interest.

In our conclusions we highlight that the policies of social security, treatment, rehabilitation and integration of people with disabilities and specialized care, to guarantee their right to work, have a constitutional justification and recognition in the International Convention on the rights of people with disabilities (New York of December 13, 2006) ratified by Spain through an instrument of ratification published on April 21, 2008, and to which the European Union is linked, by means of a Council Decision of November 26, 2009.

The CEEs have been recognized in our legal system, for almost 40 years, they have been an instrument to avoid the job separation suffered by people with disabilities. The CEE are an opportunity for professional development and, therefore, for autonomy. In the current configuration of the CEEs, our legal system does not establish any limitation regarding the public or private nature of the entity, nor its legal form, nor its purpose (lucrative or not), or ownership, if applicable, of its share capital.

The main objective of the CEEs is to carry out a productive activity of goods or services and their purpose is to ensure gainful employment for people with disabilities, but, at the same time, they are a means of including the greatest number of these people in the ordinary employment regime. It is convenient to recover the CEE as a bridge or transit to employment in an ordinary company.

National and European regulations make it possible to justify the priority and reservations for EWCs (and insertion companies) in public sector contracting due to their different behavior compared to ordinary companies. What does not seem so justified is that this priority and

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 04/06/2020

reservations be limited to certain CEE, to CEE of social initiative, and even less that, for this, the Public Sector Contracts Law is used to modify the Law that configures CEEs, introducing an ad hoc category, which will not stop generating conflicts.

The CEE category of social initiative, added by the Public Sector Contracts Act of 2017, is still controversial and deserves to be revised. The Social Economy Law does not distinguish categories of special employment centers and calls for the promotion of all of them, so a specific type of CEE, which will have an advantageous treatment in public procurement, does not fit well into the system of Social Economy Law.

The Opinion of the European Economic and Social Committee, 'Towards an appropriate European legal framework for social economy enterprises", in the observations on Competition Law, it is said that this concept of limited benefits should apply to Competition Law and that, even when only the exercise of an economic activity in a market is used as a criterion to determine the scope of competition rules, it could be introduced adjustments in the application phase of the regulations, in order to take into account certain specificities of the Social Economy Entities.

Regarding public contraction, the Opinion states that the European Community considers that the access of Social Economy Entities to public contracts is a matter that requires attention and has highlighted the difficulty of some to participate in tenders and that these companies are excluded, a priori, from reserved contracts. However, there is a general exception for economic operators whose main objective is the social and professional integration of people with disabilities or disadvantaged. Furthermore, Directive 2014/24/EU also gives Member States the possibility of reserving health, social and cultural services contracts for companies with limited benefits that meet certain operating criteria.

This proposed new concept of "limited benefit" entities may perhaps be a way to better recognize Social Economy Entities and better care, and more respectful of competition law, in the sector's contract reserves public. This new concept, incorporated by public administrations in the contracting specifications, would facilitate, without distortion, we understand, the participation of social economy entities in tenders.

KEYWORDS: Social enterprises, public procurements, reserved procurements.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 04/06/2020

SUMARIO

1. Planteamiento y objetivos. 2. Configuración legal de los centros especiales de empleo (CEE): la Ley 13/1982 de integración social de los minusválidos (LISMI) y su desarrollo normativo. 3. Los centros especiales de empleo en la Ley 5/2011 de Economía Social. 4. El Real Decreto Legislativo 1/2013 de texto refundido de la ley general de las personas con discapacidad y de su inclusión laboral. 5. Incidencia de Ley de Contratos del Sector Público (Ley 9/2017, de 8 de noviembre) en los centros especiales de empleo y su problemática. 6. Conclusiones y cuestiones pendientes. Bibliografía.

1. Planteamiento y objetivos

El reconocimiento legal de los Centros Especiales de Empleo (CEE) se produjo en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI)[2], al amparo del artículo 49 de la CE[3]. Su desarrollo reglamentario tuvo lugar mediante el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido (sic) (BOE 09/12/1985). En los años posteriores pudimos asistir a alguna modificación en la caracterización de los CEE así como a algunas medidas de carácter administrativo de fomento del empleo de las personas con discapacidad, como la creación de los enclaves laborales, mediante el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, o la regulación de las unidades de

2. Mejor, ahora, Ley de integración social de las personas con discapacidad. Conviene advertir que la Disposición Adicional Octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia dispone:
Disposición adicional octava. Terminología.
Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad».
A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas.

3. Artículo 49 Constitución Española: *Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.* En dicho Titulo se encuentra, entre otros, el derecho al trabajo (art. 35 C.E). Derecho al trabajo que, por lo demás, tiene también su reconocimiento en el Artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948).

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 04/06/2020

apoyo a la actividad profesional, en el Real Decreto 469/2006, enmarcadas dentro de los servicios de ajuste de los CEE.

La Ley 5/2011, de Economía Social, incluyó a los CEE dentro de las entidades de economía social y el Real Decreto Legislativo 1/2013, que refunde y deroga, entre otras, la Ley 13/1982 (LISMI), dio una nueva definición de los CEE. Pero fue en el año 2017 cuando se produjo el cambio más significativo. Cambio que, al parecer, venía reclamándose por un importante sector de las entidades de Economía Social. Sin embargo, en los dos años largos que llevamos desde su vigencia surgen conflictos en su aplicación, discrepancias interpretativas, desajustes o colisiones con otras instituciones de nuestro sistema jurídico y no faltan, tampoco, voces críticas que cuestionan cierto sectarismo -algunas han hablado, incluso, de ilegalidad- de la reforma operada en 2017 que permite dar cobertura a ciertas actuaciones cuestionables, particularmente, en los procedimientos de contratación pública.

La Ley 9/2017 creó los "Centros Especiales de Empleo de iniciativa social". Éstos son los promovidos y participados en más de un 50 % por una o varias entidades, públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus estatutos. Así pueden serlo las asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social. Aunque también lo serán los centros de sociedades mercantiles si en ellas la mayoría de su capital social es propiedad de alguna de esas entidades señaladas, o de entidades controladas por ellas.

Con esta configuración jurídica las dudas son muchas y también los riesgos de confabulaciones para la creación de CEE de iniciativa social con el fin, por ejemplo, de tener ventajas competitivas en la contratación pública. Por otra parte, las reservas a los CEE de iniciativa social en algunas contrataciones públicas ya han dado lugar a conflictos con otros CEE. Se invoca también la Directiva Europea 2014/24/UE y se reivindica el Derecho a la libre competencia.

En esta situación, en la que confluyen distintos intereses, después de repasar la evolución normativa en la caracterización de los CEE, buscamos abrir el debate y la reflexión en el sector de la Economía Social y, en particular, en el de los CEE, para proponer las correspondientes adaptaciones normativas y medidas correctoras que faciliten el cumplimiento de los fines institucionales que se encomiendan a los CEE. Todo ello dentro de un marco de seguridad jurídica que el sistema siempre ha de ofrecer. En este debate resulta de interés el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 19 de junio de 2019: *Hacia un marco jurídico europeo adaptado para las empresas de economía social* (EES). En él se propone introducir en la legislación de la UE un marco jurídico adaptado a un mejor reconocimiento de las EES, en el que un nuevo concepto de «beneficios limitados», permitiría reconsiderar las actuaciones de

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 04/06/2020

las empresas que pueden obtener beneficios, pero no con el fin de distribuirlos entre sus propietarios, sino con una finalidad de tipo solidario o de interés general.

2. Configuración legal de los centros especiales de empleo (CEE): la Ley 13/1982 de integración social de los minusválidos (LISMI) y su desarrollo normativo

La Ley 13/1982 de integración social de los minusválidos (Ley de integración social de las personas con discapacidad) se ha venido reconociendo como la ley impulsora en la ordenación de un sistema de apoyos, prestaciones y medidas en un amplio abanico de áreas (social, laboral, educación, etc.) y como garantista, en igualdad de condiciones al resto de la población, de los derechos de las personas con discapacidad[4]. A partir de esta Ley, como se ha dicho, las políticas desarrolladas cambian el rol de la persona con discapacidad y de sujeto pasivo, a que hay que atender, se pasa a sujeto activo, contribuyendo a un cambio en la percepción social de las personas con discapacidad y de la propia sociedad. La década de los 80 supuso para el Estado español pasar de un modelo individual de la discapacidad a un modelo social, esto es, "ya no se trataba de adaptar la persona con discapacidad al entorno social, sino de adaptar el entorno social a la persona con discapacidad. Por lo tanto, es la sociedad o el propio operador jurídico, quien tiene la responsabilidad de suprimir las barreras"[5].

No procede ahora entrar en el análisis minucioso del articulado de la esa Ley; resumidamente cabe señalar que la LISMI establece las bases de los CEE en los artículos 37 y 41. El 37 establece como fin primordial de las políticas de empleo la integración en el mercado ordinario o, en su defecto, al empleo protegido. El 41 establece que

4. Vid. MORATALLA SANTAMARÍA, P.: "Centros especiales de empleo", *CIRIEC- España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa,* núm. 29, 2016, p. 4, quien habla del "avance relevante en la época" que supuso la LISMI.

5. Vid. MONTALBÁN MOYA, R.: "Acta del IV Encuentro Nacional de investigadores y profesionales sobre economía social, autogestión y empleo (Valencia 14-25 de junio 2018)". En *La promoción del emprendimiento y la inserción social desde la economía social*, (Coord. GEMMA FAJARDO, G.), Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa, CIRIEC-España, Valencia, pp. 19-21. Los CEE han sido considerados por la mayoría de los estudios como una herramienta eficaz de generación de empleo para las personas con discapacidad. Tales organizaciones proporcionan alternativas de empleo más seguras que el empleo ordinario. No obstante, durante los últimos años han surgido corrientes críticas que señalan que este tipo de centros contribuye a la segregación de las personas con discapacidad y que, en lugar de constituirse como puente, son un punto de destino para el colectivo de personas con discapacidad. Vid, MENDOZA JIMÉNEZ, J., ROMÁN CERVANTES, C. & HERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: "La economía social y la contratación pública: la herramienta de los contratos reservados", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública Social y Cooperativa,* núm. 97, 2019, pp. 225-226, y referencias ahí indicadas.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 04/06/2020

serán objeto del empleo protegido quienes no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales. El artículo 10 establece la existencia de equipos multiprofesionales para atender a las personas con discapacidad (PCD) y garantizar su integración sociocomunitaria. El artículo 46 especifica, entre otras funciones, someter a revisiones periódicas a las PCD en CEE para impulsar su promoción. Otras funciones, según el artículo 10 serían la valoración de la discapacidad y el diagnóstico y orientación. El artículo 43 de la LISMI establece la necesidad de compensaciones económicas para los CEE y el 45 que pueden ser creados tanto por organismos públicos o privados como empresas[6].

Sí es necesario que nos fijemos en la configuración que ahí se establecía para los CEE. En su artículo 41 la LISMI disponía:

> ***Artículo cuarenta y uno.***
> *Uno. Los minusválidos que por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales, deberán ser empleados en centros Especiales de Empleo, cuando su capacidad de trabajo sea igual o superior a un porcentaje de la capacidad habitual que se fijará por la correspondiente norma reguladora de la relación laboral de carácter especial de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en Centros Especiales de Empleo.*
> *Dos. Cuando la capacidad residual de los minusválidos no alcanzara el porcentaje establecido en el apartado anterior, accederán en su caso a los Centros Ocupacionales previstos en el título VIII de esta Ley.*
> *Tres. Los equipos multiprofesionales de valoración previstos en el artículo diez determinarán, en cada caso, mediante resolución motivada, las posibilidades de integración real y la capacidad de trabajo de los minusválidos a que se refieren los apartados anteriores.*

Y el artículo 42 caracterizaba los Centros Especiales de Empleo:

> ***Artículo cuarenta y dos.***
> *Uno. Los Centros Especiales de Empleo son aquellos cuyo objetivo principal sea el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones del mercado, y teniendo como finalidad el asegurar un empleo remunerado y la*

6. Vid. JORDÁN DE URRÍES VEGA, F. DE B. & VERDUGO ALONSO, M.A.: *Informe sobre la situación de los Centros Sociales de empleo en España,* Universidad de Salamanca, http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO25153/InformeMTIN_Centros_EspecialesdeEmpleo.pdf., 2010, y las referencias que ahí se indican.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 04/06/2020

prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores minusválidos; a la vez que sea un medio de integración del mayor número de minusválidos al régimen de trabajo normal.
Dos. La totalidad de la plantilla de los Centros Especiales de Empleo estará constituida por trabajadores minusválidos, sin perjuicio de las plazas en plantilla del personal no minusválido imprescindible para el desarrollo de la actividad.

Se diferenciaban así los Centros Especiales de Empleo (CEE) de los **Centros Ocupacionales.** Estos, conforme a su artículo 53, habrían de tener como finalidad *asegurar los servicios de terapia ocupacional y de ajuste personal y social a los minusválidos cuya acusada minusvalía temporal o permanente les impida su integración en una Empresa o en un Centro Especial de Empleo.* Y encomendaba a las Administraciones Públicas dictar las normas específicas para autorizar su creación y funcionamiento que sería *competencia tanto de dichas Administraciones Públicas como de las Instituciones o personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro, atendiendo estas últimas, en todo caso, a las normas que para su creación y funcionamiento se dicten…"*

El Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre (BOE 09/12/1985), aprobó el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la LISMI[7]. Texto que se mantiene vigente aunque con las correspondientes modificaciones, unas veces expresas y otras tácitas como consecuencia de la modificación legal posterior, como ocurrirá, por ejemplo, con el mismo párrafo segundo de su artículo 1[8].

Este Reglamento sigue reconociendo que los CEE pueden no solo ser públicos o privados, sino con ánimo de lucro o sin él[9]. No se establecen así diferencias entre

7. Algunos de los aspectos fundamentales de estructura y organización que se recogen en el Real Decreto pueden verse en MORATALLA SANTAMARÍA, P.: cit., pg. 11 y ss. Vid., también, JORDÁN DE URRÍES VEGA, F. DE B. & VERDUGO ALONSO, M.A.: cit., p. 5; CAVAS MARTÍNEZ, F. & GRIMALDOS GARCÍA, M.: "Los centros especiales de empleo". En *La empresa social y su organización jurídica* (Coord. ANDREU MARTÍ, Mª.M.), Marcial Pons, 2014, pp. 179 y 184-187.

8. En su párrafo segundo dispone: *La totalidad de la plantilla de los Centros Especiales de Empleo estará constituida por trabajadores minusválidos, sin perjuicio de las plazas en plantilla del personal no minusválido, imprescindible para el desarrollo de su actividad.* Debiendo tenerse en cuenta que, como veremos, hoy por hoy, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en su art. 43.2 establece que "*la plantilla de los centros especiales de empleo estará constituida por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70 por 100 de aquélla. A estos efectos no se contemplará el personal sin discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social."*

9. Art. 5 del Real Decreto 2273/1985:
a) Según su titularidad, los Centros Especiales de Empleo podrán tener carácter público o privado.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 04/06/2020

los CEE; únicamente, se tendrá en cuenta la posibilidad de percibir compensaciones económicas en el caso de que los no lucrativos tengan necesidad de financiación para situaciones de pérdidas[10].

Establece también el Reglamento que *la creación de Centros Especiales de Empleo exigirá su calificación e inscripción en el Registro de Centros que la Administración Central, o, en su caso, las Administraciones Autonómicas, crearán dentro de su ámbito de competencias* (art. 7). Para su creación han de cumplir los requisitos que señala ese mismo precepto y, en lo que concierne a los de ámbito estatal[11], cumplimentar las exigencias de la Orden de 16 de marzo de 1983[12].

Aquel apartado 2 del art. 42 de la Ley 13/1982, se modificó por la disposición adicional 39.2 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado) entrando en vigor el 1 de enero de 1998:

> ***Artículo cuarenta y dos.***
> *Dos. La plantilla de los Centros Especiales de Empleo estará constituida por el mayor número de trabajadores minusválidos que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70 por 100 de aquélla. A estos efectos no se contemplará el personal no minusválido dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social.*
> *Se entenderán por servicios de ajuste personal y social los de rehabilitación, terapéuticos, de integración social, culturales y deportivos que procuren al trabajador minusválido del Centro Especial de Empleo una mayor rehabilitación personal y una mejor adaptación de su relación social.*

El Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero (BOE, 21 de febrero 2004), regula los *enclaves laborales*, como una medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad. Entre sus objetivos, se venía a decir, estaba el favorecer el tránsito desde el empleo en los CEE al empleo en empresas del mercado ordinario de trabajo de

b) Atendiendo a la aplicación de sus posibles beneficios, los Centros podrán carecer o no de ánimo de lucro, según que aquellos repercutan en su totalidad en la propia institución o se aproveche parte de ellos en otra finalidad distinta que haya de cubrir la Entidad titular del mismo.

10. Vid. GARCÍA SABATER, A.B.: "Centros especiales de empleo de iniciativa social. Avances legislativos y ajustes necesarios", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa,* nº 35, 2019, p. 6.

11. Vid. JORDÁN DE URRÍES VEGA, F. DE B. & VERDUGO ALONSO, M.A.: cit., pp. 10 y 91-91, sobre normas de transferencias y desarrollos normativos de los CEE en las diferentes comunidades autónomas.

12. Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F. & GRIMALDOS GARCÍA, M.: cit., pp. 180-181.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 04/06/2020

personas con discapacidad[13]. Se entiende por *enclave laboral* el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un Centro Especial de Empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del Centro Especial de Empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora (artículo 1.2).

El mecanismo, como se ha dicho, habría de resultar sencillo: se trataba de que trabajadores con discapacidad contratados por un CEE efectuaran obras o servicios para y en una empresa ordinaria, buscando la normalización del empleo de personas con discapacidad en las empresas ordinarias y actuando como pasarela del empleo protegido al empleo ordinario[14].

Con todo, no parece, al menos hasta el momento, que estos enclaves laborales hayan tenido los mejores resultados. Ya en el Informe de 2008 *Trayectorias laborales de las personas con discapacidad y centros especiales de empleo, análisis empírico con la MCVL*[15], se vino a decir que el "análisis econométrico permite concluir que este tipo de centros no contribuyen a la inserción de las personas con discapacidad en el

13. *Artículo 2. Objetivos de los enclaves laborales.*
Son objetivos de los enclaves laborales los siguientes:
a) Favorecer el tránsito desde el empleo en los centros especiales de empleo al empleo en empresas del mercado ordinario de trabajo de las personas con discapacidad y, en particular, de aquellas que por sus características individuales presentan especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.2.
b) Permitir a los trabajadores con discapacidad de un centro especial de empleo desarrollar su actividad laboral en una empresa del mercado ordinario de trabajo completando, en todo caso, su experiencia profesional mediante el desarrollo de los trabajos, tareas y funciones que se realicen en tal empresa, facilitando de esta manera sus posibilidades de acceso al mercado ordinario de trabajo.
c) Conseguir que la empresa del mercado ordinario de trabajo en la que se realiza el enclave laboral tenga un mejor conocimiento de las capacidades y aptitudes reales de los trabajadores con discapacidad, como paso previo a su eventual incorporación a la plantilla de la empresa.
d) Posibilitar el crecimiento de la actividad desarrollada por los centros especiales de empleo y, por tanto, la contratación por éstos de nuevos trabajadores con discapacidad, favoreciendo la creación de empleo estable para personas con discapacidad.
e) Facilitar a las empresas el cumplimiento de la obligación de la cuota de reserva legal del dos por ciento de trabajadores con discapacidad establecida en el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, transitoriamente, como medida alternativa en los términos previstos en este real decreto y, definitivamente, mediante la contratación directa de los trabajadores con discapacidad del enclave por la empresa colaboradora u otra empresa del mercado ordinario de trabajo.

14. Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F. & GRIMALDOS GARCÍA, M.: cit., p. 177 y referencias citadas en su nota núm. 15.

15. CUETO IGLESIAS, B. et al.: *Trayectorias laborales de las personas con discapacidad y centros especiales de empleo, análisis empírico con la MCVL,* http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/be250769-afa4-4d91-ba1d-e4277cda9804/F10_07N.pdf?MOD=AJPERES&CVID= . 2008.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 04/06/2020

mercado de trabajo ordinario, es decir, no son una forma de tránsito a la empresa ordinaria sino un destino en sí mismos"[16].

El Real Decreto 469/2006, de 21 de abril (BOE del 24), reguló por primera vez las unidades de apoyo a la actividad profesional[17]. Se trata de equipos multiprofesionales enmarcados dentro de los servicios de ajuste personal y social de los CEE que, mediante el desarrollo de distintas funciones y cometidos, permiten ayudar a superar las barreras[18]. En la configuración que después se va a hacer de los CEE en el Real Decreto Legislativo 1/2013, las unidades de apoyo aparecen como el medio para la prestación de los servicios de ajuste de personal y social que requieran las personas con discapacidad. Entendiéndose por servicios de ajuste de personal y social "los que permitan ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que las personas trabajadoras con discapacidad de los centros especiales de empleo tengan en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo", comprendiéndose también "aquellos dirigidos a la inclusión social, cultural y deportiva".

3. Los centros especiales de empleo en la Ley 5/2011 de Economía Social

El artículo 2 de la Ley 5/2011 de la Ley de Economía Social, conceptúa a la economía social como: *conjunto de las actividades económicas y empresariales, que en el ámbito privado llevan a cabo aquellas entidades que, de conformidad con los principios recogidos en el artículo 4, persiguen bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico o social, o ambos*. En el artículo 4 la Ley enuncia esos principios orientadores que han de constituir la base de actuación de las entidades de la economía social[19].

16. Vid., más referencias en CAVAS MARTÍNEZ, F. & GRIMALDOS GARCÍA, M.: cit., p. 177 y 178 y su notas núm. 16 y 18. JORDÁN DE URRÍES VEGA, F. DE B. & VERDUGO ALONSO, M.A.: cit., p. 20.

17. La norma fue derogada por la disposición derogatoria única.1.e) del Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero. No obstante, permanecería en vigor hasta que se aprobase la Estrategia Española de Empleo y el Plan Anual de Política de Empleo para el ejercicio 2012, según establece la disposición transitoria 3 del citado Real Decreto-ley. Por las disposiciones derogatoria única.1.h) y final 12.1.e) del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero y de la Ley 3/2012, de 6 de julio, se deja sin efecto la derogación y se le da el carácter de medida estatal en el marco de la Estrategia Española de Empleo 2012-2014.

18. Sobre las mismas, vid., CAVAS MARTÍNEZ, F. & GRIMALDOS GARCÍA, M.: cit., pp. 181-182.

19. *a) Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus apor-*

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 04/06/2020

El artículo 5 de la Ley de Economía Social, en su número uno, siempre ha incluido entre las entidades de economía social a los *centros especiales de empleo*[20], sin ulteriores calificativos o caracterizaciones. Conforme a sus tres apartados originales, el artículo 5 nos ha permitido delimitar las entidades que forman parte de la economía social con arreglo a un triple criterio[21]:

taciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación a sus aportaciones al capital social.
b) Aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las socias y socios o por sus miembros y, en su caso, al fin social objeto de la entidad.
c) Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad.
d) Independencia respecto a los poderes públicos.
Su contenido ha sido objeto de detenido análisis en nuestra doctrina, vid. Referencias en SÁNCHEZ PACHÓN, L.A. & PÉREZ CHINARRO, E.: "Las entidades de economía social como protagonistas de un nuevo modelo de emprendimiento y medidas legales de apoyo al emprendimiento", *CIRIEC-España, Revista de economía pública, social y cooperativa*, nº. 84, 2015, p. 44. Más recientemente, FAJARDO GARCÍA, G.: "La identificación de las empresas de economía social en España. Problemática jurídica", *REVESCO, Revista de estudios Cooperativos*, 128, 2018, pp. 104 y ss.

20. Los tres números de la redacción original el artículo 5 disponían:
Artículo 5. Entidades de la economía social.
1. Forman parte de la economía social las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores, las sociedades agrarias de transformación y las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los principios establecidos en el artículo anterior.
2. Asimismo, podrán formar parte de la economía social aquellas entidades que realicen actividad económica y empresarial, cuyas reglas de funcionamiento respondan a los principios enumerados en el artículo anterior, y que sean incluidas en el catálogo de entidades establecido en el artículo 6 de esta Ley.
3. En todo caso, las entidades de la economía social se regularán por sus normas sustantivas específicas.

21. Vid. SÁNCHEZ PACHÓN, L.A. & PÉREZ CHINARRO, E.: cit., p. 44. En otro sentido parece FAJARDO GARCÍA, G.: cit., pp. 117: "Podría pensarse que la Ley española de economía social ofrece una solución similar al diferenciar por una parte entidades de la economía social por su forma o calificación jurídica (art. 5.1) y por otra, entidades que lo serán porque sus reglas de funcionamiento respondan a los principios de la economía social y estén incluidas en el catálogo (art. 5.2). Pero esta no es una solución satisfactoria; por una parte, porque no todas las entidades cuya forma o calificación jurídica pertenece a alguno de los tipos de entidades de la economía social cumplen siquiera los principios estructurales de la economía social [y la autora menciona aquí expresamente "el caso de centros especiales de empleo que no pertenecen a la economía social por ser propiedad de una entidad pública, de un empresario individual o de una empresa lucrativa], y por otra, porque los principios orientadores de la economía social no recogen sólo rasgos estructurales sino también conductuales cuyo cumplimiento debería poderse demostrar, porque no está vinculado a la forma o calificación jurídica adoptada".

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 04/06/2020

- Entidades que tradicionalmente en la literatura española se venían identificando como de economía social: cooperativas; mutualidades; fundaciones; asociaciones que lleven a cabo actividad económica; sociedades laborales; empresas de inserción; centros especiales de empleo, a las que se añaden las cofradías de pescadores, y las sociedades agrarias de transformación. Tales entidades, en cualquier caso, se regularán por sus normas sustantivas específicas (art. 5.3).
- Entidades singulares creadas por normas específicas que respeten los principios orientadores recogidos en el artículo 4 de la Ley.
- Entidades que realicen actividad económica y empresarial y que, respetando los principios orientadores, se incluyan en el catálogo que al efecto llevará el Ministerio de Trabajo e Inmigración, previo informe del Consejo para el Fomento de la Economía Social y en coordinación con las Comunidades Autónomas, conforme al artículo 6 de la Ley.

El tenor literal del precepto nos llevaría a concluir dos cosas que no dejan de ser problemáticas: algunas formas jurídicas serán por Ley entidades de economía social y otras lo serán en la medida en que respondan a los principios que, conforme a la propia Ley, caracterizan a las entidades de economía social[22].

Las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones, las asociaciones, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores, y las sociedades agrarias de transformación, son siempre entidades de economía social. No se establece, pues, la -en nuestra opinión- conveniente vinculación para la consideración como entidad de economía social con los principios orientadores que se han previsto en el artículo 4. Es cierto que, comúnmente, al definir la economía social a través de sus componentes, general y principalmente, se vienen circunscribiendo, a cuatro familias: Cooperativas, Mutualidades, Asociaciones y Fundaciones, a las que se ha añadido en el caso español las Sociedades Laborales; pero hacerlo legalmente -como se hace en el texto- y sin asegurarnos de alguna manera el respeto de esas -como de otras- formas jurídicas organizativas a los principios y valores propios de la economía social puede terminar banalizando sus rasgos identitarios. En este sentido, con mejor criterio, en sus orígenes el texto propuesto del Grupo de Expertos, después de identificar formas organizativas concretas de economía social, señalaba que lo serían también todas las asociaciones y entidades cuya organización y funcionamiento respondan principalmente a los principios que también. Ahí las características, valores y principios comúnmente aceptados para las

22. Vid. SÁNCHEZ PACHÓN, L.A.: "El reconocimiento de la economía social y de sus agentes en el Proyecto de Ley de Economía Social", *Noticias de la economía pública social y cooperativa*, nº. 54, 2010, p. 56.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 04/06/2020

entidades de economía social pasaban a ser el elemento determinante. Lo que consideramos especialmente oportuno tanto para el caso de las asociaciones como para el resto de las entidades[23].

Apostar por la necesaria vinculación para la consideración como entidad de economía social con los principios rectores, apostar por las características comunes, y generalmente aceptados en la organización y funcionamiento de las entidades y organizaciones de la economía social, evitaría los peligros que conlleva la atribución, en exclusiva, por la forma jurídica. De igual manera podría así evitarse la instrumentalización de figuras por comportamientos oportunistas y se facilitarían mecanismos más seguros de calificación, cuantificación y control, y quizá se podrían atender legítimas pretensiones de ampliación de las formas de economía social. En efecto, particularmente en los momentos actuales, otras formas jurídicas de organización y de empresas reclaman también su reconocimiento como entidades de economía social, toda vez que contemplan los perfiles o aspectos de la utilidad social que acompaña a las entidades y organizaciones de economía social[24].

No establecida, formalmente, la vinculación para la consideración como entidad de economía social con los principios orientadores que se han previsto en el artículo 4 y con la pretensión de fin de interés colectivo de sus integrantes y/o de interés general económico o social, voces autorizadas en nuestra doctrina vienen proponiendo interpretaciones que se alejen de la literalidad "Una apreciación atenta a la *ratio legis* desvelada por una interpretación sistemática y finalista, obliga a excluir de la economía social a aquellos empresarios que el legislador declara que forman parte de la economía social ex art. 5.1 LES si, realmente, no cumplen esa doble exigencia: la finalista de satisfacción del interés de sus miembros o el interés general, o ambos; y, la funcional u operativa como es la conformidad sustancial con los principios de la economía social"[25].

23. Vid. SÁNCHEZ PACHÓN, L.A.: "El reconocimiento…", cit., p. 56.

24. Vid. SÁNCHEZ PACHÓN, L.A.: "El reconocimiento…", cit., p. 56.

25. Vid. PANIAGUA ZURERA, M.: *Las empresas de la economía social más allá del comentario a la Ley 5/2011, de economía social,* Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 166.
También FAJARDO GARCÍA, G.: cit., pp. 110-111: "…la identificación como entidades de economía social de estas organizaciones, atendiendo a su forma o calificación jurídica, plantea la duda de si es suficiente con cumplir este requisito o también serán exigibles los demás (actividad, fines y principios). Solo en el último caso se aclara que las entidades singulares creadas por normas específicas deberán regirse por los principios establecidos en el artículo 4 para ser consideradas entidades de economía social. La respuesta está en el marco jurídico de estas entidades, todas ellas son entidades de derecho privado que pueden desarrollar actividades económico-empresariales y las que lo hagan cumplirán por tanto el primer requisito; todas ellas por definición tienden a satisfacer intereses generales (directamente o en conjunción con los intereses de sus miembros

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 04/06/2020

Ahora bien, en nuestra opinión, estas propuestas interpretativas sistemáticas y finalistas, reclamadas, por lo demás, por la hermenéutica de nuestro artículo 3 del Código Civil, no autorizan a restringir la consideración como entidades de economía social únicamente -como con frecuencia se hace- a los centros especiales de empleo que "no tengan ánimo de lucro"[26]; limitando esa consideración de entidad de economía social -como se propone recientemente- a lo que hoy se conoce como centros especiales de empleo de iniciativa social[27].

usuarios) y todas ellas cumplen los principios de la economía social o los persiguen en su actuación, como se puso de manifiesto en el Informe para la Ley de Fomento de la Economía Social".

26. Vid. PANIAGUA ZURERA, M.: *op. cit.*, p. 205. Aunque refiriéndose a lo que entonces era borrador de Anteproyecto de Ley del Ministerio de Trabajo e Inmigración y, con anterioridad el borrador de CEPES, afirma, respecto a los centros especiales de empleo: "Su inclusión dentro del concepto de economía social que diseña el legislador estatal tiene sentido -lo que debe ser enfatizado, pues caben otras opciones- siempre que, conforme a su normativa específica, la titularidad de estos centros especiales de empleo sea privada y no tengan ánimo de lucro. Esta última característica tiene lugar, según su normativa reguladora, cuando se reinvierten todos los posibles beneficios obtenidos en los fines y actividades de los propios centros".

27. Así LÓPEZ PENABAD, M.C., MASIDE SANFIZ, J.M. & TORRELLLES MANENT, J.: "Análisis económico y social de los centros especiales de empleo: un estudio en Galicia", *REVESCO, Revista de estudios Cooperativos*, 132, 2019, p. 174: "…no todas las entidades cumplen con sus principios orientadores, los CEE con ánimo de lucro no forman parte de la economía social, y no pueden ser considerados empresas sociales". Conviene advertir que las referencias que ahí se hacen deben matizarse; así MONZÓN CAMPOS, J.L. & HERRERO MONTAGUD, M.: "Identificación y análisis de las características identitarias de la empresa social europea: aplicación a la realidad de los Centros Especiales de Empleo de la economía española, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 87, 2016, p. 322, afirman: Aunque los CEE pueden carecer o no de ánimo de lucro (art. 5/b RD 2273/1985 del Reglamento de los CEE23), los CEE de la ES identificados por las investigaciones del CIRIEC-España verifican los criterios identitarios de la Economía Social, entre ellos el destino prioritario de los beneficios al propósito social.
Por su parte, GARCÍA SABATER, A.B.: cit., 2019, pp. 9-10, viene a señalar que son los CEE lucrativos, que no desarrollan dinámicas ni procesos sociales y su única finalidad es la económica, logrando por medio del empleo protegido obtener beneficios por medio de bonificaciones y subvenciones, los que han hecho "que se mire con recelo a todos los centros, porque desarrollan sus funciones de forma que pueden llegar a considerarse competencia desleal *(sic)*, con empresas ordinarias que contratando trabajadores con discapacidad no perciben tantas ayudas". Más adelante el autor, p. 11, considera -a su juicio- que "una simple lectura de la norma, determina que los CEE mercantiles no son entidades sociales y que por lo tanto están fuera de su ámbito de aplicación, porque no cumplen los principios del art. 4. Las características de primacía de personas sobre el fin social y la reinversión de los resultados, se dan únicamente en los CEE promovidos por entidades sin ánimo de lucro, puesto que las sociedades mercantiles tienen como finalidad generar beneficios no poner en el centro a las personas, y lógicamente reparten los beneficios a sus socios, reinvirtiéndolos únicamente cuando entienden que ello mejorará resultados en ejercicios posteriores. Por lo que parece *(sic)* que la norma tiene una contradicción interna entre la redacción literal de su artículo quinto y los principios que establece su artículo cuarto". Limitando, también, la consideración de Entidad de Economía social a los CEE sin ánimo de lucro, MARTÍN LORENZO, B.: "Reserva de contratos a los centros especiales de empleo de iniciativa social: régimen jurídico y doctrina consultiva y de los Tribunales Administrativos de recursos contractuales" *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 35, 2019, p. 19.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 04/06/2020

En nuestra literatura, Pablo Moratalla, particularmente, viene defendiendo una nueva forma de enumeración y definición de las entidades y familias que conforman la economía social en España "en la que en relación al sector de empleo protegido únicamente se incluya a los CEEs de iniciativa social por ser las que de manera exclusiva, comparten y ponen en práctica los principios, valores y objetivos fundamentales de la Economía Social"[28]. Considerando que en la actualización y refundición normativa que se hizo en 2013, y que enseguida veremos, "se perdió también una muy buena oportunidad para reforzar y priorizar la labor realizada históricamente por los CEEs sin ánimo de lucro en la creación y mantenimiento de miles y miles de empleos, especialmente, del colectivo de personas con discapacidad con mayores dificultades y necesidades de apoyo (discapacidad intelectual, enfermedad mental, etc.)[29]. Proponiendo, en definitiva, una revisión y actualización de la Ley 5/2011, de Economía Social, con el objetivo -se dice- de realizar una adaptación del artículo 5 a la realidad existente en el sector de los Centros Especiales de Empleo, abogando por una nueva enumeración y definición de las entidades y familias que conforman la Economía Social en España, en la que en relación al sector de empleo protegido únicamente se incluya a los CEEs de iniciativa social por ser las que, "de manera exclusiva, comparten y ponen en práctica los principios, valores y objetivos fundamentales de la Economía Social"[30].

Con todo, en nuestra opinión, hoy por hoy, puede concluirse que el añadido del apartado 4 al artículo 5 de la LES, que se hizo por el artículo 3.1 de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre[31], viene a confirmar que los centros especiales de empleo -sin ulteriores calificativos o caracterizaciones- son entidades de economía social.

28. MORATALLA SANTAMARÍA, P.: cit., pp. 25 y, en p. 31, se marcan como retos y objetivos fundamentales: "Reforzar la posición del sector en el marco de la economía social, buscando una mayor relevancia y reconocimiento institucional como miembros de pleno derecho de la misma. Además…, es necesario seguir impulsando el reconocimiento de los CEE de iniciativa social como los únicos CEES integrantes de la economía social ante otras fórmulas empresariales de empleo protegido ajenas a la propia economía social y a sus principios más fundamentales".

29. MORATALLA SANTAMARÍA, P.: cit., p. 15 "Como se ha comentado, y a pesar de que desde los inicios reguladores del sector se realiza mención expresa a su naturaleza en función del ánimo o no ánimo de lucro, incluso pudiéndose interpretar la posibilidad de regulaciones específicas en función de esta diferencia …, la realidad es que a lo largo de estos 30 años no ha habido priorización del sector sin ánimo de lucro y de iniciativa social".

30. MORATALLA SANTAMARÍA, P.: cit., pp. 24 y 25.

31. *Artículo 5. Entidades de la economía social.…*

…

4. Se declaran entidades prestadoras de Servicios de Interés Económico General, los Centros Especiales de Empleo y las Empresas de Inserción, constituidas y calificadas como tales según su normativa reguladora. Asimismo, podrá

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 04/06/2020

Los centros especiales de empleo forman parte así de las entidades de economía social. Es cierto que los centros especiales de empleo, conforme a la configuración que hemos visto en la LISMI y que se mantiene, como veremos, en el actual Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, carecen de personalidad jurídica. Y es cierto que el elemento de atribución de la personalidad jurídica es esencial para que el Derecho tome en consideración una organización económica con propia entidad, porque solo los sujetos -personas físicas o jurídicas- pueden ser titulares de derechos y obligaciones, pero ello no impide que el legislador pueda conectar ciertos efectos (medidas de protección, responsabilidades, obligaciones) en el ejercicio de actividades caracterizadas de economía social a organizaciones, grupos, sectores o ramas de actividad empresarial sin entidad jurídica propia, sin perjuicio de que la titularidad de aquellos efectos tenga que ser atribuida finalmente a los correspondientes tipos de sujetos o entidades con personalidad jurídica propia[32]. En definitiva, y como se ha podido decir, la forma jurídica opera en un plano distinto al de su consideración como entidad de economía social[33]. Aquí, el concepto de entidad no se corresponde necesariamente con la personalidad jurídica[34].

extenderse esta declaración a cualesquiera otras entidades de la economía social que tengan por objeto igualmente la inserción laboral de colectivos en riesgo de exclusión, conforme a lo que se establezca reglamentariamente.
Este reconocimiento, se viene a decir en el Preámbulo de la Ley 31/2015, supone que las subvenciones concedidas a estas entidades quedaran sometidas ahora al Reglamento 360/2012 de la Comisión, de 25 de abril de 2012, y puedan alcanzar los 500.000 € en un período de tres años cuando hasta la fecha el máximo era de 200.000 € en el mismo periodo de tiempo.
Se trata, además, de una declaración respaldada por la propia Comisión Europea, que considera la inclusión social y laboral como un Servicio de Interés Económico General, y estas entidades son las que centran precisamente su actividad en los colectivos más desfavorecidos y en torno al concepto del empleo protegido.

32. Vid. SÁNCHEZ PACHÓN, L.A.: "La delimitación de las entidades y organizaciones de economía social en la próxima ley reguladora del sector", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº. 66, 2009, p. 69.

33. Vid. RONCERO SÁNCHEZ, A.: "Importancia económica, régimen legal y características propias de las cooperativas agrarias y de las sociedades agrarias de transformación". En *Cooperativas agrarias y sociedades agrarias de transformación*, (PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.) y VARGAS VASSEROT, C. (Coord.)), Dykison, Madrid, 2006, p. 31, respecto a las entidades mercantiles y SAT.

34. Vid. FAJARDO GARCÍA, G.: cit., p. 110, nota núm. 41, donde resalta que ya destacó el Comité Económico y Social Europeo que en la definición de la economía social ha de ponerse el acento en su organización formal y no en su personalidad jurídica, que puede tener o no.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 04/06/2020

4. El Real Decreto Legislativo 1/2013 de texto refundido de la ley general de las personas con discapacidad y de su inclusión laboral

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE de 3 de diciembre de 2013), refunde y deroga la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. La base normativa para ello es la Disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto de 26 de diciembre (modificada por la disposición final 5 de la Ley 12/2012), de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad[35]. Como se ha venido a decir, se hacía necesaria la armonización, aclaración y refundición de las tres leyes, a fin de reconocer a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos estando los poderes públicos obligados a garantizar el ejercicio de los mismos[36].

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York, el 13 de diciembre dc 2006, fue ratificada por España mediante Instrumento de ratificación publicado el 21 de abril de 2008, y a ella se encuentra vinculada la Unión Europea, mediante Decisión 2010/48/CE, del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 (DO L 23, de 27 de enero de 2010). Su artículo 27 recoge que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las

35. *Disposición final segunda. Autorización al Gobierno para la refundición de textos legales.*
El Gobierno elaborará y aprobará antes del 31 de diciembre de 2013 y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un Texto Refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

36. MORATALLA SANTAMARÍA, P.: cit., p. 5, si bien, el autor considera que "se perdió una muy buena oportunidad para, en el proceso de refundición y en el área de integración socio-laboral, actualizar y mejorar algunos de los enfoques, medidas y acciones reguladas" (con cita de Muñoz García, C.: "La Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión socio-laboral", *La Ley*, nº. 8231, 2 de enero, 2014.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 04/06/2020

personas con discapacidad. Los Estados parte salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo… adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas:

f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias;
g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público;
h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas;
i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo;
j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto;
k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.

Será ahora el artículo 43 de este Texto Refundido el que recoja la configuración de los CEE[37]. Con arreglo a lo dispuesto, principalmente en ese y otros artículos del Real Decreto Legislativo y conforme, también, a lo que se establece en el Reglamen-

37. *Artículo 43. Centros especiales de empleo para la inclusión laboral de las personas con discapacidad.*
1. Los centros especiales de empleo son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. Igualmente, los centros especiales de empleo deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad, según sus circunstancias y conforme a lo que se determine reglamentariamente.
2. La plantilla de los centros especiales de empleo estará constituida por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70 por 100 de aquélla. A estos efectos no se contemplará el personal sin discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social.
Se entenderán por servicios de ajuste personal y social los que permitan ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que las personas trabajadoras con discapacidad de los centros especiales de empleo tengan en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo. Igualmente se encontrarán comprendidos aquellos dirigidos a la inclusión social, cultural y deportiva.
3. La relación laboral de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo es de carácter especial, conforme al artículo 2.1.g) de Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y se rige por su normativa específica.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 04/06/2020

to en vigor, las características más relevantes de los CEE podemos resumirlas de la siguiente manera[38]:

- Los CEE son agrupaciones productivas de bienes o servicios, pudiendo pertenecer a cualquier tipo de entidad, pública o privada[39].
- La actividad se realiza de forma profesional y habitual, estando dirigida al mercado ("participando regularmente en las operaciones de mercado"), pudiendo tener o no ánimo de lucro[40]. Será, pues, la aplicación de sus posibles beneficios al propio objeto social y a la propia entidad la que permite la diferenciación. Esto ha propiciado que, particularmente, en el sector de la Economía Social se hayan ido diferenciando dos sectores: CEEs de la iniciativa social pública, sin ánimo de lucro, y CEEs del sector privado con ánimo de lucro; los primeros -se dice- agrupan

38. Con mayor detalle puede verse, CAVAS MARTÍNEZ, F. & GRIMALDOS GARCÍA, M.: cit., pp. 174-177. Vid., también, AA.VV.: *Libro Blanco del cooperativismo y la economía social valenciana*, Rafael Chaves Ávila, Juan Francisco Juliá Igual y José Luis Monzón Campos (dirs.), CIRIEC- España, Valencia, 2019, p. 179, los autores aquí resumen en cuatro las características de los CEE que, sintéticamente, serían:
-Objetivo principal es una actividad productiva de bienes y servicios en el mercado.
-Finalidad de asegurar el empleo remunerado de las personas con discapacidad para su inclusión en el empleo ordinario.
-Proporcionar a través de las unidades de apoyo servicios de ajunte
-Constituidos mayoritariamente por trabajadores con discapacidad, al menos, 70%.

39. El artículo 45 del Real Decreto Legislativo dispone:
Artículo 45. Creación de centros especiales de empleo para la inclusión laboral de las personas con discapacidad.
1. Los centros especiales de empleo podrán ser creados tanto por organismos públicos y privados como por las empresas, siempre con sujeción a las normas legales, reglamentarias y convencionales que regulen las condiciones de trabajo.
Por su parte, el artículo 6 del Reglamento dispone:
Art. 6.
Los Centros Especiales de Empleo podrán ser creados por las Administraciones Públicas, bien directamente o en colaboración con otros organismos, por Entidades, o por personas físicas, jurídicas o comunidades de bienes que tengan capacidad jurídica y de obrar para ser empresarios, conforme a lo señalado en el artículo 2.2 en relación con el artículo 3.º del Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo.
Y el *Art. 9. Los Centros Especiales de Empleo vendrán obligados a realizar una gestión sujeta a las mismas normas y requisitos que los que afectan a cualquier Empresa del sector a que pertenezcan.*

40. Art. 5, del Reglamento
a*) Según su titularidad, los Centros Especiales de Empleo podrán tener carácter público o privado.*
b) Atendiendo a la aplicación de sus posibles beneficios, los Centros podrán carecer o no de ánimo de lucro, según que aquellos repercutan en su totalidad en la propia institución o se aproveche parte de ellos en otra finalidad distinta que haya de cubrir la Entidad titular del mismo.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 04/06/2020

del entorno del 51% de todos los CEEs y prácticamente el 60% de las personas con discapacidad en empleo protegido[41].

No obstante, no podrán ser CEE los de Educación Especial que dispongan de aulas o talleres para el aprendizaje profesional de los minusválidos en ellos integrados[42].

- Los CEE son un medio de inclusión de las personas con discapacidad en el régimen de empleo ordinario. El trabajo que en ellos se desarrolla es remunerado con contrato de relación laboral especial; lo que les diferencia de los "Centros Ocupacionales", que son de asistencia y rehabilitación.
- Los CEE ofrecen servicios de ajuste personal y social a través de las "unidades de apoyo".
- El empleo que ofrecen es "protegido" (así lo rotula la Sección 3ª del VI[43]), porque está apoyado por técnicos o monitores que puede acompañar a los trabajadores, cuenta con medidas de fomento superiores a las recibida por las empresas ordinarias, y el acceso o permanencia de los trabajadores con discapacidad en el CEE elude total o parcialmente la concurrencia con los demás trabajadores.
- Como mínimo el 70% de la plantilla serán personas con discapacidad, si bien en ese porcentaje no se incluye el personal sin discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social.
- Los CEE pueden servir como tránsito hacia el mercado de trabajo ordinario, a través de los "enclaves laborales", previstos en el artículo 46[44].

41. Vid. MORATALLA SANTAMARÍA, P.: cit., p. 15, y proponiendo la reforma de la Ley de Economía Social para que solo los CEE de iniciativa social y sin ánimo de lucro puedan tener la consideración de Entidad de Economía social, pp. 20 y 24. Sobre esta tipología, vid, también MONZÓN CAMPOS, J.L. & HERRERO MONTAGUD, M.: cit., p. 319, conforme al estudio realizado en 2014.

42. Art. 4. del Reglamento
En ningún caso tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo los Centros Ocupacionales definidos en el artículo 53 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos [hoy artículo 52 del Real Decreto Legislativo 1/2013*], ni los Centros reconocidos de Educación Especial que dispongan de aulas o talleres para el aprendizaje profesional de los minusválidos en ellos integrados.*

43. Sobre los diferentes tipos de empleo, dispone el artículo 37.2: *Las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo a través de los siguientes tipos de empleo: a) Empleo ordinario, en las empresas y en las administraciones públicas, incluido los servicios de empleo con apoyo. b) Empleo protegido, en centros especiales de empleo y en enclaves laborales. c) Empleo autónomo.*

44. *Artículo 46. Enclaves laborales. Para facilitar la transición al empleo ordinario de las personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades para el acceso al mismo, se pueden constituir enclaves laborales, cuyas características y condiciones se establecen reglamentariamente.*

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 04/06/2020

Con todos estos datos se ha podido afirmar que nuestro ordenamiento jurídico no establece ninguna limitación respecto de la naturaleza pública y privada, forma societaria, ánimo de lucro (o no), o titularidad del capital social de los entes que pueden constituir un CEE. A fin de potenciar su creación -se dice- el legislador trata de imponer las mínimas restricciones posibles en este sentido. El legislador pretende que el CEE sea y funcione como una empresa normal. Únicamente se requiere que sea calificado como CEE por la Administración competente e inscrito en el correspondiente Registro de Centros Especiales de Empleo[45].

5. Incidencia de Ley de Contratos del Sector Público (Ley 9/2017, de 8 de noviembre) en los centros especiales de empleo y su problemática

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, declara en su Preámbulo (V) que "Respecto de los temas sociales, se siguen regulando los contratos reservados a centros especiales de empleo o la posibilidad de reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, extendiéndose dicha reserva a las empresas de inserción y exigiéndoles a todas las entidades citadas que tengan en plantilla el porcentaje de trabajadores discapacitados que se establezca en su respectiva regulación...".

Su artículo 99. 4 dispone que "*Cuando el órgano de contratación proceda a la división en lotes del objeto del contrato, este podrá introducir las siguientes limitaciones, justificándolas debidamente en el expediente… Podrá reservar alguno o algunos de los lotes para Centros Especiales de Empleo o para empresas de inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, de conformidad con lo dispuesto en la* ***Disposición adicional cuarta****. Igualmente se podrán reservar lotes a favor de las entidades a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava, en las condiciones establecidas en la citada disposición".*

La norma no determina expresamente que dichos CEE deban ser de iniciativa social, no obstante -se ha dicho- debe entenderse que ha de ser así interpretado, pues la Disposición Adicional Cuarta titulada *"Reserva de contratos"* a la que se remite expresamente el art. 99, sólo hace mención a los centros de iniciativa social. En este

45. Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F. & GRIMALDOS GARCÍA, M.: cit., pp. 178-179 y referencias ahí indicadas y sobre los requisitos de calificación e inscripción, vid. pp. 179-181.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 04/06/2020

Sentido se ha manifestado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales TACRC en su Resolución nº 510/2019 y refuerza dicha interpretación que en ambos artículos se menciona de forma conjunta a los CEE y a las empresas de inserción, que sólo pueden ser de iniciativa social[46].

Esa Disposición adicional cuarta de la Ley 9/2017, refiriéndose a los contratos reservados, viene a recoger que *Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales,* ***se fijarán porcentajes mínimos de reserva*** *del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a* ***Centros Especiales de Empleo de iniciativa social*** *… a condición de que el* ***porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo… al menos del 30 por 100.***

Ese Acuerdo de Consejo de Ministros, se recoge también, debería adoptarse en el plazo máximo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta Ley. Transcurrido este plazo sin haberse adoptado*, "los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva de 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV…"*[47].

La Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo (BOE del 25), por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, mantiene los porcentajes de la Ley 9/2017.

Se ha puesto en evidencia que, así como para el caso de que no haya acuerdo de Consejo de Ministros, en la contratación del sector público estatal se aplicarán los porcentajes subsidiarios, no hay, sin embargo, consecuencia legal alguna ante la falta de acuerdo por parte de los órganos competentes en la administración autonómica y local, lo que para el autor resulta incomprensible[48].

46. Vid. GARCÍA SABATER, A.B.: cit., p. 16.

47. Vid. ANDRÉS PÉREZ, Mª del R.: "Los contratos reservados en la ley 9/2017, del 8 de noviembre". *Observatorio Contratación Pública*, http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.337/relcategoria.208/relmenu.3/chk.0a06bb42570ad5fa570d9459e03828fc, 2018.

48. Vid. GARCÍA SABATER, A.B.: cit., p. 17. Sobre los ya numerosos acuerdos que han adoptado las administraciones públicas, vid. BURZACO SAMPER, M.: "Concurrencia competitiva, igualdad entre licitadores

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 04/06/2020

Conforme a aquella Disposición adicional cuarta de la Ley 9/2017, adquieren carta de naturaleza los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social, que van a ser conceptuados mediante un nuevo apartado 4 que, mediante la Disposición final 14 de la Ley 9/2017, se va a añadir al artículo 43 del Real Decreto Legislativo 1/2013:

> *Artículo 43. Centros especiales de empleo para la inclusión laboral de las personas con discapacidad.*
> *(…)*
> *4. Tendrán la consideración de* ***Centros Especiales de Empleo de iniciativa social*** *aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1.º y 2.º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social.*

El texto no puede decirse que tenga muchas virtudes, genera bastantes interrogantes y, en nuestra opinión, no responde a la mejor técnica legislativa[49]. Si se quería crear una nueva categoría de centros especiales de empleo, vinculados a la Economía Social, la coherencia del sistema reclamaría que se hubiera modificado también la Ley de Economía Social, y esto no se ha hecho. Por otra parte, la decisión político-jurídica de limitar la reserva de la contratación pública a un determinado tipo de centros espe-

y discriminación positiva en las reservas de contratos: un análisis desde los conflictos", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa,* nº 35, 2019, p. 12 y referencias ahí indicadas.

49. Distinto es el parecer de CALVO VÉRGEZ, J.: "La proyección de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector público, sobre el ámbito de la Economía social: un nuevo marco regulatorio para las entidades del tercer sector*", Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 4, 2019, p. 12, considerando que "se ha mejorado de manera sustancial su definición y exigencias de la ley".

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 04/06/2020

ciales de empleo no deja de ser polémica y, prueba de ello, son los tempranos recursos interpuestos contra las licitaciones que impiden concurrir a cualquier tipo de CEE.

Al respecto, puede consultarse la Resolución 100/2018 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi, resolviendo el recurso que pretendía eliminar la exigencia de "iniciativa social" en el Pliego de cláusulas administrativas particulares. El recurrente esgrimía que el contenido del pliego podría suponer una vulneración del ordenamiento jurídico de la Unión Europea al imponer una discriminación entre operadores económicos (el artículo 20 de la Directiva 2014/20/UE, únicamente hace referencia a la finalidad de empleo de las personas con discapacidad y a un mínimo de 30% de personas con discapacidad sin que haga mención a limitaciones adicionales, como la exigencia de reinversión o que deba ser «de iniciativa social»). En la Resolución se concluye -en nuestra opinión sin fundamentación suficiente- que es correcta la reserva del contrato a un tipo concreto de Centros Especiales de Empleo -los de iniciativa social, en detrimento de los de iniciativa empresarial-, porque "el legislador goza de un margen de discrecionalidad a la hora de definir y concretar en el derecho interno lo que se entenderá por "operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas", sin que pueda entenderse que artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE establece un mandato claro e incondicionado que impida cualquier tipo de interpretación o adaptación[50].

En el mismo sentido puede citarse, también, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 860/2018, de 1 de octubre de 2018. El recurrente esgrimía que una interpretación más restrictiva del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, provocaba "un daño directo a la libre competencia, interdicción de la no discriminación y, facilitando el fraude en la contratación del sector público"[51]. El órgano administrativo afirmó que el artículo de la Directiva carece de efecto directo al no contener un mandato claro e incondicionado y que los Estados miembros gozan de libertad para cumplir el mandato dado desde el acervo comunitario que no es otro, que el de reservar licitaciones de determinados contratos a favor de operadores económicos que desempeñan una función social. Por ello, se ha podido decir, el legislador estatal ha añadido a los CEE el calificativo de ser de iniciativa social[52].

50. Vid. sobre la misma, BURZACO SAMPER, M.: cit., pp. 18 y ss.

51. Sobre la misma y la núm. 914/2018, de 11 de octubre de 2018, vid. GARCÍA SABATER, A.B.: cit. p. 17; también MARTÍN LORENZO, B.: cit., pp. 22 y 27.

52. Vid. ANGULO GARZARO, A.: "La transposición del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE a la Ley de contratos del sector público (LCSP) y su incidencia en la competencia. Especial referencia a los centros especiales de empleo de iniciativa social", *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 3, 2019, p. 3.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 04/06/2020

Uno de los argumentos que más se ha utilizado contra las reservas de contratos es la limitación a la libre competencia que suponen. Restringiendo la posibilidad de participar a los CEE y a las empresas de inserción, buena parte del tejido productivo puede quedar fuera de ese tipo de licitaciones. Si, además, la restricción beneficia un tipo de CEE sobre otro, la discriminación tiene aún mayores dificultades de justificación.

Algunos autores consideran, sin embargo, que existe una justificación social detrás de esta tipología de licitación que reconoce la LCSP mediante la excepción a la no discriminación por tipo de empresa que recoge en su artículo 132. "Para medir el grado de competencia -se dice- se ha usado como variable el número de empresas que han presentado ofertas de cada licitación. Los casos donde se presenta única oferta no alcanzan el 50%, aunque sí suponen la mayoría. En más de un 25% de las licitaciones se han presentado tres o más ofertas. Por lo tanto -añaden- no puede afirmarse que los contratos reservados se constituyan en una suerte de contrato de adjudicación directa para los CEE y las Empresas de inserción, puesto que como ponen de manifiesto los datos, en una mayoría de los casos analizados existen al menos dos ofertas que compiten entre sí"[53].

En cualquier caso es necesario señalar que la posibilidad de excepcionar las reglas de concurrencia propias de la contratación pública en favor de entidades sin ánimo de lucro, tiene el respaldo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en diversas sentencias[54].

Con todo, no deja de ser tampoco conflictivo el trato diferenciado de los centros especiales de empleo de iniciativa privada frente a los de iniciativa social en determinados aspectos o condiciones laborales, que, no obstante, se ve confirmado con la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional del 14 de noviembre de 2019, que desestima en su integridad la impugnación de la Confederación Nacional

53. Vid. MENDOZA JIMÉNEZ, J., ROMÁN CERVANTES, C. & HERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: "La economía social…", cit., p. 235. También en "Los contratos reservados: una herramienta para el fortalecimiento de las entidades sociales", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa,* nº 33, pp. 322 y ss., los autores comentan dos Resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. En cuanto a la supuesta disminución de la libre competencia, el Tribunal da un espaldarazo a los contratos reservados como instrumento de contratación pública responsable al razonar que: *"El principio de apertura a la competencia, puede y debe ser limitado sobre la base de razones de interés general, como la protección del medio ambiente, la salud pública, o, como en este caso, la inserción laboral de personas con dificultades de acceso al mercado de trabajo, siempre que estas actuaciones sean proporcionadas y no vulneren el principio de igualdad de trato".*

54. Vid. MARTÍN LORENZO, B.: cit., pp. 9-10; BURZACO SAMPER, M.: cit. p. 16.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 04/06/2020

de Centros Especiales de Empleo (CONACEE) contra el XV Convenio Colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad[55].

Se impugnaba el XV Convenio Colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, porque incluyó en su ámbito funcional a los centros especiales de empleo, aunque no se firmó por las asociaciones que encuadran dichos centros. La Audiencia desestima dicha pretensión dado que es un convenio sectorial, que incluyó en su ámbito a los CEE durante cinco convenios sectoriales y se suscribió por la mayoría de su comisión negociadora, sin que haya una pérdida sobrevenida de legitimidad por el hecho de que no firmen el convenio algunas asociaciones minoritarias. Se impugna también el art. 29.2 del convenio, porque distingue salarialmente los CEE de iniciativa social y económica, desestimándose también dicha pretensión porque -se dice- se trata de centros distintos que, si bien comparten fines, medios y porcentaje de personas con discapacidad, se trata de supuestos totalmente desiguales, porque los CEE de iniciativa social no tienen afán de lucro y reinvierten todos sus beneficios en la consecución de sus fines, y los CEE de iniciativa económica tienen también por objeto lograr los máximos beneficios para sus dueños.

La Sentencia ha sido valorada positivamente por la Federación Empresarial Española de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo (FEACEM), porque -se dice- avala y justifica plenamente la diferenciación entre centros especiales de empleo de iniciativa social y los centros especiales de empleo de iniciativa empresarial con base en sus distintas finalidades y, por tanto -entienden- la posibilidad de trato diferenciado entre ambas figuras[56].

Para configurar los CEE de iniciativa social, el nuevo apartado 4 añadido al artículo 43 del Real Decreto Legislativo 1/2013, requiere que los CEE ordinarios (que cumplen con los apartados 1.º y 2.º del mismo artículo 43) se encuentren en alguno de los siguientes supuestos, que no dejan de ser confusos:

- Estén promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan

55. Puede verse en http://www.cermicantabria.org/images/pdf/2019/Sentencia_135-20193.pdf

56. El presidente de FEACEN, Daniel-Aníbal García, declaró que "es muy importante esta sentencia al ponerse de manifiesto, como ya hizo el Tribunal Supremo, que las dos realidades no somos iguales. La sentencia pone de relieve que los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social tienen un beneficio social mucho mayor que los centros especiales de empleo con ánimo de lucro; a nosotros solo nos mueve la creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de nuestra actividad, que es genuinamente economía social; mientras que a la otra realidad le mueve la búsqueda del mayor lucro económico posible" http://www.diariosigloxxi.com/texto-s/mostrar/341663/feacem-valora-positivamente-sentencia-audiencia-nacional-sobre-centros-especiales-empleo

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 04/06/2020

ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos. Y se citan, a título de ejemplo *"asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la* ***economía social****"*. No se aclara en qué consiste la promoción, ni tampoco el modo de participación "indirecta" de las entidades. Además, no deja de ser curiosa la disyuntiva que se presenta a estas entidades titulares de los CEE: pueden no tener ánimo de lucro o -teniéndolo- bastará que tengan reconocido en sus estatutos su carácter social[57]. Y, por otra parte, sorprende que se citen como ejemplos algunas entidades de economía social (asociaciones, fundaciones y cooperativas, pero solo un tipo de éstas) y "otras entidades de economía social", con lo que parece ignorar la misma Ley 5/2011 de Economía Social y, particularmente, sus artículo 5.

- Pueden ser también CEE de iniciativa social aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades mencionadas anteriormente; es decir, entidades de economía social o que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, pero se añade, *ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad…*

  Con absoluta imprecisión el texto apunta a una propiedad "indirecta", cuando parece que quiere referirse al "control", que es el concepto que utiliza el Código de Comercio para poder definir el grupo[58], pero olvida, además, que el concepto de grupo del artículo 42 del Código de Comercio es el grupo "societario", y aquí parece querer reconocerse la existencia de un grupo en el que el control pudiera provenir de una entidad no societaria.

  Por otra parte la exigencia, en todo caso, de que en los estatutos "o el acuerdo social" (sic) de la -según parece- sociedad mercantil titular del CEE se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios, hace inviable, particularmente para las sociedades mercantiles de capital (artículos 93.a y 238 bis de la Ley de Sociedades de Capital), la titularidad de estos CEE de iniciativa social.

57. Esa declaración, señala GARCÍA SABATER, A.B.: cit., p. 13, "permitiría simular que se encuentra, ficticiamente, dentro de los principios orientadores de la Ley 5/2011".

58. Vid. CABANA TENA, A.: *El concepto de grupo de sociedades,* Tirant lo Blanch. Valencia, 2019, pp. 188 y ss.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 04/06/2020

Todo parece indicar que, al configurar los CEE de iniciativa social, la idea de nuestro legislador, era sumarse al sector doctrinal y de la economía social que vine proponiendo la diferenciación de los CEE[59]; reservando la consideración de CEE de iniciativa social a aquellos CEE cuya titularidad corresponde a entidades públicas o privadas de carácter no lucrativo o a entidades públicas o privadas que están participadas mayoritariamente en su capital social, de manera directa o indirecta, por entidades sin ánimo de lucro o entidades de economía social y que reinvierten sus beneficios al fin social de la entidad[60]. Si esa era el propósito del legislador, con independencia de que se comparta o no esa corriente[61], lo cierto es que la configuración legal de los CEE de iniciativa social no se hace bien (al margen de que hubiera reclamado también la reforma de la Ley 5/2011 de Economía Social), genera más confusión que aclara, (particularmente los que se encuentran en el segundo de los supuestos que antes mencionamos) y, en la práctica, terminará limitando los CEE de iniciativa social a aquellos que estén promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social

59. Vid. AA.VV.: cit., pp. 179-181, los autores recogen una clasificación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social que distingue entre Centros de Iniciativa Social (CEEIS) y Centros de Iniciativa Capitalista (CEEIC). Así, en 2013 habría, a nivel nacional, 617 CEEIS y 1152 CEEIC, (proporciones similares para las cifras de 2015, según datos del Gobierno, puede verse http://www.congreso.es/l12p/e3/e_0036553_n_000.pdf) y en el año 2017, 714 CEEIS y 1391 CEEIC. La Asociación CIRIEC-España, apuesta por una distinción matizada, distinguiendo los CEE de Economía Social (CEE ES) y CEE de la Economía Capitalista (CEE EC). En esta clasificación, los CEE de Economía Social englobarían a los siguientes:
- CEE calificados como de Iniciativa Social por la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.
- Centros dependientes de entidades religiosas con personalidad jurídica específica.
- Centros no incluidos en el punto uno con personalidad jurídica de cooperativa o identificados como sociedades laborales.
- CEE incluidos en la base de datos de FEACEM
- CEE participados por lo grupos de la Economía Social no incluidos en los anteriores.
- CEE identificados por las encuestas de CIRIEC y no adscritos por los puntos anteriores.

Así, conforme a estos criterios de clasificación y en atención a la forma jurídica, con los datos de CIRIEC-España, en 2017, serían sociedades limitadas el 59,4% de los CEE de Economía Social (CEE ES) y el 95,7% de los CEE de Economía Capitalista (CEE EC); mientras que las Asociaciones y Fundaciones representarían el 20,3% de los CEE ES, 12,4% las Sociedades Anónimas y 4,7% las cooperativas.

60. Vid. MORATALLA SANTAMARÍA, P.: cit., pp. 20-25, y referencias ahí indicadas.

61. Recogiendo las palabras de la asociación Canaria de Centros Especiales de Empleo, vienen a señalar MENDOZA JIMÉNEZ, J., ROMÁN CERVANTES, C. & HERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: "La economía social…", cit., p. 227, que la limitación al ánimo de lucro como criterio de distinción entre CEE y CEE de iniciativa social, corre el riesgo de "crear discapacitados de primera y de segunda clase" bajo el argumento de que, dependiendo de la naturaleza de la empresa en la que trabajen, pueden tener más o menos oportunidades laborales.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 04/06/2020

en sus Estatutos. Pero probablemente no evitará la creación, en particular, de asociaciones y fundaciones ficticias para cumplir las exigencias que se requieren para la consideración de CEE de iniciativa social y poder optar así en el porcentaje que se reserva a estos centros (además de las empresas de inserción) en las licitaciones de la contratación pública[62].

6. Conclusiones y cuestiones pendientes

Las políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad y de atención especializada para garantizar su derecho al trabajo tienen una justificación constitucional y un reconocimiento en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York de 13 de diciembre dc 2006, ratificada por España mediante Instrumento de ratificación publicado el 21 de abril de 2008, y a la que se encuentra vinculada la Unión Europea, mediante Decisión del Consejo, de 26 de noviembre de 2009. El artículo 26 de la Carta de los Derecho Fundamentales de La Unión Europea establece que *La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.* Al sector público, en sus distintos ámbitos de actuación le corresponde, pues, facilitar la integración en el mercado laboral de los trabajadores con discapacidad.

Los CEE están reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, desde hace casi 40 años, como un instrumento para evitar el apartamiento laboral que sufren las personas con discapacidad. Los CEE son una oportunidad de desarrollo profesional y, por ello, de autonomía. Como se ha venido diciendo, cuando se "inventan" este tipo de empresas, no se hace desde la óptica de desarrollar una actividad económica, que tiene como expectativa dominante la rentabilidad (aunque sea necesaria), sino desde el objetivo de crear empleo para personas que "el mercado laboral" no desea

62. MENDOZA JIMÉNEZ, J., ROMÁN CERVANTES, C. & HERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: "Los contratos reservados: una herramienta para el fortalecimiento de las entidades sociales", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa,* nº 33, 2018 pp. 311-312, apuntan que la introducción de la nueva figura CEE de iniciativa social para la que se limita la reserva, puede interpretarse como un intento de limitar el efecto que el ánimo de lucro podría tener sobre la labor social de este tipo de organizaciones. "La redacción de la disposición adicional cuarta de la LCSP puede, en efecto, ayudar a limitar lo que se define en este trabajo como "piratería social" [empresas que solo contratan empleados pertenecientes a esos colectivos para la ejecución del contrato]. Sin embargo, no cubre ni limita otros posibles casos de abusos como la creación de Centros Especiales de Empleo por parte de fundaciones y asociaciones que estén creadas y controladas por empresas con ánimo de lucro".

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 04/06/2020

contratar, por lo que "estamos en el corazón del concepto de economía social"[63]. La Ley española 5/2011, de Economía Social, no duda en incluirlos en el conjunto de las entidades de economía social.

Los CEE son un instrumento de lo que se conoce como empleo protegido. En la configuración actual de los CEE nuestro ordenamiento jurídico no establece ninguna limitación respecto de la naturaleza pública o privada de la entidad, ni de su forma jurídica, ni de su finalidad (lucrativa o no), ni de la titularidad, en su caso, de su capital social.

El objetivo principal de los CEE es realizar una actividad productiva de bienes o servicios y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad, pero, a la vez, como hemos visto, *son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario*. Conviene recuperar a los CEE como puente o tránsito hacia el empleo en empresa ordinaria. Así se recogía en el Acta del IV Encuentro Nacional de Investigadores y Profesionales sobre Economía Social, Autogestión y Empleo, celebrado en Valencia en junio de 2018[64]. A ello ayudaría, por ejemplo, facilitar, en especial, la transferencia de las personas con discapacidad intelectual -que, sin duda, constituyen el colectivo en el que es más complicada esa transferencia- entre los centros ocupacionales y los centros especiales de empleo[65]. Los datos muestran las mayores dificultades a que se enfrentan los trabajadores con discapacidad intelectual, por lo que cada vez se hace más necesario un tratamiento diferenciado de CEE en función del tipo de discapacidad de sus trabajadores[66].

La normativa nacional y europea posibilita justificar la prioridad y reservas para los CEE (y empresas de inserción) en la contratación del sector público por su comportamiento diferente respecto de las empresas ordinarias[67]. Lo que no parece tan

63. Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F. & GRIMALDOS GARCÍA, M.: cit., pp. 172-173 y referencias ahí indicadas.

64. MONTALBÁN MOYA, R.: cit., p. 22.

65. Vid. CANTALAPIEDRA, J.: "ATADI. Centro especial de empleo", en *La promoción del emprendimiento y la inserción social desde la economía social, Gemma Fajardo García (coord.).* Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa, CIRIEC-España, Valencia, 2018, p. 138, que pone en evidencia el problema que supone cuando la persona con discapacidad pasa más de 6 meses trabajando en el CEE que pierde su plaza en el Centro ocupacional, no pudiendo reservarla o suspenderla temporalmente.

66. Vid., GARCÍA SABATER, A.B.: cit., pp. 24-26.

67. Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DOUE de 28 de marzo de 2014)
Artículo 20 Contratos reservados.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 04/06/2020

justificado es que esa prioridad y reservas se limite a determinados CEE, a los CEE de iniciativa social y, menos aun que, para ello, se utilice la Ley de contratos del sector público para modificar la Ley que configura los CEE, introduciendo una categoría *ad hoc,* que no dejará de generar conflictos.

La categoría de los CEE de iniciativa social añadida por la Ley de contratos del sector público de 2017 no deja de ser polémica y merece ser revisada. La Ley de Economía Social no distingue categorías de centros especiales de empleo y reclama la promoción de todos ellos, por lo que un tipo específico de CEE, que va a tener un trato ventajoso en la contratación pública, no encaja bien en la sistemática de la Ley de Economía Social.

El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo: *Hacia un marco jurídico europeo adaptado para las empresas de economía social,* Ponente Alain Coheur, de 19 de junio de 2019 (DOUE de 28 de agosto de 2019), propone introducir en la legislación de la UE un marco jurídico adaptado a un mejor reconocimiento de las Entidades de Economía Social. "Este marco se basaría en un concepto nuevo, el de los «beneficios limitados», que definiría el conjunto de las empresas que pueden obtener beneficios pero cuyo fin no es distribuirlos entre sus propietarios, puesto que tienen

1. Los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 % de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos.

2. La convocatoria de licitación deberá hacer referencia al presente artículo.

En lo que se refiere a nuestro derecho interno, conviene recordar lo previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público:

Artículo 132. Principios de igualdad, transparencia y libre competencia.

1. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.

En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta.

2. La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios.

3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 04/06/2020

una finalidad de tipo solidario o de interés general" (Conclusiones y recomendaciones 1.5)[68].

En las observaciones particulares del Dictamen sobre Derecho de la competencia, se viene a decir que ese concepto de beneficios limitados debería aplicarse asimismo al Derecho de la competencia (3.2.2.1) y que, aun cuando para determinar el ámbito de aplicación de las normas de la competencia solo se utiliza como criterio el ejercicio de una actividad económica en un mercado, *se podrían introducir ajustes en la fase de aplicación de las normas, a fin de tener en cuenta determinadas especificidades de las Entidades de Economía Social* (3.2.2.2).

En fin, en lo que concierne a la contracción pública recoge que la Comunidad Europea considera que el acceso de las entidades de economía social a los contratos públicos es una cuestión que requiere atención y ha resaltado la dificultad de algunas para participar en las licitaciones (3.2.3.1) y que estas empresas quedan excluidas, a priori, de los contratos reservados. *No obstante, existe una excepción general para los operadores económicos cuyo objeto principal sea la integración social y profesional de personas con discapacidad o desfavorecidas*. Por otra parte, la Directiva 2014/24/UE brinda también a los Estados miembros la posibilidad de reservar contratos de servicios sanitarios, sociales y culturales a *empresas con beneficios limitados* que cumplan determinados criterios de funcionamiento. (3.2.3.2)[69].

Este nuevo concepto que se propone de entidades de "beneficios limitados" quizá pueda ser una vía para un mejor reconocimiento de las entidades de economía social y una mejor atención, y más respetuosa con el derecho de la competencia, en las reservas de contratos del sector público. Este nuevo concepto, incorporado por las Administraciones públicas en los pliegos de contratación, facilitaría sin distorsiones -entendemos nosotros- la participación de las entidades de economía social en las licitaciones.

68. Pide también a la Comunidad Europea *"que elabore un estudio sobre el concepto de «beneficios limitados» y sobre los modelos de empresas que se ajustan a este funcionamiento. Este estudio permitiría determinar mejor la necesidad de marcos jurídicos, financieros y fiscales adecuados para la preservación de las capacidades competitivas de las empresas interesadas y, en su caso, daría lugar a la elaboración de buenas prácticas"* .

69. Se añade, también, que *Hay que señalar, con todo, que el sistema de licitación, es decir, la puesta en competencia entre empresas inspirada en el modelo liberal y privado, no siempre sitúa a las empresas con beneficios limitados en una posición competitiva cómoda. También aquí, su tamaño en ocasiones modesto o el acceso más difícil a las fuentes de financiación de la inversión pueden representar una desventaja competitiva, cualquiera que sea el tipo de actividad realizada. Por lo tanto, la división de los contratos en lotes y los criterios de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa deberían tener en cuenta esta diferencia de situación* (3.2.3.3).

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 04/06/2020

Bibliografía

AA.VV.: *Libro Blanco del cooperativismo y la economía social valenciana* (Dirs. CHAVES ÁVILA, R., JULIÁ IGUAL, J.F. & MONZÓN CAMPOS, J.L.), CIRIEC-España, Valencia, 2019.

ANDRÉS PÉREZ, Mª del R.: *Los contratos reservados en la ley 9/2017, del 8 de noviembre*, Observatorio Contratación Pública, http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.337/relcategoria.208/relmenu.3/chk.0a06bb42570ad5fa570d9459e03828fc, 2018.

ANGULO GARZARO, A.: "La transposición del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE a la Ley de contratos del sector público (LCSP) y su incidencia en la competencia. Especial referencia a los centros especiales de empleo de iniciativa social", *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº. 3, 2019, pp. 1-8.

BURZACO SAMPER, M.: "Concurrencia competitiva, igualdad entre licitadores y discriminación positiva en las reservas de contratos: un análisis desde los conflictos", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa,* nº 35, 2019, pp. 1-44.

CABANA TENA, A.: *El concepto de grupo de sociedades,* Tirant lo Blanch. Valencia, 2019.

CALVO VÉRGEZ, J.: "La proyección de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector público, sobre el ámbito de la Economía social: un nuevo marco regulatorio para las entidades del tercer sector*", Revista Aranzadi Doctrinal,* nº. 4, 2019, pp. 1-19.

CANTALAPIEDRA, J.: "ATADI. Centro especial de empleo". En *La promoción del emprendimiento y la inserción social desde la economía social* (Coord. FAJARDO GARCÍA, G.), CIRIEC-España, Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa, Valencia, 2018, pp. 135-139.

CAVAS MARTÍNEZ, F. & GRIMALDOS GARCÍA, M.: "Los centros especiales de empleo". En *La empresa social y su organización jurídica* (Coord. ANDREU MARTÍ, Mª.M.), Marcial Pons, 2014, pp. 169-201.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 04/06/2020

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: Dictamen: *Hacia un marco jurídico europeo adaptado para las empresas de economía social.* Pleno de 19 de junio de 2019. Ponente COHEUR, A. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2019.282.01.0001.01.SPA&toc=OJ:C:2019:282:-FULL, 2019.

CUETO IGLESIAS, B. et al.: *Trayectorias laborales de las personas con discapacidad y centros especiales de empleo, análisis empírico con la MCVL.* http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/be250769-afa4-4d91-ba1d-e4277cda9804/F10_07N.pdf?MOD=AJPERES&CVID=, 2008.

FAJARDO GARCÍA, G. "La identificación de las empresas de economía social en España. Problemática jurídica", *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, nº 128, pp. 2018, 99-126.

GARCÍA DIEGO, D.A.: Declaraciones en "FEACEM valora positivamente la sentencia de la Audiencia Nacional sobre Centros Especiales de Empleo", *Siglo XXI*, 18 de noviembre de 2019.

GARCÍA SABATER, A.B.: "Centros especiales de empleo de iniciativa social. Avances legislativos y ajustes necesarios", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa,* nº 35, 2019, pp. 1-29.

JORDÁN DE URRÍES VEGA, F. DE B. & VERDUGO ALONSO, M.A.: *Informe sobre la situación de los Centros Sociales de empleo en España,* Universidad de Salamanca, http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO25153/InformeMTIN_Centros_EspecialesdeEmpleo.pdf, 2010

LÓPEZ PENABAD, M.C., MASIDE SANFIZ, J.M. & TORRELLLES MANENT, J.: "Análisis económico y social de los centros especiales de empleo: un estudio en Galicia", *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, nº 132, 2019, pp. 169-194.

MARTÍN LORENZO, B.: "Reserva de contratos a los centros especiales de empleo de iniciativa social: régimen jurídico y doctrina consultiva y de los Tribunales Administrativos de recursos contractuales", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 35, 2019, pp. 1-31.

MENDOZA JIMÉNEZ, J., ROMÁN CERVANTES, C. & HERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: "Los contratos reservados: una herramienta para el fortalecimiento de las entidades sociales", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa,* nº 33, 2018, 2018, pp. 295-332.

MENDOZA JIMÉNEZ, J., ROMÁN CERVANTES, C. & HERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: "La economía social y la contratación pública: la herramienta de los contratos reservados", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública Social y Cooperativa,* nº. 97, 2019, pp. 213-244.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 04/06/2020

MONTALBÁN MOYA, R.: "Acta del IV Encuentro Nacional de investigadores y profesionales sobre economía social, autogestión y empleo (Valencia 14-25 de junio 2018)". En *La promoción del emprendimiento y la inserción social desde la economía social* (Coord. FAJARDO GARCÍA, G.), CIRIEC-España, Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa, Valencia, 2018, pp. 9-23.

MONZÓN CAMPOS, J.L & HERRERO MONTAGUD, M.: "Identificación y análisis de las características identitarias de la empresa social europea: aplicación a la realidad de los Centros Especiales de Empleo de la economía española", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 87, 2016, pp. 295-326.

MORATALLA SANTAMARÍA, P.: "Centros especiales de empleo", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa,* nº. 29, 2016, pp. 235-274

MUÑOZ GARCÍA, C.: "La Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión socio-laboral", *La Ley*, nº. 8231, 2 de enero, 2014.

ODISMET: *Informe 4 del observatorio sobre discapacidad y mercado de trabajo de la fundación ONCE,* https://www.odismet.es/informes-publicaciones, 2014.

PANIAGUA ZURERA, M.: *Las empresas de la economía social más allá del comentario a la Ley 5/2011, de economía social*, Marcial Pons. Madrid, 2011.

RONCERO SÁNCHEZ, A.: "Importancia económica, régimen legal y características propias de las cooperativas agrarias y de las sociedades agrarias de transformación". En *Cooperativas agrarias y sociedades agrarias de transformación* (Dir. PULGAR EZQUERRA, J., Coord. VARGAS VASSEROT, C.), Dykison, Madrid, 2006, pp. 21-43

SÁNCHEZ PACHÓN, L.A.: "La delimitación de las entidades y organizaciones de economía social en la próxima ley reguladora del sector", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº. 66, 2009, págs. 61-84.

SÁNCHEZ PACHÓN, L.A.: "El reconocimiento de la economía social y de sus agentes en el Proyecto de Ley de Economía Social", *Noticias de la Economía Pública Social y Cooperativa*, nº. 54, 2010, págs. 53-58.

SÁNCHEZ PACHÓN, L.A & PÉREZ CHINARRO, E.: "Las entidades de economía social como protagonistas de un nuevo modelo de emprendimiento y medidas legales de apoyo al emprendimiento", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº. 84, 2015, págs. 35-62.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 04/06/2020

COOPERATIVA-CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO COMO FORMA JURÍDICA DE EMPRESA PARA LA INSERCIÓN LABORAL (Análisis a partir de un caso)[1]

Amalia Rodríguez González
Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Valladolid

RESUMEN
En el presente trabajo se analiza desde un punto de vista jurídico, el fenómeno del cooperativismo de iniciativa social como herramienta al servicio de la inserción laboral de colectivos en riesgos de exclusión social o colectivos con especiales dificultades para el acceso al empleo, así como el papel que desempeñan los centros especiales de empleo de iniciativa social como coadyuvantes de las cooperativas de iniciativa social (de trabajo asociado o de consumidores) en la consecución de aquel fin. Desde distintas instituciones y organizaciones en esta materia y desde hace ya algún tiempo, se apuesta por potenciar el empleo ordinario como mejor instrumento de integración social para lo cual son necesarios mecanismos eficaces para facilitar el tránsito desde el empleo protegido al ordinario.

PALABRAS CLAVE: Economía social, sociedades cooperativas de iniciativa social, centros especiales de empleo, inserción laboral.

CLAVES ECONLIT: G34, K22, L31, M140.

Cómo citar este artículo/How to cite this article: RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A.: "Cooperativa-centro especial de empleo como forma jurídica de empresa para la inserción laboral. (Análisis a partir de un caso)", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 36, 2020, pp. 93-130. DOI: 10.7203/CIRIEC-JUR.36.17191.

1. El texto es el resultado de la conferencia, impartida el 26 de septiembre de 2019 con motivo del III Encuentro Internacional de Investigadores sobre Economía Social, Autogestión y Empleo, en el marco del Proyecto de Investigación: "Economía Social, Autogestión y Empleo (DER 2016-78732 R) financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España, cuya investigadora principal es la Prof.ª. Dra. Dª. Gemma Fajardo García, profesora titular de la Universidad de Valencia. Queremos dar las gracias a Pilar Rodríguez Sánchez, presidenta de la cooperativa Porsiete por todas las facilidades dadas y la información suministrada para la redacción de este trabajo.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 25/06/2020

COOPERATIVE-SPECIAL EMPLOYMENT CENTER AS JURIDIC FORM FOR LABORAL INSERTION (ANALYSIS FROM A CASE)

EXPANDED ABSTRACT

The phenomenon of social exclusion is complex, due to the various circumstances involved in breaking social ties: unemployment, lack of housing, health, etc. These groups include the long-term unemployed, the disabled, drug addicts, immigrants, the homeless, ex-prisoners, elderly people living alone, and finally we understand that women are also included, whose unemployment rate is still higher than that of men.

The European Union estimates that around one in six Europeans suffer from a disability (80 million), with a poverty rate 70% higher than the average, also as a result of not being able to get a job.

This is therefore one of the problems that most concerns the European Union. The European Strategy 2010-2020. A renewed commitment to a barrier-free Europe, shows that the employment rate of people with disabilities is around 50% and that more people with disabilities need to be in paid employment to achieve growth targets.

The Spanish Constitution of 1978 combines in its articles the promotion of social economy enterprises and the development of policies, by the public authorities, for the social integration of people with disabilities so that they can enjoy the rights that the First Title grants to all of them. These rights include labour rights (Article 35.1)

Disability policies have evolved in recent times, from being focused on welfare benefits to the search for quality employment in decent conditions, as a tool for social integration (protected employment or ordinary employment).

Social economy enterprises specialise in the care sector and coexist with other types of companies (public limited companies and limited companies).

Social economy enterprises encounter difficulties in economic management because of the model that these enterprises have chosen and which may jeopardise their viability and survival in the market. It is not easy for social economy enterprises (sometimes of a small size) to compete with other enterprises of a capitalist nature and often of a larger size, in this difficult sector of social care.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 25/06/2020

Social economy enterprises also face difficulties because they internalise costs and are willing to carry out their activity without seeking extreme profits.

When they are small enterprises (especially worker cooperative societies) they often have problems related to financing, for which it would be necessary and desirable to seek suitable financing formulas adapted to these cooperatives. However, it is difficult at present. Although this issue is not the subject of our study at the moment, we feel that it needs to be addressed at a later stage. Without adequate financing, these companies will not have the possibility of competing in the market on equal terms with the large business groups dedicated to caring for people.

On the other hand, it is necessary in these cooperatives, to promote the formulas of associationism, both the horizontal one with an economic character and the vertical one of an associative type, in both cases to make them stronger in the market and to achieve their survival. On this point it is fundamental to apply the cooperative principle of education, training and information of the cooperatives that links this training with the promotion of the cooperative associationism that allows the strengthening of the cooperatives.

It should be pointed out that excessive dependence on public administration also makes them more vulnerable in times of economic crisis, although numerous studies have highlighted that, because of their flexibility, they are more resilient in these times and therefore destroy fewer jobs in difficult times.

Social initiative cooperatives also make a decisive contribution to reducing the undesirable effects of social exclusion caused by the lack of access to decent, quality employment, and promote sustainable economic growth that has clear positive repercussions on social progress and the achievement of social justice.

For all these reasons, clear and decisive support is needed from public administration for these social economy enterprises, through different formulas and measures. These are companies that, in many cases, are of public utility and defend the social interest.

They are special companies that apply principles and values that are also closely linked to the objectives of sustainable development, and that are committed to decent, quality employment, respect for the environment and equal opportunities for men and women. It should not be forgotten, however, that they are companies.

KEYWORDS: Social Economy, social iniciative cooperatives, special employment centers, labor insertion.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 25/06/2020

SUMARIO

1. Introducción y objeto. 2. Cooperativas e inserción laboral. 2.1. Aproximación al fenómeno de la inserción laboral de colectivos con dificultades. 2.2. El tránsito al empleo ordinario a través de las empresas de la economía social. 3. La cooperativa de iniciativa social. 3.1. Concepto y notas características. Régimen Jurídico. 3.2. Calificación de una cooperativa como de "iniciativa social". La ausencia de ánimo de lucro. 4. Estudio de un caso. 4.1. Aspectos preliminares. 4.2. Calificación de la cooperativa *Porsiete* como centro especial de empleo. Los enclaves laborales. 4.3. El respeto a los principios cooperativos en la cooperativa *Porsiete*. 5. Conclusiones. Bibliografía.

La cooperativa tiene como finalidad inmediata satisfacer la necesidad de cada uno de los socios en el campo al que se refiere la actividad cooperativa, y, al mismo tiempo, promover el desarrollo social de los mismos socios (…) la satisfacción de estas necesidades y la tutela de este interés pasa necesariamente por la eficiencia de la acción cooperativa que se realiza mediante el contacto y la unión entre los socios.

Justino F. Duque,
Formación y la comercialización del trabajo agrícola asociado
Centro Regional Castilla y León, Salamanca, 1981, p. 19.

1. Introducción y objeto

En el presente trabajo se aborda desde una perspectiva jurídico privada el estudio de las cooperativas de iniciativa social -principalmente de trabajo asociado- como fórmula de la economía social a disposición de la integración laboral de colectivos con especialidades dificultades de inserción en el mercado. En relación con las distintas formas de empresa, las empresas sociales como las cooperativas de iniciativa social (a partir de ahora CIS) tienen un papel fundamental ligado a la consecución de objetivos sociales y de carácter económico en el mercado, por tanto, consolidan estrategias empresariales que fortalecen la libre competencia con otras empresas. Para ello, es preciso por un lado, el fortalecimiento de políticas públicas que ayuden a estas iniciativas empresariales privadas a situarse en condiciones similares al resto, y por otro, debe instarse a estas empresas a desarrollar actuaciones relacionadas con la integración cooperativa de carácter horizontal (económica) que les permita asumir el reto de situarse en la misma

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 25/06/2020

posición que el resto de empresas privadas del sector y la supervivencia en un mercado globalizado. Una normativa fiscal adecuada también es fundamental en este ámbito, puesto que es necesario que se tengan en cuenta las particularidades de estas empresas de la economía social con clara vocación social. Ello ayudará a que estas fórmulas empresariales como las cooperativas, y en especial las cooperativas de iniciativa social (CIS), que están especializadas en la atención a las personas, tengan una oportunidad para acceder al mercado y poder competir en condiciones adecuadas y sin que ello deba suponer un ataque a las normas de Derecho de la competencia[2]. El estudio tiene en cuenta la normativa estatal (Ley de cooperativas de 1999). La práctica totalidad de legislaciones autonómicas recogen también esta figura, aunque con distintas terminologías[3].

Desde el punto de vista sistemático en la primera parte se presentan los aspectos teóricos construidos a través del seguimiento de la normativa estatal que regula a las cooperativas de iniciativa social, la referida a las personas con discapacidad en lo que a inserción laboral se refiere[4], y a la Ley de Contratos del Sector Público[5] en lo relativo principalmente a los contratos reservados, así como la de los centros especiales de empleo (CEE) por estar calificada como tal la cooperativa objeto del presente estudio[6], que configura la segunda parte del trabajo en la se hace referencia al estudio de un caso: la CIS *Porsiete*, ubicada en Salamanca en la Comunidad Autónoma de Castilla

2. Vid., VAÑÓ VAÑÓ, M.J.: "Limitaciones a la aplicación de cláusulas sociales en la contratación pública desde la perspectiva del derecho de la competencia", *CIRIEC-España, Revista de Economía Público, Social y Cooperativa*, nº 87, 2016, pp. 177 y ss.

3. Sobre la normativa estatal y autonómica en materia de cooperativas Vid., DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.: "Consideraciones sobre algunos problemas de la interpretación de una sociedad globalizada". En AA.VV. *"Liber amicorum" porf. José Mª Gondrá Romero* (eds. SOLERNOU, S., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., EMBID, J.M., RECALDE, A. & LEÓN SANZ, F.J.), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 56-57.
GADEA SOLER, E. "Delimitación del concepto de cooperativa: de los principios cooperativos a la responsabilidad social cooperativa", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 23, 2012, p. 9.

4. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. (BOE nº 289, de 3 de diciembre).

5. Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (BOE de 9 de noviembre). Esta norma transpone al ordenamiento jurídico español, la Directivas del Parlamento y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014.

6. Los CEE se encuentran regulados en el RD Legislativo 1/2013, que los define como aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad, a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 25/06/2020

y León. Esta cooperativa, dedicada a la inserción laboral de personas con especiales dificultades de acceso al empleo y con larga trayectoria en el sector, nos acerca al fenómeno del cooperativismo de iniciativa social, y a su contribución en la inserción laboral de estos colectivos, en este caso, de las personas con discapacidad[7]. *Porsiete* además, ha sido calificada como CEE por lo que la confluencia entre estas dos coordenadas hace interesante un estudio sobre este fenómeno práctico del cooperativismo, y nos acerca a su gestión desde el respeto a los valores y principios cooperativos[8]. La cooperativa mantiene vigente un convenio de colaboración con el Ayuntamiento de Salamanca y tiene abiertos varios proyectos de colaboración a nivel nacional e internacional para fomentar el emprendimiento social de colectivos en riesgo de exclusión social y con dificultades de acceso al empleo, y todo ello desde la economía social, generando sinergias de colaboración y redes en el marco del asociacionismo cooperativo. Entendemos este fenómeno como merecedor de políticas públicas que fomenten de forma adecuada esta dimensión de la economía social[9]. El trabajo concluye con unas reflexiones y con una selección de bibliografía utilizada.

El objetivo de este trabajo tiene como fin, visibilizar y dar a conocer desde la perspectiva jurídica las iniciativas empresariales que se materializan a través de este tipo de fórmulas de la economía social en el ámbito del emprendimiento -no suficientemente conocidas- y su contribución a la inserción laboral de colectivos con dificultades.

La Unión Europea estima que alrededor de uno de cada seis europeos sufre una discapacidad y que presentan un índice de pobreza un 70% por encima de la media, como consecuencia de un menor acceso al empleo. Es por tanto éste, uno de los problemas que más preocupa a la Unión Europea. *La Estrategia Europea 2010-2020. Un compromiso renovado para una Europa sin barreras*, pone de manifiesto que la tasa de empleo de las personas con discapacidad se sitúa solo en torno al 50% y que para

7. Vid. BENGOETXEA ALKORTA, A.: "Economía social e inserción laboral de las personas con discapacidad", *RVAP*, nº 99-100, 2014, pp. 529-530.

8. Las palabras del Prof. Girón Tena en torno al fenómeno cooperativo en general adquieren singular relevancia en el fenómeno del cooperativismo de iniciativa social en particular: "(…) Que no se sustantive un fin de la persona jurídica cooperativa, sino que el fin sea siempre extraño a la empresa; hacer el máximo bien, tratando de que toda persona que tenga aquella necesidad, definitoria del grupo social que se agrupa en la cooperativa, pueda verla satisfecha entrando en la empresa", Vid. GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades, t. I, Parte General. Sociedades colectivas y comanditarias,* Madrid, 1976, p. 96.

9. Vid. FAJARDO GARCÍA, G.: "El fomento de la economía social en la legislación española" *REVESCO*, nº 107, 2012, pp. 58 y ss. También GARCÍA ALONSO, J.V.: "Las sociedades cooperativas de iniciativa social como potenciales agentes de desarrollo en el ámbito local" *REVESCO*, nº 68, 1999, pp. 195 y ss.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 25/06/2020

alcanzar metas de crecimiento es preciso que un mayor número de personas con discapacidad ejerza una actividad laboral remunerada en el mercado[10].

La CE de 1978 conjuga en su articulado, el fomento de las empresas de economía social y el desarrollo por parte de los poderes públicos de políticas de integración social de las personas con discapacidad, para el disfrute de los derechos que el Título Primero de la misma otorga a todas ellas entre los que se encuentran los derechos laborales del art. 35.1[11]. Las políticas sobre discapacidad han evolucionado en los últimos tiempos, pasando de estar centradas en prestaciones asistenciales como forma de garantizar unos ingresos mínimos, hacia la búsqueda de un empleo de calidad y en condiciones dignas como herramienta de integración social[12].

Las empresas de economía social dedicadas al sector de atención a las personas en sentido amplio, conviven con otras formas jurídicas de empresa, por lo general

10. Estrategia Europea sobre Discapacidad (2010-2020) *COM* (2010) 636 final. Vid. GARCÍA JIMÉNEZ, M.: "Innovación en la creación de empleo desde la economía social. Necesidad de su traslado a la legislación cooperativa y laboral para garantizar los derechos y la protección social de los trabajadores". En *La promoción del emprendimiento y la inserción social desde la economía social* (Coord. FAJARDO, G.), CIRIEC-España, Valencia, 2018, p. 80.

11. Por un lado el art. 129.2 CE para el fomento mediante una legislación adecuada de las sociedades cooperativas. Por otro lado, el derecho al trabajo en el art. 35.1 CE. El art. 129.2 CE exige, tal y como comentaba el Prof. Cano López, que las normas dirigidas al sector de la economía social "no solo disciplinen y regulen, sino también y sobre todo, que alienten y fomenten y además, que lo hagan de forma adecuada a las empresas integradas en el sector. Vid. CANO LÓPEZ, A.: "El derecho de la economía social: entre la Constitución y el mercado, la equidad y la eficiencia" en *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 18, 2007, pp. 53 y ss. Vid. GIRÓN TENA, J.: *Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil (Estudios),* Civitas, Madrid, 1986, pp. 70-71, espec. p. 71. En concreto indicaba el profesor Girón: " (…) el humanismo personalista sitúa en la posición más elevada la persona humana, su dignidad y su desarrollo en libertad e igualdad y en sociedad, participando en la política y la economía (…) No quiere decir que la dignidad de la persona y el desarrollo de la personalidad se deseen solo en el plano político y no comprendan el contenido económico necesario -aprovisionamiento y desarrollo de la propia actividad-. (…) La libertad del ciudadano, en el marco de la igualdad promovida por el Estado Social, comprende la económica". Vid. PANIAGUA ZURERA, M.: "Las empresas de inserción en la Ley estatal 44/2007 de 12 de diciembre, reguladora de las empresas de inserción", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 49, 2008, pp. 12-13. Destaca el profesor Paniagua: "(…) la cláusula constitucional más general -e importante- de España como "Estado social y democrático" que tiene como valores "superiores" de su ordenamiento jurídico "la libertad, la justicia, la igualdad, y el pluralismo político" (art. 1.1. CE). El Estado social y democrático asume el fomento público de la participación económica y social y, por extensión, el desarrollo integral de la persona (Preámbulo y art. 10 CE) y el valor de la solidaridad social en las situaciones de dificultad social o directamente, de exclusión social". Vid. ESCUIN IBÁÑEZ, I. & LÓPEZ ANIORTE, M.C.: "Las cooperativas de iniciativa social". En: *La empresa social y su organización jurídica* (Coord. ANDREU, M.M. & EMBID, J.M.), Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 204.

12. FAJARDO GARCÍA, G.: "La especificidad de las sociedades cooperativas frente a las sociedades mercantiles y la legitimidad de su particular régimen jurídico y fiscal según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *RDM*, nº 28, 2013, *passim*.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 25/06/2020

sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada, pero aquéllas encuentran dificultades en la gestión económica por el modelo elegido, que pueden poner en riesgo su viabilidad y su supervivencia en el mercado, pues no es fácil convivir debido a la desigualdad en la que se desenvuelven las distintas fórmulas, ni tampoco es sencillo para estas empresas de la economía social competir en este difícil sector de actividad. En este ámbito, y como ha sido repetido en numerosas ocasiones, las empresas de economía social están especializadas en estas actividades y conjugan de forma adecuada intereses económicos y sociales. Las CIS contribuyen además, de forma decisiva, a paliar los indeseados efectos de la exclusión social e impulsan un crecimiento económico sostenible[13].

2. Cooperativas e inserción laboral

2.1. Aproximación al fenómeno de la inserción laboral de colectivos con dificultades

La E.M. de la Ley de 1999 de cooperativas[14] indica: "El fomento del cooperativismo como fórmula que facilita la integración económica y laboral de los españoles en el mercado, hace perfectamente compatibles los requisitos de rentabilidad y competitividad propios de las economías más desarrolladas con los valores que dan forma a las cooperativas desde hace más de ciento cincuenta años. Los elementos propios de una sociedad de personas, como son las cooperativas, pueden vivir en armonía con las exigencias del mercado; de otra forma, el mundo cooperativo se encontraría en una situación de divorcio entre la realidad y el Derecho". Tal y como destacaba el profesor Duque, debe respetarse la realización de su finalidad económica-social, y los "principios éticos" que inspiran su funcionamiento, y en la gestión deben ser compatibles con los postulados de rentabilidad y de competitividad necesarios para acceder al mercado con los valores cooperativos[15].

13. Recomendación de la Comisión 2008/867/CE de 3 de octubre sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral.

14. Ley 27/1999 de 16 de julio de cooperativas (BOE nº 170 de 17 de julio).

15. Vid. DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.: "Contenido y tendencias del Derecho Mercantil contemporáneo". En *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor José Mª Muñoz Planas* (Coord. PILOÑETA, L.M. & IRIBARREN, M.), Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 160-161.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 25/06/2020

Como destaca la profesora Fajardo, la inserción social a través del trabajo es el objetivo central de muchas empresas de la economía social, pero son los CEE y las empresas de inserción los más directamente implicados en ello[16].

Este tipo de cooperativas resultan idóneas para hacer frente a la exclusión y a los desajustes del mercado, pero es necesario el mantenimiento de las ventajas que se atribuyen a las cooperativas de utilidad pública a través -aunque no solo- de un régimen fiscal favorable[17], dada su importante función social; este reconocimiento por parte del legislador, debe hacerse mediante los incentivos adecuados: ayudas directas e indirectas, fiscalidad, preferencia en la contratación con las Administraciones, etc[18].

La promoción de estas cooperativas, como colaboradoras en la gestión del gasto público, a pesar de sus limitaciones financieras, viene justificada, por el hecho de que suelen tener una gestión más eficaz al formarse por personas que conocen mejor el entorno local y a personas y colectivos, porque existe un interés relevante por la calidad en el servicio, y también una preocupación porque la prestación del mismo se realice en condiciones dignas y estables para el socio trabajador que las desarrolla, pero también para las personas trabajadoras que en ella desempeñan su labor por cuenta ajena. En el caso de las cooperativas, añade además el respeto a un sistema de valores y principios y la consideración de que el empleo que generan es más sostenible en el tiempo y ofrece menos desigualdad salarial.

El Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social de 2013 recoge que las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo a través del empleo ordinario (empresas y administraciones públicas, incluidos los servicios de empleo con apoyo), el empleo protegido

16. Vid. FAJARDO GARCÍA, G.: "Presentación". En *La promoción del emprendimiento y la inserción social desde la economía social* (Coord. FAJARDO, G.), CIRIEC-España, Valencia, 2018, pp. 7-8. Vid. ALEGRE NUENO, M.: "Centros especiales de empleo: realidad y nuevos retos". En *La promoción del emprendimiento y la inserción social desde la economía social* (Coord. FAJARDO, G.), CIRIEC-España, Valencia, 2018, pp. 141-142. También de la misma autora: "La contribución de la economía social a una sociedad innovadora inclusiva y responsable, pp. 7-8. Vid. ARNAEZ ARCE, V.M. & ATXABAL RADA, A.: "Las cooperativas de utilidad pública de iniciativa social". En *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, nº 47, 2013, pp. 216, pp. 199-228. GRIMALDOS GARCÍA, I.: "Los centros especiales de empleo. Aproximación a su régimen jurídico", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 26, 2015, pp. 233-260.

17. Vid. PANIAGUA ZURERA, M.: "Las empresas de inserción socio-laboral y las cláusulas sociales en la contratación pública: dos instrumentos necesarios para la innovación social hacia el desarrollo", *REVESCO*, nº 112, 2008, p. 186.

18. Vid. FAJARDO GARCÍA G.: "La contribución de la economía social a una sociedad innovadora, inclusiva y responsable como objeto de investigación universitaria". En *Empleo, innovación e inclusión en la economía social. Problemática jurídica y social* (Coord.FAJARDO, G.), CIRIEC-España, Valencia, 2013, p. 266.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 25/06/2020

(CEE y enclaves laborales) y el empleo autónomo. Aunque se ha incrementado notablemente la contratación de personas con discapacidad en los CEE desde el año 2010 hasta la actualidad, el crecimiento en la contratación en el empleo ordinario ha sido más moderado. Éste se desenvuelve en numerosas ocasiones mediante la constitución de empresas sociales que buscan generar valor económico y social, tratando de priorizar los aspectos sociales. No obstante, es imprescindible tener presente que se trata de empresas y que como tales tienen que ser viables[19]. Una empresa social, tenga o no ánimo de lucro, solamente podrá reinvertir los excedentes derivados de su actividad, si logra sobrevivir en el tiempo. La prosperidad económica es un requisito previo para poder desarrollar una mayor contribución social y hacerlo de forma sostenible. Ha sido frecuente en estas empresas una dependencia en cuanto a financiación de las administraciones públicas, pero sería aconsejable buscar la independencia, sobre todo en los periodos de crisis que es cuando la desinversión de las administraciones públicas en estos sectores, puede poner en peligro su subsistencia[20].

El hecho de que al menos el 70% de la plantilla de estos CEE tiene que estar formada por personas trabajadoras con un grado de discapacidad superior al 33%, lo que no ha supuesto un obstáculo en el desarrollo y crecimiento de los mismos.

En otro orden de cosas la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público añade un apartado 4º al artículo 43 del Real Decreto 1/2013, incorporando a nuestro ordenamiento jurídico la figura de los CEE de iniciativa social. Con esta figura se pretende dar prioridad a los CEE sin ánimo de lucro, al reservar obligatoriamente una parte (mínimo de un 7% que se incrementará hasta un 10% en el plazo de 4 años) de los contratos públicos exclusivamente para los CEE de iniciativa social, pero excluyendo -a nuestro juicio de forma inadecuada- a las CIS[21].

19. Vid. VERGEZ, M.: "El significado y las características de la sociedad cooperativa a la luz de la propuesta de código mercantil". En *Estudios Jurídicos en memoria de Emilio Beltrán: liber amicorum* (Coord. ROJO, J.A. & CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.), Vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 941. Destaca la profesora, que en la propuesta de Código Mercantil, la EM destacaba la justificación de la calificación de las sociedades mercantiles haciendo expresa la atribución de mercantilidad a otros tipos societarios como las sociedades cooperativas, las mutuas de seguros y las sociedades de garantía recíproca, que dan cobertura jurídica, con estructura cooperativa, a actividades empresariales organizadas con base mutualista.

20. La cooperativa *PorSiete* en estos momentos no es una empresa dependiente de subvenciones o ayudas públicas.

21. Vid. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A.: "La Ley de contratos del sector público y las cooperativas de iniciativa social. A propósito de una exclusión". En *La promoción del emprendimiento y la inserción social desde le economía social* (Coord. FAJARDO GARCÍA, G.), CIRIEC-España, Valencia, 2017, pp. 131-132. Vid. ARROYO SÁNCHEZ, P.: "Innovando en la creación de empleo desde las cooperativas". En *Empleo, innovación e inclusión en la economía social. Problemática jurídica y social*, (Coord. FAJARDO GARCÍA, G.), CIRIEC-España, Valencia, 2017, pp. 151 y ss; MARTÍ MOYA, V.: "La responsabilidad social corporativa y

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 25/06/2020

2.2. El tránsito al empleo ordinario a través de las empresas de la economía social

En los últimos años, ha crecido la visión crítica del empleo protegido[22] y han aumentado las voces a favor de la integración laboral de las personas con discapacidad en el empleo ordinario por medio de fórmulas cada vez más flexibles, como los enclaves laborales y el empleo con apoyo. Estas fórmulas acentúan el papel de puente de los CEE hacia el empleo ordinario, porque no hay que olvidar que tanto en los enclaves como en el empleo con apoyo, aparecen implicados los CEE, bien enviando a sus trabajadores al enclave (empresa colaboradora), bien creando las unidades de apoyo[23] (empleo con apoyo) que realizan la formación, seguimiento y acompañamiento de los trabajadores de los CEE en su incorporación a la empresa ordinaria.

La OCDE ha recomendado también a los países, incorporar cambios en las políticas de integración de las personas con discapacidad, reduciendo las ayudas al empleo protegido y aumentando el destinado a la mejora de las capacidades y la empleabilidad del colectivo. Los argumentos que sustentan esta recomendación siguen la línea de que el empleo protegido contribuye a la segregación de las personas con discapacidad, impidiendo que éstas puedan participar de forma normal en la comunidad. Según se indica, el trabajo que se realiza en los CEE se desarrolla en condiciones diferentes, de sobreprotección y menor exigencia, al de las empresas ordinarias, de manera que las personas trabajadoras con discapacidad no adquieren las capacidades necesarias para desenvolverse en el sistema ordinario de empleo. También que, incluso cuando la calidad del trabajo sea sólida y similar al del sistema ordinario, en la mayor parte de países los salarios en este tipo de entidades son bajos; hay una escasa protección laboral y el estatuto de las personas trabajadoras es incierto, es decir, las condiciones y relaciones salariales y laborales no están normalizadas, de manera que los derechos y deberes no se concretan con claridad.

el derecho de la competencia". En *Responsabilidad social de la empresa y Derecho Mercantil* (Coord. ALFONSO SÁNCHEZ, R.), pp. 140-142. PONTI, A.: "Las cooperativas de iniciativa social. Un reto social y empresarial", *Anuario de Estudios Cooperativos*, nº 1, 2000, pp. 29 y ss. DÍAZ DE LA ROSA, A.: "Cooperativa de iniciativa social". En: *Tratado de Derecho de Cooperativas* (Coord. VÁZQUEZ RUANO, T., Dir. PEINADO GRACIA, J.I.), Vol. 2, 2013, pp. 1443 y ss.

22. Vid. RODRÍGUEZ, V., MALO, M.A. & CUETO, B.: "Diferencias salariales por discapacidad y centros especiales de empleo", *Cuadernos de Economía*, 2012, pp. 108. PONTI, A.: "Las cooperativas de iniciativa social. Un reto social y empresarial", *Anuario de Estudios Cooperativos*, nº 1, 2000, pp. 29 y ss.

23. Se entiende por unidad de apoyo la actividad profesional de los equipos enmarcados dentro de los servicios de ajuste personal y social de los CEE que mediante el desarrollo de las funciones y cometidos previstos, permiten ayudar a superar las barreras y obstáculos o dificultades que las personas trabajadoras con discapacidad de dichos centros tienen para su incorporación a un puesto de trabajo, su permanencia, y progresión en el mismo.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 25/06/2020

3. La cooperativa de iniciativa social

3.1. Concepto y notas características. Régimen jurídico

Tal y como indica el profesor Vargas Vasserot, algunos tipos concretos de cooperativas, tienen como finalidad la consecución de intereses sociales, y por tanto cuentan con un innegable carácter público-privado; forman parte de lo que el autor denomina un subsector de la economía social denominada economía solidaria[24]. Dentro de esta formulación se encontrarían a juicio del profesor Paniagua, nuevas fórmulas híbridas a mitad de camino entre las sociedades y las asociaciones. Constituirían pues un subsector de la economía social. Este tipo de cooperativas puede tener como finalidad facilitar el empleo a sus socios (en el caso de que sea una cooperativa de iniciativa social de trabajo asociado) pero igualmente las de iniciativa social de consumo cumplen una función relevante en el suministro de bienes o servicios para uso o consumo de socios y de quienes con ellos conviven.

El hecho de que este tipo societario centre sus esfuerzos en satisfacer necesidades sociales básicas que faciliten el acceso al mercado laboral de colectivos vulnerables, no es incompatible con la idea de beneficio económico, o su orientación al mercado para resultar competitivas y generar esos beneficios, aunque en el caso de las CIS el procedimiento en relación con el reparto de beneficios esté claramente regulado en la normativa.

En nuestro ordenamiento jurídico, el marcado carácter social y la fórmula jurídica mayoritariamente colectiva de la organización de las empresas sociales, y su incorporación dentro de alguna de las fórmulas de la económica social, suele ser lo habitual, ya que además, su modelo de gobernanza favorece la participación en la gestión, que será por tanto, democrática y participativa[25].

24. Sobre el concepto de economía solidaria es necesario acudir a la terminología utilizada por la Red de Economía Alternativa y Solidaria (REAS) formada por más de 500 entidades agrupadas alrededor de redes territoriales y sectoriales. Según se indica en su propia web: "la economía solidaria surge de la necesidad de dar respuesta a la creciente deshumanización de la economía, al deterioro del medio ambiente y de la calidad de vida, así como la falta de valores éticos que producen una degradación creciente en la cultura y la educación". Vid. VARGAS VASSEROT, C.: "La organización de entidades público-privadas a través de sociedades mercantiles". En *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas* (Dirs. EMBID IRUJO, J.M. & EMPARANZA SOBEJANO, A.), Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 105. Sobre el concepto de economía solidaria Vid. PANIAGUA ZURERA, M.: *Las empresas de la economía social más allá del comentario a la Ley 5/2011 de economía social*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 59. Destaca el autor cómo el concepto ha sido desarrollado en Francia a partir de los 80; se predica de un subsector de la economía social. Sus fines y el de los empresarios que lo desarrollan, son ajenos en el ejercicio de la actividad concreta, al reparto de beneficios. Los recursos que se precisan proceden de fuentes diferentes como el mercado, las subvenciones públicas, las ayudas privadas, etc.

25. Vid. BURILLO SÁNCHEZ, F.J. & NAVARRO MATAMOROS, L.: "La empresa social…", cit. p. 84.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 25/06/2020

Se ha señalado así, que en España, las principales formas jurídicas que adoptan las empresas sociales son las empresas de inserción, los CEE y las CIS, formas recogidas en la Ley 5/2011 de 29 de marzo de economía social[26]. Desde instancias europeas, se ha puesto de relieve el importante papel desempeñado por las "empresas sociales" como herramientas útiles de las prácticas públicas de bienestar social[27].

La regulación de las cooperativas de iniciativa social se encuentra recogida en la LC de 1999 en el art. 106. El texto estatal, introdujo este artículo como novedad respecto a la legislación anterior[28], regulando el concepto y notas de estas entidades. Con carácter general, destaca el poco detalle de la LC estatal en la regulación de esta figura, su parquedad que básicamente se remite a la clase de cooperativas que se adopte y que serán de trabajo asociado principalmente o de consumidores y usuarios.

En estas cooperativas se observa una conjunción de objetivos mercantiles y socio-económicos para tratar de dar solución, entre otros, al problema del desempleo, pero también a la inserción socio laboral y a la integración de colectivos con dificultades especiales. Estos objetivos pueden resumirse en los tres siguientes: prestación de servicios asistenciales mediante la realización de actividades sanitarias, educativas y culturales u otras de naturaleza social, desarrollo de cualquier actividad económica cuya finalidad sea la integración laboral de personas que sufran cualquier clase de exclusión social, y satisfacción de necesidades sociales no atendidas por el mercado.

Las actividades desarrolladas por las CIS no precisan en ocasiones de importantes inversiones de capital, pero sí de atención especializada, proximidad física, y valores como los que acompañan a las cooperativas. Mediante la constitución de cooperativas de trabajo asociado para la realización de estas actividades, se proporciona a los socios formación técnica y humana, y no solo a aquéllos que asumen la dirección de la cooperativa. Constituyen además, una interesante opción como fórmula de autoempleo en un sector de actividad como el de atención a las personas, y en el actual contexto de globalización, precarización y disminución del peso relativo del trabajo,

26. Vid. BURILLO SÁNCHEZ, F.J. & NAVARRO MATAMOROS, L.: "La empresa social…" cit. en AA.VV. *La empresa social y su organización jurídica* (coord. ANDREU, M.M. & EMBID, J.M.), Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 85.

27. Vid. ALFONSO SÁNCHEZ, R. & GARCÍA Y LOZANO, LM.: "Prestación público-privada de actividades de servicio público" En: *La empresa social y su organización jurídica* (coord. ANDREU, M.M. & EMBID, J.M.), Marcial Pons, Madrid, p. 59. Vid. PASTOR SEMPERE, C.: "Empresa cooperativa y modelo constitucional: una aproximación" *RdS*, nº 16, 2001-1, p. 195.

28. Sobre las clases de cooperativas en la Ley General de Cooperativas de 1987, Vid. PAZ CANALEJO, N. & VICENT CHULIÁ, F.: *Ley General de cooperativas, vol. 3º (artículos 67 al final).* En: *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial* (dirs. SÁNCHEZ CALERO, F. & ALBALADEJO, M.), Madrid, Edersa, 1994, pp. 575 y ss.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 25/06/2020

las personas trabajadoras deben buscar formas que garanticen condiciones dignas para el trabajo[29].

Como notas características de estas cooperativas podemos pues señalar las siguientes: persiguen fines de interés general que podrían calificarse como de utilidad pública. Sin embargo, el trato de favor que se observa para las asociaciones que se declaren de utilidad pública[30], no es extensivo a las cooperativas que cumplan los mismos fines de interés general; en segundo lugar, carecen de ánimo de lucro, y en tercer término pueden integrar como socios a entidades públicas, voluntarios y otras personas físicas o jurídicas que colaboren en el desarrollo de la cooperativa. En relación con la posible participación de las administraciones públicas locales, las asociaciones, las fundaciones y cualquier otra a través de la figura de los "socios colaboradores", se posibilita en las CIS que el socio, aunque no participe en la actividad cooperativizada propia del objeto social, pueda sin embargo contribuir a su consecución realizando aportaciones voluntarias al capital o contribuyendo al mejor funcionamiento de la cooperativa. De esta forma cabe la participación en la CIS de organismos públicos locales o regionales como entidades de capital riesgo, prestando capital y apoyo técnico durante un periodo de tiempo para dar cobertura por ejemplo, al desarrollo de un proyecto local de empleo[31].

La creación de esta figura en la norma, se explicaría por el deseo de acercar el movimiento cooperativo a aquellos sectores de actividad en los que habitualmente operan las entidades no lucrativas[32]. No puede olvidarse sin embargo, que otra ra-

29. Vid. HENRY, H.: "Superar la crisis del Estado del bienestar: el rol de las empresas democráticas, una perspectiva jurídica", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 24, 2013 p. 16. También OVEJERO BERNAL, A.: *Los perdedores del nuevo capitalismo. Devastación en el mundo del trabajo*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2015, pp. 140-170.

30. En la controversia sobre el fundamento de la actividad societaria en el sentido de que sea capaz de la simultánea atención a los intereses de sus accionistas a través de sus resultados y de otros beneficiarios de su actividad mediante la calificación como servicios públicos, y sobre la delimitación del interés social y del interés general en el ámbito societario Vid. SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J.: "Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa". En *Derecho de sociedades anónimas cotizadas (estructura de gobierno y mercados)* t. II (Coord. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., ALONSO UREBA, A., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., VELASCO SAN PEDRO, L., QUIJANO GONZÁLEZ & ESTEBAN VELASCO, G.), Thomson Aranzadi, Madrid, 2019, p. 866. Destaca el Prof. Sánchez Calero que el debate alrededor de estos conceptos pone de manifiesto "(…) que lo que nosotros calificamos como social, no es lo que afecta a la corporación, sino a la sociedad o comunidad. Cada vez son más los que reclaman esa atención a lo social como expresión que integra intereses públicos, generales o colectivos".

31. Vid. GARCÍA ALONSO, J.V.: "Las sociedades cooperativas de iniciativa social como potenciales agentes de desarrollo en el ámbito local", *REVESCO*, nº 68, 199, pp. 202-203.

32. Vid. AUGUSTATOS ZARCOS, N.: "Cooperativas sin ánimo de lucro". En *Tratado de Derecho de cooperativas* (Dir. PEINADO GRACIA, J.I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 1453.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 25/06/2020

zón- aunque esta actividad venía desarrollándose ya incluso antes de la publicación de la LC de 1999- obedecería a la quiebra del Estado del bienestar ligado a la anterior crisis económica, y a una correlativa tendencia como una de las consecuencias derivadas de la misma, a la privatización de la gestión de estos servicios, con la idea de ahorro de costes que no es simultánea en ocasiones, al mantenimiento de la calidad de los servicios, o al de las condiciones laborales de aquellas personas que los desarrollan, o a ambas. En el contexto de la actual situación de crisis debida a la pandemia que vivimos, estas consideraciones están aún más vigentes si cabe y entendemos que también desde el punto de vista empresarial, la constitución de estas formas de la economía social para el sector de atención a las personas es un modelo a seguir y sin duda alguna debe ser objeto de un estudio más profundo. Esto pone de relieve que las actividades que constituyen el campo de actuación general de las entidades no lucrativas, como las actividades asistenciales, las de integración de colectivos socialmente marginados, o las de abastecimiento de productos o servicios ignorados por el mercado por su falta de competitividad, venían siendo desarrolladas por las sociedades cooperativas, incluso antes de la propia regulación normativa de las sociedades cooperativas sin ánimo de lucro. Sin embargo y a pesar de la regulación en el vigente art. 106 LC, debemos señalar que los problemas que se planteaban en relación con su acceso a las ayudas en general por parte de las administraciones públicas, en condiciones de igualdad respecto a otras entidades sin ánimo de lucro no solo no ha quedado resuelta sino que ahora se produce una discriminación -a nuestro juicio no justificable- entre las entidades sin ánimo de lucro que realizan estas actividades, y las CIS en el mismo sector. Tendremos oportunidad de verlo[33].

Las CIS constituyen una variante sobre las clases de cooperativas ya reconocidas y adoptarán, principalmente, la forma de cooperativa de trabajo asociado o de consumo. La LC señala que podrán ser cooperativas de iniciativa social, con independencia de su clase, aquéllas que reúnan los requisitos legalmente exigidos: esto es: cualquier clase de cooperativa puede tener vocación de cooperativa de iniciativa social. Lo que se pretende al otorgar la calificación: "de iniciativa social", es hacer referencia a aquellas cooperativas cuya actividad se encamina hacia el bienestar de la sociedad y cuyo objeto se desarrolla en el ámbito de los servicios sociales, culturales, de ocio, tiempo libre, de inserción laboral de colectivos con dificultades, marginales, etc., Los socios de estas cooperativas, además, están dispuestos a realizar estas actividades, de una forma determinada: sin perseguir como único objetivo, o como objetivo prioritario

33. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A.: "La Ley de contratos del sector público y las cooperativas de iniciativa social. A propósito de una exclusión". En *La promoción del emprendimiento y la inserción social desde le economía social* (Coord. FAJARDO GARCÍA, G.), CIRIEC-España, Valencia, 2017, *passim*.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 25/06/2020

un beneficio individual extremo, reivindicando los beneficios a favor de los colectivos a los que dirige su acción, etc. El hecho de que de que se indique "podrán" ser calificadas como de iniciativa social aquellas cooperativas que sin ánimo de lucro, etc., nos conduce a la consideración de que pueden existir cooperativas (de trabajo asociado fundamentalmente) que realicen actividades en el sector de atención a las personas especialmente vulnerables, que no sean calificadas como de iniciativa social por no cumplir con alguno de los requisitos a los que remite la D.A. 1ª de la LC de 1999.

Aunque la DA 9ª contiene una particularidad para el régimen fiscal de las cooperativas calificadas como sin ánimo de lucro, esta norma remite al régimen tributario establecido en la Ley 20/1990 de régimen fiscal de las cooperativas. Esta norma tiene presentes alguna de las consideraciones contenidas en la DA 1ª para calificarlas fiscalmente a su vez como cooperativas "especialmente protegidas" (art. 7 y ss) pero no contiene un régimen específico para las cooperativas sin ánimo de lucro; la ventaja que ofrecería la calificación administrativa sería a efectos de concursos públicos, contrataciones en el ámbito del sector público, para la recepción de subvenciones, etc.

Estas medidas destinadas al fomento de este tipo de cooperativas y a su equiparación con otras entidades sin ánimo de lucro no responden a la realidad porque -una vez más- estas entidades quedan relegadas respecto a otras entidades sin ánimo de lucro. En este sentido debe citarse la exclusión a la que las CIS calificadas como sin ánimo de lucro han sido sometidas por la vigente Ley de Contratos del Estado (a partir de ahora LCSP)[34]. La LCSP ha regulado la existencia de contratos reservados para CEE de iniciativa social (distinguiéndoles del resto de centros especiales de empleo), las empresas de inserción o programas de empleo protegido, así como la reserva de ciertos contratos de prestación de servicios sociales, y otros para determinadas organizaciones que cumplan unas condiciones relacionadas con sus fines, reinversión de beneficios, etc.

La LCSP ha excluido del ámbito de aplicación de los contratos reservados en la DA 4ª, a las CIS y por tanto, sin ánimo de lucro. No entendemos bien la justificación de esta exclusión puesto que la norma de cooperativas reserva para esta fórmula jurídica la calificación de "cooperativa sin ánimo de lucro", para lo que exige el cumplimiento de una serie de requisitos entre los que se encuentran la necesidad de que gestionen servicios de interés colectivo o titularidad pública. Hubiera sido más comprensible la exclusión, si se hubiera hecho siguiendo el ejemplo de los CEE, que solo quedan bajo el paraguas de la LCSP cuando son calificados como de iniciativa social, por tanto si la exclusión se hubiera ceñido a aquellas cooperativas que en el marco del art. 106 desarrollan las actividades allí indicadas, pero que no han sido (por la razón que sea) calificadas como de iniciativa social.

34. Ley 9/2017 de 8 de noviembre de contratos del sector público (BOE 9 de noviembre de 2017).

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 25/06/2020

A la incomprensión de esta exclusión se añade la dificultad que reviste de por sí la realización de estas actividades de prestación de servicios en los sectores indicados. La actuación en el mercado de las cooperativas, atendiendo a valores y a los principios que las sustentan, implica unos costes de producción, de administración derivados de la internalización de los costes sociales, inherentes a la consecución de fines sociales de interés general. En términos económicos, las utilidades sociales son externalidades positivas, agentes que no implican el pago de costes adicionales ya que son asumidos por la propia cooperativa[35]. Su inclusión como beneficiarias en el apartado de los contratos reservados hubiera sido deseable, teniendo en cuenta las dificultades de estas sociedades (muchas veces de reducido tamaño) para posicionarse en el mercado junto con otras empresas del sector o principalmente, y como suele ser frecuente, con grandes grupos empresariales dedicados a la atención de las personas en sentido amplio. Se corre así el riesgo de situarles en una posición de desventaja y a la larga una desincentivación en la elección de esta forma jurídica que pueda llevar a la marginalidad del tipo societario.

Las CIS de trabajo asociado, pueden adoptar dos modalidades, en función de los sujetos prestadores del trabajo, en su condición de trabajadores. Por un lado, aquéllas en las que el fin de la cooperativa es el cumplimiento de actividades denominadas sociales, sanitarias, educativas, culturales, etc., ejercitadas por trabajadores que no sufren ninguna exclusión social, pero que desempeñan su actividad en sectores de interés para la comunidad; por otro, cooperativas en las que el fin a conseguir es la integración de personas que sufren riesgo de exclusión social, o personas marginadas. También pueden ser cooperativas de iniciativa social de consumo. Estas cooperativas pretenden dotar de atención social a sus miembros. Finalmente, tal y como ha quedado indicado, las cooperativas de iniciativa social pueden ser integrales, que combinan actividades económicas, en concreto las dos anteriores[36]. Se les aplicarán las normas relativas a la clase a la que pertenezcan.

El nº 2 del art. 106 arbitra la posibilidad de participar en calidad de socios de las entidades y organismos públicos. El art. 14 de la LC de 1999 favorece la participación de las administraciones públicas locales, las asociaciones, las fundaciones y cualquier otra organización como socios "colaboradores". Los socios, aquí, no parti-

35. Así lo indica PANIAGUA ZURERA, M.: "Notas críticas a la Ley 14/2011 de 23 de diciembre de sociedades cooperativas andaluzas", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa,* nº 24, 2013, p. 8.

36. Vid. PANIAGUA ZURERA, M.: "La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social". En *La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas y las entidades mutuales. Las sociedades de garantía recíproca. Tratado de Derecho Mercantil* (Dirs. OLIVENCIA, M., FERNÁNDEZ NÓVOA, C. & JIMÉNEZ DE PARGA, M.), Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 157-159.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 25/06/2020

cipan en la actividad cooperativizada propia del objeto social, pero pueden ayudar a su realización, mediante aportaciones voluntarias al capital, o bien contribuyendo así al mejor funcionamiento de la cooperativa.

3.2. Calificación de una cooperativa como de "iniciativa social". La ausencia de ánimo de lucro

La normativa estatal en materia de cooperativas recoge la posibilidad de que ciertas cooperativas puedan ser calificadas como entidades "sin ánimo de lucro", cuando cumplan algunas condiciones, entre ellas la de gestionar servicios de interés colectivo o de titularidad pública. Al establecerse en la norma el término "podrán", se entiende que en el resto de cooperativas sí puede concurrir el ánimo de lucro.

Cumpliendo los requisitos establecidos en el art. 106.1 de la LC de 1999, podrá dársele la calificación de "iniciativa social" que irá expresada en su denominación. A este respecto, el nº 4 del art. 106 indica: "Las cooperativas de cualquier clase que cumplan con los requisitos expuestos en el apartado 1 del presente artículo expresarán además en su denominación, la indicación: "iniciativa social". Además del art. 106, completan la regulación normativa de las cooperativas de iniciativa social las D.A 1ª, 6ª y 9ª de la LC de 1999. La D.A. primera, que lleva por título: "calificación como entidades sin ánimo de lucro", señala que podrán ser calificadas como sociedades cooperativas sin ánimo de lucro, las que gestionen servicios de interés colectivo o de titularidad pública así como las que realicen actividades económicas que conduzcan a la integración laboral de las personas que sufran cualquier clase de exclusión social y en sus estatutos recojan expresamente los requisitos señalados en las norma. La viabilidad económica y la autosuficiencia de la cooperativa son fundamentales, y ello no es incompatible con la necesidad de priorizar los fines sociales, puesto que en este tipo de entidades, los beneficios no son un objetivo sino una necesidad que surge de la idea de que la cooperativa debe garantizar su propia viabilidad, y para ello, los beneficios no se distribuyen sino que se reinvierten en la propia sociedad.

La D.A. sexta, señala que será causa de pérdida de la condición de cooperativa fiscalmente protegida, la falta de contabilización separada de las operaciones cooperativizadas realizadas con no socios. Hay que remitirse en este caso, a lo que al respecto establece el artículo 13.10º LRFC, que indica como causa de la pérdida de la condición de cooperativa fiscalmente protegida, la realización de operaciones cooperativizadas con terceros no socios, fuera de los casos permitidos en las leyes, así como, el incumplimiento de las normas sobre contabilización separada de tales operaciones, y destino al fondo de reserva obligatorio, de los resultados obtenidos en su realización.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 25/06/2020

Junto con la LC de 1999 hay que mencionar para las CIS, como cooperativas sin ánimo de lucro, la Ley 20/1990 Fiscal de Cooperativas (a partir de ahora LRFC)[37]. Debe ponerse de relieve que una de las medidas de fomento y promoción de estas cooperativas se realiza mediante el incentivo fiscal, materializado -tras el cumplimiento de los requisitos señalados en esta norma- en el disfrute de una serie de ventajas de este orden al ser calificadas estas cooperativas como "especialmente protegidas" (art. 13)[38].

La D.A novena que para el régimen fiscal de las sociedades cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro, remite al régimen tributario establecido en la LRFC y tiene en cuenta alguna de las circunstancias mencionadas para calificar fiscalmente a la cooperativa como especialmente protegida (art. 7 LRFC) no contiene, sin embargo, un régimen específico para las cooperativas sin ánimo de lucro. Para calificar a una cooperativa como "sin ánimo de lucro", junto con el requisito relativo a los fines que debe perseguir la cooperativa, para ser calificada como tal, debe cumplir otros, que son coincidentes en gran parte, en las distintas leyes sustantivas. Así y como requisitos se establecen en esta D.A. que los resultados positivos que se produzcan en un ejercicio económico, no podrán ser distribuidos entre los socios. La ley, admite que los beneficios resultantes de la realización de las actividades económicas cooperativas con no socios, se distribuyan, aunque sea parcialmente, entre los socios. De este modo se viene a constituir un fondo especial de reserva, con arreglo a lo prescrito por el art. 55.2 LC 1999, que recogerá en su caso, los excedentes a los que

37. Ley 20/1990 de 19 de diciembre Fiscal de cooperativas (BOE nº 304, de 20 de diciembre) La regulación jurídica habilitada para las cooperativas de iniciativa social en la DA 1ª y 9ª de la LC de 1999 que señala: "(…) en dichas disposiciones no se contempla sino un elenco de limitaciones y prohibiciones a la ordinaria operativa en el funcionamiento de la CIS. La esperada recompensa a tanto sacrificio no ha llegado ni directamente en la Ley ni indirectamente por otros cauces. La D.A. 9ª al abordar el régimen tributario en esta peculiar clase de cooperativa, no concede mayor favor que seguir aplicando aquello de lo que ya disponíamos. Vid. PRIETO JUÁREZ, J.A.: "La configuración de las cooperativas de iniciativa social como camino de integración laboral", *REVESCO*, nº 73, 2001, p. 169.

38. Vid. ROMERO CANDAU, P.A.: "De las cooperativas integrales, de las de iniciativa social y de las mixtas" En *Cooperativas: Comentarios a la Ley 27/1999 de 16 de julio*, t. I, Colegios Notariales de España, Madrid, 2001, pp. 797 y ss. Sobre el ánimo de lucro en las cooperativas en general y sobre las cooperativas de iniciativa social en particular VARGAS VASSEROT, C.: "La organización de entidades público-privadas a través de sociedades mercantiles". En *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, (Dirs. EMBID IRUJO, J.M. & EMPARANZA SOBEJANO, A.), Marcial Pons, Madrid, 2012, *passim*. También PRIETO JUÁREZ, J.A.: "La configuración de las cooperativas de iniciativa social como camino de integración laboral", *REVESCO*, nº 73, 2001, pp.160-162. Tras el análisis de las diferencias entre el ánimo de lucro objetivo y subjetivo se cuestiona el autor las razones por las que se justifica la taxativa prohibición del lucro subjetivo concluyendo que pareciera que en lugar de recompensar los meritorios procesos de inserción laboral o de atención a sectores de "alta sensibilidad" se penaliza y dificulta su normal desenvolvimiento.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 25/06/2020

se refiere la D.A. La concreción de esta reserva, en los casos de cooperativas sin ánimo de lucro, se encuentra prevista en el art. 57.2 LC de 1999[39]. En segundo término, las aportaciones de los socios al capital, tanto las obligatorias como voluntarias, no podrán devengar un interés superior al interés legal del dinero, sin perjuicio de las correspondientes actualizaciones. Se altera por tanto, la norma contenida en el art. 48.1 y 2 de la LC de 1999, cuando indica que los estatutos establecerán si las aportaciones obligatorias al capital social, dan derecho al devengo de intereses por la parte efectivamente desembolsada, y en el caso de aportaciones voluntarias, será el acuerdo de admisión el que determine esta remuneración, o bien, indicará el procedimiento para llevarla a cabo. El nº 2 del art. 48 indica que la remuneración de las aportaciones al capital social, estará condicionada a la existencia en el ejercicio económico, de resultados positivos previos a su reparto, limitándose el importe máximo de las retribuciones al citado resultado positivo, y en ningún caso, excederá en más de seis puntos del interés legal del dinero. En tercer lugar, se arbitra el carácter gratuito de las funciones que conforman el desempeño del cargo de miembro del consejo rector, sin perjuicio del reembolso de los gastos efectuados por los consejeros en el ejercicio de sus funciones; se separa esta norma de lo establecido con carácter general en el art. 40 LC de 1999, cuando indica que los estatutos podrán prever que los consejeros perciban retribuciones, señalándose el sistema y los criterios para fijarlas por la asamblea y todo ello debe constar en la memoria anual. Finalmente, la retribución de los socios trabajadores y de los socios de trabajo, y trabajadores por cuenta ajena, no podrán superar el 150% de las retribuciones que en función de la actividad y categoría profesional, establezca el convenio colectivo aplicable al personal asalariado del sector.

Ya hemos indicado que la norma de 1990 tiene en cuenta alguno de los requisitos señalados para calificar fiscalmente a las cooperativas como especialmente protegidas, pero no contiene un régimen específico para las cooperativas sin ánimo de lucro. Por otro lado, se excluye la aplicación a las cooperativas sociales, del régimen fiscal previsto para las entidades sin ánimo de lucro en la Ley 49/2002 de 23 de diciembre de Régimen Fiscal de las Entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo[40]. Solo serán beneficiarias del régimen allí indicado las fundaciones y asociaciones

39. Indica el art. 57.2: "Las cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro, podrán crear una reserva estatutaria irrepartible a la que se destinarán el resto de resultados positivos, y cuya finalidad será necesariamente, la reinversión en la consolidación y mejora de los servicios de la cooperativa, y a la que se le podrán imputar la totalidad de las pérdidas, conforme a lo establecido en el art. 59. 2 a)".

40. Ley 49/2002 de 23 de diciembre de Régimen Fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de incentivos fiscales al mecenazgo (BOE nº 307, de 24 de diciembre).

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 25/06/2020

declaradas de utilidad pública[41]. Las cooperativas de trabajo asociado fiscalmente protegidas que integren al menos en un 50% personas socias con alguna discapacidad, y que acrediten en el momento de la constitución que estos socios estaban en situación de desempleo, gozarán de una bonificación del 90% de la cuota íntegra del impuesto de sociedades, durante los cinco primeros años de actividad social, en tanto mantenga el referido porcentaje de socios. Esta mención viene recogida en la D.A. tercera de la LRFC.

Según lo dispuesto en el art. 57.5 LC, las calificadas como sin ánimo de lucro podrán crear una reserva estatutaria irrepartible a la que se destinarán el resto de resultados positivos y cuya finalidad será necesariamente la reinversión en la consolidación y mejora de los servicios de la cooperativa y a la que se le podrán imputar la totalidad de las pérdidas conforme a lo establecido en el art. 59.2 a)[42].

4. Estudio de un caso

4.1. Aspectos preliminares

El origen en la constitución de esta cooperativa salmantina surge del deseo de las personas que la crearon de atender las realidades cercanas, de modo que inicia su andadura empresarial en 2006 constituyéndose como cooperativa y creando empleo para personas y colectivos con discapacidad, y todo ello con forma jurídica de una empresa de la economía social. Desde ese momento, la cooperativa ha puesto en marcha y ha desarrollado iniciativas laborales sostenibles, con especial atención a personas y colectivos en desventaja o exclusión en concreto personas con discapacidad física y sensorial, discapacidad intelectual, y enfermedad mental. La actividad de *Porsiete* entra en el ámbito de la denominada economía circular, en la que los residuos se convierten en recursos para otros y son, a su vez, generadores de empleo. La cooperativa genera este empleo para personas con dificultades para la integración laboral, desde criterios de igualdad de oportunidades y desde parámetros de posibilidad y de crecimiento sostenible. Genera también la conciencia de que hay que reciclar por razones no exclusivamente sociales; entrarían aquí las relacionadas con la toma de conciencia acerca del consumo desmesurado, y las razones medioambientales. Esta cooperativa entra por tanto, dentro del marco conceptual detallado por la Comisión Europea al destacar que las empresas sociales responderían a una doble tipología: por

41. Lo serán aquéllas que cumplan los requisitos que establece el art. 3.

42. Sobre la relación entre esta reserva y el valor de la solidaridad cooperativa Vid. DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.: "La baja obligatoria del socio", *REVESCO*, nº 56-57, 1988-1989, p. 15.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 25/06/2020

un lado aquellas empresas que prestan sus servicios sociales o suministran bienes y servicios destinados a un público vulnerable, y por otro, aquéllas cuyo modo de producción de los bienes o servicios persigue un objeto de tipo social pero cuya actividad puede incluir bienes o servicios que no sean sociales[43]. Teniendo en. cuenta que desde el punto de vista normativo no existe un concepto uniforme de empresa social, la cooperativa *Porsiete* entraría dentro de este concepto ya que se dan en ella las notas comunes que caracterizan a este tipo, entre las que pueden destacar la consecución de objetivos sociales, la reinversión de los beneficios, la variedad de formas jurídicas y la participación de los grupos interesados.

Las consideraciones sobre el fin social de estas empresas pertenecientes a la economía social, no debe confundirse con la incorporación de aspectos sociales en la gestión empresarial de las sociedades mercantiles, y en este sentido, según indican los autores que han trabajado sobre esta cuestión, no debe confundirse el fin social con la responsabilidad social empresarial (RSE)[44] entendida como el conjunto de obligaciones legales y éticas de las empresas que surgen de la relación con sus grupos de interés y del desarrollo de su actividad, de la que se derivan impactos en el ámbito social, medioambiental, laboral y de derechos humanos en un contexto global[45]. En el caso de las empresas sociales, el fin social resulta prioritario, esencial. En el caso de la RSE se impone la voluntariedad. A pesar de ello, es indudable la existencia de conexiones entre la RSE y la identidad cooperativa a través de sus siete principios especialmente en lo que se refiera a los tres últimos, es decir, en lo que se refiere a la responsabilidad

43. Comunicación de la Comisión: Iniciativa a favor del emprendimiento social: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0682_/com_com(2011)0682_es.pdf (última consulta 3 de abril de 2020) Vid. BURILLO SÁNCHEZ, F.J. & NAVARRO MATAMOROS, L.: "La empresa social". En *La empresa social y su organización jurídica* (Coord. ANDREU, M.M. & EMBID, J.M.), Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 75.

44. Vid. BURILLO SÁNCHEZ, F.J. & NAVARRO MATAMOROS, L.: "La empresa social…", cit., pp. 79-83. Para una visión completa sobre la RSE, ESTEBAN VELASCO, G.: "Responsabilidad social corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el Derecho de Sociedades y en el Gobierno Corporativo". En *Liber Amicorum. Juan Luis Iglesias*, (Coord. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.), Thomson, Reuters Civitas, Madrid, 2014, p. 303. Destaca el autor que la ética empresarial implica diálogo y consideración de todos los implicados por la actividad empresarial. Los planteamientos que desvinculan la RSE de la ética son los que la reducen a comportamientos individuales de las personas naturales (actuación según la conciencia individual) o que consideran incompatible el mundo de los negocios. Vid. CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.: "Gobierno corporativo y prácticas tributarias", *RDP*, nº 42, 2017, pp. 1-41, p. 2. Destaca la autora: "La expresión, asumida internacionalmente en el mundo empresarial, indica el compromiso voluntario de una organización, sociedad, o empresa con la sociedad, el medioambiente y el desarrollo sostenible".

45. Vid., BURILLO SÁNCHEZ, F.J. & NAVARRO MATAMOROS, L.: "La empresa social…", cit., p. 82, con cita a la obra de Vázquez.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 25/06/2020

económica, sociocultural y ambiental[46]. Aunque el componente reputacional ligado a la RSE va adquiriendo cada vez más importancia desde la voluntariedad, son muchas las empresas que despliegan estas acciones ligadas de forma prioritaria a la generación de una "buena imagen". Estas acciones en las cooperativas, sin embargo, son inherentes a la propia naturaleza de la entidad; así la participación, la responsabilidad social, o la innovación son valores de las cooperativas, consustanciales a su existencia y al desarrollo del objeto social.

En el caso de las cooperativas, como ya se ha señalado, estas acciones plasmadas en sus principios, refuerzan el movimiento cooperativo, su identidad como forma especial de empresa, y fomentan la integración vertical con finalidad asociativa, mediante estructuras locales, regionales, nacionales e internacionales. En las CIS la responsabilidad social se presenta como una estrategia empresarial que afecta directamente a la toma de decisiones y elecciones para integrar acciones sociales y medioambientales en sus estrategias centrales de negocio, y con ello, se diferencian del resto de empresas del mismo sector de actividad. Estos retos se plantean para todas las entidades económicas, pero en las cooperativas están ligados a ellas las ideas relacionadas con que se constituyen para satisfacer necesidades y distribuir los beneficios de forma solidaria entre el colectivo que lo integra. La cooperativa debe ser viable como empresa, y simultáneamente, desarrollar sus principios cooperativos en relación con la proyección social y humana, lo que finalmente puede situarle en una situación de desventaja competitiva que justificaría una compensación.

Porsiete es la empresa encargada de gestionar la recogida de ropa usada, calzado y textil. Ha firmado un convenio de colaboración con varias instituciones públicas, entre ellas con el Ayuntamiento de Salamanca. Para el desarrollo de su objeto social y en el marco de este convenio, cuenta con unos setenta contenedores habilitados para el reciclado de textil, y distribuidos en los diferentes barrios de la ciudad[47].

46. Vid. GADEA, E., SACRISTÁN, F. & VARGAS VASSEROT, C.: *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reforma,* Dykinson, Madrid, 2010, pp. 45 y ss.

47. 12/0107 Convenio específico de colaboración entre el Ayuntamiento de Salamanca y la sociedad cooperativa de iniciativa social *Porsiete* para la realización de acciones encaminadas a mejorar la recogida y gestión de la ropa, textil y calzado de origen domiciliario. En este contexto de economía circular que la cooperativa desarrolla, la pregunta sobre dónde va la ropa recogida en los contenedores es pertinente. En el caso de esta cooperativa aproximadamente el 2%, se destina a la venta de segunda mano en tiendas de proyectos de economía social a precios de mercado. El resto va a la industria del automóvil (relleno de moquetas, tejido para maleteros de coches o materiales aislantes), y la ropa que aun estando en buenas condiciones ya no es apta para su venta en nuestro país, se envía a Marruecos. Según señala una de las responsables de la cooperativa, lo más complejo es el reciclado de calzado, ya que se puede reutilizar en la venta de segunda mano en un muy bajo porcentaje (alrededor del 1%). El componente medioambiental es fundamental ya que se da la circunstancia de que la ropa usada es uno de los residuos con mayor capacidad de aprovechamiento, pudiéndose emplear para fabricar productos para otras industrias.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 25/06/2020

4.2. Calificación de la cooperativa *Porsiete* como centro especial de empleo. Los enclaves laborales

Consideramos necesario realizar en este momento, y en esta segunda parte del trabajo dedicada al estudio del caso de la cooperativa *Porsiete*, alguna referencia teórica a los CEE, en especial, a los de iniciativa social, que nos permita enlazar los fundamentos cooperativos de *Porsiete* con su calificación como CEE. Así, los CEE de iniciativa social, quedan regulados por una modificación incluida en la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad. En el art. 43 de dicha Ley se ha añadido un apartado 4º que da entrada a esta figura en el ordenamiento jurídico. Como tales, los CEE de iniciativa social deben *ser* "promovidos y participados en más de un 50%, directa o indirectamente, por entidades sin ánimo de lucro públicas o privadas". Hasta ahora, el RD original permitía registrar dos tipos de CEE: con y sin ánimo de lucro. Ambos tenían las mismas oportunidades de licitar a concursos públicos y de optar a ayudas y subvenciones. Ahora, se incluye un tercer tipo: el CEE de iniciativa social, en el cual más del 50% de las participaciones deben pertenecer a entidades sin ánimo de lucro (fundaciones, asociaciones…) o que tengan reconocido jurídicamente en sus estatutos su carácter social, entre ellas las entidades de economía social (cofradías de pescadores, etc.) De este modo la normativa establece que tienen la consideración de CEE de iniciativa social, aquellos que cumplan los requisitos que se establecen en los apartados 1.º y 2.º de este artículo y sean promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus estatutos, y pueden ser: asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, CIS u otras entidades de la economía social, así como también aquellas cuya titularidad corresponda a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del C.Co, y siempre que en todos los casos en sus estatutos mediante acuerdo social, se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios, para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso, la facultad de optar por reinvertirlos en el propio CEE o en otros CEE de iniciativa social.

El RD 290/2004 de 20 de febrero[48] por él se regulan los enclaves laborales respondió al compromiso asumido por el -en su momento-, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de regular los enclaves laborales, como una de las modificaciones

48. RD 290/2004 de 20 de febrero por el que se regulan los enclaves laborales como medio de fomento del empleo de las personas con discapacidad (BOE nº 45, de 21 de febrero).

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 25/06/2020

normativas dirigidas a actualizar el marco jurídico que permita la creación de empleo para las personas con discapacidad, para lograr su mayor integración en el mercado de trabajo ordinario, y facilitar el cumplimiento de la obligación de reserva de contratación por las empresas.

Los enclaves laborales se configuran como una subcontratación de obra o servicio entre un CEE y una empresa ordinaria, que se acompaña de determinadas cautelas y garantías ligadas al colectivo al que se dirige, que refuerzan el régimen jurídico general de la subcontratación. La finalidad última de los enclaves laborales es lograr la mayor integración de las personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades en el mercado de trabajo ordinario, para lo cual, suponen una medida de utilidad para facilitar la transición desde el empleo protegido en el CEE al empleo ordinario: a la persona trabajadora con discapacidad, el enclave le permite completar y mejorar su experiencia profesional con tareas y en un entorno propio del mercado ordinario de trabajo y a la empresa colaboradora, conocer mejor las capacidades y posibilidades de estos trabajadores, lo que puede llevarle finalmente a decidir incorporarlos a su plantilla, lo que determinará, en su caso, la aplicación de una serie de ayudas. Además, los enclaves laborales pueden posibilitar el crecimiento de la actividad desarrollada por los CEE y, por último, pueden contribuir a facilitar a las empresas el cumplimiento de la obligación de la cuota de reserva legal del porcentaje requerido legalmente.

El RD de 2004 citado hace referencia a los enclaves laborales en el art. 1 estableciendo su concepto y su régimen jurídico[49]. Éstos permiten a los CEE desplazar a sus trabajadores con discapacidad a las empresas para la que presta sus servicios o realiza sus productos, y posibilitan que las personas con discapacidad se integren en entornos de trabajo normalizados, asumiendo los hábitos, las habilidades y las aptitudes propios de estos ámbitos profesionales, y se relacionen con trabajadores sin discapacidad, sin perder los procesos de seguimiento y apoyo del CEE. Además, los enclaves son una fórmula fácil y rápida para la creación de puestos de trabajo estables en la empresa ordinaria. No se trata por tanto de una solución provisional. Podrá actuar

49. Artículo 1. *Concepto y régimen jurídico.* "Se entiende por enclave laboral el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora". Debe indicarse también que la norma señala que la dirección y organización del trabajo en el enclave corresponde al CEE con el que la persona trabajadora con discapacidad mantendrá plenamente, durante la vigencia del enclave, su relación laboral de carácter especial en los términos establecidos en el RD 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas con discapacidad que trabajen en CEE.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 25/06/2020

como empresa colaboradora cualquier empresa del mercado ordinario de trabajo que formalice con un CEE el contrato en los términos referidos en la Ley[50].

La duración mínima del enclave será de tres meses y la duración máxima de tres años, y se podrá prorrogar por periodos no inferiores a tres meses hasta alcanzar la indicada duración máxima. Transcurridos los tres años de duración máxima a que se refiere el párrafo anterior, el enclave sólo podrá prorrogarse si el CEE acreditara que la empresa colaboradora u otra empresa del mercado ordinario de trabajo, hubieran contratado con carácter indefinido a trabajadores con discapacidad del enclave a los que se refiere el artículo 6.2, según la siguiente proporción: cuando se trate de enclaves que ocupen hasta veinte personas trabajadoras, una, como mínimo; en el caso de que se trate de enclaves que ocupen a un número superior de dos trabajadores, como mínimo.

El enclave deberá estar formado al menos, por cinco personas trabajadoras si la plantilla de la empresa colaboradora es de cincuenta o más trabajadores, o al menos por tres personas trabajadoras, si dicha plantilla fuera inferior. Las empresas colaboradoras que contraten con carácter indefinido a un trabajador o trabajadora con una discapacidad del enclave, que presente especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo incluido en el artículo 6.2. a) o b), tendrán derecho a las ayudas señaladas en la normativa citada, en función de si la persona trabajadora ha sido contratada a tiempo completo (las ayudas serán mayores) o a tiempo parcial (las ayudas serán menores).

4.3. El respeto a los principios cooperativos en la cooperativa *Porsiete*

En el análisis del cumplimiento de los principios cooperativos, y sobre todo, por razones de extensión del trabajo, hemos seleccionado dos principios en relación con su aplicación y cumplimiento por parte de la cooperativa *Porsiete*, aunque se ha verificado el cumplimiento de los otros principios cooperativos. En primer lugar analizaremos el principio de colaboración entre cooperativas y en segundo lugar el de formación e información[51]. Además del respeto a los principios, la cooperativa salman-

50. Las menciones requeridas son: a) Identificación de ambas partes, haciendo constar la denominación social, domicilio, número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social; b) Determinación precisa de la obra o servicio objeto del contrato y de la actividad en la que, dentro de la organización general de la empresa colaboradora, vayan a ser ocupados los trabajadores destinados al enclave; c) Datos identificativos del centro de trabajo donde se va a realizar la obra o prestar el servicio; d) Duración prevista para el enclave; e) Número de trabajadores con discapacidad que se ocuparán en el enclave; f) Precio convenido.

51. Precisamente en relación con estos dos principios Vid. GARCÍA ALONSO, J.V.: "Las sociedades cooperativas de iniciativa social como potenciales agentes de desarrollo en el ámbito local", *REVESCO*, nº 68,

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 25/06/2020

tina es un ejemplo de innovación social en el marco de la economía circular[52]. Los principios cooperativos tienen una función básica y principal, y es que sirven a los socios que constituyen una cooperativa para orientarse hacia las finalidades propias de la cooperativa, de manera que las cooperativas ajusten su funcionamiento a estos principios. De esta forma, podemos entender que los principios cooperativos, y por lo tanto los valores, terminan generando un mayor capital en este tipo de entidades. Las cooperativas solamente pueden maximizar su impacto mediante la colaboración práctica y rigurosa las unas con las otras, y no solo sólo a nivel local. En la medida en que los Estados pierden su capacidad de controlar la economía internacional, las cooperativas tienen la oportunidad de proteger los intereses directos de las personas que forman parte de las mismas y ampliar a otros grupos de interés para proteger la identidad cooperativa. Es necesario pues que se comprenda la imperiosa necesidad de cooperación por encima de fronteras, sectores de producción o sistemas políticos.

Los principios cooperativos además, se relacionan unos con otros y sustentan los denominados valores cooperativos, que marcan la esencia de este tipo de sociedad[53].

En relación a la intercooperación, debemos indicar que cuando hablamos de cooperación entre cooperativas, no solo hacemos referencia a la integración vertical o con finalidad asociativa, también a la horizontal con fines económicos porque como

1999, p. 197, que destaca: "En la estrategia de desarrollo local resulta primordial diseñar acciones que tiendan a mejorar los factores inmateriales del territorio (…) Entre ellos están la formación de recursos humanos, el desarrollo tecnológico y la innovación, la difusión de la información sobre productos y mercados y el aumento de la capacidad emprendedora. Estas acciones están también representadas en los principios cooperativos, concretamente con el principio de formación e información de los socios y trabajadores, así como con el principio de intercooperación (…)".

52. En su actuación existe la necesidad de compartir experiencias. Posibilita igualmente un mayor protagonismo de los agentes implicados. Vid. MORALES GUTIERREZ, A.C.: "Cooperativismo de "transformación" *versus* cooperativismo de "consolidación": los principios cooperativos "clásicos" y su vigencia", *Anuario de Estudios Cooperativos*, nº 1, 1990, pp. 177-193. Del mismo autor: "Innovación social: un ámbito de interés para los servicios sociales", *Zerbitzuan*, nº 45, 2009, pp. 151-178.

53. Los principios cooperativos son las señas de identidad de las cooperativas. Así DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.: "Principios cooperativos y experiencias cooperativas". En *Congreso de Cooperativismo. II Congreso mundial Vasco*, Bilbao, 1988, *passim*. Del mismo autor: *Formación y la comercialización del trabajo agrícola asociado*, Centro Regional Castilla y León, Salamanca, 1981, p. 18. Destacaba el profesor Duque ya en 1981 que debía realizarse un análisis de los nuevos fenómenos para que permitieran establecer los márgenes de desviación tolerables para ser subsumidos en los viejos conceptos, o bien, que pusieran de relieve la necesidad de reelaborar conceptualmente las ideas recibidas de la cooperación tradicional para ofrecer un cuadro congruente con las realidades nuevas y un cuadro conceptual operativo en la realidad. Vid. MONZÓN, J.L. & HERRERO, M.: "Empresas sociales, emprendimiento social y economía social", *Revista Española del Tercer Sector*, nº 35, 2017, p. 24. Destacan los autores en relación con el concepto de la economía social asumido en la Carta de Principios de la economía social de 2002 de la Social Economía Europea, que se consideran principios identitarios de las empresas y entidades de la economía social.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 25/06/2020

es bien conocido para poder competir en el mercado en este escenario globalizado, se hace preciso generar estructuras de mayor tamaño. La integración horizontal con fines económicos puede desarrollarse de diferentes formas, por ejemplo mediante el establecimiento de redes de cooperativas u otras fórmulas de colaboración económica y acuerdos intercooperativos, el establecimiento de centrales de compra, o la contratación en común de personal especializado para la realización de servicios; para una cooperativa de reducidas dimensiones hacer frente de manera individualizada a los mismos puede resultar inalcanzable[54]. Otras fórmulas son la constitución de cooperativas de segundo o ulterior grado, o la fusión. En cuanto a la integración con finalidad asociativa el Congreso Internacional de la ACI en Viena en 1966 aprobó los principios cooperativos siguientes: adhesión voluntaria, un hombre un voto, interés limitado al capital, reparto de los excedentes según la actividad cooperativizada, promoción de la educación entre los socios e *intercooperación con las demás cooperativas*. El principio de intercooperación quedó redactado de la siguiente forma: "Para poder servir mejor los intereses de los miembros y de la colectividad cada una de las organizaciones deberá, en todas las formas posibles, colaborar activamente con las demás cooperativas a escala local, nacional e internacional"[55]. La cooperativa *Porsiete* trabaja en este ámbito tanto en la integración con fines económicos[56] -nada sencilla- como en la que tiene como finalidad la integración vertical, fomentando el asociacionismo lo

54. Vid. GADEA SOLER, E.: "Crisis e intercooperación: las cooperativas de segundo o ulterior grado como instrumento de colaboración empresarial", *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, nº 44, 2010, pp. 251 y ss.

55. Vid. VARGAS VASSEROT, C.: "El nuevo por diferente marco legal de las sociedades cooperativas en Andalucía. El paso de una concepción social de la cooperativa a una economicista radical", *RdS*, nº 53, 2018, p. 21. Los principios cooperativos, reformulados por la ACI en 1995, además de ser pautas para que las cooperativas pongan en práctica sus valores de autoayuda, autorresponsabilidad, democracia, igualdad, equidad, solidaridad, honestidad, transparencia, responsabilidad y vocación social, son los rasgos distintivos de estas entidades y directrices que las cooperativas deben seguir para mantener la esencia del cooperativismo. También en relación con los principios cooperativos DUQUE DOMÍNGUEZ J.F.: "La libre adhesión y el principio de puerta abierta en las sociedades cooperativas", *Primeros Encuentros cooperativos de la Universidad del País Vasco*, Vitoria-Gasteiz, 1986, pp. 183-222. Del mismo autor: "Principios cooperativos y experiencias cooperativas". En *Congreso de Cooperativismo. II Congreso mundial Vasco*, Bilbao, 1988, pp. 89-118. Vid. PAZ CANALEJO, N. & VICENT CHULIÁ, F.: *Ley General de Cooperativas,* En: *Comentarios al código de comercio y legislación mercantil especial* (dirs. SÁNCHEZ CALERO & ALBALADEJO, M.), vol. 3º, artículos 67 al final, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994, pp. 952 y ss.

56. La denominada integración cooperativa haría referencia a las distintas técnicas jurídicas que facilitan la concentración entre sociedades cooperativas Vid. EMBID IRUJO, J.M.: "Problemas actuales de la integración cooperativa", *RDM*, 227, 1998, p. 8 y ss. Toda forma de concentración empresarial que implica a sociedades cooperativas (o a otras entidades) que se caracteriza por hacer compatible un relevante grado de unión económica y a la vez el mantenimiento de la autonomía jurídica de quienes la componen. Además de excluirse la fusión, la integración cooperativa se caracteriza por dar lugar a estructuras empresariales que

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 25/06/2020

que le permite diversificar mercados, reduciendo riesgos, y expandiendo a su vez este modelo de gestión[57]. *Porsiete* forma parte y/o está asociada con numerosas federaciones, uniones o asociaciones de empresas de la economía social con las que mantiene vínculos colaborativos y desarrollo de programas de colaboración y formativos comunes. De esta forma la cooperativa forma red y está asociada con FEAMCYL Castilla y León, la Federación Empresarial Española de asociaciones de CEE vinculados al movimiento asociativo[58]; con AERESS, la asociación española de recuperadores de economía social y solidaria[59]; con OWEN, la unión de cooperativas de Salamanca que agrupa a las cooperativas de trabajo[60]. Igualmente forma parte de ECOS: Empresas de Economía Social gestoras de residuos; la asociación de empresas de economía social gestoras de residuos en Castilla y León. Forma parte de la mesa de la economía social de la ciudad de Salamanca. Con la finalidad de colaborar generando redes y sinergias que fortalezcan el tejido de la comunidad, colabora igualmente para replicar las iniciativas, actividades y proyectos que puedan servir a otros colectivos en otros países; verificamos así su fuerte componente internacional en esta colaboración. Está inscrita desde el año 2011 como Agente de Cooperación al Desarrollo de Castilla y León, con el objetivo de apoyar la puesta en marcha de proyectos de emprendedores, de cooperativas de trabajo y otras iniciativas que supongan mejorar las condiciones de vida de las personas que viven en la pobreza. De la misma forma la cooperativa salmantina trabaja con la asociación "Ropa Solidaria" de Argentina para apoyar en el desarrollo del proyecto que tiene como objetivo además de proporcionar vestido a los más pobres, financiar proyectos de emprendimiento a través de microcréditos. A su vez "Ropa Solidaria" junto con otras entidades está a poyando a grupos de pequeños productores y diversas actividades de emprendimiento en la zona. La cooperativa desarrolla e intensifica los espacios formativos para la capacitación en diferentes profesiones y en distintas áreas mediante la organización de los grupos de trabajo, y la formación a través de la impartición de diferentes cursos. En 2012 *Porsiete* apoyó la formación de un grupo de mujeres trabajadoras de la yerba mate, (Tareferas) con el objetivo de mejorar sus condiciones laborales.

pretenden trascender a las vinculaciones de carácter ocasional sin afectación en la articulación organizativa interna de los sujetos que la forman.

57. Sobre la intercooperación Vid. MORALES GUTIERREZ, C.A.: "Cooperativismo de…" cit., p. 189.

58. http://www.feacemcyl.org/

59. http://aeress.org/

60. http://www.cooperativasdesalamanca.org/

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 25/06/2020

Por otro lado, la cooperativa otorga gran importancia al principio de formación e información de los socios, que amplía por supuesto a la formación de los propios trabajadores que no sean socios[61]. Con carácter general la formación para el empleo debe permitir mejorar la calidad y eficiencia en los puestos de trabajo, favoreciendo que las personas trabajadoras conozcan mejor sus atribuciones en la organización en la que prestan servicios, y sean capaces de ser resolutivos en su actividad diaria. A todo ello debe sumarse en la actualidad, la generalizada importancia de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (*TIC's*) los desafíos procedentes de la competitividad de los mercados globalizados, o los cambios organizativos dentro de las empresas, lo que constituye un doble desafío en lo que a formación continua en la empresa se refiere[62].

Puede subrayarse por tanto, la íntima relación que existe entre formación y empleo de calidad, y se insta también desde las Instituciones, a realizar un esfuerzo que tienda a la cualificación de los trabajadores, y en el caso de la sociedad cooperativa, se entenderá por trabajadores en su triple condición de socios, directivos y trabajadores. En la memoria de actividades de *Porsiete* publicadas en su página web[63], puede verse el trabajo desarrollado en el ámbito de la formación, uno de los principios cooperativos que se traduce en una de las variables que posibilitan el desarrollo de una empresa. En este ámbito la cooperativa ha realizado numerosas actividades formativas con carácter periódico y continuo. Además de las acciones formativas, la cooperativa ha participado en la puesta en marcha de la mesa de empresas de economía social sin ánimo de lucro de Salamanca, con el objetivo de trabajar juntos en un documento que sirva para definir las empresas de economía social, diferenciándolas de otras fórmulas, así como plasmar sus objetivos y logros.

Debe tenerse en cuenta que, uno de los objetivos de los CEE y también de la cooperativa *Porsiete* es fomentar y cuidar la formación de las personas trabajadoras, como

61. Todas las cooperativas deben constituir un fondo habilitado para la formación y se extiende a los socios y también a los trabajadores. Sobre este principio Vid. MORALES, C.: "Cooperativismo de…", cit., p. 177. Vid. PRIETO JUÁREZ, J.A.: "La configuración de las cooperativas de iniciativa social como cauce de integración laboral", *REVESCO*, nº 73, 2001, p. 159.

62. Vid. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A.: "Educación, formación e información de los socios en las cooperativas (un principio cooperativo al servicio del fomento del empleo de calidad)", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 33, 2018, *monográfico: La contribución del Derecho a la innovación social y al empleo en la Economía Social,* pp. 105 y ss. La extensión de este principio cooperativo a los trabajadores de las cooperativas conecta a su vez con la idea de que estas entidades como sociedades mercantiles (aunque especiales) deben generar valor para los socios y a la vez satisfacción de intereses de otros grupos implicados. La generación de este valor está a su vez modelizado por las particularidades en la reinterpretación del "ánimo de lucro" en las CIS del que a nuestro juicio estas entidades no carecen.

63. https://porsiete.com

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 25/06/2020

uno de los principales medios para que afiancen y desarrollen nuevos aprendizajes y aptitudes que contribuyan a lograr que su trabajo se desarrolle de forma autónoma y eficaz; igualmente facilitar su integración social y potenciar sus capacidades y actitudes. Para ello, la cooperativa desarrolla itinerarios formativos que adaptan las capacidades a los puestos de trabajo según la normativa vigente y con la finalidad de que estas personas puedan participar en la sociedad de forma activa. De este modo y como cooperativa difunde actitudes responsables y fomenta el respeto de valores sociales y medioambientales en el entorno en el que desarrolla su actividad, no se deslocaliza, y despliega una preocupación por la Comunidad en la que se encuentra ubicada con acciones coordinadas y mediante la firma de convenios de colaboración.

En igual sentido, la cooperativa trabaja en la elaboración de un documento que haga referencia a las cláusulas sociales, y a su posible incorporación en los pliegos de licitación para los contratos celebrados con las Administraciones públicas, en los que estas pequeñas empresas siguen teniendo verdaderos problemas para concurrir en condiciones de igualdad con las sociedades mercantiles tradicionales habitualmente sociedades anónimas y de responsabilidad limitada de mayor tamaño por lo general, y dedicadas a la atención integral a las personas. Si el único criterio posible, admitido o marcadamente prioritario es el del precio, las iniciativas empresariales en el marco de la economía social, que se agrupan normalmente alrededor de estas pequeñas cooperativas, no tienen forma de acceder en muchos casos, a estos contratos en la mayoría de los casos, y están abocadas a la marginalidad al seleccionar la forma jurídica.

La cooperativa *Porsiete*, igualmente ofrece información para los trabajadores que lo precisen, así como asesoramiento en relación a la formación dentro y fuera de la empresa, convocatoria de ayudas y subvenciones, así como sobre el programa de conciliación familiar al que la cooperativa otorga importancia, enlazando de manera natural con la mayor parte -sino todos- los criterios delimitadores de la empresa socialmente responsable[64].

64. Vid. EMBID IRUJO, J.M.: "Gobierno corporativo y responsabilidad social corporativa: del desencuentro a la comunicación". En *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital en Líber Amicorum Fernando Rodríguez Artigas y Gaudencio Esteben Velasco* (Coord. JUSTE, J. & ESPÍN, C.), Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, Consejo General del Notariado, *RdS*, Madrid, 2017, vol. II, pp. 447-464.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 25/06/2020

5. Conclusiones

1. Las cooperativas de iniciativa social como empresas de la economía social, aportan calidad, ocupación de calidad, innovación, fundamentalmente social, responsabilidad y experiencia, en la gestión de la atención a las personas, de forma especializada, y sin buscar el beneficio extremo, es decir a través de una gestión no especulativa de los recursos. Ayudan a la integración laboral mediante el acceso al empleo en condiciones garantistas de calidad para colectivos excluidos, con riesgo de exclusión social, o en general, colectivos con dificultades de inserción laboral.
2. Habitualmente estas empresas no se deslocalizan por lo que fomentan el arraigo al territorio en el que se asientan y coadyuvan a fijar población lo que resulta crucial en Comunidades Autónomas como la de Castilla y León.
3. Estas cooperativas no sólo generan ocupación, sino que están comprometidas con el desarrollo sostenible en las comunidades en las que actúan, generando recursos que terminan revirtiendo en la sociedad. Mantienen una gestión eficaz y responsable buscando modelos de gestión innovadores que permiten conjugar eficiencia económica y bienestar social.
4. Desde el cooperativismo una de las formas de competir con las grandes sociedades mercantiles tradicionales en el sector de actividad, es la intercooperación, tanto lo referido a la integración económica u horizontal como a la vertical con carácter asociativo y de defensa de los intereses del movimiento cooperativo. Es fundamental, por tanto, fomentar -también desde el principio de formación y educación- este otro principio de la intercooperación como una de las acciones más eficaces para el mantenimiento en el mercado de estas empresas y para que puedan competir con otras fórmulas jurídicas.
5. Una legislación fiscal adecuada es también importante en este ámbito, puesto que es necesario que se tengan en cuenta las particularidades de estas empresas con clara vocación social. Ello ayudará a que estas fórmulas empresariales de la economía social, como las cooperativas y en este caso concreto las CIS tengan una oportunidad para acceder al mercado y poder competir en condiciones adecuada, sin que ello deba suponer un ataque a las normas de derecho de la competencia.
6. Desde el punto de vista de la superación de algunas debilidades observadas, sería necesaria la generalización de cláusulas sociales en los contratos celebrados con la Administración, puesto que si el criterio económico es el único o el predominante, se hace inviable la realización del servicio por parte de las cooperativas de reducido tamaño, en este caso de iniciativa social de trabajo asociado, que las realizan con unos determinados niveles de calidad y especialización. En el marco de su actividad, las cooperativas se han encontrado con limitaciones a la hora de licitar en contratos con las administraciones públicas ya que en numerosas ocasiones su

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 25/06/2020

falta de fortaleza económica así como la carencia de una dimensión empresarial suficiente para poder optar al servicio, han supuesto un verdadero límite al acceso a la contratación pública.

7. Junto con ello, debe mencionarse su -en ocasiones- frágil posición financiera en cuanto, por ejemplo, a la dificultad en la financiación y captación de recursos, y la dependencia de las administraciones públicas (concursos públicos, subvenciones, etc.)
8. De *lege ferenda*, nos gustaría dejar marcadas algunas sugerencias que, dada su extensión, deberán ser objeto de desarrollo en trabajos posteriores. Sería aconsejable a nuestro juicio en primer lugar, la introducción de una modificación de la LCSP incorporando a las CIS como entidades de la economía social sin ánimo de lucro al beneficio de los contratos reservados, tal y como ocurre con los CEE de iniciativa social. Si tampoco pueden acceder a este beneficio, se pone en riesgo su pervivencia como modelo de empresa adecuada para el sector en el que se desarrolla. En segundo lugar, y haciendo nuestras las consideraciones de la cooperativa *Porsiete*, ésta trabaja en un documento que haga referencia a las cláusulas sociales y a su posible incorporación en los pliegos de condiciones de licitación, en los contratos celebrados con las administraciones públicas. Aunque estas cláusulas sociales están mencionadas en la LCSP, serían necesarios estudios cuantitativos que permitan identificar el porcentaje de las que han sido incorporadas en los últimos años y en concreto, desde la publicación de la norma, y simultáneamente también, la cuantificación en la concurrencia de cooperativas a estas licitaciones, así como los incrementos (o la disminución) en número de licitaciones en el sector público de estas entidades de la economía social, lo que nos permitiría después, reflexionar desde lo académico, sobre las consecuencias (positivas o negativas) que la publicación de esta ley ha tenido sobre el sector de la economía social en el acceso. Por último, y también de *lege ferenda* hemos mencionado que uno de los problemas que tienen las cooperativas de iniciativa social, es el acceso a la financiación. Pues bien, este es un tema clave en el que entendemos que se debe continuar trabajando, ya que son numerosas las fórmulas que pueden utilizarse, algunas poco estudiadas. Así, recientes reformas de las legislaciones de cooperativas de algunos países de nuestro entorno europeo, han trabajado -e innovado- para trasladar fórmulas de financiación que provienen de las sociedades de capital -donde han tenido tradicionalmente buena acogida y resultados- a las cooperativas. Deben estudiarse las formas de hacer compatibles estas fórmulas de financiación, con la identidad cooperativa plasmada en sus principios y valores, fundamentalmente cuando afecta al capital en relación con el principio de gestión democrática y el que de aquel se deduce: "un socio, un voto".

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 25/06/2020

Bibliografía

ALEGRE NUENO, M.: "Centros especiales de empleo: realidad y nuevos retos". En *La promoción del emprendimiento y la inserción social desde la economía social* (Coord. FAJARDO GARCÍA, G.), CIRIEC-España, Valencia, 2018, pp. 141-144.

ALFONSO SÁNCHEZ, R. & GARCÍA y LOZANO, L.M.: "Prestación público-privada de actividades de servicio público". En *La empresa social y su organización jurídica* (Coord. ANDREU, M.M. & EMBID, J.M.), Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 43-67.

ARNÁEZ ARCE, V.M. & ATXABAL RADA, A.: "Las cooperativas de utilidad pública e iniciativa social", *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho cooperativo*, nº 47, 2013, pp. 199-228.

ARROYO SÁNCHEZ, P.: "Innovando en la creación de de empleo desde las cooperativas". En *Empleo, innovación e inclusión en la economía social. Problemática jurídica y social* (Coord. FAJARDO GARCÍA, G.), CIRIEC-España, Valencia, 2017, pp. 151 y ss.

AUGUSTATOS ZARCOS, N.: "Cooperativas sin ánimo de lucro". En *Tratado de Derecho de cooperativas* (Dir. PEINADO GRACIA, J.I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 1453-1469.

BENGOETXEA ALKORTA, A.: "Economía social e inserción laboral de las personas con discapacidad", *RVAP*, nº 99-100, 2014, pp. 529-547.

BORJABAD GONZALO, P.: "La sociedad cooperativa en la Ley 27/1999". En *La sociedad cooperativa en la Ley 27/1999, de 16 de julio de cooperativas* (Coord. ALONSO ESPINOSA, F.J.), Comares, Granada, 2001, pp. 1-40.

BURILLO SÁNCHEZ, F.J. & NAVARRO MATAMOROS, L.: En *La empresa social y su organización jurídica* (Coord. ANDREU, M.M. & EMBID, J.M.), Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 69-90.

CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.: "Gobierno corporativo y prácticas tributarias", *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 42, 2017, pp. 1-41.

CANO LÓPEZ, A.: "El derecho de la economía social: entre la Constitución y el mercado, la equidad y la eficiencia", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 18, 2007, pp. 53-72.

DÍAZ DE LA ROSA, A.: "Cooperativa de iniciativa social". En *Tratado de Derecho de Cooperativas* (Coord. VÁZQUEZ RUANO, T., Dir. PEINADO GRACIA, J.I.), Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1443-1453.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 25/06/2020

DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.: *Formación y la comercialización del trabajo agrícola asociado*, Centro Regional Castilla y León, Salamanca, 1981.

- "La libre adhesión y el principio de puerta abierta en las sociedades cooperativas", *Primeros Encuentros cooperativos de la Universidad del País Vasco,* Vitoria-Gasteiz, 1986, pp. 183-222.
- "Principios cooperativos y experiencias cooperativas". En *Congreso de Cooperativismo. II Congreso mundial Vasco*, Bilbao, 1988, pp. 89-118.
- "La baja obligatoria del socio", *REVESCO*, nº 56-57, 1988-1989, pp. 13-48.
- "Consideraciones sobre algunos problemas de la interpretación de una sociedad globalizada. En *"Liber amicorum" prof. José Mª Gondrá Romero* (Eds. SOLER-NOU, S., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., EMBID, J.M., RECALDE, A. & LEÓN SANZ, F.J.), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 53-62.
- "Contenido y tendencias del Derecho Mercantil contemporáneo". En *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor José Mª Muñoz Planas* (Coord. PILOÑETA ALONSO, L.M. & IRIBARREN BLANCO, M.), Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 149-168.

EMBID IRUJO, J.M.: "Problemas actuales de la integración cooperativa", *RDM*, 227, 1998, pp. 7-16.

- "Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones), *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, nº 7, 2003, pp. 79-100.
- "Gobierno corporativo y responsabilidad social corporativa: del desencuentro a la comunicación". En *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital. Liber Amicorum Fernando Rodríguez Artigas. Gaudencio Esteban Velasco* (Coord. JUSTE, J. & ESPÍN C.), Consejo General del Notariado, Thomson Reuters Aranzadi, *RdS*, Madrid, 2017, pp. 44-464.

ESCUIN IBÁÑEZ, I. & LÓPEZ ANIORTE, M.C.: "Las cooperativas de iniciativa social". En *La empresa social y su organización jurídica* (Coord. ANDREU, M.M. & EMBID, J.M.), Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 203-225.

ESTEBAN VELASCO, G.: "Responsabilidad social corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el Derecho de Sociedades y en el Gobierno Corporativo". En *Liber Amicorum. Juan Luis Iglesias*, (coord. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.), Thomson, Reuters Civitas, Madrid, 2014, pp. 271-312.

FAJARDO GARCÍA G.: "El fomento de la "economía social" en la legislación española", *REVESCO*, nº 107, 2012, pp. 58-97.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 25/06/2020

- "La contribución de la economía social a una sociedad innovadora, inclusiva y responsable como objeto de investigación universitaria". En *Empleo, innovación e inclusión en la economía social. Problemática jurídica y social* (Coord. FAJARDO GARCÍA, G.,), CIRIEC-España, Valencia, 2013, pp. 7-15.
- "La especificidad de las sociedades cooperativas frente a las sociedades mercantiles y la legitimidad de su particular régimen jurídico y fiscal según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *RDM*, nº 288, 2013, pp. 189-222.
- "Presentación". En *La promoción del emprendimiento y la inserción social desde la economía social* (coord. FAJARDO, G.), CIRIEC-España, Valencia, 2018, pp. 7-8.

GADEA SOLER, E.: "Crisis e intercooperación: las cooperativas de segundo o ulterior grado como instrumento de colaboración empresarial", *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho cooperativo*, nº 44, 2010, pp. 251-262.

- "Delimitación del concepto de cooperativa: de los principios cooperativos a la responsabilidad social cooperativa", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 23, 2012, pp. 1-22.

GADEA, E., SACRISTÁN, F.,F. & VARGAS VASSEROT, C.: *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reforma,* Dykinson, Madrid, 2010.

GARCÍA ALONSO, J.V.: "Las sociedades cooperativas de iniciativa social como potenciales agentes de desarrollo en el ámbito local", *REVESCO*, nº 68, 1999, pp. 179-213.

GARCÍA JIMÉNEZ, M.: "Innovación en la creación de empleo desde la economía social. Necesidad de su traslado a la legislación cooperativa y laboral para garantizar los derechos y la protección social de los trabajadores". En *La promoción del emprendimiento y la inserción social desde la economía social* (Coord. FAJARDO, G.,), CIRIEC-España, Valencia, 2018, pp. 79-86.

GIRÓN TENA, J.: *Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil (estudios),* Civitas, Madrid, 1986.

- *Derecho de sociedades, t. I, parte General. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, 1976.

GRIMALDOS GARCÍA, I.: "Los centros especiales de empleo. Aproximación a su régimen jurídico", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 26, 2015, pp. 233-260.

HENRY, H.: "Superar la crisis del Estado del bienestar: el rol de las empresas democráticas, una perspectiva jurídica", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 24, 2013, pp. 11-20.

LLOBREGAT HURTADO, M.L.: "Régimen económico de las sociedades cooperativas en el marco de la nueva Ley General de Cooperativas de 16 de julio de 1999, *RdS*, nº 13, 1999, pp. 226 y ss.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 25/06/2020

MARTÍ MOYA, V.: "La responsabilidad social corporativa y el derecho de la competencia". En *Responsabilidad social de la empresa y Derecho Mercantil* (Coord. ALFONSO SÁNCHEZ, R.), pp. 140-142.

MONTERO SIMÓ: "¿Incentivos fiscales para las cooperativas sin ánimo de lucro?", *Revista de Economía Social*, nº 32, 2006, pp. 19-23.

MONZÓN CAMPOS, J.L. & HERRERO MONTAGUD, M.: "Empresas sociales, emprendimiento social y economía social", *Revista Española del Tercer Sector*, nº 35, 2017, pp. 19-44.

MORALES GUTIERREZ, A.C.: "Cooperativismo de "transformación" *versus* cooperativismo de "consolidación": los principios cooperativos "clásicos" y su vigencia", *Anuario de Estudios Cooperativos*, nº 1, 1990, pp. 177-193.

- "Innovación social: un ámbito de interés para los servicios sociales", *Zerbitzuan*, nº 45, 2009, pp. 151-178.

OVEJERO BERNAL, A.: *Los perdedores del nuevo capitalismo. Devastación en el mundo del trabajo*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2015.

PANIAGUA ZURERA, M.: "La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social". En *La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas y las entidades mutuales. Las sociedades de garantía recíproca. Tratado de Derecho Mercantil* (Dir. OLIVENCIA, M., FERNÁNDEZ NÓVOA, C. & JIMÉNEZ DE PARGA, R.), Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 157-159.

- "Las empresas de inserción en la Ley estatal 44/2007, de 13 de diciembre, reguladora de las empresas de inserción", *Cuadernos de Derecho y Comercio,* nº 49, 2008, pp. 9-59.
- "Las empresas de inserción socio laboral y las cláusulas sociales en la contratación pública: dos instrumentos necesarios para la innovación social hacia el desarrollo", *REVESCO*, nº 112, 2008, pp. 176-212.
- *Las empresas de la economía social más allá del comentario a la Ley 5/2011 de economía social,* Marcial Pons, Madrid, 2011.
- "Notas críticas a la Ley 14/2011 de 23 de diciembre de sociedades cooperativas andaluzas", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 24, 2013, pp. 1-63.

PASTOR SEMPERE, C.: "Empresa cooperativa y modelo constitucional: una aproximación", *RdS*, nº 16, 2001, pp. 191-214.

PAZ CANALEJO, N. & VICENT CHULIÁ, F.: "Ley General de cooperativas, vol. 3º (artículos 67 al final)". En *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial* (Dirs. SÁNCHEZ CALERO, F. & ALBALADEJO, M.), Madrid, Edersa, 1994, pp. 575-620.

PONTI, A.: "Las cooperativas de iniciativa social. Un reto social y empresarial", *Anuario de Estudios Cooperativos*, nº 1, 2000, pp. 29-40.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 25/06/2020

PRIETO JUÁREZ, J.A.: "La configuración de las cooperativas de iniciativa social como camino de integración laboral", *REVESCO*, nº 73, 2001, pp. 149-183.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A.: "La Ley de contratos del sector público y las cooperativas de iniciativa social. A propósito de una exclusión". En *La promoción del emprendimiento y la inserción social desde le economía social* (Coord. FAJARDO GARCÍA, G.), CIRIEC-España, Valencia, 2017, pp. 131-132.

- "Educación, formación e información de los socios en las cooperativas (un principio cooperativo al servicio del fomento del empleo de calidad), *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 33, 2018, pp. 105-144.

RODRÍGUEZ, V., MALO, M.A. & CUETO, B.: "Diferencias salariales por discapacidad y centros especiales de empleo", *Cuadernos de Economía*, 2012, pp. 100-116.

ROMERO CANDAU, P.A.: "De las cooperativa integrales, de las de iniciativa social y de las mixtas". En *Cooperativas. Comentarios a la Ley 27/1999 de 16 de julio,* T. I, Colegios Notariales de España, Madrid, 2001, pp. 797-807.

SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J.: "Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa". En *Derecho de sociedades anónimas cotizadas (estructura de gobierno y mercados),* t. II (Coord. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., ALONSO UREBA, A., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., VELASCO SAN PEDRO, L., QUIJANO GONZÁLEZ & ESTEBAN VELASCO, G.), Thomson Aranzadi, Madrid, 2019, p. 866- 900.

VAÑÓ VAÑÓ, M.J.: "Limitaciones a la aplicación de cláusulas sociales en la contratación pública desde la perspectiva del derecho de la competencia", *CIRIEC-España, Revista de economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 87, 2016, pp. 177-202.

VARGAS VASSEROT, C.: "La organización de entidades público-privadas a través de sociedades mercantiles". En *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas* (Dirs. EMBID IRUJO, J.M. & EMPARANZA SOBEJANO, A.), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 93-13.

- "El nuevo por diferente marco legal de las sociedades cooperativas en Andalucía. El paso de una concepción social de la cooperativa a una economicista radical", *RdS*, nº 53, 2018, pp. 1-35.

VELERDAS PERALTA, A.: "Aproximación jurídica a la responsabilidad social corporativa". En *Responsabilidad social de la empresa y Derecho Mercantil* (Coord. ALFONSO SÁNCHEZ, R.), Comares, Granada 2010, pp. 3-27.

VERGEZ, M.: "El significado y las características de la sociedad cooperativa a la luz de la propuesta de código mercantil". En *Estudios Jurídicos en memoria de Emilio Beltrán: liber amicorum* (Coord. ROJO, J.A. & CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.), Vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 941-949.

FECHA DE ENTRADA: 26/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 25/06/2020

LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN EN ESPAÑA EN 2019[1]

Miguel Ángel García Calavia
Profesor Titular de Universidad
Departamento de Sociología y Antropología Social
IUDESCOOP - Universitat de València

RESUMEN
En el presente artículo, se ofrecen los resultados de una radiografía que se ha llevado a cabo de las empresas sociales de integración laboral en España, cinco años después de dada por finalizada la gran recesión de este siglo (2009-2014). Se trata de iniciativas ya consolidadas que han evidenciado su capacidad de innovación en la búsqueda de soluciones adecuadas tanto en lo que se refiere al entorno territorial como a los distintos grupos destinatarios.
Además, en la investigación empírica se quiere profundizar en una de las funciones sociales básicas de este tipo de empresas: la de intermediarias de transición de grupos sociales desfavorecidos en el mercado de trabajo.
Las fuentes de información para la radiografía provienen de documentación de FAEDEI y de entrevistas en profundidad a informantes cualificados, mediadores laborales de las WISE. Los resultados han permitido profundizar en el conocimiento de los procesos de inserción de las personas con serias dificultades para encontrar empleo y en riesgo de exclusión social.

PALABRAS CLAVE: Personas inempleables, exclusión social, mediación laboral, España.

CLAVES ECONLIT: A13, J49, P31.

Cómo citar este artículo/How to cite this article: GARCÍA CALAVIA, M.A.: "Las empresas de inserción en España en 2019", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 36, 2020, pp. 131-152. DOI: 10.7203/CIRIEC-JUR.36.17307.

1. El presente artículo forma parte de los resultados del Proyecto Economía Social, Autogestión y Empleo (DER2016-78732-R), ECOSOCIAL 2020, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

FECHA DE ENTRADA: 02/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 03/07/2020

WORK INTEGRATION SOCIAL ENTERPRISES (WISE) IN SPAIN IN 2019

EXPANDED ABSTRACT

In this paper we present the first results of a service which is being carried out of Work Integration Social Enterprise (WISEs) specializing in Spain five years after the date which has been taken as the end of this century's economic crisis (2009-2014). It covers already consolidated initiatives which have been shown to be innovative in looking for adequate solutions for particular areas and target groups. In this description, attention is paid to a series of variables in order to assess the economic dynamics of this type of company. In addition, in the empirical research we have wanted to explore in more depth one of the social functions of these organizations: that of acting as intermediaries to facilitate the transition into the labour market of disadvantaged social groups.

The objectives are therefore descriptive. However, the examination allows evaluating the effectiveness of the Work Integration Social Enterprise as social companies. Also, investigate the exercise of one of its functions, that of labor mediation, carried out by someone from the insertion company. This is a very important responsibility, on the one hand, in the search for jobs outside WISE; on the other, in the training and orientation of insertion workers (WIs); finally, in its subsequent follow-up. However, the performance of this function is poorly understood. His examination is one of the contributions of this article.

In some case studies, the importance of training of a different nature provided in the WISEs with respect to the insertion of WIs in the ordinary market has been examined. It has been shown that personal and social skills are more important than professional skills, often very routine, in insertion. In this regard, it was urged to investigate the labor mediation process and its protagonists.

The sources of information for the survey are the documentation of Federación de Asociaciones Empresariales de Empresas de Inserción (FAEDEI) and a survey which is being carried out. The variables selected for the description are legal (legal formulas of the insertion companies), economic (activity sectors, templates and composition, income and origin thereof) and social (insertion results). In the narrations of the interviewees, attempts have been made have allowed us to delve into the attitudes of the protagonists of the insertion, WIs and ordinary companies, as well as those of the interviewed mediators themselves; in the contents of the insertion practices.

FECHA DE ENTRADA: 02/05/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 03/07/2020

The description has shown that insertion companies respect and meet the economic criteria to be considered social companies: they carry out productive activities over time; they constitute autonomous projects of the public administrations; its activities are market oriented; they involve business risk; and require a minimum of salaried workers. In 2018, WISE have been promoted mainly by non-profit entities created under different legal formulas; above all, under the Foundation or Association. The activities carried out by the WISEs are located mainly in the service sector: almost 80%. They are labor intensive activities and little capital investment. Most WISE do more than one activity, often two, which are usually complementary. The income of the WISEs came mainly from the sale of products and services: almost 80% of the income; a percentage that has been maintained since 2010. In this respect, the WISEs transmit the will to be solvent, although they are not yet solvent. In addition, the number of WISE workers has increased considerably in recent years, especially that of WIs: between 2015 and 2018, 27.8%. Regarding its distribution by sex, the number of female workers is quite similar to that of male workers.

Likewise, they satisfy one of the main social criteria: provide a service to the community, social integration through the work of people with difficult employability, contributing to social cohesion. In 2018, almost 70% of the people who had completed their learning pathways in WISEs, entered the ordinary labor market. This percentage represented a considerable increase with respect to the insertion registered in 2015 and 2012. Insertion companies are, therefore, social companies.

On the other hand, the examination of the information contained in the in-depth interviews has allowed to deepen the knowledge of the insertion processes of people with serious difficulties in finding employment and at risk of social exclusion. The existence of people with job mediation functions in WISEs has been verified, as well as the availability of networks typical of ordinary companies to turn to when WIs are about to complete their learning itineraries and end their employment contracts. Regarding the insertion processes, it has been observed the importance of the attitude of the WIs in the conclusion of the learning itinerary and in the job search, the development of occupational training programs of the WIs in the search for employment and the existence of an informal mediation channel alongside the formal one. With regard to the immediately subsequent phase related to employment in ordinary companies, a significant degree of satisfaction from the contracted WIs, as well as from the contracting ordinary companies themselves.

Thus, the importance of mediators and their action in the transition from WIs to the ordinary labor market has been demonstrated, both in terms of prospecting for WIs and in their employment orientation. Also, the importance of the predisposition of the WIs in regards to

FECHA DE ENTRADA: 02/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 03/07/2020

completing the itineraries, as well as facing the insertion. They are the main contributions of this article.

Finally, some problems that affect the activity of the WISEs have been shown: the lack of visibility of their function, which hinders their political and social recognition; poor long-term coordination with public administrations to guarantee WISE activity; the absence of a unique regulation of conciliation for WIs who start their working life in ordinary employment so that they can better combine it with their personal and family life; the predominance of highly feminized productive activities in WISE, limiting the professional training of WIs.

KEYWORDS: Unemployed people, social exclusion, labor mediation, Spain.

FECHA DE ENTRADA: 02/05/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 03/07/2020

SUMARIO

1. Introducción. 2. Las empresas de inserción. Papel y problemas como agentes intermediarias de transición al mercado laboral. 3. Fuentes de información y metodología. 4. Forma jurídica de las EIs. 5. Distribución territorial de las EIs. 6. Los sectores y subsectores en los que desarrollan su actividad las EIs. 7. Ingresos económicos de las EIs y procedencia. 8. El personal de las EIs. 9. Resultados de inserción de las PTIs en el mercado laboral ordinario. 10. Los procesos de inserción. 11. Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción

En el presente artículo, se lleva a cabo una radiografía de las empresas de inserción (EI) en España, cinco años después de dada por finalizada la gran recesión (2009-2014). Se trata de empresas que ejercen una actividad productiva de manera autónoma y económicamente viable en su correspondiente mercado del producto y cuyo objetivo principal es la capacitación de personas de difícil empleabilidad mediante un empleo para que puedan ocupar posteriormente un puesto "ordinario" e integrarse en la sociedad (Marcuello, Bellostas y Marcuello, 2008); esto es, de personas en riesgo de exclusión social, una de cuyas razones reside en serios problemas para acceder a un puesto de trabajo ordinario. En esta radiografía, se presta atención a una serie de variables de carácter económico con el fin de valorar la dinámica económica de este tipo de empresas. Además, se examina algunas funciones con respecto al mercado de trabajo y la inclusión social; especial interés suscita su papel como intermediarias de transición de grupos sociales desfavorecidos en el mercado de trabajo. Los objetivos son, pues, de carácter descriptivo. Ahora bien, el examen permite valorar la operatividad de las EIs como empresas sociales y profundizar en el conocimiento de algunas de sus funciones.

Desde finales del siglo pasado, las políticas de empleo y protección social se han reorientado. Así, se han aprobado programas con el fin de abordar los problemas del mercado de trabajo y de inclusión social. Entre otros, algunos orientados a colectivos con especiales dificultades de inserción en el mercado de trabajo, entre los que se encuentran iniciativas empresariales diversas como la de las empresas de inserción por el trabajo. A este respecto, sus resultados avalan este tipo de programas (Faedei, 2018). En España, este tipo de iniciativas que tienen un recorrido de casi 40 años, están reguladas desde 2007 por la Ley 44/2007. En la misma, se regula el funcionamiento de

FECHA DE ENTRADA: 02/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 03/07/2020

estas empresas, los destinatarios de los programas, su modo de acreditación, el tipo de relación laboral que se puede establecer o el tipo de acciones a realizar para alcanzar el objetivo de la inserción.

La estructura del artículo es la siguiente. En primer lugar, se caracteriza las empresas sociales para contextualizar mejor la radiografía de las EIs en España y se revisa la bibliografía sobre los papeles que desempeñan en el ámbito de la integración por el trabajo con el fin de extraer los problemas que han podido surgir en su ejercicio, especialmente, con respecto a su papel como agentes intermediarios. En segundo lugar, se comentan las fuentes de información. En tercer lugar, se radiografían las empresas de inserción en términos globales, su distribución territorial, sus actividades productivas, sus ingresos, sus plantillas de trabajadores y composición. En cuarto lugar, se examina los procesos de la fase final de estancia de las Personas Trabajadoras de Inserción (PTIs) orientados a la transición al mercado de trabajo ordinario observando el papel de sus protagonistas; también, los problemas que verbalizan. Para finalizar, se derivan algunas conclusiones con respecto a los objetivos señalados. Por un lado, la operatividad actual de las EIs. Por otro, la importancia de determinadas figuras, los mediadores laborales, en esta transición de PTIs al empleo ordinario.

2. Las empresas de inserción. Papel y problemas como agentes intermediarias de transición al mercado laboral

Las Empresas de Inserción surgieron inicialmente promovidas por colectivos procedentes de la sociedad civil organizada para afrontar la inserción laboral de personas con bajos o nulos niveles de empleabilidad en riesgo de exclusión social. Con este fin, adoptaron fórmulas del ordenamiento jurídico existente tendiendo a identificarse con las de la economía social. Estas iniciativas sociales encajaron pronto y bien en la nueva economía social y solidaria que se desarrolló a finales de siglo y que fue sistematizada a través de los conceptos de emprendimiento social y empresas sociales.

La perspectiva de análisis europea primó una caracterización de las empresas sociales a partir de la investigación empírica realizada en los primeros años del siglo. A este respecto, se distinguieron criterios económicos y sociales (Cuadro 1). Los criterios económicos permiten identificar su dinámica empresarial (en tanto que organizaciones orientadas a la producción de bienes y servicios), pero también apreciar su carácter innovador en el entorno del tercer sector. Los criterios sociales permiten ubicar a las empresas sociales igualmente en el tercer sector en tanto que sus objetivos (y prácticas para conseguirlo) son diferentes de las empresas tanto privadas como públicas.

FECHA DE ENTRADA: 02/05/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 03/07/2020

Cuadro 1.
Criterios de las Empresas Sociales

Criterios económicos	Criterios sociales
Actividad continua de producción de bienes y servicios (no tanto una actividad de defensa de intereses o de redistribución de recursos financieros)	Un objetivo explícito de servicio a una comunidad o colectivo
Elevado grado de autonomía (promovidos y gestionados por grupos de personas con autonomía frente a otras organizaciones o los poderes públicos)	Iniciativa ciudadana (dinámica colectiva de personas que pertenecen a una comunidad)
Significativo nivel de riesgo económico (su viabilidad depende del esfuerzo y capacidad de sus miembros y trabajadores)	Poder de decisión no basado en la propiedad de capital (decisiones asentadas en procesos de carácter democrático -una persona, un voto-)
Empresas que orientan su actividad al mercado (una parte importante de sus ingresos proceden de sus ventas en el mercado)	Representación y participación democrática (implicando a los actores involucrados en su actividad)
Mínimo de trabajadores remunerados (combinan recursos monetarios y no monetarios)	Distribución limitada de beneficios (rechazo del principio de maximización del beneficio)

Fuente: EMES.

Las EIs han sido asumidas como medidas de política activa de empleo e inclusión social (Vidal y Claver, 2003 y Quintao, 2007). Estas iniciativas han evidenciado su capacidad de innovación en la búsqueda de soluciones adecuadas, por un lado, a los diferentes entornos económicos y territoriales en los que se ubican y, por otro, a los distintos grupos destinatarios u objetivo de las mismas (Borzaga y Loss, 2006: 172).

Así, las empresas de inserción han ejercido funciones de:

1. Exploradores de nichos de mercado y oportunidades de creación de empleo en sus respectivos territorios;
2. Promotores de competencias profesionales, así como, de sociabilidad, orientadas a la entrada en el mercado de trabajo y a la inclusión en la sociedad (…);
3. Agentes intermediarios de transición de grupos desfavorecidos en el mercado de trabajo;
4. Integradores de personas potencialmente productivas en entornos de sociabilidad, ocupación, formación y trabajo, desarrollando las adaptaciones necesarias.

FECHA DE ENTRADA: 02/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 03/07/2020

Un ejercicio de funciones que no ha sido siempre lineal ya que ha podido estar afectado por algunos hechos. Así, la de agentes de transición, por los tipos de actividad seleccionados por las EIs, de bajo valor añadido y pocos recursos tecnológicos, que limitan la adquisición de competencias técnico profesionales (la cualificación) de los trabajadores en inserción y sus posibilidades de acceso posterior a otras actividades constriñéndolos al segmento secundario del mercado laboral ordinario (Borzaga, Guí y Povinelli, 1997). Ahora bien, todavía se conoce poco la importancia (y el alcance) que esta circunstancia puede tener en el proceso mismo de la inserción, por otro lado, tampoco muy conocido, aunque cada vez más, sobre todo, en lo que se refiere a adquisición de competencias.

Recientemente se ha puesto de manifiesto, en algunos estudios de caso, que la capacitación técnico-profesional es muy elemental puesto que las tareas desempeñadas por los Trabajadores en Inserción son muy rutinarias y que se podría ampliar. Su aprendizaje reside en conseguir la velocidad y el ritmo adecuados para el ejercicio de las tareas, así como adquirir habilidades comunicativas para atenderlas y ejecutarlas. Así, la capacitación técnica profesional tiene poca trascendencia en su profesionalización, pero también a la hora de insertarse ocupacionalmente (una vez finalizado el contrato con las EIs): las competencias personales y sociales son más significativas que las competencias técnico profesionales. Por otro lado, se destaca la importancia de competencias transversales relacionadas con la búsqueda de empleo (Chisvert y al. 2018). A este respecto, se pone énfasis en la importancia de la mediación laboral que puede ser ejercida por alguna persona de la Empresa de Inserción compatibilizándola con alguna otra función o específicamente como prospector/a o mediador/a laboral en las empresas grandes.

En este contexto, se examina exploratoriamente este proceso de inserción en el mercado de trabajo ordinario (la fase final de la transición desde las empresas de inserción a las empresas ordinarias) mediante entrevistas en profundidad. Así, se examina si existen recursos humanos y procedimientos en las EIs con este fin en lo que se refiere tanto al contacto con empresas ordinarias, como a la provisión de competencias a las PTIs orientadas a la búsqueda de empleo y apoyo en su consecución. En segundo lugar, se examina las actitudes de los actores, esto es, empresas contratadoras, pero, asimismo, PTIs y, sobre todo, personal responsable de esta función en la EI. Con ello, se quiere contribuir a conocer el papel de las EIs como agentes intermediarios en el mercado laboral. Previamente, se observa la evolución de distintos aspectos de carácter económico de las EIs: sectores principales de actividad productiva de las EIs; plantillas y composición por sexo y tipo de personal; sus ingresos y su procedencia. Asimismo, resultados de inserción anuales. Su finalidad, es examinar la dinámica empresarial y social de las EIs y su ajuste a los criterios de las empresas sociales.

FECHA DE ENTRADA: 02/05/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 03/07/2020

3. Fuentes de información y metodología

Los datos de la radiografía provienen de las memorias sociales que anualmente redacta FAEDEI (Federación de Asociaciones Empresariales de Empresas de Inserción) a partir de la información que le proporcionan las EIs colaboradoras. Se trata de la principal fuente de información secundaria. Las variables seleccionadas son, en primer lugar, jurídicas: formas jurídicas de las EIs y de las entidades promotoras. En segundo lugar, económicas: sectores y ramas de actividad económica de las EIs, plantillas y composición, ingresos y procedencia de los mismos. En tercer lugar, sociales: resultados de la inserción. Para la radiografía, se utiliza la memoria más reciente, la de 2018, en la que colaboraron 185 EIs, un 78 % de las EIs registradas. A efectos de observar su evolución, se ha seleccionado las memorias de 2015 y de 2018, último año del que hay memoria; y en relación a los resultados de inserción, se ha incluido también la de 2012 para poder tener como referencia los de un año del periodo de crisis.

Además, se han realizado entrevistas en profundidad a 6 personas responsables de la función de mediación en las EIs: 1 a una grande -aunque ahora ejerce la función en una agencia de colocación propia de la fundación promotora-; 2 (una mujer y un hombre) pertenecen a una empresa de tamaño mediano-grande; 2 a dos empresas de tamaño mediano pequeño -una con un programa específico para mujeres-; y 1 a una empresa pequeña. Así, están representados los distintos tipos de EI por tamaño y también, por recursos. Hay 5 mujeres y 1 hombre.

En las entrevistas en profundidad, se ha ahondado en las actitudes de las y los protagonistas de la inserción, PTIs y empresas ordinarias, así como en la de la propia persona responsable de la mediación en la EI; en los contenidos de las prácticas de inserción. Para ello, se ha solicitado a personas responsables de esta función en la EI que reconstruyeran los procesos de inserción lo que a su vez ha permitido derivar la filosofía bajo la que se promueve la inserción. La información contenida se ha clasificado conforme a los aspectos en los que se quería profundizar.

4. Forma jurídica de las EIs

La forma jurídica adoptada por las EIs de manera abrumadoramente mayoritaria es la de Sociedad Limitada: 4 de cada 5 EIs participantes en la memoria la han adoptado. También, hay unas pocas EIs que se han constituido bajo las fórmulas de sociedad laboral y sociedad cooperativa. Este predominio de la fórmula de sociedad limitada desde hace una década guarda relación con lo establecido en el artículo 4

FECHA DE ENTRADA: 02/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 03/07/2020

de la Ley 44/ 2007 en la que se regula el régimen de las Empresas de Inserción. En el mencionado artículo, se fija que las EIs se pueden constituir bajo las fórmulas de sociedad mercantil o sociedad cooperativa.

Cuadro 2.
Fórmulas jurídicas de las EIs en 2015 y 2018

	2015	2018
Sociedad limitada	108	103
Sociedad laboral	3	13
Sociedad Cooperativa	9	9
Otras	5	1
Total	125	126

Fuente: FAEDEI.

Esta primacía de la sociedad limitada es debida al bajo capital inicial requerido para su constitución ya que resulta más fácil su gestión. La razón contraria, esto es, una gestión más complicada ayuda a explicar el bajo recurso a las fórmulas de la economía social, las cooperativas y las sociedades laborales, entre otros hechos, por la transitoriedad de las personas trabajadoras de inserción.

Las EIs han sido promovidas a su vez por entidades sin ánimo de lucro o públicas fundadas bajo diferentes fórmulas jurídicas. Las entidades sin ánimo de lucro han recurrido a las de Fundación (60), Asociación (39) o Cooperativa (28).

5. Distribución territorial de las EIs

En lo que se refiere a la distribución geográfica de las EIs por comunidades autónomas, se pueden establecer varios grupos. En primer lugar, el constituido por Catalunya y País Vasco; concentran el 53 % del total. En segundo lugar, el configurado por Aragón, Comunidad de Madrid y Castilla León; concentran, casi el 19 %. Un tercer grupo, el constituido por Comunidad Valenciana, Navarra, Galicia, Castilla la Mancha, Asturias y Murcia. Luego, hay un último grupo, con una presencia muy limitada.

Esta desigual presencia guarda relación, en algún caso, País Vasco, con las dotaciones y ayudas proporcionadas por el gobierno vasco, pero probablemente, también, con el tipo de cultura social arraigada en el territorio: en el caso de los territorios del primer grupo, la economía social está más asumida que en el resto.

FECHA DE ENTRADA: 02/05/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 03/07/2020

6. Los sectores y subsectores en los que desarrollan su actividad las EIs

Según los datos recogidos en los Balances Sociales de FAEDEI, las actividades realizadas mayoritariamente por las EIs se ubican en el sector servicios: casi un 80 % en 2018. Las actividades de las EIs restantes se localizan casi por igual en la agricultura, la construcción y la industria. Estos porcentajes apenas han cambiado en los últimos 4 años. En el cuadro 3, se recoge las actividades que con más frecuencia realizan las EIs. También, las actividades destacadas dentro del sector industrial que, aunque no son muchas las EIs que las llevan a cabo, sin embargo, son significativas de otro tipo de actividades.

Cuadro 3.
Ramas de actividad productiva más frecuentes a las que adscribieron las EIs sus actividades en 2015 y 2018

	2015	2018
	Número	Número
Agricultura y servicios relacionados con la misma (01)	7	9
Industria textil (13)	7	5
Confección de prendas de vestir (14)	2	4
Edición, artes gráficas y reproducción (18)	3	5
Recogida, tratamiento y eliminación de residuos (38)	20	32
Construcción de edificios (42)	6	7
Actividades de construcción especializada (43)	7	4
Comercio al por menor (47)	12	15
Servicios de comidas y bebidas (56)	15	17
Servicios a edificios y actividades de jardinería (81)	21	19
Actividades de servicios sociales sin alojamiento (88)	12	10
Otros servicios personales (96)	14	12

Fuente: FAEDEI. ( ) Código CNAE.

Las actividades que han realizado más frecuentemente las EIs están relacionadas, en primer lugar, con "Recogida, tratamiento y eliminación de residuos", esto es, recogida de ropa, electrodomésticos, muebles… Su impacto social es doble: por un lado, laboral ya que permite desarrollar a las PTIs sus capacidades físicas y emocionales; por otro, medioambiental ya que posibilita reutilizar residuos. En segundo lugar, con "servicios a

FECHA DE ENTRADA: 02/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 03/07/2020

edificios y actividades de jardinería"; al menos, las actividades de jardinería pueden proporcionar una capacitación profesional singular. En tercer y cuarto lugar, servicios de comidas y bebidas; y comercio al por menor, una parte de las EIs se dedica al comercio justo. Otras actividades que efectúan asimismo numerosas EIs son otros servicios personales, como el lavado de prendas, y actividades de servicios sociales sin alojamiento, como los cuidados de personas en el hogar. En el ámbito de la industria, las actividades seleccionadas están relacionadas con el textil, confección y artes gráficas.

La mayoría de las EIs realizan más de una actividad, frecuentemente, dos, que suelen ser complementarias. Una expresión de diversificación productiva que constata su voluntad de crecimiento y consolidación. Por otro lado, son actividades intensivas en mano de obra y poca inversión de capital -con excepción de las industriales-. Esto resulta coherente con el objetivo social de las EIs, al menos de las medianas y grandes, disponer y ofrecer el máximo número de puestos de trabajo para la inserción laboral como vía para la inclusión social.

7. Ingresos económicos de las EIs y procedencia

En 2018, la venta de productos y servicios representaba casi el 80 % de los ingresos de la EIs; un porcentaje que se mantiene desde hace más de una década. En este sentido, las EIs transmiten la voluntad de ser solventes, aunque todavía no lo son, todavía no son autosuficientes. Por ello, reciben asimismo ayudas públicas que representan un 18,1 %, así como, ayudas privadas (donaciones), un 1,4 %, y otros ingresos (derivados de inmovilizado), un 2,2 %. De todas maneras, no es de una manera generalizada: hay empresas cuyos ingresos provienen de ayudas públicas en un porcentaje inferior y otras muchas que no reciben ningún tipo de ayuda.

Cuadro 4.
Ingresos económicos de las EIs en 2015 y 2018. Procedencia

	2015		2018	
	Ingresos	**%**	**Ingresos**	**%**
Venta de productos y servicios	84.609.826	79,3	113.359.698	78,3
Ayudas Públicas	17.993.742	16,7	26.293.963	18,1
Ayudas Privadas	647.114	0,6	1.990.568	1,4
Otros ingresos de explotación	3.455.325	3,3	3.129.408	2,2
Total	106.706.007		144.773.637	

Fuente: FAEDEI.

FECHA DE ENTRADA: 02/05/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 03/07/2020

Si se comparan estos datos con los de 2015, se observa que han tenido lugar incrementos significativos en todas las partidas con excepción de las incluidas en "otros ingresos de explotación": 25,3% en venta de productos y servicios; un 31% en ayudas públicas y un 67,4% en ayudas privadas.

Así, las empresas de inserción son empresas que desarrollan una actividad económica continúa orientada claramente al mercado puesta de manifiesto en que han crecido sus ingresos por venta de bienes y servicios. Sin embargo, un parte todavía depende de las ayudas públicas que también han aumentado en los últimos 4 años.

8. El personal de las EIs

El número total de personas trabajadoras en las EIs durante el año 2018 era de 7.154 (3.424 mujeres y 3.730 hombres, esto es, 306 hombres más) de las cuáles el 60,1 % eran personas trabajadoras en inserción (PTI). Esta distribución por sexos sobre el total de personas trabajadoras, 47,8 % de mujeres y 52,2 % de hombres, se desequilibra más cuando se examina entre el personal trabajador en inserción: las trabajadoras representan el 44, 3 %. Por el contrario, entre el personal que no está en inserción, esto es, el personal de acompañamiento, producción, administración…, las trabajadoras representan casi el 53,8 %.

Cuadro 5.
Evolución del personal de las EIs entre 2015 y 2018

	2015		2018	
	Número	**%**	**Número**	**%**
Personal Trabajador en Inserción	3.117	55,6	4.299	60,1
Hombres	1.736		2.342	
Mujeres	1.381		1.957	
Personal Técnico y no inserción	2.484	44,4	2.855	39,9
Hombres	1.147		1.388	
Mujeres	1.337		1.467	
Total	5.601	100,0	7.154	100,0
Hombres	2.883		3.730	
Mujeres	2.718		3.424	

Fuente: FAEDEI.

FECHA DE ENTRADA: 02/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 03/07/2020

Por otro lado, hay que reseñar que desde 2015, el número de personas trabajadoras en inserción y de personal técnico, de estructura y producción, ha aumentado considerablemente, especialmente, el primero, el de personas trabajadoras en inserción, un 27,8 % entre 2015 y 2018. También, en los años anteriores tuvo lugar, salvo 2012. Si examinamos su evolución por sexo: se ha incrementado porcentualmente el número de mujeres.

En lo que respecta al personal técnico, de administración -(no inserción)-, ha aumentado también, aunque menos que el de personal trabajador de inserción, 13%; más entre los hombres que entre las mujeres.

Así pues, la composición de las plantillas por sexo está bastante equilibrada. A este respecto, las EIs contribuyen a la corrección de la desigualdad social y, por tanto, a la mejora del bienestar y d la inclusión social.

Tanto un tipo de personal como otro tiene formalizada contractualmente la relación laboral. La mayor parte del personal técnico mediante modalidades indefinidas y la mayor parte del personal trabajador de inserción (casi un 90 %) mediante las modalidades propuestas por la Ley 44/2007.

9. Resultados de inserción de las PTIs en el mercado laboral ordinario

Según la legislación vigente, las personas trabajadoras de inserción pueden permanecer contratadas en una EI entre un mínimo de 6 meses y un máximo de 36 siguiendo un itinerario individualizado de inserción. Por tanto, todos los años hay un número de PTIs que finalizan sus contratos y que debieran acceder al mercado de trabajo ordinario frecuentemente con el apoyo de la EI en la que ha estado trabajando y adquiriendo las competencias necesarias de todo tipo. Ahora bien, hay asimismo un número de PTIs que abandonan el itinerario de inserción antes de haberse capacitado. Antes de ofrecer y examinar los resultados anuales de inserción y su evolución, se comenta el movimiento laboral de las PTIs en las EIs.

Tres hechos llaman la atención (Cuadro 6), en primer lugar, que el número de participantes ha crecido significativamente en los últimos tiempos: un 29 % con respecto a 2015 y un 44 %, a 2012. En segundo lugar, la existencia de un grupo de PTIs que abandona el programa y que ha aumentado desde 2012. En tercer lugar, que se ha incrementado el número de personas que finaliza el contrato sin finalizar el itinerario de inserción.

FECHA DE ENTRADA: 02/05/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 03/07/2020

Cuadro 6.
Movimiento laboral de las PTIs en las EIs durante los años 2012, 2015 y 2018

	2012		2015		2018	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%
PTI que abandona itinerario inserción	156	6,5	253	8,1	431	10,0
PTI que continua itinerario inserción	1.470	61,2	1.856	59,5	2.627	61,1
PTI que finaliza itinerario inserción	645	26,9	761	24,5	962	22,4
PTI que finaliza contrato	129	5,4	247	7,9	279	6,5
	2.400	100,0	3.117	100,0	4.299	100,0

Fuente: FAEDEI.

Cuadro 7.
Resultados de inserción laboral de PTIs durante 2012, 2015 y 2018

	2012		2015		2018	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%
PTIs que se inserta como asalariado		34,8	323	42,4	520	54,0
PTIs que se inserta en la propia EIL	-	2,3	22	2,9	121	12,6
PTIs que se inserta mercado como autónomo	-	4,9	54	7,1	27	2,8
PTIs totales que se han insertado		42,0	399	52,4	668	69,4
PTIs que pasan a situación de desempleo	-	58,0	362	47,6	294	30,6
Total	-	100,0	761	100,0	962	100,0

Fuente: FAEDEI.

En lo que se refiere a la inserción de las PTIs en el mercado laboral ordinario (Cuadro 7), esto es, en un puesto de trabajo ordinario de una empresa normal, como hemos comentado, el número de personas insertadas tras finalizar sus itinerarios en 2018 fue de 668: 520 como trabajador por cuenta ajena; 121 en la propia EI; y 27 como trabajador por cuenta propia. Por tanto, se ha insertado casi un 70%. Si se compara estos datos con los de años anteriores, se observa que han aumentado considerablemente: 17 % en relación a los del año 2015; un 27,4 a los del año 2012; sobre todo, en las empresas ordinarias. Ahora bien, se desconoce cuáles son las razones que las explican. La menor inserción durante la crisis se explica no solo por el momento que atraviesan las empresas ordinarias sino también por una mayor competencia con los parados ordinarios. Por otro lado, las modalidades contractuales con las que se inserta las PTIs son temporales lo que se corresponde con la excesiva precarización de una parte del mercado laboral español.

FECHA DE ENTRADA: 02/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 03/07/2020

10. Los procesos de inserción

Los relatos contenidos en las entrevistas en profundidad permiten conocer los procesos que se desarrollan en las EIs, sobre todo, en la fase final de las trayectorias de las PTIs con el fin de facilitar y guiar su inserción en las empresas ordinarias, así como velar sus primeros pasos en las mismas.

Se hace referencia a diversidad de perfiles de las PTIs y, por tanto, variedad de actitudes durante su estancia en las EIs lo que nos ayuda a entender mejor los éxitos y, en este caso, fracasos de la inserción. Se trata de una empresa grande en la que trabajan casi dos decenas de PTIs con unos resultados de inserción anuales próximos al 50 %, esto es, más o menos la mitad de las personas que finalizan sus contratos se incorporan en empresas ordinarias. Se invoca la existencia de absentismo: "hay personas trabajadoras de inserción que no finalizan el itinerario, pero, no, de 3 años, ni tan siquiera de 2…sus ausencias son tan reiteradas que no realizan el itinerario ni se les puede acompañar. Y llegado el momento de la renovación al iniciarse el 2º o el 3er año, no se les renueva" (E1)[2]. Esto ayuda a entender lo que las estadísticas denominan abandono de los itinerarios de inserción.

Asimismo, se alude a que las personas no siempre quieren insertarse a la finalización del contrato en la EI. Tiene lugar en la empresa anterior y en otra empresa mediana grande con resultados de inserción semejantes (50%): "Hay quienes prefieren aprovechar las prestaciones que les corresponden y volver a casa hasta unas semanas antes que se reduzcan o se acaben y volver activarse (E2)[3]; "algunas PTIs, al finalizar los 3 años, deciden retirarse a sus casas: '¡calma¡, no es mi momento¡ he desatendido mi hogar y ahora tengo un año de prestación'. Pero esta actitud cambia antes de llegar al sexto mes, cuando la cantidad de la prestación se reduce. Entonces, se plantean la inserción con insistencia, urgencia…" (E1). Estas actitudes contribuyen a explicar también los fracasos de las EIs en la inserción inmediata.

Ahora bien, hay otra parte de PTIs, como evidencian los resultados de inserción, que asume que el contrato está finalizando y acepta que hay que buscar empleo, aunque no siempre con tranquilidad y seguridad. Se encuentra en la empresa grande: "algunos se inquietan: 'se está acabando mi zona de confort y no sé si he aprovechado suficientemente las oportunidades ofrecidas; tampoco sé si sabré hacer otra cosa diferente a la que he hecho hasta ahora' y confían que las personas de la EI o la Fundación, les proteja encontrándole otro trabajo" (E1).

2. E1: Trabajadora prospectora de empresa grande dedicada a recogida y venta de ropa.

3. E2: Trabajadora de acompañamiento de empresa mediana grande dedicada a recogida y venta de ropa.

FECHA DE ENTRADA: 02/05/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 03/07/2020

Esta fase final de la estancia de las PTIs en las EIs orientada a su transición a la empresa ordinaria comienza cuando han adquirido las competencias previstas (80 %) en sesiones individuales y colectivas (talleres) de formación para proporcionar competencias de búsqueda de empleo, información de recursos de empleo… Se efectúa en todas las EIs medianas o grandes de las personas entrevistadas. A este respecto, se les ayuda a inscribirse en portales de empleo porque sus habilidades como usuarias de la red suelen ser bajas. También, se organiza el proceso de inserción confeccionando CVs con las PTIs, proveyendo listados de empresas, preparando entrevistas…

Las inserciones, en caso de producirse, no siempre tienen lugar en una empresa que proporcionan las responsables de mediación. A veces, conscientes de las limitaciones de las vías tradicionales, animan a las PTIs a explorar su red de contactos por limitados que sean: "tienes que irte abriendo paso en tu comunidad, ya sea en la asociación de inmigrantes, en el gimnasio, en la iglesia, en la asociación de madres y padres…" (E1). Esto comporta una ampliación de las vías de inserción, por otro lado, como sucede en el mercado laboral ordinario y de lo que son conscientes las personas responsables. En este entorno, subyace una concepción de la inserción basada en la búsqueda activa de empleo.

A pesar de sus reservas en relación a la eficiencia de la intermediación laboral formal derivada de la información disponible y de sus experiencias, las entrevistadas aluden a su articulación y funcionamiento con interés.

Así, una de ellas, trabajadora de acompañamiento en una empresa mediana/pequeña, ha compatibilizado esta actividad con el establecimiento de contactos con empresas del tejido productivo local con el fin de explorar la existencia de ofertas de empleos a los que poder remitir alguno de las PTIs que finalizaban sus contratos: "dado que el volumen de trabajadores que hay que insertar es pequeño… resulta suficiente que nosotras conozcamos un poco el entramado empresarial local y seamos capaces de generar unos mínimos contactos" (E6)[4].

La entrevistada de la empresa grande promovida por Caritas que ha ejercido específicamente funciones de prospección empresarial, orientación y mediación laboral, pone de manifiesto en su relato que dichas funciones están formalizadas en su empresa: "buscar el encaje de las PTIs en el entramado empresarial local o más próximo, lo que requiere conocer… esa fuente potencial de trabajadores a los que hay que colocar". Recientemente, ha pasado a formar parte de la Agencia de Colocación que ha creado Caritas para atender las necesidades de inserción de las EIs que ha promovido en la ciudad, así como otros programas de inserción: "El contacto con las empresas cuando las personas a insertar son numerosas… tenía que estar regularizado. Fue el

4. E6: Responsable de empresa pequeña dedicada servicios de limpieza.

FECHA DE ENTRADA: 02/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 03/07/2020

momento (2018) que Caritas eligió para dar este paso". Esta iniciativa la ha promovido en bastantes ciudades de España en las que desarrolla esta labor de inserción laboral y social.

Con la creación de las Agencias de Colocación, tiene lugar una división del trabajo de mediación: orientación, prospección e intermediación. Asimismo, el alcance de cada una de estas funciones es amplísimo. En lo que se refiere a prospección, se destaca que hay empresas fidelizadas ya que han repetido todos los años de existencia de la Agencia. Ahora bien, reconoce que la oferta de trabajo no siempre llega en el momento de salida del trabajador. De todas maneras, hacen referencia a que una parte de las empresas ordinarias les cuesta contratar PTIs: "… las modalidades de contratación incentivadas requieren una duración mínima de 6 meses lo que no es frecuente en determinadas actividades en el primer contrato"(E5)[5].

Además de la labor de mediación laboral, se lleva a cabo una labor de seguimiento durante 12 meses: "durante la vigencia del contrato (en la empresa ordinaria) supervisamos el cumplimiento de sus condiciones, su salario, su jornada…" (E4)[6]. Asimismo, se realiza y se valora el grado de satisfacción de las partes, del trabajador y de la empresa, procurando alargar al máximo el contrato. A este respecto, se ofrece asesoramiento a las empresas sobre posibles bonificaciones que pueden recibir si se alargan los contratos. El balance que efectúa la entrevistada sobre el grado de cumplimiento de las empresas de las condiciones de los contratos es positivo: "sólo ha habido 2 empresas con las que hemos tenido que dejar de colaborar, porque estaban incumpliendo lo pactado. Había unas condiciones indignas de trabajo" (E1). Asimismo, suele haber pocas quejas empresariales respecto al trabajo que realizan las PTIs en las empresas ordinarias.

Cuando las PTIs disponen de las competencias mínimas, una de las personas entrevistadas de la empresa mediana grande inicia su formación para la búsqueda activa de empleo: elaboración de CV, redacción de carta de presentación, simulación de entrevistas…; asimismo, para que comiencen a ser autónomos: "…dejando atrás la idea de que Caritas no me abandonará conociendo mis condiciones de fragilidad" (E2). La inserción de las PTIs tiene dificultades, sobre todo, en un mercado laboral como el español donde existe una tasa de paro elevada y por tanto, competidores para ocupar un puesto de trabajo. Estas dificultades se agrandan en periodos de crisis. Una parte de las PTIs son conscientes de sus dificultades de inserción. Más aún, hay quienes consideran que plasmar en un CV o expresar en una entrevista que han pasado por una EI les puede perjudicar porque comporta manifestar la situación

5. E5: Responsable de empresa mediana pequeña dedicada a servicios de limpieza.

6. E4: Trabajadora de empresa mediana pequeña dedicada a recogida y venta de ropa.

FECHA DE ENTRADA: 02/05/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 03/07/2020

anterior que han tenido: "prefieren que no aparezca para que no se indague en sus antecedentes (E2)".

Los relatos de las entrevistadas han permitido, pues, conocer mejor esta etapa final orientada a la inserción de las PTIs en la empresa ordinaria. En relación con sus estructuras y sus protagonistas, sus recursos:

1. Existencia de técnicas o técnicos con funciones de intermediación en las EIs. Incluso, existencia de agencias de colocación en el caso de las EIs grandes.
2. Disposición de redes propias de empresas ordinarias construidas a través de visitas para establecer convenios con las mismas una vez explicada la finalidad de una EI e informada la empresa ordinaria de las posibles ayudas que pueden recibir por contratación de PTI. En el desarrollo de este tipo de actividad cuentan con el apoyo y ayuda de programas sociales específicos de determinadas entidades privadas.

Con respecto a los procesos de inserción:

1. Desarrollo de programas de capacitación ocupacional de las PTIs en la búsqueda de empleo (en las que se enseña a preparar entrevista laboral y se proporcionan recursos de búsqueda de empleo -portales de empleo…-) a cargo de las Técnicas o Técnicos responsables de inserción.
2. Relevancia de la actitud de las PTIs en la finalización del itinerario de aprendizaje y, por tanto, que pueda disponer de las competencias necesarias para que la EI medie en su inserción en el mercado ordinario.
3. Existencia de una vía de mediación informal junto a la vía formal.

Por último, en relación con la etapa posterior a la salida de la PTI de la EI, un importante grado de satisfacción de la PTI, así como de las empresas ordinarias contratantes.

11. Conclusiones

Uno de los objetivos del presente artículo era radiografiar las empresas de inserción cinco años después de dada por finalizada la recesión económica de 2008-2014. Además, se quería observar si satisfacían los criterios establecidos como empresas sociales casi 20 años después de su formulación.

FECHA DE ENTRADA: 02/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 03/07/2020

En principio, la radiografía efectuada a partir de los datos contenidos en las memorias de FAEDEI ha puesto de manifiesto que las empresas de inserción son empresas que desarrollan actividades de bienes y servicios de distinto tipo a lo largo del tiempo. Han sido creadas voluntariamente por grupos de personas bajo distintas fórmulas en tanto que proyectos autónomos de las administraciones públicas u otras organizaciones. La mayor parte de sus ingresos proceden de la venta de sus bienes o servicios en el mercado (hasta el 80%), por tanto, son empresas que orientan su actividad al mercado, aunque puedan depender de donaciones o subvenciones públicas (hasta un 20%). A este respecto, el grupo promotor asume totalmente el riesgo empresarial que comporta la gestión diaria de la empresa de inserción y su viabilidad depende del esfuerzo de sus miembros y de los trabajadores que participan en el proyecto. Por último, traducen la existencia de un mínimo de trabajadores que ha aumentado en todo este tiempo. Así, cumplen los criterios de carácter económico.

Por otro lado, la actividad empresarial que realizan las EIs permite llevar adelante un objetivo explícito de servicio a la comunidad: la inserción por el trabajo de personas de difícil empleabilidad cuyos resultados han mejorado en los últimos años. En este sentido, benefician a este tipo de colectivos, pero asimismo a las comunidades contribuyendo a su cohesión social. Al mismo tiempo, facilitan la labor emprendida por las administraciones públicas para amortiguar la exclusión social.

En este contexto, las EIs son claramente empresas sociales que satisfacen no solo los criterios de cualquier empresa sino asimismo su objetivo principal de capacitar personas de difícil empleabilidad que se han ido incorporando de manera creciente al mercado ordinario. En la consecución de este objetivo, se ha puesto de manifiesto la importancia de la existencia de personas responsabilizadas de la función de mediación con respecto al mercado laboral en las EIs y de su acción. En primer lugar, son las personas responsables de crear redes de empresas o, al menos, contactar con empresas susceptibles de contratar a las PTIs, si bien este proceso puede encontrar dificultades: oferta y demanda no siempre coinciden en el tiempo; las modalidades contractuales incentivadas para la contratación de PTIs tienen una duración (6 meses) que supera la de las que son frecuentes en primeros contratos de actividades que son susceptibles de acogerlas. Esta actividad de prospección puede estar muy formalizada en algunas de las EIs grandes.

En segundo lugar, las personas responsables de la mediación en relación con la transición de las PTIs al empleo ordinario son las personas encargadas de su formación y orientación en la búsqueda de empleo. A este respecto, promueven y llevan a cabo las actividades propias de esta fase de manera colectiva e individual proporcionando recursos de distinto tipo a las PTIs. En tercer lugar, median en su inserción proporcionando empresas en las que existen demandas de trabajo a las que pueden

FECHA DE ENTRADA: 02/05/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 03/07/2020

presentarse, pero también proponiendo a las PTIs su activación mediante su inscripción en servicios o portales de empleo o a través de la exploración sus redes personales. Finalmente, son las responsables de hacer su seguimiento en el caso de que se inserten.

Las personas responsables de la mediación laboral en las EIs son, pues, actores centrales en la inserción tal como se planteaba en las conclusiones de algunos estudios de caso (Chisvert y al., 2018). Son un eslabón muy importante, por un lado, en la búsqueda de puestos de trabajo fuera de la ESIL; por otro, en la formación y orientación de las PTIs; por último, en el seguimiento posterior de la PTI.

Por otro lado, en sus relatos hacen referencia a determinadas anomalías que ayudan a entender los resultados de inserción. Asimismo, a determinados problemas que permitiría mejorar la actividad de las EIs. Entre las primeras, absentismo laboral de PTIs que imposibilita desarrollar itinerario de inserción o decisiones personales de PTIs de iniciar la búsqueda de empleo unos meses después de finalizada la relación contractual con la ESIL ya que tienen cubiertos unos meses mediante prestaciones por desempleo.

Entre los problemas, en primer lugar, la falta de visibilidad del papel de las EIs en la inclusión social a partir de los buenos resultados en la inserción laboral de personas con dificultades de empleabilidad. Esto dificulta su reconocimiento tanto por las administraciones públicas como por los actores sociales, especialmente, por las empresas ordinarias que han de contratar y, por tanto, una mejor intervención y acción. En segundo lugar, una mejor coordinación con las administraciones públicas a través de programas plurianuales para garantizar la actividad de las EIs con mayor estabilidad y eficiencia en los resultados de los programas. En tercer lugar, la ausencia de una regulación singular de la conciliación de las personas en situación de vulnerabilidad para que puedan compatibilizar mejor su vida personal y/o familiar con los requisitos de empleabilidad de las empresas ordinarias. Por último, el predominio de actividades productivas en las EIs asociadas a sectores productivos feminizados o adscritos a los roles tradicionales de género. A este respecto, la necesidad de diversificar más sus actividades productivas teniendo en cuenta sectores más estratégicos asumibles en las EIs, como, por ejemplo, las energías renovables. Este reconocimiento y esta propuesta constituyen una respuesta parcial que constata lo poco que se ha avanzado en la resolución del problema planteado por Borzaga, Povinelli y Gui a finales de siglo.

FECHA DE ENTRADA: 02/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 03/07/2020

Bibliografía

BORZAGA, C., GUI, B. & POVINELLI, F.: "Le rôle des entreprises d'insertion sur le marché du travail – l'eclairage d'une analyse economique". En *Insertion et nouvelle économie sociale* (VV.AA.), Editions Desclée de Brouwer, Paris, 1997, pp. 267–291.

BORZAGA, C. & LOSS, M.: "Profiles and trajectories of workers in work integration social enterprises". En *Social Enterprise at the crossroads of market, public policies and civil society* (Ed. NYSSENS, M.), Routledge, Londres, 2006, pp. 169-174.

CHISVERT-TARAZONA, M.J., PALOMARES, D., HERNAIZ-AGREDA, N. et al.: "Trayectorias de aprendizaje en contextos informales. El caso de tres empresas de inserción", *CIRIEC- España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa,* nº 94, 2018, pp. 185-216.

FAEDEI: *Memoria social. Empresas de Inserción*, Madrid, 2018.

MARCUELLO, C., BELLOSTAS, A. & MARCUELLO, CH.: *Informe sobre las empresas de inserción en España*, CIRIEC-España, Valencia, 2008.

QUINTAO, C.: "Empresas de inserción y empresas sociales en Europa", *CIRIEC-España. Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa,* nº 59, 2007, pp. 33-59.

VIDAL, I. & CLAVER, N.: "Las empresas sociales en el ámbito de la integración por el trabajo", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa,* nº 46, 2003, pp. 39 -62.

FECHA DE ENTRADA: 02/05/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 03/07/2020

CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO DE EUSKADI. EL MODELO VASCO DE INCLUSIÓN SOCIOLABORAL

Ane Echebarria Rubio
Investigadora del Instituto GEZKI
Universidad del País Vasco

RESUMEN
El empleo se ha convertido en uno de los principales instrumentos de inclusión social de las personas con discapacidad. La inclusión laboral supone el derecho a trabajar en igualdad de condiciones con las demás personas, en un entorno abierto, accesible e inclusivo, y mediante un trabajo libremente elegido. Los Centros Especiales de Empleo de Euskadi, que conforman el llamado Modelo Vasco de Inclusión Sociolaboral, llevan años trabajando con el objetivo de crear empleo de calidad para las personas con más necesidades de apoyo y facilitar el tránsito al mercado de empleo ordinario para el colectivo. En el presente estudio, se han analizado las cualidades de los centros especiales de empleo para el desarrollo profesional y personal de las personas con discapacidad, poniendo una especial atención en el funcionamiento y características de las entidades pertenecientes al llamado Modelo Vasco de Inclusión Sociolaboral.

PALABRAS CLAVE: Centros especiales de empleo, discapacidad, inclusión, empleo, Modelo Vasco de Inclusión Sociolaboral.

CLAVES ECONLIT: A13, J710, K310.

Cómo citar este artículo/How to cite this article: ECHEBARRIA RUBIO, A.: "Centros especiales de empleo de Euskadi. El modelo vasco de inclusión sociolaboral", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 36, 2020, pp. 153-175. DOI: 10.7203/CIRIEC-JUR.36.17249.

FECHA DE ENTRADA: 30/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2020

SHELTERED EMPLOYMENT ORGANIZATIONS FROM EUSKADI. THE BASQUE MODEL OF SOCIAL AND LABOUR INCLUSION

EXPANDED ABSTRACT

Employment can be considered as one of the most efficient tools for the social inclusion for people with disabilities. The labour inclusion involves, the right of people with disabilities to work on an equal basis with others, through freely chosen work and in one inclusive, open and accessible environment. Sheltered Employment Organizations (SEO) from the Basque Country, that constitute the Basque Model of Social and Labour Inclusion, have years of experience in this sector, and they have a common fundamental aim, which is to generate quality employment for people with more need for support and to promote insertion into the open labour market. The aim of this study is to analyse the employment of people with disabilities, to then focus on the characteristics of the Basque Model of Social and Labour Inclusion, highlighting the positive elements as well as the future challenges.

The concept of disability is defined by the General Law on the Rights of People with Disabilities and their Inclusion (Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad- LGDPCD in its Spanish initials). Article 2.a) establishes that disability is the interaction between a person with a deficiency and the barriers that prevent their full and effective participation in society. This concept is based on the definition of person with disability defined at the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD). Therefore, focus is placed on social barriers, and the society's impossibility to develop means of support to bypass them.

Article 4 of the LGDPCD says that "People with disabilities are those who show physical, mental, intellectual or sensory deficiencies, which are presumably permanent and which, when interacting with different barriers, may prevent their full and effective participation in society on an equal basis with others".

Full and effective inclusion into society of people with disabilities involves, among other things, the right of these people to work on an equal basis with others. Regarding national regulations, public authorities must carry out a prevision, treatment, rehabilitation and integration policy for people with disabilities, providing them with the specific care that they require and protecting them so that they may enjoy the rights afforded to all citizens in the Constitution.

Two types of employment can be differentiated through which the collective can exercise their right to work: regular employment, which includes working for others (both in the pri-

FECHA DE ENTRADA: 30/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 02/06/2020

vate and public sectors), self-employment and collective self-employment; and employment in Sheltered Employment Organizations. Lastly, the LGDPCD offer occupational therapy services in order to achieve maximum personal development and, when possible, facilitate training and preparation for access to employment.

Sheltered Employment Organizations are the main facilitating instrument for access to employment for people with disabilities. They are companies that carry out productive activity in goods and services, and who regularly compete in the market. For this reason, they will be subjected to the same rules and requirements as other companies in the sector to which they belong. Article 43 of the LGDPCD establishes the two mandatory requirements that these organizations must fulfil: 1) they must have a minimum of 70% of the staff comprising working people with a recognized degree of disability equal to or greater than 33% and, 2) they must provide personal and social adjustment services required by the working people through support units created for such a purpose.

Sheltered Employment Organizations from the Basque Country, constitute the Basque Model of Social and Labour Inclusion (all of them are social initiative SEO and it concentrates 95% of all employment initiatives in the Autonomous Community of the Basque Country). With years of experience on this sector, they have a common fundamental aim, which is to generate quality employment for people with disabilities, prioritizing those with more need for support, and to promote insertion into the open labour market. In addition, all of them share each of the guiding principles of the Social Economy.

The Basque Model is a model focused on people´s abilities and their development, generating employment opportunities in professional and competitive environments. The entire professional itinerary is carried out with an inclusive approach. They manage different employment programmes and have full labour insertion itineraries, that are adapted to the needs and wishes of each person. It is considered a flexible and innovative model, and they work each day for excellence in the management of different types of business activities, demonstrating the ability of people with disabilities to carry out different jobs. This social initiative SEO works towards inclusive, open and accessible employment in equal conditions. The ultimate goal is that people with disabilities are able to earn a living through a freely chosen job.

At this point, it is very important to analyse the Basque Model of Social and Labour Inclusion in light of the International Convention on the Rights of People with Disabilities, that was conceived as a human rights instrument with the explicit dimension of social development and an inclusive society. It reaffirmed the fact that all people, regardless of their disability, must be able to enjoy all human rights and fundamental freedoms. Article 27 of the Convention establishes that people with disabilities have the right to work and to earn a living on

FECHA DE ENTRADA: 30/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2020

an equal basis with others, through a freely chosen job. The analyses of this article shows that the Basque Model is a clear example of the working environment defended by the International Convention. They have managed to build an accessible, open and inclusive environment for people with disabilities, where they can freely carry out the job they have chosen.

In the Basque Country, employment has been a fundamental tool in the inclusion of people with disabilities. The daily work and effort of the organizations of the Basque Model of Social and Labour Inclusion contribute directly to the inclusion of the group, and they work to create a decent and quality employment. Additionally, there are several challenges facing the future of the SEO, since there is a long way to go to achieving more and better employment for people with disabilities, especially for people with the greatest need for support.

KEYWORDS: Sheltered employment organizations, disability, inclusion, employment, Basque Model of Social and Labour Inclusion.

FECHA DE ENTRADA: 30/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 02/06/2020

SUMARIO

1. Introducción. 2. El empleo de las personas con discapacidad. 2.1. Conceptos: discapacidad y persona con discapacidad. 2.2. Normativa. 3. Tipos de empleo. 3.1. Empleo ordinario. 3.2. Empleo en Centros Especiales de Empleo. 3.3. Servicio ocupacional. 4. Los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social en la Comunidad Autónoma de Euskadi. El Modelo Vasco de Inclusión Sociolaboral. 4.1. El modelo vasco a la luz de la Convención de la ONU. 5. Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción

El empleo es una de las herramientas más eficaces para la inclusión social de las personas con discapacidad. Se trata de un derecho universal, que brinda a las personas autonomía e integración en la sociedad, además de ayudar a visibilizar al colectivo.

La aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD) de las Naciones Unidas[1], marcó una nueva era en el modelo de tratamiento de los derechos del colectivo. El texto nació con el objetivo de luchar contra la discriminación y conseguir el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad. Esto supuso una apuesta por una sociedad inclusiva, que aborda la discapacidad desde el modelo social y desde un enfoque de derechos humanos. Tal y como establece dicha Convención, la plena inclusión en la sociedad implica, entre otras cosas, el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás, en un entorno abierto, accesible e inclusivo, y mediante un trabajo libremente elegido. Se trata de una pieza clave en el camino de la inclusión social, y es por esta razón, por la que ha sido uno de los objetivos fundamentales de las políticas activas.

Los Centros Especiales de Empleo (en adelante, CEE), han sido y son el principal instrumento facilitador del acceso al empleo del colectivo en la CAE, cuya finalidad es asegurar un trabajo productivo y remunerado a las personas con discapacidad, a la vez que son un medio de inclusión en el empleo ordinario.

En la Comunidad Autónoma de Euskadi (CAE), debe hablarse del Modelo Vasco de Inclusión Sociolaboral, gestionado por CEE de iniciativa social y pública, y que se

1. El 13 de diciembre de 2006, la Asamblea de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el cual entró en vigor en España el 3 de mayo de 2008.

FECHA DE ENTRADA: 30/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2020

ha convertido en un referente a nivel europeo. Concentra el 95% de todas las iniciativas de empleo del territorio y cuenta con más de 10.000 personas con discapacidad empleadas. Es un modelo centrado en las capacidades de cada una de las personas y en su desarrollo personal y profesional.

Este trabajo pretende analizar las características y cualidades de los Centros Especiales de Empleo en la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Se centrará en el análisis del Modelo Vasco de Inclusión Sociolaboral, con el fin de conocer las peculiaridades que lo han llevado a convertirse en un referente en este ámbito.

El estudio partirá de una reflexión sobre las personas con discapacidad y la normativa vigente entorno al sector. A continuación, se analizarán los diferentes tipos de empleo, aportando datos sobre la realidad de cada uno de ellos y poniendo especial atención en el empleo protegido llevado a cabo en los Centros Especiales de Empleo y sus características. La tercera parte del trabajo se centrará en las peculiaridades del Modelo Vasco de Inclusión Sociolaboral, apartado en el que se realizará una comparativa con el modelo social que reclama la Convención de la ONU. El texto concluirá con una reflexión sobre los elementos positivos y los retos a los que se enfrentan los CEE, y en particular, las entidades de nuestro territorio, para lograr la igualdad y el respeto de los derechos de las personas con discapacidad.

En cuanto a la metodología utilizada, el estudio se ha llevado a cabo, por un lado, mediante el análisis de la legislación y normativa vigente y la revisión bibliográfica de diferentes expertos en la materia, y por otro, por medio del análisis de datos estadísticos provenientes de diversas fuentes oficiales y no oficiales. Cabe destacar, que el presente trabajo parte de un Informe reciente sobre el Modelo Vasco de Inclusión Sociolaboral[2].

2. El empleo de las personas con discapacidad

2.1. Conceptos: discapacidad y persona con discapacidad

Antes de analizar el empleo de las personas con discapacidad, conviene delimitar y aclarar, como cuestiones previas, los conceptos de discapacidad y persona con discapacidad.

En los últimos años, el modelo de tratamiento de la discapacidad ha experimentado una notable evolución, ya que se ha ido dejando atrás el enfoque asistencial y paternalista que ponía el foco en las deficiencias de las personas, y se ha centrado en el modelo social, basado en los derechos humanos y cuyo objetivo es "la normaliza-

2. El Modelo Vasco de inclusión Sociolaboral, 2019. GEZKI (UPV/EHU).

FECHA DE ENTRADA: 30/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 02/06/2020

ción de la sociedad, para hacer frente a las necesidades de todas las personas" (García, 2011, 31).

En la actualidad, es la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, LGDPCD)[3] la encargada de definir la discapacidad. La norma, que acoge el modelo social y deja atrás el referente médico[4] de las anteriores[5], tal y como reivindicaba el movimiento asociativo de la discapacidad (De Fuentes, 2016, 83), establece en el artículo 2.a) que la discapacidad *"es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".* De esta manera, se pone el foco en las barreras de la sociedad y en la imposibilidad de articular medidas de apoyo suficientes para superarlas.

En cuanto al concepto de persona con discapacidad, es un término que también ha sido objeto de una notable transformación a lo largo de estos años[6] y que se encuentra totalmente consolidado en el ámbito del Derecho (Bengoetxea, 2014, 529), a partir de la entrada en vigor de la Ley de dependencia del 2006[7]. Así, el artículo 4 de la LGDPCD dispone que tendrá la consideración de persona con discapacidad *"quien presente deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás"* (con independencia de tener un reconocimiento previo administrativo). Y añade que, además, *"tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan*

3. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

4. Se alude a la discapacidad en términos de enfermedad, y el tratamiento social se basa en una actitud paternalista, enfocada hacia las deficiencias de las personas (Toboso, M. y Arnau, M.S., 2008:67).

5. Ley 13/1982, de 7 de abril de integración social de las personas con discapacidad-LISMI.

6. Ha superado diversos términos como minusválido, inválido o disminuido, presentes en anteriores normas.

7. La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, establece que *"a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas"* (Disposición Adicional Octava).

FECHA DE ENTRADA: 30/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2020

reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad".

En este punto, cabe destacar el colectivo de personas con discapacidad con mayores necesidades de apoyo, que según el artículo 3.1 del Real Decreto 469/2006, son aquellas con discapacidad física o sensorial en un grado mínimo del 65%; y las que tengan parálisis cerebral, enfermedad mental o intelectual con un grado igual o superior al 33%.

2.2. Normativa

La Asamblea de las Naciones Unidas aprobó el 13 de diciembre de 2006 la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el cual marcó un antes y un después en el tratamiento de la discapacidad. Supuso un paso significativo hacia una sociedad inclusiva, que lucha contra la discriminación y por la plena inclusión del colectivo. El modelo de tratamiento que plantea esta Convención, establece que la inclusión implica, entre otras cosas, el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás, mediante un trabajo libremente elegido (artículo 27). Este mismo artículo, insta a los Estados miembro a adoptar medidas para prohibir la discriminación y asegurar la igualdad de oportunidades, un hecho que llevó a los legisladores estatales a adaptar la normativa en materia de empleo de las personas con discapacidad.

En la misma línea que las Naciones Unidas se ha pronunciado también la Unión Europea, a través de la Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre, que tiene el objetivo de luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad, entre otros, en el ámbito del empleo.

En cuanto a la normativa del estado español, debe destacarse como base de todas las normas que se aprueben en esta materia el artículo 9.2 de la Constitución, que establece que los poderes públicos tendrán la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas, además de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida económica y social.

Por otro lado, la norma clave que regula el derecho al trabajo de las personas con discapacidad es la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En materia de empleo, cabe subrayar el artículo 7.3, en el que requiere a las Administraciones públicas una protección especialmente intensa en esta materia. Además, el artículo 35 dispone que *"las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad*

FECHA DE ENTRADA: 30/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 02/06/2020

de trato y no discriminación", y el artículo 37 obliga a las Administraciones públicas a fomentar las oportunidades de empleo y promover los apoyos necesarios para la obtención y mantenimiento de éste, mediante políticas que tengan como finalidad aumentar la tasa de actividad y de ocupación e inserción laboral, así como mejorar la calidad del empleo, combatiendo activamente su discriminación. Por último, el artículo 39 enumera algunas técnicas de acción positiva que pueden ayudar a la inclusión laboral de las personas con discapacidad, como la adaptación de los puestos de trabajo, bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social y cuantas otras se consideran adecuadas para promover la colocación de las personas con discapacidad, especialmente la promoción de cooperativas y otras entidades de la economía social.

3. Tipos de empleo

Las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo a través de dos tipos de empleo. El primero de ellos es el empleo ordinario (EO), dentro del cual pueden diferenciarse el trabajo por cuenta ajena (tanto en el sector público como en el privado), el empleo autónomo y el autoempleo colectivo o trabajo asociado. El segundo es el empleo protegido, en el que entran los Enclaves Laborales[8] y el empleo en Centros Especiales de Empleo, en el cual se centrará el presente trabajo.

Cabe destacar la opción del servicio ocupacional (SO), llevado a cabo en centros ocupacionales y los cuales ofrecen servicios de ajuste personal y social con el fin de lograr el máximo desarrollo personal del colectivo, y en los casos en los que fuera posible, facilitar su capacitación y preparación para el acceso al empleo (artículo 52 LGDPCD). Se trata de un servicio social, por lo que no existe relación laboral.

A continuación, se analizarán las principales características de cada uno de estos tipos de empleo, además se aportarán datos que ofrezcan una fotografía de la realidad del sector en Euskadi y se pondrá una especial atención en el empleo en Centros Especiales de Empleo.

8. Regulados en el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad. Artículo 1.2 *"Se entiende por enclave laboral el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora".*

FECHA DE ENTRADA: 30/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2020

3.1. Empleo ordinario

Dentro del empleo ordinario se pueden identificar los siguientes: el llevado a cabo por cuenta ajena en empresas privadas o en las Administraciones públicas, el empleo autónomo y el autoempleo colectivo (trabajo asociado).

En lo que se refiere al **empleo privado**, la LGDPCD establece en el artículo 42 que las empresas que cuenten con una plantilla que supere las 50 personas trabajadoras deberán contratar al menos el 2% de personas con discapacidad. Se trata de una cuota de reserva de puestos de trabajo para el colectivo que este tipo de organizaciones deberán cumplir.

Según datos del INE[9], en la CAE, unas 8.000 personas con discapacidad trabajan por cuenta ajena en el mercado privado, que equivale al 33% del total de las personas con discapacidad que se encuentran ocupadas.

En el ámbito del **empleo ordinario público**, debe acudirse al artículo 59 del EBEP[10], el cual fija dos de los puntos más importantes en materia de empleo para personas con discapacidad. En primer lugar, establece que *"En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al 7% de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, (…) siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el 2% de los efectivos totales en cada Administración Pública"*. En segundo lugar, subraya que *"Cada Administración pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad"*.

En cuanto a los datos disponibles en el territorio[11], se calcula que en el año 2016 casi 5.000 personas con discapacidad trabajaban en el empleo público, lo que supone un 20% del total de personas con discapacidad ocupada en la CAE.

En el caso del **empleo autónomo**, la realidad es complicada para el colectivo, y así lo demuestra la escasa demanda que tiene por parte de las personas con discapacidad. Ante esta situación, el artículo 47 de la LGDPCD requiere a los poderes públicos a que adopten *"políticas de fomento del trabajo autónomo de personas con discapacidad dirigidas al establecimiento y desarrollo de iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia, o a través de entidades de la economía social"*.

9. Instituto Nacional de Estadística.

10. Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

11. Datos facilitados por el Observatorio Vasco de Economía Social.

FECHA DE ENTRADA: 30/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 02/06/2020

Los datos son el claro reflejo de la realidad, y muestran que el empleo autónomo de las personas con discapacidad en la CAE se contaría en unas 2.600 personas aproximadamente[12].

Por último, se debe destacar el **autoempleo colectivo** o trabajo asociado, que se lleva a cabo en cooperativas o sociedades laborales. Al igual que el empleo autónomo, es un modelo poco utilizado, aunque en los últimos años, cada vez son más las personas que han optado por esta fórmula[13]. Se trata de una figura que fomenta la participación de las personas con discapacidad en la entidad de la que son propietarias.

3.2. El empleo en Centros Especiales de Empleo

Llegados a este punto, se centrará la atención en las características que definen a los Centros Especiales de Empleo dentro de la modalidad del empleo protegido, para, más adelante, poder analizar con más detalle el Modelo Vasco de Inclusión Sociolaboral, gestionado por CEE de iniciativa social.

Los Centros Especiales de Empleo son uno de los principales instrumentos facilitadores del acceso al empleo de las personas con discapacidad, y, por consiguiente, de la inclusión social del colectivo.

El artículo 43.1 de la LGDPCD se encarga de definir jurídicamente este tipo de entidades de la siguiente manera: *"Los centros especiales de empleo son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. Igualmente, los centros especiales de empleo deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad, según sus circunstancias y conforme a lo que se determine reglamentariamente".* Mediante este precepto, el legislador aclara que la finalidad es asegurar un empleo productivo y remunerado a las personas con especiales necesidades de apoyo, al mismo tiempo que facilitan el tránsito al mercado de empleo ordinario. Los CEE, desde su creación, trabajan por hacer real la inserción de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario, siendo el objetivo principal facilitar el paso desde los CEE al EO[14].

12. Datos facilitados por el Observatorio Vasco de Economía Social.

13. No se dispone de datos oficiales sobre el autoempleo colectivo de las personas con discapacidad.

14. La Ley anterior, LISMI 13/1982, ya establecía en el artículo 37 que la finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores con discapacidad es su integración en el sistema de trabajo ordinario.

FECHA DE ENTRADA: 30/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2020

Para analizar los aspectos fundamentales de este tipo de entidades, debe acudirse al Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo. El artículo 2 menciona que *"sin perjuicio de la función social que los Centros Especiales de Empleo han de cumplir y de sus peculiares características, su estructura y organización se ajustará a los de las Empresas ordinarias".*

Los CEE deberán cumplir, según el artículo 43 de la LGDPCD, dos requisitos obligatorios. Por un lado, la plantilla estará constituida, como mínimo, por el 70% de personas trabajadoras con discapacidad, dentro del cual entrarían las personas con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%. Y, por otro lado, todos los CEE deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social que requieran cada una de las personas trabajadoras y sus circunstancias[15].

Cabe destacar que los CEE pueden clasificarse de tres maneras diferentes. En primer lugar, teniendo en cuenta si son de titularidad privada o pública[16]; en segundo lugar, en si tienen o no ánimo de lucro[17]; y, por último, en si son de iniciativa social o empresarial. Es esta última clasificación, añadida recientemente, la que debemos resaltar en el presente texto. Se basa en la reciente modificación del artículo 43 de la LGDPCD, operada por la Disposición Final decimocuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, por la cual se añadió el punto 4 que define por primera vez los CEE de iniciativa social (CEEis). Dicho precepto establece que *"Tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1.º y 2.º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, (…) y se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social".* El precepto, además de definir jurídicamente

15. Según el artículo 43, *"se entenderán por servicios de ajuste personal y social los que permitan ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que las personas trabajadoras con discapacidad de los centros especiales de empleo tengan en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo. Igualmente se encontrarán comprendidos aquellos dirigidos a la inclusión social, cultural y deportiva".*

16. El artículo 45 de la LGDPCD establece que los CEE pueden ser creados por organismos públicos o privados.

17. El artículo 5.b del Real Decreto 2273/1985 establece que se atenderá a la aplicación de sus posibles beneficios. Si la aplicación es al objeto social o a la propia entidad, será considerada sin ánimo de lucro; por el contrario, si van dirigidos a otra finalidad, se considerará con ánimo de lucro.

FECHA DE ENTRADA: 30/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 02/06/2020

este tipo de entidades, fija las particularidades que deben cumplir. La modificación supuso un gran paso para los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social, y, por ende, para los pertenecientes al Modelo Vasco de Inclusión Sociolaboral, tal y como se comprobará en el siguiente punto del estudio.

En cuanto a las cifras referentes a los CEE, deben subrayarse los siguientes.

Tabla 1.
Empleo de las personas con discapacidad en CEE, CAE, 2019

Año	CEEis	Resto CEE	Total en CEEis
2019	82%	18%	8.229

Fuente: Elaborado a partir de Lanbide y EHLABE.

Tal y como muestran estos datos, en el año 2019 en la CAE 8.229 personas con discapacidad se encontraban empleadas en CEEis, esto supone el 82% de las personas con discapacidad empleadas en un CEE.

Es indudable el aporte que estas entidades realizan para generar oportunidades a las personas con discapacidad, desempeñan un papel fundamental en el desarrollo profesional del colectivo, y, en consecuencia, en su inclusión social. A pesar de esto, la realidad muestra las grandes dificultades a las que se enfrentan diariamente estas personas en el ámbito del empleo, y así lo reflejan los datos.

Según los datos del 2018 recogidos en el Instituto Nacional de Estadística[18], la tasa de actividad de las personas con discapacidad en la CAE es del 34,9%, mientras que el de la población sin discapacidad es del 56,27%. En lo que se refiere a la tasa de paro, que comprende a las personas que buscan activamente empleo, también los indicadores de las personas con discapacidad son peores que el de las personas sin discapacidad. Mientras que en el primero de los casos se encuentra en el 16,5%, en el segundo está en el 9,6%. Estos datos son muy preocupantes y muestran la evidente necesidad de fomentar medidas de acción positiva desde diferentes sectores de la sociedad.

Al hilo de esto, resulta interesante mostrar los datos del indicador AROPE[19] para el estado español (no están disponibles a nivel de la CAE), que mide el riesgo de pobreza y/o exclusión social. Las cifras muestran que en el 2018 tres de cada diez per-

18. Recogidos también en el Informe ODISMET 5 del Observatorio sobre discapacidad y Mercado de trabajo en España.

19. Indicador "At Risk Of Poverty and/or Exclusion" introducido por la Unión Europea. Considera el riesgo de pobreza, la baja intensidad laboral y la privación en el acceso a ciertos bienes y servicios básicos.

FECHA DE ENTRADA: 30/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2020

sonas con discapacidad estaba en situación de pobreza o exclusión social, igual que al inicio de la crisis en el 2008. Mientras que la tasa fluctúa en el caso de la población total según el ciclo económico, no ocurre lo mismo en el caso de las personas con discapacidad y se mantiene en los mismos valores.

Es evidente que todavía hay mucho camino que recorrer para equiparar mínimamente la realidad social y laboral de las personas con discapacidad, más teniendo en cuenta los datos analizados. Por esta razón, es tan importante que los CEE sigan trabajando por mejorar la situación de las personas con discapacidad, para que pueden ejercer sus derechos con libertad y en igualdad de condiciones que las demás.

3.3. Servicio ocupacional

Por último, la LGDPCD prevé en el artículo 52 la opción del servicio ocupacional, cuyo objetivo principal es el desarrollo personal de las personas que participan en el programa, y en la medida que sea posible, trabajar en su capacitación y preparación para el acceso al empleo. Se trata de un servicio social, dirigido a las personas que a causa de la severidad de su discapacidad, no están capacitadas para el empleo.

La LGDPCD establece que también podrá dirigirse a personas trabajadoras con discapacidad que habiendo desarrollado una actividad laboral específica no hayan conseguido una adaptación satisfactoria o hayan sufrido un empeoramiento que haga aconsejable su integración en un centro ocupacional.

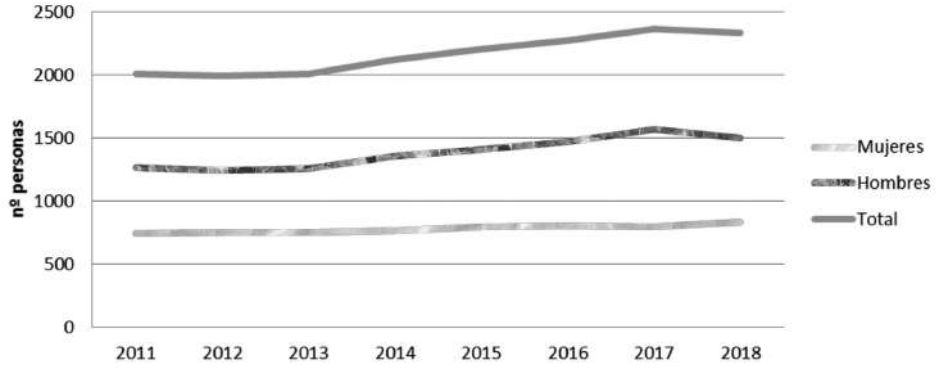
En la CAE, cohabitan el servicio ocupacional y el empleo en Centros Especiales de Empleo, se trata de un sistema que ha demostrado tiene grandes beneficios para las personas, ya que ofrecen un entorno ya conocido que ofrece seguridad y mejora el tránsito al empleo tanto en CEE como ordinario. Cabe resaltar, que la gran mayoría de las personas con discapacidad intelectual que hoy tienen un empleo en CEE provienen del servicio ocupacional[20].

Tal y como se puede observar, la evolución ha sido positiva, ya que en los últimos años ha ido aumentando el número de personas que se encontraba en un servicio ocupacional, llegando a ser en el 2018 casi 2.400 personas. Por el contrario, estas cifras demuestran la brecha que existe también en este ámbito entre hombres y mujeres, ya que el 66% de las plazas son ocupadas por hombres.

20. Datos facilitados por EHLABE- Euskal Herriko Lan Babestuaren Erakundea-, ver Informe El Modelo Vasco de Inclusión Sociolaboral, 2019. https://web-argitalpena.adm.ehu.es/pdf/USPDF201331.pdf

FECHA DE ENTRADA: 30/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 02/06/2020

Gráfico 1.
Evolución del Servicio Ocupacional en la CAE, 2011-2018



Fuente: Elaborado por el Observatorio Vasco de Economía Social (OVES-GEEB), a partir de los datos facilitados por EHLABE.

4. Los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social en la Comunidad Autónoma de Euskadi. El Modelo Vasco de Inclusión Sociolaboral

Como se puede observar en los datos analizados (Tabla 1), una de las principales características del empleo en CEE en la CAE consiste en la gran importancia cuantitativa que los CEEis tienen en el ámbito laboral de las personas con discapacidad, ya que casi el 82% está empleada en CEEis, frente al 18% que se encuentra en un CEE con ánimo de lucro. Es por esta razón por la que resulta interesante analizar el Modelo Vasco de Inclusión Sociolaboral, gestionado por CEEis, y en el que se concentran el 95% de todas las iniciativas de empleo de Euskadi.

Todas las entidades pertenecientes al modelo están agrupadas en torno a EHLABE[21], la asociación vasca de entidades no lucrativas, que fomentan la inclusión sociolaboral de las personas con discapacidad. Actualmente, cuentan con más de 10.000 personas con discapacidad empleadas, ocupadas o participantes en los servicios de empleabilidad[22].

21. EHLABE (Euskal Herriko Lan Babestuaren Elkartea). Concentra el 95% de todas las iniciativas de empleo de la CAE, formado por 14 entidades y más de 100 centros de trabajo.

22. Datos facilitados por EHLABE.

FECHA DE ENTRADA: 30/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2020

Los CEE pertenecientes al modelo vasco tienen un objetivo común, que es la generación de empleo de calidad[23] para personas con discapacidad, especialmente para aquellas con más necesidades de apoyo. Entienden el trabajo como medio para la inclusión social del colectivo, convirtiéndolo en una herramienta muy importante en los procesos de plena inclusión. Además, todas comparten cada uno de los principios y valores de la Economía Social, con el objetivo de lograr una economía más sostenible y una sociedad más cohesionada.

El Modelo Vasco de Inclusión Sociolaboral se ha convertido en un referente en el empleo de las personas con discapacidad[24]. Una de las principales razones es que se centra en las capacidades de cada una de las personas, y diseña itinerarios profesionales con un enfoque inclusivo, priorizando a las personas con mayores necesidades de apoyo. Cabe destacar que uno de los principales objetivos de los CEEis pertenecientes a EHLABE es lograr la inserción del colectivo en el mercado laboral ordinario a través del empleo con apoyo, y es por esta razón por la que gestionan itinerarios profesionales adaptados a las necesidades de cada persona.

A continuación, se analizarán concisamente las principales características del Modelo Vasco de Inclusión Sociolaboral (Moratalla, P., 2017: 136):

- Los CEEis gestionan programas enfocados a la empleabilidad de las personas. Para ello, diseñan itinerarios completos de inserción laboral, dentro de los cuales se encuentran la orientación profesional, formación, intermediación laboral, etc. Además, cuentan con la colaboración de diferentes Administraciones públicas, empresas y asociaciones.
- Los itinerarios se diseñan con un enfoque inclusivo y adaptados a las necesidades y deseos de cada una de las personas. Se trata de un modelo flexible e innovador, que busca potenciar las capacidades de cada una de ellas.
- Todas las entidades pertenecientes al modelo vasco trabajan a favor de un empleo inclusivo, abierto, accesible y en igualdad de condiciones. Por esta razón, los servicios de empleabilidad se centran en cada una de las personas con discapacidad,

23. El empleo de calidad encaja con el concepto de trabajo decente o digno de la Organización Internacional del Trabajo, que establece que *"el trabajo decente sintetiza las aspiraciones de las personas durante su vida laboral. Significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, tanto para hombres como mujeres".*

24. Los datos analizados sobre el empleo en CEEis así lo demuestran. Contribuyen de manera directa en la inclusión del colectivo. Esto se plasma en las acciones y servicios concretos que realizan, y en la mayor atención y esfuerzo que dedican en la mejora de la situación de las personas con mayores necesidades de apoyo.

FECHA DE ENTRADA: 30/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 02/06/2020

con el objetivo de que sean ellas las que elijan con libertad el entorno en el que desean trabajar.
- Trabajan por la excelencia en la gestión de diferentes tipos de actividades empresariales en entornos altamente competitivos y profesionales. Han generado empleo para personas con discapacidad en diferentes sectores de actividad, demostrando la capacidad de las personas con discapacidad para desempeñar diferentes trabajos.
- Por último, cabe resaltar el trabajo en red y la coordinación entre los CEEis y las Administraciones públicas y los agentes públicos, económicos y sociales.

El trabajo que llevan a cabo los CEEis en la CAE es fundamental para el colectivo de las personas con discapacidad, y por consiguiente, para la inclusión real de todas ellas en la sociedad. Muestra de ello, son algunos de los datos disponibles (Tabla 2).

Tal y como muestran los datos en la Tabla 2, el porcentaje de personas con discapacidad empleadas en los CEEis de Euskadi ha estado en los últimos años entre el 83% y el 90%. Además, cabe destacar el aumento que han experimentado las tasas de empleo de las personas con más necesidades de apoyo, que son las personas con discapacidad psíquica.

También resulta interesante el dato sobre el tránsito del empleo desde los CEEis al empleo ordinario[25], uno de los principales objetivos de estas entidades. En la CAE entre los años 2015 y 2018, la evolución ha sido muy positiva, mientras que en el 2015 fueron 49 las personas que transitaron de los CEEis al mercado ordinario, en el 2018 fueron 217 personas. Si bien es cierto que el número de personas que han transitado no es alto y el alcance es limitado, es indudable el trabajo que realizan las propias entidades para que ese número vaya en aumento y para generar oportunidades para que las personas puedan elegir libremente el entorno en el que desean desempeñar su trabajo.

4.1. El modelo vasco a la luz de la Convención de la ONU

Los CEEis de Euskadi no han sido ajenos a los cambios surgidos en los últimos años en materia de empleo y discapacidad. Tanto es así que la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad supuso un antes y un después en el modelo de tratamiento de la discapacidad y de los derechos del colectivo.

25. Datos facilitados por el Observatorio Vasco de Economía Social.

FECHA DE ENTRADA: 30/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2020

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa
Nº 36/2020 - DOI: 10.7203/CIRIEC-JUR.36.17249

Tabla 2.
Evolución del empleo en CEEis, CAE. 2010-2018

Tipo de discapacidad	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Personas con discapacidad psíquica	2981	3048	2982	3127	3274	3535	3752	3925	4033
Enfermedad mental	750	827	932	1032	1167	1382	1398	1614	1716
Discapacidad intelectual	2231	2221	2050	2095	2107	2153	2354	2311	2317
Personas con discapacidad física y sensorial	2586	2853	2978	3130	3372	3662	3784	3868	3933
Personas con discapacidad total	5567	5901	5861	6257	6646	7197	7536	7793	7966
Persona sin discapacidad	1079	957	925	974	1100	1217	1316	1624	1664
% Discapacitados plantilla en CEEis	83%	87%	86%	86%	85%	90%	85%	83%	83%

Fuente: Elaborado por el OVES a partir de EHLABE.

FECHA DE ENTRADA: 30/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 02/06/2020

La Convención también marcó un punto de inflexión en materia de empleo, ya que se trata de un modelo en el que las dificultades de las personas con discapacidad para acceder al empleo son el resultado de la interacción entre las características de estas y las barreras que existen en el empleo en particular. El artículo 27 establece el derecho de las personas con discapacidad a trabajar y a ganarse la vida en igualdad de condiciones con las demás, mediante un trabajo libremente elegido en un entorno abierto, inclusivo y accesible.

Resulta interesante analizar el Modelo Vasco de Inclusión Sociolaboral a la luz del artículo 27 de la Convención Internacional, de manera que se puede identificar la relación entre los dos modelos.

La Convención subraya que el entorno laboral debe ser abierto, inclusivo y no discriminatorio. Esto significa que ninguna persona pueda ser excluida por las razones que sean, por lo que se deberán eliminar la discriminación y las barreras y adaptar los entornos a las personas. Por otro lado, para que el mercado laboral sea inclusivo, resulta necesario que la sociedad también lo sea, y, para ello, es fundamental que las propias personas con discapacidad participen en el proceso de elaboración de medidas relacionadas con sus derechos. Por último, es importante que los Estados y las Administraciones públicas promuevan medidas de acción positiva y prohíban todo tipo de discriminación por motivos de discapacidad relativas a cualquier forma de empleo.

Los CEEis de la CAE comparten con el la Convención el objetivo de promover un entorno laboral abierto, accesible y no discriminatorio. Para conseguir estos objetivos, gestionan programas enfocados a la mejora de la empleabilidad, con el fin de que sean las propias personas las que puedan elegir el trabajo mediante el que desean ganarse la vida. Se trata de una herramienta innovadora, que busca la potenciación de las capacidades de las personas con discapacidad y facilita el paso al mercado de trabajo ordinario. Por lo tanto, es un modelo centrado en las personas y en su desarrollo personal y profesional.

Además, como ya se ha mencionado anteriormente, las entidades trabajan gestionando actividades empresariales en entornos altamente competitivos y profesionales, generando puestos de trabajo para el colectivo en casi todos los sectores, demostrando las capacidades de las personas con discapacidad para desempeñar diferentes trabajos. De esta manera, adquieren experiencia laboral para poder transitar al empleo ordinario.

Otra de las particularidades del modelo vasco es el trabajo coordinado y en red con diferentes agentes públicos, sociales y económicos, como las Administraciones

FECHA DE ENTRADA: 30/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2020

públicas[26], el Tercer Sector de Euskadi[27], las Universidades, los Servicios Sociales, las entidades de la discapacidad, etc. Con el apoyo de todos estos agentes, se gestionan, apoyan y conforman los diferentes itinerarios sociolaborales.

Los CEEis agrupados en EHLABE, con más de 30 años de experiencia en el sector, han conseguido crear un entorno laboral abierto, accesible y no discriminatorio para las personas con discapacidad, en el cual pueden desarrollar sus capacidades en igualdad de condiciones y en total libertad, un ejemplo del modelo que defiende la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

5. Conclusiones

El empleo es uno de los instrumentos más importantes para la inclusión social de las personas con discapacidad, un derecho universal que proporciona autonomía, independencia e integración.

En el caso de Euskadi, tal y como muestran los datos, es relevante el papel que juegan los CEEis en el empleo del colectivo, no sólo por las oportunidades de trabajo que brindan, sino por haberse convertido en un instrumento para la visibilización del colectivo. El trabajo llevado a cabo por las entidades agrupadas en EHLABE ha convertido el Modelo Vasco de Inclusión Sociolaboral en un referente y ejemplo de buenas prácticas.

Durante el análisis, se ha podido comprobar cómo los CEEis contribuyen de manera directa a la inclusión de las personas con discapacidad, en especial, de las personas con más necesidades de apoyo, y trabajan a favor de un empleo digno y de calidad. A pesar de esto, siguen siendo varios los retos a los que se enfrentan de cara al futuro, con el fin de lograr más y mejor empleo para el colectivo.

Uno de los logros más importantes del modelo vasco es el entorno laboral que han construido, el cual está directamente relacionado con el modelo que defiende la Convención de las Naciones Unidas, el que las personas con discapacidad puedan elegir libremente el trabajo que desean desarrollar.

Deben subrayarse varios factores que han resultado clave para el buen posicionamiento del modelo. Por un lado, los CEEis entienden la realización de una actividad laboral como la herramienta más efectiva para la inclusión del colectivo. Además, fomentan la participación de las personas en la gestión y organización de cada una

26. Gobierno Vasco, Diputaciones Forales, Servicio Vasco de Empleo, INEM.

27. Organizaciones de iniciativa ciudadana y sin ánimo de lucro, que impulsan el interés general y la defensa de los derechos de todas las personas, con especial atención a aquellas que están en situación de mayor vulnerabilidad.

FECHA DE ENTRADA: 30/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 02/06/2020

de las entidades. Por otro lado, han trabajado siempre en entornos competitivos y con una gestión altamente profesionalizada, y sin olvidar la presencia que tienen en la mayoría de los sectores de actividad. Por último, resulta importante destacar el trabajo coordinado con los diferentes agentes públicos, sociales y económicos, que ha resultado ser fundamental para conseguir buenos resultados.

Sin embargo, los datos también han demostrado que la situación laboral del colectivo sigue sin ser igual al del resto de la población. Es por esta razón por la que es necesario seguir trabajando para seguir generando empleo de mayor calidad, que sea más accesible y abierto, como uno de los principales ejes de su inclusión en la sociedad.

Por lo tanto, los CEEis de Euskadi tienen varios retos por delante. En primer lugar, seguir trabajando en la provisión de apoyos para mejorar la transición al mercado ordinario de trabajo y el acceso al empleo (formación, orientación profesional, etc). Además, resulta fundamental trabajar para crear prácticas innovadoras que generen nuevas oportunidades laborales y adaptadas a los nuevos cambios que vienen con los avances de la tecnología.

En cuanto a la formación, es muy importante reducir la brecha que existe entre la educación obligatoria y la formación profesional y mejorar el acceso a la Universidad. Para ello, se deberán desarrollar apoyos y adaptaciones dentro de los espacios normalizados. Se trata de un punto clave para mejorar el acceso al empleo en general de las personas con discapacidad.

En lo relativo a los procesos de envejecimiento y/o deterioro prematuro de las personas con discapacidad, es necesario hacer esfuerzos para favorecer el envejecimiento activo y la calidad de vida en el empleo. También es muy importante la doble discriminación que sufren las mujeres con discapacidad; por esta razón, deben realizarse esfuerzos para hacer frente a esta situación mediante acciones de visibilización, sensibilización y empoderamiento, que ayuden a disminuir la situación de desigualdad en la que viven.

Por último, es necesario fomentar dentro de las Administraciones públicas e Instituciones figuras de representación del colectivo, de manera que participen de forma activa en todas las decisiones y medidas que se adopten entorno a ellas.

FECHA DE ENTRADA: 30/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2020

Bibliografía

BENGOETXEA, A. (2014): "Economía Social e inserción laboral de las personas con discapacidad", *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, 529-547.

BENGOETXEA, A., ECHEBARRIA, A., MORANDEIRA, J. & SOTO, A. (2019): *El Modelo Vasco de Inclusión Sociolaboral*, UPV/EHU, Donostia

DE FUENTES, C. (2016): "Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios", *Revista Española de Discapacidad*, 4 (2): 81-99

MORATALLA, P. (2017): "El modelo vasco de inclusión sociolaboral de personas con discapacidad", *Revista Vasca de Economía Social*, 14, 129-144.

MORATALLA, P. (2016): "Centros Especiales de Empleo", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 29, 235-272.

TOBOSO, M. & ARNAU, M.S. (2008): "La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen", *Revista Iberoamericana Filosofía, Política y Humanidades,* (10(20)).

OBSERVATORIO VASCO DE ECONOMÍA SOCIAL (2018): "Informe anual de la situación de la economía social vasca", OVES/GEEB.

Legislación consultada

Constitución Española (BOE, 29 de diciembre)
https://www.boe.es/eli/es/c/1978/ 12/27/(1)

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. (DOCE, de 2 de diciembre)
https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-82357

Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad.
http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. (BOE, de 9 de noviembre) https://www.boe.es/eli/es/l/2017/11/08/9/con

FECHA DE ENTRADA: 30/04/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 02/06/2020

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. (BOE, de 15 de diciembre) https://www.boe.es/eli/es/l/2006/12/14/39

Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de minusválidos. (BOE, de 30 de abril) https://www.boe.es/eli/es/l/1982/04/07/13

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. (BOE, de 3 de diciembre)
https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2013/11/29/1

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. (BOE, de 31 de octubre). https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/5/con

Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido. (BOE, de 9 de diciembre) https://www.boe.es/eli/es/rd/1985/12/04/2273

Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.
https://www.boe.es/buscar/pdf/2004/BOE-A-2004-3277-consolidado.pdf

Páginas web consultadas

EHLABE (Asociación de Empleo Protegido de Euskadi): http://www.ehlabe.org/es/

INE (Instituto Nacional de Estadística): www.ine.es

OVES/GEEB (Observatorio Vasco de Economía Social): www.oves-geeb.eus

OIT (Organización Internacional del Trabajo):
https://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm

FECHA DE ENTRADA: 30/04/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2020

LA EMPRESA SOCIAL ITALIANA DESPUÉS DE LA REFORMA DEL TERCER SECTOR

Antonio Fici
Profesor de Derecho privado en la Universidad de Molise (Italia)
Director Científico de Terzjus
Observatorio de Derecho del Tercer Sector, de la filantropía y de la empresa social

RESUMEN
En Italia, en julio de 2017, se aprobó el Código del Tercer Sector (Decreto Legislativo 117/2017), una ley orgánica y sistemática sobre las entidades del tercer sector, incluida la empresa social. Se trata de una reforma legislativa "histórica" por varias razones que serán destacadas en este artículo, junto a una visión general de la nueva regulación de la empresa social.

PALABRAS CLAVE: Tercer sector, empresa social, economía social, entidades sin ánimo de lucro.

CLAVES ECONLIT: K10, K20, L31.

Cómo citar este artículo/How to cite this article: FICI, A.: "La empresa social italiana después de la reforma del tercer sector", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 36, 2020, pp. 177-193. DOI: 10.7203/CIRIEC-JUR.36.17109.

FECHA DE ENTRADA: 24/02/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

THE ITALIAN SOCIAL ENTERPRISE AFTER THE REFORM OF THE THIRD SECTOR

EXPANDED ABSTRACT

In July 2017, a Code of the Third Sector (Legislative Decree no. 117/2017) was approved in Italy. It is an organic and systematic law on third sector entities, including social enterprises. This new law may be seen as a "historical" legislative reform for several reasons that will be highlighted in this article, along with an overview of the new regulation of the social enterprise.

By creating the general category of the "third sector entities", the Code has implemented the Italian Constitution, and in particular its principles of horizontal subsidiarity, formulated in article 118, para. 4, of solidarity in article 2, and of substantial equality in article 3, para. 2. The third sector entities are, indeed, the most natural organizational legal form for citizens interested in pursuing the "common good" through activities of general interest.

From a scientific and cultural point of view, this new legislation is one that does not aim to prevent and repress the "bad man" and to satisfy the interests of the homo oeconomicus, but rather to sustain and promote good solidarity practices put in place by "good men".

The Code provides a comprehensive and clear definition of "third sector entities", for the benefit not only of the third sector itself, which now has a well-defined identity, but also of all its stakeholders, such as public administrations, donors and volunteers.

The existence of a clear definition also facilitates a legislator that wishes to promote the third sector through various tax or subsidy policies.

From this definition, read in connection with other provisions of the Code, it is clear that the essential requirements of a "third sector entity" are:

1) the legal form of association, recognized or not recognized as a juridical person, or foundation;
2) the independence from specific entities, such as public administrations, political formations and associations, trade unions, professional associations and associations that represent economic categories, employers' associations, which are, in their turn, the same entities that could never acquire the status of third sector entities;
3) the exclusive, or at least principal, carrying-out of one or more activities of general interest: the legislator has not identified them through a general clause, but has provided

FECHA DE ENTRADA: 24/02/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

a very long list of activities of general interest, which includes social assistance, health, environmental protection, etc. (art. 5). These activities do not necessarily have to be carried out free of charge, so that a third sector organization may have an entrepreneurial nature and is not necessarily bound to the prevalent use of volunteers. Activities that are "different" from those of general interest are permitted, but within specific limits (they shall be secondary and instrumental);

4) the prohibition of distributing profits in any form, neither directly, for example through dividends, nor indirectly, for example through an unjustified and unreasonable remuneration to workers, directors, etc.; with regard to workers, for example, there is a prohibition on remunerating them in excess of 40%; the assets, including any profits or operating surpluses, must in fact be used exclusively for carrying out the statutory activity of general interest;
5) the pursuit of civic, solidarity and social utility purposes;
6) the registration in the single national register of the third sector (RUNTS) held by the Ministry of Labour and social policies through the Regions.

The Code provides for different sub-types of third sector entities. The social enterprise is one of these sub-types (certainly the most peculiar in its traits), more precisely that designed for the performance of entrepreneurial activities. These sub-types of third sector entities are:

- the voluntary organization (ODV),
- the association of social promotion (APS),
- the philanthropic entity,
- the social enterprise (including the social cooperative),
- the mutual aid society,
- the associative network (including the national associative network).

Each particular sub-type is subject to specific rules in the Code (and is registered in a separate section of the RUNTS), which specialize and distinguishes it from the other sub-types. However, except for the social enterprise, these sub-types are not so different between each other. Some of them (the ODVs) are characterized by a prevalently gratuitous activity and the prevalent use of volunteers. Some other (associative networks) for the function performed, which is the representation, assistance and protection of the associated third sector entities. Even though each particular sub-type is alternative to the others, so that an entity may register in only one section of the RUNTS, it is possible to change the status within the third sector, i.e. to convert a particular type of entity of the third sector into a different type (for example, from ODV to a social enterprise), without negative consequences of any type for the entity that decides to change its status.

FECHA DE ENTRADA: 24/02/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

In Italy the social enterprise has been a legal subject matter since 2006, but it has never taken off due to some deficiencies and gaps in the legislative act that had first established it, namely, legislative decree no. 155/2006, now repealed.

In fact, the only legal form for social entrepreneurship remained the social cooperative established by law 381/1991: A very widespread type of social enterprise (today there are around 16,000 of them and they constitute a very large part of the overall cooperative movement) and a model legislation for many European and non-European legislators.

The social enterprise is today contemplated and regulated in the broader framework of the new law of the third sector, as emerging from the "epochal" reform of 2017. More precisely, the social enterprise is now provided for and regulated by Legislative Decree n° 112/2017. There are solid grounds for appreciating this new legislation for its potentials in promoting social enterprises.

This new law has enlarged the fields of general interest activities that a social enterprise may conduct; it has allowed social enterprises (established in the form of companies) to remunerate (though only up to a certain extent) the share capital provided by shareholders; it has provided a specific tax regime consistent with the legal nature of a social enterprise.

However, since the law is essential but alone not sufficient for the success of an organizational form, from this new regulation one can expect a "take-off" of the social enterprise only if two conditions will be met: on the one hand, if certain "souls" of the third sector will abandon the ideological prejudice that everything that is enterprise is "bad" in itself; on the other hand, if the social enterprise becomes known, even beyond the current boundaries of the third sector, for its ability to satisfy different needs, not only those of a social nature, but also those of people and institutions interested in working or investing in a business environment completely different from the conventional one.

KEYWORDS: Third sector, social enterprise, social economy, nonprofit organizations.

FECHA DE ENTRADA: 24/02/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

SUMARIO

1. Introducción. Las razones de una reforma "histórica". 2. Las principales características de la nueva ley del tercer sector. 3. La noción de entidades del tercer sector y sus diferentes tipologías. 4. La empresa social como calificación y sus diferentes formas jurídicas. 5. Actividades, objetivos y gobernanza de la empresa social. 6. El control público. 7. Nuevas exenciones fiscales. 8. Conclusiones. La nueva disciplina como factor de promoción y desarrollo de la empresa social. Bibliografía.

1. Introducción. Las razones de una reforma "histórica"

La empresa social existe en el ordenamiento jurídico italiano desde 2006, pero esta figura nunca despegó debido a las deficiencias y lagunas (sobre todo con referencia a la ausencia de un específico régimen fiscal de la empresa social) del acto legislativo que la instituyó, esto es el decreto legislativo 155/2006, ahora derogado[1].

De hecho, la única forma legal de emprendimiento social seguía siendo la cooperativa social establecida y regulada por la ley 381/1991. Una forma jurídica muy difundida de empresa social (hoy en día hay alrededor de 16,000 cooperativas sociales, que constituyen una gran parte del movimiento cooperativo italiano)[2] y un modelo para muchos legisladores extranjeros[3].

La empresa social está hoy contemplada y regulada en el marco más amplio del nuevo Derecho del tercer sector, que resulta de la "histórica" reforma legislativa del 2017[4].

1. Sobre la empresa social antes de la reforma de 2017, véanse FICI, A.: "Impresa sociale". En *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, Agg., 3, II, UTET, Torino, 2007, p. 663 y ss., y FICI, A & GALLETTI, D. (curadores): *Commentario al decreto sull'impresa sociale. D. Lgs. 24 marzo 2006,* n. 155, Giappichelli, Torino, 2007.

2. Esto es el último numero declarado per el Instituto Nacional de Estadísticas (ISTAT) con referencia a las cooperativas sociales existentes al 31.12.2015.

3. En España, Portugal, Francia, Corea del Sur, entre otros países, hay leyes o normas específicas sobre las cooperativas sociales aprobadas después de la Italiana de 1991. Para más referencias véase FICI, A.: *A European Statute for Social and Solidarity-Based Enterprise*, Study for the Committee on Legal Affairs of the European Parliament, Brussels, 2017.

4. Para un panorama general, véase FICI, A. (Ed.): *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.

FECHA DE ENTRADA: 24/02/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

En julio de 2017 se aprobó el Código del Tercer Sector (Decreto Legislativo 117/2017), una ley orgánica y sistemática para la reorganización de todas las regulaciones aplicables a las entidades del tercer sector, incluida la empresa social.

Una reforma legislativa "histórica" por varias razones, incluidas las siguientes:

1) porque implementa diferentes principios de la Constitución italiana, en particular el de subsidiariedad horizontal (artículo 118, párrafo 4), de solidaridad (artículo 2) y de igualdad sustancial (artículo 3, párrafo 2), que hasta ahora no habían sido implementados en la legislación ordinaria de los entes jurídicos;
2) porque de esta manera inaugura una nueva era del Derecho privado de los entes jurídicos, introduciendo y dando fuerza a un modelo general de organización privada no inspirado en la lógica de la ganancia, sino más bien en la de la utilidad social sin ánimo de lucro;
3) porque desde el punto de vista científico-cultural ilumina sobre el papel del Derecho (y, por lo tanto, también sobra la tarea del jurista y de la ciencia jurídica), que no debe ser solo prevenir y reprimir al "hombre malo" o proporcionar herramientas adecuadas de acción para el *homo oeconomicus* que aspira a maximizar su bienestar individual, sino también permitir que se desarrollen buenas prácticas de solidaridad social implementadas por "hombres buenos" que aspiran a mejorar[5];
4) porque si la tarea del Derecho es "regar" las virtudes para que se propaguen, el Derecho privado de los entes jurídicos debe ser técnicamente avanzado no solo cuando se ocupa de sociedades lucrativas (y entre ellas, de las cotizadas), sino también cuando se ocupa de organizaciones, como las del tercer sector, que realizan actividades de interés general por finalidades cívicas, solidarias y de utilidad social;
5) porque la reforma creó un conjunto regulatorio que no existía antes, el de las entidades del tercer sector; una circunstancia que lleva muchos beneficios potenciales para esta categoría de organizaciones, desde una mayor visibilidad institucional hasta la posibilidad de tener formas comunes de representación, defensa y promoción, también para la protección de la reputación, que para las organizaciones solidarias y con una identidad común, constituye un bien precioso y siempre en riesgo;
6) porque ha definido claramente las fronteras del tercer sector a través de una noción clara de entidad del tercer sector, lo que evita confusión, superposiciones y riesgos de abuso, en beneficio no solo del mismo tercer sector, sino también de

5. Véanse STOUT, L.: *Cultivating Conscience. How Good Laws Make Good People*, Princeton University Press, 2011; FELDMAN, Y.: *The Law of Good People*, CUP, Cambridge-New York, 2018.

FECHA DE ENTRADA: 24/02/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

todos aquellos que usualmente se relacionan con él, como administraciones publicas, donantes, voluntarios, consumidores y otros *stakeholders*;

7) porque la presencia de una definición clara en el nivel sustancial facilita las tareas del legislador que quiera promover el tercer sector a través de políticas fiscales o de subsidios de naturaleza varia;
8) porque el modelo italiano será un término necesario de comparación para los legisladores extranjeros, repitiéndose así lo que ya ha sucedido con la ley de cooperativas sociales de 1991; esto también se aplica al legislador de la UE en el caso de que quiera poner su mano en un estatuto europeo sobre la empresa social[6].

2. Las principales características de la nueva ley del tercer sector

La legislación del 2017 ha generado un autónomo y distintivo "Derecho del tercer sector" que antes no existía en Italia. De hecho, solo algunas figuras del (entonces solo así llamado) "tercer sector" -es decir, las organizaciones de voluntariado (Ley 266/1991), las asociaciones de promoción social (Ley 383/2000), las empresas sociales (decreto legislativo 155/2006) y las cooperativas sociales (Ley 381/1991)- estaban previstas y disciplinadas, pero faltaba el conjunto, o más bien la categoría normativa que uniera estas diferentes figuras jurídicas. Hoy esta categoría existe y es precisamente la de entidad del tercer sector.

En consecuencia, el tercer sector ya no es "así llamado", sino reconocido como tal por la ley con esta exacta denominación, que por cierto no es tan apropiada porque refleja una cultura que debería superarse: el tercer sector no es en realidad "tercero" en el sentido de alternativo, marginal, subordinado; no entra en juego solo cuando el "primer" y el "segundo" sector fallan; sino que desde una perspectiva pluralista de la sociedad y de la economía debe considerarse un sector más como todos los demás, con la misma dignidad, posibles fortalezas y debilidades, posibles costes y beneficios.

Las características principales de esta nueva y fundamental rama del sistema jurídico italiano denominada "Derecho del tercer sector" son las siguientes:

1) se propone ser un conjunto ordenado de reglas con sus propios principios y valores (artículos 1 y 2);

6. Este tema se ha tratado en FICI, A.: *A European Statute for Social and Solidarity-Based Enterprise*, Study for the Committee on Legal Affairs of the European Parliament, Brussels, 2017.

FECHA DE ENTRADA: 24/02/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

2) un complejo normativo que aspira a ser autónomo y completo, aunque no omita considerarse parte de un conjunto más amplio, que es el Derecho de los entes jurídicos, al que se refiere expresamente para llenar sus lagunas (artículo 3);
3) une al tercer sector a través de la noción unitaria que de este proporciona, pero al mismo tiempo reconoce la diversidad dentro de este sector al proporcionar diferentes tipologías (o calificaciones particulares) de entidades del tercer sector (art. 4);
4) ofrece un marco jurídico "integrado" en el que se regulan todos los aspectos, no solo los de naturaleza sustancial, sino también los relativos a las relaciones entre las entidades del tercer sector y los organismos públicos (art. 55 y ss.), la fiscalidad del tercer sector (art. 79 y ss.), los controles públicos (art. 90 y ss.), etc.
5) además de las normas imperativas, proporciona una serie de normas supletorias con el propósito de reducir los costos de transacción o de dirigir la organización y administración de las entidades del tercer sector de acuerdo con sus finalidades institucionales;
6) facilita las entidades del tercer sector no solo a través de medidas fiscales, sino también organizativas, como la posible adquisición automática (en presencia de un patrimonio mínimo de 15,000€ para las asociaciones y de 30,000€ para las fundaciones) de la personalidad jurídica de derecho privado (y consiguiente autonomía patrimonial "perfecta"), así como sucede para las sociedades de capital.

3. La noción de entidades del tercer sector y sus diferentes tipologías

Como ya se subrayó, el legislador ha proporcionado una definición precisa de entidad del tercer sector. Son entidades del tercer sector las "asociaciones, reconocidas o no reconocidas como personas jurídicas, y las fundaciones… establecidas con el propósito de perseguir, sin ánimo de lucro, finalidades cívicas, solidarias y de utilidad social mediante la realización de una o más actividades de interés general en forma de acción voluntaria o de provisión gratuita de dinero, bienes o servicios, o de mutualidad o de producción o intercambio de bienes o servicios, e inscritas en el registro nacional único del tercer sector" (art. 4, párrafo 1, Código del tercer sector).

A partir de esta definición, leída en relación con otras disposiciones del Código, está claro que los elementos esenciales de la noción general de "entidad del tercer sector" son los siguientes:

1) la forma legal de asociación, reconocida o no reconocida como persona jurídica, o de fundación;

FECHA DE ENTRADA: 24/02/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

2) la independencia (en términos de ausencia de dirección y coordinación o control) de sujetos específicos tales como las administraciones públicas, las formaciones y asociaciones políticas, los sindicatos, las asociaciones profesionales y de representancia de categorías económicas, las asociaciones de empleadores, que son los mismos sujetos que nunca podrían adquirir el estatus de entidades del tercer sector;
3) el desempeño exclusivo, o al menos principal, de una o más actividades de interés general: a este respecto, el legislador no ha identificado estas actividades a través de una cláusula general, sino que ha proporcionado una lista muy larga de ellas (hay aproximadamente 40 actividades), que incluye la asistencia social, la sanidad, la protección del medioambiente, etc. (art. 5). Estas actividades no necesariamente tienen que llevarse a cabo de forma gratuita, por lo que la entidad del tercer sector podría tener una naturaleza empresarial y no está necesariamente vinculada al uso prevalente de voluntarios. Se permite desarrollar también actividades que son "diferentes" de aquellas de interés general, pero dentro de límites específicos (deben ser secundarias e instrumentales);
4) la ausencia de ánimo de lucro, incluso de lucro "indirecto", de lo cual deriva la imposibilidad de distribuir los beneficios a los socios en cualquier forma, directa, por ejemplo a través de dividendos, o indirecta, por ejemplo a través de una remuneración no justificada e irrazonable a los trabajadores, directores, etc.; con respecto a los trabajadores, por ejemplo, existe una prohibición de remunerarlos por encima del 40%; en general, el patrimonio, incluidas las ganancias o los excedentes operativos, debe utilizarse exclusivamente para llevar a cabo la actividad de interés general;
5) la búsqueda de finalidades cívicas, solidarias y de utilidad social, que sin embargo es un requisito al que no se puede dar un significado autónomo, ya que la realización de actividades de interés general sin ánimo de lucro es lo que de hecho atribuye sustancia a este requisito;
6) la inscripción en el Registro único nacional del tercer sector (RUNTS) administrado por el Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales también a través de las regiones.

Solo las entidades que posean todos los requisitos anteriormente mencionados (que por lo tanto son acumulativos) pueden obtener el estatus de entidad del tercer sector. La de entidad del tercer sector es, de hecho, una calificación jurídica (o estatus jurídico) que pueden asumir los organismos que cumplen con los requisitos esenciales de la misma. Asimismo, la calificación puede perderse por voluntad de la misma entidad o por disposición de la autoridad pública supervisora, sin que esto implique la extinción de la entidad jurídica (aunque existe la sanción de la pérdida del patrimonio acumulado durante su permanencia en el tercer sector).

FECHA DE ENTRADA: 24/02/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

Además, el legislador identificó algunas tipologías particulares de entidades del tercer sector, o si así se prefiere, algunas calificaciones particulares del tercer sector. En este sentido, es correcto hablar no ya de "entidad del tercer sector", sino de "entidades del tercer sector" para subrayar esta pluralidad de modelos organizativos. Hay seis tipologías (o calificaciones) específicas, a las cuales corresponden seis secciones homónimas del RUNTS. Entre estas seis figuras se coloca la de la empresa social.

Las tipologías "particulares" de entidades del tercer sector son:

- la organización de voluntariado (ODV),
- la asociación de promoción social (APS),
- el ente filantrópico,
- la empresa social (incluida la cooperativa social),
- la sociedad de ayuda mutua,
- la red asociativa (incluida la red asociativa nacional).

A cada calificación particular del tercer sector corresponde una disciplina particular (así como una distinta sección del RUNTS) que especializa la tipología de entidad del tercer sector con respecto a la entidad del tercer sector en general y la distingue de las otras tipologías. Si excluimos la de la empresa social, estas disciplinas particulares no son particularmente amplias, sino más bien circunscritas. En consecuencia, excluyendo nuevamente a la empresa social, las diferencias de cada tipología con respecto a la noción general de entidad del tercer sector y entre ellas, no son tan marcadas. Algunas (las ODV) se caracterizan por el predominio de la acción gratuita y el uso predominante de voluntarios. Otras (las redes) por la función desempeñada, que es la representación, asistencia y protección de las entidades del tercer sector asociadas. Otras (las APS y las sociedades de ayuda mutua) por su carácter mutual predominante.

Las tipologías particulares de entidades del tercer sector son alternativas entre sí, de modo que una entidad no puede pertenecer simultáneamente a dos tipos y puede registrarse en una sola sección del RUNTS. Sin embargo, es posible cambiar el estatus, es decir, es posible la "transformación" de una forma particular a otra (por ejemplo, de ODV a empresa social), que puede llevarse a cabo sin consecuencias negativas de cualquier tipo a cargo de la entidad que la haga. Esta es también una ventaja aportada por el conjunto normativo del tercer sector creado por la reforma del 2017.

FECHA DE ENTRADA: 24/02/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

4. La empresa social como calificación y sus diferentes formas jurídicas

Entre las tipologías particulares de entidades del tercer sector, la empresa social es aquella cuya disciplina específica es más rica y articulada, así que la esencia de esta figura particular de entidad difiere no poco de la de las otras entidades del tercer sector. La empresa social tiene numerosos rasgos particulares, que son consecuencia de haber sido concebida por el legislador para la realización exclusiva de actividades comerciales (aunque el ejercicio de actividades comerciales no está en principio impedido a las otras entidades del tercer sector).

La regulación específica de la empresa social no se encuentra en el Código del Tercer Sector, sino en un acto legislativo separado y contemporáneo (el decreto legislativo 112/2017, que abroga el anterior decreto legislativo 155/2006).

Las principales especificidades de la nueva empresa social italiana son las siguientes.

En primer lugar, también la de empresa social es una calificación jurídica o un estatus jurídico, como se establece expresamente en el art. 1, párrafo 1. Sin embargo, esta calificación puede ser adquirida por todos los tipos legales de entes privados que posean los requisitos necesarios para esa calificación. Por lo tanto, a diferencia de las otras entidades del tercer sector, la empresa social puede tener no solo la forma de asociación o fundación, sino también la de sociedad, incluso anónima o cooperativa o incluso unipersonal, siempre que, en este último caso, el socio único no sea una administración pública, una entidad con ánimo de lucro o una persona física, que son los sujetos que nunca podrían adquirir la calificación de empresa social.

Admitiendo la forma societaria de empresa social, el legislador italiano quisiera expandir el "menú" de las opciones organizativas disponibles para las posibles partes interesadas. En el menú se incluye el tipo de ente jurídico, es decir la sociedad, que se supone que tenga la estructura más adecuada para llevar a cabo actividades comerciales, en particular por la mayor capacidad de atraer capital de riesgo. De esta manera, se permite la creación y difusión de "empresas sociales" no gobernadas democráticamente (como las cooperativas sociales) sino de acuerdo con el principio capitalista. Sin embargo, el riesgo de "contaminación" entre *profit* y *non profit* se reduce por restricciones y límites que también se aplican a las empresas sociales con forma de sociedad de capital, que sin embargo constituyen la verdadera novedad de la reforma y, en las intenciones del legislador, la nueva frontera del desarrollo de la empresa social (más allá de la cooperación social, cuyo papel, también histórico, fue reconocido por el legislador, atribuyendo a las cooperativas sociales el estatus de "empresas sociales de derecho").

FECHA DE ENTRADA: 24/02/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

El estatus de empresa social se obtiene con el cumplimiento del primer requisito de calificación, es decir, con el registro de la entidad en una sección específica del registro de empresas (art. 5, párrafo 2). La calificación puede perderse por acto de la autoridad vigilante o también voluntariamente (lo que comporta en cualquier caso la devolución "desinteresada" de todo el patrimonio residuo, deducido el capital social versado por los socios en las empresas sociales societarias). Pueden adquirir el estatus así entidades de nueva constitución o las ya establecidas, incluidas aquellas que ya tienen otra calificación del tercer sector y quieren cambiar su estatus (por ejemplo, pasando de ODV a empresa social).

5. Actividades, objetivos y gobernanza de la empresa social

a) Se dijo que las empresas sociales constituyen la tipología de entidades del tercer sector específicamente diseñada por el legislador para el desarrollo de actividades comerciales. De hecho, ya en la definición que se ofrece, se prevé que las empresas sociales "llevan a cabo una actividad comercial de interés general en forma estable y principal" (Artículo 1, párrafo 1).

También para las empresas sociales (como para el resto de las entidades del tercer sector) hay una lista de actividades empresariales de interés general que las empresas sociales deben desarrollar para poder adquirir y mantener esa calificación.

Las listas de actividades mencionadas en el Artículo 2, párrafo 1, del Decreto Legislativo 112/2017 (aplicable a la empresa social) y el Artículo 5, párrafo 1, del Código (aplicable a todas las demás entidades del tercer sector), aunque son, en su mayor parte, similares, no son idénticas. El primer elenco es más corto que el segundo (dado que no incluye actividades, como la caridad, que por su naturaleza no pueden realizarse en forma empresarial) y envuelve algunas actividades, como el microcrédito, que no figuran en el segundo (porque no se pueden desarrollar sin forma societaria, permitida solo para las empresas sociales).

También la empresa social puede llevar a cabo actividades diferentes de las de interés general, pero con la condición de que las ganancias de la actividad principal de interés general sean superiores al setenta por ciento de las ganancias totales de la empresa social.

A diferencia de las otras entidades del tercer sector, la empresa social puede caracterizarse también, más que por el objeto de la actividad que lleva a cabo, por la inserción laboral de un cierto porcentaje mínimo de personas o trabajadores desfavorecidos. En este caso, el interés general de la actividad no depende de su *output*, sino

FECHA DE ENTRADA: 24/02/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

de su *input*, es decir, de la circunstancia de ocupar a personas que tienen dificultades de inserción laboral. El fenómeno se origina en las cooperativas sociales de inserción laboral a que se refiere el artículo 1, párrafo 1, b), de la Ley 381/1991, que a su vez ha sido un modelo para los legisladores en muchos otros países, no solo en Europa.

Más precisamente, el artículo 1, párrafo 4, Decreto Legislativo 112/2017, establece que: "a los efectos de este decreto, se considera en todo caso de interés general, a pesar de su objeto, la actividad comercial en la cual, para la consecución de finalidades cívicas, solidarias y de utilidad social, se emplean: a) trabajadores muy desfavorecidos de conformidad con el artículo 2, número 99) del Reglamento (UE) 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014 …; b) personas desfavorecidas o con discapacidad de conformidad con el Artículo 112, párrafo 2, del Decreto Legislativo 18 de abril de 2016, n. 50… o personas que se benefician de la protección internacional de conformidad con el Decreto Legislativo de 19 de noviembre de 2007, n. 251 … o también personas sin hogar inscritas en el registro mencionado en el artículo 2, cuarto párrafo, de la ley de 24 de diciembre de 1954, n. 1228, que están en tan mal estado que no pueden encontrar y mantener una vivienda de forma independiente".

El quinto párrafo del mismo artículo especifica que el número de personas a que se refieren las letras a) y b) no debe ser inferior al treinta por ciento de los trabajadores, y que con el fin de calcular este porcentaje mínimo (que se calculará por lo tanto "para los jefes"), los trabajadores mencionados en la letra a) no pueden contar por más de un tercio y por más de veinticuatro meses de su empleo.

b) También la empresa social está en principio sujeta a la prohibición de distribución, incluso en forma indirecta, de ganancias y excedentes operativos a sus socios, trabajadores, directores, etc., y a la obligación de asignar los beneficios al desempeño de la actividad de interés general para el cumplimiento de su misión típica.

Sin embargo, el principio sufre una importante excepción con respecto a las empresas sociales en forma de sociedad. Para favorecer el acceso del capital de riesgo en la empresa social, las sociedades empresas sociales (y no, por lo tanto, las asociaciones o fundaciones empresas sociales) pueden no solo reevaluar el capital suscrito por los socios, sino también asignar dividendos a sus socios. Sin embargo, esta facultad encuentra dos límites: uno objetivo (se puede asignar no más del cincuenta por ciento de las ganancias y excedentes anuales, menos las pérdidas acumuladas en años anteriores) y otro subjetivo (el capital no puede ser remunerado en exceso del interés máximo de los bonos postales, incrementado en dos puntos y medio).

c) Un grupo de normas del Decreto Legislativo 112/2017 se ocupa de la gobernanza de la empresa social. En general, la estructura de gobernanza de la empresa

FECHA DE ENTRADA: 24/02/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

social depende de la forma jurídica en la que la empresa social sea constituida. Por ejemplo, será capitalista si la empresa social tiene la forma de sociedad anónima. Mientras que será personalista si tiene la forma de asociación o de cooperativa. Sin embargo, hay algunas reglas comunes que toda empresa social, independientemente de su forma legal, debe observar para conservar su calificación. Este estándar mínimo, o mínimo común denominador, se encuentra en varias disposiciones del Decreto Legislativo 112/2017.

Entre estas disposiciones, se destacan las que:

- para garantizar la autogestión de la entidad, reservan el nombramiento de al menos la mayoría de los directores a la asamblea de los socios de la empresa social (artículo 7, párrafo 1);
- por fines de transparencia y rendición de cuentas, obligan a la empresa social a elaborar, además del informe financiero, un informe social de acuerdo con las directrices ministeriales (art. 9);
- por razones de protección de la legalidad y lealtad de la conducta de los directores, también desde el punto de vista del cumplimiento de los objetivos de naturaleza social, comprometen a la empresa social a tener al menos un auditor legal con requisitos específicos de competencia, profesionalidad e independencia, así como, en presencia de ciertas circunstancias, a someterse a la auditoría legal de las cuentas (artículo 10);
- para garantizar el carácter participativo de la empresa social, prevén formas de participación en la gestión de los trabajadores, usuarios y otras partes interesadas (artículo 11);
- para que la empresa social sea un lugar donde reina la equidad retributiva entre los empleados, establecen un límite a las diferencias salariales (que no puede ser mayor que la relación 1:8: véase el art. 13).

6. El control público

Una regulación adecuada de la empresa social (y más en general de las entidades del tercer sector) debe necesariamente prever formas de control público para garantizar que el estatus de empresa social sea utilizado solo por entidades que sean realmente tales, es decir que actúan ajustadas a la ley. Esto debe llevarse a cabo tanto en el interés del Estado que financia la empresa social a través de medidas fiscales o de otra naturaleza (así como de los otros organismos públicos que tienen relaciones con las empresas sociales), cuanto en el interés de las empresas sociales entendidas como

FECHA DE ENTRADA: 24/02/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

un sistema de empresas basadas en una "imagen" común, ya que el uso incorrecto de la calificación, incluso por una sola unidad del sistema, puede causar daños en la imagen que se propagan por todo el sistema.

El legislador trató el tema en el articulo 15 del Decreto Legislativo 112/2017, que implementa soluciones inspiradas en aquellas en vigor en el sector cooperativo. La titularidad de la función de control corresponde al Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales, que la ejerce a través de la Inspección Nacional del Trabajo (Artículo 15, párrafo 2). Sin embargo, el Ministerio puede recurrir, alternativamente, a asociaciones entre empresas sociales, formadas por al menos mil empresas sociales con domicilio social en al menos cinco regiones o provincias autónomas, así como a las federaciones (así llamadas "centrales") cooperativas, que ya por ley ejercen el control sobre las cooperativas sociales (Artículo 15, párrafo 3).

La inspección debe tener al menos una frecuencia anual y realizarse sobre la base de un informe aprobado por decreto ministerial. Corresponderá a un decreto ministerial posterior regular la actividad de inspección en mayor detalle (Artículo 15, párrafo 4). Si se comprueban violaciones, el sujeto que realiza la actividad de inspección advierte a la empresa social para que las regularice en un plazo razonable (Artículo 15, párrafo 6). Si las irregularidades no se corrigen dentro del plazo indicado en la advertencia o son irrecuperables, existe la sanción de perdida de la calificación de empresa social que comporta la devolución "desinteresada" del patrimonio restante.

7. Las nuevas exenciones fiscales

La ineficacia del decreto legislativo 155/2006, ahora abrogado, en términos del número de empresas sociales (diferente de las cooperativas sociales) establecidas, se atribuyó a varios factores, incluidos los organizativos, como la prohibición total de distribuir dividendos a los socios; pero fue debido, en particular, a la falta de reglas fiscales *ad hoc*, capaces de promover el establecimiento de nuevas empresas sociales (especialmente dada la presencia del régimen fiscal particularmente favorable vigente para las cooperativas sociales). El legislador de la reforma ha intentado llenar este vacío a través del art. 18, Decreto Legislativo 112/2017. La expectativa obvia es que estas medidas finalmente puedan contribuir al "despegue" de la empresa social, sobre todo de la establecida en forma de sociedad (de capitales).

La primera medida fiscal es la desgravación de los beneficios y excedentes reinvertidos en la actividad de interés general y por lo tanto no distribuidos a los socios.

La segunda promueve las inversiones en el capital social de "nuevas" empresas sociales, permitiendo la deducción del 30% de lo invertido (con el límite de 1 millón

FECHA DE ENTRADA: 24/02/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

de euros por período impositivo) para la suscripción del capital de una sociedad que, independientemente de cuándo se estableció, ha adquirido el estatus de empresa social durante no más de cinco años. También es necesario que la inversión se mantenga durante al menos cinco años.

La tercera medida consiste en extender a las empresas sociales constituidas en forma de sociedad (también cooperativa) la posibilidad de recolectar capital de riesgo a través de plataformas en línea (así llamado *crowdfunding*).

Dada la naturaleza innovadora de estas medidas, a los efectos de su eficacia se consideró necesaria la autorización de la Comisión Europea, a solicitar por el Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales. Teniendo en cuenta la posición que ocupan las empresas sociales en el debate europeo, así como la orientación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el régimen fiscal de las sociedades cooperativas, no debería ser complejo para el gobierno italiano obtener esta autorización (aunque todavía no ha sido presentada la correspondiente solicitud).

8. Conclusiones. La nueva disciplina como factor de promoción y desarrollo de la empresa social

La nueva disciplina de la empresa social italiana, que hoy se pone en el nuevo contexto del Derecho del tercer sector, ofrece un marco jurídico muy favorable para el desarrollo de esta específica figura del tercer sector. La relajación de algunos vínculos anteriores, como el relativo a la distribución de los beneficios a los socios, y la introducción de medidas fiscales específicas, hacen que la pluralidad de las formas jurídicas de la empresa social vuelva a ser efectiva. De aquí un posible desarrollo de las empresas sociales diferente de las cooperativas sociales, que podrían así dejar de ser la única forma de empresa social de hecho existente en Italia. Esto podría afectar positivamente al ámbito de la inserción laboral, puesto que las empresas sociales pueden constituirse con este específico objetivo.

Sin embargo, dado que la ley es necesaria pero por sí sola no suficiente para el éxito de un modelo organizativo, el "despegue" de la empresa social requiere por los menos dos condiciones más: por un lado, que ciertas "almas" del tercer sector abandonen el prejuicio ideológico de que todo lo que es empresa y mercado sean en sí mismo "malos"; por otro lado, que se conozca y difunda la capacidad de la empresa social no solo para satisfacer necesidades sociales, sino también necesidades de trabajo "decente" y de inversión ética y "paciente". De hecho, la empresa social puede contribuir no solo al desarrollo social sino también al económico.

FECHA DE ENTRADA: 24/02/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

Bibliografía

CONSORTI, P., GORI, L. & ROSSI, E.: *Diritto del terzo settore*, Il Mulino, Bologna, 2018.

CONTESSA, C., SIMEOLI, D. & VOLPE, I.: *Codice del terzo settore*, La Tribuna, Padova, 2019.

DI SABATO, D. & NOCERINO, O. (curadores): *Il terzo settore. Profili critici della riforma*, ESI, Napoli, 2019.

DONATI, F. & SANCHINI, F. (curadores): *Il codice del terzo settore. Commento al d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 e ai decreti attuativi*, Giuffrè, Milano, 2019.

FELDMAN, Y.: *The Law of Good People*, CUP, Cambridge-New York, 2018.

FICI, A.: "Impresa sociale", *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, Agg., 3, II, UTET, Torino, 2007, p. 663 y ss.

FICI, A.: *A European Statute for Social and Solidarity-Based Enterprise*, Study for the Committee on Legal Affairs of the European Parliament, Brussels, 2017.

FICI, A & GALLETTI, D. (curadores): *Commentario al decreto sull'impresa sociale. D. Lgs. 24 marzo 2006, n. 155*, Giappichelli, Torino, 2007.

FICI, A., ROSSI, E., SEPIO, G. & VENTURI, P.: *Dalla parte del terzo settore. La reforma letta dai suoi protagonista*, Laterza, Roma-Bari, 2020.

FICI, A. (curador): *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.

GORGONI, M. (curador): *Il codice del terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, Pacini, Pisa, 2018.

MARASÀ, G.: *Imprese sociali, altri enti del terzo settore, società benefit*, Giappichelli, Torino, 2019.

STOUT, L.: *Cultivating Conscience. How Good Laws Make Good People*, Princeton University Press, 2011.

FECHA DE ENTRADA: 24/02/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

THE WORK INTEGRATION SOCIAL ENTERPRISES IN GREECE

Ifigeneia Douvitsa
Hellenic Open University
Patra, Greece

ABSTRACT

The present paper focuses on the available legal forms with work integration as their explicit purpose in the Greek legislature and outlines their main traits on the basis of the EMES (European Research Network) nine criteria of social enterprises. Their thus far implementation is also discussed, including the challenges and shortcomings that WISEs have faced in the Greek context.

The main findings of the study indicate a dominance of the cooperative form for the WISEs under the Greek context. More specifically, the legislator imposes a percentage of members coming from the target group, perceiving in that way mutuality and solidarity as rather intertwined, since the WISEs' explicit aim of work integration of the disadvantaged people is mainly achieved by joining the cooperative. Despite the supportive measures for the WISEs, the implementation of the thus far public policies has not been effective in further promoting such a model of enterprise.

KEYWORDS: Social cooperatives, WISEs, social enterprises, Greek cooperative laws.

ECONLIT DESCRIPTORS: K220, J48, J780.

Cómo citar este artículo/How to cite this article: DOUVITSA, I.: "The work integration social enterprises in Greece", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 36, 2020, pp. 195-219. DOI: 10.7203/CIRIEC-JUR.36.17289.

FECHA DE ENTRADA: 30/01/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29/06/2020

LAS EMPRESAS SOCIALES DE INTEGRACIÓN LABORAL EN GRECIA

RESUMEN AMPLIO

El presente documento se centra en las formas jurídicas disponibles con integración laboral como objetivo explícito en el legislador griego y describe sus principales rasgos sobre la base de la EMES (Red Europea de Investigación) nueve criterios de las empresas sociales. También se examina su aplicación hasta ahora, incluidos los desafíos y deficiencias a los que se han enfrentado las EMPRESAS, en el contexto griego.

En general, las empresas sociales de integración laboral ("WISEs") se definen como entidades económicas autónomas que se orientan principalmente a la integración profesional de las personas que se enfrentan a graves dificultades en el mercado laboral. En Grecia, el surgimiento y desarrollo de las EMPRESAS públicas pueden dividirse en tres períodos de tiempo: a) el primer período (1984-1998), durante el cual las políticas y los fondos públicos europeos incitaron a la formación de iniciativas de cooperación en fase inicial, allanando el camino para el reconocimiento jurídico de las EMPRESAS Públicas, b) el segundo período (1999-2010), que destaca por la institucionalización de las EMPRESAS EN EL QUE se encuentran en el sector de la salud mental y c) el tercer período (2011-2019), durante el cual las EMPRESAS se convirtieron en un vehículo para la integración de otros grupos de la población, cuya inclusión socioeconómica y laboral se vio obstaculizada por diversos factores.

En el contexto actual, el legislador introduce una serie de formas jurídicas específicas bajo una estructura cooperativa que persiguen explícitamente la integración laboral de las personas desfavorecidas. Estas formas jurídicas específicas son las cooperativas sociales de responsabilidad limitada (ar. 12 L. 2716/1999), las cooperativas agrícolas de mujeres (L. 4384/2016), las empresas de cooperación social de integración de grupos vulnerables y de grupos especiales (L. 4430/2016) y las cooperativas sociales de integración (ar. 143 L. 4600/2019).

Bajo este prisma, el documento se centra en las formas jurídicas anteriores con la integración del trabajo como objetivo explícito y describe sus principales rasgos sobre la base de la EMES (Red Europea de Investigación) nueve criterios de las empresas sociales, que son una actividad continua de producción de bienes y/o servicios de venta, un nivel significativo de riesgo económico y una cantidad mínima de trabajo remunerado, un objetivo explícito para beneficiar a la comunidad, una iniciativa lanzada por un grupo de ciudadanos u organizaciones de la sociedad civil y una distribución limitada de beneficios, un alto grado de autonomía, un poder de decisión no basado en la propiedad de capital y un carácter participativo.

FECHA DE ENTRADA: 30/01/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 29/06/2020

Más concretamente, se observó que la mayoría de los indicadores EMES que definen una empresa social se reflejan en las disposiciones sobre las formas jurídicas en estudio y que esas disposiciones no difieren significativamente entre sí. Sin embargo, este no fue el caso de los indicadores de la limitación de la distribución de beneficios y del carácter participativo, en los que las formas jurídicas en estudio presentaban divergencias, a partir de una distribución de beneficios sin limitaciones a una limitación sin fines de lucro y de una estructura obligatoria de una sola parte interesada a una estructura de múltiples partes interesadas de los miembros y miembros del consejo de administración.

En cuanto a la aplicación y los desafíos a los que se enfrentan las EMPRESAS WIS, se observan los siguientes. En el caso SCLL, aunque el objetivo inicial de establecer 58 SCLL (uno en cada sector de salud mental) no se realizó en tal medida (Adán 2014, 12), el número del SCLL registrado hasta ahora en el registro de la economía social -que no es obligatorio para adquirir una personalidad jurídica- ha aumentado a 27 (Registro de Economía Social y Solidaria). Sobre la base de investigaciones anteriores, su capacidad para alcanzar su objetivo prioritario, mediante la creación de empleos bien remunerados a tiempo completo para el grupo objetivo ha estado en cuestión (Adam 2014, 19-25). En algunos casos, se han observado discrepancias entre el grupo objetivo y los profesionales con respecto a las condiciones de trabajo asociadas con el pago, el contrato de trabajo formal y las horas de trabajo (Adam 2014, 19-25). Por otro lado, varios SCLL han podido firmar contratos públicos con las autoridades públicas para la prestación de servicios en ámbitos como la restauración, los servicios de limpieza o la jardinería. Además, doce años después de la promulgación del ar. 12 L. 2716/199 en el SCLL, la Federación Panhelénica de Uniones DE LA SCLL fue fundada por 14 SCLL. La federación ha estado activa desde entonces en: a) promover los intereses del SCLL, b) representarlos al Estado griego, a los organismos nacionales e internacionales y a, a, c) arrojar luz sobre cuestiones relacionadas con el SCLL y proporcionar información a sus miembros-SCLL, d) cooperar con el Estado griego y la UE y esforzarse por abordar los problemas a los que se enfrenta el SCLL.

En lo que respecta a la SCE, sólo se han formado unos pocos SCE de integración, que se trata principalmente de ECE de integración de grupos vulnerables, lo que indica que no se ha aplicado la forma jurídica anterior para la integración de los solicitantes de empleo capaces que se enfrentan a graves problemas para integrarse (re)integrados en el mercado de trabajo. Una observación general para la mayoría de las SCE es que tienden a tener una actividad económica limitada, dependiendo en gran medida del trabajo voluntario y con una pequeña contribución a la creación de vacantes bien pagadas a tiempo completo (Douvitsa 2016, 13-14; Secretario Especial de Economía Social y Solidaria 2018, 102-110). La falta de inversión social y de sistemas financieros adecuados adaptados a sus necesidades se suele mencionar como algunos de los desafíos a los que se enfrentan. Además, el L. 4430/2016 se inclina por la sobrerregulación

de los actores de la SSE, en la que se incluyen las RSE de integración y disuadiendo así a las partes interesadas de elegirla como forma jurídica para su iniciativa (Adam 2018, 239).

En cuanto a las cooperativas agrícolas de mujeres, se observó que durante los años de crisis 1/3 de ellas quedaron inactivas. Este último llevó al Ministerio de Agricultura a emprender una investigación sobre los desafíos y deficiencias a los que se enfrentaban. Sobre la base de los resultados del informe del Ministerio, estas cooperativas son empresas muy pequeñas basadas en mano de obra manual. Producen principalmente en cantidades bajas, que se venden localmente. Como resultado, algunos de los problemas más importantes a los que se enfrentan son: los altos costos de producción, su incapacidad para aumentar las cantidades de productos, la dificultad para acceder a los mercados nacionales e internacionales y en invertir en infraestructura y nuevas tecnologías. Además, también se observó la falta de un perfil competitivo de sus productos en los mercados y la ausencia de una certificación de producto (por ejemplo, ISO). Otra cuestión que también se puso de relieve fue la ausencia de asociaciones formadoras y de un órgano de coordinación que representara sus intereses (Tsiomidou 2016, 2-13).

Por último, el SCI es una forma jurídica recientemente prescrita por la ley y, por lo tanto, se basa en los datos del Departamento de Tratamiento de las Adicciones del Ministerio de Salud, no se ha establecido ningún registro de que se haya establecido el LIC, hasta ahora.

Además, la contratación pública, la excepción fiscal y la utilización de bienes públicos inmuebles o muebles se encuentran entre las medidas fundamentales de apoyo prescritas por la ley para las formas jurídicas anteriores para las empresas de servicios wi-fis. A pesar de estas medidas, las ESS en estudio representan aproximadamente 188 de los 1.638 actores de la EES (10,6%) y se enfrentan a una serie de desafíos asociados con su capacidad para crear empleos a tiempo completo y bien remunerados para el grupo objetivo, la dificultad para acceder a los mercados nacionales e internacionales y en la inversión en infraestructura y nuevas tecnologías, entre otros.

Para concluir, se observa un dominio de la forma cooperativa para las EMPRESAS WISEs en el contexto griego. El legislador impone un porcentaje de miembros procedentes del grupo objetivo, percibiendo de esa manera la mutualidad y la solidaridad como más bien entrelazados, ya que el objetivo explícito de las WISEs de integración laboral de las personas desfavorecidas se logra principalmente uniéndose a la cooperativa. Aunque, el legislador prescribe medidas de apoyo para las EMPRESAS, las políticas públicas hasta ahora no han logrado seguir promoviendo ese modelo de empresa, que posee un porcentaje marginal del sector de la economía social y solidaria.

PALABRAS CLAVE: Cooperativas sociales, empresas sociales de integración laboral (“WISEs”), empresas sociales, legislación cooperativa griega.

FECHA DE ENTRADA: 30/01/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 29/06/2020

SUMMARY

1. The emergence and development of work integration social enterprises in Greece. 2. The current legal framework. i) Social Cooperatives of Limited Liability (ar. 12 L. 2716/1999). ii) Women's Agricultural Cooperatives (L. 4384/2016). iii) Social Cooperative Enterprises (SCE). iv) Social Cooperatives of inclusion (ar. 143 L. 4600/2019). 3. Assessment of the legal context based on the EMES criteria. i) Economic and entrepreneurial dimensions of social enterprise. ii) Social dimensions of social enterprise. iii) Participatory governance of social enterprise. 4. Supportive measures for the WISEs development. 5. The thus far implementation and challenges. 6. Concluding remarks. Bibliography.

1. The emergence and development of work integration social enterprises in Greece

WISEs are defined as economic entities which are autonomous and mainly pursue the professional integration of people that face serious difficulties in the labour market. Such integration may occur either through the WISE itself and its productive activity or by offering training to the target group and enable it to be hired in a mainstream enterprise (Davister, Defourny and Gregoir 2004, 3).

As WISEs are particular types of social enterprises, the nine criteria of the EMES (European Research Network) which are used to define social enterprises may also be applicable in their case. In particular, the EMES has identified three indicators for the different dimensions of social enterprises. Specifically, the economic and entrepreneurial dimensions of a social enterprise emerge from a continuous activity producing goods and/or selling services, a significant level of economic risk and a minimum amount of paid work (Defourny 2001, 16-17; Defourny and Nyssens 2012, 12-13). Moreover, the social dimensions of a social enterprise are closely linked with an explicit aim to benefit the community, an initiative launched by a group of citizens or civil society organisations and a limited profit distribution (Defourny, 2001, 17; Defourny and Nyssens, 2012, 14). Furthermore, the social enterprise's participatory governance arises from a high degree of autonomy, a decision-making power not based on capital ownership and a participatory nature, which involves various parties affected by the activity (Defourny 2001, 17-18; Defourny and Nyssens 2012, 14-15).

FECHA DE ENTRADA: 30/01/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29/06/2020

In a number of countries, such as Italy, Portugal, France and Spain there have been some recent legal developments recognizing and supporting such enterprises (Davister, Defourny and Gregoir 2004, 24). Depending on the national legislation, WISEs are subject to their own legal framework, whereas in other cases they do not enjoy a complete and specific legal recognition, but operate under various legal forms (Spear and Bidet, 2005, 203-204).

In Greece the emergence and development of WISEs may be divided into three time periods: a) the first period (1984-1998), during which the European public policies and funds incited the formation of early-stage cooperative initiatives, paving the way for the WISEs legal recognition, b) the second period (1999-2010), which is notable for the WISEs institutionalization in the mental health sector and c) the third period (2011-2019), during which the WISEs became a vehicle for the integration of other groups of the population, the socio-economic and work inclusion of which was hindered by various factors.

The emergence of WISEs in Greece was the product of a long process of reforming the mental health care system in Greece, in terms of improving the conditions of the mental health care inside the hospitals and clinics, while putting under question the effectiveness of mental health asylums and at the same time strive for ways for the patients' emancipation, social inclusion and work rehabilitation (Adam 2014, 9; Stefanakis 2010, 26). When the poor conditions of the mental health system of Greece were exposed by the international press, the country was pressured by the European Economic Community ("EEC" hereafter), in which it was recently adhered, to undertake immediate action in order to improve its psychiatric care system (Adam 2014, 9; Stefanakis 2010, 26). To this aim, the EEC based on ar. 1 of the Regulation 815/1984 provided an exceptional financial support for the education of the mental health professionals and staff, for work integration projects and for the decentralization of mental health services.

A number of informal cooperative therapeutic units were formed as a result of the above and of other European funding schemes and national programs (e.g. Leros I&II, Psychargos) (Adam 2014, 11). These early stage cooperative units strived to address the wide phenomenon of the black labour of the mental health patients, while focusing on the social and work integration of the ex- residents of mental health clinics (Stefanakis 26-27). In order for these cooperative therapeutic units to become a true version of a cooperative enterprise and further develop independently from the mental health hospitals, an appropriate legal framework had to be enacted (Stefanakis 2010, 27-28). To this end, Law 2716/1999 was promulgated, which in its ar. 12 prescribed for the very first WISEs under the form of social cooperatives of limited liability ("SCLL" hereafter). With the above provisions, the modus operandi

FECHA DE ENTRADA: 30/01/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 29/06/2020

of the SCLL was specified and the issues that were previously raised with the cooperative therapeutic units regarding the fiscal treatment, social insurance and social protection benefits of the mentally ill were tackled in the legal text (Adam 2014, 11).

From 1999 until the 2008 crisis, the model of WISEs was used for the integration of individuals with mental health problems, without any attempt by the legislature to introduce new types of WISEs or expand the target group of the existing ones to other disadvantaged groups of the population that faced social and work exclusion.

However, with the 2008 crisis outburst, the imposed austerity measures led to welfare cut outs, while the groups of the population that faced social-economic exclusion grew, alongside its needs (Papadopoulos and Roumpakis 2012). During the Greek "Indignados" (Anti-austerity) movement various civil society actors came together, some of which formed informal networks striving to cover the said unmet needs (e.g. by forming social solidarity clinics and pharmacies). Under these conditions, L. 4019/2011 was passed prescribing for the SCEs of integration, the social services' SCEs and the SCEs with a collective and productive purpose. The aforementioned law was substituted by L. 4430/2016. L. 4430/2016 (drafted by the Ministry of Labor) aimed- among others- to facilitate the formation of small-sized producer/worker initiatives under a co-operative structure during the post-crisis years of high unemployment and small and medium size businesses shut down. In relation to WISEs, the recent law introduced two types under the form of SCEs of integration of vulnerable and special groups[1]. In addition, a new WISE type has recently been enacted by ar. 143 L. 4600/2019. The latter provision prescribes for the establishment of social cooperatives of integration, which aim at the integration of addicts or ex-addicts.

2. The current legal framework

WISEs in Greece may be established under various legal forms. However, the legislator introduces a number of specific legal forms under a cooperative structure that explicitly pursue the work integration of disadvantaged people, in which the present paper shall focus. To this end, a dominance of the cooperative form for the WISEs is noted under the Greek context. These specific legal forms are the following:

1. The present paper focuses on the main legal forms that have as their exclicit purpose the work integration of disadvantaged people. The social cooperative enterprises of collective and social benefit that undertake sustainable development-oriented activities or/provide social services are not analyzed, since they have a rather broader purpose than the social cooperative enterprises of integration.

FECHA DE ENTRADA: 30/01/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29/06/2020

i) Social Cooperatives of Limited Liability (ar. 12 L. 2716/1999)

L. 2716/1999 in its article 12 introduced the very first social enterprises of integration under the legal form of SCLL. This new type of cooperative is subject to ar. 12 L. 2716/1999 with its 19 paragraphs and to L. 1667/1986 on civil cooperatives which is applied complimentarily.

In particular, ar. 12.1 L. 2716/1999 stipulates that SCLL aim at the socio-economic integration and work inclusion of individuals with mental health problems. Such cooperatives have a dual function. On the one hand, they operate as an enterprise, they acquire a commercial status, which enables them to be involved in commercial activities, but they also function as a mental health unit. In this way, the legislator aspires to encourage the formation of a particular type of cooperative, in which the target group (which are the mentally ill) can both work and receive treatment. In this legal form, working and getting treatment seem to be intertwined and mutually reinforcing.

Pursuant to ar. 12.2 L. 2716/1999, SCLL can undertake any type of economic activity and have their headquarters at the municipality, where their board of director is located. However, the law stipulates that only one SCLL can be established in each regional unit and one in each mental sector of Attica and Thessaloniki. The reason behind such limitation is relevant to the way the public health system is organized in each region, since SCLL are considered to be mental health units that belong to the mental health sectors of the country. On the other hand, SCLL can establish and maintain selling shops and branches anywhere they decide.

For the SCLL's establishment there is no minimum initial capital required by law. With regard to membership, an SCLL may be formulated by at least 15 members. The founding members shall sign the statute and submit it to the local courts to examine whether it is in accordance with the legislation. Prior to that, the Minister of Health and Welfare issues a license of expediency, examining the statute, the capacity of the existing mental health units and the development opportunities of the particular area, where the SCLL shall be located, taking also into account the opinion of the mental health sector (Explanatory memorandum 1999, 14).

SCLL membership is subject to ar. 12.4 L. 2716/1999 which prescribes for its multi-stakeholder structure. Based on the latter, there are three categories of membership:

a) the first category which consists of individuals with mental health issues which irrespective of their residence and stage of illness are in need of recovery based on the opinion of a competent sectorial committee of mental health. Such indi-

FECHA DE ENTRADA: 30/01/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 29/06/2020

viduals can be adults or adolescents but no less than 15 years old, even if they have no legal capacity by way of derogation from the civil code and cooperative legislation. **At least 35%** of the total number of SCLL members are required to originates from category A[2],

b) the second category consists of individuals which are adults and work at the mental health sector. According to ar.12.4 L. 2716/1999 civil servants, psychiatrics, psychologists of the National Health System may also join the cooperative. **Up to 45%** of the total number of SCLL members may originate from category B,
c) the third category consists of individuals and legal entities of private or public law (e.g. hospitals of the National Health System) that can also participate as long as the statute allows so. **Up to 20%** of the total number of SCLL members may originate from category C.

The law neither encourages nor forces a renewal of member participation of the above categories. Therefore, the conditions under which such renewal may take place are left to the members to decide accordingly based on the cooperative's activities and needs.

The law goes on and prohibits members of an SCLL to join another SCLL of the same or similar purpose which headquarters are at the same mental health sector.

Based on the above provision a multi-stakeholder membership basis is mandatory for the SCLL of two or even three member categories if the statute says so. Therefore, an SCLL cannot be established without any members from category A (mentally ill) and category B (mental health professionals), which reflects the realization of its dual function: as an enterprise and a mental health unit.

Regarding the rights and obligations of each member category, no particular provisions differentiate them apart from ar. 12.5 L. 2716/1999 on their occupation status. Namely, the members of category A (mentally ill) may offer their services to the cooperative and get remunerated, without losing any welfare benefits. The members of category B can also offer full time or part time their services at the cooperative without however being remunerated by the cooperative. The cooperative is only obligated to cover their expenditure related to their work at the cooperative. More specifically, mental health professionals that work in a mental health unit of the mental

2. There is no available data that may shed some light on the criteria under which the members of category a are chosen to become a member of an SCLL. Nevertheless, in a research on 15 SCL it was found that 67% of such members had not graduated from high school and 65% of such members had less than three years working experience. However, according to Adam, we cannot generalize such remarks, since in a number of SCLL there is a lack of data regarding the social, economic and professional profile of members from category a. (Adam, 2012, 243).

FECHA DE ENTRADA: 30/01/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29/06/2020

health sector, which collaborates with the cooperative, can also choose to work in parallel or exclusively at the cooperative. The cooperative can also hire workers that have not joined the SCLL as members. Although the latter do not enjoy any voting rights at the general assembly, they can nevertheless attend and express their opinion according to the statute's provisions (ar. 12.16 L. 2716/1999).

Concerning the capital contributions to the cooperative, the law in ar. 12.7 L. 2716/1999 stipulates that each member acquires one mandatory cooperative share and up to 5 additional, non-voting shares. Such limitation is non applicable to legal persons of public law or non-profit legal persons of private law that may acquire an unlimited number of additional non voting shares. In case members leave the cooperative, then the mandatory share along with the non-voting shares are returned within three months from the end of the financial year (ar. 12.6 L. 2716/1999). The manner under which the cooperative addresses capital fluctuation due to member fluctuation is left to the members to decide accordingly.

Irrespective of the capital that members contribute to the cooperative, each member holds one vote to the general assembly, in which all members participate. Apart from the general assembly, the law prescribes for the formation of a board of directors and a supervisory council. The latter is not mandatory for SCLL with less than 20 members. The multi-stakeholder structure is also reflected in the composition of the board of directors. In particular, the board of directors consists of seven members, two of which are members of category A (mentally ill) under the condition that they are not subject to a full custodian guardianship and the rest are members of category B and C. Although the members of category A can be elected as members of the board of directors, they cannot serve as presidents, secretaries or treasurers. Contrary to the provisions of the board of directors, the members of category A cannot be elected as members of the supervisory board due to the demanding duties and high degree of responsibility, which they would be exposed to by joining such body (Explanatory memorandum 1999, 17).

In the SCLL case the legislator refers only to profits (including thus surplus) which are distributed (ar. 12.12 L. 2716/1999): a) to the legal reserve (at least 1/20 of the profits), when the amount of the legal reserve reaches the total value of the mandatory cooperative shares, then such deduction is no longer mandatory, b) to the formation of other reserves as well, upon a decision of the general assembly, c) to the members. In case the statute does not contain any opposite provisions, then 50% of the profits shall be allocated to the members in proportion to their cooperatives shares and 50% of the profits shall be allocated to the members in proportion to their transactions with the cooperative.

FECHA DE ENTRADA: 30/01/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 29/06/2020

In case of SCLL liquidation the remainder capital may be distributed to the members. However, the special reserve that is formulated by new members contributions in proportion to the cooperative's assets is indivisible and in case of SCLL dissolution, it cannot be distributed to the members but be given for relevant goals, although the law does not further specify which these are.

L.2716/1999 also introduces provisions for the vertical integration of SCLL. Based on ar.12.15 L. 2716/1999 at least 5 SCLL can form a union for the coordination and promotion of their activities. The unions and the first-tier SCLL can also form a Panhellenic federation of unions of SCLL aiming at the general representation and coordination of the activities of social economic and work integration of persons with mental health problems.

ii) Women's Agricultural Cooperatives (L. 4384/2016)

The agricultural cooperative movement has had a strong presence under the Greek context. Usually such cooperatives have been male-dominated with a low participation of rural women as members of the cooperative, as well as in the administration of the enterprise. In order to enable the empowerment of women of the rural areas of Greece, provide them with adequate skills and overall facilitate their economic, social and professional integration, the legislator introduces a legal form of WISEs specifically addressed to rural women (Tsiomidou 2016, 2-13).

In particular, L. 4384/2016 introduces provisions on agricultural cooperatives and in its ar. 2 it introduces specific provisions for the women's agricultural cooperatives. The specific provisions on the women's agricultural cooperatives permit a lower membership number and a simplified structure of governance and thus diverging from the applicable rules on the agricultural cooperatives. For all the other matters regarding their establishment, capital formation, function and operation, the general provisions of L. 4384/2016 on agricultural cooperatives are applicable.

Specifically, in its ar. 2.1 L. 4384/2016 the law lays down that at least 5 members may establish a women's agricultural cooperative. In such cooperative the membership consists exclusively of women. Therefore, no men or legal persons may join the cooperative. As with all agricultural cooperatives, ar. 4.1 L. 4384/2016 is applicable which specifies the process of their establishment. In particular, the statute of the cooperative after being signed by the required number of founding members is submitted before the local court, where the cooperative shall have its headquarters. The judge shall dictate or reject the registration of the statute at the registration book of agricultural cooperatives. Upon registration of its statute, the cooperative shall ac-

FECHA DE ENTRADA: 30/01/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29/06/2020

quire legal personality and a commercial status. Concerning the capital contribution of the members, ar. 9 L. 4384/2016 dictates that each member acquires one mandatory share and additional non-voting shares, if the statute permits so. Irrespective of the capital contribution of the members to the cooperative, each member holds one vote to the general assembly. The general assembly elects the members of the board of directors and of the supervisory council. Pursuant to ar. 2.2 L. 4384/2016, in the case of the women's agricultural cooperatives with less than 10 members, instead of a board of directors, the management of the cooperative may be exercised either by all members or by a single director that shall be a cooperator herself and elected by the members of the cooperative. The formation of a supervisory council is also non mandatory for all agricultural cooperatives (including women's) with less than 30 members (ar. 11 L. 4384/2016). One interesting point raised by L. 4384/2016 is the members' obligation to submit at least 80% of their total production to the cooperative and purchase supplies by it and if not, it constitutes grounds for member exclusion (ar. 8.3, 8.5 L. 4384/2016).

With regard to surplus/profit distribution ar. 23 L. 4384/2016 is applicable for all agricultural cooperatives, including the women's agricultural cooperatives. In particular, the surplus is defined as the positive economic result generated from the transactions of the cooperative with its members. Following that, the surplus is allocated: a) to the cooperators with additional non-voting shares, if the by-laws dictate, b) to a mandatory reserve (at least 10% of the surplus), c) to the members in proportion to their transactions with the cooperative, d) for the cooperative's development, e) for the education/training of its members (at least 2% of the surplus).

On the other hand, the profits are defined as the positive economic results generated by the transactions of the cooperative with non-members and they are distributed: a) to the mandatory reserve, b) for the development of the community upon decision of the general assembly.

Based on the above, the women's agricultural cooperatives are single stakeholder WISEs that aim at the work integration of their members, which shall be achieved by joining the cooperative and selling the majority of their produce to it.

iii) Social Cooperative Enterprises (SCE)

The recent law 4430/2016 on social and solidarity economy introduces two legal forms which exclusively pursue the work integration of disadvantaged people. These are the following: a) the social cooperative enterprises of the inclusion of vulnerable groups, b) the social cooperative enterprises of the inclusion of specific groups.

FECHA DE ENTRADA: 30/01/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 29/06/2020

The social cooperative enterprises ("SCE" hereafter) of the inclusion of vulnerable groups aim at the socio-economic inclusion of persons that originate from the vulnerable groups. Such groups are defined by law as those whose integration is hindered due to physical, mental reasons or due to delinquent behavior (e.g. people with disabilities, people with addiction problems, prisoners / ex-prisoners). At least 30% of the total number of members and workers of the SCE are required to originate from the above group.

The SCE of the inclusion of special groups aim at the socio-economic inclusion of people that originate from the special groups. Such groups are defined by law as those whose integration is hindered due to economic, social and cultural reasons (e.g. sex-trafficking victims, victims of domestic violence, homeless, people living under poverty conditions, refugees and asylum seekers while their request is pending). At least 50% of the total number of members and workers of the SCE are required to originate from the above group. The criteria under which potential members from the target group are chosen are left to the cooperative to decide accordingly[3].

The explanatory report that accompanies L. 4430/2016 does not offer any particular justification of the necessity of introducing two different types of SCEs of integration, instead of one that could have had as its purpose the integration of both vulnerable and special groups of the population. One possible reason may be found in the way the law differentiates these two groups: the vulnerable groups of the population are hindered due to physical and mental reasons, whereas the special groups are hindered due to economic, cultural, social or political reasons. Therefore, one may argue that due to the different reasons that hinder their integration, each group may have different needs of education, training and support that may be better addressed when the target group has a certain degree of uniformity.

Based on ar. 15.2 L. 4430/2016, an SCE of integration of vulnerable and special groups may be established by at least seven persons. The participation of legal persons in SCE is subject to a number limit: legal persons may be up to 1/3 of the total number of members. Legal persons of public law or private law after approval of their public entity that supervises them can join an SCE of integration. All members acquire one mandatory share, which cannot be less than 100 euros and up to 5 additional non-voting shares. Irrespective of their capital contributions all members hold one vote to the general assembly. Apart from the latter the SCE also has a board of directors. The SCE can also hire workers which are non-members, but only up to 40% of its total number of workers. The above percentage may be increased up to

3. There is no available data that may shed some light on the criteria under which the members of category a are chosen to become a member of an SCE.

FECHA DE ENTRADA: 30/01/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29/06/2020

50% to fill-in the seasonal needs of the enterprise and upon decision of the Social and Solidarity Economy Register Department, but only for a 6-month period.

The positive economic result is allocated as follows: a) at least 5% to the legal reserve, b) up to 35% to the workers of the SCE as a bonus, unless the general assembly with a 2/3 majority decides to allocate it partly or fully to the creation of vacancies and reinvest it to the cooperative, c) the rest is allocated to the creation of vacancies and is re-invested to the cooperative.

In case members leave the cooperative, then the mandatory share along with the non-voting shares are returned within three months from the end of the financial year the manner under which the cooperative addresses capital fluctuation due to member fluctuation is left to the members to decide accordingly.

The remainder capital after liquidation is prohibited from being distributed to the members and is allocated to the Social Economy Fund. However, until the fund is established, the remainder capital may be distributed to the members.

Under this legal form, integration of the target group is mainly conceived through joining or/and working for the cooperative, but the legislator perceives it as a temporary process, during which the SCE shall offer the target group work experience for their skill improvement and increase their employability in the labour market. Although the law prescribes for a renewal of the target group, the conditions under which such renewal may take place are left to the members to decide accordingly based on the cooperative's activities and needs. According to ar. 14.2 aa L. 4430/2016, the specific timeframe shall be further specified in the statute of the SCE. Apart from the participation of the target groups, other types of members are not prohibited from joining the cooperative. Nevertheless, a multi-stakeholder structure is neither encouraged nor imposed in the SCE case. The fact that profit distribution to non worker members is prohibited received criticism according to which a multi-stakeholder structure is not promoted, since there are no financial motives for non workers to join an SCE (Douvitsa 2016, 7).

The integration of people with mental illnesses may be pursued by both SCLL as well as SCEs of integration of vulnerable groups. The two different legal forms have a number of differences, the most important of which are related to the required by law minimum number of members, the membership structure and the distribution of profits. Specifically, an SCE may be established with only 7 persons, whereas an SCLL requires at least 15 persons. Furthermore, in the SCLL a multi-stakeholder structure is mandatory by law, whereas this is not the case for the SCEs. Also, profits may be distributed only to the workers-members and workers non-members in the SCEs. On the contrary, for the SCLL, the law is flexible permitting the bylaws to introduce specific provisions on the matter. Therefore, based on the above, the SCEs

FECHA DE ENTRADA: 30/01/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 29/06/2020

are an adequate legal form for initiatives with a lower membership, which accept a profit distribution constraint on members that do not work for the cooperative. Regarding which legal form is more broadly used, we cannot draw safe conclusions due to the lack of available data on the SCEs that focus on the integration of people with mental illnesses.

iv) Social Cooperatives of inclusion (ar. 143 L. 4600/2019)

L. 4600/2019 in its article 143 introduced the most recent WISE under the legal form of social cooperatives of integration ("SCI" hereafter). All matters that are not addressed in L. 4600/2019 are subject to ar. 12 L. 2716/1999 on SCLL and to L. 1667/1986 on civil cooperatives which are applied complimentarily. In fact, the differences between the SCLL and SCI are rather few, which renders questionable the necessity of enacting a new law, instead of expanding the target group of ar. 12 L. 2716/1999 (: people with mental health problems) to other disadvantaged people, such as addicts and ex-addicts.

In particular, ar. 143.1 L. 4600/2019 stipulates that SCI aim at the socio-economic integration and work inclusion of individuals with substance abuse problems under the following conditions: a) that these individuals attend programs of social re-inclusion by a list of organizations of ar. 51 L. 4139/2013 with a focus on treating people with substance abuse problems (e.g. the Psychiatric Hospital of Athens, the Organization against Drugs, the Addiction Treatment Centre) b) or that these individuals have already completed such programs and received certification.

Such cooperatives have a dual function. On the one hand, they operate as an enterprise, they acquire a commercial status, which enables them to be involved in commercial activities, but they also function as a unit of social inclusion. These types of cooperatives are perceived as a continuation of the educational programs that are provided by the organizations of ar. 51 L. 4139/2013 with a focus on treating people with substance abuse problems (Explanatory report 2019, 36). In this way, the legislator aspired to encourage the formation of a particular type of cooperative, in which the target group (which are substance addicts or ex addicts) can both work and receive support.

As in the SCLL case, the SCI according to ar. 143.4 L. 4600/2019 can undertake any type of economic activity and they have their headquarters at the municipality, where their board of directors is located. However, the law stipulates that only one SCI can be established in each regional unit, apart from Thessaloniki's, where up to 3 SCI may lawfully be established (ar. 143.7 L. 4600/2019). Nevertheless, the SCI can open and maintain selling shops and branches anywhere they decide.

FECHA DE ENTRADA: 30/01/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29/06/2020

For the SCI's establishment there is no minimum initial capital required by law. With regard to membership, an SCI may be formulated by at least 15 members. The founding members shall sign the statute and submit it to the local courts to examine whether it is in accordance with the legislation. The Minister of Health shall also issue a license of expediency, after receiving also the recommendation of the competent organizations of ar. 51 L.4139/2013 (ar. 143.9 L. 4600/2019).

SCLL membership is subject to ar. 143.10 L. 4600/2019 which prescribes for its multi-stakeholder structure. Based on the latter, there are three categories of membership:

a) the category A, which consists of individuals which are addicts or ex addicts, as described in ar. 143.1 L. 4600/2019, at least 18 years of age. Relapsing, which is to be verified by the competent organizations, holds reason for the member's expulsion. **At least 35%** of the total number of SCI members are required to originate from category A,
b) the category B consists of individuals which are adults and work at the organizations of ar. 51 L. 4139/2013 that focus on treating people with substance abuse problems. According to ar. 143.10b L. 4600/2019 **up to 45%** of the total number of SCI members may originate from category B,
c) the category C consists of individuals and legal entities of private or public law (e.g. local authorities, hospitals and clinics) that can also participate as long as the statute allows so. **Up to 20%** of the total number of SCI members may originate from category C.

The law goes on and prohibits members of an SCI from joining another cooperative of the same or similar purpose and its headquarters at the same regional unit (ar. 143.10 L. 4600/2019).

Based on the above provision a multi-stakeholder membership basis is mandatory for the SCI of two or even three member categories if the statute says so. Therefore, an SCI cannot be established without any members from category A (addicts, ex-addicts) and category B (employees to the above organizations), as it has also been stated for the SCLL.

For all the rest issues on the rights and obligations of each member category, the capital contributions to the cooperative, the one-member-one vote rule, the governance bodies, the profit-distribution, the liquidation and the vertical integration the relevant provisions of ar. 12 L. 2716/1999 on SCLL apply in the SCI.

FECHA DE ENTRADA: 30/01/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 29/06/2020

3. Assessment of the legal context based on the EMES criteria

Having outlined the key traits attributed to the WISEs by the Greek legislator, they will be further assessed based on the EMES indicators for the economic and social dimensions of social enterprises, in order to investigate whether such indicators are reflected in the legal text and if so, to what degree. Although such indicators were not meant to work as prescriptive criteria (Defourny 2013, 2), they are used to facilitate a comparison between the various different legal forms of WISEs and to outline the variations among them.

i) Economic and entrepreneurial dimensions of social enterprise

A continuous activity producing goods and/or selling services

All the legal forms under study for WISEs are acknowledged with the legal personality of a cooperative. When WISEs take the form of a cooperative, they are granted by law the ability to carry on commercial acts, selling or providing products and services in the markets.

A significant level of economic risk

The members of the SCLL, the women's agricultural cooperatives, the SCE and the SCI shall assume an economic risk, which is limited and in proportion to their shares' rate.

A minimum amount of paid work

The laws under study on WISEs do not impose a minimum amount of paid work as a prerequisite for their lawful function. Nevertheless, SCE and SCLL (as *ope legis* SSE actors) and women's agricultural cooperatives and SCI (if acknowledged as SSE actors) are subject to ar. 3.4 L. 4430/2016. According to the latter, all SSE actors with a high annual turnover are obligated to allocate a 25% of their annual turnover for salaries, implying therefore that a minimum amount of paid work is required by law.

ii) Social dimensions of social enterprise

An explicit aim to benefit the community

In the Greek framework, the aim of the legal forms under study seem to reflect their social dimension, since their explicit purpose specified by law is the integration

FECHA DE ENTRADA: 30/01/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29/06/2020

of disadvantaged groups of the population. In the legal forms under study there is a minimum percentage of members (or the total number of members in the case of women's agricultural cooperatives) that comes from the target group. The integration shall mainly occur by joining the cooperative, since these cooperatives can not be established without any members from the target group. The SCE are the only legal form where integration is stipulated by law as a temporary process and the specific timeframe shall be further specified in their statutes. For the rest, the law remains silent which permits WISEs in becoming worker cooperatives pursuing eventually the creation and maintenance of permanent vacancies for their target group. This hypothesis is reaffirmed by research findings on SCLL, according to which the highest priority for SCLL is to create permanent jobs (Adam 2014, 16).

An initiative launched by a group of citizens or civil society organisations

The cooperative structure permits the interested parties to freely establish any type of the above legal forms for WISEs.

A limited profit distribution

Regarding the limited profit distribution criterion, limitations are imposed by law in the case of SCE and women's agricultural cooperatives, which reflects the sociality of their scope. Conversely, SCLL and SCI may allocate their profits to their members, except for a percentage allocated to the legal reserve.

iii) Participatory governance of social enterprise

A high degree of autonomy

The autonomy of the legal forms under study originates from their cooperative structure, since they are formed and managed by their members, as it is the case for every cooperative. Additionally, the legislator introduces in some cases further measures to prevent the WISEs' dependence, especially from the public sector. More specifically, in the SCLL case, such measures are the following: a) only up to 20% of members may come from category c (in which public law entities and municipalities are included), b) only up to 5 out of 7 members of the board of directors may come from category b and c, c) each member has one vote irrespective of the capital that it contributes. In practice, it has been noted that there was no representative from category c in the board of directors of 7 out of 15 SCLL and in the supervisory board 8 out of 15 SCLL. The latter seems to indicate that public law entities are not inclined

FECHA DE ENTRADA: 30/01/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 29/06/2020

to actively participate in the SCLL management (Adam, 2012, 168). On the other hand, the fact that public law entities may acquire an unlimited number of voluntary shares, which are returned in case of them exiting the cooperative, may compromise the SCLL independence. Nevertheless, in practice, it has been noted that public law entities that join a SCLL as its members tend to acquire only a few shares (Douvitsa, 2020, 15).

A decision-making power not based on capital ownership

Decisions are made under the principle "one member-one vote", without any exceptions for all the studied legal forms.

A participatory nature, which involves various parties affected by the activity

With regard to the participatory nature of the WISEs, a common denominator of all legal forms examined is their legal obligation to adhere persons from the target group as their members. In the case of SCE of integration, a percentage of members and of workers is obligatory to originate from the target group. Apart from that, the law neither incites (e.g. with financial motives) nor obligates an involvement of other parties. On the other hand, SCLL and SCI are subject to a multi-stakeholder structure of their membership and of the members of their Board of directors (target group and professionals), whereas women's agricultural cooperatives can only be formed as a single-stakeholder cooperative. Therefore, depending on legal form, the participatory nature of the WISEs varies between a single-stakeholder and a mandatory multi-stakeholder structure.

Based on the above, most EMES indicators that define a social enterprise (:a continuous activity producing goods and/or selling services, a significant level of economic risk, a minimum amount of paid work, a high degree of autonomy, a decision-making power not based on capital ownership, an explicit aim to benefit the community, an initiative launched by a group of citizens or civil society organization) are reflected in the provisions on the WISEs under study and they do not differ significantly between each other. However, this was not the case for the indicators of the profit distribution limitation and of the participatory nature of the WISE, in which the legal forms under study presented divergences, starting from profit distribution without any limitations to a profit non-distribution constrain and from a compulsory single-stakeholder structure to a multi-stakeholder structure of membership and of the members of the board of directors.

FECHA DE ENTRADA: 30/01/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29/06/2020

4. Supportive measures for the WISEs development

The basic supportive measures prescribed by law for the above legal forms of WISEs are associated with public procurement, tax exceptions and the use of immovable or movable public property.

Concerning **public procurement**, ar. 20 L.4412/2016 prescribes for an open tender process, in which SCLL, SCE, as well as any legal entity may participate as long as 30% of its workers are disadvantaged or disabled. A much more specific measure is stipulated in ar. 110 L.4412/2016, based on which public authorities may hold an open tender process for the provision of social services, in which only SCE have the right to participate.

Regarding the WISEs' **tax treatment**, the only WISEs exempted from an annual business tax are the SCEs, whereas the rest WISEs legal forms are obligated to pay such taxes. Such remark leads to the conclusion that SCEs enjoy a preferential tax treatment compared to the rest WISEs legal forms.

Concerning the use of **public property** (movable and immovable), ar. 5 L. 4430/2016 introduces relevant provisions for all legal entities that are recognized as SSE actors. The SCEs and the SCLL as ope legis SSE actors are subject to the latter provision, whereas the women's agricultural cooperatives and the SCI may benefit as long as they fulfil the criteria of ar. 3.2 d L. 4430/2016 in order to be recognized as SSE actors.

Based on the above, the supportive measures prescribed by law are either generalized and focus on all SSE actors or specific for only particular types of WISEs, creating incentives for some legal forms and disincentives for others (Adam, Kornilakis and Kavoulakos 2018, 85).

5. The thus far implementation and challenges

In general, WISEs tend to occupy a small fraction of social economy (Davister, Defourny and Gregoir 2004, 3). In the Greek case, such hypothesis may also be re-affirmed, since they represent approximately 10,6% of the SSE sector (see Table 1)[4]. In the SCLL case, although the initial aim of establishing 58 SCLL (one in each mental health sector) was not realized to such extent (Adam 2014, 12), the number of the thus far SCLL registered to the social economy register- which is not mandatory for acquiring a legal personality- has increased to 27 (Social and Solidarity Econ-

4. It should be noted that a large number of SSE actors are not registered under the SSE registry and therefore there is a discrepancy between the actual dynamic of the SSE and the one that is depicted in the SSE Registry.

FECHA DE ENTRADA: 30/01/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 29/06/2020

omy Registry). Based on previous research, their ability to reach their priority goal, by creating full- time, well-paid jobs for the target group has been under question (Adam 2014, 19-25). In some cases, there have been noted discrepancies between target group and professionals regarding the working conditions associated with payment, formal work contract and working hours (Adam 2014, 19-25). On the other hand, a number of SCLL has been able to sign public contracts with public authorities for service provision in areas such as catering, cleaning services or gardening. In addition, twelve years after the enactment of ar. 12 L. 2716/199 on SCLL, the Panhellenic Federation of SCLL Unions was found by 14 SCLL. The federation has been active since then in : a) promoting the interests of the SCLL, b) representing them to the Greek state, the national and international bodies and fora, c) shedding light to issues related to SCLL and providing information to its members-SCLL, d) co-operating with the Greek state and the EU and strive to address the issues that SCLL are facing[5].

Concerning the SCE, only a few SCE of integration have been formed and these were mainly SCEs of integration of vulnerable groups, which indicates that the above legal form has not been implemented for the integration of able-bodied jobseekers that face serious issues in being (re)-integrated in the labour market. An overall remark for the majority of SCE is that they tend to have a limited economic activity, heavily relying on volunteer work and with a small contribution to the creation of well-paid, full time vacancies (Douvitsa 2016, 13-14; Special Secretary of Social and Solidarity Economy 2018, 102-110). The lack of social investment and adequate financial schemes tailored to their needs is usually mentioned as some of the challenges that they face. Also, the L. 4430/2016 leans towards overregulating the actors of SSE, in which SCEs of integration are included and thus dissuading interested parties from choosing it as the legal form for their initiative (Adam 2018, 239).

Regarding the women's agricultural cooperatives, it was noted that during the crisis years 1/3 of them became inactive. The latter led the Ministry of Agriculture to undertake an investigation on the challenges and shortcomings that they were facing. Based on the Ministry's report findings, these cooperatives are very small-sized enterprises based on manual labor. They mainly produce in low quantities, which are sold locally. As a result, some of the most significant issues that they face are: the high costs of production, their inability to augment the quantities of produce, the difficulty in accessing the national and international markets and in investing in infrastructure and new technologies. In addition, a lack of a competitive profile of their products in the markets and an absence of a product certification (e.g. ISO) was

5. See the official website of the Panhellenic Federation of SCLL Unions http://pokoispe.gr/

also noted. One other issue that was equally highlighted was the absence of forming partnerships and of a co-ordinating body that would represent their interests (Tsiomidou 2016, 2-13).

Finally, the SCI are a newly prescribed by law legal form and therefore based on the data of the Department for Addressing Addictions of the Ministry of Health, there has been no record of SCI being established, thus far.

Table 1.
The legal forms with work integration as their explicit purpose

WISEs Legal Forms	Number of registered actors	Number of members	Number of workers (Ergani database 22/1/2020)
1. Social cooperatives of limited liability	29	N/A	791
2. Women's agricultural cooperatives	129	2046	2046
3. Social cooperative enterprises of integration of vulnerable groups	23	261	58
4. Social cooperative enterprises of integration of special groups	7	58	3
5. Social cooperatives of integration	0	0	0
Total	**188**	**2365**	**2898**
Social and solidarity economy actors registered in the Social Economy Registry	1638	11649	-

Source: Data retrieved by the Social Economy Registry of the Ministry of Labour, the Registry of Agricultural Cooperatives of the Ministry of Agriculture and Food and the Department for Addressing Addictions of the Ministry of Health.

Although the above remarks explicitly focus on the specific public policies on the WISEs, there is a broader need to build an overall supportive and enabling social and solidarity economy ecosystem, part of which are the WISEs, that would enable the effective development of all SSE actors and address the various challenges of work integration under the current conditions (Borzaga et al., 2017).

6. Concluding remarks

In Greece the emergence and development of WISEs may be divided into three time periods: a) the first period (1984-1998), during which the European public policies and funds incited the formation of early-stage cooperative initiatives, paving the way for the WISEs legal recognition, b) the second period (1999-2010), which

FECHA DE ENTRADA: 30/01/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 29/06/2020

is notable for the WISEs institutionalization in the mental health sector and c) the third period (2011-2019), during which WISEs became a vehicle for the integration of other groups of the population, the socio-economic and work inclusion of which was hindered by various factors.

Under the current context, the legislator introduces a number of specific legal forms under a cooperative structure that explicitly pursue the work integration of disadvantaged people. These specific legal forms are the social cooperatives of limited liability (ar. 12 L. 2716/1999), the women's agricultural cooperatives (L. 4384/2016), the social cooperative enterprises of integration of vulnerable groups and of special groups (L. 4430/2016) and the social cooperatives of integration (ar. 143 L. 4600/2019).

Based on the above, most EMES indicators that define a social enterprise are reflected in the provisions on the WISEs under study and such provisions do not differ significantly between each other. However, this was not the case for the indicators of the profit distribution limitation and of the participatory nature of the WISE, in which the legal forms under study presented divergences, starting from a profit distribution without limitations to a profit non-distribution constrain and from a compulsory single stakeholder structure to a multi-stakeholder structure of membership and of members of the board of directors.

Moreover, the public procurement, tax exception and the use of immovable or movable public property are among the fundamental supportive measures prescribed by law for the above legal forms for WISEs. These measures are either generalized and focused on all social and solidarity economy actors or specific for only particular types of WISEs, creating incentives for some legal forms and disincentives for others. Despite such measures, the WISEs face a number of challenges associated to their ability to create full- time, well-paid jobs for the target group, the difficulty in accessing the national and international markets and in investing in infrastructure and new technologies, among others.

To conclude, a dominance of the cooperative form for the WISEs is noted under the Greek context. The legislator imposes a percentage of members coming from the target group, perceiving in that way mutuality and solidarity as rather intertwined, since the WISEs' explicit aim of work integration of the disadvantaged people is mainly achieved by joining the cooperative. Although, the legislator prescribes for supportive measures for the WISEs, the thus far public policies have failed to further promote such a model of enterprise, which holds a marginal percentage of the social and solidarity economy sector.

FECHA DE ENTRADA: 30/01/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29/06/2020

Bibliography

ADAM, S.: *Social economy, work integration and social exclusion: the experience of SCLL in Greece* [Κοινωνική οικονομία, εργασιακή ένταξη και κοινωνικός αποκλεισμός: η εμπειρία των ΚΟΙ.Σ.Π.Ε. στην Ελλάδα], Thrace, Democritus University of Thrace (PhD thesis), 2012.

- "Social and solidarity economy and the crisis: Challenges from the public policy perspective", *Journal of Economics and Business*, Vol. XXI, Nos 1-2, pp. 223-243.
- "Social exclusion and work integration: Social cooperatives for people with mental health problems in Greece". *CIRIEC, Working Paper*, no. 08, Université de Liège, 2014.

ADAM, S., KORNILAKIS, A. & KAVOULAKOS, K.I.: "The institutional framework of the social solidarity economy in Greece: The experience of the public consultation and a critical assessment of the law 4430/2016 [Το θεσμικό πλαίσιο της Κοινωνικής Αλληλέγγυας Οικονομίας στην Ελλάδα: η εμπειρία της δημόσιας διαβούλευσης και μια κριτική αποτίμηση του νόμου 4430/2016]". Thessaloniki, 2018.

- "Special Secretary of Social and Solidarity Economy", *Annual Report*, Ministry of Labour, Social Security and Social Solidarity, Athens, 2018.

BORZAGA, C., SALVATORI, G. & BODINI, R.: *Social and Solidarity Economy and the Future of Work*, Geneva, International Labour Office, 2017.

DAVISTER, C., DEFOURNY, J. & GREGOIRE, O.: "Work integration social enterprises in the European union: An overview of existing models", *Working Paper,* no. 04/04, EMES European Research Network, Belgium, 2004.

DEFOYRNY, J.: "Introduction: from third sector to social enterprise". In *The emergence of social enterprise* (Eds. BORZAGA, C. & DEFOURNY, J.), London & New York, 2001, pp. 1-28.

- "The EMES "ideal-type" social enterprise as a compass", *4th EMES International Research Conference on Social Enterprise*, University of Liège, July 1-4 2013.

DEFOYRNY, J. & NYSSENS, M.: "The EMES approach of social enterprise in a comparative perspective", *Working Paper,* no. 12/03, EMES European Research Network, Belgium, 2012.

DOUVITSA, I.: "Greek cooperative legislation during the post-crisis years: Between companization and socialization", *ICA Research International Conference*, Almeria, Spain, 24-27 May 2016.

FECHA DE ENTRADA: 30/01/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 29/06/2020

PAPADOPOULOS, T. & ROUMPAKIS, A.: "The Greek welfare state in the age of austerity: Anti-social policy and the politico-economic crisis". In *Social Policy Review* (KILKEY, M, RAMIA, G. & FARNSWORTH, K.), Bristol, 2012, pp. 205-230.

- Explanatory memorandum of the draft law "Development and modernization of the mental health services and other provisions" [Ανάπτυξη και εκσυγχρονισμός των Υπηρεσιών Ψυχικής Υγείας και άλλες διατάξεις], Ministry of Health, Athens, 1999.
- Explanatory memorandum of the draft law "Modernisation and reform of the legal framework of private clinics, establishment of National Public Health Agency, establishment of the National Cancer Institute and other provisions" [Εκσυγχρονισμός και Αναμόρφωση Θεσμικού Πλαισίου Ιδιωτικών Κλινικών, Σύσταση Εθνικού Οργανισμού Δημόσιας Υγείας, Σύσταση Εθνικού Ινστιτούτου Νεοπλασιών και λοιπές διατάξεις.] Ministry of Health, Athens, 2019.

SPEARS, R. & BIDET, E.: "Social enterprise for work integration in 12 European countries: A descriptive analysis", *Annals of Public & Cooperative Economics*, Vol. 76, no º 2, June, 2005, pp. 195-231.

STEFANAKIS, G.: *Social cooperatives of limited liability (SCLL), a cooperative experiment in progress. The example of the SCLL of West Thessaloniki* [Κοινωνικοί συνεταιρισμοί περιορισμένης ευθύνης, ένα συνεταιριστικό πείραμα σε εξέλιξη. Το παράδειγμα του ΚΟΙ.Σ.Π.Ε. Δυτικής Θεσσαλονίκης], Aristotle University of Thessaloniki, 2010.

TSIOMIDOU, E.: *Women's agricultural cooperatives: An institution in need of proposing a new policy* [Γυναίκειοι αγροτικοί συνεταιρισμοί: Ένας θεσμός που επιζητά νέα πολιτική πρόταση], Ministry of Agriculture and Food, Athens, 2016.

FECHA DE ENTRADA: 30/01/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29/06/2020

O FIM MUTUALÍSTICO DESINTERESSADO OU ALTRUÍSTA DAS COOPERATIVAS DE SOLIDARIEDADE SOCIAL

Deolinda Meira
Professora Coordenadora
CEOS.PP - ISCAP - P. Porto

RESUMEN
Las cooperativas de solidaridad social persiguen, principal o exclusivamente, un fin mutualista desinteresado o altruista, que el legislador denomina "fines de solidaridad social". El objetivo de estas cooperativas es lograr una clara misión de asistencia en situaciones de vulnerabilidad social y económica, dando expresión a los valores de altruismo y solidaridad. Esto justifica que su régimen jurídico tenga ciertas peculiaridades, tanto en lo que se refiere a las categorías de miembros, la estructura organizativa y el régimen económico. Estas cooperativas se caracterizan por la heterogeneidad de sus miembros, lo que exige la definición de normas que permitan una gestión verdaderamente participativa y democrática, y en este sentido se requieren cambios en el régimen jurídico vigente. El régimen económico es plenamente apropiado para este fin mutualista desinteresado, lo que justifica la prohibición de lo retorno de los excedentes y hace más intenso el principio de la devolución desinteresada.

PALABRAS CLAVE: Cooperativa de solidaridad social, fin mutualista, interés general, miembros de pleno derecho, miembros honorarios, voto plural, retorno de excedentes.

CLAVES ECONLIT: K20, P13, I30.

Cómo citar este artículo/How to cite this article: MEIRA, D.: "O fim mutualístico desinteressado ou altruísta das cooperativas de solidariedade social", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 36, 2020, pp. 221-247. DOI: 10.7203/CIRIEC-JUR.36.17386.

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 05/07/2020

THE DISINTERESTED OR ALTRUISTIC MUTUAL PURPOSE OF SOCIAL SOLIDARITY COOPERATIVES

EXPANDED ABSTRACT

Social solidarity cooperatives are entities that use work as an instrument to support social inclusion, promoting sheltered employment or therapeutic and occupational activities, to allow active participation of people in the labour market.

This pandemic outbreak of COVID 19 and the resulting economic and social crisis demands from this cooperative branch a significant intervention in providing social services both to its members and to the community where it operates.

This article aims to analyze, at a strictly legal level, the challenges the branch of social solidarity cooperatives face, taking into account the specificities of their object and purpose.

The Portuguese social solidarity cooperatives are integrated into a movement to reinvent the cooperative model started in Italy in 1990 with social cooperatives. This movement led to the emergence of cooperatives with an objective focused mainly or exclusively on the pursuit of objectives of general interest.

One of the main reasons pointed out for the emergence of these particular cooperatives, with an objective focused mainly or exclusively on pursuing the general interest, was the inadequacy of conventional cooperatives to accommodate innovative business phenomena characterized by an objective of collective interest, the absence of a profit aim and a model of organization based on democratic and participatory principles.

This movement has brought with it significant changes in the scope configuration of cooperatives. It does not have to be "exclusively mutualist," it can be " mainly mutualist." It does not have only to pursue directly, but may, exceptionally and providing certain conditions, pursue indirectly. It does not have to respond mainly to the cooperators' interests and may respond mainly to the interests of the community.

Therefore, the mutual purpose of cooperatives is not only to satisfy the needs of their members (interested or egoistic mutual purpose) but also to respond to the interests of the community where the cooperative operates (disinterested or altruistic mutual purpose).

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 05/07/2020

The legal regime of social solidarity cooperatives sets out in Decree-Law No. 7/98, of 15 January 1998.

From the legal notion, it results that these cooperatives pursue, mainly or exclusively, a disinterested or altruistic mutual purpose, which the legislator calls "social solidarity purposes," which fulfils a clear mission of attending to situations of social and economic vulnerability, based on a paradigm of social intervention, giving expression to the values of altruism and solidarity, contributing to the implementation of social rights.

Since they base all their activity on the values of solidarity and altruism, the legal regime of social solidarity cooperatives has specific characteristics, both concerning the categories of members, the corporate structure, and the economic regime.

These cooperatives are characterized by a heterogeneous membership, which the legislator has grouped into two categories: full members and honorary members.

In light of the current regime, the full members present themselves as the cooperative's reference members. The notion of social solidarity cooperative, contained in Decree-Law 7/98, reports to them. In the light of this notion, the social solidarity cooperative establishes the fulfillment of the social needs of its cooperator members or their families in health, education, professional integration, or a way to develop a professional activity.

The honorary member's category includes all those who contribute with goods or services, particularly social volunteering, to the pursuit of the cooperative's purpose".

Considering that the Cooperative Code has applied subsidiarity to social solidarity cooperatives, we may find another category of members in them: the category of investor members. It is necessary to revisit the concepts of full and honorary membership to adapt them to the current context of social solidarity cooperatives, emphasizing the increasingly important role that social volunteering assumes in these entities. There is no reason why a social solidarity cooperative should not be a volunteer promoting organization, in which volunteers will be the reference members of the cooperative and include the category of full members. The honorary member concept should cover both investor members (since 2015 Cooperative Code reform) and social investors, who are increasingly crucial promoting and sustaining social solidarity cooperatives.

A legal amendment is also needed to remove the restrictions on the full participation of honorary members in general meetings of social solidarity cooperatives. Due to their increasing importance in these cooperatives, honorary members should have the right to vote and be

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 05/07/2020

elected to the cooperative's governing bodies, being the only way to fulfill the cooperative principle of democratic member control.

In order to combine the interests of these different categories of members, it is necessary to allow a plural vote in social solidarity cooperatives, removing the restrictions provided in the Cooperative Code. Indeed, a plural vote is not allowed in the current state of Portuguese cooperative legislation in social solidarity cooperatives.

As far as the economic regime is concerned, in social solidarity cooperatives, the patronage refund is forbidden, which means that all surpluses must revert to reserves. This impossibility of distributing surpluses results from the fact that these cooperatives carry out their activity mainly in the community's interest, i.e., pursuing a disinterested or altruistic mutual purpose.

The legal regime of surpluses and their return to cooperators bases on the assumption of a cooperative that pursues, mainly or exclusively, an interested or egoistic mutual purpose. The surpluses are the positive results that arise from the cooperative's pursuit of the mutual scope, corresponding to the excess of revenues over costs of the cooperative transactions. This amount is provisionally overpaid by cooperators to cooperatives or underpaid by cooperatives to cooperators, in exchange for their cooperative transactions participation.

We should note that this forbidden of patronage refund implies that the voluntary reserves created with the remaining net annual surpluses will, in no case, be divisible among members. Therefore, when the cooperator leaves the social solidarity cooperative, he will not be entitled to the share of the voluntary divisible reserves.

This disinterested or altruistic mutual purpose implies that the principle of disinterested distribution is more intense in social solidarity cooperatives. In effect, in the event of liquidation of a social solidarity cooperative, which is not succeeded by another cooperative entity of the same branch, the balance of all reserves (mandatory or voluntary) reverts to another social solidarity cooperative, preferably from the same municipality, to be determined by the federation or confederation representing the main activity of the cooperative.

KEYWORDS: Social solidarity cooperatives, mutualistic purpose, general interest, full members, honorary members, plural vote, patronage refund.

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 05/07/2020

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O problema. 3. A questão da essencialidade do fim mutualístico nas cooperativas. 4. A prevalência do fim mutualístico desinteressado ou altruísta nas cooperativas de solidariedade social. 5. Projeções do fim mutualístico desinteressado ou altruísta no regime jurídico das cooperativas de solidariedade social 5.1. Categorias de membros. 5.2. A admissão dos membros. 5.3. A estrutura orgânica: algumas questões. 5.4. Especificidades do regime económico decorrentes do fim mutualístico desinteressado ou altruísta das cooperativas de solidariedade social. 6. Conclusões. Bibliografia.

1. Introdução

O texto que se segue teve a sua génese a intervenção apresentada no *III Encuentro Internacional de Investigadores sobre Economía Social, Autogestión y Empleo* (2019), centrada na inserção sócio laboral de coletivos vulneráveis nas entidades da economia social em Portugal, com especial referência às cooperativas de solidariedade social.

A inserção pelo trabalho representa uma das dimensões do processo mais global de inserção social. As situações de não emprego, de precariedade, de subemprego afastam progressivamente o indivíduo de um trabalho estável e dos respetivos sistemas de proteção social.

As entidades da economia social, tendo em conta as especificidades da atividade que desenvolvem e os princípios que as orientam, estão especialmente vocacionadas para a inserção e para a promoção do trabalho digno e inclusivo.

Nos termos do art. 2.º, n.º1 da Lei de Bases da Economia Social (LBES[1]) "entende-se por economia social o conjunto das atividades económico-sociais", livremente levadas a cabo por entidades referidas no art. 4.º (associações, cooperativas; fundações, instituições particulares de solidariedade social), atividades estas que "têm por finalidade prosseguir o interesse geral da sociedade, quer diretamente quer através da prossecução dos interesses dos seus membros, utilizadores e beneficiários, quando socialmente relevantes". Por sua vez, o art 5.º da LBES dispõe que: (...) as entidades da Economia Social são autónomas e atuam no âmbito das suas atividades de acordo com os seguintes princípios orientadores: a) o primado da pessoa e dos objetivos

1. Lei n.º 30/2013, de 8 de maio. Sobre esta Lei v. MEIRA, D.A.: "A Lei de Bases da Economia Social Portuguesa: do projeto ao texto final", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa,* n.º 24, 2013, pp. 21-52.

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 05/07/2020

sociais; b) a adesão e participação livre e voluntária; c) o controle democrático dos respetivos órgãos pelos seus membros; d) a conciliação entre o interesse dos membros, utilizadores ou beneficiários e o interesse geral; e) o respeito pelos valores da solidariedade, da igualdade e não discriminação, da coesão social, da justiça e da equidade, da transparência, da responsabilidade individual e social partilhada e da subsidiariedade; f) a gestão autónoma e independente das autoridades públicas e de quaisquer outras entidades exteriores à Economia Social; g) a afetação dos excedentes à prossecução dos fins das entidades da Economia Social de acordo com o interesse geral, sem prejuízo do respeito pela especificidade da distribuição dos excedentes, própria da natureza e do substrato de cada entidade da Economia Social, constitucionalmente consagrada .

O destaque dado naquela intervenção ao regime jurídico das cooperativas de solidariedade social deve-se ao facto de estas serem entidades que utilizam o trabalho como um instrumento de apoio à inclusão social, promovendo emprego protegido ou atividades terapêuticas e ocupacionais, de forma a permitir uma efetiva participação das pessoas no mercado de trabalho.

Entretanto, de uma forma súbita e imprevista, abateu-se sobre o mundo o surto pandémico da COVID-19, com graves efeitos sobre a saúde, a economia e o emprego, efeitos estes que atingem sobretudo os grupos mais vulneráveis. Este surto pandémico e a crise económico-social dele decorrente exige deste ramo cooperativo, que tem como objetivo e vocação prioritária o combate à pobreza e à exclusão social, uma maior intervenção na prestação de serviços sociais quer aos seus membros quer à comunidade onde opera. A ação de solidariedade social exercida por este ramo cooperativo tem dado resposta a situações de emergência social e prestado apoio a indivíduos em situação de maior vulnerabilidade.

Neste contexto, o presente texto pretende analisar, no plano estritamente jurídico, os desafios com que este ramo do setor cooperativo se confronta, tendo em conta as especificidades do seu objeto e fim.

2. O problema

No objeto social de toda e qualquer cooperativa articulam-se, numa ótica de complementaridade, duas dimensões: a económica e a social. Já em 1935, George Fauquet, na sua obra «O setor cooperativo. Ensaio sobre o lugar do Homem nas instituições cooperativas e destas na economia», realçava esta dupla vertente da cooperativa, afirmando que «deve distinguir-se na instituição cooperativa um elemento social e outro económico, visto ser: 1- uma associação de pessoas que reconhecem

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 05/07/2020

por um lado a similitude de certas necessidades e, por outro lado, a possibilidade de as satisfazer melhor através de uma empresa comum do que individualmente; 2. E uma empresa comum cujo objetivo particular responde precisamente às necessidades a satisfazer»[2].

Contudo, nas cooperativas de solidariedade social, a conciliação do interesse dos membros e do interesse geral é mais intensa. As cooperativas de solidariedade social, reguladas pelo Decreto-Lei n.º 78/98, de 15 de janeiro, são cooperativas cujas atividades estão claramente concentradas na área dos serviços sociais. O seu objeto social concretiza-se numa clara missão de apoio a situações de vulnerabilidade económica e social, assentando num paradigma assistencialista de intervenção social junto de famílias, crianças, jovens, terceira idade, deficientes, desempregados e outras categorias vulneráveis, com vista à sua integração profissional, educação, formação, atendimento ocupacional e residencial[3].

Estas cooperativas de solidariedade social inserem-se num movimento de reinvenção do modelo cooperativo iniciado em Itália, em 1990, com as cooperativas sociais italianas[4]. Outros modelos similares emergiram pela Europa, como as cooperativas de iniciativa social espanholas de 1990[5] ou as *société coopérative d'intérêt collectif* francesas[6].

Uma das principais razões apontadas para o surgimento destas cooperativas especiais, com um objetivo centrado predominantemente ou exclusivamente na prossecução do interesse geral, foi a inadequação das cooperativas convencionais para acomodar fenómenos empresariais inovadores caracterizados por um objetivo de interesse coletivo, pela ausência de fim lucrativo e por um modo de organização baseado em princípios democráticos e participativos[7].

2. V. FAUQUET, G.: *O Sector Cooperativo. Ensaio sobre o lugar do homem nas instituições cooperativas e destas na economia* (tradução de F. Pinto), Livros Horizonte, Lisboa, 1980, p. 26.

3. V. MEIRA, D.: "The Portuguese Social Solidarity Cooperative *versus* The PECOL General Interest Cooperative", *International Journal of Cooperative Law*, n.º 2, 2019, pp. 57-71.

4. V. THOMAS, A.: "The Rise of Social Cooperatives in Italy", *Voluntas: International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, n.º 15(3), 2004, pp 243-263.

5. V. RODRÍGUEZ, A. & ORTEGA, A.: "Algunas consideraciones sobre las cooperativas de iniciativa social en el marco del fomento de empleo y la inserción laboral. una perspectiva jurídico-económica", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n.º 19, 2008, pp. 57-78.

6. V. MARGADO, A.: "SCIC, Société coopérative d'intérêt collectif", *RECMA-Revue Internationale de l'économie sociale,* n.º 284, 2002, pp. 19-30.

7. V. HIEZ, D.: "The general interest cooperatives: a challenge for cooperative law", *IJCL-International Jounal of Cooperative Law*, n.º I, 2018, pp. 93-109.

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 05/07/2020

Este movimento trouxe consigo mudanças significativas na configuração do escopo/fim das cooperativas. Este não tem de ser "exclusivamente mutualista", podendo ser "predominantemente mutualista". Não tem de ser prosseguido apenas de forma direta, podendo, excecionalmente, e desde que preenchidas determinadas condições, ser prosseguido indiretamente. Não tem de responder predominantemente aos interesses dos cooperadores, podendo responder predominantemente aos interesses da comunidade[8].

A análise que se segue pretende responder especificamente às seguintes questões: (i) será admissível, à luz do quadro jurídico atual, as cooperativas de solidariedade social terem por fim predominante ou exclusivo a satisfação dos interesses da comunidade e não os interesses dos membros? (ii) os interesses dos membros podem traduzir-se diretamente na prossecução dos interesses da comunidade, com base nos valores do altruísmo e da solidariedade? (iii) apresentar-se-á o quadro legal em vigor adequado à prossecução do objeto e fins das cooperativas de solidariedade social?

3. A questão da essencialidade do fim mutualítico nas cooperativas

As cooperativas são «pessoas coletivas autónomas, de livre constituição, de capital e composição variáveis, que, através da cooperação e entreajuda dos seus membros, com obediência aos princípios cooperativos, visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais daqueles» (n.º 1 do art. 2.º do Código Cooperativo português (CCoop)[9].

O fim da cooperativa surge intimamente ligado à promoção dos interesses dos cooperadores, ou seja, à satisfação das suas necessidades económicas, sociais e culturais. As cooperativas não têm um fim próprio ou autónomo face aos seus membros, sendo um instrumento de satisfação das necessidades individuais (de todos e de cada um) dos cooperadores, que, no seio dela, e através dela trabalham, consomem, vendem e prestam serviços[10].

8. MEIRA, D.: "O princípio da participação económica dos membros à luz dos novos perfis do escopo mutualístico", *Boletín de la Asociación de Derecho Cooperativo*, n.º 53, 2018, pp. 107-137.

9. Lei n.º 119/2015, de 31 de agosto, com as alterações constantes da Lei n.º 66/2017, de 9 de agosto.

10. FICI, A.: "Chapter 1- Definition and Objectives of Cooperatives. Commentary". In *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports* (FAJARDO, G., FICI, A., HENRŸ, H., HIEZ, D., MEIRA, D., MÜNKNER, D., & SNAITH, I.), Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 27 e ss.

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 05/07/2020

O fim da cooperativa não é, por isso, a obtenção de lucros para depois os repartir, mas maximizar a vantagem que os membros retiram das operações que realizam com a cooperativa ou através da cooperativa.

A instrumentalidade da cooperativa face aos membros resulta, então, do facto de a atividade da cooperativa se orientar necessariamente para os seus membros, que são os destinatários principais das atividades económicas e sociais que esta leva a cabo. Diz-se, por isso, que as cooperativas têm um escopo mutualístico.

Na decorrência do escopo mutualístico da cooperativa, os cooperadores assumem a obrigação de participar na atividade da cooperativa, cooperando mutuamente e entreajudando-se. As cooperativas operam com os seus membros, no âmbito de uma atividade que a eles se dirige e na qual participam (al. c) do n.º 2 do art. 22.º do CCoop). Esta participação, assente na cooperação e entreajuda, traduzir-se-á num intercâmbio recíproco de prestações entre a cooperativa e os cooperadores, prestações essas que são próprias do objeto social da cooperativa.

A fórmula legal do art. 2.º do CCoop permite-nos, então, concluir que a cooperativa é uma entidade composta por três ou mais sujeitos (os cooperadores) para o exercício de uma atividade económica na qual os cooperadores participam cooperando (objeto social), a fim de satisfazer as necessidades daqueles (fim ou escopo mutualístico).

O fim mutualístico terá, deste modo, um caráter essencial na cooperativa. No entanto, torna-se necessário adotar um conceito de fim mutualístico aberto, suscetível de abranger as especificidades do regime jurídico das cooperativas de todos os ramos.

Efetivamente, à dimensão económica do objeto das cooperativas junta-se uma dimensão social.

Neste sentido, o princípio do interesse pela comunidade, que aparece enunciado no art. 3.º do CCoop, dispõe que «as cooperativas trabalham para o desenvolvimento sustentável das suas comunidades, através de políticas aprovadas pelos membros».

Assim, ainda que centradas nas necessidades dos seus membros, as cooperativas trabalham para conseguir o desenvolvimento sustentável das suas comunidades, segundo os critérios aprovados pelos membros.

Este princípio apresenta uma forte conexão com um outro princípio cooperativo, o princípio da adesão voluntária e livre, que corresponde ao tradicional princípio da porta aberta e que aparece formulado também no art. 3.º do CCoop nos seguintes termos: «As cooperativas são organizações voluntárias, abertas a todas as pessoas aptas a utilizar os seus serviços e dispostas a assumir a responsabilidade de membro, sem discriminações de sexo, sociais, políticas, raciais ou religiosas». Este princípio poderá ser encarado através de duas perspetivas, a saber: em primeiro lugar, a adesão deverá ser voluntária, uma vez que dependerá, exclusivamente, da vontade do cooperador;

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 05/07/2020

em segundo lugar, a adesão deverá ser aberta a todas as pessoas, desde que estas, como candidatas a cooperadores, preencham duas condições: a possibilidade de fruírem da utilidade própria da cooperativa; e a aceitação das responsabilidades inerentes à filiação.

Esta conexão entre os dois princípios é evidente, uma vez que a permeabilidade que acompanhou tradicionalmente a cooperativa no momento de incorporar novos membros encontra a sua justificação na vontade de serviço à comunidade em que aquela está inserida. A incorporação de membros provenientes do âmbito territorial onde a cooperativa realiza maioritariamente a sua atividade foi uma constante neste tipo organizacional, cuja finalidade última seria a da satisfação das necessidades sentidas pela comunidade, aparecendo a cooperativa, deste modo, como entidade geradora de empregos estáveis (principalmente porque as cooperativas, em virtude do seu forte enraizamento a nível local, desenvolvem atividades que, pela sua própria natureza, não são suscetíveis de serem deslocalizáveis) e fomentadora de um espírito empreendedor.

Assim, as cooperativas terão a particular responsabilidade de assegurar que o desenvolvimento das suas comunidades seja económica, social e culturalmente sustentado.

Destes princípios decorrerá, portanto, o envolvimento das cooperativas no contexto social, cabendo aos cooperadores a escolha das políticas através das quais esse envolvimento se concretizará.

Um outro princípio de enorme relevância para a sustentação da afirmação de que o objeto da cooperativa abrange o desenvolvimento de atividades com uma dimensão social relevante será o princípio da educação, formação e informação *(*art. 3.º do *CCoop).*

Diz o legislador que «as cooperativas promoverão a educação e a formação dos seus membros, dos representantes eleitos, dos dirigentes e dos trabalhadores, de modo que possam contribuir eficazmente para o desenvolvimento das suas cooperativas. Elas devem informar o grande público, particularmente os jovens e os líderes de opinião, sobre a natureza e as vantagens da cooperação» (art. 3.º do *CCoop*).

Este princípio realça a obrigação de as cooperativas, na sua atividade, assegurarem a educação e formação, quer dos seus membros, quer dos titulares dos seus órgãos eleitos, quer dos seus administradores, quer dos seus trabalhadores.

Além disso, este princípio abrange o dever de informar o público em geral, visando sensibilizá-los para a natureza e benefícios da cooperação, o que poderá fomentar novas adesões, e sobretudo adesões conscientes.

Refira-se, finalmente, que este princípio se concretiza, no Código Cooperativo português, através da consagração de uma reserva obrigatória «para a educação coo-

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 05/07/2020

perativa e a formação cultural e técnica dos cooperadores, dos trabalhadores da cooperativa e da comunidade» (art. 97.º). Esta reserva constitui uma das notas mais distintivas da empresa cooperativa relativamente às restantes formas de empresa. Cria-se um património afetado a fins sociais, do qual beneficiarão os próprios cooperadores, os trabalhadores da cooperativa e o meio social[11].

A constituição deste tipo de reserva, com esta finalidade, significa que a cooperativa é não só uma organização económica, mas também uma organização com finalidades sociais[12].

Poderemos, assim, afirmar que o fim mutualístico das cooperativas não se circunscreve à satisfação das necessidades dos seus membros (fim mutualístico interessado ou egoísta), devendo atender, igualmente, aos interesses da comunidade onde a cooperativa desenvolve a sua atividade (fim mutualístico desinteressado ou altruísta)[13].

4. A prevalência do fim mutualístico desnteressado ou altruísta nas cooperativas de solidariedade social

O regime jurídico das cooperativas de solidariedade social consta de um diploma próprio, o Decreto-Lei n.º 7/98, de 15 de janeiro.

No preâmbulo deste Decreto-Lei afirma-se que o legislador ao instituir o ramo das cooperativas de solidariedade social "criou mais um instrumento a que a sociedade civil poderá recorrer no combate à pobreza e à exclusão social", acrescentando-se que a «solidariedade exerce-se assim em muitas áreas que encontram resposta privilegiada na generosidade, voluntariado e intervenção muito própria do setor cooperativo».

11. V. MEIRA, D.A.: "Reflexões em torno do regime jurídico da reserva de educação e formação cooperativas". In *O Pensamento Feminino na Construção do Direito Cooperativo* (Coord. TEIXEIRA, M. FERRAZ & TEIXEIRA), Vincere Editora, Brasília, 2017, pp. 57-72.

12. FICI, A.: "La funzione sociale delle cooperative: note di diritto comparato". In *Verso un Diritto Dell' Economia Sociale. Teoria. Tendenze e Prospettive Italiane ed Europee*, Editoriale Scienttifica, Napoli, 2016, pp. 241- 263.

13. Nesta divisão do fim mutualístico em fim interessado ou egoístico e fim desinteressado ou altruísta, tomamos por referência, em termos de terminologia, a classificação das pessoas coletivas adotada, entre outros autores portugueses, por ANDRADE, M.: *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I – *Sujeitos e Objecto*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 77 e ss.. De acordo com essa classificação, as pessoas coletivas de Direito Privado dividem-se em: (i) pessoas coletivas de utilidade pública – de fim desinteressado ou altruístico; (ii) pessoas coletivas de fim interessado ou egoístico, as quais se subdividem em pessoas de fim ideal ou pessoas coletivas de fim económico não lucrativo e pessoas coletivas de utilidade particular ou fim económico lucrativo.

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 05/07/2020

Quanto ao direito que lhes é aplicável, o art. 1.º deste diploma dispõe que as cooperativas de solidariedade social se regem «pelo regime previsto neste diploma e, nas suas omissões, pelas do Código Cooperativo».

Temos, portanto, que nas áreas não cobertas pela regulação constante do Decreto-Lei n.º 7/98, de 15 de janeiro, aplicar-se-ão, de modo direto, as normas mais gerais do Código Cooperativo, que menciona o ramo das cooperativas de solidariedade social na al. l) do n.º1 do art. 4.º. Por sua vez, o n.º 4 deste mesmo artigo dispõe que «As cooperativas de solidariedade social que prossigam os objetivos previstos no artigo 1.º do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social, aprovado pelo DL n.º 119/83, de 25 de fevereiro, com a redação dada pelo DL n.º 172-A/2014, de 14 de novembro, e que sejam reconhecidas nessa qualidade pela Direção-Geral da Ação Social, são equiparadas às instituições particulares de solidariedade social, aplicando-se-lhes o mesmo estatuto de direitos, deveres e benefícios, designadamente fiscais»[14].

Prevê-se, deste modo, uma equiparação das cooperativas de solidariedade social às instituições particulares de solidariedade social (IPSS), aplicando-se-lhes o mesmo estatuto de direitos, deveres e benefícios previsto no mencionado Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social (EIPSS). O reconhecimento por equiparação a IPSS das cooperativas de solidariedade social que prossigam os objetivos previstos no Estatuto das IPSS obedecerá às regras previstas no Despacho n.º 3859/2016 do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social. Nos termos do referido diploma (art. 1.º), tal reconhecimento poderá ser requerido pela própria cooperativa à Direção-Geral da Segurança Social (DGSS), devidamente instruído (art. 2.º), seguindo-se a emissão de um parecer fundamentado quanto ao pedido por parte do Centro Distrital da Segurança Social da área da sede da cooperativa (art. 3.º). Posteriormente, o processo seguirá para a DGSS, que, após avaliação, proferirá despacho de concessão ou recusa do reconhecimento (art. 4.º)[15].

Existe, assim, uma pluralidade de diplomas-fonte de regulação das cooperativas de solidariedade social, que se regem pelo o regime previsto no Decreto-Lei n.º 7/98, de 15 de janeiro e, nas suas omissões, pelas do Código Cooperativo, sem prejuízo da extensão às cooperativas de solidariedade social dos direitos, deveres e benefícios das IPSS, contantes do EIPSS.

14. V. FERNANDES, T.: "Artigo 4.º". In: *Código Cooperativo Anotado* (Coord. MEIRA, D. & RAMOS, M.E.), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 37-42.

15. V. SARAIVA, R.: "As instituições particulares de solidariedade social". In *Organização Administrativa: novos actores, novos modelos* (Coord. GOMES, C.A., NEVES, A.F. & TIAGO SERRÃO), Vol. II. Lisboa: AAFDL Editora, Lisboa, pp. 69-97.

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 05/07/2020

O art. 2.º do Decreto-Lei n.º 7/98, de 15 de janeiro fornece a noção de cooperativas de solidariedade social: «1 - São cooperativas de solidariedade social as que através da cooperação e entreajuda dos seus membros, em obediência aos princípios cooperativos, visem, sem fins lucrativos, a satisfação das respetivas necessidades sociais e a sua promoção e integração, nomeadamente nos seguintes domínios: a) Apoio a grupos vulneráveis, em especial a crianças e jovens, pessoas com deficiência e idosos; b) Apoio a famílias e comunidades socialmente desfavorecidas com vista à melhoria da sua qualidade de vida e inserção socioeconómica; c) Apoio a cidadãos portugueses residentes no estrangeiro, durante a sua permanência fora do território nacional e após o seu regresso, em situação de carência económica; d) Desenvolvimento de programas de apoio direcionados para grupos alvo, designadamente em situações de doença, velhice, deficiência e carências económicas graves; e) Promoção do acesso à educação, formação e integração profissional de grupos socialmente desfavorecidos. 2 - Além dos enumerados no número anterior, as cooperativas de solidariedade social podem desenvolver outras ações que apresentem uma identidade de objeto com as previstas no número anterior e, nos limites do Código Cooperativo, prestar serviços a terceiros».

Esta noção legal torna evidente que não se permite uma cooperativa de solidariedade social sem um escopo mutualístico mínimo. Nas palavras do legislador, estas cooperativas «mediante a cooperação e a entreajuda dos seus membros e em obediência aos princípios cooperativos, visam, sem fins lucrativos, a satisfação das respetivas necessidades sociais e a sua promoção e integração».

A noção legal também torna evidente que o objetivo das cooperativas de solidariedade social se concretiza numa clara missão de assistência a situações de vulnerabilidade social e económica, assentando num paradigma de intervenção social, dando expressão aos valores do altruísmo e da solidariedade, contribuindo para a efetivação dos direitos sociais.

As especificidades deste objetivo são reforçadas pelo facto de, como vimos, serem equiparadas a IPSS as cooperativas de solidariedade social que prossigam os objetivos previstos no art. 1.º-A do Estatuto das IPSS. Ora, tais objetivos concretizam -se mediante a concessão de bens, prestação de serviços e de outras iniciativas de promoção do bem -estar e qualidade de vida das pessoas, famílias e comunidades, nomeadamente nos seguintes domínios: a) Apoio à infância e juventude, incluindo as crianças e jovens em perigo; b) Apoio à família; c) Apoio às pessoas idosas; d) Apoio às pessoas com deficiência e incapacidade; e) Apoio à integração social e comunitária; f) Proteção social dos cidadãos nas eventualidades da doença, velhice, invalidez e morte, bem como em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho; g) Prevenção, promoção e proteção

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 05/07/2020

da saúde, nomeadamente através da prestação de cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação e assistência medicamentosa; h) Educação e formação profissional dos cidadãos; i) Resolução dos problemas habitacionais das populações; j) Outras respostas sociais não incluídas nas alíneas anteriores, desde que contribuam para a efetivação dos direitos sociais dos cidadãos[16].

Torna-se assim evidente que, nas cooperativas de solidariedade social, a força motriz não é a prossecução de um fim mutualístico interessado ou egoísta, mas a prossecução de um fim mutualístico desinteressado, assente nos valores do altruísmo e da solidariedade.

Este fim desinteressado ou altruísta, que o art. 9.º do Decreto-Lei n.º 7/98, de 15 de janeiro designa de «fins de solidariedade social», tem de ser confirmado pela credencial emitida pela *Cooperativa António Sérgio para a Economia Social* (CASES). Efetivamente, o referido art. 9.º sujeita as cooperativas de solidariedade social à credenciação prevista no art. 117.º do CCoop, que, além de confirmar a natureza cooperativa da entidade constituída e o seu legal funcionamento, confirmará também os seus fins de solidariedade social, sendo que o apoio técnico e financeiro por parte das entidades públicas, nomeadamente nas áreas da inserção e segurança social, fica dependente daquela credencial[17].

5. Projeções do fim mutualístico desinteressado ou altruísta no regime jurídico das cooperativas de solidariedade social

As cooperativas de solidariedade social baseiam toda a sua atividade nos valores da solidariedade e do altruísmo, pelo que o seu regime jurídico apresenta certas peculiaridades, quer no que respeita às categorias de membros, quer quanto à estrutura orgânica, quer quanto ao regime económico.

Nas linhas que se seguem pretendemos identificar estas especificidades e averiguar se as mesmas estão adequadamente tratadas na legislação que enquadra as cooperativas de solidariedade social.

16. V. LOPES, L.: "Breves nótulas sobre o "novo estatuto" das Instituições Particulares de Solidariedade Social no Direito nacional e no Direito da União Europeia", *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 37, 2018, pp. 139-164.

17. V. OLIM, A.C.: "Artigo 117.º". In *Código Cooperativo Anotado* (Coord. MEIRA, D. & RAMOS, M.E.), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 621-623.

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 05/07/2020

5.1. Categorias de membros

À luz do disposto nos arts. 4.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 7/98, de 15 de janeiro, os membros das cooperativas de solidariedade social podem ser de duas categorias: membros efetivos e membros honorários.

O art. 4.º dispõe que «podem ser membros efetivos as pessoas que, propondo-se utilizar os serviços prestados pela cooperativa, em benefício próprio ou dos seus familiares, ou nela desenvolver a sua atividade profissional, voluntariamente solicitem a sua admissão».

Por sua vez, o art. 5.º dispõe, no seu n.º 1, que «Podem ser membros honorários aqueles que contribuam com bens ou serviços, nomeadamente de voluntariado social, para o desenvolvimento do objeto da cooperativa».

A cooperativa de solidariedade social pode, assim, funcionar: (i) como uma cooperativa de utentes, quando os seus membros são os beneficiários principais dos bens ou dos serviços por ela disponibilizados; (ii) como uma cooperativa de produtores, quando associa pessoas que nela visam desenvolver a sua atividade profissional ou de voluntariado social; (ii) ou como uma cooperativa mista de utentes e produtores.

À luz do atual regime, os membros efetivos apresentam-se como os membros de referência da cooperativa. A eles se reporta a noção de cooperativa de solidariedade social constante do art. 2.ºdo Decreto-Lei n.º 7/98, de 15 de janeiro. Como já foi referido, a cooperativa de solidariedade social nasce para satisfazer as necessidades sociais dos seus membros cooperadores ou das suas famílias nos domínios da saúde, da educação, da integração profissional, ou como via para o desenvolvimento de uma atividade profissional.

Na categoria dos membros honorários, o legislador destaca os membros voluntários, os quais assumem uma cada vez maior importância nas cooperativas de solidariedade social.

O voluntário é o «indivíduo que de forma livre, desinteressada e responsável se compromete, de acordo com as suas aptidões próprias e no seu tempo livre, a realizar ações de voluntariado no âmbito de uma organização promotora» (art. 3º, nº1, da Lei n.º 71/98, de 3 de novembro). A qualidade de voluntário não pode decorrer de relação de trabalho subordinado ou autónomo ou de qualquer relação de conteúdo patrimonial com a organização promotora, sem prejuízo de regimes especiais constantes da lei.

A este propósito cabe perguntar se pode ou não uma cooperativa de solidariedade social funcionar como uma organização promotora de voluntariado.

Podem ser organizações promotoras de voluntariado as organizações públicas da administração central, regional ou local ou outras pessoas coletivas de direito público

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 05/07/2020

ou privado, legalmente constituídas, que reúnam condições para integrar voluntários e coordenar o exercício da sua atividade (Lei n.º 71/98, de 3 de novembro). Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 389/99, de 30 de setembro estabelece que são organizações promotoras de voluntariado as que reúnem condições para integrar voluntários e coordenar o exercício da sua atividade, desenvolvendo atividades nos seguintes domínios: cívico, da ação social, da saúde, da educação, da ciência e cultura, da defesa do património e do ambiente, da defesa do consumidor, da cooperação para o desenvolvimento, do emprego e da formação profissional, da reinserção social, da proteção civil, do desenvolvimento da vida associativa e da economia social, da promoção do voluntariado e da solidariedade social, ou em outros de natureza análoga[18].

Nada impede que a forma jurídica escolhida para enquadrar uma organização promotora de voluntariado seja a cooperativa de solidariedade social, existindo já em Portugal alguns exemplos de cooperativas de solidariedade social promotoras de voluntariado[19].

Porque os voluntários podem ser os membros de referência de uma cooperativa de solidariedade social, torna-se necessário revisitar as definições legais de membro efetivo e de membro honorário. Quando um grupo de voluntários constitui uma cooperativa de solidariedade social para através dela, de forma integrada, exercer a sua atividade de voluntariado, à luz das definições em vigor, estaremos perante membros efetivos e não membros honorários. Deveria, por isso, a definição legal de membro efetivo referir, para além do exercício da atividade profissional, o exercício de outras atividades, designadamente a de voluntariado social.

Tendo em conta que o Código Cooperativo se aplica subsidiariamente às cooperativas de solidariedade social, poderemos nelas encontrar uma outra categoria de membros: a categoria dos membros investidores. A figura dos membros investidores constituiu uma das mais relevantes novidades da reforma de 2015 do Có digo Cooperativo Português. Estes membros investidores poderão proporcionar à cooperativa a obtenção de meios de financiamento em melhores condições do que os oferecidos pelo mercado, quando não sejam suficientes os recursos trazidos pelos membros cooperadores (art. 20.º do CCoop)[20].

18. V. FERREIRA, F.: "O voluntariado e a promoção do voluntariado em Portugal", *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 36, 2017, pp. 305-316; CATARINO, A.: "Prática do voluntariado. Economia Social na prática", *Revista ES-Economia Social. Leituras e Debates*, n.º 2, Agosto 2018, www.revista-es.info.

19. Informação disponível em: https://portugalvoluntario.pt/cs2i/organizations-list?dswid=4326

20. V. FAJARDO, G.: "Artigo 20.º". In *Código Cooperativo Anotado* (Coord. MEIRA, D. & RAMOS, M.E.), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 122-128.

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 05/07/2020

A sustentabilidade financeira das cooperativas de solidariedade social passa pela sua capacidade de aumentar as receitas próprias, recorrendo à figura dos membros investidores ou outras.

No entanto, são por todos reconhecidas as dificuldades em mobilizar financiamento público ou privado para as entidades que operam no setor social. Este reconhecimento levou ao surgimento de um novo segmento do setor financeiro, denominado de investimento social, o qual visa promover a sustentabilidade e o crescimento dos projetos de inovação social incubados em organizações do setor da economia social, obtendo o investidor social não um retorno financeiro em sentido estrito, mas um retorno associado à geração de impacto social ou ambiental mensurável[21]. O investimento social surge, assim, associado a práticas de investimento socialmente responsável. Este mercado de investimento social abrange um conjunto de instrumentos financeiros, tais como: a Capacitação para o Investimento Social; as Parcerias para o Impacto; os Títulos de Impacto Social; o Fundo para a Inovação Social; as Obrigações de Impacto Social[22].

Estes investidores sociais poderão, ainda, assumir a veste de mecenas sociais, os quais concedem donativos em dinheiro ou em espécie, usufruindo, em contrapartida, de um benefício fiscal (art. 2.º do Decreto-Lei n.º 74/99 de 16 de março).

Não pode o legislador alhear-se deste novo mercado dos investidores sociais, devendo oferecendo-lhes a possibilidade de uma participação mais ativa na vida da cooperativa, a qual se se poderá concretizar mediante a aquisição da qualidade de membro honorário.

5.2. A admissão dos membros

Refira-se que podem ser membros de uma cooperativa todas as pessoas singulares ou coletivas, de direito público ou privado, que preencham os requisitos de admissão previstos na lei e nos estatutos.

O Decreto-Lei n.º 7/98, de 15 de janeiro é omisso quanto ao processo de admissão dos membros efetivos, pelo que se aplicarão as disposições do Código Cooperativo, pensadas para as cooperativas em geral e que, portanto, não contemplam eventuais especificidades decorrentes do facto de, nas cooperativas de solidariedade social, o fim prosseguido ser um fim desinteressado ou altruísta.

21. V. ALMEIDA, F. & SANTOS, F.: "Portugal Inovação Social: na encruzilhada dos tempos", *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 39, 2017, pp. 443-462.

22. V. MEIRA, D. & RAMOS, M.E.: "Social entrepreneurship: legislative contributions", *RED. Revista Eletrónica de Direito*, n.º 2 (VOL. 19), 2019, pp. 136-162.

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 05/07/2020

Este regime de admissão, assente no princípio da adesão voluntária e livre, estabelece que o candidato a membro cooperador efetivo deverá requerer a sua admissão junto do órgão de administração da cooperativa (n.º1 do art. 19.º do CCoop).

O legislador estabeleceu que os estatutos de cada cooperativa deverão conter as «condições de admissão» dos membros [al. a), do n.º 2, do art. 16.º do CCoop]; e, se um candidato preencher essas condições, a proposta de admissão terá ainda que ser objeto de deliberação do órgão de administração e/ou da assembleia geral [arts. 38.º, al. k) e 47.º, al. d), do CCoop]. Esta deliberação terá caráter constitutivo, quanto à aquisição da qualidade de cooperador. A admissão ou a recusa é comunicada ao candidato no prazo fixado nos estatutos, ou supletivamente no prazo máximo de 180 dias (n.º 2 do art. 19.º do CCoop)[23].

Não há qualquer imposição legal de que as cooperativas aceitem membros honorários. Não funciona para esta categoria de membros o princípio da adesão voluntária e livre. Assim se compreende que o n.º 2 do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 7/98, de 15 de janeiro estabeleça que a admissão dos membros honorários é feita em assembleia geral, mediante proposta fundamentada do órgão de administração da cooperativa, da qual constará obrigatoriamente um relatório sobre as liberalidades em bens ou serviços que contribuam de forma notória para o desenvolvimento do objeto da cooperativa.

Quanto à admissão de membros investidores aplicar-se-ão as disposições previstas no Código Cooperativo.

A admissão de membros investidores resultará sempre de uma decisão dos membros cooperadores. Assim, no momento da constituição da cooperativa de solidariedade social, os estatutos deverão necessariamente fixar as «condições e limites da existência de membros investidores quando os houver» (al. f) do n.º 1 do art. 16.º do CCoop). No n.º 1 do art. 20.º determina-se que «os estatutos podem prever a admissão de membros investidores». Isto significa que os membros investidores não poderão ser membros fundadores da cooperativa.

Para além de previsão estatutária, a admissão de membros investidores ainda estará dependente de proposta do órgão de administração a ser submetida a aprovação da assembleia geral (n.os 3 e 4 do art. 20.ºdo CCoop).

Quando há a participação do Estado ou de pessoas coletivas de direito público, o modelo adotado tem sido o da constituição, por decisão administrativa, de uma cooperativa de interesse público (Decreto-Lei 31/84, de 21 de janeiro e art. 6.º do

23. V. MEIRA, D.: "Identidade cooperativa, admissão e demissão dos cooperadores. Realidades convergentes no direito português". In *Direito Cooperativo e Identidade Cooperativa* (Coord. MIRANDA, J., SOUSA, L. & GADEA, E.), Brazil Publishing., Curitiba, 2019, pp.71 e ss.

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 05/07/2020

CCoop), inserida no ramo da solidariedade social. Estamos perante uma forma cooperativa de prestação de serviços de interesse público, promovendo atividades económicas de relevante interesse geral, sendo os cidadãos os consumidores dos serviços prestados ou produzidos[24].

5.3. A estrutura orgânica: algumas questões

Os órgãos legais das cooperativas de solidariedade social portuguesas compreendem a assembleia geral, o órgão de administração, os órgãos de fiscalização (n.º 1 do art. 27.º do CCoop) e, ainda, caso os estatutos o prevejam, um "Conselho geral", que reúne todos os membros honorários e todos os titulares dos órgãos sociais da cooperativa (art. 6.º, nº1 do Decreto-Lei n.º 7/98).

Na assembleia geral participam todos os cooperadores e membros investidores no pleno gozo dos seus direitos (art. 33.º do CCoop).

A participação em assembleias gerais é um direito/dever dos membros.

O direito de participação plena compreende: o direito de estar presente nas reuniões, o direito de nelas apresentar propostas, o direito de pedir informações e de intervir nos debates, e o direito de votar (art. 21º, n.º 1, al. b), do CCoop).

Ora, impõe-se uma alteração do regime jurídico das cooperativas de solidariedade social, dado que este prevê uma restrição à participação plena dos membros honorários na assembleia geral, os quais apenas podem assistir às assembleias gerais sem direito de voto (art. 5.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 7/98), o que viola claramente o princípio cooperativo da gestão democrática pelos membros (art. 3.º do CCoop). Efetivamente, o direito de tomar parte na assembleia geral constitui o «núcleo duro» do direito de participação de um membro numa cooperativa, que é, à luz daquele princípio, uma organização «democraticamente gerida pelos seus membros».

Acresce que também encontramos na legislação setorial das cooperativas de solidariedade social uma compressão do direito de eleger e ser eleito para os órgãos da cooperativa (al. c) do n.º1 do art. 21.º do CCoop). Este direito enquadra-se no direito mais geral de participar na governação da cooperativa, compreendendo duas dimensões: uma dimensão ativa (o direito de eleger) e uma dimensão passiva (o direito de ser eleito). Este direito está intimamente ligado ao princípio da autogestão cooperativa, que, por sua vez, decorre do referido princípio da gestão democrática[25].

24. V. LEITE, J.Z.: "Artigo 6.º". In *Código Cooperativo Anotado* (Coord. MEIRA, D. & RAMOS, M.E.), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 45-51.

25. V. FICI, A.: "Artigo 21.º". In *Código Cooperativo Anotado* (Coord. MEIRA, D. & RAMOS, M.E.), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 129-134.

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 05/07/2020

Ora, o n.º 3 do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 7/98 impede os membros honorários de elegerem ou serem eleitos para os órgãos sociais da cooperativa de solidariedade social.

Uma outra questão que merece a nossa atenção prende-se com a circunstância de estas cooperativas se caraterizarem, frequentemente, por uma heterogeneidade de membros: membros trabalhadores, membros voluntários, membros destinatários dos serviços prestados pela cooperativa ou seus familiares, membros investidores, membros financiadores, entre outros[26].

Como conciliar os interesses das diferentes categorias de membros em termos de governação cooperativa? Como assegurar uma governação verdadeiramente participativa e democrática?

Nas cooperativas com diferentes categorias de membros existe uma heterogeneidade que obriga à definição de regras quanto ao exercício do direito de voto e quanto à participação nos órgãos da cooperativa, regras estas que deverão impedir que uma categoria de membros possa dominar as demais. O legislador português resolveu este problema privando os membros honorários do exercício do direito de voto e do exercício do direito de eleger e ser eleito para os órgãos da cooperativa. Contudo, já realçamos que estas disposições legais violam o princípio cooperativo da gestão democrática pelos membros, pelo que haverá que encontrar outras soluções.

A doutrina tem apontado como possíveis soluções as seguintes: admissibilidade do voto plural; definição, por via estatutária, de regras que garantam uma representação justa e equitativa de cada categoria de membros nos órgãos de administração e de fiscalização[27].

Estas regras estão previstas no Código Cooperativo que, desde a reforma de 2015, admite duas categorias de membros (os membros cooperadores, que são os membros de referência da cooperativa, e os membros investidores) e a possibilidade do voto plural.

Efetivamente, os membros investidores podem participar, ainda que limitadamente, nas decisões da cooperativa, não podendo representar, em caso algum, mais de 25% do número de elementos efetivos que integrem o órgão (de administração ou de fiscalização) para que são eleitos (n.º 8 do art. 29.º do CCoop).

26. V. HIEZ, D.: "The general interest cooperatives: a challenge for cooperative law", cit., pp. 105-106.

27. V. MÜNKNER, H.: "How co-operative are social co-operatives?", *CES -Cooperativismo e Economía Social*, n.º 38, 2016, p. 54; SNAITH, I.: "Chapter 2. Cooperative Governance. Commentary". In *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, cit., pp. 60 e ss.

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 05/07/2020

Nas assembleias gerais das cooperativas de primeiro grau, a regra é a da igualdade de direito de voto de todos os membros (art. 40.º do CCoop)[28], mas admite-se a possibilidade de os estatutos consagrarem, respeitados que sejam determinados limites legais imperativos, o voto plural nas cooperativas de primeiro grau (n.º 1 do art. 41.º do CCoop), o qual pode ser atribuído a cooperadores ou a membros investidores. Sendo atribuído a cooperadores, sê-lo-á sempre em função da atividade do cooperador na cooperativa (art. 41.º do CCoop) e nunca em função da participação no capital social. O Código Cooperativo remete para os estatutos a definição das condições e critérios de que depende a atribuição de voto plural a membros investidores (n.º 5 do art. 41.º do CCoop).

Em nome dos princípios cooperativos da gestão democrática e da autonomia e independência, o Código Cooperativo consagra, em normas legais imperativas, limites quanto à atribuição do voto plural (art. 41.º do CCoop): a) limites quanto à dimensão da cooperativa -em cooperativas com menos de 20 cooperadores está proibido o voto plural; b) limites quanto a determinados ramos- o voto plural está proibido nas cooperativas de produção operária, de artesanato, de pescas, de consumo e de solidariedade social; c) limites quanto ao número de votos a atribuir a cada cooperador/membro investidor -três, em cooperativas até 50 cooperadores, e cinco, em caso de cooperativas com mais de 50 cooperadores; d) limites quanto às matérias objeto de deliberação pela assembleia geral- em deliberações previstas nas alíneas g), h), i) e j), do art. 38.º do CCoop, cada cooperador/membro investidor dispõe apenas de um voto (funciona, pois, exclusivamente, a regra geral constante do art. 40.º, n.º 1, do CCoop, ou seja, «um membro, um voto»); e) por fim, limites para os membros investidores - cada membro investidor não pode ter direitos de voto superiores a 10% do total de votos dos cooperadores e os membros investidores não podem, no total, ter direitos de voto superiores a 30% do total de votos dos cooperadores (art. 41.º, n.º 7, do CCoop[29].

Tal significa que não é permitido, no estado atual da legislação cooperativa portuguesa, o voto plural nas cooperativas de solidariedade social, impondo-se uma alteração no sentido da sua admissibilidade neste ramo cooperativo, tendo em conta a heterogeneidade de membros que o carateriza.

28. V. MEIRA, D. & RAMOS, M.E.: "Artigo 40.º". In *Código Cooperativo Anotado* (Coord. MEIRA, D. & RAMOS, M.E.), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 230-234.

29. V. MEIRA, D. & RAMOS, M.E.: "Artigo 41.º". In *Código Cooperativo Anotado* (Coord. MEIRA, D. & RAMOS, M.E.), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 235-240.

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 05/07/2020

5.4. Especificidades do regime económico decorrentes do fim mutualístico desinteressado ou altruísta das cooperativas de solidariedade social

Nas cooperativas de solidariedade social é proibida a distribuição de excedentes entre os membros, o que significa que todos os excedentes reverterão, obrigatoriamente, para reservas (artigo 7º do Decreto-Lei nº 78/98, de 15 de janeiro).

Esta impossibilidade de distribuir excedentes resulta do facto de estas cooperativas desenvolverem a sua atividade principalmente no interesse da comunidade, guiadas pelos valores do altruísmo e da solidariedade, ou seja, prosseguirem um fim mutualístico desinteressado ou altruísta.

O regime jurídico dos excedentes e seu retorno aos cooperadores assenta no pressuposto de uma cooperativa que prossegue um fim mutualístico principalmente ou exclusivamente interessado ou egoísta.

Efetivamente, os excedentes são os resultados positivos que decorrem da prossecução do escopo mutualístico pela cooperativa, correspondendo à diferença entre as receitas e os custos das operações que a cooperativa desenvolve com os seus membros cooperadores. Trata-se de um valor provisoriamente pago a mais pelos cooperadores à cooperativa ou pago a menos pela cooperativa aos cooperadores, como contrapartida da participação destes na atividade da cooperativa[30].

A regra que consta do Código Cooperativo é a de que os excedentes poderão retornar aos cooperadores (n.º 1 do art. 100.º do CCoop). O retorno de excedentes funcionará como uma correção *a posteriori*, através da qual se devolverá, a quem formou o excedente, a diferença entre o preço praticado e o custo, ou a diferença entre as receitas líquidas e os adiantamentos laborais pagos, diferença esta determinada com exatidão no final de cada exercício.

A distribuição do retorno entre os cooperadores será proporcional às operações feitas por cada um deles com a cooperativa, no referido exercício. Sendo os excedentes, resultantes de operações da cooperativa com os seus cooperadores, compreende-se, assim, que, quando ocorra o retorno, ele corresponda ao volume dessas operações e não ao número de títulos de capital que cada um detenha.

Não há, todavia, um direito subjetivo ao retorno dos excedentes. O princípio cooperativo da participação económica dos membros (art. 3.º do CCoop) aponta três destinos possíveis para os excedentes: 1.º «desenvolvimento das suas cooperativas"; 2.º «apoio a outras atividades aprovadas pelos membros»; 3.º «distribuição dos excedentes em benefício dos membros na proporção das suas transações com a

30. V. FAJARDO, G. & MEIRA, A.: "Chapter 3. Cooperative Financial Structure. Commentary". In *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, cit., pp. 89 e ss.

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 05/07/2020

cooperativa». A legislação cooperativa não impõe, por isso, às cooperativas a obrigatoriedade de retornar os excedentes aos cooperadores.

Neste contexto, nas cooperativas de solidariedade social proíbe-se o retorno dos excedentes. Esta opção legislativa contribui para um melhor autofinanciamento da cooperativa[31].

Note-se que esta impossibilidade de fazer retornar os excedentes aos cooperadores implica que as reservas livres criadas com os excedentes anuais líquidos que remanesçam (art. 98.º do CCoop) não serão em caso algum repartíveis. Sendo assim, quando o cooperador sai da cooperativa de solidariedade social, por demissão ou por qualquer outra via, não terá direito à quota-parte das reservas não obrigatórias repartíveis, de que se fala no n.º 2 do art. 89.º do CCoop.

Este fim mutualista desinteressado ou altruísta prosseguido pelas cooperativas de solidariedade social implica que o princípio da devolução desinteressada seja mais intenso nestas cooperativas. Efetivamente, em caso de liquidação de uma cooperativa de solidariedade social, a que não suceda outra entidade cooperativa do mesmo ramo, o saldo de todas as reservas (obrigatórias ou voluntárias) reverte para outra cooperativa de solidariedade social, preferencialmente do mesmo município, a determinar pela federação ou confederação representativa da atividade principal da cooperativa (art. 8.º do Decreto-Lei n.º 7/98, de 15 de janeiro).

Deste modo, o regime económico das cooperativas de solidariedade social, tal como está previsto no ordenamento jurídico português, mostra-se adequado às especificidades do fim mutualista desinteressado ou altruísta por elas prosseguido[32].

6. Conclusões

As cooperativas de solidariedade social inserem-se num movimento de reinvenção do modelo cooperativo iniciado em Itália, em 1990, com as cooperativas sociais italianas, movimento este que conduziu ao surgimento de cooperativas com um objetivo centrado, predominantemente ou exclusivamente, na prossecução de fins de interesse geral.

O fim mutualístico das cooperativas não se circunscreve à satisfação das necessidades dos seus membros (fim mutualístico interessado ou egoísta), devendo atender,

31. V. MEIRA, D.: "Artigo 100.º". In *Código Cooperativo Anotado* (Coord. MEIRA, D. & RAMOS, M.E.), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 539-547.

32. V. MEIRA, D.: "Artigo 114.º". In *Código Cooperativo Anotado* (Coord. MEIRA, D. & RAMOS, M.E.), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 606-610.

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 05/07/2020

igualmente, aos interesses da comunidade onde a cooperativa desenvolve a sua atividade (fim mutualístico desinteressado ou altruísta).

As cooperativas de solidariedade social portuguesas prosseguem, a título principal ou exclusivo, um fim mutualístico desinteressado ou altruísta, que o legislador designa de «fins de solidariedade social».

Estas cooperativas caraterizam-se por uma heterogeneidade de membros, que o legislador agrupa em duas categorias: os membros efetivos e os membros honorários.

Impõe-se uma revisitação dos conceitos de membro efetivo e de membro honorário, de forma a adequá-los à realidade atual das cooperativas de solidariedade social, com destaque para o papel cada vez mais relevante que o voluntariado social assume nestas entidades. Nada impede que uma cooperativa de solidariedade social enquadre uma organização promotora de voluntários, os quais se assumem como os membros de referência da cooperativa, devendo ser integrados na categoria dos membros efetivos. Acresce que o conceito de membro honorário deverá ser alargado de forma a poder abranger a nova categoria dos membros investidores, introduzida na reforma de 2015 do Código Cooperativo, bem como os investidores sociais, que assumem uma relevância cada vez maior na promoção e sustentabilidade destas entidades.

Impõe-se, ainda, uma alteração legislativa que elimine as restrições à participação plena dos membros honorários nas assembleias gerais das cooperativas de solidariedade social. Devem os membros honorários, pela importância crescente que vêm assumindo nestas cooperativas, ter o direito de voto e de eleger e ser eleitos para os órgãos sociais da cooperativa. Só assim se cumpre o princípio cooperativo da gestão democrática pelos membros.

Finalmente, de forma a conciliar os interesses destas diferentes categorias de membros, impõe-se a admissibilidade do voto plural nas cooperativas de solidariedade social, eliminando as restrições previstas no art. 41.º do CCoop quanto a este ramo cooperativo.

Todas estas alterações legislativas são essenciais para que a cooperativa de solidariedade social prossiga, de forma eficaz, o seu fim mutualístico desinteressado ou altruísta.

Em matéria de regime económico, o quadro jurídico atual das cooperativas de solidariedade social mostra-se adequado às especificidades dos fins por elas prosseguidos, que fundamentam a proibição do retorno dos excedentes e tornam mais intenso o princípio da devolução desinteressada.

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 05/07/2020

Bibliografia

ALMEIDA, F. & SANTOS, F.: "Portugal Inovação Social: na encruzilhada dos tempos", *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 39, 2017, pp. 443-462.

ANDRADE, M.: *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I – *Sujeitos e Objecto*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

CATARINO, A.: "Prática do voluntariado. Economia Social na prática", *Revista ES-Economia Social. Leituras e Debates*, n.º 2, Agosto 2018. www.revista-es.info.

FAJARDO, G. & MEIRA, A.: "Chapter 3- Cooperative Financial Structure. Commentary". In *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports* (FAJARDO, G., FICI, A., HENRŸ, H., HIEZ, D., MEIRA, D., MÜNKNER, H. & SNAITH, I), Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 73-95. DOI: https://doi.org/10.1017/9781780686073

FAJARDO, G.: "Artigo 20.º". In *Código Cooperativo Anotado* (Coord. MEIRA, D. & RAMOS, M.E.), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 122-128.

FAUQUET, G.: *O Sector Cooperativo. Ensaio sobre o lugar do homem nas instituições cooperativas e destas na economia* (tradução de F. Pinto), Livros Horizonte, Lisboa, 1980.

FERNANDES, T.: "Artigo 4.º". In *Código Cooperativo Anotado* (Coord. MEIRA, D. & RAMOS, M.E.), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 37-42.

FERREIRA, F.: "O voluntariado e a promoção do voluntariado em Portugal", *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 36, 2017, pp. 305-316.

FICI, A.: "La funzione sociale delle cooperative: note di diritto comparato". In *Verso un Diritto Dell' Economia Sociale. Teoria. Tendenze e Prospettive Italiane ed Europee*, Editoriale Scienttifica, Napoli, 2016, pp. 241- 263.

FICI, A.: "Chapter 1. Definition and Objectives of Cooperatives. Commentary". In *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports* (FAJARDO, G., FICI, A., HENRŸ, H., HIEZ, D., MEIRA, D., MÜNKNER, H. & SNAITH, I), Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 19-45. DOI: https://doi.org/10.1017/9781780686073

FICI, A.: "Artigo 21.º". In *Código Cooperativo Anotado* (Coord. MEIRA, D. & RAMOS, M.E.), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 129-134.

HIEZ, D.: "The general interest cooperatives: a challenge for cooperative law", *IJCL-International Jounal of Cooperative Law*, n.º I, 2018, pp. 93-109.

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 05/07/2020

LEITE, J.Z.: "Artigo 6.º". In *Código Cooperativo Anotado* (Coord. MEIRA, D. & RAMOS, M.E.), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 45-51.

LOPES, L.: "Breves nótulas sobre o "novo estatuto" das Instituições Particulares de Solidariedade Social no Direito nacional e no Direito da União Europeia", *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 37, 2018, pp. 139-164.

MARGADO, A.: "SCIC, Société coopérative d'intérêt collectif", *RECMA-Revue Internationale de l'économie sociale,* n.º 284, 2002, pp. 19-30.

MEIRA, D.A.: "A Lei de Bases da Economia Social Portuguesa: do projeto ao texto final", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa,* n.º 24, 2013, pp. 21-52.

MEIRA, D.A.: "Reflexões em torno do regime jurídico da reserva de educação e formação cooperativas". In *O Pensamento Feminino na Construção do Direito Cooperativo* (Coord. FERRAZ TEIXEIRA, M.), Vincere Editora, Brasília, 2017, pp. 57-72.

MEIRA, D.: "O princípio da participação económica dos membros à luz dos novos perfis do escopo mutualístico", *Boletín de la Asociación de Derecho Cooperativo*, n.º 53, 2018, pp. 107-137.
DOI: http://dx.doi.org/10.18543/baidc-53-2018pp107-137

MEIRA, D.: "Artigo 100.º". In *Código Cooperativo Anotado* (Coord. MEIRA, D. & RAMOS, M.E.), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 539-547.

MEIRA, D.: "Artigo 114.º". In *Código Cooperativo Anotado* (Coord. MEIRA, D. & RAMOS, M.E.), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 606-610.

MEIRA, D.: "The Portuguese Social Solidarity Cooperative *versus* The PECOL General Interest Cooperative", *International Journal of Cooperative Law*, n.º 2, 2019, pp. 57-71.

MEIRA, D.: "Identidade cooperativa, admissão e demissão dos cooperadores. Realidades convergentes no direito português". In *Direito Cooperativo e Identidade Cooperativa* (Coord. MIRANDA, J., SOUSA, L. & GADEA, E.), Brazil Publishing., Curitiba, 2019, pp. 71-96.

MEIRA, D. & RAMOS, M.E.: "Artigo 40.º". In *Código Cooperativo Anotado* (Coord. MEIRA, D. & RAMOS, M.E.), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 230-234.

MEIRA, D. & RAMOS, M.E.: "Artigo 41.º". In *Código Cooperativo Anotado* (Coord. MEIRA, D. & RAMOS, M.E.), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 235-240.

MEIRA, D. & RAMOS, M.E.: "Social entrepreneurship: legislative contributions", *RED. Revista Eletrónica de Direito*, n.º 2 (Vol. 19), 2019, pp. 136- 162.
DOI: https://doi.org/10.24840/2182-9845_2019-0002_0006

MÜNKNER, H.: "How co-operative are social co-operatives?", *CES - Cooperativismo e Economía Social*, n.º 38, 2016, pp. 33-75.

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 05/07/2020

OLIM, A.C.: "Artigo 117.º". In *Código Cooperativo Anotado* (Coord. MEIRA, D. & RAMOS, M.E.), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 621-623.

RODRÍGUEZ, A. & ORTEGA, A.: "Algunas consideraciones sobre las cooperativas de iniciativa social en el marco del fomento de empleo y la inserción laboral. una perspectiva jurídico-económica", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n.º 19, 2008, pp. 57-78.

SARAIVA, R.: "As instituições particulares de solidariedade social". In *Organização Administrativa: novos actores, novos* (Coord. GOMES, C.A., NEVES, A.F. & TIAGO SERRÃO), Vol. II. Lisboa: AAFDL Editora, Lisboa, pp. 69-97.

SNAITH, I.: "Chapter 2. Cooperative Governance. Commentary". In *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports* (FAJARDO, G., FICI, A., HENRŸ, H., HIEZ, D., MEIRA, D., MÜNKNER, H. & SNAITH, I), Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 47-72.
DOI: https://doi.org/10.1017/9781780686073

THOMAS, A.: "The Rise of Social Cooperatives in Italy", *Voluntas: International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, n.º 15(3), 2004, pp 243-263, http://dx.doi.org/10.1023/B:VOLU.0000046280.06580.d8.

FECHA DE ENTRADA: 11/05/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 05/07/2020

A INSERÇÃO SOCIAL E LABORAL DE GRUPOS VULNERÁVEIS NOS EMPREENDIMENTOS SOCIAIS NO BRASIL POR MEIO DAS COOPERATIVAS

Emanuelle Urbano Maffioletti
Professora Dra. Direito Comercial USP/FDRP
Pesquisadora em Direito Cooperativo

Camila Sato
Mestre em Direito em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito – USP/FDRP
Pesquisadora em Direito Cooperativo

RESUMEN
El presente estudio aborda sociedades cooperativas cuyo objetivo es la inserción social y laboral de los grupos clasificados como vulnerables en la legislación brasileña. Con ese reto, el estudio contextualiza las políticas públicas existentes en el país con respecto a los grupos vulnerables y las formas de inserción social y laboral, centrándose en medidas normativas e institucionales que fomentan la participación de estos grupos en las empresas sociales. Teniendo en cuenta la dificultad de datos y de investigación cuantitativa sobre las empresas dedicadas al tema, este trabajo trae ejemplos concretos de acciones y agentes, entre ellos cooperativas, que han estado trabajando en la inserción de grupos vulnerables, centrándose en drogadictos y personas con discapacidad. Para ilustrar el escenario problemático observado en Brasil, también se mencionaron ejemplos de cooperativas que actualmente están inactivas, principalmente debido al desafío de la autosostenibilidad de su estructura organizativa.

PALABRAS CLAVE: Cooperativas sociales, empresas solidarias, grupos vulnerables, inserción, inclusión.

CLAVES ECONLIT: I390, J390, Z130.

Cómo citar este artículo/How to cite this article: MAFFIOLETTI, E.U. & SATO, C.: "A inserção social e laboral de grupos vulneráveis nos empreendimentos sociais no Brasil por meio das cooperativas", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 36, 2020, pp. 249-272. DOI: 10.7203/CIRIEC-JUR.36.17168.

FECHA DE ENTRADA: 29/12/2019
FECHA DE ACEPTACIÓN: 15/06/2020

THE SOCIAL AND BY WORK INSERTION OF VULNERABLE GROUPS IN SOCIAL ENTERPRISES IN BRAZIL THROUGH COOPERATIVES

EXPANDED ABSTRACT

This paper was originally presented at the *III Encuentro Internacional de Investigadores Sobre Economia Social, Autogestión y Empleo,* that took place in Valencia, September 26 and 27 of 2019. Within the scope of the conference, the researchers had the task of uncovering the real national conditions of solidary enterprises in their respective countries. Despite the need of specific public policies and programs directed to insert vulnerable groups socially and professionally, primarily by solidary enterprises, we verified that the subject is not sufficiently studied and addressed in Brazil.

Considering this context, this paper addresses the cooperative societies that aim to the social and professional insertion of groups classified as vulnerable by the Brazilian legislation. Cooperative societies were the focus of this study, as one of many forms of solidary enterprises, and positively one of the better structured. The first methodologic step consisted in identifying the vulnerable groups, determining who qualified as such and the ambient surrounding them. For this selection and definition of vulnerable groups, the criteria provided by the Brazilian legislation were the initial stepping stones. Then, the research work was on identifying the main stakeholders within the solidary enterprise ecosystem, their initiatives regarding the subject, and possible relationships with public authorities. For this purpose, the study contextualizes the public policies of Brazil concerning vulnerable groups and the forms of social and professional insertion, with emphasis on the legislative and institutional measures that stimulate these groups' participation in solidary enterprises. Combining the identification based on the Brazilian law, as well as the focus on cooperative societies as representative of a solidary enterprise, the Brazilian law n. 9.867/1999, which addresses social cooperative societies was chosen as the framework for the identification of vulnerable groups. Thus, drug addicts and the disabled were identified as vulnerable groups based on the legal criteria mentioned. Concerning what could be considered as social and professional inclusion, insertion into the society and community, the values of labor and autonomy were constant and promoted by the great majority of initiatives found as core elements of importance to the people in vulnerable situation.

When identifying other stakeholders and initiatives regarding the social and professional insertion of vulnerable groups, governmental measures and universities were identified as the primary foundations of their official ecosystem and support actors to the solidary enterprises' network, in addition to the individuals most closely linked to the vulnerable groups.

FECHA DE ENTRADA: 29/12/2019
FECHA ACEPTACIÓN: 15/06/2020

However, there was not enough information accessible on public and official channels to provide a complete picture of the solidary enterprises' context in Brazil. Therefore, there was no intention of covering the entirety of the subject, which would require a whole set of governmental effort and investment into compiling all the information regarding solidary enterprises. Considering the lack of formal quantitative data researches regarding the social enterprises who dedicated to this cause, this paper illustrates some concrete examples of entities that operate within the solidary enterprise range, initiatives and players, amongst them being the cooperative society, that have been promoting the insertion of vulnerable groups, with especial attention to drug addicts and the disabled. Despite associations and non-governmental organizations being also mentioned to provide a more complete vision of the study subject, the research spotlight was on cooperatives which main activity is promoting the social and labor insertion of sensitive groups. Because of that, we decided to reunite the information regarding social cooperatives that we located in our study to provide a brief image of the work they develop in Brazil, as well as the difficulties they face. Together with the cooperative societies and some governmental actors, all these organizations compose the constellation of players that provide support for the vulnerable groups identified, promoting their social and professional inclusion.

As indicated by the information gathered, sometimes, labor by itself can represent a form of social inclusion. A great number of people classified as vulnerable does not receive the same opportunities of work, as there is a distinguishable prejudice against their vices and/or disabilities. This hinders them from getting a suitable job position that's, at the same time, able to provide for their livelihood and adequate to their particularities. Therefore, solidary enterprises are a viable alternative, as their initiatives are directly aimed to the particularities of a certain group, providing suitable occupation, unity and support. However, there are not clear or abundant information regarding the participation of public authorities on those initiatives. For some of them, there are data over specific programs that offer funding and training for vulnerable people that fit certain criteria, but even in these cases is not possible to find a complete record of those who were effectively benefited. The data regarding each player, their operation, their stakeholders and their initiatives was found only in third parties' channels, and most of them were poorly informative. Some of the information was also outdated, and there were no recent updates, so that it's not possible to know for sure how or if the initiatives are still unfolding nowadays.

To illustrate the problematic scenario verified on Brazil, examples of inactive cooperative are also mentioned, especially due to the self-sustainability challenge that hangs over their organizational structure. Despite their relevant function on the social and professional insertion of vulnerable groups, we found that the entities of solidary enterprises lack proper institutional support from the specialized government sectors. And as most of them are con-

stituted by people united by chance and necessity, they not always have the required management skills to maintain a stable organization. In other cases, the absence of sufficient financial support prevents cooperatives societies from building a sustainable organization, crippling their existence. However, these are not the only obstacles: especially considering the cooperatives, it is necessary to have a proper comprehension of their values, principles and structure, as it is a peculiar type of enterprise. Misunderstandings regarding the important role of the cooperative members, for example, make it harder for the cooperative to survive, as its structure depends of its members' work. Those were the main aspects, initiatives, entities, stakeholders, players, and problems identified on this study. However, the subject is greatly bigger, and studying its entirety would not be possible within the scope of this paper. Therefore, we expect to provide a brief view of the Brazilian scenario of initiatives aimed to help vulnerable groups, its failures, obstacles and problems. Further studies would be necessary to deeper explore the subject and provide better alternatives.

KEYWORDS: Social cooperatives, solidary enterprises, vulnerable groups, insertion, inclusion.

FECHA DE ENTRADA: 29/12/2019
FECHA ACEPTACIÓN: 15/06/2020

SUMÁRIO

1. Introdução. 2 Contextualização de políticas institucionais no âmbito da Economia Solidária. 3. Grupos vulneráveis e acesso ao trabalho. 3.1. Dependentes Químicos. 3.2. Pessoas com Deficiência. 4. Rede ESOL em atuação com os grupos vulneráveis. 4.1. Organizações (ONGs) e projetos ESOL. 4.2. Cooperativas Sociais. 5. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Por ocasião de convite de Gemma Fajardo e do Iudescoop para tratar sobre a inclusão social e laboral de grupos vulneráveis por meio dos Empreendimentos Solidários no Brasil no *III Encuentro Internacional de Investigadores Sobre Economia Social, Autogestión y Empleo*, ocorrido em Valência, nos dias 26 e 27 de setembro de 2019, deparamo-nos com o desafio de realizar uma pesquisa cujos resultados pudessem demonstrar o cenário brasileiro sobre o tema.

Embora haja o reconhecimento acerca da necessidade de implementação de programas públicos e medidas especialmente direcionadas à inserção sócio-laboral dos que se classificam por "grupos vulneráveis" em empreendimentos solidários, o tema não é vastamente tratado no Brasil. Ao contrário, dispõe-se de poucas informações e estatísticas oficiais desatualizadas a ilustrar, de forma falha, o cenário institucional existente a apoiar os referidos grupos, como analisado nesse estudo.

O desafio inicial desta pesquisa foi, então, identificar, dentro dos limites metodológicos existentes, os grupos vulneráveis reconhecidos pelo legislador brasileiro, e a rede formal de protagonistas atuantes nos ecossistemas destes grupos. Posteriormente, passou-se ao desafio de seleção dos grupos vulneráveis e a identificação do ecossistema. A seleção dos grupos deu-se, então, a partir das seguintes premissas: a classificação de grupos vulneráveis pela lei nº 9.867/1999 (Lei de Cooperativas Sociais); a temática de "saúde" e os indicadores de pesquisa existentes; e a importância do "trabalho" e da "autonomia" como forma de tratamento e de inserção social.

Uma vez escolhidos os grupos vulneráveis e seus os respectivos ecossistemas, passou-se à busca dos atores e das ações concernentes ao objeto de pesquisa. Esse teve por centro as ações governamentais, de universidades (pesquisas e projetos de incubação), os serviços de apoio à rede de empreendimentos e os empreendimentos solidários.

Sem a pretensão de esgotar o tema, nem de sistematizar todas as informações e atuações existentes no Brasil, compilamos as informações extraídas das fontes encon-

FECHA DE ENTRADA: 29/12/2019
FECHA DE ACEPTACIÓN: 15/06/2020

tradas e apresentamos, a seguir, o cenário de políticas institucionais nos âmbitos da Economia Solidária como um todo. Em especial, foram abordados os Dependentes Químicos e de Pessoas com Deficiência, e as iniciativas de empreendimentos de economia solidária que integram tal rede formal e que, naturalmente, são voltadas à inserção laboral destes grupos, com enfoque especial às sociedades cooperativas. Por fim, e a título conclusivo, elencamos as principais dificuldades percebidas na estruturação da rede formal e que interferiram na estruturação desta pesquisa.

2. Contextualização de políticas institucionais no âmbito da Economia Solidária

No Brasil, em termos gerais, as políticas públicas de Economia Solidária vêm crescendo aos poucos desde 2003 com a criação da SENAES (Secretaria Nacional de Economia Solidária). Tais ações, segundo apresentam Morais e Menezes (2018, p. 32), resultaram em legislações, em mecanismos de participação direta no funcionamento do Conselho Nacional de Economia Solidária, e no incremento de políticas púbicas de Economia Solidária nos âmbitos dos governos estaduais e municipais.

Tal medida foi sentida em diversas políticas que prestigiaram a democratização do crédito e das finanças solidárias, que promoveram o ensino, com a capacitação e a formação de agentes voltados à Economia Solidária; o apoio técnico, por meio de projetos de incubadoras; o estímulo à constituição e funcionamento de empreendimentos solidários; e a promoção de comércio justo.

Em relação aos conceitos de "Organizações" e "Empreendimentos Econômicos Solidários", não há um consenso teórico fechado sobre sua definição, suas características e formatos. Morais e Menezes (2018, p. 30) definem Empreendimentos Econômicos Solidários (EESs) como "*organizações singulares ou complexas de caráter coletivo, onde os trabalhadores do meio urbano ou rural exercem a gestão coletiva de seus empreendimentos e que podem ou não ter registro legal para a prática de suas atividades econômicas*." Seriam exemplos dessas organizações: as cooperativas, associações, empresas auto-gestionadas, redes solidárias e grupos de trocas.

Os mesmos autores citam a contribuição do programa "Plano Brasil sem Miséria" para o movimento, cujo objetivo foi criar oportunidades de desenvolvimento econômico local, ampliar o mercado das micro e pequenas empresas, estimular a formação de empreendimentos cooperativados e apoiar o microempreendedor individual, as políticas de microcrédito e a economia popular e solidária (Morais & Menezes, 2018, p. 32).

FECHA DE ENTRADA: 29/12/2019
FECHA ACEPTACIÓN: 15/06/2020

Entre 2012 e 2015, tem-se o "Programa de Desenvolvimento Regional, Territorial Sustentável e Economia Solidária". Os principais resultados desse programa foram a expansão de tecnologias sociais apropriadas à economia solidária (ESOL); a formação de trabalhadores, agentes, formadores, multiplicadores e gestores públicos da ESOL; a implantação e consolidação de Bancos Comunitários de Desenvolvimento, Fundos Rotativos Solidários e apoio ao Cooperativismo de Crédito Solidário; a incubação, fomento, assessoramento técnico e apoio a EESs e suas redes e cadeia de produção, da comercialização e consumo; a promoção da adequação das políticas de crédito às exigências e características dos EESs; a promoção do acesso às compras governamentais para produtos e serviços da ESOL e a promoção e fortalecimento de feiras, espaço fixos e bases de serviço para comercialização de produtos e serviços da ESOL.

Ademais, houve um programa específico ao segmento dos resíduos sólidos, com o objetivo de amplificar a capacidade organizativa e produtiva do grupo dos catadores. Por fim, não se pode deixar de mencionar o projeto de lei nº 4.685/2012, que criou o Sistema Nacional de Economia Solidária e que está em tramitação no Congresso; e após a aprovação na Câmara dos Deputados, se encontra no Senado Federal.

3. Grupos vulneráveis e acesso ao trabalho

Para a inclusão social de grupos vulneráveis, a economia solidária propõe o trabalho como uma terapia essencial para a sua saúde, além de um instrumento de inclusão social e de promoção da cidadania (De Oliveira Barreto, Lopes & Paula, 2013). A "inserção laborativa" desempenharia "um papel central na conquista de um sentimento de dignidade social".

Sobre os grupos vulneráveis, poderiam ser mencionadas duas legislações centrais voltadas ao seu ecossistema e à inserção laboral: a lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999, a dispor sobre a cooperativa social; e o decreto nº 8.163, de 08 de dezembro de 2013, que instituiu o Programa Nacional de Apoio ao Associativismo e Cooperativismo Social (Pronacoop Social).

Inspirada pela reforma psiquiátrica italiana (lei nº 180/1978) proposta pelo médico Franco Basaglia (Damiano, 2007), a proposta de lei de cooperativas sociais tem como escopo a inclusão social e laboral das pessoas em desvantagem mediante "a organização e gestão de serviços socio sanitários e educativos"; e "o desenvolvimento de atividades agrícolas, industriais, comerciais e de serviços", nos termos do artigo 1º da lei nº 9.867/1999.

FECHA DE ENTRADA: 29/12/2019
FECHA DE ACEPTACIÓN: 15/06/2020

Assim, a lei brasileira teria também por objetivo a busca por um tratamento mais humanizado do paciente com deficiência mental (Damiano, 2007). Durante seu tratamento, então se almejava sua inserção na vida em sociedade de forma plena, para a qual a ocupação de um posto de trabalho seria um caminho complementar (ISFER, 2018).

As pessoas em vulnerabilidade compreenderiam as pessoas com deficiência física e sensorial; psíquica e mental, as pessoas dependentes de acompanhamento psiquiátrico permanente, e os egressos de hospitais psiquiátricos; os dependentes químicos; os egressos de prisões; os condenados a penas alternativas à detenção; os adolescentes em idade adequada ao trabalho e situação familiar difícil do ponto de vista econômico, social ou afetivo.

No mais, tais cooperativas devem adaptar o trabalho e a estrutura em função das especificidades do grupo envolvido, incluindo o trabalho, as instalações, os horários e as jornadas. Ademais, deverão realizar programas especiais de capacitação e treinamentos com o escopo de lhes aumentar a produtividade, a independência econômica e social. E como a lei específica é bastante sucinta, as cooperativas sociais são regidas supletivamente pela lei nº 5.764/1971, lei geral sobre sociedades cooperativas.

A segunda política institucional mencionada se trata do Programa Nacional de Apoio ao Associativismo e Cooperativismo Social (Pronacoop Social), implementado pelo Decreto nº 8.163/2013, cujos princípios envolvem: a participação e inclusão de pessoas em desvantagem, em situação de vulnerabilidade, na sociedade; o respeito à diferença como parte da diversidade humana; e a geração de trabalho e renda a partir da organização do trabalho com foco na autonomia e autogestão.

São objetivos do programa: incentivar a formalização e o fortalecimento institucional dos empreendimentos econômicos solidários sociais em cooperativas sociais[1] (Secretaria de Trabalho do Ministério da Economia).

1. Decreto nº 8.163/2013: Art. 3º São princípios do Pronacoop Social: I - respeito à dignidade e independência da pessoa, inclusive a autonomia individual e coletiva; II - não discriminação e promoção de igualdade de oportunidades; III - participação e inclusão de pessoas em desvantagem na sociedade e respeito pela diferença como parte da diversidade humana; IV - geração de trabalho e renda a partir da organização do trabalho com foco na autonomia e autogestão; V - articulação e integração de políticas públicas para a promoção do desenvolvimento local e regional; e VI - coordenação de ações dos órgãos que desenvolvem políticas de geração de trabalho e renda para as pessoas em desvantagem.
Art. 4º São objetivos do Pronacoop Social: I - incentivar a formalização dos empreendimentos econômicos solidários sociais em cooperativas sociais; II - promover o fortalecimento institucional das cooperativas sociais e dos empreendimentos econômicos solidários sociais, e a qualificação e formação dos cooperados e associados; III - promover o acesso ao crédito; IV - promover o acesso a mercados e à comercialização da produção das cooperativas sociais e dos empreendimentos econômicos solidários sociais; V - incentivar a formação de redes e cadeias produtivas constituídas por cooperativas sociais e empreendimentos econômicos solidários sociais; e

FECHA DE ENTRADA: 29/12/2019
FECHA ACEPTACIÓN: 15/06/2020

3.1. Dependentes Químicos

A "fragilidade, suscetibilidade e necessidade de proteção adicional" (Bittencourt, França & Goldim, 2015) faz dos dependentes químicos pessoas vulneráveis e com certas dificuldades de acesso ao mercado de trabalho -seja por preconceito, incompreensão, ou por qualquer outro motivo que mova as pessoas que escolhem excluí-los-, demandando a eles proteção e medidas positivas de apoio.

Acometido pela dependência química, um indivíduo experimentaria uma necessidade contínua de consumir a substância psicoativa, sem a qual não seria capaz de se sentir bem, tampouco de evitar sensações ruins. Passaria, assim, a demonstrar um quadro de sintomas cognitivos, comportamentais e psicológicos que prejudicam seu controle sobre o uso de drogas, mesmo que esteja ciente dos efeitos danosos do hábito (Ministério da Educação, Ministério da Saúde, Secretaria Nacional Antidrogas, 2002).

Além de prejudicar a rotina e a habilidade de conduzir atividades comuns da vida cotidiana, como o trabalho, a depender do tipo de substância consumida, o usuário e o dependente poderiam também se sujeitar a percepções sem objeto -vendo, ouvindo, ou sentindo algo que não existe- ou mesmo falsos juízos da realidade, atribuindo significados anormais aos eventos ocorridos ao seu redor. Com esses efeitos, seriam prejudicadas suas funções mentais, o que se reflete nos mencionados fenômenos psíquicos anormais (Ministério da Educação, Ministério da Saúde, Secretaria Nacional Antidrogas, 2002).

Estima-se que 5,7% da população do Brasil seria de dependentes químicos, índice que representaria mais de oito milhões de brasileiros (Levantamento Nacional das Famílias dos Dependentes Químicos da Universidade Federal de São Paulo, 2013). Além dos adultos, a dependência química é um dos maiores problemas encontrados na infância e adolescência no Brasil, trazendo consigo problemas relacionados à exploração sexual, prostituição, tráfico de droga, inserção precoce e desacompanhada no mercado de trabalho e morte.

Segundo a Organização Internacional de Saúde, 25% das mortes de jovens entre 15 e 19 anos são atribuídas ao álcool. Segundo a UNICEF, de 206,1 milhões de brasileiros, 20,5 milhões são adolescentes e 37,1 milhões crianças. E 1,59 milhões de adolescentes de 15 a 17 anos estão fora da escola (IBGE, 2015). Por fim, a cada dia 31 crianças e adolescentes são assassinados por dia no Brasil (UNICEF) (Fonseca, Sena, Santos, Dias & Costa, 2013).

VI - monitorar e avaliar os resultados e alcances sociais e econômicos das políticas de apoio ao cooperativismo e ao associativismo social.

FECHA DE ENTRADA: 29/12/2019
FECHA DE ACEPTACIÓN: 15/06/2020

3.1.1. Política institucional

Para a inclusão social de dependentes e usuários de drogas e álcool, a economia solidária propõe o trabalho como uma terapia essencial para a sua saúde mental, além de um instrumento de inclusão social e de promoção da cidadania (de Oliveira Barreto *et al.*, 2013), e a "inserção laborativa" desempenharia "um papel central na conquista de um sentimento de dignidade social".

Pelas organizações e os empreendimentos solidários, promove-se o treinamento para a obtenção de habilidades que os tornem aptos a conseguir e a manter seus postos de trabalho. Ainda proporcionando uma fonte lícita de renda e melhorando sua autoestima, contribuindo para a redução do abuso de drogas e da prática de atividades criminais (Bonadio & Silveira, 2013).

Além da inserção laborativa como terapia e instrumento de inclusão social proposta pelas organizações solidárias, tem-se algumas medidas legislativas a estabelecer a base da política nacional de drogas. Nesse sentido, pertinentes a lei nº 11.343/2006, que institui o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas; e o decreto nº 9.761/2019 (Política nacional sobre drogas). Em relação às crianças e adolescentes, existe, ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8.068/1990. Esses programas, em síntese, estabelecem as bases de direitos, apoio terapêutico, acolhimento, reinserção social, prevenção e de capacitação continuada. E, no caso da criança e do adolescente, medidas tutelares (Secretaria Especial do Desenvolvimento Social, 2019).

Em termos de políticas estaduais voltadas à reinserção socio-laboral dos dependentes químicos, são as mais representativas a lei estadual nº 7.865/2017 do Alagoas, que estabelece quotas nos contratos celebrados entre a administração pública e as empresas privadas; a lei nº 5.757/2016, do Distrito Federal, que estabelece um mínimo de 1% das vagas de trabalho devem ser destinadas à aos pacientes de instituição pública cadastrada perante o Centro de Atenção Psicossocial; e o Programa Selo Recomeço do Estado de São Paulo (Decreto 60.455/2014), que tem por objetivo estimular os projetos e as ações socio-laborais de dependentes químicos (inclusive menores de idade) com instituições públicas, privadas e do terceiro setor. Com mais 50 unidades composta por equipe multidisciplinar, este projeto investe nas atividades realizadas durante o atendimento aos dependentes e a seus familiares para a sua recuperação (Confederação Nacional dos Municípios, 2017).

Apresentado o panorama geral do contexto em que se inserem as políticas voltadas aos dependentes químicos no Brasil, cumpre-se abordar outro grupo em situação de vulnerabilidade que também se beneficia da atuação de sociedades cooperativas.

FECHA DE ENTRADA: 29/12/2019
FECHA ACEPTACIÓN: 15/06/2020

3.2. Pessoas com Deficiência

As barreiras existentes para as pessoas com de deficiência física ainda são grandes no país[2], estimando-se que há 6,7% de brasileiros com deficiência (IBGE, 2018). Atualmente reconhecida sua aptidão ao trabalho e altivez no seu processo de desenvolvimento sem que isto represente uma agressão à sua condição, a abordagem atribuída ao tema no Brasil ainda oscila entre os paradigmas da institucionalização; a sua capacitação para que possam acompanhar as exigências externas; e suporte-inclusão, ou seja, capacitá-los e incluí-los de maneira assistida (Carretta, 2004). A abordagem ideal, assim, seria a de estimular progressivamente o trabalho autônomo, a integração com a coletividade e o aproveitamento de suas habilidades em tarefas parciais e complementares de acordo com as suas competências[3].

3.2.1. Política institucional

A partir do século XIX, mudanças foram operadas na orientação em relação ao tema da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, graças aos exemplos internacionais (Instituto Técnico Industrial na Alemanha, 1822, e Goodwill Industries em Boston, em 1907) e aos marcos internacionais (recomendação internacional da OIT de 1981; e declaração internacional da ONU de 1955, conclamando o trabalho para as pessoas com deficiência física) (Simonelli, 2009).

Tiveram importante contribuição para o Brasil a atuação de instituições não governamentais e o envolvimento da sociedade sobre o tema a partir de 1970, incluindo pessoas com deficiência, Universidades e órgãos públicos, como o Ministério Público, dentre outros. Outros exemplos de programas nacionais e de marcos legais incluem os programas federais profissionalizantes instituídos a partir da década de 70, como o SENAI (Serviço nacional de aprendizagem industrial) e o SENAC (Serviços aprendizagem comercial); SESI, Posto de Amparo ao Trabalhador e Fundo de

2. Apesar das diversas nomenclaturas e correntes existentes para denominar o grupo (como portadores de necessidades educacionais especiais ou portadores de direitos especiais), neste trabalho adotamos "pessoa com deficiência", conforme previsto na legislação e na convenção internacional de proteção e promoção dos direitos de dignidade das pessoas com deficiências da ONU 2003 (ONU).

3. A progressão do movimento e das políticas institucionais trouxe mudanças na abordagem de tratamento do tema. Na década de 70, trabalhava-se com a normalização dos deficientes – ou seja, capacitá-los para deixá-los mais próximos das exigências externas – organizando-se oficinas pedagógicas ou terapêuticas profissionalizantes que ocupavam os deficientes de forma diferente aos demais (com atividades, horários e salários reduzidos), já que eles tinham certas limitações. Depois, abriu-se a outro paradigma, o de aproveitar a capacidade segundo os diversos tipos de atividades, dando o suporte necessário por meio de instituições e de educação da sociedade (paradigma de suporte-inclusão) (Caretta, p. 43-44).

FECHA DE ENTRADA: 29/12/2019
FECHA DE ACEPTACIÓN: 15/06/2020

Amparo ao Trabalhador; centros de reabilitação profissional do Instituto Nacional de Previdência Social, nas grandes capitais Brasileiras, para readaptação profissional.

Ainda, existem programas municipais-estaduais profissionalizantes. Previsto na portaria nº 964/2018, o Centro de Convivência e Cooperativa (CECO), com mais de 20 anos de existência, implementa serviços precursores da reforma psiquiátrica na cidade de São Paulo. Sendo um espaço de convivência entre pacientes que apresentam transtornos mentais, deficiências, idosos, crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social e de saúde, cujo principal objetivo é proporcionar a reinserção social e integração no mercado de trabalho (Secretaria Municipal da Saúde).

Também são referências normativas relevantes sobre a matéria: (a) **a lei nº 8.213/1991**, que estabelece quotas de vagas reservadas à pessoas com deficiência para empresas privadas – entre 100 a 200 funcionários, 2% de vagas reservadas; 201 a 500 funcionários, 3% de vagas reservadas; e 501 a 1000 funcionários, 4% das vagas reservadas; e acima de 1001 funcionários 5% de vagas reservadas; e (b) **o decreto-lei nº 3.298/1999**, ao dispor sobre política nacional para integração social e econômica da pessoa com deficiência, com inserção socio-laboral por cooperativas.

4. Rede ESOL em atuação com os grupos vulneráveis

Não foram encontradas informações completas ou atualizadas a respeito dos empreendimentos solidários voltados aos grupos vulneráveis ora abordados, e algumas circunstâncias interferiram negativamente no mapeamento oficial dos empreendimentos solidários no país e, por consequência, nos resultados compilados nessa pesquisa. São elas: o limitado orçamento, com a redução de custos orçamentários entre 2016 e 2019 de aproximadamente 85% (Silva, 2018); o contexto político e econômico do Brasil; a mudança no SENAES, que, depois de 2018, se tornou uma subsecretaria ligada diretamente ao gabinete do Ministro do Trabalho; e, por fim, o fato de que grande parte dos empreendimentos sociais ainda são informais.

Como menciona Silva (2018), após o momento de inserção e consolidação das políticas de Economia Solidária (mencionados no primeiro item deste trabalho), chegou-se ao momento de crise, ameaçando a continuidade das políticas da Economia Solidária no Brasil. Para demonstrar esse cenário, o último mapeamento formal foi realizado em 2013. Nele, do total de 19.708 EESs, ainda predominam as **associações** como forma de organização, correspondendo a 11.823 das EESs. Além disso, **grupos informais** ainda representam grande parcela das EESs, em 6.018 organizações, correspondendo as cooperativas a 1.740 das EESs mapeadas.

FECHA DE ENTRADA: 29/12/2019
FECHA ACEPTACIÓN: 15/06/2020

E, ainda, para que se tenha uma ideia sobre a divergência das informações, sobre os grupos vulneráveis, foi consultado o sistema RAIS (Relação Anual de Informações Sociais) por meio do Observatório Nacional da Economia Solidária e do Cooperativismo do ano de 2013 (Departamento Intersindical de Estatística de Estudos Socioeconômicos). Nele, constam somente 4 empreendimentos que exercem as "*Atividades de assistência psicossocial e à saúde a portadores de distúrbios psíquicos, deficiência mental e dependência química e grupos similares não especificadas anteriormente*" (CNAE específico: 8720-4/99) cadastrados formalmente, sendo um no Ceará, um em Minas Gerais, um no Rio Grande do Sul, e um em São Paulo[4].

A seguir, serão apresentados alguns exemplos de empreendimentos solidários coletados nesta pesquisa, ressalvando os limites metodológicos existentes, que dizem respeito à limitação e informalidade de certas informações, as quais raramente se encontraram disponíveis em sua integralidade.

4.1. Organizações (ONGs) e projetos ESOL

Por meio dos empreendimentos solidários, promove-se o treinamento para capacitar as pessoas com deficiência, auxiliando-os na seleção e manutenção dos postos de trabalho, além de contribuir com a melhora de sua autoestima, com a redução do abuso de drogas e da prática de atividades criminais (Bonadio & Silveira, 2013). No Brasil, as organizações não governamentais são numerosas e ativas, com destacada colaboração no processo de inserção social dos grupos vulneráveis, apesar das limitações institucionais e econômicas. Como não é o escopo do presente trabalho, mencionaremos apenas alguns exemplos de organizações e projetos para elucidar os protagonistas atuantes nos ecossistemas.

A **APAE** é uma das maiores associações do país voltada às pessoas com deficiência e possuem alguns cursos de capacitação. É uma organização da sociedade civil, sem fins lucrativos, que previne e promove a saúde das pessoas com deficiência intelectual, apoia sua inclusão social, incide na defesa de seus direitos, produzindo e disseminando conhecimento.

Distribuída ao longo do país, a unidade de São Paulo conta um programa de grande efetividade na inclusão e permanência profissional das pessoas com deficiência intelectual, provendo o apoio técnico no próprio local de trabalho por, pelo menos, 12 meses. Com programas customizados, a **APAE** de São Paulo é uma entidade formadora para a aprendizagem profissional regulamentada no ministério do

4. https://observatorios.dieese.org.br/ws2/tabela/economia-solidaria/numero-de-estabelecimentos-de-economia-solidaria-na-rais-por-cnae.

FECHA DE ENTRADA: 29/12/2019
FECHA DE ACEPTACIÓN: 15/06/2020

trabalho. Seu processo inclui: análise de postos de trabalho, palestras de sensibilização, diagnóstico clínico, indicação de pessoas, qualificação profissional e acompanhamento pós-inclusão.

A **Associação de Prevenção e Assistência aos Dependentes de Drogas** (**APADD**) volta-se aos dependentes de drogas em Vila Velha, Espírito Santo. Atua na assistência semanal com equipe multidisciplinar, no acompanhamento por assistente social e curso de capacitação para ingresso no mercado de trabalho; e na formação de profissionais para atuar no campo da dependência de drogas, com entendimento sobre o trabalho preventivo, o tratamento, a reinserção social e também com abordagens.

Outro exemplo é a **ONG Salve a Si**, voltada ao acolhimento dos dependentes químicos. Como algumas de suas ações, mencionamos a recuperação e reinserção socio-laboral dos dependentes, o tratamento sistêmico dos dependentes e codependentes, e o apoio aos familiares. Localizada em Cidade Ocidental, Goiás, desde 2008, essa organização já acolheu mais de 2000 pessoas em situação de vulnerabilidade social e seus familiares. Com capacidade de receber até 120 dependentes, a ONG dispõe de oficina de marcenaria e de uma estação digital de metarreciclagem, havendo também planos para a construção de uma fábrica de tijolos ecológicos.

Não se pode olvidar, ainda, da **UNICEF**, cuja relevância é reconhecida pelo governo e parceiros no Brasil. Atuando com crianças e adolescentes, o seu trabalho está voltado à assistência, educação e promoção dos direitos. Muitas outras ONGs atuam com este grupo, embora não sejam voltadas ao mercado de trabalho, mas, sim, à educação.

Por fim, também contribuem para o movimento as organizações que integram o projeto de incubadoras tecnológicas de cooperativa popular. Trata-se de projeto acadêmico integrado por diversas Universidades do país com o objetivo de discutir e colaborar com a formação de empreendimentos solidários, inclusive capacitando-os. Alguns destes projetos são voltados aos grupos vulneráveis.

A **Incubadora Tecnológica de Cooperativas Populares da Universidade Federal do Rio de Janeiro** (ITCP/UFRJ), por exemplo, surgiu em 1995 e tem gerado importantes empreendimentos solidários auto gestionários para indivíduos e grupos em situação de vulnerabilidade social e econômica. Esta incubadora tem projetos importantes voltados à consolidação dos empreendimentos de rede de saúde mental, inserção pelo trabalho e economia solidária em parceria com o governo, além do apoio a várias cooperativas.

Um segundo exemplo é o da **Incubadora de Cooperativas Populares de Autogestão da Universidade Federal do Ceará** (UFC), fundada em 1997, e que conta com o apoio do Governo do Estado do Ceará. Inicialmente voltado à capacitação de jovens moradores de periferia pelo oferecimento de cursos profissionalizantes, em 2004 a

FECHA DE ENTRADA: 29/12/2019
FECHA ACEPTACIÓN: 15/06/2020

incubadora iniciou o projeto "Cooperativas Sociais" com o intuito de dar oportunidade aos egressos dos Centros de Atendimento Psicossocial (CAPS), ex-dependentes químicos, e outros (Adital, 2010).

4.2. Cooperativas Sociais

Ainda com a proposta de identificar a rede formal de protagonistas atuantes nos ecossistemas dos grupos vulneráveis de dependentes químicos e pessoas com deficiência, nos concentramos agora nas cooperativas sociais que atuam com estes grupos dentro da abordagem de inserção laboral.

Especificamente em relação às cooperativas sociais, tem-se que se classificam nos seguintes grupos: o que trabalha com educadores, assistentes sociais, enfermeiros, cujos públicos são pessoas com deficiência, idosos, menores de idade e dependentes químicos, tendo como atividades principais prestação de saúde, educação, entre outras; e o que trabalha com a inclusão social de pessoas desfavorecidas, como desempregados, mendigos, entre outros. As atividades principais desenvolvidas por este tipo de cooperativa são a reciclagem de lixo, artesanato, limpeza, entre outras (Matias, 2004).

Seguindo os ensinamentos de Carretta (2005, p. 2), o foco da pesquisa foi a busca de modelos de empreendimentos que estimulam a capacitação e autonomia de tais sujeitos, em paralelo às assistências. Nesse aspecto, os modelos cooperativos abertos à inserção de tais sujeitos como cooperado "assistido" corresponderiam mais ao ideal buscado, pois a autonomia permite o desenvolvimento dos agentes envolvidos e interrompem a situação de dependência ou hierarquia, fazendo-lhes autores da própria vida.

4.2.1. Cooperativas de dependentes químicos

Sobre as cooperativas ativas cuja atividade é a inserção sócio laboral de dependentes químicos, foram localizadas em nossas pesquisas apenas **duas**. A primeira delas é a **Cooperativa Social de Dependentes Químicos em Recuperação** (**COREDEQ**), constituída em 2017 em Maceió, Alagoas. O seu objetivo é a reinserção no mercado de trabalho de jovens e adultos com dependência química, prestando também atenção especial aos seus familiares. Para tanto, a cooperativa dispõe de núcleos de trabalho específicos, os quais se centram em objetivos diversos: ocupação e renda, atenção aos moradores de rua, projeto REINSERIR, Justiça Terapêutica e Núcleo Administrativo e Financeiro da COREDEQ (Alagoas 24 Horas, 2018).

FECHA DE ENTRADA: 29/12/2019
FECHA DE ACEPTACIÓN: 15/06/2020

Um segundo exemplo seria a **Cooperativa Rainha da Reciclagem** constituída em 2016, em São Paulo. Nessa cooperativa, o objetivo final seria a reciclagem de lixo com o intuito de custear atividades caritativas. Assim, a cooperativa proporciona acolhimento e tratamento dos dependentes químicos; com atendimento a homens e mulheres, tendo como foco as mulheres de rua, contribuindo no combate à prostituição e ao tráfico. Na medida em que a cooperativa realiza a troca materiais recicláveis por comida, oferece a essas pessoas em situação de vulnerabilidade uma alternativa para sua sobrevivência, permitindo-lhes outra saída que não o tráfico ou a prostituição.

As finalidades a que se presta essa cooperativa têm profunda relação com a experiência de vida pessoal de sua fundadora, Elinéia Gomes de Jesus, que, após sair da prisão, decidiu montar esse projeto para ajudar os dependentes químicos. A ideia nasceu da venda de balas nos sinais por 18 dependentes químicos. Atualmente, a receita da cooperativa é de R$.18.000 reais por mês, e os cooperados ganham cerca de R$.800,00 e pagam o INSS (pensão). A cooperativa processa, aproximadamente, 50 toneladas de resíduos por mês e em 2018 havia 12 cooperados (Reciclasampa).

Com escopos coincidentes, tais cooperativas sociais são relativamente recentes, mas, segundo as informações obtidas, ainda estão ativas e com projeto de crescimento. Ainda, ambas aparentam estar articuladas com outros sujeitos e projetos, com o propósito de promover a atividade e obter os necessários recursos financeiros.

4.2.2. Cooperativas dedicadas às pessoas com deficiência

Em relação às cooperativas dedicadas às pessoas com deficiência, foram encontradas **quatro** cooperativas. Um primeiro exemplo seria a **Cooperativa Praia Vermelha**, constituída em 1997, no Rio de Janeiro, que surgiu da parceria entre usuários, familiares e técnicos de serviços públicos de saúde mental do Instituto Philipe Pinel e a equipe da Incubadora Tecnológica de Cooperativas Populares da COPPE/ URFJ. Desta cooperativa, e do apoio de incubadora, surgiu A **Cooperativa Papel Pinel**, constituída em 2000, no Rio de Janeiro. Esta promove a inclusão social e laboral pela produção de papel artesanal que se transforma em cadernos, blocos e cartões personalizados com ilustrações ou colagens dos artistas do Projeto, que com originalidade também criam camisetas, bolsas, mochilas, ecobags e logomarcas originais.

Seu objetivo abarca a reabilitação de pessoas com deficiências mentais, com geração de trabalho e renda visando a superar o preconceito e promover a inclusão social. Os integrantes da cooperativa fabricam pães, bombons, biscoitos e bolos com produtos extraídos da Amazônia de maneira sustentável. Depois da produção, partem

FECHA DE ENTRADA: 29/12/2019
FECHA ACEPTACIÓN: 15/06/2020

para a venda em empresas e projetos. O dinheiro arrecadado é dividido entre quem vende e quem produz, e parte é destinada à compra de material (Rede Mobilizadores, 2010).

O projeto da Cooperativa Praia Vermelha está inserido dentro de uma rede de entidades que se propõe a pensar e implementar alternativas para o ingresso de pessoas com transtornos mentais no mercado de trabalho. Com freguesia assídua no campus da Praia Vermelha, os produtos da Cooperativa Praia Vermelha vêm se destacando pela qualidade. Na cooperativa, as pessoas com transtornos psíquicos encontraram um espaço que não é meramente terapêutico. Com 11 anos de fundação, a cooperativa já atendeu cerca de 100 usuários dos serviços de saúde mental (Rede Mobilizadores, 2010).

Importante mencionar também a **Cooperativa Social de Pais, Amigos e Portadores de Deficiência**, COEPAD, constituída em 1999, Santa Catarina, que visa a capacitação e o trabalho a pessoas com deficiência intelectual, promovendo a inclusão social e laboral com o apoio da OCESC, a Organização das Cooperativas do Estado de Santa Catarina. A respeito de sua história, foi produzido, inclusive, um documentário intitulado "Fibra"[5], o qual tem como centro as "*relações de amizade entre Fabiana Brito, Luciano Ramos e Angélica Medved, todos com síndrome de Down e cooperados da Coepad*". O documentário venceu o Prêmio Júri Oficial de Melhor Filme na Mostra Catarinense do FAM (Florianópolis Audiovisual Mercosul) e ganhou, no mesmo festival, o Prêmio Itapema FM de melhor filme (COEPAD, 2019).

As oficinas construídas pela COEPAD oferecem diversos tipos de capacitação a seus cooperados, como corte e costura, cartonagem, papel artesanal, acabamento gráfico e serigrafia. Do aprendizado e do trabalho dos cooperados resultam diversos produtos de papelaria e camisetas, disponível para compra no sítio eletrônico da cooperativa, e cujos recursos são revertidos para sua manutenção.

Por fim, também merece ser mencionada a **Cooperativa de Trabalho Social de Profissionais Especiais – Cooper Social**, surgida em 1994, no Rio Grande do Sul. O Painel Sensorial (olfativo) é um dos principais projetos da Cooper Social e está associado a duas grandes indústrias do ramo de cosméticos e perfumaria: 15 deficientes visuais "emprestaram" seu olfato para a análise e avaliação das fragrâncias quanto à intensidade, volatilidade e outros itens importantes para os produtos que seriam fabricados.

Dentre essas cooperativas, percebe-se que certos projetos surgem de incubadoras e de centros de saúde dentro de hospitais. Assim, verifica-se que nesses modelos há o envolvimento dos pacientes, em benefício à melhoria significativa de seu quadro clí-

5. Documentário disponível em: https://vimeo.com/66186708

nico. Outras cooperativas surgem a partir de oportunidades identificadas pelos próprios familiares das pessoas com deficiência, contribuindo mesmo para a indústria.

Em termos de sustentabilidade do projeto, embora não se tenha informações precisas, percebe-se pelo histórico das cooperativas identificadas que aquele é fortalecido em função da proximidade existente com outros atores, dentre os quais o Estado. Ainda, existe uma certa flexibilidade dos objetos sociais prestados, muitos dos quais acumulam atividades diversas.

4.2.3. Outros exemplos de modelos encontrados

Além do modelo cooperativo, localizamos a **Associação Central de Assistência, serviços e apoio à deficientes físicos de Botucatu**, que foi constituída em 1999, em São Paulo. Trata-se de um exemplo de estrutura que não adota a forma de cooperativa, mas que se apresenta como modelo cooperativo por seguir os seus princípios, conforme relatado por Carretta (2004, p. 86).

O objetivo envolve a capacitação e o ingresso ao mercado de trabalho de deficientes físicos, mentais, visuais e auditivos. A ideia de sua constituição é proveniente de Fernando Douglas Angela, presidente e pessoa com deficiência em virtude de acidente de trabalho. Após a edição da Lei n. 8.213/1991 (que prevê a contratação de Pessoas com Deficiência), ele intermediou a contratação, conseguindo 12 empregos formais com condições especiais como carro adaptado, flexibilidade de horário e transporte em caso de emergência. Contudo, os demais funcionários começaram a reivindicar as mesmas condições de trabalho dos deficientes, levando ao encerramento do projeto.

A partir disto, Fernando constituiu uma sociedade de multisserviços -aproveitando o potencial dos cooperados e as lacunas do mercado (a exemplo dos resíduos sólidos) para comercializar seus produtos- e uma associação. A intenção era formar uma cooperativa de trabalho, mas o modelo se mostrou inviável pelo fato de muitos cooperados receberem aposentadoria e não poderem ser membros dessa sociedade. Assim, embora "adote" a organização de cooperativa de multisserviços, no que toca a distribuição da remuneração, a estrutura organizacional formal é outra.

O projeto continua ativo, recebendo adolescentes encaminhados pelo conselho tutelar e desempregados em busca de qualificação profissional. Assim, há pacientes que se beneficiam da assistência e outros que prestam serviço à "sociedade". Junto à comunidade, esse grupo promove os direitos dos deficientes -envolvendo discussões de cidadania- e arrecada dinheiro, além de atuar junto aos órgãos da comunidade e na orientação dos direitos.

FECHA DE ENTRADA: 29/12/2019
FECHA ACEPTACIÓN: 15/06/2020

Enfim, pode-se dizer que o modelo híbrido traria mais flexibilidade organizacional, financeira e de articulação com outros sujeitos. Uma questão que continua aberta diz respeito à confusão com o modelo cooperativo e a autonomia dos "cooperados", já que, em termos de estrutura societária, os modelos são bastante distintos.

4.2.4. Cooperativas com aparente inatividade

A seguir, apresentam-se o exemplo de três cooperativas que aparentemente não estão ativas, porém, que merecem ser mencionadas para elucidar o cenário problemático dessas organizações o Brasil. A primeira cooperativa é a **Maria Flor**, cooperativa de deficientes intelectuais que se dedicava à inserção laboral. Foi constituída por 6 mães de ex-alunos da APAE e, infelizmente, passou por dificuldades financeiras. Atualmente, só é possível encontrar informações no perfil online da plataforma *facebook*, mas a página oficial está inativa e também o cadastro de pessoas jurídicas.

Um segundo exemplo é o da **Cooperativa de produção industrial dos profissionais em confecção e trabalho artesanal a trama da arte – TRAMART**, constituída em 1999, em São Paulo. Trata-se de uma cooperativa de artesãos com e sem deficiência no Estado de São Paulo a promover a capacitação para o trabalho com cursos gratuitos para desenvolvimento do conhecimento técnico em artesanato as pessoas sem experiência que desejam entrar no quadro; bem como das funções administrativas, como a formação de equipes de compra, venda e contabilidade.

A cooperativa foi constituída por Erika Alvarinho e por um grupo de 15 pessoas, professores de artesanato, com o objetivo de produzir e comercializar os seus produtos. Sem um período de incubação do projeto, nem uma assessoria técnica inicial, o grupo participou do Programa Educação Cooperativista e o Portador de Deficiência, promovido pela Secretaria de Emprego e Relações do Trabalho. O projeto contou com o apoio financeiro do Programa Comitê de Entidades Públicas no Combate à fome e pela Vida, que foi destinado à aquisição de maquinários e material, além de funcionários.

A cooperativa dispunha de reuniões mensais com os cooperados e de um regimento interno. Nas reuniões, discutiam-se assuntos gerais e específicos (por grupos técnicos) sobre a realização da atividade e planejamento. De cada peça vendida, 10% era destinado à cooperativa e 50% era reinvestido na cooperativa (Carretta, 2004, p. 76). Havia três diretores, além do conselho fiscal e eventuais consultas a uma assessoria externa, e os cooperados tinham direito a férias de 30 dias ao ano

A cooperativa conseguiu atingir o objetivo esperado, com a proposta de possibilitar maior autonomia às pessoas com deficiência dentro do processo de trabalho

e maior apropriação do processo de trabalho, embora atualmente esteja inativa. Algumas razões foram identificadas por Carretta (2004, p. 76) como: a falta de apoio técnico e de conhecimento de gestão dos administradores; falta de governança; a falta de comprometimento por parte dos cooperados em relação à execução do trabalho; as retiradas de certos cooperados; o fato de não terem uma remuneração constante; mudanças constantes de sede; desintegração social; a definição de artesanato como objeto social a limitar a integração de novos interessados no projeto, embora a cooperativa tenha informado posteriormente que poderia receber novos cooperados de forma gratuita.

Por fim, menciona-se a **Cooperativa Padro Vicente de Paulo Penido Burnier – Copavi**, de Belo Horizonte. Com atividades voltadas à inserção no mercado de trabalho, a cooperativa oferece serviços de digitação; curso de língua dos sinais; educação cooperativista; e orientação ao trabalho. Contudo, a capacitação não pôde ser viabilizada pela escassez de recursos financeiros.

Com 24 fundadores, a Cooperativa foi constituída para se dedicar à capacitação das pessoas com deficiência auditiva para que tenham a oportunidade de produzir e ter renda. Assim, além de pessoas com deficiência, havia os sem deficiência, que atuam em serviços específicos em auxílio às pessoas com deficiência, por exemplo, na negociação.

Diversos foram os problemas a atingir a cooperativa, contudo, como a falta de recursos financeiros e de sede, falta de capacitação administrativa, falta de compreensão do que é cooperativa, a excessiva proteção familiar a obstaculizar o desenvolvimento laborativa, falta de colaboração e de orientação sobre as obrigações. Assim, a cooperativa foi fechada em 2003.

5. Conclusão

O desafio inicial desta pesquisa foi identificar, dentro dos limites metodológicos existentes e a partir dos grupos vulneráveis reconhecidos na lei brasileira, a rede formal de protagonistas atuantes nos ecossistemas destes grupos. Como pano de fundo, tem-se a importância do fomento e da articulação entre os atores para o fortalecimento e autonomia dos empreendimentos solidários que se destinam à sua inserção sócio laboral (Morais & Menezes, 2018). Assim, foram abordados os dependentes químicos e pessoas com deficiência, analisando a sua inserção laboral promovida por cooperativas, tendo-se identificado também outros tipos de organizações, como associações.

FECHA DE ENTRADA: 29/12/2019
FECHA ACEPTACIÓN: 15/06/2020

Como se pode verificar, o número de empreendimentos solidários informais ainda é significativo no Brasil, inclusive superando o número de cooperativas regulares. Além disto, não há um sistema de dados atualizado e os atores nem sempre dispõem de recursos ou interesse de se profissionalizar e disponibilizar informações públicas.

A respeito das cooperativas, foco da pesquisa, verificamos que aquelas mapeadas trazem os seguintes indicadores: a importância de incubadoras com o escopo de formar o grupo com os princípios cooperativistas; a ausência de assistência técnica (contábil, financeira, legal, técnica e psicológica); a deficiência de profissionalismo e de empreendedorismo das cooperativas e que precisam sem mais estruturadas; a escassez de recursos financeiros; o necessidade de fortalecimento de políticas públicas e de sistema de rede. Nota-se, ainda, que ações educativas são importantes para a consolidação do modelo, pois falta interesse por parte dos grupos vulneráveis, seus familiares e da coletividade.

Por fim, conclui-se que os tais modelos ainda carecem de autossustentabilidade na sua concepção e desenvolvimento, demandando o apoio da iniciativa privada e pública e a articulação dos atores em rede.

FECHA DE ENTRADA: 29/12/2019
FECHA DE ACEPTACIÓN: 15/06/2020

Referências

ADITAL: "Incubadora da UFC estimula o cooperativismo há mais de dez anos", *Ceará, Portal Vermelho*, 6 março 2010, recuperado em 6 setembro 2019. http://www.vermelho.org.br/noticia/125199-1, 2010.

BITTENCOURT, A.L.P., FRANÇA, L.G. & GOLDIM, J.R.: "Adolescência vulnerável: fatores biopsicossociais relacionados ao uso de drogas", *Revista Bioética,* nº 23(2), 2015, pp. 311-319.

BONADIO, A.N. & SILVEIRA, C.: "Economia solidária e reabilitação vocacional no campo da drogadição: possibilidades e limites das práticas atuais", *Saúde e Sociedade,* nº 22, 2013, pp. 99-108.

CARRETTA, R.: *Pessoas com deficiência organizando-se em cooperativas: uma alternativa de trabalho?,* Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2004.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS – CNM: *Leis e Programas Nacionais e Internacionais de Reinserção de Dependentes Químicos no Mercado de Trabalho,* Brasília, CNM, 2017

COOPERATIVA SOCIAL DE PAIS, AMIGOS E PORTADORES DE DEFICIÊNCIA – COEPAD: "Documentário Fibra", recuperado em 6 agostos 2019 de http://www.coepad.com.br/.

DAMIANO, H.: "Cooperativas sociais", *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região,* nº 31, 2007.

DE OLIVEIRA BARRETO, R., LOPES, F.T. & DE PAULA, A.P.P.: "A economia solidária na inclusão social de usuários de álcool e outras drogas: reflexões a partir da análise de experiências em Minas Gerais e São Paulo", *Cadernos de Psicologia Social do Trabalho,* nº 16(1), 2013, pp. 41-56.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS – DIEESE: "Observatório Nacional da Economia Solidária e do Cooperativismo", recuperado em 6 agosto 2019. https://ecosol.dieese.org.br

FONSECA, F.F., SENA, R.K.R., SANTOS, R.L.A. et al.: "As vulnerabilidades na infância e adolescência e as políticas públicas brasileiras de intervenção", *Revista Paulista de Pediatria,* nº 31(2), 2013, pp. 258-264.

FECHA DE ENTRADA: 29/12/2019
FECHA ACEPTACIÓN: 15/06/2020

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE): "Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD", recuperado em 17 dezembro 2019 de https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9127-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios.html?=&t=destaques, 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE): "Panorama Nacional e Internacional da Produção de Indicadores Sociais", recuperado em 17 dezembro 2019 de https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/20438-panorama-nacional-e-internacional-da-producao-de-indicadores-sociais.html?edicao=20935&t=sobre, 2018.

ISFER, E.: "Cooperativas Sociais". In *Sociedades Cooperativas* (Coord. GONÇALVES NETO, A.de A.), São Paulo, Lex, 2018, pp. 479-50.

LEVANTAMENTO NACIONAL DAS FAMÍLIAS DOS DEPENDENTES QUÍMICOS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO – LENAD FAMÍLIA/UNIFESP: "II Levantamento Nacional de Álcool e Drogas (II LENAD)", recuperado em 30 novembro 2019 de https://inpad.org.br/_lenad-familia/, 2013.

MATIAS, B.: "Cooperativismo social é a nova geração de cooperativas no mundo", recuperado em 16 setembro 2019 de https://administradores.com.br/noticias/cooperativismo-social-e-a-nova-geracao-de-cooperativas-no-mundo, 2004.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, MINISTÉRIO DA SAÚDE, SECRETARIA NACIONAL ANTIDROGAS: *Curso técnico – Reabilitação de dependentes químicos,* 2002.

MORAIS, L.P. & MENEZES, D.F.N: "Economia Social E Solidária (Ess) No Brasil No Século Xxi: Avanços, Limites e Desafios Atuais". In *Anuario iberoamericano de la economía social* (Coord. ÁLVAREZ, J.F., MARCUELLO, C., MORAIS, L. et al.), n. 3/2018, CIRIEC-España, recuperado em 6 setembro 2019. http://www.oibescoop.org/wp-content/uploads/Anuario_Iberoamericano_OIBESCOOP_n3_2018.pdf, 2018.

RECICLASAMPA: "Rainha da reciclagem cria cooperativa para recuperar dependentes", recuperado em 20 agosto 2019 de https://www.reciclasampa.com.br/artigo/rainha-da-reciclagem-cria-cooperativa-para-recuperar-dependentes.

REDE MOBILIZADORES: "Cooperativa apoia ressocialização de pessoas com transtornos psíquicos", recuperado em 30 novembro 2019 de http://www.mobilizadores.org.br/noticias/cooperativa-apoia-ressocializacao-de-pessoas-com-transtornos-psiquicos/.

FECHA DE ENTRADA: 29/12/2019
FECHA DE ACEPTACIÓN: 15/06/2020

SECRETARIA DE TRABALHO DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA: "Associativismo e Cooperativismo social (Pronacoop Social)", recuperado em 6 agosto 2019 de http://trabalho.gov.br/trabalhador-economia-solidaria/programas-e-acoes/associativismo-e-cooperativismo-social.

SECRETARIA ESPECIAL DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL: "Governo federal implementa nova Política Nacional Sobre Drogas", recuperado em 06 setembro 2019 de http://mds.gov.br/area-de-imprensa/noticias/2019/abril/governo-federal-implementa-nova-politica-nacional-sobre-drogas, 2019.

SECRETARIA MUNICIPAL DA SAÚDE − SMS: "Portaria nº 964/2018", recuperado em 10 dezembro 2019 de http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/portaria-secretaria-municipal-da-saude-sms-964-de-27-de-outubro-de-2018.

SILVA, S.P.: "Crise de paradigma?: a política nacional de economia solidária no PPA 2016-2019", *Em mercado de trabalho,* nº 64, 2018.

SIMONELLI, A.P.: *Contribuições da análise da atividade e do modelo social para a inclusão no trabalho de pessoas com deficiência,* Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2009.

SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÃO EM ECONOMIA SOLIDÁRIA − SIES: "Atlas Digital da Economia Solidária", recuperado em 7 agosto 2019 de http://atlas.sies.org.br.

UNICEF: "Adolescentes", recuperado em 17 dezembro 2019 de https://www.unicef.org/brazil/adolescentes.

FECHA DE ENTRADA: 29/12/2019
FECHA ACEPTACIÓN: 15/06/2020

ACCESO AL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: SITUACIÓN EN EL EMPLEO EN LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

Manuel Francisco Salinas Tomás
Departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales
Facultad de Ciencias Sociales - Universitat de València

Fernando Marhuenda Fluixá
Vicedecano de Relaciones Internacionales y Cultura
Departamento de Didáctica y Organización Escolar
Facultad de Filosofía y Ciencias de la Educació - Universitat de València

RESUMEN
Las personas con enfermedad mental encuentran mayores dificultades en el acceso al empleo que otras personas que también forman parte del colectivo de personas con discapacidad.
Los datos estadísticos que hablan del empleo de personas con discapacidad suelen aglutinar bajo el término discapacidad psíquica tanto a personas con enfermedad mental como a personas con discapacidad intelectual. Dicha agrupación da lugar a equívocos, puesto que se trata de discapacidades bien diferenciadas y cuyo tratamiento requiere un abordaje específico tanto en apoyos como en medidas específicas de inserción.
Un estudio de los datos estadísticos de las diferentes modalidades de inclusión laboral reguladas en la legislación nos lleva a la conclusión de que es necesario un cambio en el sistema de recogida de datos y su tratamiento para poder diferenciar la enfermedad mental del resto y así poder elaborar medidas de inclusión diferenciadas y por tanto de mayor eficacia.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad, empleo, inclusión, enfermedad mental, LGD, LISMI.

CLAVES ECONLIT: A13, B55, D63, J79, L39.

Cómo citar este artículo/How to cite this article: SALINAS TOMÁS, M.F., & MARHUENDA FLUIXÁ, F.: "Acceso al empleo de las personas con discapacidad: situación en el empleo en las personas con enfermedad mental", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 36, 2020, pp. 273-311. DOI: 10.7203/CIRIEC-JUR.36.16980.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

ACCESS TO EMPLOYMENT FOR PEOPLE WITH DISABILITIES: PEOPLE WITH MENTAL ILLNESS BEFORE EMPLOYMENT

EXPANDED ABSTRACT

Preparation and access to the labour market of people with disabilities has improved along the past four decades as a result of the demand of civil society, families and people with disabilities themselves. However, little is known about the particular difficulties that people with mental illness face when trying to access an employment and try to keep it, their employability being often disregarded to the point that they sometimes hide their disability to their employers and colleagues in order to be able to enter employment.

This paper attempts to cover the specific obstacles that people with mental illness have to address and to discuss whether or not they find the support of specific measures that take into account their particular needs. In order to accomplish our aim, we structure the paper in three sections: in the first one, we review the sources of information available in Spain and we assess the possibilities we find in them for our purpose, on the one hand; and the limitations that these sources entail and that will affect our work on the other hand.

The second section focuses upon the different legislative measures that have been conceived, planned and developed along the years. In doing so, we follow the same order of the measures that were initially stablished by the LISMI, the Law passed in 1982 that was a landmark in the understanding of disability and handicap in the country and that has been the framework valid to structure any new development along the past four decades in terms of educational, social and economic inclusion of people with disabilities. This section is divided in two subsections, one on ordinary employment and a second one on protected employment.

Each subsection covers the different measures that have a legal reference, namely: the reserve quote of 2% for companies that employ more than 50 workers; access to public employment for people with disabilities; self-employment of people with disabilities; supported employment programs, labour or work-enclaves, and special employment centers. The structure of the different subsections is similar: a normative definition of the measure, an analysis of the available data and finally, a subsection on what is the situation of the measure regarding its impact upon people with mental illness and what could be done to improve its effectiveness. The third and final section discusses the implications of our findings, while also draws attention to the need of more precise, stable and sustainable sets of data that allow researchers but also policy-makers and employers and unions to plan proper measures to facilitate the integration of people with mental illness in the labour market.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

In section one we portray the two main sources of information, consisting of the Olivenza Report (the 2019 version is the latest one) and the National Institute of Statistics reports (we have used data from 2019) as well as the Observatory of Employment and Disability (also data from 2019). These being the main sources of data in the country, the problem we have found is the difficulty to identify mental illness as a particular kind of disability, often mixed, mingled or dissolved in other disability types, which leads to confusion and lack of precision, as mental illness is considered as intellectual disability, which it is clearly not. Therefore, in 2019 we have found very similar problems to those already pointed to by the Olivenza report on the situation of disability in Spain in 2019, indicating three obstacles we have also faced: lack of sources; methodological differences used to measure disability as well as the variability in frequency and sequence to obtain the data, something that is not amended whenever the date are claimed and updated.

The second section of the article starts with a general overview on the main laws ruling the object of our paper, the LISMI in 1982 and the General Law on Disability approved in 2013; consisting of an update of the previous with the relevant change of focus from the difficulties and limitations into the capacities and possibilities, therefore with a much more modern approach and one according to current scientific developments and social demands as well.

A review of the different legislative measure follows that introduction, starting with the reserve quote of the 2% in companies hiring more than 50 workers, this being one of the most inclusive measures insofar it consists of employing someone in the ordinary labour market. The legislation covering this quote is explained, and we specify what are the rules behind the calculation of the quote and what percentage of disability is needed to apply for the reserve quote. The paper also presents how can this reserve quote be avoided, an exception in the legislation that yields way to several of the other measures, most of which are not as inclusive as the reserve quote should be. The second measure reviewed in the paper is access to public employment, which consists of a particular application of the reserve quote in the case of the public administrations (national, regional and local) and that has proved useful yet with two necessary considerations: the impact of the 2008 financial crisis upon public employment due to the austerity measures applied by the European Union has been a considerable reduction of jobs available in the public sector, the second amendment related to the level of qualification that the public administration reserves for people with disability, which often leads to low qualified positions and therefore has an impact upon differential access to public employment. Like in the previous case, the lack of proper data invites us to suggest hypothesis on how the measure benefits or not people with mental illness specifically. The third measure we consider is that of self-employment which, to our surprise, despite added difficulties one may consider for people with disabilities has reached a larger percentage than that of the public administration. However, these data must be read with caution, as

the coverage of self-employment is strongly related to the type of disability and this implies that people with mental illness are often out of this equation. Fourth we address supported employment, ruled in Spain in 2007 and which consists of an adaptation of a position in the ordinary labour market through staff trained to develop the necessary adaptation. This section shows the difficulties that people with mental illness face in entering the ordinary labour market without proper support, whilst this is often provided as if they were people with intellectual disabilities. We move then onto supported employment. The first subsection covers the 'jewel of the crown' among all measures, special employment centers, those employing by large most of the people with disabilities (and people with mental illness among them) even if they have become in fact a segregated labour market and therefore the least inclusive among the different measures. Then we move into labour enclaves, which are a measure so complex in bureaucratic terms that few companies opt for it. We finish the paper claiming for better and more precise data in order to make visible mental illness, to address it differently to intellectual disability, in order to be precise in policy planning and in providing appropriate support measures.

KEYWORDS: Disability, employment, inclusion, mental illness, general dependency law, social integration of handicapped people law.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

SUMARIO

1. Introducción. 1.1. Fuentes de información y bases de datos consultadas. 1.2. Datos generales sobre la discapacidad en España. 2. El empleo de las personas con discapacidad. Modalidades e incidencia en las personas con enfermedad mental. 2.1. El empleo ordinario para personas con con discapacidad. 2.2. El empleo protegido. 3. Recapitulación. Bibliografía. Normativa.

1. Introducción

En la sociedad y cultura occidentales, la condición de ciudadanía para la mayoría de las personas viene dada principalmente por el acceso al mercado laboral a través del empleo. Es obvio pensar que también lo va a ser para cualquier persona con discapacidad.

El empleo normaliza y confiere autonomía a la persona, en tanto en cuanto le dota de medios económicos para al menos subsistir e independizarse. Así, una de las vías que ha permitido a las personas con discapacidad comenzar a salir de la exclusión ha sido la de su incorporación al mercado laboral. La inclusión laboral depende de las aptitudes para trabajar, de las capacidades de la persona, y ahí es donde la sociedad traza una línea divisoria que suele dejar fuera a las personas con discapacidad.

Siendo el empleo en la empresa ordinaria la situación ideal de integración laboral de la persona con discapacidad, tanto su escasez junto a la mirada tradicional de la persona con discapacidad como "no capaz", llevan a los poderes públicos a convertirse en los garantes del derecho universal al trabajo, tanto más de las personas que se encuentran en situación de desventaja como es el caso de las personas con discapacidad. Cada Estado, en su función protectora del derecho de la persona con discapacidad, establece una serie de medidas que tienen la intención de garantizar que la persona pueda desarrollarse con plenitud.

Sin embargo, a nivel internacional la cuestión es plural. Cuando nos referimos a personas con discapacidad en relación al empleo protegido, la mirada y perspectiva desde la que se enfoca es diversa, abarcando desde una concepción de "paciente" basada en una sobreprotección, pasando por "personas en procesos de formación", hasta la consideración de "trabajadores" (Migliore, 2010).

Portero y Aneiros (2008) realizan un análisis sobre el recorrido de las políticas sobre discapacidad que abarca desde unos inicios de corte paternalista, con acciones

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

aisladas y centradas en cubrir la incapacidad de las personas a través de medidas asistenciales. Más adelante, en la década de los 80, se pasa a un enfoque de derechos basado en las dificultades de integración de las personas con discapacidad incluyendo la existencia de "factores sociales de exclusión y por último, en los años 90 se pone la mirada en la igualdad de oportunidades y comienzan a desarrollarse políticas que favorezcan la participación plena del colectivo a través de la acciones transversales[1]. Hoy en día existen medidas y modalidades como el empleo con apoyo, las empresas de inserción, los enclaves laborales, los centros especiales de empleo; así como distintas cuotas de contratación en función del tamaño de la empresa. Sin embargo, el deterioro de la calidad del empleo y de las relaciones laborales, en especial tras la crisis financiera de 2008, dificultan la inserción laboral de personas y colectivos con discapacidad.

En este sentido, Rodríguez y Cueto (2013) señalan que, pese a que actualmente la inclusión laboral es uno de los factores clave para que la persona con discapacidad pueda desarrollarse plenamente alcanzando su independencia personal y económica, no siempre ha sido así. Ha habido una evolución de políticas desde la búsqueda de garantía de ingresos a otras centradas en el empleo como principal herramienta de inclusión, en el valor del trabajo, tanto intrínseco como instrumental, como eje de normalización de la vida, así como en la concepción de las personas con discapacidad como capaces de trabajar y por lo tanto de contribuir también a fortalecer el Estado de Bienestar.

La legislación española plantea un sistema de protección en materia de empleo de la persona con discapacidad, que se plasman en una serie de medidas que van a favorecer la inclusión laboral de la misma. Las diferentes modalidades de empleo para personas con discapacidad tienen como objetivo el ser medidas que ayuden a salvar las barreras con que la persona se va a encontrar a la hora de acceder al empleo, más si cabe en un mercado de trabajo segmentado y dualizado. De la misma manera que la discapacidad es un hecho heterogéneo, las medidas inclusivas también han de serlo.

1.1. Fuentes de información y bases de datos consultadas

Al realizar un análisis de la situación de las personas con enfermedad mental en relación al empleo, la principal dificultad que encontramos consiste en que la mayoría de las bases de datos disponibles que hablan de empleo y discapacidad unen en el mismo subgrupo de discapacidad denominado psíquicas (salvo las del INE y solo

1. En lugar de centrar el esfuerzo en políticas concretas de integración, se busca que todas las acciones y políticas generales incluyan ese enfoque de participación plena.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

haciendo referencia a datos globales sobre tasas de actividad, paro y empleo), a las personas con enfermedad mental[2] y a las personas con discapacidad intelectual[3]. En este sentido, una revisión del Informe Olivenza 2019, el informe ODISMET 2019 o el último informe del IMSERSO (31/12/2017), confirman este hecho. Consideramos este aspecto muy relevante, puesto que las problemáticas y necesidades, también de apoyo laboral, van a ser diferentes y, sin embargo, en términos generales son tratadas como si no lo fueran.

La información de las bases de datos utilizadas en esta investigación corresponde a las fuentes oficiales de mayor fiabilidad a las que podemos acceder y que aparecen detalladas más abajo. Aun así, conviene tomar los datos como aproximativos y con amplio margen de error debido a las diferentes metodologías empleadas para su obtención según cada una de las fuentes, así como las diferencias en el periodo de obtención de los datos.

Para la recopilación de los datos que analizaremos en el artículo, hemos recurrido a diversas fuentes que coinciden en mostrar la dificultad de acceder a datos exactos y coincidentes. La escasez de datos estadísticos actualizados junto a la disparidad de indicadores utilizados en el análisis de los muestreos nos lleva a tomar los mismos con ciertas reservas pues el margen de error es claramente observable cuando el nivel de desagregación buscado es mayor. Tres son las fuentes principales disponibles:

- El propio Informe Olivenza 2019 (Jiménez, 2019).
- Base de datos del INE[4]. SEPE. Informe sobre el empleo de las personas con discapacidad (Serie 2014-2018) publicado en diciembre de 2019. (Observatorio de las Ocupaciones, 2019).
- ODISMET. Informe 4 del Observatorio sobre Discapacidad y Mercado de Trabajo (2019).
- IMSERSO. Base estatal de datos de personas con valoración del grado de discapacidad (Datos a 31/12/2017).

2. Nos referiremos a las personas con enfermedad mental en relación al empleo, a aquellos que tengan reconocido un grado de discapacidad de al menos el 33% fruto de su enfermedad.

3. Mientras que en las personas con discapacidad intelectual la etiología es fruto de algún síndrome o situación sobrevenida en el embarazo o parto y suele ir acompañado de dificultades en el aprendizaje y retraso mental (por ejemplo, las personas con síndrome de Down), las personas con enfermedad mental son personas cuya discapacidad es fruto de una enfermedad cursada por lo general a partir de la adolescencia y que no tiene porque ir acompañada de retraso mental (trastornos psicóticos, esquizofrenia, etc.).

4. INE Instituto Nacional de Estadística.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

El Informe Olivenza 2019[5], sobre "*la situación general de la discapacidad en España",* ya señala que la dificultad de las fuentes de información a la hora de abordar la discapacidad desde una perspectiva estadística implica asumir cuatro obstáculos: a la escasez de fuentes hay que unir las diferencias metodológicas en la medición de la discapacidad, la variabilidad en las cadencias de actualización de datos y la segmentación territorial. Así sucede también en nuestro trabajo.

1.2. Datos generales sobre la discapacidad en España

Analizar cualquier dato sobre personas con discapacidad en España, supone asumir unos márgenes de error amplios debido a la complejidad y variabilidad de los diferentes indicadores utilizados en las distintas bases de información. En los últimos años, la posibilidad de cruzar datos de distintas instituciones y organismos ha supuesto, en algunos aspectos, poder acceder a información más detallada y concreta, a la vez que ha puesto de manifiesto la dificultad de utilizarlos como datos objetivables, más allá de un acercamiento relativo. Aspectos como la inclusión de las personas con dependencia reconocida como personas con discapacidad, bases de datos inexactas, que cruzan datos actuales con los tomados hace unos años, la coexistencia de diferentes tipologías de discapacidad en la misma persona. Confieren a los resultados estadísticos márgenes de error significativos, fruto del cruce de datos en ocasiones imposibles.

Así, un primer acercamiento a la población con discapacidad en España refleja que, en datos unificados de 2017, existía censada una población de 46.658.447 personas, de las que 3.177.531 tenían algún tipo de discapacidad. Estos datos reflejan que la población con discapacidad supone aproximadamente un 6% de la total, como reflejamos en la tabla 1.

5. Es necesario señalar que las encuestas realizadas en España con un análisis más profundo y detallado son la Encuesta de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de 1986, la Encuesta de Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud de 1999 y la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia de 2008. Pese a que los datos que aparecen en las mismas no van a ser utilizados en esta investigación, sí que es necesario nombrar que los diferentes informes sobre la situación de las personas con discapacidad, inclusos los más actuales, hacen referencia a las mismas por ser, en algunos casos, los únicos datos obtenidos a través de encuestas en un momento dado. Este es el caso del informe Olivenza 2016 sobre la situación de la discapacidad en España.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

Tabla 1.
Comparativa de personas con y sin discapacidad en España, en edad laboral (16 a 64 años) y en situación de empleo

	España	Población en edad laboral	% en edad laboral	Afiliación a la SS.	% en empleo
Personas sin discapacidad	43.480.916	30.050.400	69,11%	19.560.000	65,01%
Personas con discapacidad	3.177.531	1.860.600	58,55%	269.736	14,49%
Población total	46.658.447	31.911.000	68,39%	19.073.067	59,77%

Fuente: Elaboración propia sobre datos del Imserso (2017), Base estatal de datos de personas con valoración del grado de discapacidad, del INE 2017 y del informe 4 del Observatorio sobre Discapacidad y Mercado de Trabajo ODISMET (2019)[6].

Al centramos en la población activa (entre 16 y 64 años), observamos que de un total de 30.050.400 personas, 1.860.600 lo serían con discapacidad reconocida o asimilada[7]. Además, solamente 1.335.100, tiene la condición reconocida de discapacidad que las acredita para poder tener un contrato específico para personas con discapacidad, estando además registradas en la BEPD[8]. Este dato es significativo pues supone un diferencial del 1,4% (525.500). Esta variación se debe a que el INE incluye en la encuesta sobre el empleo de las personas con discapacidad, además de las registradas en la BEPD, datos sobre medidas de fomento de empleo de la Tesorería General de la Seguridad Social, prestaciones procedentes del Registro de Prestaciones Sociales Públicas del INSS y datos sobre personas en situación de dependencia extraídos del SAAD[9]. Además, desde 2014, al amparo de lo previsto en el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, también se suman pensionistas de clases pasivas, así como pensionistas de la seguridad social con una incapacidad permanente, total, absoluta o gran invalidez; si bien es importante destacar que este aspecto ha sido cuestionado en 2018 por dos sentencias posteriores en las que el Pleno de la Sala IV del TS concluye que no puede reconocerse de manera automática y a todos los efectos un grado de discapacidad del 33% a los pensionistas de incapacidad total, absoluta o gran invalidez.

6. El Informe 4 del Observatorio sobre Discapacidad y Mercado de Trabajo ODISMET (2019) recoge datos de la encuesta del INE 2019 sobre situación de las personas con discapacidad en relación al empleo.

7. El INE señala que, desde 2014, se consideran personas asimiladas a la condición de discapacidad aquellas que reciban una prestación del INSS teniendo reconocidas una situación de dependencia.

8. Base Estatal de datos de personas con discapacidad.

9. Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

En relación a las personas con enfermedad mental y el empleo, una revisión de los informes y bases de datos con las que trabajamos en el presente artículo muestra una serie de datos desagregados en unos casos y en otros no para referirse a las personas con enfermedad mental, a saber:

El Informe del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad del Observatorio de las Ocupaciones, elaborado por el Observatorio de las Ocupaciones del SEPE a partir de los datos del SISPE[10] correspondientes al año 2018, al señalar el volumen de contrataciones, habla de personas con discapacidad psíquica englobando a las personas con discapacidad intelectual y a las personas con enfermedad mental.

El informe del INE 2018 sobre el Empleo de las Personas con Discapacidad sí que discrimina entre personas con discapacidad intelectual y personas con enfermedad mental al referirse a las tasas de actividad y empleo; si bien no incluye información sobre las contrataciones.

Los sucesivos informes elaborados por el Observatorio sobre la Discapacidad y Mercado de Trabajo (ODISMET), muestran información diferente. Así al hablar de las tasas de actividad y empleo, sí que distingue entre personas con discapacidad intelectual y personas con enfermedad mental[11], mientras que al referirse a las contrataciones, habla de psíquicas, sin diferenciar ambos subgrupos[12].

El informe Olivenza 2019, al igual que los anteriores, utiliza datos del Observatorio sobre la Discapacidad y Mercado de Trabajo, por lo que las diferencias de nomenclatura entre las tablas referidas a las tasas de actividad y empleo, también son diferentes a las de contratación.

En este artículo, elegimos omitir el sesgo de género debido a que las cifras y datos que vamos a utilizar en algunos casos o bien no aparece o bien no aporta elementos significativos, suponiendo sin embargo acrecentar la complejidad del análisis[13]. Sin embargo, no queremos dejar de nombrar algunos datos básicos en relación a este tema: una apreciación necesaria es la de comprobar que mientras que hablamos de cifras totales de personas con discapacidad frente a las personas con discapacidad

10. Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo.

11. Hasta el informe 4, utiliza el término "mental" para referirse a personas con enfermedad mental, mientras que en el último, informe 5, utiliza la nomenclatura "psicosocial" para referirse al mismo subgrupo de discapacidades.

12. Esto es así, debido a que para elaborar las tablas de datos sobre las tasas de actividad y empleo utiliza las bases de datos del INE, mientras que para las de contrataciones utiliza las del SEPE.

13. Si bien en esta ocasión elegimos omitir el sesgo de género, sí que sería interesante y necesario el poder realizar el poder realizar este análisis teniéndolo en cuenta pues mostraría seguro datos relevantes en relación a la brecha que sufre la mujer con discapacidad.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

en edad activa. Otra diferencia apreciable en cuanto a distribución por sexo es la de que, cuando hablamos de cifras totales, el porcentaje de mujeres con discapacidad es mayor que el de hombres (un 50,9% frente al 49,1%). Cuando nos referimos a la población activa con discapacidad, comprendida entre los 16 y los 64 años, nos encontramos con una inversión del porcentaje de hombres (57,7%) con respecto a mujeres (43,3%) con discapacidad entre 16 y 64 años.

Las causas principales de este hecho significativo son las siguientes: Cuando hablamos del total de personas con discapacidad, las estadísticas siguen el mismo patrón que con el del resto de la población, hay más mujeres que hombres, principalmente porque el promedio de vida de la mujer con respecto al hombre es mayor. Sin embargo, la inversión de porcentajes en la población activa con discapacidad es debida principalmente a que un porcentaje significativo de personas con discapacidad son fruto de accidentes laborales en puestos de trabajo de riesgo que tradicionalmente han ocupado -y lo siguen haciendo- hombres. Sin duda, la brecha género en el empleo con discapacidad también es considerable.

2. El empleo de las personas con discapacidad. Modalidades e incidencia en las personas con enfermedad mental

En España, la Ley de Integración Social de los Minusválidos de 1982 (LISMI)[14] supone el momento clave en el que, por primera vez, se articula un texto que, unido al posterior desarrollo de la misma y su reglamentación y más adelante revisado y actualizado a través de la Ley General de Discapacidad (en adelante LGD), aprobada mediante el RD Legislativo 1/2013[15], va a plantear un nuevo paradigma de la discapacidad poniendo el acento en las capacidades más que en las limitaciones.

14. LISMI. Ley 13/1982, de 7 de abril. Ley de Integración Social de los Minusválidos. Si bien es cierto que la LISMI es el primer referente claro y específico vertebrador de la discapacidad, podemos encontrarnos con la existencia de normativa dispersa y puntual entre la que destaca la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Ley Básica del Empleo, que puede ser germen de la ley posterior -LISMI- al citar en su art. 13 que «(…) con el objeto de facilitar el empleo a personas cuyas deficiencias les imposibilite emplearse en empresas normales, el Gobierno dictará normas para fomentar el trabajo en centros especiales de empleo».

15. La Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, ha integrado en una sola norma la Ley de Integración Social de Personas con Discapacidad (LISMI), de 1982; la Ley de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, de 2003, y la Ley por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, de 2007.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

La LISMI, en su artículo 3, ya hace referencia a que los poderes públicos deberán prestar los recursos necesarios para favorecer el derecho de la integración laboral de las personas con discapacidad y en su Capítulo VII (artículos 37 a 48) titulado *"de la integración laboral"* cita las primeras medidas promulgadas, para favorecer el acceso al empleo público y privado, al autoempleo (art. 38) y al desarrollo del empleo protegido a través de los Centros Especiales de Empleo, en adelante CEE (art. 41 a 46).

El desarrollo e impulso real de las medidas de integración viene a darse a finales de la década de los 90 y principios de siglo. Primero los CEE (LEY 13/1982) y más adelante los enclaves laborales (RD 27/2000) y los programas de empleo con apoyo (RD 870/2007). De entre todas estas medidas, los CEE son los primeros en ponerse en marcha, generando un incremento importante de inclusión laboral hasta la llegada de la crisis financiera de 2008. En ese momento, pese a sufrir un proceso de desaceleración en su crecimiento, destacan como una de las medidas de integración que mejor resiste a los embates de la crisis. Rodríguez y Cueto (2013) concluyen que, en tanto que los contratos en empleo ordinario han sufrido un importante descenso, la contratación en CEE desde el año 2006 se ha duplicado; si bien el incremento principal ha sido en contratos temporales, con la precarización que ello conlleva. No obstante, también es cierto que, en este escenario de crisis, los CEE desempeñan un "refugio de empleo" para las personas con discapacidad.

A continuación, profundizaremos en algunos datos básicos del impacto de las diferentes medidas de inclusión laboral de personas con discapacidad en general así como, en particular, en personas con enfermedad mental, considerando la legislación en la que se amparan y proponiendo posibles indicaciones que pudieran contribuir a subsanar la problemática de las personas con enfermedad mental en relación al empleo.

Distinguiremos a continuación entre modalidades de empleo (para referirnos al empleo ordinario público y privado, el autoempleo y el empleo protegido/CEEs), las medidas específicas para el acceso a estas modalidades (enclave laboral, cuota del 2% y cuotas en el empleo público) y las metodologías de apoyo (como el empleo con apoyo para el acceso y tránsito al empleo ordinario).

2.1. El empleo ordinario para personas con discapacidad

Siempre que sea posible, la persona con discapacidad debería de poder participar de la actividad laboral en un entorno de trabajo ordinario o normalizado, ya sea una empresa pública o privada y en el que la mayoría de trabajadores esté compuesta de personas sin discapacidad.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

> *El empleo ordinario es aquel prestado por un trabajador con discapacidad en empresas normalizadas, regulado por el régimen laboral común. Previsto en el artículo 37.2.a) de la LGPD, se caracteriza por la adopción por los poderes públicos de una serie de medidas de acción positiva tendentes a fomentar la contratación del trabajador con discapacidad y a procurar su integración en el mercado ordinario de trabajo, garantizando de esta manera el principio de igualdad de oportunidades. Las medidas establecidas han sido las siguientes: el fomento del empleo, la adaptación de puesto de trabajo y/o dotación de medios de protección personal, la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, el empleo con apoyo, así como las especialidades en los contratos en prácticas y para la formación, previstos en el Estatuto de los Trabajadores.*
>
> García (2017:63)

El Real Decreto 364/2005, de 8 de abril regula, de una manera específica, el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad.

Entre las medidas que nos vamos a encontrar en este ámbito se encuentran las siguientes[16]:

> *1. La cuota de reserva de puestos de trabajo en empresas de más de 50 trabajadores del 2% para las personas con discapacidad y los incentivos económicos a la contratación.*
> *La cuota de reserva significa que las empresas con 50 o más trabajadores han de reservar el 2 por 100 de los puestos de trabajo para las personas con discapacidad y se establece en la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. El cumplimiento de la cuota de reserva se puede sustituir por acciones alternativas, que se regulan en el Real Decreto 364/2005. Los incentivos a la contratación consisten en subvenciones por contratos, bonificaciones y exenciones de cuotas, deducciones fiscales y subvenciones a la adaptación de puestos de trabajo.*
> *2. Las destinadas al fomento del autoempleo, que financian proyectos empresariales, proyectos de autoempleo de trabajadores por cuenta propia y conceden subvenciones para la constitución de cooperativas de trabajo asociado o sociedades laborales.*
> *3. El sistema de "empleo con apoyo", que es un conjunto de actividades de orientación y acompañamiento individualizado que prestan preparadores laborales espe-*

16. Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. Extraído el 05/ 06/2020. https://www.mscbs.gob.es/ssi/discapacidad/informacion/empMasInformacion.htm

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

cializados, en el propio puesto de trabajo, a los trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral que realizan su actividad en empresas normalizadas, del mercado ordinario de trabajo. Está regulado en el Real Decreto 870/2007.

4. Las fijadas para el empleo público. En este caso, la cuota de reserva de plazas para personas con discapacidad en todas las Administraciones Públicas es del 7 por ciento. Esta cuota se establece en la Ley 7/2007 y se regula para la Administración del Estado en el Real Decreto 2271/2004; de acuerdo con esta norma, en las pruebas selectivas de ingreso a la Administración, las personas con discapacidad disponen de las adaptaciones y los ajustes razonables necesarios de tiempos y medios para su realización, así como la preferencia en la elección de plazas y la adaptación del puesto de trabajo.

2.1.1. Cuota de reserva de puestos de trabajo del 2% en las empresas de más de 50 trabajadores[17]

Como ya hemos visto, la LISMI supone un cambio importante en materia de regulación de la situación de las personas con discapacidad en el Estado Español. En cuanto a la integración laboral, entre las diferentes medidas que la misma prevé, *la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2% en las empresas de más de 50 trabajadores,* supone la asunción por parte del Estado de responsabilizarse de proponer una vía concreta y directa de acceso al empleo en la empresa ordinaria.

La LGD, en su Artículo 42, señala a este respecto:

1. Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquélla y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal.

17. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Real Decreto 364/2005, de 8 de abril. BOE de 20, de abril de 2005, núm. 94.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

En cuanto a la cuota, muchas empresas utilizan el cálculo de medias normal, sin embargo esto no es correcto, puesto que para el mismo se debe utilizar lo establecido en la disposición adicional primera de los Reales Decretos 27/2000 y 364/2005. Así:

> *A los efectos del cómputo del dos por ciento de trabajadores con discapacidad en empresas de 50 o más trabajadores, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:*
> *a) El período de referencia para dicho cálculo serán los 12 meses inmediatamente anteriores, durante los cuales se obtendrá el promedio de trabajadores empleados, incluidos los contratados a tiempo parcial, en la totalidad de centros de trabajo de la empresa.*
> *b) Los trabajadores vinculados por contratos de duración determinada superior a un año se computarán como trabajadores fijos de plantilla.*
> *c) Los contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el período de referencia. Cada 200 días trabajados o fracción se computarán como un trabajador más.*
> *Cuando el cociente que resulte de dividir por 200 el número de días trabajados en el citado período de referencia sea superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores.*
> *A los efectos del cómputo de los 200 días trabajados previsto en los párrafos anteriores, se contabilizarán tanto los días efectivamente trabajados como los de descanso semanal, los días festivos y las vacaciones anuales.*

El cumplimiento de la cuota de reserva se puede sustituir por acciones alternativas, que se regulan en el Real Decreto 364/2005. Los incentivos a la contratación consisten en subvenciones por contratos, bonificaciones y exenciones de cuotas, deducciones fiscales y subvenciones a la adaptación de puestos de trabajo.

No es mucha la información en cuanto a resultados concretos sobre la aplicación de la cuota de reserva del 2%, teniendo que retrotraernos al estudio sobre su impacto elaborado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (2007)[18]. Pese a que el estudio aporta datos anteriores a 2007, es el único con cierto rigor hasta la fecha. Concluye que, si bien el Estado realiza un seguimiento adecuado del cumplimiento de la reglamentación por parte de las empresas de más de 50 trabajadores; la realidad es que la tasa de cumplimiento de la cuota por vía directa se sitúa en el 30,1% para el 2004, 31,7% para el 2005 y 32,7% para el 2006, respectivamente. Esto hace suponer

18. Realizado en 2007 en virtud de un Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales -Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familia y Discapacidad- y la Universidad Carlos III de Madrid.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

que dos tercios de las empresas no cumplían con la cuota en esos años. La limitación del estudio apunta a que se desconoce cuántas de esas empresas han podido acogerse a las medidas alternativas o haber obtenido un certificado de excepcionalidad. Esto hace que dichos datos deban tomarse como aproximativos. A su vez, en el hipotético caso de que el resto de la cuota se cumpliera a través de las medidas alternativas, no deja de ser llamativo que unas medidas promulgadas con carácter excepcional supongan dos tercios de la no aplicación de la cuota, convirtiéndose así la excepcionalidad en la norma.

La imposibilidad de localizar datos de mayor actualidad que muestren el cumplimiento de la cuota nos lleva a tomar información menos desagregada y realizar una interpretación hipotética de la misma. Así, la información más actual la proporciona el Informe Olivenza (Jiménez, 2019) sobre la situación de la discapacidad en España, recogiendo datos de evolución del empleo ordinario desde 2006 hasta 2018: el impacto de la crisis supuso que las contrataciones en el año 2008 sufrieran un descenso considerable en la empresa ordinaria[19], recuperando poco a poco hasta el año 2015, en el que vuelve a alcanzar valores similares previos a la llegada de la crisis. Así, el número de trabajadores con contratos específicos de discapacidad en empleo ordinario era de 29.033 en el año 2006, descendiendo hasta los 21.135 en el año 2009, recuperándose progresivamente hasta alcanzar en el año 2017 los 27.625, que si bien no llega a los mejores valores previos a la crisis, sí que muestra una recuperación progresiva.

Si habláramos de porcentajes, estaríamos diciendo que en el año 2006 la contratación de personas con discapacidad en la empresa ordinaria llegó a suponer un 32,7%, alcanzando su nivel más bajo en 2009, con un 23,8%, recuperándose lentamente hasta alcanzar el 31% en el año 2017[20]. En la misma línea, el *"Informe del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad"* SEPE (2019).

En una situación laboral en la que la tasa de paro entre las personas con discapacidad se situó en 2018 cerca de 10 puntos por encima de la población sin discapacidad, siendo en el mismo año la tasa de actividad 44,2 puntos inferior al resto de la población[21], podemos afirmar que la aplicación real de la cuota de reserva del 2% en todas las empresas de más de 50 trabajadores, supondría un impulso importante tanto en

19. Consideramos en este caso que un descenso de la contratación en la empresa ordinaria podría extrapolarse a un descenso proporcional en el cumplimiento de cuota.

20. No es posible comparar estos datos con los tomados del estudio Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (2007), aunque si podemos tomarlos como aproximados y sobre todo referenciados a poder visualizar la tendencia de contrataciones.

21. El empleo de las personas con discapacidad año 2019 - INE.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

el incremento de la tasa de actividad como en la disminución de la tasa de paro de las personas con discapacidad.

La realidad muestra, sin embargo, la reticencia continua por parte de la empresa ordinaria de contratar vía directa a través de la cuota a personas con discapacidad, recurriendo en la mayoría de casos a las medidas alternativas. La causa probablemente tenga que ver con el prejuicio a tener trabajadores fijos en plantilla con discapacidad, optando por la subcontratación con una empresa que siempre pondrá al trabajador más adecuado al puesto que se necesite, respondiendo la empresa subcontratada del trabajador y de su adecuación al puesto de trabajo, dejando de tener la empresa donde el trabajador con discapacidad presta finalmente sus servicios una obligación contractual con él. Por el contrario, durante el mismo periodo los CEE han incrementado su volumen de contrataciones en un 250%, pasando de 26.290 trabajadores en 2006 a 68.613 trabajadores en 2015 (Informe Olivenza, 2019) y 83.604 en 2017 según FEACEM[22].

Por lo tanto, nos atrevemos a afirmar que la llegada de la crisis supuso un fuerte retroceso de la integración laboral en el mercado ordinario de las personas con discapacidad. Sin embargo, los CEE han incrementado considerablemente el volumen de contrataciones siendo un "refugio" de empleo para las personas con discapacidad. Además, la crisis económica, con la correspondiente precarización del empleo (peores salarios, mayor número de contratos temporales, incremento de los contratos por horas, etc.), puede haber favorecido la reticencia de la empresa ordinaria a la contratación directa del cumplimiento de la cuota a favor de las medidas alternativas, entre las que destaca la subcontratación con CEE.

2.1.2. La cuota de reserva del 2% en las personas con enfermedad mental. Situación actual y propuestas

Conocer la aplicación de la cuota de reserva del 2% en el caso de las personas con enfermedad mental es prácticamente inviable, no disponemos de datos concretos desagregados en ninguna de las distintas bases.

22. La Federación Empresarial Española de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo (FEACEM) es una federación empresarial, sin ánimo de lucro, de ámbito estatal y de carácter intersectorial. FEACEM agrupa a 15 asociaciones empresariales vinculadas al movimiento asociativo de personas con discapacidad, a través de los cuales integra y representa a más de 800 Centros Especiales de Empleo que aglutinan a más de 48.000 trabajadores con discapacidad. Por eso somos la máxima institución representativa y vertebradora de los Centros Especiales de Empleo de Economía Social, de los que asume la interlocución única ante las administraciones públicas, los agentes sociales y la sociedad en general.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

Vista esta limitación, apoyándonos en algunos autores, que tampoco ofrecen datos concretos al hablar de las personas con enfermedad mental en relación al empleo ordinario, vía cuota directa del 2%, podemos proponer algunas suposiciones:

- En primer lugar, la estigmatización que acompaña a las personas con enfermedad mental llega a provocar que, en ocasiones, cuando se trata de empleo normalizado, su situación llegue a ser ocultada tanto al resto de trabajadores como incluso a los propios jefes.
- Las personas con enfermedad mental estarían encuadradas en el subgrupo de personas con discapacidad con especiales dificultades de acceso al trabajo. Para Borja (2019), este colectivo, al igual que el de las personas con discapacidad intelectual, observa grandes dificultades de acceso al empleo ordinario. Mientras que las personas con discapacidad física o sensorial pueden acceder a un trabajo normalizado con una serie de apoyos técnicos o en la forma de trabajar, *"… en las personas con discapacidad intelectual y mental el acceso al medio y la comunicación no suele ser el hándicap. Quienes poseen etiologías intelectuales tienen problemas de integración por las dificultades en la comprensión de cada uno de los problemas que surgen diariamente, y las personas con discapacidad mental pueden tener dificultades en el mantenimiento de los hábitos laborales".* (Borja, 2015:394)
- Las personas con enfermedad mental, además de personas con una discapacidad, son personas con una enfermedad. Esta puede cursar con episodios en forma de brotes que junto a la necesidad continua de control médico psiquiátrico, contribuyen a que sean percibidas por parte de la empresa ordinaria como susceptibles de constantes ausencias en el puesto de trabajo debidas a la supervisión médica y a las previsibles bajas laborales, suponiendo por lo tanto una complicación añadida.

En términos absolutos en datos del Informe del INE sobre el Empleo de las Personas con Discapacidad (2018) en comparación con el resto de tipos de discapacidad las personas con enfermedad mental tienen la tasa de empleo más baja (22,3%). Hemos de tener en cuenta que este dato corresponde al total de ocupadas a través de las distintas modalidades de inserción laboral (solo personas que cotizan a la TGSS); si consideramos además que están encuadradas dentro del colectivo de personas con discapacidad con especiales dificultades de acceso al trabajo, podríamos suponer que, cuando se trate exclusivamente de empleo normalizado, este porcentaje es susceptible de disminuir considerablemente.

Tras el análisis de la situación de las personas con enfermedad mental y como propuestas de mejora en su empleabilidad, podríamos señalar las siguientes:

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

- Refuerzo de las medidas existentes de transición del empleo protegido al ordinario con un control más exhaustivo de las cuotas de reserva incluyendo un porcentaje concreto de contratación de personas con enfermedad mental en aquellas empresas en que fuese posible por número de trabajadores.
- Posibilidad de incentivos específicos a la empresa para la contratación de personas con enfermedad mental para favorecer su inclusión laboral.
- Favorecer el empleo con apoyo con preparadores laborales con un conocimiento específico del colectivo y peculiaridades de las personas con enfermedad mental.
- Las personas con enfermedad mental tienen no solo las tasas de empleo más bajas con respecto al resto de discapacidades, sino también las tasas de actividad más bajas (INE, 2016)[23]. La dificultad de trabajar sobre las tasas de empleo es obvia (influencia de múltiples factores, contextos económicos y políticos); sin embargo, puede ser más viable incrementar las tasas de actividad, favoreciendo una mayor incorporación de las personas con enfermedad mental al mercado de trabajo a través de la formación y capacitación para el empleo[24].

2.1.3. El acceso al empleo público en las personas con discapacidad

Como garante de los derechos de las personas con discapacidad, la administración pública debe ser ejemplo en el cumplimiento de las leyes que promulga. Por ello, dentro de su responsabilidad social y en relación al fomento del empleo público para personas con discapacidad, busca ceñirse a las normas internacionales incrementando la cuota del 2% por encima de la norma española[25].

La Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad marca una cuota de reserva superior a las que las leyes estatales contemplan para el

23. INE, "El empleo de las personas con discapacidad, 2015", http://www.ine.es/prensa/np1012.pdf

24. En este sentido podemos poner como ejemplo los resultados del análisis del programa de Itinerarios de Empleo de la Federación de Salud Mental de Castilla y León en el que se muestran datos sobre la incidencia indirecta de dicho programa en las tasas de empleo, así: "Haciendo el ejercicio de extrapolar los datos del programa de Itinerarios de Empleo para compararlos con los de INE a nivel general se aprecia que, con este modelo de trabajo, se ha conseguido una tasa de empleo del 42'65% calculada sobre las personas con las que dicha Federación trabaja. Es decir tres de cada siete personas en Itinerarios de Empleo encuentran trabajo. Sin embargo el resto, esas cuatro de cada siete restantes, al menos están activas y participan en programas de autonomía personal, de formación para el empleo y de ocio, entre otros." Confederación de Salud Mental de España (2018:95).

25. La Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad marca una cuota de reserva superior a las que las leyes españolas contemplan para las empresas privadas de 50 o más trabajadores. Como ya hemos indicado al inicio, la evolución de la norma en relación a dicha cuota de reserva ha estado referenciada al sucesivo cumplimiento de las normativas internacionales.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

resto de empresas de 50 o más trabajadores. Como ya hemos indicado al inicio, la evolución de la norma en relación a dicha cuota de reserva ha estado referenciada al sucesivo cumplimiento de las normativas internacionales.

El marco normativo que regula el acceso a la función pública de las personas con discapacidad se fundamenta en la Ley General de derechos de personas con discapacidad del año 2013 (RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social), así, en su artículo 42 establece lo siguiente en relación a la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad: "Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad".

La evolución normativa sobre dicha materia nos lleva en un primer momento a la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, establece una cuota de reserva para las Ofertas de Empleo Público de un 3%, comenzando de esta manera a incrementar dicha cuota, en relación a la cuota del 2% que venía estableciendo la LISMI (1982).

Posteriormente, el RD 2271/2004, de 3 de diciembre, de Acceso al Empleo Público y Provisión de puestos de trabajo de Personas con Discapacidad, viene a introducir una nueva modificación, estableciendo una cuota de reserva en las ofertas de empleo público no inferior al 5%.

La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación Normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, modifica el artículo 59 del Estatuto Básico del Empleado Público, elevando el porcentaje de la cuota al 7%, con la novedad, en este caso, de incluir que al menos un 2% sea ocupado por personas con discapacidad intelectual.

Dicha norma, especifica también que su alcance incluye la administración estatal, la autonómica y la local. Asimismo, se establece la posibilidad de incrementar en siguientes convocatorias el porcentaje de plazas ofertadas, siempre que no se cubran en la anterior, no siendo superior en su caso al 10% de plazas ofertadas.

En la Encuesta sobre el Empleo de las Personas con Discapacidad (SEPE, 2019), elaborada por el INE, los datos en el ítem "Administración Pública y defensa; Seguridad Social obligatoria" nos muestra un 9% de diferencia en cuanto a la contratación de personas con discapacidad en relación al resto de ramas de actividad.

El Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en su artículo 59 regula una reserva del 7%, siendo el 2% para personas con discapacidad intelectual.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

Artículo 59. Personas con discapacidad.
1. En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el apartado 2 del artículo 4 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública.
La reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que, al menos, el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad.
2. Cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad.

2.1.4. Empleo público y personas con enfermedad mental. Situación y propuestas

Si bien la encuesta sobre el Empleo de las Personas con Discapacidad (INE, 2019) y los informes de ODISMET[26] sí que discriminan entre personas con discapacidad intelectual y personas con enfermedad mental en cuanto a las tasas de actividad, empleo y paro; el informe Olivenza 2019 y la base de datos del SEPE (Servicio Público Estala de Empleo) las incluyen dentro del subgrupo de discapacidades psíquicas. Dichas discrepancias pueden contribuir a la confusión, en ocasiones, entre discapacidad intelectual y enfermedad mental y, en su caso, a la falta de medidas y apoyos específicos para las personas con enfermedad mental.

A la vez, tal y como se desprende del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, podemos considerar que las personas con enfermedad mental se quedan en una clara situación de desventaja con respecto a -por ejemplo- las personas con discapacidad intelectual, a las que si se les reserva una cuota específica del 2%.

26. Es lógico que sea así, puesto que ODISMET utiliza datos del INE para realizar sus informes, además es important señalar que si bien el Informe 4, utiliza el término "mental" al referirse al grupo de personas con enfermedad mental, el Informe 5, ya incluye la denominación aconsejada por la OMS en las que se refiere al mismo grupo de discapacidades como "psicosocial".

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

El estudio sobre el impacto de la cuota de reserva elaborado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (2007) anteriormente mencionado, muestra algunos aspectos interesantes a tener en cuenta cuando hablamos de las personas con discapacidad, concretamente de las personas con enfermedad mental, en la función pública:

- Si bien la oferta de plazas supera ampliamente la cuota de reserva, en realidad no es así en todos los cuerpos y categorías; en parte porque hay puestos en los que la limitación supone un obstáculo insalvable, pero también porque en ocasiones no se plantea la posibilidad de adaptar el puesto de trabajo a la persona.
- La crisis de 2008 ha provocado en los últimos años una reducción en la oferta pública de empleo. Esto también ha afectado a las personas con discapacidad al verse reducidas en la misma proporción las plazas ofertadas en relación a la cuota.

Como propuesta principal en relación a la cuota, se podría reservar un porcentaje específico para personas con enfermedad mental. En este sentido, si bien una reserva específica del 2% podría ser adecuada tal y como plantea entre algunas de sus propuestas la Confederación de Salud Mental de España a través de su informe anual (2017), podemos ir avanzando hacia la misma y tomar como ejemplo la Comunidad de Andalucía, en la que se ha aprobado la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, que obliga a que del porcentaje del 2% anteriormente destinado a personas con discapacidad intelectual, un 1% sea para las personas con enfermedad mental.

2.1.5. El trabajo por cuenta propia de las personas con discapacidad

La crisis de 2008 supuso para el empleo una reestructuración de la relación entre capital y trabajo a todos los niveles. La misma ha hecho perder peso específico a los sindicatos en la negoción colectiva, expresándose esa pérdida de capacidad, por ejemplo, en el abaratamiento de los despidos, la proliferación de *minijobs*, así como en un deterioro de las relaciones laborales.

Otra de las situaciones generadas al calor de la crisis, ha sido el incremento del autoempleo. Bajo la forma del emprendimiento, muchas empresas han encontrado la posibilidad de mantener relaciones contractuales con sus trabajadores sin el compromiso de su contratación, apareciendo la figura conocida en términos coloquiales como "falso autónomo". Calvo (2005), desarrolla el concepto de trabajador autónomo dependiente como aquel que mantiene una dependencia económica pero no jurídica con respecto a la empresa que lo contrata. Generándose una situación de

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

precariedad en la situación del trabajador fruto de la indefensión hacia las vicisitudes coyunturales del trabajo que realice.

El Comité Económico y Social Europeo establece una serie de recomendaciones, respecto al empleo autónomo, en las que viene a concluir que es necesario delimitar lo que es claramente empleo autónomo por cuenta propia elegido voluntariamente frente al "falso autónomo" por lo que supone de fraude a la seguridad social, competencia desleal frente a pymes y autónomos de buena fe. Siecker (2013) afirma que los trabajadores autónomos son una "capa flexible" de la mano de obra caracterizada por relaciones de trabajo poco estables y con facilidad para ser rotas si la situación económica lo requiere.

La legislación básica que regula el empleo por cuenta propia son la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo y la ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo.

En relación a las personas con discapacidad la normativa que regula la promoción y fomento del empleo autónomo tiene su última actualización en la LGD (2012); si bien, las competencias sobre las medidas de fomento del empleo están transferidas a las comunidades autónomas, que son las que finalmente desarrollan las ayudas concretas y específicas tal y como señala el artículo 47: *"Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptarán políticas de fomento del trabajo autónomo de personas con discapacidad dirigidas al establecimiento y desarrollo de iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia, o a través de entidades de la economía social, de acuerdo con la normativa reguladora de la materia. Ley general de discapacidad".*

A su vez, la disposición Final Sexta de la Ley 43/2006 de 29 de Diciembre para la mejora y el crecimiento del empleo que viene a modificar la Ley 45/2002 de 12 de diciembre establece en relación a las personas con discapacidad con alta inicial en el Régimen Especial de la Seguridad Social, ya sea como trabajador autónomo o por cuenta propia, una bonificación del 50% de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima el tipo vigente en cada momento en dicho Régimen, durante los cinco años siguientes a la fecha de alta.

En la actualidad, la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, contempla una serie de bonificaciones y reducciones durante 5 años aplicables a la cuota de contingencias comunes:

- Personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33% que causen alta inicial en el Régimen Especial de Autónomos.
  * Reducción del 80% durante 6 meses si no tiene asalariados.
  * Bonificación del 50% durante 54 meses.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

- Personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33%, menores de 35 años que causen alta inicial o no hubieran estado de alta en los 5 años inmediatamente anteriores, sin trabajadores por cuenta ajena.
  * Reducción del 80% durante 12 meses.
  * Bonificación del 50% durante los 4 años siguientes.

2.1.6. El trabajo por cuenta propia en personas con enfermedad mental. Situación y propuestas

Las personas con enfermedad mental, al igual que el resto de personas con discapacidad, van a tener a su alcance otras modalidades de empleo más sencillas que el trabajo por cuenta propia para acceder al mercado laboral, que sin embargo es una opción posible. Del informe del SEPE (2019) extraemos los siguientes datos: de un total de 2.033.650 trabajadores por cuenta propia, 33.800 lo serían con algún tipo de discapacidad, esto supone un 1,7% aproximadamente. También, en términos globales dentro de las personas con discapacidad, si comparamos el porcentaje de trabajadores con cuenta propia frente al resto de modalidades de empleo, esto supone un 11,4% del total de personas con discapacidad en situación de empleo. Además, a la hora de optar por el empleo por cuenta propia, los porcentajes varían considerablemente, dependiendo de la tipología de la discapacidad de la que estemos hablando, como muestra la tabla a continuación:

Tabla 3.
Personas con discapacidad trabajando por cuenta propia en España en 2018

Tipo de discapacidad	Nº absoluto	Porcentaje
Física y otras	17.200	52,4%
Intelectual	700	2,1%
Mental	2.600	7,9%
Visual	1.200	3,7%
Auditiva	4.100	12,5%
No consta	7.000	21,3%
Total	32.800	100,0%

Fuente: Informe Olivenza 2019. Datos del INE sobre el empleo de las personas con discapacidad mercado de trabajo en las personas con discapacidad 2017 (Informe Olivenza 2019:366).

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

Como podemos observar, las personas con una discapacidad física van a ser las que en su mayoría opten por el autoempleo, alcanzando un porcentaje del 52,4%. El 47,6% restante se distribuye entre el resto de tipos de discapacidad.

En el caso de las personas con enfermedad mental, el porcentaje alcanzó un 7,9% para el año 2017. En valores absolutos, según estadísticas del INE, en el año 2017, 2.600 personas con enfermedad mental optaron por el autoempleo como opción laboral en todo el Estado.

Estos resultados muestran que la opción del autoempleo en el caso de dicho colectivo de discapacidades, no es especialmente significativa. Una de las posibles causas puede tener que ver con que la persona que opta por el autoempleo suele ser alguien con un perfil en el que la formación pre-laboral o en su caso adquisición de competencias previas específicas juegan un papel importante. En el caso de las personas con enfermedad mental, es necesario considerar que la aparición del trastorno o primer brote suele ser a finales de la adolescencia o inicios de la juventud, lo que hace que, en la mayoría de los casos, se haya interrumpido el proceso formativo o que apenas haya dado tiempo para la adquisición de hábitos y conocimientos laborales.

Como medida que podría favorecer la opción del empleo por cuenta propia de las personas con discapacidad en general y con enfermedad mental en particular, podríamos seguir las indicaciones del Plan de Acción de la Estrategia Española de Discapacidad 2014-2020 reforzando las medidas de apoyo a las personas con discapacidad que trabajen por cuenta propia. García (2016) propone que el empleo por cuenta propia sea subvencionado de forma indefinida teniendo en cuenta los diferentes grados y tipos de discapacidad.

2.1.7. Los programas de empleo con apoyo

El empleo con apoyo es un modelo que se basa en la inclusión de la persona con discapacidad en el mercado laboral ordinario a través de los apoyos necesarios tanto dentro como fuera del lugar de trabajo. Sus inicios se remontan a los años 80 en EE.UU., para pasar a finales de los 90 a Europa (Becerra, Fernández y Lucero, 2012). Se ha definido como "empleo remunerado en lugares de la comunidad, con apoyos individualizados y continuados que asegura el éxito a largo plazo, y en el que existan claras oportunidades para la interacción con personas sin discapacidad" (Mank, 1998: 8). Son tres los aspectos que debe incluir el empleo con apoyo: trabajo remunerado, apoyos continuados y en entornos integrados. De Urríes, Verdugo y Pulido (2012) señalan que la función del empleo con apoyo a personas con discapacidad tiene como objetivo garantizar y mantener un empleo remunerado en el mercado

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

libre de trabajo. Para Bond, Evans y Salyers (2000), uno de los aspectos clave que deberían incluir los programas de empleo ordinario con apoyo, sería el de un apoyo ilimitado en el tiempo para personas con especiales dificultades de acceso al empleo (como es el caso de las PTMG).

Si atendemos a las inversiones públicas, podemos observar cómo la mayoría del gasto se focaliza a través de los CEE por lo que es presumible afirmar que el empleo normalizado con apoyo (a través de vía directa en empresa ordinaria) es significativamente menor. Los datos del Informe de ODISMET sobre el empleo de las personas con discapacidad (2018), muestran que para el año 2017, más del 90% de la inversión dirigida al empleo con apoyo estuvo destinada al mantenimiento de puestos de trabajo en CEE. Así, el propio informe expresa que para el año 2017, el número de beneficiarios de ayudas concedidas a la integración laboral de personas con discapacidad es de 95.323.241, siendo en su mayoría para el mantenimiento del puesto de trabajo en CEEs (83.604).

Podemos definir el empleo con apoyo como el conjunto de actividades de orientación y acompañamiento individualizado que prestan, en el propio puesto de trabajo, preparadores laborales especializados a los trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral que realizan su actividad en empresas normalizadas, del mercado ordinario de trabajo, en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos similares.

La reglamentación por la que se regula el empleo con apoyo en el mercado ordinario aparece en el artículo 2 del RD 870/2007, de 2 de julio, así:

> *1. Se entiende por empleo con apoyo el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, prestadas por preparadores laborales especializados, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes.*
> *2. Las acciones de empleo con apoyo se desarrollarán en el marco de proyectos de empleo con apoyo, en los que deberán contemplarse, al menos, las siguientes acciones:*
> *a) Orientación, asesoramiento y acompañamiento a la persona con discapacidad, elaborando para cada trabajador un programa de adaptación al puesto de trabajo.*
> *b) Labores de acercamiento y mutua ayuda entre el trabajador beneficiario del programa de empleo con apoyo, el empleador y el personal de la empresa que comparta tareas con el trabajador con discapacidad.*

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

c) Apoyo al trabajador en el desarrollo de habilidades sociales y comunitarias, de modo que pueda relacionarse con el entorno laboral en las mejores condiciones.
d) Adiestramiento específico del trabajador con discapacidad en las tareas inherentes al puesto de trabajo.
e) Seguimiento del trabajador y evaluación del proceso de inserción en el puesto de trabajo. Estas acciones tendrán por objeto la detección de necesidades y la prevención de posibles obstáculos, tanto para el trabajador como para la empresa que le contrata, que pongan en peligro el objetivo de inserción y permanencia en el empleo
f) Asesoramiento e información a la empresa sobre las necesidades y procesos de adaptación del puesto de trabajo.

Existen además una serie de incentivos económicos a las empresas, que varían de acuerdo al tipo de contrato, tiempo de duración y tipo y grado de discapacidad. Otro aspecto importante es que el marco regulador, varía también dependiendo de la Comunidad Autónoma en la que nos situemos.

2.1.8. Empleo con apoyo y personas con enfermedad mental. Situación actual y propuestas

Los datos disponibles, una vez más, solo muestran aquellos contratos en los que previsiblemente existe algún tipo de ayuda, pero no si se trata de medidas de empleo con apoyo (más allá de las bonificaciones), así como tampoco reflejan la tipología de discapacidad de los contratos.

Podemos presuponer que las características específicas de las personas con enfermedad mental, insertas en el colectivo de personas con discapacidad con especiales dificultades de acceso al trabajo junto con las personas con una discapacidad intelectual, se enfrentan a obstáculos importantes para su incorporación en la empresa ordinaria, como podremos ver en el análisis y conclusiones.

Si bien son pocos los estudios sobre la incidencia del empleo con apoyo en personas con enfermedad mental, sí que podemos señalar algunos. Así, como experiencias fuera de nuestro país, algunos estudios realizados en EE.UU. y Canadá ya hace un par de décadas, señalan porcentajes elevados de éxito de esta modalidad de empleo. Sin embargo, también apuntan a que este éxito se relaciona directamente con bajas tasas de paro (Álvarez, 2003).

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

Verdugo (1998) ya señala que los programas de rehabilitación laboral de apoyo y la colocación individual selectiva son efectivos para ayudar a la persona con enfermedad mental a conseguir un empleo adecuado. Por su parte, Pulido y Ramírez (2004) clasifican en tres grandes grupos las dificultades principales con las que se encuentran las personas con enfermedad mental para su incorporación a la empresa normalizada: *"El primer grupo se incluyen aquellas dificultades derivadas del prejuicio social; el segundo grupo está compuesto por las dificultades derivadas de la propia enfermedad, como las dificultades a la hora de elegir, de conseguir y de conservar un empleo; y un tercer lugar formado por las dificultades derivadas de la situación del mercado laboral"* (Pulido & Ramírez, 2004:270).

Esteban y Jordán de Urríes (2006), establecen una comparación diferencial entre la aplicación del modelo de Empleo con Apoyo al colectivo de personas con discapacidad intelectual y las personas con trastorno mental. Estos mismos autores concluyen la importancia y necesidad de un análisis diferenciado en cada caso, para la consecución de una correcta adaptación de la persona con discapacidad al puesto de trabajo.

En cuanto a datos concretos del impacto del empleo con apoyo en España, podemos retrotraernos a un estudio elaborado por el Observatorio Estatal de la Discapacidad (2018) en colaboración con la Asociación Española de Empleo con Apoyo (AESE), en 2016[27]. Como dato principal a tener en cuenta en relación a las personas con enfermedad mental, durante, 2016 el 67,3% de las personas con enfermedad mental del estudio fueron contratadas a jornada completa, mientras que en el caso de las personas con discapacidad intelectual, el porcentaje de contratos indefinidos fue de un 36,5%. Si bien los resultados del estudio pueden ser tenidos en cuenta de una manera relativa, sí que muestra un dato que conviene resaltar, y es el del porcentaje de contratos indefinidos con respecto a otra tipología de discapacidades, lo que puede dar a entender que el empleo con apoyo, con las consideraciones tenidas en cuenta a continuación en relación a los apoyos continuados en el tiempo, puede ser una opción valiosa para la inclusión laboral de personas con enfermedad mental en empleo ordinario a través del empleo con apoyo.

Como propuestas concretas, podemos incluir algunos aspectos del informe anterior: así aparece la necesidad de incluir a la familia en los procesos de inclusión y el apoyo y supervisión del preparador laboral durante la fase de adaptación.

El empleo con apoyo, aunque no de forma exclusiva, es un mecanismo de transición del empleo protegido al empleo ordinario. Algunos autores, con la intención de

27. El estudio se realizó sobre las respuestas enviadas por 47 entidades de las 49 que pertenecían a la asociación en aquel momento.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

favorecer esa transición, han propuesto fijar bonificaciones también en caso de contratación temporal estructural por obra o servicio y eventual (actualmente limitado a un mínimo de 6 meses tal y como se ha indicado), atendiendo al uso frecuente de estas tipologías de contrato en los procesos de inserción mediante empleo (Fernández, 2016).

2.2. El empleo protegido

El empleo protegido es una modalidad laboral para aquellas personas que por su discapacidad no pueden acceder al mercado ordinario de trabajo. Es uno de los tipos de empleo que contempla el artículo 37.2.b) de la LGPD, considerando tales los que se lleven a cabo en los centros especiales de empleo y a través de los enclaves laborales.

2.2.1. Los Centros Especiales de Empleo

Los Centros Especiales de Empleo (CEE) pasan por ser, sin lugar a dudas, la principal herramienta de inclusión en el ámbito del trabajo de las personas con discapacidad. Surgen al amparo de la Ley de Integración Social de las Personas con discapacidad (LISMI) de 1982 y son una modalidad de empresas que tienen el objetivo de integrar laboralmente a personas con discapacidad. Esto obliga a que el 70% de su plantilla está conformada por personas con al menos un 33% de discapacidad.

Las estadísticas que veremos a continuación con más detalle muestran que las personas con discapacidad contratadas en CEE en toda España suponen cerca del 25% del total de personas con discapacidad en situación de alta laboral.

Es importante destacar el concepto de empresa, que implica la realización de una actividad remunerada sujeta al mercado y bajo las garantías y obligaciones que ello conlleva, diferenciándose de un modo claro de los talleres y centros ocupacionales[28].

28. Los centros ocupacionales surgieron en los años sesenta y setenta por iniciativa de asociaciones de padres y familiares de personas con discapacidad intelectual. En sus inicios, estos centros tenían una perspectiva docente puesto que el apoyo principal era brindado por maestros de educación especial, como salida a la finalización de la educación especial obligatoria. Sin embargo, con el paso del tiempo se ha abandonado la orientación educativa por una orientación de carácter más profesional. Los centros ocupacionales se han configurado como una de las principales opciones formativas, ocupacionales y laborales para las personas con discapacidad que no pueden acceder al empleo y, sin lugar a dudas, han permitido dar un salto cualitativo en la concepción de las personas con discapacidad intelectual en su fututo rol de trabajador (COCEMFE). Extraído el 01/06/2020 de URL: http://www.cocemfecyl.es/index.php/prestaciones-sociales/58-empleo-ociones-de-empleabilidad/208-centros-ocupacionales

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

El desarrollo de los CEE en España parte de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido (LISMI). En su artículo 37, aparece por primera vez la nomenclatura de Centro Especial de Empleo para referirse a una modalidad de empleo protegido que más adelante se convertirá en la principal herramienta de inclusión laboral de las personas con discapacidad. El artículo 41 señala que *"los minusválidos que por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales, deberán ser empleados en Centros Especiales de Empleo" (Ley 13/1982, de 7 de abril, art. 41).*

La reglamentación y regulación posterior de los CEE culmina con la derogación de la LISMI, en 2013 en base al RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGD).

En su artículo 43, nos encontramos una definición actualizada que muestra la evolución del concepto de CEE adaptada a la realidad actual y en la que se detallan aspectos como su fin empresarial y el porcentaje de personas con discapacidad en su plantilla. Como podemos ver, también se presta especial atención a las unidades de apoyo y ajuste personal como elemento que va a ser clave, sobre todo para personas con discapacidad con especiales dificultades para su inclusión laboral. El artículo 43.1 dice así: *"Los centros especiales de empleo son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. Igualmente, los centros especiales de empleo deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad, según sus circunstancias y conforme a lo que se determine reglamentariamente." (RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, art. 43).*

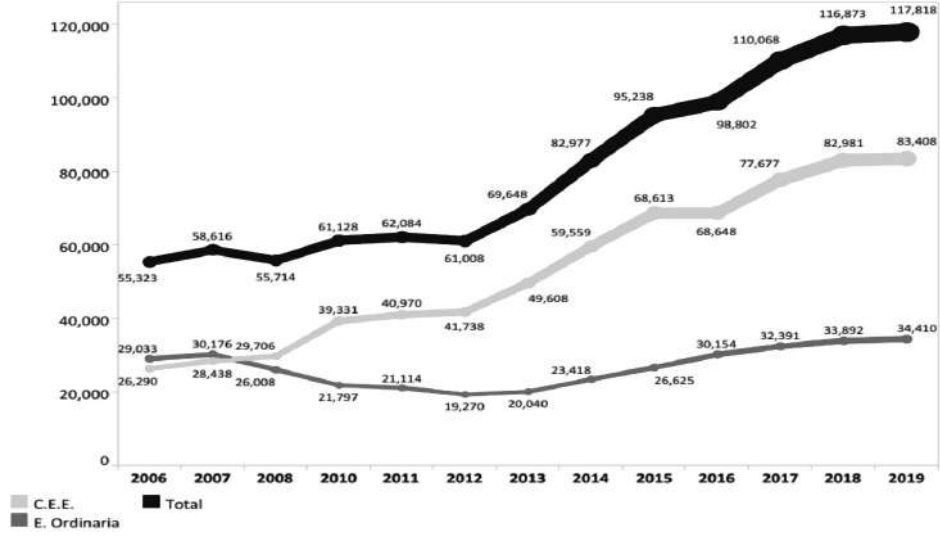
En cuanto a cifras, como señalábamos con anterioridad, los CEE vienen a suponer la medida de mayor valor cuantitativo en cuanto a la inclusión laboral de personas con discapacidad en toda España. Las cifras no dejan lugar a duda: el informe ODISMET (2019), que utiliza datos del SEPE 2018 señala que en 2019 se realizaron un total de 117.818[29] contrataciones específicas a personas con discapacidad, que suponen una tasa del 18% en relación con el total de la población activa con disca-

29. Como se señala en las conclusiones del propio informe, hay que señalar que los contratos específicos a personas con discapacidad, no representan el total de la contratación del colectivo (suponen en torno al 40%), sin embargo, son un indicador claro de la importancia que representa para las personas con discapacidad, la protección contractual en el empleo.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

pacidad. Los Centros especiales de empleo (CEEs) sumaron 83.408 contrataciones, lo que equivale al 12,7% de la población activa y el 71% de todos los contratos específicos realizados durante el año a las personas con discapacidad.

Gráfico 1.
Comparativa de personas con discapacidad en CEE y empleo ordinario en España entre 2006 y 2019



Fuente: Informe 1.09. Volumen de contratos específicos realizados a personas con discapacidad (ODISMET 2019).

Además de la consolidación de los CEE por el importante apoyo estatal, un aspecto que ha tenido una especial incidencia en el incremento de las plantillas de los CEE a partir de 2008 es que se han convertido en focos de empleo de mayor estabilidad para las personas con discapacidad. Como apuntan Barea y Monzón (2008), los CEE se convierten en ese momento en la más importante palanca para la inserción laboral de las personas con discapacidad en España.

2.2.2. Las personas con enfermedad mental en los Centros Especiales de Empleo (CEE). Situación actual y propuestas

Con respecto a la situación de personas con enfermedad mental en CEE, si bien podría ser relativamente sencillo el poder acceder a datos específicos sobre las tipolo-

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

gías de la discapacidad en CEE, en realidad nos encontramos con diferentes bases de datos: el informe 5 de Odismet y el observatorio de las discapacidades no muestran datos desagregados por tipologías de discapacidades en relación a los CEE. El Informe sobre el Empleo de las Personas con Discapacidad (2018), con datos del INE, excluye explícitamente en sus tablas información sobre los CEE. El informe Olivenza 2019, tampoco ofrece datos segregados sobre las tipologías de discapacidades en CEE.

Esto se debe, en parte, a la transferencia del registro, control y seguimiento de los CEE, que está transferido las Comunidades autónomas. Una consulta a través de la plataforma de Labora – Generalitat Valenciana[30], realizada en octubre de 2019, solicitando datos sobre tipologías de discapacidad en CEE, nos remite a información de Odismet y nos indica que no disponen de los datos desagregados.

En este sentido y con respecto a propuestas específicas orientadas a la mejora de la situación de las personas con enfermedad mental en CEE, podríamos señalar que sería necesario poder segregar los datos de personas con discapacidad intelectual de los de las personas con enfermedad mental[31]. Esto nos llevaría a poder tener una radiografía veraz del volumen que representan y de ese modo implementar los apoyos necesarios. Si bien, ninguno de los informes que hemos trabajado incluyen datos al respecto, para las administraciones autonómicas podría ser relativamente sencillo conseguirlos, simplemente tabulando los datos de los TC2 de las memorias anuales que los CEE deben entregar en su justificación, puesto que en los mismos aparecen detallados el tipo de discapacidad de cada trabajador.

2.2.3. Los Enclaves Laborales

Los enclaves laborales son una medida específica de apoyo a la inclusión y aparecen con la intención de avanzar hacia la integración laboral de las personas con discapacidad en el entorno normalizado de la empresa ordinaria. Como señalan Senra y Valdés (2004), el enclave laboral es un paso más hacia la igualdad y la inclusión. Se constituye entre una empresa ordinaria (empresa colaboradora) y un CEE con el objeto de realizar obras o servicios que tengan una relación directa con la actividad empresarial principal.

30. Labora – Generalitat Valenciana es la agencia de empleo autónomica de la Comunidad Valenciana.

31. FEACEM. Información ofrecida por Pepa Torres, gerente de FEACEM (2017), en el seminario sobre CEE del módulo Entidades de acción social y voluntariado, del Máster de Economía Social y Cooperativas de la Universidad de Valencia, curso 2016/2017.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

Son una forma de acercar a los trabajadores con discapacidad al empleo ordinario, facilitando en contacto con el entorno normalizado. Se materializan en una subcontratación en la que los trabajadores con discapacidad del CEE se desplazan durante un tiempo a la empresa colaboradora para realizar la actividad laboral designada.

Los enclaves laborales surgen en el espíritu de la LISMI para dar salida a su artículo 38 (posteriormente reconvertido en el artículo 42 de la LGD).

Para el cumplimiento de dicho artículo, con posterioridad se establecen una serie de medidas alternativas a la contratación directa de la cuota del 2%, así en 2004, se articulan los enclaves laborales promulgándose el real decreto 290/2004.

En su artículo 1, apartado 2 aparece: *"... Se entiende por enclave laboral el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora." (RD 290/2004, de 20 de febrero, art. 1).*

2.2.4. Las personas con enfermedad mental y los enclaves laborales. Situación actual y propuestas

Hablar de personas con discapacidad es hacerlo de un colectivo heterogéneo en cuanto a problemáticas y dificultades. Dentro del mismo, las personas con trastorno mental se encuentran encuadradas entre los trabajadores/as con discapacidad con especiales dificultades para la inserción.

Desde esta perspectiva y teniendo en cuenta además que las personas con trastorno mental, como hemos visto con anterioridad, mejoran sus posibilidades de integración laboral cuando existe una supervisión a través del personal de apoyo y una adaptación inclusiva del puesto de trabajo a la misma, podríamos considerar a los enclaves laborales espacios óptimos de acercamiento al empleo normalizado.

Sin embargo, los "engorrosos" y complicados procesos administrativos a la hora de configurar un enclave entre un CEE y una empresa[32], hacen que esta modalidad tenga una menor incidencia de la deseada. En este caso, la limitación no estaría en la situación de enfermedad mental, sino en otros tipos de aspectos relacionados con el modo en el que se constituye. Así, el tiempo de duración debe ser de un mínimo de 3 meses y un máximo de 3 años. Pasado este período sólo se podrá seguir prorrogando

32. FEACEM. Información ofrecida por Pepa Torres, gerente de FEACEM (2017), en el seminario sobre CEE del módulo Entidades de acción social y voluntariado, del Máster de Economía Social y Cooperativas de la Universidad de Valencia, curso 2016/2017.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

el contrato hasta un máximo total de 6 años, si la empresa contratante acredita la contratación directa de personas sujetas al enclave (mínimo 1 persona para el caso de enclaves que ocupen hasta 20 trabajadores, y de 2 personas cuando ocupen a más de 20 trabajadores).

El enclave se realiza a partir de un contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo y un CEE (entidad con un mínimo de un 70% de personas contratadas con discapacidad), para la realización de obras y servicios que guarden una relación directa con la actividad normal de la empresa y que llevará a cabo un grupo de trabajadores/as con discapacidad del CEE. Existe un condicionante, y es que un mínimo del 60% del grupo de trabajo normal contemplado por el enclave debe estar formado por personas en riesgo de exclusión social (enfermedad mental, discapacidad física con grado mínimo de un 65%, discapacidad intelectual mínima de un 33%, parálisis cerebral, etc.), mientras que el 40% restante debe estar formado por trabajadores con un mínimo del 33% de discapacidad.

Es una dificultad agravada por el hecho de que la persona con enfermedad mental que participe en el enclave debe tener al menos un grado de discapacidad reconocido del 65%, mientras que para la persona con discapacidad intelectual, solo se exige el 33%.

3. Recapitulación

En relación a las personas con enfermedad mental dentro de las diferentes modalidades de empleo para personas con discapacidad nos encontramos la necesidad de que se produzcan una serie de cambios estadísticos necesarios para obtener una mejor radiografía de empleo de las mismas junto a una serie de cambios normativos que favorezcan si situación con respecto al empleo, que nos atrevemos a proponer aquí:

- La estigmatización que acompaña a la enfermedad mental favorece que oculten habitualmente su condición de persona enferma en el ámbito de la empresa privada, imposibilitando en estos casos el hecho de que la persona y la propia empresa pueda acogerse a beneficios fiscales o apoyos adaptados a su necesidad concreta.
- Siendo el empleo con apoyo, como hemos señalado, una vía óptima para el acceso al empleo ordinario de las personas con enfermedad mental, incidir en el mismo con incentivos específicos a las empresas junto a una preparación específica en materia de enfermedad mental de los preparadores laborales, sería una de las claves para mejorar los datos de inclusión laboral en empleo ordinario. La experiencia de las empresas de inserción con el acompañamiento desde el puesto

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

de trabajo, en una función en cierto modo semejante a la de los preparadores laborales, puede ser un modelo de contraste y profesionalización en el apoyo a la mejora de la empleabilidad y la inclusión (Marhuenda, Martínez-Rueda, Galarreta y Arostegui, 2020; Chisvert-Tarazona, Palomares-Montero, Hernáiz-Agreda y Salinas, 2018).

- En cuanto al empleo público, si bien la oferta de la cuota de reserva para personas con discapacidad es mayor con respecto a la empresa privada, en el caso concreto de las personas con enfermedad mental conviene establecer cuotas específicas de reserva de empleo público, tal y como se ha comenzado a hacer en Andalucía.
- El trabajo por cuenta propia tiene una baja incidencia en cuanto a volumen y cifras en el caso de las personas con enfermedad mental. Siguiendo las recomendaciones del Plan de Acción de la Estrategia Española de Discapacidad 2014-2020, se propone que esta modalidad sea subvencionada de manera indefinida con el objetivo de incentivar el acceso a la misma.
- En relación a los CEE, tal y como se ha mostrado en el análisis de las distintas bases de datos, la falta de datos desagregados impide la implementación de ajustes más específicos para las personas con enfermedad mental. La posibilidad de datos desagregados por discapacidades es factible y relativamente sencilla tabulando los datos de los TC2 sobre el tipo de discapacidad que los CEE entregan en sus memorias justificativas anuales.
- Con respecto a los enclaves laborales y teniendo en cuenta que las personas con enfermedad mental son consideradas personas con especiales dificultades para la integración del mismo modo que lo son las personas con discapacidad intelectual; es necesario que la exigencia del 65% de discapacidad reconocida en las personas con enfermedad mental baje al 33%, tal y como ocurre con las personas con discapacidad intelectual.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

Bibliografía

ÁLVAREZ, M.L.: "El acceso al empleo de personas con trastorno mental severo como proceso intersectorial. una visión desde Andalucía", *Actas II Congreso de Rehabilitación en Salud Mental II Congreso Ibérico de Saúde Mental,* 2003, Salamanca. Disponible en https://sid-inico.usal.es/documentacion/el-acceso-al-empleo-de-personas-con-trastorno-mental-severo-como-proceso-intersectorial-una-vision-desde-andalucia-ponencia/. (Extraído el 06/06/2020).

BECERRA TRAVER, M., MONTANERO FERNÁNDEZ, M. & LUCERO FUSTES, M.: "Empleo normalizado con apoyo. Investigación de diferentes recursos de apoyo natural a trabajadores con discapacidad intelectual en tareas laborales que requieren autorregulación", *Futuex*, 2012. Disponible en http://riberdis.cedd.net/handle/11181/3417. (Extraído el 02/02/2020).

BOND, G.R., EVANS, L., SALYERS, M.P. et al.: "Measurement of Fidelity in Psychiatric Rehabilitation", *Ment Health Serv. Res.*, 2, 2000, pp. 75–87. Disponible en https://doi.org/10.1023/A:1010153020697. (Extraído el 10/10/2019).

CALVO GALLEGO, F.J.: "Los trabajadores autónomos dependientes: una primera aproximación", *Temas Laborales*, nº. 81, 2005. Disponible en https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Temas%20laborales%20n%2081.pdf. (Extraído el 10/02/2020).

CONFEDERACIÓN DE SALUD MENTAL DE ESPAÑA: "Informe sobre el estado de los derechos humanos de las personas con trastorno mental en España 2017", 2018. Disponible en http://riberdis.cedd.net/handle/11181/5202 . (Extraído el 03/06/2020).

CHISVERT TARAZONA, M.J., PALOMARES MONTERO, D., HERNAIZ AGREDA, N. & SALINAS, M.: "Trayectorias de aprendizaje en contextos informales. El caso de tres empresas de inserción", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 94, 2018, 185-216. DOI: 10.7203/CIRIEC-E.94.12695

DE URRÍES, F.D.B.J., VERDUGO, M.A. & PULIDO, R.F.: "Estándares de Calidad EUSE y Resultados en Empleo con Apoyo. Prácticas Basadas en la Evidencia", 2012. Disponible en https://sid-inico.usal.es/documentacion/estandares-de-calidad-euse-y-resultados-en-empleo-con-apoyo-practicas-basadas-en-la-evidencia-ponencia/ (Extraído el 10/02/2020).

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: "Crisis económica y medidas de fomento del empleo de las personas con discapacidad", *IUS Labor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball,* [en línea], n.º 1, 2016. https://doi.org/307082 (Extraído el 08/06/2020).

GARCÍA, A.F. "Crisis económica y medidas de fomento del empleo de las personas con discapacidad", *IusLabor,* (1). 2016.
DOI: http://dx.doi.org/307082 . (Extraído el 01/06/2020).

GARCÍA, A.B.: "Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social. Avances legislativos y ajustes necesarios", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 35, Diciembre 2019, pp 95-123.
Disponible en http://ciriec-revistajuridica.es (Extraído el 20/02/2020).

JIMÉNEZ LARA, A.: "Informe Olivenza 2019, sobre la situación de la discapacidad en España", 2019. Disponible en https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/informe-olivenza-2019-sobre-la-situacion-general-de-la-discapacidad-en-espana/ (Extraído el 01/06/2020).

JORDÁN DE URRÍES, F.B. & VERDUGO, M.A.: *El empleo con apoyo en España. Análisis de variables que determinan la obtención y mejora de resultados en el desarrollo de servicios*, Madrid: Real Patronato sobre Discapacidad, 2003
Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=220887. (Extraído el 04/02/2020).

MARHUENDA, F., MARTÍNEZ-RUEDA, N., ARÓSTEGUI, I. & GALARRETA, J.: "Nudos en el acompañamiento y la formación en las Empresas de Inserción: Agenda de temas pendientes", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 98, 2020, 247-285. DOI: 107203/CIRIEC-E.98.16124.

MIGLIORE A.: "Shelthered Workshops". En *International Encyclopedia of Rehablititation*, (Eds. STONE, J.H. & BLOUIN, M.), 2010. Disponible en http://cirrie.buffalo.edu/encyclopedia/en/article/136/#article . (Extraído el 06/02/2020).

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES & UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID: *La cuota de reserva del 2% del empleo para personas con discapacidad y la aplicación de medidas alternativas en empresas con más de 50 trabajadores: Un estudio sobre su cumplimiento en el contexto de las políticas de fomento del empleo*, 2007. Disponible en http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO22137/cuotareserva_empleo_pcd.pdf . (Extraído el 17/02/2020).

OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES – SEPE: *Informe del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad*, 2019. Disponible en: chrome-extension://oemmndcbldboiebfnladdacbdfmadadm/http://www.sepe.es/contenidos/observatorio/mercado_trabajo/3206-1.pdf (Extraído el 12/02/2020).

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

ODISMET: *Informe 4 del Observatorio sobre Discapacidad y Mercado de Trabajo ODISMET,* 2019. Disponible en https://www.odismet.es/informes-publicaciones (Extraído el 12/02/2020).

ODISMET: *Informe 1.09. Volumen de contratos específicos realizados a personas con discapacidad (ODISMET)*. Disponible en URL: https://www.odismet.es/banco-de-datos/1integracion-laboral-y-tendencias-del-mercado-de-trabajo (Extraído el 01/06/2020).

OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD: *Realidad, situación, dimensión y tendencias del empleo con apoyo en España y en el horizonte del año 2020*, 2017. Disponible en http://riberdis.cedd.net/handle/11181/5416 (Extraído el 05/06/2020).

PORTERO, I.B. & ANEIROS, A.R. "Las personas con discapacidad ante la Unión Europea: del paternalismo inicial al reconocimiento de derechos", *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario: perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Marcial Pons, 2008, pp. 205-230. Disponible en: https://www.academia.edu/33797411/_Las_personas_con_discapacidad_ante_la_Uni%C3%B3n_Europea_del_paternalismo_inicial_al_reconocimiento_de_derechos_2007 (Extraído el 20/02/2020).

PULIDO, F.R., DIAZ, M.R. & RAMÍREZ, M.G.: "La integración laboral de las personas con trastorno mental grave. Una cuestión pendiente", *Psiquis,* 25(6), 2004, pp. 264-281. Disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1069299 (Extraído el 20/01/2020).

RODRÍGUEZ V. & CUETO B.: "El Trabajo de las Personas con discapacidad ante la crisis", *Revista Internacional de Organizaciones,* nº 11, desembre 2013, pp. 61–86. Disponible en https://doi.org/10.17345/rio11.61-86 (Extraído el 03/02/2020).

SENRA, J.M.S.C. & VALDÉS, J.M.S.C.: *Los enclaves laborales*, Equalbur, 2004. Disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2248616 (Extraído 15/02/2020).

TEJEIRO, J.B., & MONZÓN, J.L.: *Economía social e inserción laboral de las personas con discapacidad en el País Vasco,* 2008. Disponible en https://www.fbbva.es/publicaciones/economia-social-e-insercion-laboral-de-las-personas-con-discapacidad-en-el-pais-vasco/ (Extraído 03/02/2020).

VERDUGO, M.A. & URRIES, B.J.: "Situación actual del empleo con apoyo en España", *Siglo Cero,* 1998; 29(1): 23-31. Disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4528918 . (Extraído el 01/06/2020).

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

Normativa

Ley 13/ 1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI). BOE núm. 103, 30 de abril de 1982.

Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública. BOE núm. 185, de 3 de agosto de 1984.

Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. BOE núm. 298 de 13 de diciembre de 2002.

Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2006.

Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. BOE núm. 166, de 12/07/2007.

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Jefatura del Estado. BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011.

Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía. BOJA nº 191 de 04/10/2017

Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo. BOE núm. 257, de 25 de octubre de 2017.

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013.

Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad. BOE núm. 94, 20 de abril 2005.

Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad. BOE núm. 303, de 17 de diciembre de 2004.

Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo. BOE núm.168, de 14 de julio de 2007.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

LA EMPLEABILIDAD A DEBATE: ¿QUÉ SABEMOS SOBRE LA EMPLEABILIDAD COMO ESTRATEGIA DE CAMBIO SOCIAL?

Lucía Llinares Insa
Departamento de Psicología Social, Facultat de Psicologia
Universitat de València

Ana Isabel Córdoba Iñesta
Departamento de Psicología Evolutiva y de la Educación, Facultat de Psicologia
Universitat de València

Pilar González-Navarro
IDOCAL, Universitat de València

RESUMEN
Los cambios en mundo laboral derivados de la globalización y el neoliberalismo han puesto a la empleabilidad en el centro de atención del desarrollo económico y social. Sin embargo, la falta de consenso en las teorías y las dimensiones que la definen reclaman un análisis de la investigación que permita su uso como estrategia de cambio social. El objetivo de este trabajo es realizar una revisión sistemática de los marcos teóricos sobre empleabilidad. Se ha realizado un análisis de 239 artículos científicos atendiendo a dos áreas temáticas: la historia del concepto y las perspectivas teóricas. Los resultados de esta revisión han permitido sistematizar y comprender las orientaciones teóricas desde las que se ha analizado la empleabilidad, las premisas que toman las diferentes teorías como punto de partida y los indicadores propuestos. A partir de todo ello, se han abierto algunas cuestiones para la reflexión de los agentes sociales vinculados a la educación, la acción social y al empleo.

PALABRAS CLAVE: Empleabilidad, vulnerabilidad, exclusión social, inserción laboral, mercado laboral, desigualdad laboral, cambio social.

CLAVES ECONLIT: H53, L31, Z13.

Cómo citar este artículo/How to cite this article: LLINARES INSA, L., CÓRDOBA IÑESTA, A.I. & GONZÁLEZ NAVARRO, P.: "La empleabilidad a debate: ¿qué sabemos sobre la empleabilidad como estrategia de cambio social?", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 36, 2020, pp. 313-363. DOI: 10.7203/CIRIEC-JUR.36.17017.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

DEBATE ON EMPLOYABILITY: WHAT DO WE KNOW ABOUT EMPLOYABILITY AS STRATEGY OF SOCIAL CHANGE?

EXPANDED ABSTRACT

Many studies have analyzed the concept of employability. However, its importance and systematization is relatively recent. Firstly, late changes in the economic and labor areas made employability an important subject of study (Gracier, 2001; McQuaid & Lindsay, 2005; Rentería & Malvezzi., 2008; Tijssen, Van der Heijden & Roco, 2008). Secondly, many authors analyze the dimensions and indicators of employability to evaluate and categorize people (for example, Fugate, Kinicki, and Ashforh, 2004; Tijssen, Van der Heijden, and Roco, 2008). Third, the term changes from the focus on the unemployed to the focus on the general population. Fourth, employability has been linked to the acquisition of formal titles from the Government. Fifth, employability became popular in few years.

We don't know any studies that analyze its meaning in the social discourse, focused on the individual responsibility over his employability instead of social agents (Salognon, 2007). To clarify this, an explanatory model of employability emerged to consider employability as a socially constructed historical category and, thus, conditioned by socio-historical and institutional factors: the Bioecological Model of Employability proposed by Llinares-Insa, Córdoba, and Zacarés (2016). This model emphasizes the importance of the socio-structural elements in the genesis of the process. But it goes one step further and focuses on individual-society interaction.

The objective of this study is to define the concept of employability as a social construction from a broad perspective that includes all its repercussions. Thus, we carried out a bibliographic analysis on the scientific approach to the term and the theoretical frameworks, the evolution of the meaning of employability, the context in which it is framed and the contributions of the different approaches. Finally, we present an attempt to the concept, emphasizing its relationship with socio-labor inclusion/exclusion and the labor and social differences of different individuals and/or groups.

We performed a bibliographic search based on the recommendations of the systematic reviews and meta-analyzes of the PRISMA statement (Urrútia and Bonfill, 2010), from 2011 to the present. We reviewed SCOPUS, Proquest Central, DIALNET, PsycARTICLES and Web of Science with the terms 'employabiliy', 'concept' and 'framework' in the title and summary. We included only articles from scientific journals. We excluded papers referred to the measure of employability, questionnaires of employability, or those that analyze employability in a

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

specific context or from an international organization or intervention program. We analyzed the content and extracted the most relevant data and made comparative tables according to the similarities and differences.

We organized this review through three big sections focused on well-differentiated characteristics to explain employability:

1. Historical evolution of the concept

The concept of employability has recently been integrated into the language, although it emerged decades ago (Serrano, 2000). According to Formichella and London (2005) or Van der Heijde and Van der Heijden (2006) the first publications are from the 1950s and referred to concerns about the position of homeless people in the labor market, such as disabled people. They presented employability as the potential a person has and that allows him to access a job and remain in it.

In the 1960s, Gazier (1998, 2001) distinguished three types of employability: a) Sociomedical referred to the distance between the real skills for the employment of people with social, physical or mental disadvantages and the requirements of employment. From this moment, people with some type of deficiency begin to be considered employable. b) The employability of labor policy, developed as an attempt to extend the socio-medical perspective to other disadvantaged groups. c) Fluid employability focused on demand and accessibility to employment in local and national economies; it defined employability as the high probability to find a job (Gazier, 2001).

In the last decades of the 20th century, the employment-based system changed to the worker-centered system (Van der Heijde and Van der Heijden, 2006). In the 1970s, employability focused on the measurement of both professional qualification and mobility deficiencies, measuring the distance between individual characteristics and requirements in the labor market, which promoted employment-oriented intervention programs (Renteria and Malvezzi, 2008).

In the 1980s and 1990s the concept of employability focused on the social inclusion of disadvantaged groups and was a reaction to the consequences of high levels of long-term unemployed and a trend towards new types of relationships between employers and employees (McQuaid and Lindsay, 2005).

In the late 1980s, the concept of initiative of employability reflected an acceptance that developing a successful career required the development of transferable skills and the flexibility

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

to perform different roles on the job. It focused on the individual and his responsibility to develop those skills and be employable.

Towards the end of the 20th century, there was a leap to the new psychological contract and employability is considered a crucial component to get and maintain employment (Forrier and Sels, 2003). Moreover, international organizations also highlight the importance of employability for reducing social exclusion.

2. Epistemological perspectives on employability

We can distinguish two major theoretical perspectives in the analysis of the concept of employability:

A) The individualistic perspective focuses on the individual as responsible for developing their career (Kovalenko et al., 2016). Therefore, its role is to get qualities to be more employable (Fugate and Knicki, 2008). In return, they have the right to demand training and learning opportunities from the company (Montañana, 2005). This one-dimensional perspective labels the worker as employable or non-employable based on her ability to get a job (Finn, 2000). It focuses on the need for employees to adapt to new labor market situations and new types of organization (Formichella and London, 2005; Fugate et al., 2004).
B) The socio-critical perspective presents a critical discourse towards the apparent rationality of the market (Brunet and Pastor, 2003). It claims that employability is a social construction (Castillo, 1996) that begins with and maintains class differences (Brunet and Pastor, 2003; Reid, 2015). According to this perspective, occupational policies are considered ineffective. Public action deregulates the labor market and this maintains and generates new inequalities because the success or failure of their work career is attributed to the individual without taking into account the skills they have and the skills the jobs demand.
C) The bioecological model of employability: an integrative proposal from psychology. Finally, we present a proposal about employability as a process that connects the responsibility of society, companies and the context, the bioecological model on employability as an integrative proposal (Llinares-Insa, Córdoba and Zacarés, 2016). It considers employability as a social construction resulting from the reciprocal interaction between an active and developing biopsychological human organism and the people, objects and symbols of its external environment related to the acquisition and maintenance of employment.

Employability must be understood as a process linked to the person with his/her individual and social history. The model focus on (Bronfenbrenner and Morris, 1998): a) Individual dis-

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

positions; b) The resources and positive and negative biopsychological elements that affect the subject's ability to effectively engage in proximal processes; and c) The characteristics of the person that affect the way in which others react to it.

This model emphasizes the importance of the environment; therefore, in disadvantaged and disorganized environments, the impact of proximal processes will be greater on those results that reflect an evolutionary dysfunction (Bronfenbrenner and Morris, 1998). Thus, the development of the person in advantageous and stable environments that transmit contents in accordance with the requirements and parameters imposed by the economic, political, socio-cultural and technological structure are more likely to increase the functional competence of the person and, therefore, employability.

Therefore, the bioecological model achieves the complexity of all types of groups and situations where the term is used, from a young university student to an adult in a work integration social enterprise.

The belief is that there is a standard working person and that everyone can reach it, but this is not real (Clark and Patrickson, 2008). The individual who feels unable to control the situation and who has internalized the institutional discourse may attribute their difficulties of labor integration to their own personal characteristics. This leads to the belief that unemployment is due to their way of being and proceeding, which generates a low level of self-concept, self-esteem and aspirations. As a result, the person can belief the impossibility of playing a valuable role, and this may promote a series of deficiencies in the cognitive, attitudinal and motivational personal areas. For all these reasons, we can affirm that the meaning of the concept of employability is not neutral in any context and that its use requires prior analysis of the symbolic element it evokes.

KEYWORDS: Employability, vulnerability, social exclusion, labour insertion, labour market, social inequalities, social change.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

SUMARIO[1]

1. Introducción. 2. Método. 3. Resultados. 3.1. Evolución histórica del término. 3.2. Las corrientes epistemológicas sobre la empleabilidad. 4. Discusión y conclusiones. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

La empleabilidad y el ser empleable son tópicos que han recibido gran atención en la literatura científica, los discursos políticos y la acción social (Álvarez-González, López Miguens y Caballero, 2017). El neoliberalismo, la globalización y la crisis están generando grandes cambios en el mundo laboral, como es la liberalización de los mercados, la regulación por el *laissez faire*, la falta de seguridad en el empleo, la disminución de derechos laborales, etc. (Bernad, Martínez y Molpeceres, 2011; Suarez, 2016). Esta situación pone en primera línea el interés por el individuo y el desarrollo de su carrera profesional (Inkson, Gunz, Ganesh & Roper, 2012; Kendall y French, 2018; Olssen y Peters, 2005). Además, los nuevos modelos de carreras laborales (Davis, Baty, Hippman, Trepanier y Erby, 2019; Mäkikangas, De Cuyper, Mauno y Kinnunen, 2013; Muñiz, 2012) se fundamentan en un discurso en el que la empleabilidad es un elemento central y los cambios en el plano económico y laboral han propiciado que la empleabilidad sea un tema importante de estudio (ver, por ejemplo, Gracier, 2001; McQuaid y Lindsay, 2005; Midtsundstad, 2019; Rentería y Malvezzi, 2008; Tijssen, Van der Heijden y Roco, 2008). Así, la empleabilidad es presentada como una alternativa a la seguridad en el empleo y la reducción del desempleo (Bonfiglioli, Moir y Ambrosini, 2006; Bernstrom, Drange & Mamelund, 2019).

La empleabilidad y su conceptualización ha sido ampliamente estudiadas y son muchas las áreas de conocimiento que la analizan (Peiró y Yeves, 2017). Además, las teorías sobre empleabilidad han ido aumentando en complejidad y multidimensionalidad y sus definiciones han ido incorporando componentes nuevos en función del colectivo analizado (Williams, Dodd, Steele y Randall, 2016). Esto ha generado un panorama de gran confusión y ambigüedad teórica, así como, poca integración en sus contenidos. El resultado ha sido una falta de acuerdo en el constructo y una gran cantidad de usos (De Lara y Andrade, 2008; Hillage y Pollard, 1998; McQuaid

1. Este trabajo se deriva del proyecto que lleva por nombre 'EMPLEAM: Evalúa y mejora la empleabildiad' concedido en la 'Convocatòria d'Ajudes per a la Realització de Projectes de Prova de Concepte 209. Programa Valoritza i Transfereix' del Vicerectorat d'Innovació i Transferència de la Universitat de València.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

y Lindsay, 2005; Moreland, 2006). Todo ello, reclaman un análisis que organice este panorama tan difuso.

Existen algunas revisiones sobre temas conceptuales y/o empíricos de la empleabilidad. Éstas tratan aspectos concretos como, por ejemplo, la empleabilidad de los graduados (ver p.e. Tomlinson, 2012), en educación superior (ver p.e. Fahimirad, Nair, Kotamjani, Mahdinezhad y Fengf, 2019), autores que enfocan la empleabilidad únicamente a nivel individual (ver p.e. Williams et al., 2016), se centran en las intervenciones para su fomento (ver p.e. Hazelzet, Picco, Houkes, Bosma y de Rijk, 2019), para el aprendizaje adulto (ver p.e. Midtsundstad, 2019), para áreas laborales concretas (ver p.e. Sisodia y Agrawal, 2019). De forma más general, algunas investigaciones delimitan un número de años, aunque esto restringe el número de aportaciones presentadas (ver p.e. Artess, Holey y Mellors-Bourne, 2017) y otras se centran en aspectos generales como su definición (Suarez, 2016). Sin embargo, no hemos encontrado ninguna revisión que incluya los marcos teóricos relevantes que permitan definirla y situarla en el contexto de la persona desde una perspectiva holística. Este es el objetivo del trabajo que se presenta, llevar a cabo una revisión sistemática de la literatura de los marcos teóricos sobre empleabilidad.

El análisis científico mayoritario de la empleabilidad la ha presentado como producto de las diferencias individuales. Esto se observa en la evolución histórica de la noción de empleabilidad y su unión con la exclusión social (Gómez-Torres, Rodríguez-Santero y Gil-Flores, 2019). El concepto de empleabilidad se utilizó históricamente para separar los aptos de los ineptos (Rentería y Malvezzi, 2008). En este sentido, se analizan las características individuales y las experiencias que distinguen a las personas empleables de las que no lo son. Se centran en el análisis de sus dimensiones (por ejemplo, Fugate Kinicki y Ashforh, 2004; Tijssen, Van der Heijden y Rocco, 2008) y los indicadores de la empleabilidad que tienen como eje central la evaluación y categorización de las personas (ver, por ejemplo, la Escala de Percepción de la Empleabilidad de Daniels, D'Andrea y Gaughen, 1998; la Escala de Empleabilidad de De Lara y Andrade, 2008; el Instrumento para Medir la Empleabilidad de Van de Heijden y Van der Heijden, 2005; la Escala de Autopercepción de la Empleabilidad de Rothwell y Arnold, 2007). También hay estudios que relacionan la empleabilidad con otras variables psicológicas relevantes de la persona (e.g. Budzynski-Seymour, Conway, Wade, Lucas, Jones, Mann y Steele, 2020), analizan variables mediadoras (e.g. Pitan & Muller, 2019) y moderadoras de la empleabilidad (e.g. Van der Heijden y Spurk, 2019) y también la analizan como variable moderadora (e.g. Yeves, Bragstede, Cortes, Merino y Cavada, 2019) o mediadora (e.g. Akkermans, Tims, Beijer y De Cuiper, 2019), como motor del rendimiento (e.g. Philippaers, De Cuiper y Forrier, 2019), etc. Otros estudios analizan sus antecedentes (e.g. Kittisak, Thana-

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

porn y Parinya, 2019), los servicios especializados que la fomentan (e.g. Faulkner, Begum, Warren, 2019), etc. Así pues, la producción en los últimos años ha sido muy elevada; sin embargo, no todos los estudios presentan el significado que le atribuyen a la empleabilidad y sus indicadores son completamente diferentes. Esto proporciona ambigüedad en su interpretación.

Otra línea de publicaciones sobre empleabilidad es la que se centra en los colectivos que se encuentran afectados (ver, por ejemplo, Clarke y Patrickson, 2008). Las primeras publicaciones sobre el concepto de empleabilidad suponen un acercamiento a la consideración de las personas con posibilidades de ser excluidas del mercado de trabajo (Van der Heijde y Van der Heijden, 2006) y por ello se analizaban los grupos poblacionales potencialmente no empleables (ver, por ejemplo, Aceña y Caparrós, 2018; Formichella y London, 2005; Garzso, 2007).

Actualmente, y debido a las cifras de desempleo y a la emergencia de nuevas formas de empleo y de carrera laboral, este concepto se ha ampliado a toda la población, aunque a los que realmente afecta es a la población vulnerable (Santana, Alonso y Feliciano, 2016). Desde esta perspectiva se analizan, por ejemplo, los referentes sociales y culturales que hacen más probable la vulnerabilidad y se analizan sus implicaciones (ver, por ejemplo, Belt y Richardson, 2005). También hay estudios que analizan la empleabilidad de los estudiantes universitarios (e.g. Koe, 2018), de los graduados (ver, por ejemplo, Belwal, Priyadarshi y Al Fazari, 2016), personas con una discapacidad reconocida (e.g. Ebuenyi, Guxens, Ombati, Bunders-Aelen y Regeer, 2019), refugiados (e.g. Scheibelhofer y Täubig, 2019), mujeres (e.g. Sarmento, Ferreira, Amorim, Madaleno y Pimentel, 2019), migrantes (e.g. Wu, 2019), etc. También los hay que comparan colectivos (e.g. Abdi, Eskandari y Jalali, 2019). En este sentido, la evolución del término pasa de centrarse en personas y/o grupos que se sitúan en el margen del sistema, los desempleados, a extenderse a toda la población. Así pues, es necesaria una sistematización y clarificación de las bases que la explican y una concreción en los diversos estudios sobre qué se está analizando y evaluando.

Esta circunstancia se observa también en la confusión actual entre empleabilidad y títulos formales. La empleabilidad se ha identificado con la adquisición de títulos formales expedidos por los Estados (Peiró y Yeves, 2017). La relación entre la empleabilidad y la educación formal, informal y no formal ha existido siempre hasta el punto de ser considerada la causa primordial en su desarrollo y el instrumento base de su fomento (ver, por ejemplo, Ducci, 1998; Santana et al., 2016). En este sentido, se ha transmitido que las personas con mayor nivel de instrucción tienen rentas más elevadas y pueden desarrollar más sus habilidades. La obtención de títulos formales está en la base de la relación directa con el acceso al empleo. De esta manera, la empleabilidad justifica la distancia social de las personas sin estudios formales.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

Un ejemplo de ello es el modelo de 'hacer fila' de Thurow (1972). En el modelo se propone que existe competencia laboral y que las personas se ordenan en una fila en función de ciertas características (por ejemplo, la educación). Las personas más capacitadas estarían al principio de la fila. En este sentido, la educación es considerada como el garante de la promesa del trabajo bien remunerado y es una competencia a formar (por ejemplo, Rae, 2007; Smith, Mcknigh y Naylor, 2000; Zhiwen y Van der Heijden, 2008). Ante ello, las universidades (e.g. Terzalory y Oyekunle, 2019) con programas concretos (ver, por ejemplo, Clarke, 2017), los curricula (e.g. Bedford & Bell, 2019) y las actividades académicas (ver por ejemplo, Pitan y Muller, 2019) han sido contextos clave. Desde una perspectiva crítica, sin embargo, se presenta un panorama completamente diferente. Algunos autores ponen de manifiesto que no siempre se corresponde la obtención de títulos formales con un trabajo, ya que el cumplimiento de la promesa del trabajo no está por sí misma garantizada (Brown y Hesketh, 2004). La empleabilidad no es considerada similar al número de títulos formales obtenidos, pero puede ser fomentada. También se ponen de manifiesto los silencios y las ambigüedades de las destrezas que se forman en los curricula para el fomento de la empleabilidad (Butterwick y Benjamin, 2006). Esto reclama la revisión de los marcos teóricos que conceptualizan la empleabilidad porque parece que ambas perspectivas hablan de un mismo tópico con sentido diferente.

La implicación práctica relevante es dotar a toda la población y al contexto de las herramientas apropiadas para el fomento de la empleabilidad en las sociedades para que éstas sean sostenibles. En relación a ello, hay estudios que analizan aspectos tan interesantes como las implicaciones para el cambio en los sistemas formativos (e.g. Espinoza, González, McGinn y Sandoval, 2020), la repercusión de la empleabilidad en el desarrollo sostenible (ver p.e. Rozalía, Blaga y Matis, 2019), en la inclusión laboral (ver p.e. Storme, De Lannoy, Leibbrandt, De Boexk y Mudiriza, 2019), etc. Sin embargo, la mayor parte de ellos no señalan su conceptualización de la empleabilidad y, por tanto, no concretan qué están analizando, ni evaluando. Además, para que este tipo de estudios resultara interesante, la empleabilidad debería ser un constructo que se pueda evaluar de la misma manera en todo tipo de colectivo. Esto permitiría el análisis conjunto de todas las consecuencias psicosociales y educativas en un contexto globalizado y neoliberal. Para ello, se requiere la concreción de la perspectiva teórica desde la que se plantea la evaluación y su fomento en cualquier contexto formativo (universidad, formación profesional, formación permanente, formación de adultos, etc.).

Quizá esta situación se debe a que la empleabilidad es un término que se ha popularizado en pocos años, ha pasado de ser propio de las disciplinas científicas a formar parte de las representaciones sociales de la población. De hecho, es un tópico que surge y se desarrolla para justificar el desempleo, el acceso al empleo y las dife-

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

rencias laborales (De Lara y Andrade, 2008). No conocemos estudios que analicen su significado en el discurso social, pero éste apunta a la responsabilidad individual de la persona sobre su trayectoria laboral y quita la responsabilidad al resto de agentes sociales (Salognon, 2007). De este modo, el ser empleable aumenta la probabilidad de éxito del empleo (Berntson, Sverke y Marklund, 2006; Fugate et al., 2004), ya que la empleabilidad lleva a la consecución del empleo (Clarke y Patrickson, 2008). Este discurso hace que la responsabilidad de la falta de empleo y el desempleo sea de la persona y no del resto de los agentes sociales implicados como el Estado o las empresas (ver, por ejemplo Nauta, van Vianen, Van del Heijden, Van Dam y Willemsen, 2009; Salognon, 2007). Posteriormente, algunos artículos comienzan a analizar la responsabilidad de la empresa y de quien emplea (ver, por ejemplo, Attarwala y Balasubramaniam, 2019; Baruch, 2001; Ellig, 1998; Sjollema, 2007; Van Buren, 2003). Desde una perspectiva más social se pone de relieve la importancia de la sociedad en general (ver, por ejemplo, Bollérot, 2001) y del Estado (ver, por ejemplo, Brunet y Pastor, 2003; Butterwick y Benjamin, 2006). Carrieri y Sarsur (2002) plantean que la empleabilidad es un recurso y una estrategia adaptada por la alta administración para transferir la responsabilidad de contratación y despido de la organización a la persona que trabaja. En este sentido, más que una capacidad o cualidad individual, la noción de empleabilidad se convierte en un recurso para la explicación de la inclusión/exclusión laboral (Hirata, 1997). Esta situación requiere un análisis exhaustivo de la comprensión actual de la empleabilidad comenzando por una revisión sobre lo que la literatura científica entiende por empleabilidad y el marco teórico que la explica.

A partir de todo lo expuesto, se constata que la empleabilidad es un tópico que ha generado gran interés en diferentes disciplinas. Sin embargo, pese al volumen de literatura científica que se ha publicado no existe un área de conocimiento concreta y hay pocos estudios que hayan elaborado una integración de sus contenidos (ver, por ejemplo, Llinares, Zacarés y Córdoba, 2016). Suarez (2016), por su parte, realizó una revisión de la literatura desde el año 2000 sobre el concepto de empleabilidad en bases de datos generales. Sin embargo, esto supone una limitación tanto a nivel temporal, porque resulta restrictivo, como a nivel de contenido, ya que no se atiende a las bases de datos de Ciencias Sociales y de Psicología.

Otras revisiones teóricas realizadas atienden a la estructuración de alguna de sus áreas de aplicabilidad como, por ejemplo, los universitarios, pero no al conjunto de los estudios sobre el mismo (ver, por ejemplo, Orellana, 2018). Junto a ello, no todos los estudios que analizan la empleabilidad y/o la evalúan delimitan el concepto ni la perspectiva de la que parten (ver, por ejemplo, Atkins, 1999; Sabin y Hansvick, 1999). Este hecho deriva en la falta de acuerdo en el concepto y el uso del término

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

en los estudios científicos. Además, la falta de unanimidad en su conceptualización lleva a dificultades en su delimitación terminológica (Suarez, 2016).

Así pues, el objetivo de este trabajo es realizar una revisión sistemática de los estudios que propongan algún marco teórico sobre empleabilidad, identificando sus premisas y sus indicadores. Esto es relevante a nivel teórico, ya que como señala Kennedy (2007), las revisiones sistemáticas son una herramienta útil para hacer avances en el tópico que se analiza. A nivel práctico también resulta relevante porque permite la práctica social basada en la evidencia y es una herramienta fundamental en la toma de decisiones para todos los agentes sociales.

En este sentido, el fomento de la empleabilidad es un objetivo de las agendas de política social y económica tanto a nivel internacional como nacional. Y este estudio pretende ayudar a las reformas sociales de forma que se puedan ver las barreras de cristal que limitan a los colectivos más vulnerables, pudiendo llegar a ser una herramienta para la inclusión socio-laboral. Resulta, pues, necesaria para todos los profesores universitarios que tienen la obligación de incluirla en sus curricula, agentes sociales que trabajan en la inclusión laboral, estados que pretenden general sociedades sostenibles e igualitarias, etc. Una sociedad que pretenda conseguir los Objetivos de Desarrollo Sostenible del 25 de septiembre de 2015 de la Organización de las Naciones Unidas y la construcción de la Sociedad del Conocimiento de la Declaración de Bolonia en 1999 necesita una forma similar de conocer, comprender, evaluar y fomentar la empleabilidad.

2. Método

Este estudio pretende la revisión sistemática de los estudios científicos que proponen un marco teórico sobre empleabilidad. El objetivo es sintetizar la información científica disponible para poder organizarla y plasmarla de forma sistemática. La búsqueda bibliográfica realizada se basa en las recomendaciones de las Revisiones sistemáticas y metaanálisis de la declaración PRISMA (Urrútia y Bonfill, 2010). También se tienen en cuenta las etapas para revisiones sistemáticas y metaanálisis propuestas por Ferreira, Urrútia y Alonso-Coello (2011).

El elemento clave para la formulación de la pregunta de interés de la revisión es el objetivo del estudio. En este sentido, a partir de él, se llevó a cabo una delimitación conceptual de 'marco teórico', de 'conceptualización/definición' y de 'tópico'. También se clarificaron los controles científicos a los que son sometidos los distintos tipos de publicaciones (p.e. artículos, libros, Tesis Doctorales, comunicaciones a Congresos, ponencias, etc.) y el tipo de información que se suele incluir en cada una

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

de estas publicaciones. En función de ello, tres jueces multidisciplinares (Psicología Social, Psicología del Trabajo y de las Organizaciones y Psicología Evolutiva y de la Educación) delimitaron los criterios de inclusión y exclusión.

La búsqueda se realizó en SCOPUS, Proquest Central, DIALNET, PsycARTICLES y Web of Science. Se ha optado por estas bases de datos ya que son algunas de las que tienen mayor número de artículos y abogan por el acceso abierto a dicha literatura científica. En ellas se utilizaron los términos de 'employabiliy', 'concept' y 'framework' en el título y resumen. No se restringió el criterio temporal, criterio geográfico ni el idioma de los artículos. Los duplicados se eliminaron. Como criterios de elegibilidad se incluyen sólo artículos de revistas científicas con revisores. Excluimos, pues, aquellos artículos que son monografías, libros, y páginas divulgativas. Respecto al criterio geográfico, se han aceptado todos los artículos. Respecto al criterio de contenido, se han seleccionado solo los artículos que hacen referencia al concepto de empleabilidad o marco teórico de la misma tal y como lo habían delimitado los jueces. Así pues, se han excluido todos los artículos que no hacen referencia al concepto o marco teórico de la empleabilidad; por ejemplo medida de la empleabilidad, programa de intervención, reflexiones sobre su incidencia en el contexto social, etc.

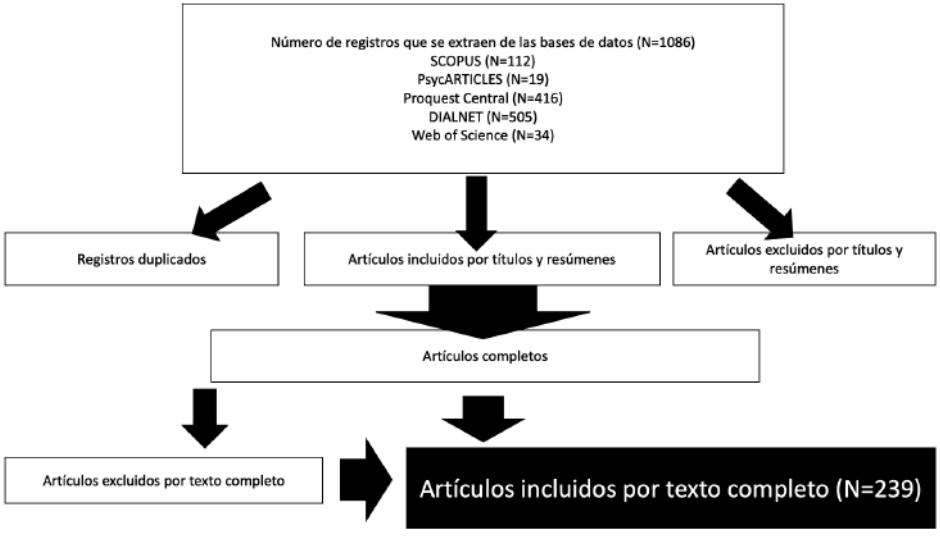
El proceso seguido se presenta en el diagrama de PRISMA (figura 1). En la figura 1 se explicita que se evaluaron inicialmente los títulos y los resúmenes de los estudios. Si estos coincidían con los criterios de inclusión se buscaron y descargaron los textos completos. Posteriormente, se leyeron todos los artículos descargados y se evaluó si el texto del mismo cumplía con cada uno de los criterios de inclusión y no poseía ningún criterio de exclusión previamente mencionados. Para su análisis, se cumplimentó, de cada uno de los artículos, una ficha de contenido. A continuación, se realizó un análisis de contenido y se extrajeron los datos más relevantes de cada artículo organizados en función de las categorías consideradas.

Para analizar y organizar el contenido de los marcos teóricos y las conceptualizaciones de la empleabilidad en orientaciones teóricas, creamos una categorización utilizando los criterios que propone Fox (1981): amplitud, exclusión mutua, consistencia, relevancia, objetividad y lealtad, y productividad. Para ello, propusimos subcategorías que identificaban las premisas teóricas a modo de microaspectos basados en técnicas de codificación inductiva (Llinares-Insa, González-Navarro, Córdoba-Iñesta y Zacarés-González, 2018). Con ellas elaboramos un repertorio que describía la empleabilidad. Para ello tuvimos en cuenta la clasificación de los indicadores de empleabilidad de Llinares, Córdoba y Zacarés (2011). Tres expertos de diferentes disciplinas (Psicología del Trabajo y de las Organizaciones, Psicología Social y Psicología Evolutiva y de la Educación) dieron un nombre a estas similitudes lo cual generó una clasificación de orientaciones teóricas con sus premisas básicas (Moreno, Santos,

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

Ramos, Sanz, Fuentes y Del Villar, 2002). Con esta categorización se pretendía asegurar una homogeneidad interna entre las diferentes premisas teóricas clasificados en cada orientación teórica y una homogeneidad externa entre las orientaciones teóricas (Anguera, 1986). Dos jueces independientes codificaron las premisas teóricas de las orientaciones teóricas seleccionadas. La consistencia y fiabilidad de la clasificación de las estrategias de búsqueda de empleo se obtuvieron mediante un acuerdo entre los tres jueces (Krippendorff, 1990, 2013). El valor del Kappa de Cohen superó el 0,99, lo que indica un alto nivel de acuerdo (Altman, 1991).

Figura 1.
Pasos para la realización de la búsqueda bibliográfica siguiendo la declaración PRISMA



3. Resultados

El número de artículos científicos analizados fue de 239. Todos los estudios escogidos tratan el concepto o proponen/presentan un marco teórico sobre empleabilidad. Los tres jueces establecieron dos categorías para articular el contenido de dichos artículos: evolución histórica del término y la estructuración de los marcos teóricos en tres perspectivas teóricas. Así pues, el análisis e integración de los artículos revisados lo hemos organizado en estos bloques. En primer lugar, se presenta la evolución histórica del término. En segundo lugar, las corrientes epistemológicas sobre la empleabilidad. En este segundo apartado se ha analizado la perspectiva individualista de

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

mercado empresarial, la perspectiva socio-crítica y el modelo bioecológico sobre la empleabilidad como propuesta integradora.

3.1. Evolución histórica del término

La noción de empleabilidad se ha integrado recientemente en el lenguaje, aunque surgió hace décadas (Serrano, 2000). Desde su aparición, ha habido un interés creciente por este concepto debido a los cambios demográficos, organizacionales y la erosión gradual de la seguridad laboral en los países occidentales como resultado de la transición de la sociedad industrial a postindustrial (Clarke, 2008, 2013; Van der Heijde y Van der Heijden, 2006). Así, hasta principios de 1800 el empleo se reducía en esencia a actividades ligadas a las tareas a realizar, continuamente cambiantes, y no a puestos específicos con límites claramente definidos (Bridges, 1994). Con la revolución industrial cambiaron los modelos de empleo, siendo el empleo más estructurado y los roles más definidos. En este contexto era empleable aquel con un conocimiento, habilidades y conductas específicas capaz de demostrar siempre lealtad (Rousseau, 1995). Por otra parte, en los comienzos de la sociedad industrial no se distinguía entre el pobre y el desempleado; ambos se consideraban perezosos y poco motivados para trabajar; por tanto, responsables de su situación (Serrano, 2000). Los cambios sociales propiciaron un análisis del desempleo que promovió el distinguir entre factores individuales (de carácter voluntario) y sociales (de carácter involuntario) (Serrano, 2000).

El estudio de la empleabilidad ha sido objeto de interés para numerosas disciplinas como la administración y dirección empresas, la gestión y desarrollo de recursos humanos, la psicología, las ciencias de la educación y desarrollo profesional (Van der Heijde y Van der Heijden, 2006), etc. Además, se ha utilizado e interpretado de formas muy diversas en función del contexto y en paralelo a los cambios en las carreras profesionales y los modelos de empleo (Clarke, 2008). Es un concepto multidimensional que ha sido popular en tres momentos a lo largo del siglo XX, años 30, 60 y 80, como veremos a continuación. Sin embargo, pocos estudios han intentado integrar las distintas concepciones surgidas a lo largo del siglo XX. De hecho, autores como Rajan, Van Eupen, Chapple y Lane (2000) afirman que la empleabilidad es una de los términos que ha pasado de cliché a jerga sin intermediar una etapa en la que se le dé un significado.

A lo largo del siglo XX estuvieron presentes diversas concepciones de empleabilidad con consecuencias a nivel organizacional (Rentería y Malvezzi, 2008). Sin embargo, pocos estudios han intentado integrar estas diferentes perspectivas. De hecho,

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

según Formichella y London (2005) o Van der Heijde y Van der Heijden (2006), aunque el concepto surgió antes, las primeras publicaciones sobre el concepto de empleabilidad datan de la década de los 50, concretamente hacia 1955, y hacían referencia a la preocupación acerca de la posición de las personas desamparadas en el mercado de trabajo, como por ejemplo los minusválidos. Pero no fue hasta los años 90 cuando se estudió de forma empírica (Van der Heijde y Van der Heijden, 2006) y, aunque el término empleabilidad todavía no aparece en todos los diccionarios y libros jurídicos, se ha vuelto popular desde entonces (Bollérot, 2001).

Siguiendo un recorrido histórico por décadas del concepto de empleabilidad, a partir de los años 50 aparecen las versiones "anglosajonas modernas" que incluyen a la Europa continental y particularmente a Francia (Rentería y Malvezzi, 2008). La empleabilidad comenzó a analizarse de manera general como el potencial de un individuo para acceder a un empleo y permanecer en él (Grip, Van Loo y Sanders, 1999).

En los años 60, Gazier (1998, 2001) distingue tres tipologías de empleabilidad. La primera es la empleabilidad sociomédica, que emergió en EEUU, Reino Unido, Alemania y otros países, y se refería a la distancia entre las habilidades reales para el empleo de personas con desventaja social, física o mental y los requerimientos del empleo. Se centraba en la limitación y discapacidad, la medición individual en la cual se consideran grados de aptitud física o mental por áreas de desempeño y, finalmente, los problemas de intervención de acuerdo con las deficiencias por compensar. Incluía a médicos y terapeutas de diferentes campos de rehabilitación (Rentería y Malvezzi, 2008).

La segunda tipología Gazier (1998, 2001) la denomina empleabilidad de política de mano de obra, fue desarrollada como un intento de extender las discusiones sobre la perspectiva sociomédica a otros grupos desfavorecidos, con el énfasis todavía en la distancia entre las habilidades para el empleo reales y los requerimientos del empleo.

En los 60, en la literatura sociológica francesa, surgió en palabras de Gazier (1998, 2001) la empleabilidad fluida que se centró en la demanda y accesibilidad al empleo en economías locales y nacionales. Se definía empleabilidad como la alta probabilidad que tiene una persona que busca trabajo de encontrarlo. Así, se enfatiza la rapidez con que los desempleados encuentran trabajo. La medición se da en función de proporciones por grupos sociales, empleables y no empleables, por la relación de las tasas de desempleo en el mercado de trabajo y por la consideración de las desventajas grupales o individuales de las personas que están o no en el mercado de trabajo (Rentería y Malvezzi, 2008).

De este modo, hasta los años 70 la empleabilidad se centraba en la participación en el empleo y se acompañaba de la flexibilidad de la sociedad. Se consideraba al gobierno como el actor responsable de conseguir pleno empleo. En las últimas décadas

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

del siglo XX los cambios que obligaron a las organizaciones a reorganizarse como empresas más flexibles cambiaron el sistema basado en el empleo ('job-based HRM system') al centrado en la persona ('person-related HRM system'). Los nuevos conceptos de producción llevaron a hablar de trabajo en equipo más que de división del trabajo. Estos cambios tuvieron implicaciones sobre el perfil del ideal de la persona que trabaja y los tipos de destrezas que necesitaba. Con ello, el capital humano y los recursos humanos ganaron en importancia (Van der Heijde y Van der Heijden, 2006).

En la década de 1970 la empleabilidad se centraba en una medición de deficiencias de cualificación profesional, movilidad y presentación, revelando la distancia entre características individuales y requerimientos de producción y la aceptabilidad en el mercado de trabajo, lo cual se tradujo en programas de intervención orientados al entrenamiento para la selección y en otros programas complementarios sobre "cómo vestir" o "cómo presentarse" a una entrevista de trabajo (situación que no ha cambiado mucho en los últimos años). En el caso de Estados Unidos esta acepción implicaba un proceso de individualización no problemática en el cual las personas asumen su inclusión o no en el mercado de trabajo (Rentería y Malvezzi, 2008).

A partir de finales de los años 70 la perspectiva de empleabilidad apareció en Europa cuando se discutía la capacidad de las instituciones para combatir el desempleo reinante, y éstas descubrieron que existía un gran número de personas con una probabilidad casi nula de reinsertase al mercado laboral (Pérez, 2005). Para Gazier (1998, 2001) comenzó el concepto de empleabilidad de rendimiento del mercado laboral, utilizado a nivel internacional. Se centraba en los resultados del mercado laboral conseguidos por la intervención de las políticas de empleo y se medía en términos de los días que la persona estaba empleada, horas trabajadas, tasas de salario y otros resultados del mercado laboral para los individuos que participaban en programas de empleo. La empleabilidad se entendía como la probabilidad de obtener una vacante en un mercado de trabajo específico a partir de los atributos con los que está dotado el buscador de empleo y que son los que le permitían superar los obstáculos que le imponía el mercado (Campos Ríos, 2002).

En las décadas de los años 80 y 90, y como consecuencia de lo acontecido en los años 60 y 70, la empleabilidad pasó a tener una concepción diferente en Estados Unidos (Gazier, 2001) asociada, al igual que en sus inicios, a informaciones estadísticas disponibles sobre el empleo, considerando como indicadores las personas que lo obtenían o estaban ya empleadas, su duración y el salario (Rentería y Malvezzi, 2008). En esta etapa los factores que le dieron una mayor entidad al concepto de empleabilidad incluían: su rol potencial de abordar la inclusión social de los grupos desfavorecidos, una reacción a las consecuencias de los altos niveles de desempleados

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

a largo plazo e inactividad y la tendencia hacia nuevos tipos de relaciones entre quien emplea y la persona a emplear (McQuaid y Lindsay, 2005).

Así, a partir de los años 80 la empleabilidad surgió como recurso para explicar la dinámica de empleo, desempleo y la relación de las personas con los mercados de trabajo; presentaba una inmensa variabilidad de significados que se reflejaba en tantas definiciones como usuarios disertaran sobre ello, a diferencia del uso "preciso" de comienzos del siglo XX desde la economía (Rentería y Malvezzi, 2008).

A finales de los 80 surgió el concepto de iniciativa de empleabilidad, que emergió en la literatura sobre el desarrollo de los recursos humanos en Norte América y Europa (HRD) (Gazier, 2001). Reflejaba una aceptación de que el desarrollo de una carrera laboral exitosa requería del desarrollo de destrezas transferibles y la flexibilidad para desempeñar diferentes roles en el trabajo. Se centraba en el individuo y en su responsabilidad para desarrollar destrezas y estar empleado.

Por último, surgió la empleabilidad interactiva desde la perspectiva de Gazier (1998, 2001), que emergió primero en Norte América y desde finales de los 80 a nivel internacional. Se refería a los modelos adoptados a partir de los años 90, particularmente los canadienses, en los cuales la empleabilidad era la capacidad relativa de una persona para obtener un empleo significativo, dada la interacción entre características personales y mercado de trabajo. Este modelo reintrodujo las dimensiones individual y colectiva en las cuales la medición consideraba perfiles, estadísticas, trayectorias y circunstancias en función del mercado de trabajo. En este sentido, las acciones sobre la empleabilidad tenían que ver no solamente con las acciones individuales, sino con las políticas estatales de mercado y con la promoción de oportunidades reales para las personas (Rentería y Malvezzi, 2008). Así, mantenía el énfasis en la iniciativa de la persona pero también reconocía que dependía de la empleabilidad de otros y de las oportunidades, instituciones y reglas que gobiernan el mercado laboral (prioridad colectiva/interactiva). Remarcaba el rol de quien emplea y de la demanda laboral para determinar la empleabilidad. Esto conlleva dos implicaciones: por un lado, centrarse en el desempleado a largo plazo y otros grupos desfavorecidos por las políticas de empleo; por otro lado, centrarse desde los gobiernos occidentales en políticas interventoras para prevenir el desempleo a largo plazo y las desigualdades en el mercado laboral.

Sin embargo, hacia el final del siglo XX los modelos de carrera profesional y empleo cambiaron significativamente al pasar las organizaciones a ser más extensas, con continuas reestructuraciones y reducción de personal en respuesta al aumento de las presiones de la competencia (Cascio, 1993). El "antiguo" contrato psicológico implicaba que el trabajo duro, la lealtad y el compromiso con la organización aseguraban de forma recíproca la seguridad laboral, las oportunidades profesionales,

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

el entrenamiento por parte de la compañía y la promoción interna (Baruch, 2001). Por el contrario, el "nuevo" contrato psicológico se centraba más en los elementos transaccionales o "en compromisos específicos, a corto plazo, suponiendo una participación limitada de las partes implicadas" (Morrison y Robinson, 1997).

Aunque por lo general se aceptan estos nuevos modelos, algunos autores se cuestionan si los modelos de carrera profesional y empleo han cambiado en realidad. En cierto sentido, Clarke (2008) observa que el punto de vista actual sobre la empleabilidad parece haber vuelto al modelo pre-industrial, donde el sujeto era el responsable de su empleabilidad. Sin embargo, esta autora considera que se espera que en el siglo XXI haya una continua emergencia de nuevas formas de empleo y nuevas formas de trabajar. Estos cambios señalan la necesidad de continuar investigando sobre el concepto de empleabilidad (Clarke, 2008) porque ésta pasa a ser considerada un componente crucial para conseguir y mantener el empleo (Forrier y Sels, 2003). Junto a ello, los organismos internacionales también resaltan la importancia de la empleabilidad para la reducción de la exclusión social.

3.2. Las corrientes epistemológicas sobre la empleabilidad

Para el análisis de las corrientes epistemológicas se llevó a cabo un vaciado de las propuestas teóricas y conceptuales de todos los artículos por medio de una ficha de vaciado. A partir de ellas, se realizó un análisis de contenido. El análisis de contenido dio como resultado tres grandes orientaciones teóricas: orientación individualista, orientación crítica y modelo bioecológico.

3.2.1. Perspectiva individualista del mercado empresarial

Es la perspectiva dominante y la más desarrollada (p.e. Andrews y Higson, 2008; Dacre, Qualter y Sewell, 2014; Rothwell, Herbert y Rothwell, 2008). La teoría del capital humano le sirve de base (Keeley, 2007) y su estructura está claramente determinada por los agentes sociales más relevantes implicados y que le sirven de hilo conductor: la persona empleable y la empresa quien emplea.

a) El individuo como responsable de su futuro laboral

Desde esta perspectiva, la persona empleable es el principal protagonista del concepto de empleabilidad. Es la responsable de desarrollar su carrera laboral (Ko-

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

valenko y Mortelmans, 2016) y vida profesional (Clarke, 2008). Por tanto, su rol contempla la tarea emergente de adquirir cualidades que la hagan más empleable (Fugate y Knicki, 2008). Como contrapartida, tiene derecho a demandar formación y oportunidades de aprendizaje a la empresa (Montañana, 2005).

En la literatura que mantiene esta perspectiva encontramos dos perfiles de persona empleable que se corresponden con dos modos de entender la 'empleabilidad' (Brown, Hesketh y Williams, 2003): por una parte, la empleabilidad aplicada a la búsqueda del primer empleo (formarse y dotarse de cualidades necesarias para acceder al mercado laboral) y, por otra, la empleabilidad aplicada al mantenimiento o cambio de trabajo en la misma o diferente organización (aumento de la valía de la persona) (Lisbona, Palací y Moriano, 2002).

Con respecto a la primera aproximación, la empleabilidad se refiere a la capacidad que tiene una persona para conseguir y mantener un puesto de trabajo (ver, por ejemplo, Nalawade, More y Bhola, 2019). Podríamos decir que, en concreto, esta primera aproximación se centra en las dificultades que pueden encontrar en la consecución del empleo de colectivos vulnerables. Estos se mantienen, pues, en las capas más pobres de la sociedad (Weinberg, 2004). Esto sucede con grupos poblacionales vulnerables, como los contemplados en la normativa de las empresas de inserción (EI), mujeres, inmigrantes, pertenecientes a las capas desfavorecidas de la sociedad, personas con discapacidad. Puede ocurrir incluso con los empleados de larga duración que, según Weinberg (2004), se tornan dependientes de las políticas sociales. Sus posibilidades de empleabilidad son cada vez menores, ya que van perdiendo sus conocimientos, van disminuyendo los hábitos de trabajo, su capacidad de relacionarse, de adaptarse a los cambios, etc., lo que genera que se vayan profundizando más en su exclusión y sean cada vez menos empleables.

Gordon, Edwars y Reich (1982) afirman que aspectos como la clase social, la educación y la raza afectan a la distribución de las personas en los distintos segmentos del mercado de trabajo (Riquelme y Razquin, 1999). En este sentido, la teoría de la segmentación presenta la empleabilidad vinculada a la estructura social.

Esta perspectiva distingue, pues, entre ser empleable y no empleable. La empleabilidad es concebida como la capacidad para obtener y/o mantener el empleo y/o generar autoempleo (Campos Ríos, 2003; Finn, 2000; Formichella y London, 2005). Esta perspectiva unidimensional etiqueta a la personas como empleables o no empleables en función de su capacidad para conseguir un empleo (Finn, 2000). Pone de manifiesto que son importantes las acciones que haga el sujeto para aumentar dicha capacidad. Esta actividad es un recurso que puede disminuir el desempleo causado por la falta de personal cualificado (Weinberg, 2004). Es por ello que se impone la necesidad de generar actividades individualizadas que aumenten la emplea-

bilidad de la persona (McQuaid y Lindsay, 2005b). En este sentido se han dirigido la mayor parte de las acciones sociales y es uno de los cuatro pilares de la European Employment Strategy (McQuaid, Green y Danson, 2005). La Comisión Europea pretende el desarrollo del capital humano a través de actividades preventivas para los desempleados (Ramos, 2010).

A pesar de ello, es responsabilidad de la persona fomentar su empleabilidad (Weinberg, 2004). Desde esta perspectiva también se leen discursos que reivindican la importancia de la localización del mercado de trabajo, de aspectos relacionados con los desplazamientos, las actitudes, las conductas empresariales, los requerimientos de las economías locales y otros factores contextuales que impactan en las experiencias del que está buscando empleo (McQuaid y Lindsay, 2005). En definitiva, el sistema productivo, con la empleabilidad como razón discursiva, fundamenta el orden social como sistema de clasificación, jerarquización y valoración de las personas (Prieto, 1999).

La segunda aproximación a la empleabilidad en el enfoque individualista se centra en la necesidad de que los empleados se adapten a las nuevas situaciones del mercado laboral y los nuevos tipos de organización (Formichella y London, 2005; Fugate et al., 2004) y que manejen múltiples identidades (Hall, 2002). La empleabilidad es, pues, la habilidad para obtener, mantener y/o movilizarse hacia otros empleos (Campos Ríos, 2003; Finn, 2000; Formichella y London, 2005; McQuaid et al., 2005) o progresar en la misma organización con el fin de obtener un trabajo que le permita la inclusión social (Fuster, 1999). Así, es considerada como un proceso permanente de adquisición y logro de empleo y una oportunidad de satisfacción profesional y de dirección del aprendizaje y desarrollo (Hind, 2005). Desde una perspectiva más holística se enfatizan junto a las características individuales las condiciones del mercado laboral, sean éstas de demanda y/o de oferta. En definitiva, como proceso se refiere al empleo como el resultado esperado (Van der Heijden y Van der Heijden, 2006). Todo ello supone, en primer lugar, que la persona es responsable de su carrera profesional y, en segundo lugar, que la persona posee habilidades de 'alto rendimiento'.

Que la persona sea responsable de su carrera profesional implica que toda persona es la que acumula destrezas, habilidades, conocimientos, etc. que le permiten optimizar sus competencias y ser más eficaz y eficiente en su trabajo. La persona tiene la responsabilidad de crear su curriculum y es la que tiene la responsabilidad de mejorar su empleabilidad (Fugate et al., 2004). Así, es la persona la que debe gestar su propia competencia (Ducci, 1998). Fugate et al. (2004) utilizan la resiliencia para referirse a las características que fomentan la adaptación de la persona a su puesto de trabajo; dicha adaptación no es pasiva como en el antiguo sistema sino proactiva y para ello es necesario que la persona quiera adaptarse (Hall, 2002).

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

La persona adaptable es esperable que afronte con mayor efectividad contextos de incertidumbre que la persona más rígida (Ashford y Taylor, 1990). Su propensión a aprender facilita tanto la creación como el mantenimiento de redes sociales que son centrales en su identificación y consecución de oportunidades laborales. Además, las personas adaptables quieren mejorar sus capacidades, lo cual es fundamental para el capital humano.

La adaptación efectiva y, por tanto, el mejor aprovechamiento del capital humano (y aumento de la competitividad de la empresa) se produce cuando las personas (Ashford y Taylor, 1990): a) obtienen información adecuada del entorno y feedback relativo a su relación con dicho entorno; b) cuentan con ciertas características internas que favorezcan la adaptabilidad y la capacidad de enfrentarse a los retos que conlleva el cambio (Martínez-Cerdá, Torrent-Sellens, González-González y Ficapal-Cusí, 2018); y c) aseguran la movilidad, flexibilidad o libertad de cambio (McQuaid y Lindsay, 2005). Las personas deben desarrollar su empleabilidad a lo largo de la vida y el icono de mayor desarrollo es el estudiante universitario (Conchado y Carot, 2013).

Que la persona posee habilidades de alto rendimiento supone otorgarle habilidades como, por ejemplo, espíritu emprendedor, estar altamente motivado o poseer habilidades metacognitivas, etc. La persona que emplea busca empleados que tengan la capacidad de aportar algo de forma inmediata y a corto plazo antes que individuos que busquen carreras profesionales de larga duración y estables (Clarke, 2008). En este sentido, para este enfoque resulta de suma importancia detectar cuáles son esas cualidades que hacen empleable (Formichella y London, 2005). Sin embargo, la literatura sobre el tema no presenta unicidad en relación a los elementos de la empleabilidad (ver, p.e. Ferns, Dawson y Howitt, 2019; Finch, Peacock, Levallet y Foster, 2015; Mohamad, Jamaludin, Zawaei y Wan Hanafi, 2018). En su mayor parte, la literatura revela que es multidimensional (Yizhong, Lin, Baranchenko, Lau, Yukhanaev y Lu, 2017). La mayoría de los estudios analizan el nivel educativo (Formichella y London, 2005; Van der Heijden y Van der Heijden, 2006). Por ejemplo, surgen muchas publicaciones sobre la medida de la empleabilidad de los estudiantes (p.e. Koloba, 2017) y sobre cómo desarrollar la empleabilidad por parte de la institución educativa (p.e. Ciesielkiewicz, 2019) y/o universidad (p.e. Bates, Hayes, Walker y Marchesi, 2018; Clarke, 2018; Räty, Komulainen, Harvorsén, Nieminen y Korhonen, 2018). Otros autores destacan aspectos como la capacidad de comunicación (Sharma y Shivakumar, 2019), de manejar procesos de organización, de trabajar en equipo (Bharathi, 2016), el autodesarrollo del individuo (planificación de su vida profesional, actitud proactiva) (Fuster, 1999), el aprender a aprender (Martínez-Cerdá y Torrent-Sellens, 2017; Rentería y Malvezzi, 2008), etc.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

Entre las clasificaciones con fundamentación teórica cabe resaltar la de Van der Heijden y Van der Heijden (2006), que presenta una clasificación elaborada y bien fundamentada en la que la empleabilidad está compuesta por cinco competencias: la experiencia ocupacional, la anticipación y optimización, la flexibilidad personal, el sentido corporativo y el equilibrio. Por su parte, Fugate et al. (2004) distingue las siguientes dimensiones: la identidad profesional, la adaptabilidad personal y el capital humano y social. Estas dimensiones no operan de forma independiente sino de forma global. En el mismo sentido, McQuaid y Lindsay (2005) proponen, desde un enfoque amplio, una clasificación de sus componentes en factores individuales, circunstancias personales y factores externos. El estudio propuesto por Malaysian Engineering Employability Skills (MEES) destaca tres componentes principales de la empleabilidad: atributos personales, habilidades personales y conocimiento (Nisha y Rajasekaran, 2018)

La percepción del empleador en cuanto a los componentes de la empleabilidad también es otro de los tópicos más analizados desde la literatura científica Desde el punto de vista de la persona que emplea parece que algunas de las competencias más valoradas son, por ejemplo, los recursos, la información y la tecnología (Tejan y Sabil, 2019).

Junto a ello, otros autores también tienen en cuenta aspectos como: edad, tipo de institución educativa, forma de estudio, actualización o recualificación, experiencia previa, etnia, género y clase social (Harvey, 2001). Así pues, tal y como señalan Van der Heijden y Van der Heijden (2006), no es un constructo unidimensional sino compuesto por factores muy diversos; para ser considerado empleable no todos ellos tienen que cumplirse, o sí, depende de la perspectiva desde la que nos situemos (Van der Heijden y Van der Heijden., 2006).

En definitiva, este panorama tan abierto muestra que la empleabilidad abarca diferentes competencias (Formichella y London, 2005) lo que nos lleva al concepto de 'competencia'. La cuestión de las competencias es uno de los principales mediadores que se asume desde la empleabilidad; el 'saber hacer en un contexto' se une al 'preferir hacer' y al 'hacer con eficacia' (Rentería y Malvezzi, 2008) en la empleabilidad.

Ahora bien, por qué surge el concepto de empleabilidad. La mayor parte de los autores indican que la empleabilidad surge como alternativa a la seguridad en el empleo (Baltanás, 1999; Bernstrom et al., 2019) y por la tendencia hacia nuevos tipos de relaciones entre el empleador y el empleado (McQuaid y Lindsay, 2005).

Se convierte en el nuevo contrato psicológico entre la empresa y el empleado donde los dos son responsables de mantener la situación de empleo (Lisbona et al., 2002). Así pues, la gestión y el perfeccionamiento de los recursos humanos pasa a ser un factor determinante tanto de la competitividad de las empresas como de la

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

seguridad en el empleo (Ducci, 1998; Fugate et al., 2004. En este sentido, resulta útil distinguir entre el significado de búsqueda de empleo y empleabilidad. Para Kanfer, Wanberg y Kantrowitz (2001), la búsqueda de empleo es "un patrón de acción propositivo y deliberado que empieza con la identificación y compromiso de perseguir una meta laboral. Dicha meta activa la conducta de búsqueda para alcanzarla". Desde ese planteamiento, la empleabilidad es una estrategia para sustituir la seguridad perdida y el mecanismo para aumentar el compromiso del empleado hacia su empresa (Lisbona et al., 2002). La persona empleada tiene que rentabilizar su curriculum a lo largo de toda su vida laboral. Así, la autogestión de su carrera es la clave del éxito (Baruch, 2001).

Desde esta perspectiva se afirma que las personas perciben esta mezcla entre libertad y responsabilidad de sus carreras laborales como preferible a las experiencias de organización de carrera y seguridad en el empleo (Bagshaw, 1997; Clarke, 2008). Así pues, ya no es la organización la que dirige hacia dónde van los individuos, sino que cada persona toma el control de su carrera y debe desarrollar su empleabilidad por medio del aprendizaje (Peter y Gómez, 2019). Desde este punto de vista, la alta empleabilidad puede amortiguar y prevenir el desempleo (McArdle, Waters, Briscoe y Hall, 2007).

b) La empresa como agente social de la empleabilidad

Junto con los factores individuales, esta perspectiva también destaca la importancia de factores contextuales como los que se refieren a la situación del mercado laboral (McQuaid y Lindsay, 2005). Así, por ejemplo, las prácticas universitarias conectan al joven con el mundo empresarial (Caballero, Vázquez y Quintás, 2015). Estas prácticas también son relevantes porque el hecho de cursar los estudios universitarios no genera empleabilidad. Para ello se necesitan las prácticas pre-laborales (Tejan y Sabil, 2019). Esto es relevante ya que desde la perspectiva individualista la empleabilidad beneficia a la persona y a la empresa (Yorke, 2006). La empresa debe contratar empleados con alto grado de empleabilidad y, por eso, actualmente, se ha desarrollado una línea de trabajos que intentan operacionalizarla y están dando como resultado diversos cuestionarios que miden la empleabilidad (ver por ejemplo Singh, Chawla, Agarwal y Desai, 2016; Van der Heijden y Van der Heijden, 2006; Vargas, Sánchez-Queija, Rothwell y Parra, 2018). Paralelamente, también se acentúa la obligación de la empresa de proporcionar oportunidades para el desarrollo (Baruch, 2001) y de desarrollar y mantener las habilidades generales avanzadas (Clarke y Patrickson, 2008), esto es, de generar empleabilidad que posibilite la reconversión

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

de los recursos humanos y poder afrontar los cambios en el trabajo y en el mercado laboral (Salanova y Llorens, 2006). En definitiva, la empresa tiene la obligación de generar empleabilidad, de modo que si una persona pierde el empleo no tenga dificultades para encontrar otro (Van Buren, 2003).

Además, aunque el papel fundamental en la empleabilidad lo tiene el sujeto (Fugate et al., 2004) y, en parte, la empresa, el Estado y la sociedad en general también tienen parte de responsabilidad (Gamboa, Gracia, Ripoll y Peiró, 2007). Olssen y Perters (2005) plantean que en el sistema neoliberal el estado tiene la función de crear las concisiones, leyes e instituciones que posibiliten su libertad. Así, el Estado tiene la función de prevenir y tratar de corregir la empleabilidad o desarrollarla (que genera desigualdad y exclusión social) por medio de la educación. La educación formal es su principal instrumento (Campos Ríos, 2003; Formichella y London, 2005). La educación no formal también está encargada de desarrollar la empleabilidad. Al mismo tiempo, la educación informal tiene que generar empleabilidad y emprendimiento (Formichella y London, 2005). Por lo tanto, el grado de empleabilidad dependerá de los atributos y habilidades, pero también de otras consideraciones extraeconómicas (políticas, raciales, institucionales).

3.2.2. Perspectiva socio-crítica sobre la empleabilidad

La perspectiva crítica, también denominada teoría del conflicto (Brown et al., 2003), concibe los cambios económicos y del mundo laboral de forma diferente a la perspectiva presentada anteriormente. La empleabilidad es considerada como la disposición requerida para funcionar eficazmente en economías que cambian rápidamente y que se hallan sujetas a una fuerte presión competitiva (Thieme, 2007). Esta perspectiva presenta un discurso crítico hacia la aparente racionalidad del mercado (Brunet y Pastor, 2003).

Afirman que la empleabilidad es una construcción social (Castillo, 1999) que se inicia en las diferencias de clase y las mantiene (Brunet y Pastor, 2003; Reid, 2015). Desde esta perspectiva, las políticas ocupacionales son consideradas ineficaces. La acción pública opta por liberar y desregular el mercado laboral y esto genera y mantiene nuevas desigualdades. Las políticas de formación profesional y empleo ocultan factores socio-económicos como el paro, la precariedad y la amenaza de despido. En esa línea, se señala que tales políticas se centran en la igualdad de oportunidades y de formación de todo ciudadano aunque las sociedades no practican la equidad social (Brunet y Pastor, 2003). Es en este marco en el que hay que entender la crítica al concepto de empleabilidad.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

De esta forma, la empleabilidad se ha situado en el plano de lo simbólico, de las percepciones, significados y discursos reelaborados por los grupos sociales (Carrieri y Sarsur, 2002). Un discurso que desde esta perspectiva crítica se pretende desvelar es sus implicaciones para mantener el status quo de determinadas clases sociales y, para ello, usan la individualización de los beneficios/recompensas en función de la inversión realizada en educación.

a) La empleabilidad como justificación de la desigualdad

La perspectiva crítica plantea que, por una parte, se atribuye al individuo el éxito o fracaso de su carrera laboral sin tener en cuenta las competencias que posee y las que demandan los puestos de trabajo. Por otra parte, se parte de la creencia que el mercado laboral es un dato dado y homogéneo y que son las competencias las que hacen que pueda participar en él (Martín y Spinoza, 2005).

En sus inicios la acción de la empleabilidad estaba restringida al momento de la contratación (por ejemplo, la teoría del 'puerto de entrada', ver Piore, 1995). Posteriormente, se señala que el discurso dominante en el ámbito empresarial sobre la empleabilidad se basa en la representación social de que para progresar en el mundo laboral los ciudadanos deben tener un proyecto profesional de vida, deben poder formularlo y llevarlo a cabo (Brunet y Pastor, 2003). La implicación de esto supone la justificación de las diferentes posiciones sociales de cada cual desde un argumento meritocrático: quien no triunfa es porque no ha seguido dicho proyecto o porque no lo ha desarrollado. De esta forma, se ha forjado una nueva cultura centrada sobre los conceptos de mercado, individuo, eficiencia y competitividad (Brunet y Pastor, 2003) que tiene en su inicio y fin la empleabilidad y que responsabiliza al individuo de su logro. Este concepto favorece la lectura del desempleo como 'carencia' (individual) y no como riesgo (social) (Serrano, 2000). Este intento de legitimar las desigualdades en el mercado laboral sustituye al principio de la selección escolar, ya que la igualdad de oportunidades se percibe como garantizada (Pérez, 2018), se amplía a las desigualdades en los salarios y pasa a ser considerada una táctica de poder mediante la cual se reproducen las desigualdades ocupacionales (Brown et al., 2003). Desde esta perspectiva, la referencia del concepto analizado es siempre la persona que es empleable por la organización. De esta forma, se dejan invisibles otras dinámicas de inclusión/exclusión social y laboral, se quita la responsabilidad a la sociedad y al mercado de trabajo. Así, junto con la persona que accede al empleo o que quiere mantenerlo y la empresa se destaca la importancia de los políticos, el Estado y los colectivos con incidencia social como los gremios, sindicatos, etc. (Rentería y Malvezzi, 2008).

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

Por tanto, el sistema formal enmascara la dinámica de competitividad impuesta a los estudiantes para alcanzar niveles educativos que les permitan desarrollar competencias necesarias para entrar en el mercado de trabajo (Rentería y Malvezzi, 2008); es un planteamiento claramente selectivo. Para ello, desde la infancia se invierte tiempo, esfuerzo y capacidades, sin embargo, no está garantizada ni la cualificación, ni el acceso al trabajo (Brown y Hesketh, 2004). Arrow (1972), en la teoría del filtro, señala que la educación no contribuye directamente al crecimiento de la productividad de los individuos, pero sirve como medio clasificador de las personas. Bourdieu y Passeron (1977) afirman que el sistema educativo contribuye a reproducir y legitimar la estructura social al distribuir a los individuos en clases homogéneas y diferentes entre sí.

Así, las políticas educativas y los programas de recualificación y desarrollo de la empleabilidad se presentan con el objetivo de fomentar el desarrollo de la competitividad (Torres, 2000), los discursos sobre la selección de los mejores se asocian a perfiles de competencias y cualidades (Rentería, 2005) y dividen a la población entre personas con alta y baja empleabilidad manteniendo, así, discursos hegemónicos. Brown y Hesketh (2004) explicitan que es 'la guerra por talentos' y del 'capital reputacional', aunque es una 'guerra' ficticia. En realidad, tal y como afirman Rentería y Malvezzi (2008), esta cuestión deja abiertos temas como la necesidad de analizar cómo se produce la selección de los que tienen mejor empleabilidad, o la discusión sobre cómo ser realmente considerados visibles y de interés por los mercados de trabajo en los cuales el sujeto debe insertarse (Enríquez y Rentería, 2007).

Si desde la perspectiva individualista se daba por supuesta la responsabilidad del individuo en su inclusión en el mercado de trabajo, desde la perspectiva crítica se señala que ésta realmente depende de las necesidades del mercado, las preferencias de la persona que emplea y las características del puesto (Rentería y Malvezzi, 2008). Se afirma que la desigual distribución del empleo no es debida a las diferencias individuales sino a la propia distribución desigual del mismo que reproduce jerarquías sociales en tanto que es producto de la lógica de jerarquización social, así como la desigual distribución de formación en las empresas. Brunet y Pastor (2003) afirman que es en los análisis de los procesos de asignación de salarios y en los procesos de selección y reclutamiento de los individuos donde se fundamenta la existencia de una estructura productiva. Es la estructura productiva la que impone condiciones de desigualdad fundamentadas en las características individuales desde el discurso social, pero sin vinculación a ellas, en una visión general del proceso. Esto se observa en la homogeneidad de los sectores actuales de excluidos laborales: grupos de edad, mujeres, emigrantes, personas con poco nivel de estudios y cualificación (Tezanos, 2001).

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

b) La empleabilidad como complemento de las políticas de flexibilización del mercado de trabajo

Las definiciones de la empleabilidad de carácter mercantil consideran a la persona como sujeto en un contexto dentro del cual es un nómada que enfrenta cambios culturales, de identidad, de exigencia de competencias y es desafiado a vivir como gerente de sí mismo (Castel, 2000). Así, podemos señalar que una segunda consecuencia de considerar a la persona como responsable de su empleabilidad es la transferencia de responsabilidades sobre la situación laboral de las personas y sobre la inclusión/exclusión del mercado laboral desde agencias sociales como la empresa o el Estado (Carrieri y Sarsur, 2002; Hirata, 1997).

La perspectiva crítica pone de manifiesto que resulta incoherente la construcción de un proyecto laboral profesional homogéneo a partir de trayectorias caóticas de vida laboral. Su formulación permite reducir la responsabilidad de las empresas sobre las condiciones laborales (sobre todo de estabilidad, seguridad y desarrollo), aumentando la flexibilidad en términos de a quién emplearán y bajo qué condiciones. Demuestran que no se ha generado independencia, sino mayores diferencias de fuerzas a favor de la persona que emplea (Legge, 2005). El dominio que se ejerce sobre la persona no se concreta en términos de alienación sino en sobreidentificación del asalariado con su tarea y con la empresa; los límites entre la vida laboral, familiar y social quedan difusos y vuelve vulnerable a la persona y a relegar la vida social y familiar a la vida laboral por miedo a la desocupación (Pérez, 2018). La empleabilidad y la responsabilidad de la adquisición y mantenimiento del empleo es una obligación, y debe ser una forma de predisposición permanente de implicación en el trabajo, de interiorización de la cultura de la empresa (Brunet y Pastor, 2003) y la elección en los conflictos intrapersonales de la dimensión laboral. La empleabilidad incluye en su seno y, por ende, la representación social de la persona que trabaja muy bien, la posesión de competencias que le hacen vivir por y para la empresa.

Además, el concepto de empleabilidad introduce nuevos modos de control social: el autocontrol (Sennet, 2010). Así, el compromiso de los poderes públicos se diluye y se le otorga a la familia y al individuo el honor y la responsabilidad de ser el máximo responsable de su trayectoria laboral (Brunet y Pastor, 2003).

En tercer lugar, la perspectiva individualista cita a los profesionales bien capacitados o en posiciones directivas como modelos de carreras autogestionadas (Currie, 2006). Sin embargo, como señalan Bloch y Bates (1995), gran parte de la población no desea la autogestión de su carrera. Desde luego, aunque entre las personas de reciente titulación, ya socializados en esta nueva forma de comprender la carrera profesional, se perciba como una oportunidad, no sucede lo mismo con los indivi-

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

duos socializados en la cultura tradicional del trabajo; y mucho menos cuando nos referimos a las personas que trabajan en sectores menos cualificados. Es en estos casos cuando el concepto de empleabilidad se muestra más equívoco: la precarización del mercado de trabajo y la descualificación que se produce en muchos sectores no nos permite hablar, sin caer en serias contradicciones, del desarrollo de la empleabilidad como factor de estabilidad laboral y menos de desarrollo profesional. En un mercado 'secundario' caracterizado por trabajos con estatus diferentes, precarios o inestables, salarios bajos, malas condiciones de trabajo, baja calificación y sometidos a despidos es difícil construir un proyecto profesional homogéneo. Trayectorias caóticas no dan paso a proyectos estructurados de carreras profesionales preprogramadas y planificadas (Pérez, 2018). La autogestión supone, en definitiva, la sumisión a las necesidades de las empresas a razón de las necesidades del mercado, oculta la precariedad y las escasas posibilidades de desarrollo profesional e implica inseguridad en el empleo (Lugo y Alcántara, 2017).

En cuarto lugar, la planificación del futuro profesional incluye, en una primera fase, el empleo precario (Pérez, 2018). De esta forma se justifica la existencia del mismo y el paso provisional de todas aquellas personas con proyecto de vida laboral. Se legitima también la falta de salida del primer escalón del proyecto profesional por las características del individuo, no del sistema. Se lleva a cabo un acercamiento que culpabiliza a la víctima (Hillage y Pollard, 1998).

La empleabilidad se asocia con las características del sujeto que le permiten ir afrontando las etapas del desarrollo de una carrera profesional (Fugate et al., 2004). El problema surge en la medida en que la contratación, el mantenimiento del puesto y la posición ocupada no depende de la persona. Hay muchas dinámicas que escapan del control individual del sujeto y, por tanto, de su empleabilidad (Enríquez y Rentería, 2007). Así pues, no se puede concluir la existencia de una relación clara entre empleabilidad y empleo (Clarke y Patrickson, 2008). Los datos muestran que ser empleable no es garantía de convertirse en empleado en el tipo de trabajo deseado y con las condiciones necesarias (McQuaid y Lindsay, 2005). Sin embargo, esa relación es la base de los discursos mercantiles sobre la empleabilidad.

En conclusión, podemos decir que la empleabilidad es, desde esta perspectiva crítica, una cuestión social (Bollérot, 2001). Permite legitimar las diferencias sociales y laborales y contribuye a la reproducción social facilitando las prácticas flexibilizadoras del mercado de trabajo. Además, permite que los problemas sociales se conciban y analicen como problemas personales y no sociales (Brunet y Pastor, 2003).

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

3.2.3. El modelo bioecológico de la empleabilidad: una propuesta integradora desde la psicología

La aproximación bioecológica de la empleabilidad (Llinares-Insa, Zacarés y Córdoba, 2016) parte de la consideración de la empleabilidad como una construcción social resultado de la interacción recíproca entre un organismo humano biopsicológico activo y en desarrollo y las personas, objetos y símbolos de su ambiente externo que tienen que ver con la adquisición y mantenimiento del empleo. Así pues, esta perspectiva parte de la idea de que la empleabilidad está relacionada con la adquisición y mantenimiento del empleo, es un fenómeno socialmente construido y debe ser entendida como un proceso vinculado a la persona que se construye en su historia individual y social. Pasamos a analizar cada premisa por separado.

Premisa 1: La empleabilidad está relacionada con la adquisición y mantenimiento del empleo

La empleabilidad está relacionada con la adquisición y mantenimiento del empleo, tal y como indica el contenido de la representación social del término y múltiples definiciones del concepto (por ejemplo, Cabo, Pagán y Nieto, 2008; Campos. Rueda, Martins, Mancini, Ghiraldellu y Fumache, 2003; Clarke, 2008; McQuaid y Lindsay, 2005; Nauta et al., 2009; Rothwell y Arnold 2007; Thijssen et al., 2008). Eso hace que el empleo se convierta en función, objetivo y modo de evaluación; además de permitir que se distinga entre ser o no empleable y los grados de empleabilidad. Así pues, genera una clasificación de la persona y una posible categorización social.

Premisa 2: La empleabilidad es un fenómeno socialmente construido

La empleabilidad como construcción social requiere su inscripción en un sistema social concreto y supone que una persona no es inempleable en tanto no se le reconozca como tal. Así pues, la empleabilidad no existe en nuestra dotación genética, sino que es el producto de una regulación social y de las relaciones entre grupos sociales. Afecta al individuo de modo diferente según las condiciones coyunturales y sistemáticas y, especialmente, en función de la pertenencia a determinados grupos sociales.

La reacción social con una persona considerada inempleable conlleva la devaluación del estatus de la persona estigmatizada. Los estigmatizadores consideran que las

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

diferentes atribuciones que le hacen al estigmatizado son fruto de las características de las personas a las que se les estigmatiza y no de un conocimiento construido socialmente. Este estereotipo es interiorizado de tal forma que tiende a ser utilizado inconscientemente en la interacción social (Banaji y Greenwald, 1994).

Además, también es cierto que un factor importante de la no erradicación de la empleabilidad una vez genera la estigmatización se debe a los beneficios personales y sociales que genera. Una de ellas es la *justificación* de las desigualdades sociales. Con ella se pretende, pues, legitimar las diferencias entre clases sociales. Los teóricos del conflicto entre clases postulan que en todas las sociedades hay desigualdad social y que es la gente que detenta el poder la que tiende a estigmatizar a los que no lo poseen para justificar las diferencias sociales (Jost y Banaji, 1994). Desde este grupo de teorías se argumenta que las desigualdades sociales deben ser legitimadas si se quiere reducir el conflicto intergrupal. Para ello se intenta crear consenso en la ideología que promueve la superioridad de un grupo. Crandall (1994) expone que el sistema de justificación de esta ideología es la tendencia a responsabilizar a la persona de su propia situación y de atribuir su situación a factores controlables: cada uno ocupa un lugar social determinado en función de sus capacidades y de su esfuerzo. De esta forma se naturaliza la explicación de las desigualdades y se vuelve instrumento que legitima la discriminación.

Premisa 3: La empleabilidad debe ser entendida como un proceso vinculado a la persona que se construye en la historia individual y social

Esta premisa parte de la comprensión de la empleabilidad tomando como base el modelo bioecológico de Bronfenbrenner (Bronfenbrenner, 2005). Desde este modelo se parte de la consideración de que la empleabilidad se construye por las variables individuales, pero también relacionales. En concreto, Bronfenbrenner y Morris (1998) proponen que "*la forma, la fuerza, el contenido y la dirección*" de los procesos proximales (de la empleabilidad) varían sistemáticamente como función conjunta de, entre otras, las características de la persona que se evalúa, las características del ambiente, tanto inmediato como más remoto en el que tiene lugar el desarrollo (desde el nivel del micro- al del macrosistema) y las continuidades y cambios ocurridos en el tiempo a lo largo del curso vital, además del período histórico en el que se desarrolla la empleabilidad.

Así, la persona se convierte en el punto de partida del análisis de la empleabilidad. La persona es considerada sujeto activo e intencional como un polo de la interacción ya que construye significados, tiene intenciones, interpreta situaciones, etc.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

De la persona hay tres tipos de características que resultan interesantes (Bronfenbrenner y Morris, 2006) y que deben ser tenidos en cuenta en el análisis de la empleabilidad: a) las *fuerzas o disposiciones* como, por ejemplo, la impulsividad, la falta de interés o la timidez, la curiosidad, la tendencia a iniciar e implicarse en actividades solitarias o grupales, la disposición a diferir la gratificación en el logro de metas, etc.; b) los *recursos o elementos positivos y negativos* de carácter biopsicológico que inciden en la capacidad del sujeto para implicarse de manera efectiva en los procesos proximales como, por ejemplo, habilidades, conocimiento y experiencia, los defectos genéticos o físicos, las de enfermedad crónica, etc.; y c) las *demandas o características de la persona* que afectan al modo en que los demás reaccionan ante ella como, por ejemplo, la apariencia física, los factores sociodemográficos de edad, género y grupo étnico (estos factores no sólo son únicamente características físicas de las personas, sino que ya las sitúan en particulares nichos ecológicos que definen su lugar en la sociedad).

De todos estos elementos destacados se desprende que la empleabilidad es una competencia que es aprendida y que su desarrollo en la persona la vincula a una experiencia social concreta. La importancia del ambiente resulta, pues, clave en este proceso. Desde las teorías de la socialización se pone de manifiesto el papel determinante del proceso de socialización y la importancia de los contenidos culturales que se transmiten en él. En concreto, se afirma que en *ambientes desaventajados y desorganizados*, el impacto de los procesos proximales será mayor sobre aquellos resultados evolutivos que reflejen una *disfunción evolutiva* (Bronfenbrenner y Morris, 1998). Así, el desarrollo de la persona en ambientes aventajados y estables que transmiten contenidos acordes con los requisitos y parámetros impuestos por la estructura económica, política, socio-cultural y tecnológica tienen mayor probabilidad de aumentar la competencia funcional de la persona y, por tanto, la empleabilidad. Es por ello que, para la evaluación de la empleabilidad, resulta relevante conocer los diferentes componentes de la socialización y cómo estos inciden en su proceso de desarrollo. Así, los aspectos como la privación de oportunidades de acceso a los bienes y recursos de la comunidad, la privación cultural, las condiciones de vida pésimas y el desfase entre los objetivos y las expectativas que la sociedad exige y las posibilidades reales que ofrecen al individuo, la posición de su grupo cultural en la estructura social y de las interacciones que establece con los demás, etc. son los que definen la inempleabilidad; ésta no es, pues, una cuestión genética sino que es fruto de una relación social conflictiva (Aceña y Caparrós, 2018).

Por otra parte, la empleabilidad debe ser entendida como un proceso que se construye en la historia individual y grupal. El contexto ambiental es concebido como un conjunto de estructuras anidadas una dentro de otra que circundan a la persona de

la que se evalúa su empleabilidad (Bronfenbrenner, 1987). El concepto de empleabilidad, pues, es dinámico y su visión y evolución se concibe desde unos contextos específicos (micro, meso, exo y macrosistema) que la condicionan y a los que condiciona. En concreto, se señala que:

- La empleabilidad está mediatizada por la interacción de la persona con su contexto inmediato. Se debe atender, por ejemplo, al ajuste de la persona-puesto de trabajo, al apoyo social recibido por parte de todos los entornos en los que está inmersa la persona, se debe tener en cuenta el acceso de la persona a los recursos (poder acceder a una vivienda digna, acceso a recursos de apoyo financiero, acceso a redes de apoyo, ...), etc.
- La empleabilidad nos informa de la repercusión de la interacción de los contextos inmediatos. Así pues, por ejemplo, las circunstancias personales como el cuidado de los hijos determinan la evaluación de la empleabilidad.
- La empleabilidad debe contemplarse desde los contextos que la afectan, pero también sobre los que no puede actuar y se enmarca en un contexto social, político y laboral concreto. Las nuevas condiciones económicas del neoliberalismo y los cambios que generan en el resto de sistemas hacen que la empleabilidad sea un elemento relevante en las relaciones labores. Esto transforma las dinámicas organizacionales y cambia algunas de las aproximaciones clásicas al estudio de las organizaciones e introduce nuevas formas de carrera laboral.

Las características del marco económico, político, socio-cultural y tecnológico, con sus cambios y variaciones, alteran y modifican los requisitos y parámetros de la empleabilidad. Así se introduce la importancia de los aspectos económicos (como los nuevos modos de contratación, la dificultades de inserción laboral en el mercado reglado, las demandas del mercado laboral, inestabilidad y fragmentación del empleo, etc.), políticos (la relación del mundo del trabajo con las políticas públicas, las políticas de ocupabilidad, etc.), socio-culturales (las representaciones sociales y la cultura del trabajo que se transmiten en los medios de comunicación, el flujo de información que circula sobre la comprensión de las situaciones, la relación entre las redes sociales y el empleo, la nueva forma de concebir el empleo y todos los presupuestos teóricos sobre los que se sustentan, etc.) y tecnológico (internet, informática, cambios en los procesos de trabajo, etc.) para el análisis y la evaluación de la empleabilidad.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

4. Discusión y conclusiones

La globalización de los mercados ha generado grandes cambios en el mundo laboral (Valero, 2019). En España, el perfil de las personas que trabajan ha cambiado al igual que sus derechos laborales, la temporalidad y precariedad de los contratos (Arestis, Ferreiro y Gómez, 2020). Sin embargo, el efecto perverso de estos cambios no ha tenido las mismas consecuencias en todos los colectivos. En los grupos vulnerables, las últimas reformas laborales han tenido un efecto todavía más grabe. En este contexto resultan clave los agentes sociales que pretenden la inclusión laboral de los colectivos en riesgo de exclusión social. Sin embargo, la empleabilidad, como se ha observado en esta revisión sistemática, se ha entendido y medido de diferentes formas (Römgens, Scoupe y Beausaert, 2019). De este modo, los agentes sociales como, por ejemplo, los trabajadores de acompañamiento (PTA) de las empresas de inserción (EI), deben seguir trabajando en pro del fomento de la empleabilidad desde una única mirada. En este sentido, es necesario un análisis de la literatura sobre el tema que sistematice y ordene las orientaciones teóricas, sus bases conceptuales, sus indicadores y medidas de evaluación.

Este trabajo ofrece una revisión sistemática sobre el concepto de empleabilidad y los marcos teóricos desarrollados para su conocimiento, identificando sus beneficios y sus barreras. De esta forma, se pretende dar a conocer los distintos escenarios que envuelven a la empleabilidad y le dan sentido y significado. En esta revisión, hemos podido ofrecer el recorrido evolutivo sobre el significado de la empleabilidad. Hemos presentado el análisis de la empleabilidad desde las distintas disciplinas dotando de cientificidad, veracidad y objetividad a la representación social del término. Hemos destacado algunos estudios que hacen una propuesta fundamentada sobre el concepto de empleabilidad, como por ejemplo los modelos teóricos presentados por Álvarez-González et al. (2017), Clarke (2018), Fugate et al. (2004), McQuaid y Lindsay (2005), Thijssen y Van der Heijden (2003), Tijssen et al. (2008), Van der Heijde y Van der Heijden (2006) y que han servido de base a estudios posteriores (ver, por ejemplo, Nauta et al., 2008; Rae, 2007). Sin embargo, ninguno de estos estudios proporciona un modelo integrado que pueda dar respuesta a todos sus usos. Para dar respuesta a esta demanda surgió el Modelo Bioecológico de la Empleabilidad propuesto por Llinares-Insa, Zacarés y Córdoba (2016). Este modelo se caracterizaba por considerar la empleabilidad como una categoría histórica construida socialmente y, como tal, condicionada por factores socio-históricos e institucionales. Desde este modelo se acentúa la importancia de las producciones colectivas y compartidas que resultan de la vida en común y que le dotan de cierto dinamismo. Este enfoque parte de la importancia de los elementos socio-estructurales en la génesis del fenómeno,

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

aunque todavía da paso más, y se centra en la interacción individuo-sociedad. Considera que la empleabilidad y sus consecuencias se enmarcan dentro de la génesis de la construcción de la realidad social de la que todos somos responsables. Así pues, el conflicto fundamental que implica este concepto en el terreno del análisis social de las relaciones laborales se pone de manifiesto a través de dos grandes perspectivas teóricas: la perspectiva que incide en los factores individuales de la empleabilidad y la perspectiva socio-crítica.

Como resultado de esta revisión, podemos afirmar que el neoliberalismo utiliza el concepto de empleabilidad como clave y motor del empleo. Ante ello, surgen múltiples y variadas aproximaciones que pueden estructurarse en tres corrientes: un marco que se centra en la responsabilidad individual del individuo, otro marco que se centra en hacer una crítica de todas las premisas de la corriente anterior y, en tercer lugar, una aproximación integrativa de la empleabilidad a la que se denomina Modelo Bioecológico de la Empleabilidad (MBE). Esta última conceptualización recoge la complejidad de todos los tipos de colectivos y situaciones en las que se emplea el término. Así pues, proporciona un significado de la empleabilidad que le permite analizar la empleabilidad tanto de un joven estudiante universitario como de un adulto en una empresa de inserción social. También permite el análisis de la empleabilidad que se podría hacer desde los sindicatos o cuando se argumenta sobre los usos legitimadores del orden social, desde las políticas estatales y europeas que pretenden el aumento de la ocupabilidad, e incluso desde las concreciones empresariales sobre las demandas a los empleados, etc.

Junto a ello, en esta revisión sistemática también se ha presentado cómo la empleabilidad, bajo el halo de la objetividad que la envuelve, es la expresión de una sociedad conflictiva debido a las desigualdades sociales y laborales (Serrano, 2000; Van der Heijde y Van der Heijden, 2006). Es más, su uso no sólo fundamenta el orden social como sistema de clasificación, jerarquización y valoración de las personas, sino que es el eje central del discurso legitimador de las diferencias sociales y laborales en el neoliberalismo. En este sentido, la revisión sistemática que presentamos tiene aportaciones teóricas y prácticas que resultan relevantes para la literatura sobre el tema. Como aportaciones teóricas, dota de sistematización a todas las obras que tratan el concepto y que son un marco conceptual para la empleabilidad. Tal y como hemos comentado anteriormente, la gran producción de literatura sobre empleabilidad no se ha construido sobre un constructo con acuerdo científico sobre su significado (Thijssen et al., 2008). De hecho, algunos autores hablan de que el constructo es difuso, poco claro y no es específico. Es más, en muchas ocasiones, no se ha clarificado ni dicho significado ni se ha atendido a la justificación de los indicadores usados. Esto genera imágenes diferenciadas de la empleabilidad y no permiten

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

su comparación. Es por ello que diferentes autores de diferentes disciplinas reclaman sistematización de los marcos teóricos y algunos de ellos van más allá y hacen un llamamiento a definiciones y marcos conceptuales integrados (Peeters, Nelissen, De Cuyper, Forrier, Verbruggen y De Whitte, 2019). Junto a ello, dicha dispersión de significados tampoco contribuye a medir a todos los colectivos en igualdad de condiciones. Esto resulta pernicioso, sobre todo, a los grupos vulnerables con dificultad de acceso al empleo. En este sentido, este trabajo aporta a la práctica de inclusión social ya que permite concretar qué se entiende por empleabilidad, cómo se explica y cómo se mide. De esta forma, los agentes sociales vinculados al empleo como por ejemplo los PTA, pueden evaluar, generar y modificar itinerarios formativos para el acceso y el mantenimiento de los puestos de trabajo de los trabajadores de inserción (PTI) en similares condiciones a cualquier otro colectivo (por ejemplo, los jóvenes graduados, las personas que buscan mejorar su puesto de trabajo, etc.). También es una oportunidad para los investigadores de áreas sociales, para los políticos y para todo tipo de profesional vinculados a su evaluación y/o fomento para contribuir a la sostenibilidad de las personas y las sociedades.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

Referencias bibliográficas

ABDI, A., ESKANDARI, F. & JALALI, M. (2019): "Comparative analysis of the employability of agricultural and engineering students (the case of Kurdistan University)", *Extension and Education Journal,* nº 15(2), pp. 271-282.

ACEÑA, I. & CAPARRÓS, N. (2018): "Empleabilidad y exclusión social", *Revista Cuadernos de Trabajo Social,* nº 12(1), pp. 46-63.

AKKERMANS, J., TIMS, M., BEIJER, S. & DE CUIPER, N. (2019): "Should employers invest in employability? Examining employability as a mediator in HRM-Commitment relations", *Frontiers in Psychology*, nº 10(717), pp. 1-10.

ALTMAN, D.G. (1991): *Practical statistics for medical research*, London: Chapman & Hall.

ÁLVAREZ-GONZÁLEZ, P., LÓPEZ-MIGUENS, M.J. & CABALLERO, G. (2017): "Perceived employability in university students: developing an integrated model", *Career Development International,* nº 22(3), pp. 280-299. doi: 10.1108/CDI-08-2016-0135.

ANDREWS, J. & HIGSON, H. (2008): "Graduate employability, 'soft skills' versus 'hard' business knowledge: a European study", *Higher Education in Europe,* nº 33(4), pp. 411-422.

ANGUERA, M.T. (1986): "La investigación cualitativa", *Educar,* 10, 23-50.

ARESTIS, P., FERREIRO, J. & GÓMEZ, C. (2020): "Quality of employment and employment protection. Effects of employment protection on temporary and permanent employment", *Structural Change and Economic Dynamics,* nº 53, pp. 180-188. doi: 0.1016/j.strueco.2020.02.008

ARROW, K. (1972): *Higher education as a filter. Technological report*, USA: University of Stanford.

ARTESS, J., HOOLEY, T. & MELLORS-BOURNE, R. (2017): *Employability: A Review of the Literature 2012-2016*, York: Higher Education Academy.

ASHFORD, S.J. & TAYLOR, M.S. (1990): "Adaptation to work transitions: An integrative approach", *Research in Personnel and Human Resources Management*, nº 8, pp. 1-39.

ATKINS, M.J. (1999): "Oven-ready and self-basting: taking stock of employability skills", *Teaching in Higher Education*, nº 4(2), pp. 267-280.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

ATTARWALA, A. & BALASUBRAMANIAM, C.S. (2019): *Enterprise development and employability enhancement: A case study on Corporate Social Responsibility Projects by Kohinoor Technical Institute*, Mumbai. Thirteenth Biennial Conference on Entrepreneurship/ Edited by Sasi Misra, Sunil Shukla, Ganapathi Batthini

BAGSHAW, M. (1997): "Employability-Creating a contract of mutual", *Industrial and Commercial raining*, nº 29(6), pp. 187-189. doi:10.1108/00197859710177468

BALTANÁS, J. (1999): *Empleabilidad: Estrategia compartida,* Colección RRHH. Ranstad trabajo temporal.

BANAJI, M. & GREENWALD, A.G. (1994): "Implicit stereotyping and prejudice". En *Ontario symposium on personality and social psychology* (Eds. ZANNA, M.P. & OLSON, J.M.), Vol. 7. The psychology of prejudice: The Ontario symposium, Vol. 7, Lawrence Erlbaum Associates, Inc, pp. 55–76.

BARUCH, Y. (2001): "Employability: A substitute for loyalty?", *Human Resource Development International,* nº 4(4), pp. 543-566.

BATES, L., HAYES, H., WALKER, S. & MARCHESI, K. (2018): "From employability to employment: A professional skills development course in a three-year bachelor program", *International Journal of Work-Integrated Learning*, nº 19(4), pp. 413-423.

BEDFORD, S. & BELL, K. (2019): "Curriculum transformation for graduate connectedness and employability: perspectives from the University of Wollongong". En *Higher Education and the Future of Graduate Employability* (ANGUERA, M.T. (1986): "La investigación cualitativa"), Massachusets, USA: Eduard Elgar Publishing, pp. 160-180. doi: 10.4337/9781788972611

BELT, V. & RICHARDSON, R. (2005): "Social Labour, Employability and Social Exclusion: Pre-employment Training for Call Centre Work", *Urban Studies*, nº 42(2), pp. 257-270.

BELWAL, R. PRIYADARSHI, P. & AL FAZARI, M.H. (2016): "Graduate attributes and employability skills. Graduates' perspectives on employers' expectations in Oman", *International Journal of Educational Management*, nº 31(6), pp. 814-827. DOI: 10.1108/IJEM-05-2016-0122

BERNAD, J.C., MARTÍNEZ, I. & MOLPECERES, M.A. (2011): "Trabajo, precariedad y ciudadanía. Las políticas sociolaborales en el contexto del desmantelamiento de la sociedad salarial". En *Trabajo, empleabilidad y vulnerabilidad social.* (CÓRDOBA, A.I. & MARTÍNEZ, I.), Universitat de València, 23-59.

BERNSTROM, V.H., DRANGE, I. & MARMELUND, S.E. (2019): "Employability as an alternative to job security", *Personnel Review*, nº 48 (1), pp. 234-248. doi: 10.1108/PR-09-2017-0279

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

BERNTSON, E., SVERKE, M. & MARKLUND, S. (2006): "Predicting perceived employability: Human capital or labour market opportunities?", *Economic and Industrial Democracy*, nº 27, pp. 223-244.

BHARATHI, A.V. (2016): "Communication skills-core of employability skills: Issues and concerns", *Higher Learning Research Communications*, nº 6(4), pp. 5. Recuperado de https://scholarworks.waldenu.edu/hlrc/vol6/iss4/5/
DOI: 10.18870/hlrc.v6i4.358

BLOCH, S. & BATES, T. (1995): *Employability. Your Way to Career Success*, London: Kogan Page.

BOLLÉROT, P. (2001): "Two actors of employability: The employer and the worker". En *Employability: From theory to practice* (Eds. WEINERT, P. , BAUKENS, M., BOLLÉROT, P., PINESCHI-GAPÀNNE, M. & WALWEI, U.), New Brunswick, London: Transaction Publishers, pp. 3-23.

BONFIGLIOLI, E., MOIR, L. & AMBROSINI, M. (2006): "Developing the wider role of business in society: The experience of Microsoft in developing training and supporting employability", *Corporate Governance,* nº 6(4), pp. 401- 408.

BOURDIEU, P. & PASSERON, J.C. (1977): *La reproducción*, Barcelona: Laia.

BRIDGES, W. (1994): *Job Shift*, Addison-Wesley, Reading, MA.

BRONFENBRENNER, U. & MORRIS, P. (1998): "The ecology of developmental process". En *Handbook of child psychology: Vol.1. Theoretical models of human development* (DAMON, W. (Series Ed.) & LERNER, R.M. (Vol. Ed.)), New York: Wiley, 5th ed., pp. 993-1028.

BRONFENBRENNER, U. & MORRIS, P. (2006): "The bioecological model of human development". En *Handbook of child psychology: Vol.1. Theoretical models of human development* (DAMON, W. (Series Ed.) & LERNER, R.M. (Vol. Ed.)), New York: Wiley, 6th ed., pp. 793-828.

BRONFENBRENNER, U. (1987): *La ecología del desarrollo humano. Experimentos en entornos naturales y diseñados,* Barcelona: Paidós.

BRONFENBRENNER, U. (Ed.) (2005): *Making human beings human: Bioecological perspectives on human development*, Thousand Oaks, CA: Sage.

BROWN, P. & HESKETH, A. (2004): *The mismanagement of talent. Employability and jobs in the knowledge economy,* New York: Oxford University Press.

BROWN, P., HESKETH, A. & WILLIAMS, S. (2003): "Employability in a knowledge-driven economy", *Journal of Education and Work*, nº 16(2), 107-126.
DOI: 10.1080/1363908032000070648

BRUNET, I. & PASTOR, M.I. (2002): "Formación, empleabilidad y desigualdades sociales", *Témpora: Revista de Historia y Sociología de la Educación*, nº 5, pp. 15-60.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

BUDZYNSKI-SEYMOUR, E., CONWAY, R., WADE, M., LUCAS, A., JONES, M., MANN, S. & STEELE, J. (2020): "Physical activity, mental and personal well-being, social isolation, and perceptions of academic attainment and employability in University students: The Scottish and British Active Students Survey", *Journal of Physical Activity and Health*, nº 5, pp. 1-11. doi: 10.1123/jpah.2019-0431.

BUTTERWICK, S. & BENJAMIN, A. (2006): "The road to employability through personal development: a critical analysis of the silences and ambiguities of the British Columbia (Canada) life skills curriculum", *International Journal of Lifelong Education*, nº 25(1), pp. 75-86. DOI: 10.1080/02601370500309543

CABALLERO, G., VÁZQUEZ, X.H. & QUINTÁS, M.A. (2015): "Improving employability through stakeholders in European higher education: the case of Spain", *Long Range Planning,* nº 48(6), pp. 398-411.

CABO, A., PAGÁN, E. & NIETO, J.G. (2008): "Cuestionario sociométrico de la empleabilidad", *Territorio y Políticas Sociales*, nº 16. Burjassot: Valencia Consorcio Pactem Nord.

CAMPOS RÍOS, G. (2002): *Un modelo de empleabilidad basado en resistencias. El caso del mercado de trabajo en Puebla*, Universidad Autónoma Metropolitana. Doctorado en Estudios Sociales. Disponible en http://www.eumed.net

CAMPOS RÍOS, G. (2003): **"**Implicancias del concepto de empleabilidad en la reforma educativa", *Revista Iberoamericana de educación*, Madrid. OEI. Recuperado de www.campos_oei.org/revista/edu_tra2.htlm

CAMPOS, K.C.L., RUEDA, F.J.M., MARTINS, L.J., MANCINI, C.C., GHIRALDELLI, C. & FUMACHE, R.D. (2003): "Conceito de empregabilidade na visão de alunos de psicologia", *Anais do III Congresso Norte-Nordeste de Psicologia*, João Pessoa, 422-423.

CARRIERI, A. & SARSUR, A. (2002): "Percurso semántico do tema empregabilidade: Um estudo de caso em uma empresa de telefonía", *Revista de Administração Contemporânea*, nº 8, pp. 129-150.

CASCIO, W.F. (1993): "Downsizing: what do we know, what have we learned?", *Academy of Management Executive*, Vol. 7, nº 1, pp. 95-104.

CASTEL, R. (2000): *Les metamorphoses de la question sociale*, Konstanz: Universitätsverlag.

CASTILLO, A. (1999): *Estado del arte en la enseñanza del emprendimiento*, Programa Emprendedores como creadores de riqueza y desarrollo regional INTEC Chile. <http://www.finam.cl/contenidos/aliciacastilloholley/estado_arte_emprendimiento.pdf>.

CIESIELKIEWICZ, M. (2019): "Education for employability: the ePortfolio from school principals' perspective", *On The Horizon*, nº 27(1), pp. 46-56. DOI: 10.1108/OTH-01-2019-0001

CLARKE, M. & PATRICKSON, M. (2008): "The new covenant of employability", *Employee Relations,* nº 30(2), pp. 121-141.

CLARKE, M. (2008): "Understanding and managing employability in changing career contexts", *Journal of European Industrial Training*, nº 32(4), pp. 258-284.

CLARKE, M. (2013): "The organizational career: not dead but in need of redefinition", *International Journal of Human Resource Management*, nº 24(4), pp. 684-703.

CLARKE, M. (2018): "Rethinking graduate employability: The role of capital, individual attributes and context", *Studies in Higher Education*, nº 43(11), pp. 1923-1937.

CONCHADO PEIRÓ, A. & CAROT SIERRA, J.M. (2013): "Puntos fuertes y débiles en la formación por competencias según los graduados universitarios españoles", *REDU. Revista de Docencia Universitaria*, nº 11(1), pp. 429-446. doi:10.4995/redu.2013.5608

CRANDALL, C.S. (1994): "Prejudice against fat people: Ideology and self-interest", *Journal of Personality and Social Psychology,* nº 66(5), pp. 882–894. https://doi.org/10.1037/0022-3514.66.5.882

CURRIE, G. (2006): "New careers for old? Organizational and individual responses to changing boundaries", *The International Journal of Human Resource Management,* nº 17(4), pp. 755-774. doi: 10.1080/09585190600581733

DACRE, P.L., QUALTER, P. & SEWELL, P.J. (2014): "Exploring the factor structure of the career EDG employability development profile", *Education+Training*, nº 56(4), pp. 303-313.

DANIELS, J., D'ANDREA, M. & GAUGHEN, K.J.S. (1998): "Testing the validity and reliability of the Perceived Employability Scale (PES) among a culturally diverse population", *Journal of Employment Counseling*, nº 35(3), pp. 114-123.

DAVIS, C., BATY, B.J., HIPPMAN, C., TREPANIER, A. & ERBY, L. (2019): "Genetic counselors with advanced skills: II. A new career trajectory framework", *Journal of Genetic Counseling*, nº 0, pp. 1-15. doi. 10.1002/jgc4.1204

DE LARA, K.C. & ANDRADE, F. (2008): "Empregabilidade: Construçao de uma escala", *Psico-USF,* nº 13(2), pp. 189-201.

DUCCI, M.A. (1998): "La formación al servicio de la empleabilidad", *Boletín Cinterfor: Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional*, nº 142, pp. 7-23.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

EBUENYI, I.D., GUXENS, M., OMBATI, E., BUNDERS-AELEN, J.F.G. & REGEER, B.J. (2019): "Employability of perons with mental disability: Understanding lived experiences in Kenya", *Frontiers in Psychiatry*, nº 10(539), pp. 1-13.

ELLIG, B.R. (1998): "Employment and employability: Foundation of the new social contract", *Human Resource Management*, nº 37(2), pp. 173-175.

ENRÍQUEZ, A. & RENTERÍA, E. (2007): "Estrategias de aprendizaje para la empleabilidad en el mercado de trabajo de profesionales recién egresados", *Universitas Psychologica*, nº 6, pp. 89-103.

ESPINOZA, O., GONZÁLEZ, L.E., MCGINN, N., SANDOVAL, L. & CASTILLO, D. (2020): "Should universities train teachers for employability or for effectiveness?", *Teaching and Teacher Education,* nº 88*,* pp. 102960.

FAHIMIRAD, M., NAIR, P.K., KOTAMJANI, S.S., MAHDINEZHAD, M. & FENGF, J.B. (2019): "Integration and development of employability skills into Malaysian Higher Education context: Review of the literature", *International Journal of Higher Education*, nº 8(6), pp. 26-35.

FAULKNER, P.E., BEGUM, S. & ENGLISH, C.W. (2019): "How Bangladesh Is Increasing the Employability of Females With Technical Training Programs". In *Gender Issues in Technical and Vocational Education Programs* (Ed. BALA, S. & SINGHAL, P.), IGI Global, pp. 158-182.
DOI:10.4018/978-1-5225-8443-8.ch008

FERNS, S., DAWSON, V. & HOWITT, C. (2019): "A collaborative framework for enhancing graduate employability", *International Journal of Work-Integrated Learning*, nº 20(2), pp. 99-111.

FERREIRA, I., URRÚTIA, G. & ALONSO-COELLO, P. (2011): "Revisiones sistemáticas y metaanálisis: bases conceptuales e interpretación", *Revista Española de Cardiología,* nº 64(8), pp. 688-696.

FINCH, D.J., PEACOCK, M., LEVALLET, N. & FOSTER, W. (2015): "A dynamic capabilities view of employability. Exploring the drivers of competitive advantage for university graduates", *Education +Training*, nº 58(1), pp. 61-81. DOI: 10.1108/ET-02-2015-0013

FINN, D. (2000): "From full employment to employability: a new deal for Britain's unemployed?", *International Journal of Manpower*, nº 21(5), pp. 384-399.

FORMICHELLA, M.M. & LONDON, S. (2005): *Reflexiones acerca de la noción de empleabilidad*. Anales, Trabajo presentado en las reuniones de la AAEP. Buenos Aires Argentina: Recuperado de http://www.aaep.org.ar/espa/anales/works05/formichella_london.pdf

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

FORRIER, A. & SELS, L. (2003): "The concept of employability: a complex mosaic", *International Journal of Human Resources Development and Management*, nº 3(2), pp. 102-124.

FOX, D.J. (1981): *El proceso de investigación en educación*, Pamplona: EUNSA.

FUGATE, M. & KINICKI, A.J. (2008): "A dispositional approach to employability: Development of a measure and test of implications for employee reactions to organizational change", *Journal of Occupational and Organizational Psychology,* nº 81(3), pp. 503-527.

FUGATE, M., KINICKI, A.J. & ASHFORTH, B.E. (2004): "Employability: a psycho-social construct, its dimensions, and applications", *Journal of Vocational Behavior*, nº 65(1), pp. 14-38.

FUSTER, J. (1999): *Empleabilidad: la capacidad de una persona*. Disponible en: http://www.fundipe.es.

GAMBOA, J.P., GRACIA, F.J., RIPOLL, P. & PEIRÓ, J.M. (2007): *La empleabilidad y la iniciativa personal como antecedentes de la satisfacción laboral*. Disponible en: https://web2011.ivie.es/downloads/docs/wpasec/wpasec-2007-01.pdf

GARZSO, A. (2007): "Balancing expectations for employability and family responsibilities while on social assistance: Low-income mothers' experiences in three Canadian provinces", *Family Relations*, nº 56(5), pp. 454-466.

GAZIER, B. (1998): "Observations and recommendations". En *Employability- Concepts and policies* (Ed. GAZIER, B.), Berlin: European Employment Observatory, pp. 298-315.

GAZIER, B. (2001): "Employability: The complexity of a policy notion". En *Employability: From theory to practice* (Eds. WEINERT, P., BAUKENS, M., BOLLÉROT, P., PINESCHI-GAPÀNNE, M. & WALWEI, U.), New Brunswick, London: Transaction Publishers, pp. 3-23.

GÓMEZ-TORRES, M.J., RODRÍGUEZ-SANTERO, J. & GIL-FLORES, J. (2019): "Job-search strategies of individuals at risk of poverty and social exclusion in Spain", *Plos One,* nº 14(1), pp. 1-13. DOI: 10.1371/journal.pone.0210605

GORDON, D.M., EDWARS, R. & REICH, M. (1982): *Segmented work, divided workers: The historical transformation of labor in the United States*, New York: Cambridge University Press.

GRIP, A., VAN LOO, J. & SANDERS, J. (1999): *Employability in action: An industry employability index. Skope Research paper*, nº 5. Recuperado de http://ora.ox.ac.uk/objects/uuid%3Ac546634d-f562-4971-ad56-0115e5065f00/datastreams/ATTACHMENT01

HALL, D.T. (2002): *Careers in and out of organizations*, Thousand Oaks: Sage.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

HARVEY, L. (2001): "Defining and measuring employability", *Quality in Higher Education*, nº 7(2), pp. 97-109.

HAZELZET, E., PICCO, E., HOUKES, I., BOSMA, H. & DE RIJK, A. (2019): "Effectiveness of interventions to promote sustainable employability: A systematic review", *International Journal of Environmental Rearch and Public Health*, nº 16, doi:10.3390/ijerph16111985

HILLAGE, J. & POLLARD, E. (1998): "Employability: Developing a framework for policy analysis", *EfEE Research Brie.ng,* nº 85. Institute for Employment Studies. Disponible en http://www.dfes.gov.uk/research/programmeofresearch/projectinformation.cfm?projectid=12855yresultspage=1.

HIND, P. (2005): "Making room for career change", *Career Development International*, nº 10(4), pp. 268- 74.

HIRATA, H. (1997): Os mundos do trabalho. En *Empregabilidade e Educação. Novos caminhos no mundo do trabalho* (Orgs. CASALI, A. RIOS, I., TEIXEIRA, J.E. & CORTELLA, Y.M.S.), São Paulo: EDUC– RHODIA, pp. 23-42.

INKSON, K., GUNZ, H., GANESH, S. & ROPER, J. (2012): "Boundaryless careers: bringing back boundaries", *Organization Studies*, nº 33(3), pp. 323-340. doi: 10.1177/0170840611435600

JOST, J.T. & BANAJI, M.R. (1994): "The role of stereotyping in system-justification and the production of false consciousness", *British Journal of Social Psychology,* nº *33*(1), pp. 1-27. doi: 10.1111/j.2044-8309.1994.tb01008.x

KANFER, R., WANBERG, C.R. & KANTROWITZ, T.M. (2001): "Job search and employment: A personality-motivational analysis and meta-analytic review", *Journal of Applied Psychology,* nº 86, pp. 837-855.

KEELEY, B. (2007): *Capital humano: Cómo influye en su vida lo que usted sabe*, París: OCDE.

KENDALL, A. & FRENCH, A. (2018): "Re-thinking employability with a literacies lens. From skills to practices, from tool-kits to ethnography", *Higher Education, Skills and Work-Based Learning*, nº 8(2), pp. 164-178. doi: 10.1108/HESWBL-09-2017-0055

KENNEDY, M.M. (2007): "Defining a literature", *Educational Researcher*, nº 36(3), pp. 139-147.

KITTISAK, J., THANAPORN, S. & PARINYA, S. (2019): "Empirical framework to understand the antecedents of work engagement and employability in the Thai Universities", *International Journal of Psychosocial Rehabilitation,* nº 23(4), pp. 837-852.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

KOE, WL. (2019): "Individual Entrepreneurial Orientation and Perceived Employability Among University Graduates". En *Proceedings of the Regional Conference on Science, Technology and Social Sciences* (Eds. MOHAMAD NOOR, M., AHMAD, B., ISMAIL, M., HASHIM H. & ABDULLAH BAHARUM, M.), Springer, Singapore, (RCSTSS 2016).

KOLOBA, H.A. (2017): "Perceived employability of university students in South Africa. Is it related to employability skills?", *International Journal of Social Sciences and Humanity Studies*, nº 9(1), pp. 73-90.

KOVALENKO, M. & MORTELMANS, D. (2016): "Contextualizing employability. Do boundaries of self-directedness vary in different labor market groups?", *Career Development International*, nº 21(5), pp. 498-517.
DOI: 10.1108/CDI-01-2016-0012

KRIPPENDORFF, K. (1990): *Metodología del análisis de contenido. Teoría y práctica*, Barcelona: Paidós.

KRIPPENDORFF, K. (2013): *Content analysis: an introduction to its methodology*, Los Angeles / London: Sage.

LEGGE, K. (2005): *Human Resource Management: Rhetorics and realities*, New York: Palgrave Macmillan.

LISBONA, A., PALACÍ, F.J. & MORIANO, J.A. (2002): "La empleabilidad como estrategia de integración y desarrollo". En *La persona en la empresa. Iniciativas de integración y desarrollo* (PALACÍ, F.J. & TOPA, G.), Madrid: UNED, pp. 137-150.

LLINARES, L.I., CÓRDOBA, A.I. & ZACARÉS, J.J. (2011): "La medida de la empleabilidad desde las Empresas de Inserción Social". En *Trabajo, empleabilidad y vulnerabilidad social: condicionantes y potencialidades de la integración a través de las Empresas de Inserción Social* (CÓRDOBA, A.I. & MARTÍNEZ, I.), Valencia, SPUV.

LLINARES INSA, L.I., ZACARÉS GONZÁLEZ, J.J. & CÓRDOBA IÑESTA, A.I. (2016): "Discussing employability: current perspectives and key elements form a bioecological model", *Employee Relations*, nº 38(6), pp. 961-974.

LLINARES INSA, L.I., GONZÁLEZ NAVARRO, P., ZACARÉS, J.J. & CÓRDOBA IÑESTA, A.I. (2018): "Employability Appraisal Scale (EAS): Development and Validation in a Spanish Sample", *Frontiers In Psychology. Section Organizational Psychology,* 9, nº 1437, pp. 1-11.
DOI: https://doi.org/10.3389/fpsyg.2018.01437

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

LUGO, M. & ALCÁNTARA, L. (2017): "Herramientas en la autogestión sostenible para la empleabilidad", *Congreso Internacional de Pedagogía Social. Pedagogía social y Desarrollo Humano. XXX Seminario Interuniversitario de Pedagogía Social*, 8-10 de noviembre de 2017.

MÄKIKANGAS, A., DE CUYPER, N., MAUNO, S. & KINNUNEN, U. (2013): "A longitudinal person-centred vie won perceived employability: The role of job insecurity", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, nº 22(4), pp. 490-503. DOI: 10.1080/1359432X.2012.665230

MARTÍN, M. & SPINOZA, A.A. (2005): "Del empleo a la empleabilidad, de la educación a la educabilidad. Mutaciones conceptuales e individualización de los conflictos sociales", *Séptimo Congreso de Especialista en Estudios del Trabajo*, Buenos Aires, 10-12 de agosto.

MARTÍNEZ CERDÁ, J.F. & TORRENT SELLENS, J. (2017): "Formal lifelong E-learning for employabiliy and job stability during turbulent times in Spain", *International Review of Research in Open and Distributed Learning,* nº 18(6), pp. 261-287.

MARTÍNEZ CERDÁ, J.F., TORRENT SELLENS, J., GONZÁLEZ GONZÁLEZ, I. & FICAPAL CUSÍ, P. (2018): "Opening the black-box in lifelong e-learning for employability: A framework for a socio-tecnical e-learning employability system of measurement (STELEM)", *Sustainability*, nº 10(1014), pp. 1-27. DOI:10.3390/su10041014

MCARDLE, S., WATERS, L., BRISCOE, J.P. & HALL, D.T.T. (2007): "Employability during unemployment: adaptability, career identity and human and social capital", *Journal of Vocational Behavior*, nº 71(2), pp. 247-264.

MCQUAID, R., GREEN, A. & DANSON, M. (2005): "Introducing employability", *Urban Studies,* nº 42(2), pp. 191-195.

MCQUAID, R.W. & LINDSAY, C. (2005): "The concept of employability", *Urban Studies,* nº 42(2), pp. 197-219.

MIDTSUNDSTAD, T. (2019): "A review of the research literature on adult learning and employability", *European Journal of Education*, nº 54, pp. 13-29. DOI: 10.1111/ejed.12321

MOHAMAD, M., JAMALUDIN, H., ZAWAEI, A.A. & WAN HANAFI, W.N. (2018): "Determinants influencing employability skills: Undergraduate perception", *Global Business and Management Research: An International Journal,* nº 10(3), pp. 568-578.

MONTAÑANA, J. (2005): *Educar las competencias como herramienta de empleabilidad*. Consultado el 14 de octubre de 2011 en: http://www.educaweb.com/educa.news/interface/asp/web/noticiesmostrar.asp?noticiaid=341yseccioid=539

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

MORELAND, N. (2006): *Entrepreneurship and higher education: An employability perspective*, Heslington, York: Enhancing Student Employability Co-ordination Team, ESECT.

MORENO, M.P., SANTOS, J.A., RAMOS, L.A., SANZ, D., FUENTES, J.P. & DEL VILLAR, F. (2002): "Aplicación de un sistema de codificación para el análisis de contenido de la conducta verbal del entrenador de voleibol", *Revista Motricidad,* 9, 119-140.

MORRISON, E.W. & ROBINSON, S.L. (1997): "When employees feel betrayed: a model of how psychological contract violation develops", *The Academy of Management Review*, nº 22(1), pp. 226-256.

MUÑIZ, L. (2012): "Carreras y trayectorias laborales: Una revisión crítica de las principales aproximaciones teórico-metodológicas para su abordaje", *Revista Latinoamericana de Metodología de las Ciencias Sociales,* nº 2(1), pp. 36-65.

NALAWADE, R.K., MORE, D.K. & BHOLA, S.S. (2019): "Employability skills required for functional areas of management", *The IUP Journal of Soft Skills*, nº XIII(1), pp. 20-44.

NAUTA, A., VAN VIANEN, A., VAN DEL HEIJDEN, B., VAN DAM, K. & WILLEMSEN, M. (2009): "Understanding the factors that promote employability orientation: The impact of employability culture, career satisfaction, and role breadth self-efficacy", *Journal of Occupational and Organizational Psychology*, nº 82, pp. 233-251. DOI: 10.1348/096317908X320147

NISHA, S. & RAJASEKARAN, V. (2018): "Employability skills: A review", *The IUP Journal of Soft Skills,* nº XII(1), pp. 29-37.

OLSSEN, M. & PETERS, M.A. (2005): "Neoliberalism, higher education and the knowledge economy: from the free market to knowledge capitalism", *Journal of Education Policy,* 20(3), 313-345. DOI: 10.1080/0268093050018718

ORELLANA, N. (2018): "Consideraciones sobre empleabilidad en educación superior", *Calidad en la Educación,* nº 48, pp. 273-291.

PEETERS, E., NELISSEN, J., DE CUYPER, N., FORRIER, A., VERBRUGGEN, M. & DE WITTE, H. (2019): "Employability Capital: A Conceptual Framework Tested Through Expert Analysis", *Journal of Career Development,* nº 46(2), pp. 79–93.

PEIRÓ, J.M. & YEVES, J. (2017): *Análisis de la empleabilidad, sus antecedentes y Consecuencias*, Atti del convegno "Work in progress" for a better quality of life. DOI: 10.1285/9788883051289p23

PÉREZ, F. (Dir.) (2018): *Itinerarios de inserción laboral y factores determinantes de la empleabilidad. Formación universitaria vs entorno*, Bilbao: Fundación BBVA.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

PÉREZ, P. (2005): "Sobreeducación, desclasamiento y la compleja relación entre educación y empleo". En *Anales del V Encuentro Internacional de Economía,* Buenos Aires: Editorial CIEC, 63-65.

PETER, J. & GÓMEZ, S.J. (2019): "Skill building for employability", *The IUP Journal of Soft Skills,* nº XII(3), pp. 42-55.

PHILIPPAERS, K., DE CUIPER, N. & FORRIER, A. (2019): "Employability and performance. The role of perceived control and affective organizational commitment", *Personnel Review*, nº 48(5), pp. 1299-1317.
DOI: 10.1108/PR-04-2017-0098

PIORE, M.J. (1995): *Beyond Individualism*, Cambridge, Harvard University Press.

PITAN O.S. & MULLER, C. (2019): "University reputation and undergraduates' self-perceived employability: mediating influence of experiential learning activities", *Higher Education Research & Development*, nº 38(6), pp. 1269-1284.
DOI: 10.1080/07294360.2019.1634678

PRIETO, C. (1999): "Crisis del empleo, ¿crisis del orden social?" En *Las relaciones de empleo en España* (Eds. MIGUÉLEZ, F. & PRIETO, C.), Madrid: Siglo XXI.

RAE, D. (2007): "Connecting enterprise and graduate employability", *Education+Training*, nº 49(8/9), pp. 605-619.

RAJAN, A. (2000): *Employability: Bringing the gap between rhetoric and reality: First Report: Employers' perspective*, Centre for Research in Employment & Tech in Europe.

RAJAN, A., VAN EUPEN, P., CHAPPLE, K. & LANE, D. (2000): *Employability: Bridging the Gap between Rhetoric and Reality, First Report: Employer's Perspective*, Create Consultancy/Professional Development Foundation, London.

RAMOS, J. (Dir.) (2010): *El empleo y la dimensión social en la estrategia UE-2020*, Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración. Subdirección General de Publicaciones.

RÄTY, H., KOMULAINEN, K., HARVORSÉN, C., NIEMINEN, A. & KORHONEN, M. (2018): "University students' perceptions of their 'ability selves' and employability: a pilot study", *Nordic Journal of Studies in Educational Policy,* nº 4(2), pp. 107-115. DOI: 10.1080/20020317.2018.1453221

REID, J. (2015): "Redefining "Employability" as something to be achieved. Utilizing Tronto's conceptual framework of care to refocus the debate", *Higher Education, Skills and Work-Based Learning*, nº 6(1), pp. 55-68.
doi: 10.1108/HESWBL-02-2015-0005

RENTERÍA, E. (2005): "Empleabilidad: Una lectura psicosocial", *Revista de Estudios del Trabajo en Colombia*, nº 1(1), pp. 1-14.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

RENTERÍA-PÉREZ, E. & MALVEZZI, S. (2008): "Empleabilidad, cambios y exigencias psicosociales en el trabajo", *Universitas Psychologica*, nº 2(2), pp. 319-334.

RIQUELME, G.R. & RAZQUIN, P. (1999): "Mercado de trabajo y educación: el papel de la educación en el acceso al empleo", *Revista de Ciencias Sociales*, nº 12(16), pp. 1-24.

RÖMGENS, I., SCOUPE, R. & BEAUSAERT, S. (2019): "Unraveling the concept of employability, bringing together research on employability in higher education and the workplace", *Studies in Higher Education.*
DOI: 10.1080/03075079.2019.1623770

ROTHWELL, A. & ARNOLD, J. (2007): "Self-perceived employability: Development and validation of a scale", *Personnel Review,* nº 36(1), pp. 23–41.

ROTHWELL, A., HERBERT, I. & ROTHWELL, F. (2008): "Self-perceived employability: construction and initial validation of a scale for university students", *Journal of Vocational Behavior*, nº 73(1), pp. 1-12.

ROUSSEAU, D.M. (1995): *Psychological Contracts in Organizations: Understanding Written and Unwritten Agreements*, Sage Publications, Thousand Oaks, CA.

ROZALÍA, M., BLAGA, P. & MATIS, C. (2019): "Supporting employability by a skills assessment innovative tool-sustainable transnational insights from employers", *Sustainability*, nº 11(12), pp. 3360. Doi: 10.3390/su11123360

SABIN, C. & HANSVICK, C.L. (1999): "Applicant age as a subjective employability factor: A study workers over and under age fifty2", *Journal of Employment Counseling*, nº 36(1), pp. 24-34.

SALANOVA, M. & LLORENS, S. (2006): "Desarrollando la empleabilidad de los Recursos Humanos: un reto de nuestro tiempo", *Estudios Financieros*, nº 227, pp. 225-240.

SALOGNON, M. (2007): "Reorienting companies' hiring behaviour: an innovative 'back-to-work' method in France", *Work, employment y society*, nº 21, pp. 713-730. doi: 0.1177/0950017007082878

SANTANA, L.E., ALONSO, E. & FELICIANO, L. (2016): "Trayectorias laborales y competencias de empleabilidad de jóvenes nacionales e inmigrantes en riesgo de exclusión social", *Revista Complutense de Educación,* nº 29(2), pp. 355-369.

SARMENTO, M., FERREIRA, M., AMORIM, M., MADALENO, M. & PIMENTEL, C. (2019): "Transversal competences towards employability in female students". En *Handbook of Research on Women in Management and the Global Labor Market* (Eds. PEREIRA, E.T. & PAOLONI, P.), Pennsylvania, USA: IGi Global, pp. 63-90.

SCHEIBELHOFER, E. & TÄUBIG, V. (2019): "Beyond employability: refugees working lives", *Identities,* nº 26(3), pp. 261-269.
DOI: 10.1080/1070289X.2019.1590027

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

SENNET, R. (2010): *L'uomo flessiblile. Le consequenze del nuovo capitalismo sulla vita delle persone*, Milano: Feltrinelli.

SERRANO, M.A. (2000): "El concepto de empleabilidad en la estrategia europea de lucha contra el desempleo: Una perspectiva crítica", *Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 21, pp. 137-150. Madrid.

SHARMA, G.V. & SHIVAKUMAR, J. (2019): "Project Assignment as an Effective Method to Enhance the Communication Skills of Business Management Students", *IUP Journal of English Studies*, nº 14 (3), pp. 73-80.

SINGH, R., CHAWLA, G., AGARWAL, S. & DESAI, A. (2016): "Employability and innovation: Development of a scale", *International Journal o Innovation Science*, nº 9(1), pp. 20-37. doi: 10.1108/IJIS-10-2016-0041

SISODIA, S. & AGRAWAL, N. (2019): "Examining employability skills for healthcare services in India: A descriptive literature review", *International Journal of Service Science, Management, Engineering, and Technology,* nº 10(3), pp. 63-79. doi: 10.4018/IJSSMET.2019070105

SJOLLEMA, S. (2007): "Naar een nuieuw psychologisch contract" (Towards a new pshcological contract), *NScP Journaal*, nº 3(3), pp. 6-7.

SMITH, J., MCKNIGH, A. & NAYLOR, R. (2000): "Graduate employability: Policy and performance in higher education in the UK", *The Economic Journal,* nº 110, pp. 382-411. DOI: 10.1111/1468-0297.00546

STORME, E., DE LANNOY, A., LEIBBRANDT, M., DE BOEXK, F. & MUDIRIZA, G. (2019): *Developing a multidimensional youth employability. Index to unpack vulnerabilities in the lived realities of youth in Post-apartheid South Africa,* Cape Town: SALDRU, UCT (Working Paper Series, 255).

SUÁREZ, B. (2016): "Empleabilidad: análisis del concepto", *Revista de Investigación en Educación*, nº 14(1), pp. 67-84.

TEJAN, O.A. & SABIL, A. (2019): "Understanding employers' perception of employability skills and career development in Morocco", *International Journal of Education y Literacy Studies*, nº 7(2), pp. 134-138.
doi: 10.7575/aiac.ijels.v.7n.2p.134

TERZALORY, C. & OYEKUNLE, Y. (2019): "Career service as a measure to support employability: A comparison between the univsersity of Florence and the University of Lagos", *Andragoška spoznanja/Studies in Adult Education and Learning*, nº 25(1), pp. 89-110. doi. 10.4312/as.25.1.89-110

TEZANOS, J.F. (2001): *La sociedad dividida. Estructuras de clases y desigualdades en las sociedades tecnológicas*, Madrid: Biblioteca Nueva.

THIEME, D. (2007): "El desarrollo de competencias de empleabilidad en dos universidades chilenas: un estudio empírico", *Revista OIKOS*, nº 11(24), pp. 47-72.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

THIJSSEN, J.G.L. & VAN DER HEIJDEN, B.I.J.M. (2003): "Employability in the focus of attention. Onset to enlightening a confuse phenomenon", *Paper presented at the 7th Conference on International Human Resource Management.*

THIJSSEN, J.G.L., VAN DER HEIJDEN, B.I.J.M. & ROCCO, T.S. (2008): "Toward the Employability-Link Model: Current Employment Transition to Future Employment Perspectives", *Human Resource Development Review,* nº 7(2), pp. 165-183.

THUROW, L. (1972): "Education and Economic Inequality", *The Public Interest,* nº 28, pp. 66-81.

TOMLINSON, M. (2012): "Graduate employability: A review of conceptual and empirical themes", *Higher Education Policy*, nº 25, pp. 407-431. DOI:10.1057/hep.2011.26

TORRES, O. (2000): *Empregabilidade negociada*, São Paulo: Atlas.

URRÚTIA, G. & BONFILL, X. (2010): "Declaración PRISMA: Una propuesta para mejorar la publicación de revisiones sistemáticas y metaanálisis", *Medicina Clínica*, nº 11(9), pp. 507-511.

VALERO, I. (2019): "La transformación del trabajo en España desde los años setenta hasta hoy: una mirada generacional", *Studia Policite,* nº 47, pp. 45-71.

VAN BUREN, H.J. (2003): "Boundaryless careers and employability obligations", *Business Ethics Quarterly*, nº 13(2), pp. 131-149.

VAN DE HEIJDEN, C.M. & VAN DER HEIJDEN, B.I.J.M. (2005): "The development and psychometric evaluation of a multi-dimensional measurement instrument of employability-and the impact of aging", *International Congress Series*, nº 1280, pp. 142-147. DOI: 10.1016/j.ics.2005.02.061

VAN DER HEIJDE, C.M. & VAN DER HEIJDEN, B.I.J.M. (2006): "A Competence-based and Multidimensional Operationalization and Measurement of Employability", *Human Resource Management,* nº 45(3), pp. 449-476.

VAN DER HEIJDEN, B. & SPURK, D. (2019): "Moderating role of LMX and proactive coping in the relationship between learning value of the job and employability enhancement among academic staff employees", *Career Development International*, nº 24(2), pp. 163-186. doi: 10.1108/CDI-09-2018-0246

VARGAS, R., SÁNCHEZ-QUEIJA, M.I., ROTHWELL, A. & PARRA, A. (2018): "Self-perceived employability in Spain", *Education + Training*, nº 60(3), pp. 226-237. DOI: 10.1108/ET-03-2017-0037

WEINBERG, P. (2004): *Formación profesional, empleo y empleabilidad*. Disponible en: http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/sala/ weinberg/index.htm.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 19/06/2020

WILLIAMS, S., DODD, L.J., STEELE, C. & RANDALL, R. (2016): "A systematic review of current understandings of employability", *Journal of Education and Work*, nº 29(8), pp. 877-901. doi: 10.1080/13639080.2015.1102210

WU, Y.L. (2019): "Examining self-perceived employability among immigrant women participating in vocational training in Taiwan", *International Journal of Training and Development*, nº 23(4), pp. 313-327. doi: 10.1111/ijtd.12164

YEVES, J., BRAGSTEDE, M., CORTES, L., MERINO, C. & CAVADA, G. (2019): "Age and perceived employability as mderators of job insecurity and job satisfaction: A moderated moderation model", *Frontiers in Psychlogy*, nº 10(799), pp. 1-12.

YIZHONG, X., LIN, Z., BARANCHENKO, Y., LAU, C.K., YUKHANAEV, A. & LU, H. (2017): "Employability and job search behavior", *Employability Relations*, nº 39(2), pp. 223-239. DOI: 10.1108/ER-02-2016-0042

YORKE, M. (2006): *Employability in higher education: What it is-what it is not*, York: Higher Education Academy.

ZHIWEN, G. & VAN DER HEIJDEN, B. (2008): "Employability enhancement of business graduates in China", *Education+Training*, nº 50(4), pp. 289-304.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 19/06/2020

INDICADORES DE EMPLEABILIDAD: DE LA INCLUSIÓN AL DESARROLLO DE LAS CARRERAS LABORALES

Lucía Llinares Insa
Departamento de Psicología Social, Facultat de Psicologia
Universitat de València

Ana Isabel Córdoba Iñesta
Juan José Zacarés González
Departamento de Psicología Evolutiva y de la Educación, Facultat de Psicologia
Universitat de València

Pilar González-Navarro
IDOCAL, Universitat de València

RESUMEN
De la misma forma que la educación tiene la responsabilidad de fomentar la inserción laboral, la empleabilidad está reconocida como una competencia para el logro y mantenimiento del empleo, es por ello que, la empleabilidad es un eje central en la educación. En la Declaración de Incheon y el Objetivo 4 de Educación 2030 de Desarrollo Sostenible se destaca la importancia de las competencias básicas para hacer frente a la vulnerabilidad social y con el fin de conseguir el pleno empleo. Sin embargo, en la literatura científica sobre empleabilidad no hay acuerdo sobre los indicadores que la integran. Nuestro objetivo es delimitar qué indicadores resultan relevantes para el desarrollo de la empleabilidad. Para ello, analizamos los indicadores de empleabilidad que utilizan 30 empresas de inserción (EI) españolas para la realización de los itinerarios formativos de los trabajadores de inserción (PTI). Los resultados muestran una gran heterogeneidad de indicadores. La mayoría de ellos son características individuales, en menor medida hemos encontrado circunstancias personales y prácticamente inexistentes aparecen factores contextuales. Este artículo finaliza resaltando el vínculo formación-trabajo y la formación integral de la persona.

PALABRAS CLAVE: Empleabilidad, educación, integración social, formación para el empleo.

CLAVES ECONLIT: H53, J6, J21.

Cómo citar este artículo/How to cite this article: LLINARES INSA, L., CÓRDOBA IÑESTA, A.I., ZACARÉS GONZÁLEZ, J.J. & GONZÁLEZ-NAVARRO, P.: "Indicadores de empleabilidad: de la inclusión al desarrollo de las carreras laborales", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 36, 2020, pp. 365-387. DOI: 10.7203/CIRIEC-JUR.36.17016.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29/06/2020

EMPLOYABILITY INDICATORS: FROM INCLUSION TO CAREER DEVELOPMENT

EXPANDED ABSTRACT

The Incheon Declaration and the Objective 4 of Education 2030 of Sustainable Development (UNESCO, 2015) highlight the relevance of basic competences to face social vulnerability promoting full employment. Nevertheless, in the scientific literature on employability there is not agreement about the employability' indicators.

However, at present two of the challenges facing most countries are the fight against social exclusion and the creation of inclusive education. The Lisbon European Council emphasizes the need for education and training in Europe to generate a knowledge society and adapt to the needs of the world of work (RLCEur 2005 \ 1178, of May 24, 2005; Declaration of the Sorbonne, 1998). The challenge has been translated into a new community educational approach: skills for employment (García and Ibáñez, 2006).

Nevertheless, the notion of employability is used in many contexts and it has multiple and diverse meanings (McQuaid and Lindsay, 2005) and the lack of systematization makes it a diffuse concept (De Grip, Van Loo, and Sanders, 2004). Thus, we need to specify the employability indicators that allow identifying the skills to be trained, the learning contents, and the elements to be evaluated, especially in vulnerable groups.

Employability has been approached from two clearly differentiated perspectives (Llinares, Zacarés, and Córdoba, 2016). According to the individualistic perspective employability is an individual characteristic that must be promoted for the achievement and maintenance of the job (Finn, 2000; Formichella, and London, 2005; McQuaid and Lyndsay, 2005). However, there is no agreement on the most relevant individual characteristics to promote (Llinares et al., 2016).

Second, the critical perspective affirms that the people' qualification constitutes a social construction that is based on class hierarchies and contributes to the production and legitimation of differentiation and social exclusion. From this perspective, the idea of employability is promoted as a broader concept where individual factors, personal circumstances, and contextual factors must be considered (McQuaid and Lindsay, 2005; Llinares et al., 2016).

However, there is not clarity about employability indicators, especially in vulnerable groups. An example is provided by the Worker Insertion Social Enterprises (WISE) (FAEDEI-AERES, 2014), companies that prepare vulnerable people to access to ordinary employment in Spain (L44 / 2007, of December 13, RCL 2007 \ 2249).

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 29/06/2020

The WISEs use evaluation tools to collect information from the insertion worker to improve its employability. We analyzed The Instrument for the Analysis of Employability Indicators (IPAIE) (Llinares, Córdoba, and Zacarés, 2011) to analyze these tools. Nevertheless, in different previous investigations (e.g. Córdoba, Llinares, and Zacarés, 2013; Llinares, Córdoba, and Zacarés, 2012) it is observed that, although it includes a large number of indicators, it is a limited instrument to collect the wide variety of relevant employability indicators.

Our goal is to delimitate which dimensions are relevant to the employability' development. Therefore, we analyze the employability' indicators used by Spanish Work Integration Social Enterprises (WISE) to design the training itineraries of the insertion workers.

In order to define the indicators to measure employability, we analyzed the assessment instruments used by WISE. We collected all instruments used by 30 WISE, with a total of 220 instruments. We used the IPAIE that compiles the indicators into three broad categories (McQuaid and Lindsay, 2005): 1) Individual factors, referred to the worker. 2) Personal circumstances, referred to family responsibilities, access to resources. 3) External factors: determining factors of the socioeconomic environment related to the labor market (Córdoba et al., 2013).

In order to identify the employability indicators for vulnerable people, and specifically in WISE, we classified the elements that evaluated employability according the IPAIE. Seven specialists linked to the area of social exclusion carried out the categorization and three of them analyzed the agreement index. Subsequently, we analyzed the presence or absence of the elements in each category. When the elements of the employability did not apply to any category we placed it in the 'Other' section in order to detect those specific parameters of the vulnerable groups. We analyzed it using frequencies and percentages.

Results showed a great heterogeneity of indicators, although they were mainly focused on individual dimensions (skills and personal attributes) (89.70%); very rarely on personal circumstances (access to resources, family responsibilities) (9.66%); and very few contextual factors (0.64%).

Analyzing the open category of 'Others', employability in vulnerable groups is conceived as a competence and / or ability of the person that includes personal attributes and minimally influenced by the personal circumstances. The most important were personal care, interpersonal communication, or specific professional skills. Regarding the content that reflects the deficiencies of pre-employment socialization, we found absenteeism, job search techniques and training / insertion itineraries.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29/06/2020

This research ends with a debate-reflection about the training-work ling and about the integral formation of the person.

We found that evaluation of employability from WISE is mainly based on personal competencies as personal skills and attributes, although they analyse some variables that can mediate it. Thus, it emphasizes the person's responsibility to develop their work (Fugate, Kinicki, and Ashforth, 2004; Salognon, 2007), which de-responsibilizes the rest of the social agents (De Lara and Andrade, 2008). From this perspective, inequalities are due to the person's lack of ability to apply for certain jobs. This individual perspective is a legitimizing element of the social and labor context.

However, not all the elements that allow the person to access and maintain employment depend directly on the worker, since having employability skills does not guarantee obtaining and keeping a job. Therefore, on another hand, from a critical perspective employability does not depend solely on the responsibility of the individual, but also on the needs of the market, the preferences of the employer, the characteristics of the job or the worker personal circumstances (Bauman, 2005; Beck and Beck-Genshein, 2002). Moreover, employability is a complex concept, which must include macro (social, political and ideological structures) and micro aspects (individual factors and immediate social contexts) to cope with unemployment and marginalization (Llinares et al., 2016).

In this sense, the data derived from the analysis of instruments reflect that in vulnerable groups we have to broaden the vision of the usual employability indicators to both individual and personal circumstances that clearly affect the process of social and labor insertion of individual at risk.

To conclude, there is a need to generate new empowering educational projects with the individual that seek lifelong training and empowerment. This requires the analysis and intervention on individual employability factors, and a more realistic and global perspective that considers the specific limiting circumstances starting from Bronfenbrenner's bioecological model (Bronfenbrenner and Morris, 1998, 2006), that integrates the individual in their context taking into account their personal circumstances and contextual factors.

On the other hand, we have to continue deepening on the elements of employability to be fostered in the educational system that provide the subject with comprehensive training, including the acquisition of knowledge and professionalization as claimed in the current context. In this way, employability becomes the instrument of analysis and intervention, but also of reflection.

KEYWORDS: Employability, education, social integration, job training.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 29/06/2020

SUMARIO[1]

1. Introducción. 2. Método. 3. Resultados: el núcleo central de los indicadores de la empleabilidad. 4. Discusión. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

Los cambios en el mundo laboral generados por la globalización y las nuevas tecnologías han modificado el panorama de la seguridad en el empleo. El neoliberalismo ha generado el paso de una carrera profesional tradicional (donde los empleados leales trabajan en una única empresa y prosperan en ella) a una perspectiva de carrera sin seguridad en la empresa (Bernstrom, Drange y Mamelund, 2019). Esto hace que el término 'empleabilidad' se convierta en una alternativa a la seguridad en el empleo, se relacione con el desarrollo de carrera laboral y se aplique a toda la población en edad laboral. En este sentido, en los últimos años se ha incrementado la complejidad del concepto de empleabilidad y su multidimensionalidad (Williams, Dodd, Steele y Randall, 2016). Se han desarrollado multitud de intervenciones para su fomento (ver, por ejemplo, Hazelzet, Picco, Houkes, Bosma y de Rijk, 2019). Sin embargo, no hay un acuerdo en los elementos que la componen (Gabor, Blaga y Mastis, 2019). Es por ello que en esta investigación se pretende delimitar los elementos que forman parte de la empleabilidad.

El término de empleabilidad se utilizó tradicionalmente para diferenciar a los aptos de los no aptos para el logro y mantenimiento del empleo (Rentería y Malvezzi, 2008). Posteriormente, comenzaron a desarrollarse y coexistir en la literatura corrientes teóricas diferentes (Nauta, van Vianen, van der Heijden, van Dam y Willemsen, 2009). De modo general, la empleabilidad se ha abordado desde dos perspectivas claramente diferenciadas (Llinares, Zacarés y Córdoba, 2016): la perspectiva individualista y la perspectiva crítica.

La perspectiva individualista entiende la empleabilidad como característica individual para la consecución y mantenimiento del puesto de trabajo (Finn, 2000; Formichella y London, 2005; McQuaid y Lyndsay, 2005). Esta perspectiva permite clasificar a la población activa entre la que es empleable y la que no lo es (Fugate, Ki-

1. Este trabajo se deriva del proyecto que lleva por nombre 'EMPLEAM: Evalúa y mejora la empleabildiad' concedido en la 'Convocatòria d'Ajudes per a la Realització de Projectes de Prova de Concepte 209. Programa Valoritza i Transfereix' del Vicerectorat d'Innovació i Transferència de la Universitat de València.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29/06/2020

nicki y Ashforth, 2004; Moreland, 2006; Thijssen, Van der Heijden y Roco, 2008). Sin embargo, no existe acuerdo sobre las características individuales más relevantes a promover (Llinares et al., 2016). La mayoría de los estudios se limitan al análisis del nivel educativo, donde el grado de escolarización es utilizado como condición para la incorporación de un individuo a un puesto de trabajo, actuando como filtro (Formichella y London, 2005). Otros autores, sin embargo, destacan aspectos tangibles e intangibles como la capacidad de comunicación, el manejo de procesos de organización, trabajo en equipo (Brunner, 2000) y el aprender a aprender (Rentería y Malvezzi, 2008). En este sentido, Fugate y Kinicki (2008) consideran a la empleabilidad como un conjunto de diferencias individuales que predisponen al individuo a la adaptabilidad proactiva específica para el empleo. Esta perspectiva centrada en las diferencias individuales en el desarrollo de la carrera laboral es la perspectiva más desarrollada y mayoritaria en los discursos científicos y sociales (Hogan et al, 2013).

En segundo lugar, desde una perspectiva crítica se percibe la empleabilidad como eje articulador de la vida social (Lindsay y Serrano, 2009). Se parte de la concepción de que la cualificación o competencia de las personas constituye una construcción social que, por una parte, se basa en las jerarquías de clase y, por otra, contribuye a la producción y legitimación de la diferenciación y exclusión social. Así, formar para la empleabilidad implica educar a los individuos para que 'aprendan a aprender' de manera permanente, es decir, a el hacer (habilidades técnicas) y a el ser (habilidades personales). En el mundo formativo, por tanto, afecta a los resultados del aprendizaje como eje central que, a su vez, tienen que poder demostrarse en el marco productivo. Se analiza así el ajuste de competencias a partir de la relación entre el currículo educativo (objetivos, contenidos, metodología y evaluación), los perfiles profesionales requeridos por la sociedad y la lucha contra la exclusión social. De esta forma, desde el sistema educativo se prepara al futuro trabajador para garantizar una trayectoria laboral lo más exitosa y satisfactoria posible (García y Ibáñez, 2006). La eficacia-eficiencia, rentabilidad y calidad de la educación se visualizará en el desarrollo de las áreas educativas que demanda el mercado y en el entrenamiento de los recursos humanos. Desde esta perspectiva crítica se fomenta la idea de la empleabilidad como un concepto más amplio donde se deben considerar tanto los factores individuales como las circunstancias personales y factores contextuales (McQuaid y Lindsay, 2005; Llinares et al., 2016). Así pues, cada perspectiva teórica tiene una aproximación diferente a la realidad laboral y pone de relieve indicadores y dimensiones distintas. Es más, su vinculación con las carreras laborales supone la incorporación de nuevos componentes dentro de las mismas perspectivas y, como consecuencia, se evidencia una falta de acuerdo en ellos (Williams et al, 2016).

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 29/06/2020

Actualmente, se han realizado numerosos estudios para delimitar los elementos de la empleabilidad (ver, por ejemplo, Mohd, Mustapha, Malik, Mohamad, Rasul y Mokhtar, 2013; Chacón-Sánchez, Casas-Mateus, Alvarado, 2020). Sin embargo, aunque no existe acuerdo sobre los indicadores que la componen, parece que hay consenso en la consideración de que éstos son características o atributos personales vinculados con el trabajo y que son apreciados por los empresarios (Fahimirad, Nair, Kotamjani, Mahdinezhad y Feng, 2019). En este sentido, la empleabilidad es un área de intervención socio-educativa que debe responder a los cambios del mundo del trabajo por medio de nuevas trayectorias en la carrera laboral (Olson y Shultz, 2013). Así, el apoyo profesional en el desarrollo de la carrera laboral se está convirtiendo en un área de trabajo de algunos agentes sociales vinculados a la educación y a la acción social. Su objetivo es formar y desarrollar destrezas y actitudes para que la persona planifique y programe sus experiencias de aprendizaje y tome decisiones sobre su participación en la vida laboral (Terzaroli y Oyekunle, 2019).

Cualquier nueva situación laboral requiere la planificación de carreras laborales y redefinir destrezas, habilidades, talentos, conocimientos, etc. de las personas que acceden y que están en el mundo laboral. Es más, hay consenso en que la principal razón del desempleo en todos los estamentos sociales y formativos residen en la falta de empleabilidad (ver, por ejemplo, Ang, 2015 para el análisis de los estudiantes universitarios; ver, por ejemplo, Ebuenyi, Guxens, Ombati, Joske, Bunders-Aelen y Regeer, 2019 para las personas con diversidad funcional; ver, por ejemplo, Storme, De Lannoy, Leibbrant, De Boeck y Mudiriza, 2019 vulnerability youngs). Hay autores que también han encontrado la relación entre la empleabilidad y el éxito en la carrera (ver por ejemplo, Olson y Shultz, 2013) y los nuevos modelos de carrera laboral y la empleabilidad como garante del empleo y sustitutoria de la seguridad (Bernstrøm, Drange y Mamelund, 2019). Así pues, la empleabilidad es una herramienta compensatoria para los problemas estructurales vinculados al empleo y/o potenciadora del éxito profesional. En este contexto, la educación formal, informal y no formal tiene como misión generar conocimiento y capacidad de adaptación a las condiciones laborales para el fomento de la empleabilidad. De hecho, en la Declaración de Incheon y el Objetivo 4 de Educación 2030 de Desarrollo Sostenible (UNESCO, 2015) se destaca la importancia del aprendizaje de las competencias básicas para potenciar el acceso al empleo. Así, en la actualidad, la mayoría de países tienen que afrontar la lucha por el empleo y la integración social por medio del fomento de la empleabilidad (Declaración de Incheon y Marco de Acción ODS 4-Educación 2030, UNESCO, 2015).

En este contexto, la *educación formal* debe establecer la relación entre educación y empleabilidad. Su misión es generar conocimientos y capacidad de adaptación a las

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29/06/2020

condiciones laborales, incluir contenidos de la socialización pre-laboral (Formichella y London, 2005) y, en definitiva, fomentar la competencia de la empleabilidad (Campos, 2003). En concreto, la educación superior es considerada un campo de acción social que está condicionado por las características contextuales y por sus demandas sociales y económicas (Ang, 2015). En ella, la empleabilidad es contenido, herramienta e indicador de calidad (Orellana, 2018). Por su parte, la *educación no formal* cumple una función en la inserción de los individuos menos cualificados en el mercado laboral (desde las ONGs y la comunidad, en general, hasta las organizaciones de empresarios y trabajadores). Además, debe promover el empoderamiento de las personas y la participación ciudadana, fomentar la creación de nuevas organizaciones y proporcionar apoyo económico y financiación para el autoempleo (Formichella y London, 2005). Esto supone la consideración de nuevas alianzas entre educación/formación, ámbito social y empleo y nuevos indicadores en materia de educación y formación donde la empleabilidad parece ser el elemento central (Pérez, 2003; Ventura, 2005). Esto plantea nuevos retos políticos, sociales y educativos a toda la sociedad y requiere una clarificación de los elementos que están en su base. Sin embargo, no existe consenso sobre los elementos que la configuran.

En la actualidad, nos encontramos en una situación laboral que se caracteriza por una nueva crisis que han supuesto el fin del pleno empleo (Bernad y Martínez, 2011), el surgimiento de nuevos modelos de carreras laborales (De Cuyper, Mauno, Kinnunen y Makikangas, 2011), la precarización del empleo (Recio y Banyuls, 2004) y la disolución de las diferenciaciones entre puestos de trabajo (Amigot y Martínez, 2013). Forrier y Sels (2003) afirman que la empleabilidad, en este contexto, es el mecanismo estrella de protección del trabajador. Esto hace que pase de ser percibida como un elemento explicativo del desempleo de determinados grupos vulnerables a ampliarse a toda la población. Este nuevo contexto le dota de múltiples y diversos significados (Bernstrøm et al, 2019) con diferentes antecedentes y consecuentes (Drange, Bernstrøm y Mamelund, 2018) y la convierten en un concepto difuso (De Grip, Van Loo y Sanders, 2004) aunque ampliamente utilizado. Además, en el mundo del empleo y en el contexto educativo no se han consensuado cuáles son los indicadores de empleabilidad (Gabor, Blaga y Mastis, 2019). Es más, la mayor parte de los estudios presentan estos indicadores utilizando como muestra de estudio a graduados universitarios (ver, por ejemplo, Chacón-Sánchez, Casas-Mateus y Nieto, 2020), trabajadores en activo (ver por ejemplo, Stoffers, Van der Heijden y Jacobs, 2020) o jóvenes vulnerables (ver por ejemplo McDonald, Grant-Smith, Moore y Marston, 2020). Junto a ello, las clasificaciones anteriores restringen los indicadores a las cualidades y las habilidades del individuo (Alpek y Tésits, 2019) de colectivos concretos, lo que no permiten su generalización al conjunto de la población. Es por

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 29/06/2020

ello que se hace necesario identificar y analizar de forma integral y objetiva cuáles son los indicadores que definen la empleabilidad. En este estudio vamos a realizar este análisis de forma minuciosa y objetiva usando como marco de referencia una perspectiva bioecológica de la empleabilidad (Llinares et al, 2016).

Nuestro estudio hace un número de contribuciones a la literatura. Primero, extendemos los indicadores a las circunstancias personales y los factores contextuales; así pues, el objetivo es generar un listado de indicadores que operacionalicen la empleabilidad desde una perspectiva bioecológica. Además, nosotros extendemos los indicadores a toda la población, generando un listado único para la población general. Esto permitirá una medida similar de las competencias que la componen en todas las personas. Segundo, este estudio puede ser útil a los gabinetes de recursos humanos, a los docentes de primaria, secundaria y formación profesional, a los docentes de formación continua, a los profesores universitarios, a los orientadores, a los agentes sociales vinculados al empleo, etc. ya que les permitirán identificar las competencias a formar, los contenidos de aprendizaje a transmitir y los elementos a evaluar, especialmente en los colectivos considerados en riesgo de vulnerabilidad social por sus características particulares.

2. Método

Para la delimitación de los indicadores centrales de la empleabilidad que resultan básicos en el acceso y mantenimiento en el empleo, hemos optado por centrarnos en aquellos que se fomentan en la socialización anticipatoria y que muestran la brecha entre personas empleables y el trabajador en el mercado laboral ordinario. Las empresas de inserción (EI) son las entidades que consiguen altas tasas de incorporación al empleo. Autores como Martínez-Rueda, Galarreta y Aróstegui (2018) ponen de manifiesto la efectividad de las EI en el desarrollo de la empleabilidad de personas con necesidades de inserción social. Las EI son empresas de tránsito al empleo ordinario en España (L44/2007, de 13 diciembre RCL 2007\2249). Estas, dan empleo a personas en riesgo de exclusión social durante un periodo de tiempo delimitado, entre dos y tres años, centrándose en su formación socio-laboral a lo largo del proceso de inserción que conlleva tres fases (FAEDEI-AERES, 2014; Marhuenda-Fluixá, 2018): evaluación inicial o acogida (momento de ingreso del trabajador en la empresa), seguimiento (del proceso que sigue cada trabajador) y tránsito al mercado laboral (momento en que se analiza la adecuación final del trabajador a la empresa ordinaria). Lo esperable es que, en la primera fase, se establezcan como objetivos de intervención los indicadores de empleabilidad de los que adolezca el trabajador y que se evalúe su

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29/06/2020

consecución en la fase final, de transición al mercado laboral. Las EIs utilizan una serie de recursos a modo de herramientas de evaluación para recoger información del trabajador de inserción a lo largo del proceso para la mejora de su empleabilidad.

Para la estudiar los indicadores que miden la empleabilidad en cualquier tipo de colectivo se han analizado los instrumentos de evaluación que utilizan las EI para los itinerarios de inserción de los trabajadores de inserción (PTI). Estos itinerarios tienen una duración máxima de tres años y son redactados por los trabajadores acompañantes (PTA) conjuntamente con PTI. Los PTA son los agentes sociales que establecen qué se evalúa, qué aspectos resultan deficitarios para la inclusión laboral y cómo formarlo. Los PTA, como agentes sociales vinculados al mundo laboral normalizado y a las dificultades que suelen presentar los PTI para su inclusión, generan instrumentos de evaluación. En esta investigación se han analizado los indicadores que evalúan las EI españolas en su conjunto. Para ello, en colaboración con la Federación Española de Empresas de Inserción (FAEDEI), se solicitaron dichos instrumentos a todas las EI del ámbito nacional. La muestra estuvo compuesta por 220 instrumentos de evaluación de la empleabilidad que utilizaron las EI para su medida.

Para el análisis de los indicadores se amplió el Instrumento para la Medida de la Empleabilidad (IPAIE) de Llinares et a. (2011). Este instrumento recopila y clasifica los indicadores de empleabilidad que se proponen desde la literatura científica y que son aplicables a toda la población y todo tipo de sectores ocupacionales. Éstos se agrupan, siguiendo a McQuaid y Lindsay (2005), en tres grandes categorías que a su vez se dividen en una serie de subcategorías principales (ver figura 1): 1) Factores individuales, que son los que suelen tomarse en consideración en la mayoría de los casos, casi exclusivamente, como los únicos determinantes de la empleabilidad. Se refieren al propio trabajador, como atributos personales (honestidad, disposición para trabajar, motivación intrínseca, actitudes hacia el trabajo); habilidades y competencias (habilidades básicas, adaptabilidad, hábitos laborales o habilidades sociales como trabajo en equipo o gestión positiva del conflicto); salud o movilidad geográfica y flexibilidad laboral. 2) Circunstancias personales, que condicionan el desempeño del trabajo. Se refieren a responsabilidades familiares, cultura del trabajo, acceso a los recursos como transporte, vivienda, apoyo social. 3) Factores externos al sujeto, de los que depende no sólo conseguir un empleo sino también mantenerlo. Se refieren a condicionantes del entorno socioeconómico relacionados con el mercado de trabajo, factores macroeconómicos o políticas de empleo (Córdoba et al., 2013). Junto a ello, el instrumento solicita información sobre su presencia, el grado de operativización y el grado de estructuración.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 29/06/2020

Figura 1.
Los indicadores de la empleabilidad valorados en el IPAIE
(Llinares, Córdoba y Zacarés, 2011)

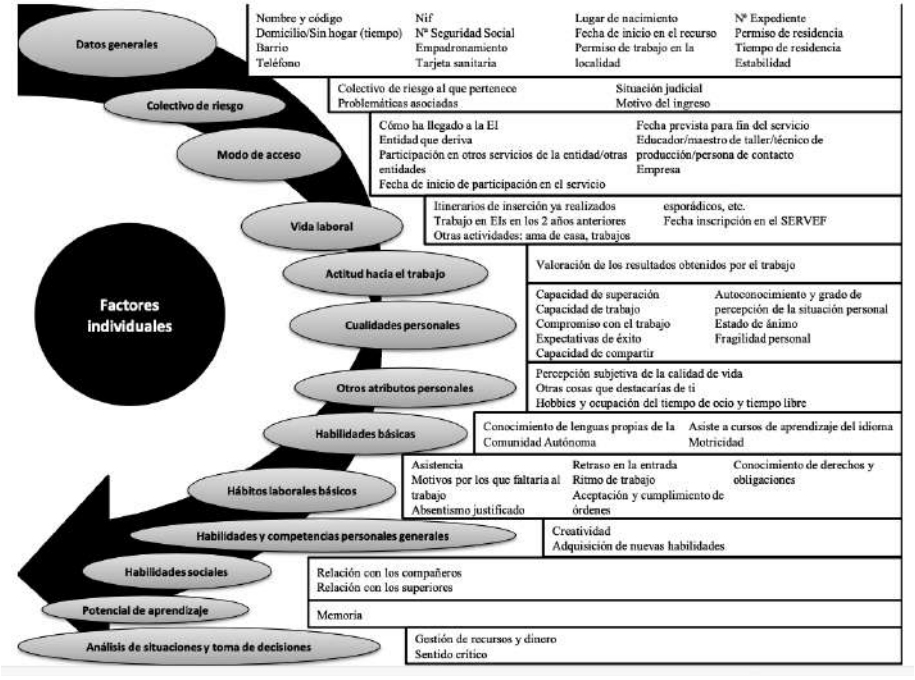
El análisis de los indicadores de la empleabilidad se llevó a través de un análisis de contenido. En primer lugar, se mejoró la categorización del IPAIE por medio de la incorporación de los ítems que aparecían en un apartado de información complementaria que se encontraba en cada subcategoría. Para ello, se tuvieron en cuenta todos los criterios de validez y fiabilidad del análisis de contenido y de la categorización. Posteriormente, se llevó a cabo la codificación del material. Para ello, se seleccionaron siete jueces vinculados al área de Educación, Ciencias Sociales y Salud (dos Doctores en Didáctica y Teoría de la Educación, tres Doctores en Psicología social y dos Doctores en Psicología Evolutiva y de la Educación). La fiabilidad, siguiendo a Porta y Silva (2003), fue calculada con el porcentaje de veces que los codificadores coinciden cuando analizan el mismo documento. En esta investigación el material fue codificado dos veces por dos jueces de diferentes áreas de conocimiento.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29/06/2020

3. Resultados: el núcleo central de los indicadores de la empleabilidad

En primer lugar, se analizaron los ítems que no estaban representados en las categorías generales del IPAIE. El objetivo era detectar aquellos elementos específicos de los colectivos vulnerables que les dificultan el acceso al empleo. Los resultados obtenidos de los factores individuales se presentan en las figuras 4 y 5.

Figura 4.
Otros indicadores de empleabilidad especificos en colectivos vulnerables



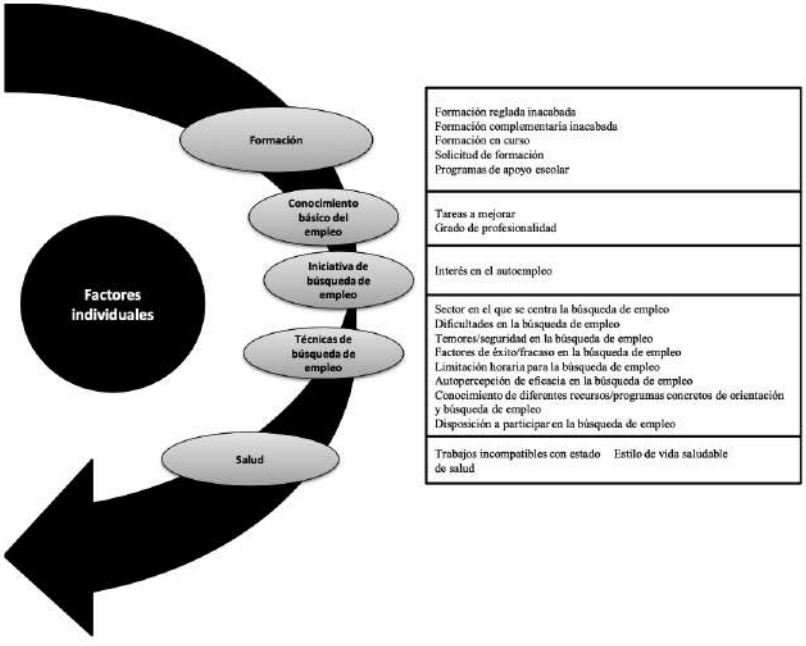
Como puede verse en la figura 4, las *características socio-demográficas* que no estaban incluidas en el IPAIE se han estructurado en tres subcategorías en función de la información que solicitaban: a) *datos generales de la persona*, sobre todo en lo que se refiere a su situación legal-administrativa; b) *colectivo de riesgo,* agrupa a todos los indicadores que preguntan por el tipo de problema que le hace ser considerado población en riesgo de vulnerabilidad; c) *modo de acceso*, es la subcategoría que pregunta por las vías de acceso a la empresa de inserción y sintetiza la trayectoria de la persona

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 29/06/2020

por los itinerarios de formación de diferentes organizaciones. Este apartado se completa cuando se pregunta por la vida laboral.

En segundo lugar, en el apartado de *atributos personales* se resalta la importancia otorgada a la valoración del trabajo bien hecho y a la mejora del mismo, la autopercepción de la capacidad de trabajo y la calidad de vida y se le pide una autorreflexión sobre él mismo y sus preferencias. En tercer lugar, se puede observar la gran importancia otorgada al absentismo/asistencia, cantidad de trabajo realizado y modos de relación social con los compañeros y superiores en la categoría de las habilidades y competencias. Resulta relevante mencionar aspectos como gestión del tiempo y dinero, memoria y motricidad.

Figura 5.
Otros indicadores de empleabilidad especificos en colectivos vulnerables (continuación)



En la figura 5, es posible observar en cuarto lugar, los aspectos relativos a la *formación*. Los estudios que han sido cursados aunque no se hayan finalizado. También resulta relevante la identificación de las tareas que la persona debe mejorar y el grado de profesionalización que tiene, desarrolla y ha adquirido al finalizar el itinerario formativo.

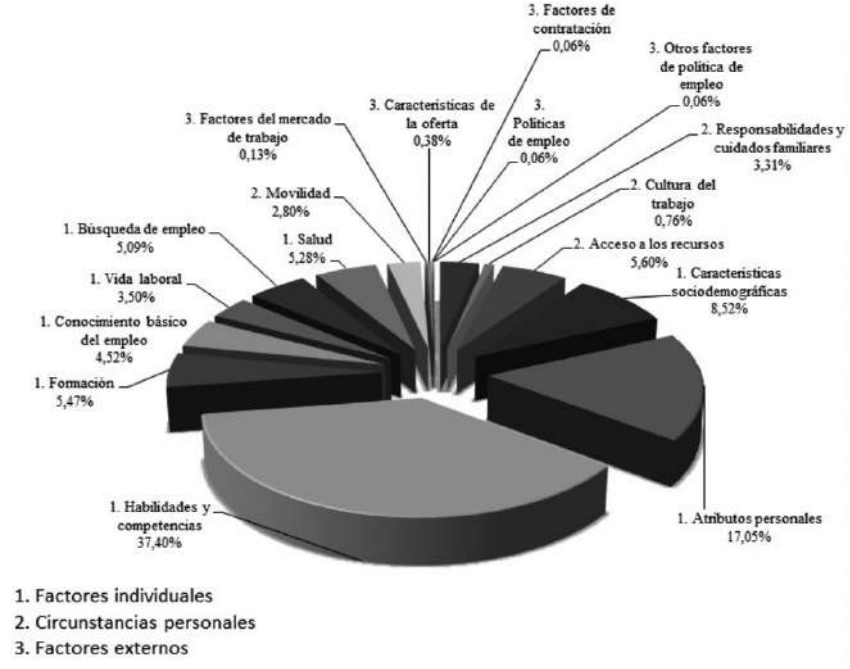
FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29/06/2020

Los aspectos más deficitarios que se desprende de la figura 4 y 5 y que forman parte de los indicadores de la empleabilidad en colectivos vulnerables (como por ejemplo, limitaciones horarias en la búsqueda de empleo) hacen referencia a elementos muy específicos, pero que pueden resultar cruciales en la búsqueda de empleo y el fomento del autoempleo, tal y como sugiere el Tratado de Lisboa.

Los aspectos relativos a la salud no parecen suscitar nuevos elementos. Sin embargo, se señalan el estilo de vida que la persona desarrolla diariamente y la incompatibilidad de tareas en función de sus características físicas.

De la categoría de 'Circunstancias personales' únicamente se ha considerado relevante para la evaluación de la empleabilidad recoger información sobre la salud o la dependencia de los familiares con los que convive el trabajador y sobre un aspecto relativo a la movilidad geográfica y flexibilidad laboral, el conocimiento del territorio físico. La movilidad geográfica depende del conocimiento del lugar en donde se vive y se trabaja. Parece que dicho conocimiento no es extensible a toda la población y condiciona la empleabilidad.

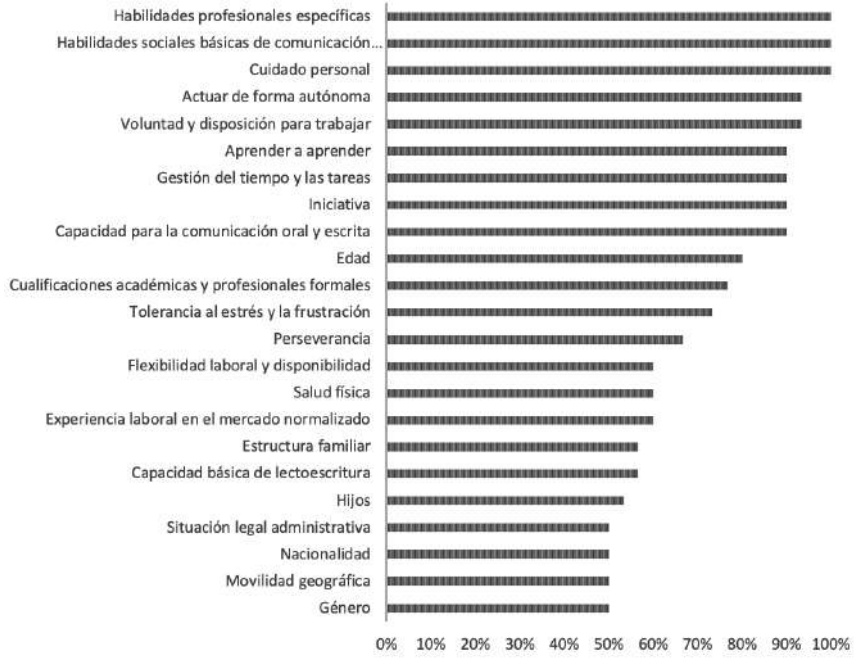
Figura 2.
Porcentaje de aparición de los elementos de las tres dimensiones de la empleabilidad en los instrumentos utilizados por las EIs



FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 29/06/2020

Una vez ampliado el IPAIE se llevó a cabo un análisis de contenido de los documentos que miden la empleabilidad en las EI españolas. La figura 2 presenta el porcentaje de los indicadores que miden empleabilidad. Los resultados obtenidos muestran que no hay acuerdo en los agentes sociales vinculados al empleo sobre los ítems concretos de la empleabilidad. Sin embargo, hemos encontrado que, en su mayor parte, la empleabilidad se vincula a factores individuales (89.70%), un pequeño porcentaje a circunstancia personal (9.66%) y apenas se tienen en cuenta los factores externos (0,64%).

Figura 3.
Indicadores básicos de empleabilidad que forman la representación social



Entre el conjunto de indicadores, y con el fin de conocer la importancia de cada uno de ellos para la medida de la empleabilidad, se llevó a cabo otro análisis descriptivo sobre su uso en la evaluación de la empleabilidad; los resultados se presentan en la figura 3. En ella se muestra que la empleabilidad atiende al cuidado personal, la comunicación interpersonal y las habilidades profesionales específicas junto con la autonomía y la motivación laboral intrínseca. También resultan relevantes aspectos como la edad, las cualificaciones académicas y profesionales y la tolerancia al estrés.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29/06/2020

Menos relevantes en la evaluación de la empleabilidad (50%) son la perseverancia, la experiencia laboral en el mercado normalizado, la salud, la flexibilidad laboral y la disponibilidad junto con características sociodemográficas (género, nacionalidad y situación legal).

Las circunstancias personales que rodean a la persona no tienen tanta importancia en la evaluación de la empleabildiad. Las más destacadas son las responsabilidades y cuidados familiares; en concreto, la estructura familiar y las cargas familiares en materia de hijos.

La empleabilidad se concibe como una competencia de la persona que incluye atributos personales y que está influida, aunque mínimamente, por las circunstancias personales que la envuelven. El cuidado personal, la comunicación interpersonal, las habilidades profesionales específicas y básicas junto con la autonomía, la voluntad y disposición, la iniciativa, la gestión del tiempo las tareas y el aprendizaje (aprender a aprender y formación previa) y la edad conforman su núcleo central (del 75 al 100%). Ahora bien, también resultan relevantes la tolerancia al estrés y a la frustración, la perseverancia, la flexibilidad laboral y disponibilidad horaria, la salud y su experiencia laboral.

4. Discusión

La empleabilidad es uno de los constructos más usados y también más difusos del ámbito de las Ciencias Sociales (Rozalía, Blaga, y Matis, 2019). Por ello, este trabajo tiene como objetivo el análisis de los indicadores de la empleabilidad desde una perspectiva bioecológica (Llinares-Insa et al, 2016). Para ello se ha tenido en cuenta el análisis de los elementos que evalúan las EI en los itinerarios de inserción de los PTI. Los resultados muestran que la empleabilidad queda integrada por, sobre todo, habilidades (p.e. habilidades sociales específicas y básicas de comunicación, autonomía, gestión del tiempo y las tareas, aprender a aprender) y atributos personales (p.e. voluntad y disposición para trabajar, tolerancia al estrés y la frustración), aunque también se incluyen otras variables importantes (p.e., edad, hijos, nacionalidad, etc.). Destaca, pues, la responsabilidad de la persona en el desarrollo de su carrera laboral tal y como lo indica Fugate, Kinicki y Ashforth (2004) o Salognon (2007). Esta visión requiere que el trabajador desarrolle las competencias relevantes en el mundo laboral y que se sienta responsable de su carrera laboral.

Es el trabajador el que ha de comprometerse por voluntad propia a planificar su futuro profesional y tener una conducta proactiva cuando tenga que buscar oportunidades de trabajo. Así pues, esta perspectiva incide en la responsabilidad individual

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 29/06/2020

del desarrollo de carrera y permite generar programas para su mejora en todas las instancias sociales vinculadas al empleo y a la formación. Sin embargo, también actúa como elemento legitimador del contexto social y laboral actual. Esto, a su vez, limita la responsabilidad al resto de agentes sociales (De Lara y Andrade, 2008) y no analiza el fenómeno del empleo desde una perspectiva global y holística.

La mejora de la empleabilidad no siempre resulta fácil debido a la competitividad y los recursos disponibles, así como el nivel socioeconómico. Por ello, el aprendizaje y desarrollo de estas competencias debe ir adquiriéndose durante la formación en la empresa y deben perfeccionarse a lo largo de la vida laboral (Vega, Bello y García, 2018). Junto a ello, también se pone de manifiesto que la empleabilidad no depende únicamente de la responsabilidad del individuo, sino también de las necesidades del mercado, las preferencias del empresario, las características del puesto o las circunstancias personales del trabajador, e integra las perspectivas de la oferta y la demanda y la visión desde el mercado de trabajo (Bauman, 2005; Beck y Beck-Genshein, 2002). Por tanto, la empleabilidad es un concepto complejo, que debe incluir desde aspectos macro (estructuras sociales, políticas e ideológicas) a micro (factores individuales y contextos sociales inmediatos) desde los cuales se abordan problemáticas de desempleo y marginalización (Llinares et al., 2016). En este sentido, los datos obtenidos muestran que el núcleo central de la empleabilidad está formado por variables individuales pero que algunas circunstancias personales también la condicionan.

Por tanto, en el presente trabajo, y ante la variedad de aproximaciones al término empleabilidad, hemos podido identificar los indicadores que forman parte del núcleo central de la empleabilidad. Éstos permiten su medida y fomento a todas las instancias políticas, sociales y educativas que están vinculadas a la formación y al empleo. Resulta, pues, una herramienta práctica para la acción educativa y social. También hacemos con ello una aportación teórica ya que quedan identificados los indicadores centrales de la empleabilidad tomando como base el modelo bioecológico de la empleabilidad (Llinares-Insa et al, 2016) y el análisis de la realidad española. Por ultimo, queremos hacer una llamada a la investigación para seguir profundizando en el estudio de los elementos de la empleabilidad que doten a las personas de un desarrollo de carrera integral en un mundo globalizado. De este modo, la empleabilidad se convierte en un instrumento de análisis e intervención, pero también de reflexión.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29/06/2020

Referencias bibliográficas

ALPEK, L. & TÉSITS, R. (2019): "Measuring Regional Differences in Employability in Hungary", *Applied Spatial Analysis and Policy,* 13, 329–347. DOI: 10.1007/s12061-019-09306-6

AMIGOT, P. & MARTÍNEZ, L. (2013): "Gestión por competencias, modelo empresarial y sus efectos subjetivos. Una mirada desde la psicología social crítica", *Universitas Psychologica,* 12(4), 1073-1084.

ANG, M.C.H. (2015): "Graduate employability awareness: a gendered perspective", *Procedia - Social and Behavioral Sciences 211,* 192-198. DOI: 10.1016/j.sbspro.2015.11.083

BALDIVIESO, M.S. (2002): *Indicadores para la autoevaluación de instituciones de formación profesional inicial en el marco de la nueva relación educación trabajo* (Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona). Disponible en: https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5010/msbh1de6.pdf?sequence=1&isAllowed=y

BAUMAN, Z. (2005): *Legisladores e intérpretes. Sobre la modernidad, la postmodernidad y los intelectuales,* Argentina: Universidad Nacional de Quilmes.

BECK, U. & BECK-GENSHEIN, E. (2002): *Individualization*, Londres: Sage.

BERNAD, J.C. & MARTÍNEZ, I. (2011): "Cambios en el contexto de las políticas sociolaborales en el marco del desmontaje de la sociedad salarial". En *Trabajo, empleabilidad y vulnerabilidad social: condicionantes y potencialidades de la integración a través de las Empresas de Inserción Social* (CÓRDOBA, A.I. & MARTÍNEZ, I.), Valencia: SPUV.

BERNSTROM, V.H., DRANGE, I. & MARMELUND, S.E. (2019): "Employability as an alternative to job security", *Personnel Review*, 48 (1), 234-248. DOI: 10.1108/PR-09-2017-0279

BRONFENBRENNER, U. & MORRIS, P. (1998): "The ecology of developmental process". En *Handbook of child psychology: Vol.1. Theoretical models of human development* (DAMON, W. (Series Ed.) & LERNER, R.M. (Vol. Ed.)), New York: Wiley, 5th ed., pp. 993-1028.

BRONFENBRENNER, U. & MORRIS, P. (2006): "The bioecological model of human development". En *Handbook of child psychology: Vol.1. Theoretical models of human development* (DAMON, W. & LERNER, R.M. (Series Eds.) & R.M. Lerner (Vol.Ed.)), New York: Wiley, 6th ed., pp. 793-828.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 29/06/2020

BRUNNER, J.J. (2000): *Competencias en empleabilidad. Revisión bibliográfica*, Disponible en http://www.geocities.com/brunner_cl/empleab.html

CAMPOS (2003): "Implicaciones económicas del concepto de empleabilidad", *Aportes. Revista de la Facultad de Economía-BUAP,* 23, 101-111.

CHACÓN SÁNCHEZ, N.V., CASAS MATEUS, D.E. & ALVARADO NIETO, L.D. (2020): "Behavior of employability indicators in university graduates", *Revista Ingeniería Solidaria,* 16(2).
DOI: https://doi.org/10.16925/2357-6014.2020.02.03

CÓRDOBA, A.I., LLINARES, L.I. & ZACARÉS, J.J. (2013): "Employability Assessment in Vocational Education and Transition to the Workplace". En *Transitions in Vocational Education, Research in Vocational Education* (Eds. SEIFRIED, J. & WUTTKE, E.), Opladen, Berlin, Farmington Hills: Budrich publisher, Vol. 2, pp. 181-200.

DE CUYPER, N., MAUNO, S., KINNUNEN, U. & MAKIKANGAS, A. (2011): "The role of job resources in the relation between perceived employability and turnover intention: A prospective two-sample study", *Journal of Vocational Behavior,* 78(2), 253-263.

DE GRIP, A., VAN LOO, J. & SANDERS, J. (2004): "The Industry Employability Index: Taking Account of Supply and Demand Characteristics", *International Labour Review,* 143(3), 211-233.

DE LARA, K.C. & ANDRADE, F. (2008): "Empregabilidade: Construçao de uma escala", *PsicoUSF,* 13(2), 189-201.

DRANGE, I., BERNSTRØM, V.H. & MAMELUND, S.E. (2018): "Are you moving up, or falling out? An inquiry of skill-based variation in self-perceived employability among Norwegian employees", *Work, Employment and Society,* 32(2), 387-406. DOI: 10.1177/0950017017749720.

EBUENYI, I.D., GUXENS, M., OMBATI, E., BUNDERS-AELEN, J.F.G. & REGEER, B.J. (2019): "Employability of Persons With Mental Disability: Understanding Lived Experiences in Kenya", *Front. Psychiatry,* 10, 539.
DOI: 10.3389/fpsyt.2019.00539

FAEDEI & AERES (2014): *El acompañamiento en las empresas de inserción*, Madrid: AERES- FAEDEI.

FAHIMIRAD, M., NAIR, P.K., KOTAMJANI, S.S., MAHDINEZHAD, M. & FENG, J.B. (2019): "Integration and development of Employability Skills into Malaysian Higher Education Context: Review of the Literature", *International Journal of Higher Education,* 8(6), 26-35. DOI: 10.5430/ijhe.v8n6p26

FINN, D. (2000): "From full employment to full employability: a new deal for Britain's unemployed?", *International Journal of Manpower,* 21, 384–399.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29/06/2020

FORMICHELLA, M.M. & LONDON, S. (2005): "Reflexiones acerca de la noción de empleabilidad", *Anales, Trabajo presentado en las reuniones de la AAEP,* Buenos Aires Argentina.
Disponible en www.aaep.org.ar/espa/anales/works05/formichella_london.pdf

FORRIER, A. & SELS, L. (2003): "Temporary employment and employability: training opportunities and efforts of temporary and permanent employees in Belgium", *Work Employment and Society,* 17(4), 641-666.

FUGATE, M. & KINICKI, A.J. (2008): "A dispositional approach to employability: Development of a measure and test of implications for employee reactions to organizational change", *Journal of Occupational and Organizational Psychology,* 81(3), 503-527.

FUGATE, M., KINICKI, A.J. & ASHFORTH, B.E. (2004): "Employability: A psycho-social construct, its dimensions, and applications", *Journal of Vocational Behavior,* 65(1), 14-38.

GABOR, M., BLAGA, P. & MASTIS, C. (2019): "Supporting employability by a skills assessment innovativa tool-Sustainable transnational insights from employers", *Sustainability,* 11, 3360, 1-19. DOI: 10.3390/su11123360

GARCÍA, M.I. & IBÁÑEZ, M. (2006): "Competencias para el empleo, demandas de las empresas y medición de los ajustes", *Revista internacional de Sociología,* 43, 139-168.

HAZELZET, E., PICCO, E., HOUKES, I., BOSMA, H & DE RIJK, A. (2019): "Effectiveness of Interventions to Promote Sustainable Employability: A Systematic Review", *Int. J. Environ. Res. Public Health, 16*. DOI:10.3390/ijerph16111985

HOGAN, R., CAHMORRO-PREMUZIC, T. & KAISER, R.B. (2013): "Employability and career success: bridging the gap between theory and reality", *Industrial and Organizational Psychology,* 6, 3-16.

JOL, M.M., STOFFERS, B., VAN DER HEIJDEN, I.J.M. & JACOBS, E.A.G.M. (2020): "Employability and innovative work behaviour in small and medium-sized enterprises", *The International Journal of Human Resource Management,* 31(11), 1439-1466. doi: 10.1080/09585192.2017.1407953

LINDSAY, C. & SERRANO, M.A. (2009): "New perspectives on employability and labour market policy: reflecting on key issues", *Environment and Planning C: Government and Policy,* 6(27), 951-957.

LLINARES, L., CÓRDOBA, A.I. & ZACARÉS, J.J. (2012): "La medida de la empleabilidad en las empresas de inserción en el País Vasco: de la exclusión a la inserción socio-laboral", *Zerbitzuan,* 51, 83-94.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 29/06/2020

LLINARES, L.I., CÓRDOBA, A.I. & ZACARÉS, J.J. (2011): "La medida de la empleabilidad desde las Empresas de Inserción Social". En *Trabajo, empleabilidad y vulnerabilidad social: condicionantes y potencialidades de la integración a través de las Empresas de Inserción Social* (CÓRDOBA, A.I. & MARTÍNEZ, I.), Valencia, SPUV, pp. 131-181.

LLINARES, L.I., ZACARÉS, J.J. & CÓRDOBA, A.I. (2016): "Discussing employability: current perspectives and key elements from a bioecological model", *Employee Relations,* 38(6), 961-974.

MARHUENDA FLUIXÁ, F. (2018): "Aprendizaje en el puesto de trabajo: investigar el desarrollo personal y la adquisición de competencias en empresas de inserción", *Educar*, 54(2), 491-509.

MARTÍNEZ RUEDA, N., GALARRETA, J. & ARÓSTEGUI, I. (2018): "Empleabilidad y empresas de inserción: modelo de prestaciones y apoyos", *Zerbizuan,* 67, 79-93. DOI: 10.5569/1134-7147.67.06

MCDONALD, P., GRANT-SMITH, D., MOORE, K. & MARSTON, G. (2020): "Navigating employability from the bottom up", *Journal of Youth Studies,* 23(4), 447-464. DOI: 10.1080/13676261.2019.1620925

MCQUAID, R.W. & LINDSAY, C. (2005): "The concept of employability", *Urban Studies,* 42(2), 197-219.

MOHD, HUSAIN, Y., MUSTAPHA, R., MALIK, S.A., MOHAMAD, S., RASUL, M.S. & MOKHTAR, S.B. (2013): *Employability Skills, Co-curriculum Management, Peer Interaction and Contextual Teachingand Learning in Technical Institutions*.

MORELAND, N. (2006): "Entrepreneurship and Higher Education: An Employability Perspective", *Learning y Employability Series One,* Nueva York: UK, ESECT.

NAUTA, A., A. VAN VIANEN, B. VAN DER HEIJDEN, K. VAN DAM, & M. WILLEMSEN (2009): "Understanding the Factors That Promote Employability Orientation: The Impact of Employability Culture, Career Satisfaction, and Role Breadth Selfefficacy", *Journal of Occupational & Organizational Psychology,* 82 (2): 233–251.

OLSON, D.A. & SHULZ, K.S. (2013): "Employability and career success: The need for comprehensive definitios of career success", *Industrial and Organizational Psychology,* 6, 17–38.

PÉREZ, C. (2003): "El Discurso de la Empleabilidad y las Funciones del Sistema Educativo. Repercusiones para la Sociología de la Educación", *X Conferencia de Sociología.* Disponible en http://www.uv.es/~jbeltran/ase/textos/perezsanchez.pdf.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29/06/2020

PORTA, L. & SILVA, M. (2003): "La investigación cualitativa: El Análisis de Contenido en la investigación educativa", *Anuario Digital de Investigación Educativa,*14, 1-18.

RECIO, A. & BANYULS, J. (2004): "Employment without technology? The paradox of Spanish Labour Market", *Economia et Lavoro,* 38(1), 115-137.

RENTERÍA, E. & MALVEZZI, S. (2008): "Empleabilidad, cambios y exigencias psicosociales en el trabajo", *Universitas Psychologica,* 2(2), 319-334.

ROZALÍA, M., BLAGA, P. & MATIS, C. (2019): "Supporting employability by a skills assessment innovative tool-Sustainable transnational insignhts from employers*", Sustainability,* 11, 3360, 1-18. DOI: 10.3390/su11123360

SALOGNON, M. (2007): "Re-Orienting Compagnies's Hiring Behaviour: An Innovative 'Back-To-Work' Method in France", *Work, Employment and Society,* 21(4), 713-730.

SANTOS, B. (2003): *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia,* Bilbao: Desclée de Brouwer.

SERRANO, M.A. (1999): "The concept of employability: A critical assessment to fight against youth unemployment", *European Trade Union Yearbook 01/01/2000,* Brussels, ETUI, 253-262.

SHULTZ, K.S. & OLSON, D.A. (2013): "The changing nature of work and retirement". En *The Oxford handbook of retirement* (Ed. WANG, M.), New York, NY: Oxford University Press, pp. 543–558.

STORME, E., DE LANNOY, A., LEIBBRANDT, M., DE BOECK, F., MUDIRIZA, G. (2019): *Developing a Multidimensional Youth Employability Index to unpack vulnerabilities in the lived realities of youth in Post-apartheid South Africa*, Cape Town: SALDRU, UCT.

TERZAROLI, C. & OYEKUNLE, Y. (2019): "Career service as a measure to support employability: A comparison between the university of Florence and the University of Lagos", *Andragoška spoznanja/Studies in Adult Education and Learning,* 25(1), 89-110.

THIJSSEN, J.G.L., VAN DER HEIJDEN, B.I. J.M. & ROCCO, T.S. (2008): "Toward the employability link model: Current employment transition to future employment perspectives", *Human Resource Development Review*, 7(2), 165-183.

UNESCO (2015): *Declaración de Incheon y Marco de Acción ODS 4-Educación 2030.* Disponible en http://www.unesco.org/new/es/education/themes/leading-the-international-agenda/education-for-all/sdg4-education-2030

VEGA, L.E.S., BELLO, E.A. & GARCÍA, L.F. (2018): "Trayectorias laborales y competencias de empleabilidad de jóvenes nacionales e inmigrantes en riesgo de exclusión social", *Revista Complutense de Educación*, 29(2), 355-369.

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA ACEPTACIÓN: 29/06/2020

VENTURA, J. (2005): *El prácticum en los estudios pedagógicos y la inserción laboral. Nuevos enfoques ante el reto europeo.* Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, Barcelona, España.

WILLIAMS, S., DODD, L.J., STEELE, C. & RANDALL, R. (2016): "A systematic review of current understandings of employability", *Journal of Education and Work*, 29 (8), 877-901. DOI: 10.1080/13639080.2015.1102210

FECHA DE ENTRADA: 30/03/2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29/06/2020

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

Coordina:
Isabel Rodríguez Martínez
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad CEU-Cardenal Herrera, Valencia

Joaquín J. Marco Marco
Sobre el órgano judicial competente para resolver la casación frente a normas de derecho civil autonómico. Comentario al Auto 8857/2018, de 5 de septiembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

Ana Belén Campuzano
La condena a la cobertura del déficit concursal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 597/2018, Civil, de 31 de octubre (Roj: STS 3679/2018)

Manuel García Jiménez
Derechos de sindicación y libertad sindical en las Cooperativas de Trabajo Asociado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 8 de mayo de 2019. Roj:1944/2019

Javier Guillem Carrau
Práctica concertada de boicot a terceros de los socios cooperativistas y responsabilidad de la cooperativa: Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo núm. 1497/2018

SOBRE EL ÓRGANO JUDICIAL COMPETENTE PARA RESOLVER LA CASACIÓN FRENTE A NORMAS DE DERECHO CIVIL AUTONÓMICO

COMENTARIO AL AUTO 8857/2018, DE 5 DE SEPTIEMBRE, DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Joaquín J. Marco Marco
Letrado de las Corts Valencianas
Profesor de la Universidad CEU Cardenal Herrera

RESUMEN
El Auto 8857/2018, de 5 de septiembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo determina la competencia respecto de la resolución de un recurso de casación planteado por una cooperativa gallega frente a una sentencia en apelación de la Audiencia Provincial de A Coruña. El Auto, que reitera la posición de otro Auto de marzo de 2015, supone una modificación en la línea jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo al considerar que la competencia, por tratarse de derecho civil autonómico –no derecho foral- corresponde al Tribunal Supremo y no al Tribunal Superior de Justicia de Galicia, como se había venido considerando anteriormente.

PALABRAS CLAVE: cooperativas, recurso casación, jurisprudencia, derecho foral, derecho civil autonómico.

CLAVES ECONLIT: K15, K41, P13.

Cómo citar este artículo/How to cite this article: MARCO MARCO, J.J..: "Sobre el órgano judicial competente para resolver la casación frente a normas de derecho civil autonómico. Comentario al Auto 8857/2018, de 5 de septiembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 36, 2020, pp. 391-402. DOI: 10.7203/CIRIEC-JUR.36.17421.

ABOUT THE COMPETENT JUDICIAL AUTHORITY TO RESOLVE THE CASSATION APPEAL AGAINST AUTONOMIC CIVIL LAW
Comment to the judicial order 8857/2018, september 5, of the civil chamber of the Supreme Court

ABSTRACT
The Order 8857/2018, September 5, of the civil chamber of the Supreme Court determines the jurisdiction regarding the resolution of a cassation appeal filed by a Galician cooperative against a judgment on appeal from the Provincial Court of A Coruña. The Order, which reiterates the position of another Order of March 2015, involves a modification in the jurisprudential line of the first chamber of the Supreme Court, considering that the jurisdiction, being autonomic civil law -not special law- corresponding to the Supreme Court and not to the Superior Court of Justice of Galicia, as previously presented.

KEYWORDS: Cooperatives, Cassation Appeal, Jurisprudence, Regional Law, Autonomic Civil Law.

SUMARIO

1. Presentación. 2. La normativa reguladora. 3. El Derecho civil, foral o especial, propio de una Comunidad Autónoma, el derecho civil estatal y el derecho civil autonómico. 4. El giro jurisprudencial. 5. Reflexión final. Bibliografía.

1. Presentación

Cogalso Ferrolterra, Sociedad Cooperativa Galega de Trabajo Asociado interpuso recurso de casación (y recurso extraordinario por infracción procesal) ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia contra la sentencia dictada, en apelación, por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de A Coruña. La interposición del recurso de casación, que es el que aquí nos ocupa, se fundamentaba, desde el punto de vista de la recurrente, en la infracción de varios artículos de la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó al respecto un Auto, de 24 de enero de 2018, en cuya parte dispositiva acordó "Abstenerse de conocer por incompetencia funcional del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de *Cogalso Ferrolterra, Sociedad Cooperativa Galega de Trabajo Asociado*, contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña con fecha 22 de mayo de 2017", remitiéndose las actuaciones a las partes para que comparecieran ante la Sala Primera del Tribunal Supremo en el plazo de diez días.

La representación procesal de *Cogalso Ferrolterra* compareció ante el Tribunal Supremo solicitando que "conforme viene indicando la Sala Primera declare su incompetencia para conocer de estos recursos en materia de cooperativas gallegas, (…) señalando que la competencia corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Galicia y devuelva las actuaciones y rollos al Tribunal gallego y se nos emplace para personarnos de nuevo ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia", salvaguardando que "si se declara competente, por algún cambio de criterio, se nos conceda (…) plazo para realizar las adaptaciones correspondientes de recurso por infracción de norma de derecho civil especial a recurso de casación por infracción por normas de derecho común". El Ministerio Fiscal informó, en la línea de la recurrente, que "corresponde conocer de este recurso de casación y extraordinario por infracción procesal a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia".

Sin embargo, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (constituida en Pleno), con D. Francisco Marín Castán como ponente, dictó Auto 8857/2018, de 5 de septiembre, en la que se consideró competente para el conocimiento del recurso de casación, variando con ello la jurisprudencia precedente. Ese cambio de criterio jurisprudencial es lo que motiva el análisis del Auto que se va realizar a continuación.

2. La normativa reguladora

El artículo 73.1, letra a), de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que "la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Civil: a) Del recurso de casación que establezca la ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la comunidad autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución". En términos similares se expresa el artículo 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil[1].

Dichos artículos exigen, por tanto, tres requisitos para que la Sala de lo Civil (y Penal) de un Tribunal Superior de Justicia pueda conocer de un recurso de casación:

1. Que el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de que se trate haya previsto esta atribución;
2. Que el recurso de casación se presente contra la resolución de un órgano jurisdiccional del orden civil con sede en dicha Comunidad Autónoma; y
3. Que el recurso se funde en la infracción de normas del derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad.

Veamos el cumplimiento de cada uno de esos requisitos en el caso que nos ocupa:

En primer lugar, el Estatuto de Autonomía de Galicia, en su artículo 22.1 indica que "la competencia de los órganos jurisdiccionales en Galicia se extiende: a) En el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias de derecho civil gallego", precepto que daría cumplimiento a

1. Artículo 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: "1. El conocimiento del recurso de casación, en materia civil, corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo. No obstante, corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución".

la primera de las exigencias establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley de Enjuiciamiento Civil[2].

En segundo lugar, el recurso de casación se interponía contra la sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, órgano con jurisdicción en el orden civil y sede en Galicia, lo que satisfacía la segunda de las exigencias.

Así las cosas, parece que la clave se podría encontrar en el cumplimiento de la tercera de las exigencias, esto es, que el recurso estuviera fundado en la infracción de normas del derecho civil, foral o especial de la Comunidad o, dicho de otro modo, si se debía entender o no que la regulación de las Cooperativas que se hace en la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia, se puede entender, en la expresión que recoge el artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como "normas del derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad".

Efectivamente, el Fundamento Jurídico Segundo del Auto 8857/2018, de 5 de septiembre, que estamos analizando, reconoce que el cumplimiento de esa tercera exigencia es la clave del asunto; así, después de indicar que "ninguna duda hay de que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia es competente para el conocimiento y decisión de recursos de casación civil en los términos que prevén los arts. 73.1 a) LOPJ y 478.1 LEC y la Disposición Final 16ª de la propia LEC", el factor determinante para la decisión de esta Sala es "si las normas autonómicas citadas como infringidas en los motivos del recurso, es decir, los artículos 64, 67 y 60 de la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia, constituye o no, en los términos del artículo 149.1.8º de la Constitución *Derecho civil foral o especial de Galicia* o, según los artículos 73.1 a) LOPJ y 478.1 LEC, *Derecho civil, foral o especial, propio* de esa misma Comunidad Autónoma". Profundicemos, por tanto, en esta cuestión.

3. El Derecho civil, foral o especial, propio de una Comunidad Autónoma, el derecho civil estatal y el derecho civil autonómico

El artículo 149.1 de la Constitución Española enumera aquellas materias en las que el Estado tiene competencia exclusiva, indicando en su apartado 8º que es competencia exclusiva del Estado la legislación civil, pero "sin perjuicio de la conserva-

2. El ordenamiento jurídico gallego cuenta con la Ley 5/2005, de 25 de abril, reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia, que sustituye a la Ley 11/1993, de 15 de julio, sobre recurso de casación en materia de derecho civil especial de Galicia, que fue declarada parcialmente inconstitucional en la Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2004, de 25 de marzo. (Al respecto puede verse Busto, 2004).

ción, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan". Es decir, que las Comunidades Autónomas que ya contaran en el momento de la entrada en vigor de la Constitución ("allí donde existan") con un derecho civil, foral o especial, podrían conservarlo, modificarlo y desarrollarlo, si bien, al margen del mismo, la competencia exclusiva para la legislación civil correspondería al Estado, no pudiendo tampoco las Comunidades Autónomas regular las materias a las que se alude en la parte final del 149.1-8º: "En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial".

Si bien la extensión y límites de dicho derecho civil, foral o especial, no es el objeto del presente comentario, sí puede apuntarse que la jurisprudencia ha sido oscilante en la materia, siendo la Sentencia del Tribunal Constitucional 82/2016, de 28 de abril, un buen ejemplo de ello. En todo caso, de forma general puede entenderse que el desarrollo de los derechos civiles forales o especiales no debe vincularse rígidamente al contenido de sus instituciones, ya que se puede ampliar a instituciones conexas[3] con las reguladas en su compilación o a sus normas consuetudinarias, pero el desarrollo del derecho civil propio no puede impulsarse en cualquier dirección, ni sobre cualquier materia, ya que no supone una competencia legislativa autonómica ilimitada por razón de la materia[4].

Prima facie, por tanto, en el territorio de Galicia podrían convivir dos tipos de normas de ámbito civil: aquellas derivadas de la competencia exclusiva del Estado, cuya infracción sería susceptible, en su caso, de recurso de casación ante el Tribunal Supremo; y aquellas emanadas de la propia Comunidad Autónoma, derivadas del derecho civil, foral o especial ("propio", añade la Ley Orgánica del Poder Judicial), cuya infracción podría ser objeto de recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

¿En cuál de ambas debemos entender que se ubica la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia? Una respuesta apresurada nos podría llevar a afirmar que, tratándose de una norma aprobada por el Parlamento de Galicia, la misma no puede ser considerada como una norma estatal y que, por tanto, por exclusión, no quedaría más alternativa que incluirla en el bloque de derecho civil, foral

3. Pueden verse las SSTC 95/2017, de 6 julio, 40/2018, de 26 abril y 132/2019, de 13 de noviembre. (Respecto de la primera de ellas, el comentario de Bercovitz, 2018).

4. A este respecto puede verse Plaza, 2012.

o especial, de Galicia. Sin embargo, la respuesta no debería ser esa porque la realidad a la que nos enfrentamos no es dual, como he apuntado anteriormente, sino trina: al derecho civil estatal y al derecho civil, foral o especial, propio de las Comunidades Autónomas, debemos sumar un *tertium genus*, al que podríamos llamar "derecho civil autonómico"[5]; en tal categoría deberíamos incluir normas de derecho civil elaboradas por las Comunidades autónomas que, sin ser derecho civil preexistente al surgimiento de la Constitución ni propio de esos territorios, se ha venido desarrollando por las mismas, eso sí, sin invadir -cuanto menos- las materias que la Constitución reserva en la parte del artículo 149.1 8º al Estado.

Como explica Plaza (2012), "junto con la competencia en materia de Derecho civil propio, foral o especial que tienen algunas comunidades autónomas, ha aparecido, tras la Constitución española y el desarrollo del Estado autonómico, una serie de Leyes y disposiciones normativas que tienen su base en el desarrollo en competencias concretas que ha asumido y desarrollado la Comunidad Autónoma, dando lugar al llamado Derecho Civil autonómico. Por tanto, la diferencia esencial entre derecho civil foral o especial y derecho civil autonómico estriba en que sobre Derecho civil foral o especial solo tienen competencias algunas comunidades autónomas, mientras que sobre derecho civil autonómico pueden tener competencias todas, tanto las que tienen derecho civil propio como las que no, siempre que dicha ley sea desarrollo de una o varias competencias propias. (…) El desarrollo del llamado derecho civil autonómico ha sido muy significativo y tiene cada vez más una dimensión mucho mayor, a la vez que plantea menos problemas de constitucionalidad, especialmente si se desarrolla dentro de su ámbito competencial y con respeto a las competencias estatales".

En ese tercer género, en el del derecho civil autonómico, es en el que deberíamos situar la Ley que nos ocupa, esto es, la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia, así como otras muchas leyes de otras tantas Comunidades Autónomas en materias como fundaciones, asociaciones, mediación familiar, Puntos de Encuentro Familiar, uniones de hecho, vivienda o consumo, por poner algunos ejemplos.

Así lo entiende el Tribunal Supremo quien, en el Fundamento Jurídico Tercero del Auto que estamos analizando, indica que "conforme al auto del pleno de esta sala de 3 de marzo de 2015, (…) el criterio más seguro -que ahora se reitera- para responder a esta cuestión es el de la competencia legislativa, de modo que una norma autonómica podrá calificarse de norma de Derecho Civil foral o especial si ha sido aprobada por la asamblea legislativa correspondiente en el ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 149.1 8º de la Constitución, como sucede, para Gali-

5. Puede verse Helguera, 2010.

cia, con la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia[6]", pero "no toda norma autonómica aplicable para resolver litigios sobre materias de Derecho privado constituye norma de Derecho civil foral o especial, pues las competencias de las comunidades autónomas pueden extenderse, en mayor o menor medida, a materias que guarden relación con el Derecho privado pero que en puridad no integran su Derecho civil propio". En esa línea incide el Fundamento Jurídico cuarto, en el que la Sala expone que, según el preámbulo de la ley en cuestión, la misma "se aprobó por el Parlamento de Galicia en el ejercicio de la competencia legislativa amparada en el artículo 129.2 de la Constitución –en cuanto encomienda a los poderes públicos la promoción de las diversas formas de participación en la empresa y el fomento, mediante una legislación adecuada, de las sociedades cooperativas- y en el artículo 5.3 del Estatuto de Autonomía de Galicia -en cuanto reconoce la potestad para hacer uso de las facultades previstas en el apartado 1 del artículo 130 de la Constitución, atendiendo a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos-. La competencia exclusiva en materia de cooperativas se asume en virtud de la transferencia hecha por la Ley Orgánica 16/1995, de 27 de diciembre, ampliando la prevista en el artículo 28.7 del Estatuto de Autonomía de Galicia. Por tanto, la Ley de Cooperativas no se aprobó por el Parlamento de Galicia en el ejercicio de la competencia legislativa de conservación, modificación y desarrollo de las instituciones de Derecho civil gallego atribuida a la comunidad autónoma gallega en el apartado 4 del art. 27 de su Estatuto de Autonomía", ni consecuentemente, de lo establecido en el artículo 149.1 8º de la Constitución.

4. El giro jurisprudencial

Desde mi punto de vista la argumentación del Tribunal Supremo es inapelable y, un Auto de estas características no tendría mayor relevancia si no fuera porque, lo aquí expuesto, supone la confirmación de una nueva línea jurisprudencial, modificando el criterio existente hasta ese momento.

En Auto de 4 de diciembre de 2007, con Xiol Ríos como ponente, el Tribunal Supremo consideró, precisamente en relación a la Ley de Cooperativas de Galicia como telón de fondo, que *"*(…) entiende esta Sala que la Ley de Cooperativas de Galicia no puede ser excluida del concepto de Derecho civil especial propio de dicha Comunidad Autónoma, ya que estamos ante una materia que, sin perjuicio del fundado

6. La Compilación de Derecho Civil de Galicia de 2 de diciembre de 1963 fue sustituida por la Ley de Derecho Civil de Galicia de 24 de mayo de 1995, a su vez derogada por la Ley de 14 de junio de 2006. Consta de un Título Preliminar y diez Títulos.

criterio mantenido por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior Justicia, es regulada por una norma específica de ámbito territorial en la Comunidad Autónoma y su denuncia se produce en un proceso conocido por un órgano de la jurisdicción civil, lo que justifica que su tratamiento sea el que se halla en el espíritu que ha movido al legislador al establecer la norma competencial contenida en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 478 de la LEC, ya que en este precepto se halla la intención de que el Tribunal Superior de Justicia interprete el derecho propio de la Comunidad Autónoma en desarrollo de la función unificadora y nomofiláctica ejercida respecto a los órganos civiles de la Comunidad a través del recurso de casación civil, respecto a una norma de ámbito territorial".

En esa línea, los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, con el aval jurisprudencial del Tribunal Supremo, resolvían los recursos de casación que, cumpliendo el resto de exigencias del artículo 73 de la LOPJ, se le planteaban, fuera cual fuera el tipo de norma civil impugnada, siempre que la misma hubiera emanado de una Comunidad Autónoma. Así, como explica Zubiri (2019), el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, por ejemplo, ha dictado sentencias de casación en materia de cooperativas (sentencias de 16 de diciembre de 2014, 15 de enero de 2015 y 28 de noviembre de 2017), de caza (sentencia de 7 de noviembre de 2001), y de protección a la infancia y la adolescencia (sentencias de 30 de junio de 2016, 30 de enero de 2017, 11 de mayo de 2017 y 16 de enero de 2019).

Sin embargo, esa línea jurisprudencial comenzó a virar en el Auto de 3 de marzo de 2015 -referido a normas gallegas sobre vivienda y con Martín Castán, como en el caso actual, como ponente-, manteniendo dicho viraje en el Auto de 20 de mayo de 2015, relativo a normas civiles del País Vasco, y siendo el Auto 8857/2018, de 5 de septiembre, ahora analizado, que hace referencia expresa al de marzo de 2015, el que, al reiterar el criterio allí adoptado, configura jurisprudencia en materia procesal.

Así, el Auto 8857/2018, entiende que la resolución del recurso de casación "corresponde a esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y no a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, lo que determina igualmente la competencia de esta sala para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal conjuntamente formulado por la misma parte litigante, no sin advertir que los Tribunales Superiores de Justicia nunca han llegado a tener atribuida la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal". Ello supuso, aunque resulte menos relevante a nuestra exposición, que "para evitar a las partes del presente recurso cualquier posible indefensión derivada de la falta de competencia funcional de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y conforme al criterio ya aplicado por esta sala (ATS de 19 de julio de 2017, rec. 1180/2015), procede otorgar a la cooperativa recurrente el término previsto en el

art. 62.2 LEC para que adapte -si así lo considera conveniente a su derecho- la formulación de sus recursos teniendo ya en cuenta la competencia de esta Sala Primera del Tribunal Supremo".

De lo expuesto, se deriva la parte dispositiva del Auto en el que la Sala acuerda:

1. "Que la competencia para conocer de los presentes recursos de casación y extraordinario por infracción procesal corresponde a esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y no a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
2. Otorgar a la cooperativa recurrente el plazo de cinco días para que proceda, si así lo considera conveniente a su derecho, a reformular su recurso de casación adaptándolo a la competencia funcional de esta Sala.
3. Poner este auto en conocimiento de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia a los efectos procedentes".

Obviamente, el Auto de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 5 de septiembre de 2018 ha provocado que, como en su momento hizo el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, otros muchos Tribunales Superiores de Justicia de otras Comunidades Autónomas hayan dictado resoluciones absteniéndose del conocimiento de recursos de casación basados en la infracción de normas de derecho civil autonómico –no de derecho civil, foral o especial-. Sirva como ejemplo el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 23 de enero de 2019, en el que, ante un recurso de casación cuyo objeto era la aplicación al caso, bien de la Ley 5/2002 de caza de Aragón o bien la Ley 1/2005 de caza de Aragón, que sustituyó a la anterior, siendo de aplicación una u otra en función del momento en que se considerara producido el daño cuya reparación se solicitaba -cuestión que, a los efectos de la decisión sobre competencia, resulta irrelevante-. En dicho asunto, las partes consideraban que la sala de Aragón era competente, pero el Ministerio Fiscal no lo entendía así al considerar que la legislación autonómica sobre caza no integra, en rigor, derecho foral aragonés, y que las leyes a aplicar no habían sido dictadas en el ejercicio de la competencia que a la Comunidad Autónoma le atribuye el art. 149.1.8ª de la CE-. En consecuencia, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón dictó Auto de 23 de enero de 2019 en el que, conforme a lo establecido por el Tribunal Supremo en los Autos aquí referidos –y particularmente en el analizado-, decidió que la competencia para conocer del recurso de casación por una invocada infracción de la legislación aragonesa de caza no correspondía al TSJ de Aragón, sino que el recurso debe interponerse, en su caso, ante la Sala Primera del Tribual Supremo (Zubiri, 2019).

5. Reflexión final

A mi parecer, la decisión adoptada por la Sala Primera del Tribunal Supremo resulta la más acorde con la literalidad de la legislación existente (Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley de Enjuiciamiento Civil y el propio Estatuto de Autonomía de Galicia), resultando ilógico, desde esa perspectiva, no ya el cambio de criterio, sino la previa utilización del anterior.

Sin embargo, es cierto que tal decisión dificulta –como apunta Zubiri (2019)- o puede disuadir a las partes de la interposición de este tipo de recursos de casación, ya que los plazos de resolución y los gastos se incrementan, lo que podría generar un menor índice de recurribilidad, es decir, que realmente se interpondrán y resolverán menos recursos de casación en los que se invoque la infracción de leyes de cualquier Comunidad Autónoma que no integren, estrictamente, el desarrollo del derecho foral propio, con la consiguiente y perjudicial merma de acervo jurisprudencial y de fijación de criterios exegéticos acerca de todas esas materias.

Sobre la base de la *lege data* la decisión me parece ineludible; la solución para alcanzar el desiderátum planteado en el párrafo anterior, debería ser de *lege ferenda*.

Bibliografía

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R: "El requisito de la conexión para el desarrollo de los derechos civiles forales o especiales", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, Aranzadi,* nº. 7/2018, 2018, pp. 1-6.

BUSTO LAGO, J.M: "Ámbito de la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de Derecho civil: especialidades en la regulación autonómica del recurso de casación en materia de Derecho civil propio de Galicia (A propósito de la STC 47/2004, de 25 de marzo)", *Derecho privado y Constitución, Centro de Estudios Constitucionales,* nº. 18, 2004, pp. 89-142.

HELGUERA LUJÁN, L.M: "Constitución y foralidad civil: de los derechos forales al derecho civil autonómico", *La Constitución española de 1978 después de su trigésimo aniversario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 343-372.

PLAZA PENADÉS, J.: "El Derecho Civil, los Derechos Civiles forales o especiales y el Derecho Civil autonómico", *Revista Derecho Civil Valenciano,* nº. 12, 2012. http://www.derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/numero-12-segundo-semestre-2012/item/194-el-derecho-civil-los-derechos-civiles-forales-o-especiales-y-el-derecho-civil-autonómico

ZUBIRI DE SALINAS, F.: "Competencia en materia de casación aragonesa: derecho civil propio y derecho foral", *Revista Digital del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, nº. 14, 2019.
www.revista.reicaz.es/numeros-anteriores/n-014/competencia-en-materia-de-casacion-aragonesa-derecho-civil-propio-y-derecho-foral/

LA CONDENA A LA COBERTURA DEL DÉFICIT CONCURSAL

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 597/2018, CIVIL, DE 31 DE OCTUBRE (ROJ: STS 3679/2018)

Ana Belén Campuzano Laguillo
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad San Pablo CEU

RESUMEN
La cuestión que aborda la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018 es la relativa al alcance de la condena a la cobertura del déficit concursal, en el supuesto, planteada a los miembros del consejo rector de una cooperativa. En este contexto, se analiza la condena a la cobertura del déficit concursal prevista en nuestra legislación de insolvencia, desde la perspectiva de las modificaciones legales introducidas en la misma y su interpretación.

PALABRAS CLAVE: Condena a la cobertura del déficit concursal, legislación de insolvencia.

Cómo citar este artículo/How to cite this article: CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.: "La condena a la cobertura del déficit concursal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 597/2018, Civil, de 31 de octubre (Roj: STS 3679/2018)", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 36, 2020, pp. 403-422. DOI: 10.7203/CIRIEC-JUR.36.17461.

THE SENTENCE FOR THE COVERAGE OF THE INSOLVENCY DEFICIT
Commentary to the Supreme Court Judgment 597/2018, Civil, of October 31 (Roj: STS 3679/2018)

ABSTRACT
The issue proposes by the Supreme Court Judgment of October, 31, 2018, is the scope of the sentence for the coverage of the insolvency deficit, in the case, raised to the members of the governing council of a cooperative. In this context, the sentence of the insolvency deficit coverage provided for in our insolvency legislation is analyzed, from the perspective of the legal modifications introduced in it and its interpretation.

KEYWORDS: Sentence for the coverage of the insolvency deficit, insolvency legislation.

SUMARIO

I. Planteamiento de la cuestión. II. El supuesto de hecho. III. Comentario. 1. La evolución del régimen jurídico de condena a la cobertura del déficit concursal. 2. La naturaleza resarcitoria de la condena a la cobertura del déficit concursal. 3. La condena a la cobertura del déficit en el texto refundido de la Ley Concursal. Bibliografía.

I. Planteamiento de la cuestión

La cuestión de fondo que se plantea en el recurso de casación resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018 es la relativa a la condena, a los miembros del consejo rector de una cooperativa, al pago del déficit concursal. Por la fecha de los hechos el Tribunal Supremo aplica el artículo 172.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en su redacción originaria -precepto que ha sido modificado con posterioridad- y el artículo 47 de la Ley 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha -norma que ha sido derogada por la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha-.

En la actualidad, la condena a la cobertura del déficit concursal se regula en el artículo 172 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y, a partir del 1 de septiembre de 2020, en el artículo 456 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (cobertura del déficit concursal que el texto refundido también contempla expresamente en el art. 702 para el supuesto de concurso consecutivo). Por su parte, la actual Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha mantiene sus previsiones normativas respecto a la responsabilidad de los consejeros y, además, declara expresamente la aplicación a las cooperativas de la legislación concursal (art. 120). En este contexto legislativo, la cuestión central que se plantea es la relativa al alcance de la condena a la cobertura del déficit concursal prevista en nuestra legislación de insolvencia.

II. El supuesto de hecho

La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018 resuelve el recurso de casación interpuesto contra la resolución dictada por la Audiencia Provincial que

declaraba culpable el concurso de una sociedad cooperativa, revocando la calificación de concurso fortuito que había determinado el juzgado de instancia.

En síntesis, los antecedentes de hecho parten de la presentación de escrito de alegaciones, por parte de una sociedad anónima, solicitando la calificación culpable del concurso de la sociedad cooperativa, así como la condena a los miembros integrantes de su consejo rector a la cobertura del déficit concursal. El informe de la administración concursal propuso la calificación del concurso como culpable por el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad, solicitó la inhabilitación de las personas afectadas por el concurso y concluyó que no cabía apreciar la existencia de daños y perjuicios por las anteriores irregularidades cometidas. El Ministerio Fiscal se adhirió a la propuesta de la administración concursal.

El juzgado de primera instancia desestimó la solicitud de declaración de calificación culpable del concurso, calificándolo como fortuito. Interpuesto recurso de apelación por la sociedad anónima demandante y escrito de impugnación por el Ministerio Fiscal, la sentencia de la Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia, declaró la calificación culpable del concurso, decretó la inhabilitación por cinco años de los miembros del consejo rector y los condenó al pago del déficit concursal.

Frente a la sentencia de apelación, los demandados interponen recurso de casación. Sobre la base de que en el recurso interpuesto la calificación culpable del concurso no resulta cuestionada, se denuncia la infracción de la normativa aplicable a la cobertura del déficit concursal. La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018 estima el recurso de casación, al considerar *que la caracterización de la responsabilidad por déficit concursal, en la regulación anterior a la reforma operada por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, giraba en torno a tres consideraciones: i) La condena de los administradores de una sociedad concursado a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa no es una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable sino, que requiere. una justificación añadida. ii) Para que se pueda pronunciar esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el precepto, consistentes en que la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación, es necesario que el tribunal valore, conforme a criterios normativos y a fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164 de la Ley Concursal (haber causado o agravado, con dolo o*

culpa grave, la insolvencia), ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo precepto (haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio por causa imputable al concursado, etc.). iii) No se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social -y, al fin, a la sociedad- y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable. En el presente caso, el "automatismo" tanto en la solicitud de condena al déficit concursal realizada por la demandante, como en la concesión de dicha condena por la sentencia recurrida, se opone a la jurisprudencia de esta sala en los términos expuestos.

III. Comentario

1. La evolución del régimen jurídico de condena a la cobertura del déficit concursal

Conforme a la previsión del artículo 172 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la condena a la cobertura del déficit concursal, usualmente denominada responsabilidad concursal, hace referencia al pronunciamiento de la sentencia de calificación culpable del concurso de persona jurídica en el que se haya abierto la fase de liquidación concursal, que podrá condenar, aparte de a los socios en determinadas circunstancias, a los administradores, liquidadores o apoderados generales causantes de la insolvencia, a cubrir, total o parcialmente, el déficit resultante del concurso de acreedores. Con el nombre de responsabilidad concursal se conoce, pues, al pronunciamiento de la sentencia de calificación culpable limitado a los concursos de personas jurídicas cuya solución sea la liquidación -directamente o como consecuencia del fracaso del convenio- sometido a la apreciación judicial en cuanto a las personas afectadas y al grado de su responsabilidad en la generación o en la agravación de la insolvencia, por el que puede condenarse a los administradores o liquidadores -de derecho o de hecho- o apoderados generales de la persona jurídica concursada causantes de la insolvencia o a los socios que se hubieran negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación, a la cobertura, total o parcial, del déficit en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia. Si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección de calificación por incumplimiento del convenio, el juez atenderá para fijar la condena tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura.

La redacción del referido artículo 172 bis de la Ley Concursal es el resultado de varias reformas legislativas operadas en este ámbito. En su redacción originaria, el artículo 172.3 de la Ley Concursal regulaba la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales por déficit concursal. La regulación de esta responsabilidad por déficit fue modificada primero por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que la trasladó al artículo 172.bis de la Ley Concursal, en parecidos términos a como estaba regulada en el artículo 172.3, aunque precisando su redacción y coordinando su inclusión con las acciones de responsabilidad contra los administradores previstas en la legislación de sociedades de capital[1]. De tal forma que la jurisprudencia que inter-

1. El sistema de responsabilidad concursal de los administradores diseñado inicialmente por la Ley Concursal presentaba un defecto de concepción, al no insertarse de forma adecuada en el modelo general de responsabilidad de los administradores. En efecto, una parte de las dificultades de interpretación de la responsabilidad concursal derivó de la existencia de varios regímenes de responsabilidad de los administradores sociales que se superponían y que podían coexistir durante el concurso de acreedores, siempre que se calificase como culpable y se produjese la apertura de la fase de liquidación. Así, la responsabilidad de los administradores por daños (arts. 236 y ss. LSC) y la responsabilidad por obligaciones sociales como consecuencia del incumplimiento de los deberes específicamente impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución (art. 367 LSC) previstas en la Ley de Sociedades de Capital, no fueron en un primer momento objeto de coordinación con la responsabilidad concursal en la que podían incurrir los administradores de la persona jurídica concursada en un concurso calificado como culpable en el que se produzca la apertura de la fase de liquidación. La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, coordina, finalmente, estos regímenes de responsabilidad, indicando en su Preámbulo que *la ley pretende igualmente precisar el régimen jurídico de algunos aspectos concretos del concurso. Así sucede en primer lugar con la regulación de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles durante el concurso, tratando de armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante su tramitación: la responsabilidad por daños a la sociedad, que ahora habrá de ser exigida necesariamente por la administración concursal, y la denominada responsabilidad concursal por el déficit de la liquidación, que se mantiene, aunque con importantes precisiones en su régimen jurídico que tratan de resolver los principales problemas que la aplicación ha suscitado en nuestros tribunales.* Como resalta la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2013, *la Ley 22/2003, de 9 de julio, en la redacción anterior a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no establecía expresamente un sistema de coordinación y, menos, una incompatibilidad entre la tramitación del concurso de la sociedad deudora y el ejercicio por sus acreedores de acciones de cumplimiento de obligaciones sociales, dirigidas contra los administradores por el incumplimiento de los deberes que a los mismos venían impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución de la sociedad (…). No obstante, tras su reforma por Ley 38/2011, de 10 de octubre, la Ley Concursal ha dado un tratamiento diferente a la cuestión que se plantea en el motivo. En efecto, en el preámbulo de aquella Ley se señala que la misma pretende precisar el régimen jurídico de algunos aspectos concretos del concurso y, en primer lugar, "la regulación de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles durante el concurso, tratando de armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante su tramitación".* Entre otros, ALONSO UREBA, A.: "Las relaciones entre las acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores y la responsabilidad concursal de los mismos (artículo 48 quáter LC)". En *Estudios sobre derecho de la insolvencia* (GARCÍA BARTOLOMÉ, PACCHI & PÉREZ DEL BLANCO), Eolas, León, 2016, págs. 291-304; GARCÍA CRUCES, J.A.: "Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada", *ADCo*, núm. 28, 2013-1, págs. 31-68; id. *Insolvencia y responsabilidad*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2012; HERNANDO MENDÍVIL, J.: *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria La ley 38/2011, de*

pretó el originario artículo 172.3 de la Ley Concursal y determinó los caracteres de esta responsabilidad, resultaba sustancialmente aplicable al artículo 172 bis de la Ley Concursal introducido por la Ley 38/2011. Posteriormente, como destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de Pleno 772/2014, de 12 de enero de 2015, se declara que la reforma introducida por el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (que recibió el refrendo parlamentario mediante la Ley 17/2014, de 30 de septiembre), cambia sustancialmente la justificación de esta responsabilidad por déficit, al incorporar en el artículo 172.bis la exigencia expresa de que la condena a cubrir el déficit concursal lo sea en la medida en que la conducta que mereció la calificación culpable hubiera generado o agravado la insolvencia (art. 172 bis LC)[2].

Los presupuestos, por tanto, para que pueda imponerse la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit son que se trate del concurso de una persona jurídica; que la sección se haya formado o reabierto como consecuencia de la apertura de la liquidación; que el concurso haya sido calificado de culpable; y que la masa activa sea insuficiente para satisfacer íntegramente el déficit. Se trata de un efecto específico del concurso culpable que recaerá, entre otros, sobre aquellos administradores -o liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales- que hayan sido considerados previamente en la propia sentencia personas afectadas por la calificación. La cuantía de la condena dependerá, por ello, del comportamiento de la persona condenada. En

10 de octubre, y la primera jurisprudencia del Tribunal Supremo, Bosch, Barcelona, 2013; MARTÍN REYES, M.A.: "La concurrencia de acciones en orden a la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales", *ADCo*, núm. 26, 2012-2, págs. 177-204; MORALES BARCELO, J.: "La coordinación entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad societaria en Derecho español", *Revista de Derecho,* núm. 21, 2016, págs. 3-19; QUIJANO, J.: "Coordinación de acciones societarias (social, individual y por deudas) y concursales de responsabilidad", *RDCyP,* núm. 22, 2015, págs. 43-50 y "La responsabilidad concursal tras la Ley 38/2011 de reforma de la Ley concursal", *RDCyP*, núm. 18, 2013, págs. 51-66; SANZ ACOSTA, L.: "La reforma concursal de la Ley 38/2011 en materia de calificación y responsabilidad de administradores por deudas sociales y concurso", *Actualidad civil*, núm. 1, 2012; TORRUBIA CHALMETA, B.: "La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: carácter sancionador y encaje con las acciones societaria», *RDM*, núm. 287, 2013, págs. 211-236.

2. La citada Sentencia del Tribunal Supremo de Pleno 772/2014, de 12 de enero de 2015, considera que el legislador introduce "un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias a los socios) a la cobertura total o parcial del déficit "en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia"". En lo relativo al Derecho transitorio, en esta sentencia se entiende que el régimen legal aplicable será el vigente al tiempo de abrirse la sección de calificación (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2016). Sobre las discusiones en torno a la naturaleza de la responsabilidad concursal y las modificaciones legales realizadas sobre la misma, entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2017; de 1 de diciembre de 2016; y de 22 de julio de 2015.

caso de pluralidad de administradores condenados, la condena no deberá ser solidaria, sino que el juez habrá de determinar qué pena impone a cada uno: en caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.

En la responsabilidad concursal la condena consiste en la cobertura, total o parcial, del déficit de concurso, de forma que todo lo obtenido en ejecución de la sentencia de calificación, se integrará en la masa activa del concurso: "el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles (…), que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia". El juez del concurso puede graduar la responsabilidad concursal, acordándola por la totalidad o por parte del déficit concursal, en atención a factores tales como la gravedad de la conducta determinante del carácter culpable del concurso o la intensidad de la participación de cada administrador o liquidador en la misma. Ello no entraña la asignación al juez de poderes arbitrarios, sino que supone la atribución de una facultad moderadora, que ha de ser ejercitada motivadamente, para impedir las consecuencias excesivamente severas que supondría un rígido automatismo en la imposición de tal responsabilidad por el total del déficit concursal a todos los administradores o liquidadores, siempre y en todo caso. Ahora bien, para que proceda el ejercicio de esta facultad moderadora debe acreditarse la concurrencia de circunstancias determinadas que revelen la procedencia de efectuar una moderación en cada caso concreto[3]. En todo caso, la condena puede recaer sobre todos o algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados

3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid [28ª] de 2 de octubre de 2009. También Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 24 de julio de 2013, al indicar: *(...) la Sentencia de la Audiencia Provincial 1 de Pontevedra de 3 de abril de 2012 hace una enumeración de distintos criterios de imputación que pueden tomarse en consideración por el Juez para fijar la cobertura del déficit concursal de que procede hacer contribuir a cada persona afectada por el concurso razonando que: para la gradación de esta responsabilidad resultan de interés factores tales como la gravedad de la conducta determinante de la culpabilidad, la incidencia que ello hubiera tenido en la generación o agravación de la insolvencia, la pluralidad de conductas imputadas, etc., dentro de los límites de un prudente y legítimo arbitrio judicial, en evitación de un rígido automatismo, a salvo de supuestos -que pueden calificarse, desde la experiencia, de excepcionales-, en los que quepa concretar la cuantía de la responsabilidad en función de la influencia de la conducta del deudor en la insolvencia. Evidentemente no todas las conductas tipificadas en los preceptos legales presentan el mismo desvalor a estos efectos, pues claramente no será lo mismo llevar una doble contabilidad, o no llevarla en absoluto, que el haber incumplido el deber de colaboración o el no haber asistido a la junta de acreedores.*

generales, de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación. La responsabilidad concursal se destina, de forma extraordinariamente amplia, a los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho y a los apoderados generales de la concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles, que hayan sido previamente identificados como personas afectadas por la calificación. Dejando a un lado la atribución de responsabilidad a los socios, que plantea cuestiones singulares vinculadas a los acuerdos de refinanciación, no resulta nada sencillo delimitar la figura del administrador de hecho y menos aún la del apoderado general que pueda considerarse responsable a estos efectos, fundamentalmente, por constituir ésta una cuestión casuística en la que, además, se ha producido una extensión constante, que no uniforme, de los supuestos que engloba. En este sentido, la determinación del administrador de hecho resulta tan compleja como, a estos efectos, la del apoderado general[4]. En todo caso, en el supuesto de plu-

4. Destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2004 que *[...] la figura del administrador de hecho de las sociedades anónimas se presenta a veces como actuación de apoderados-gestores, aunque carezcan de poderes, entendiendo por tales además los que refiere el artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas, y los factores generales o singulares (art. 286 CCom) y similares, haciendo necesario se lleve a cabo prueba suficiente, directa o indiciaria, acreditativa de ostentar y actuar con la condición de administrador de hecho, que aparece más clara cuando la sociedad carece de efectivo administrador legalmente nombrado, ya que no resulta posible la existencia de una Sociedad Anónima que opere sin los órganos sociales previstos con carácter imperativo en la Ley reguladora de las mismas (Sentencia de 24-9-2001). En el caso presente existía un administrador único [...], que resultó condenado en la instancia a pagar con la sociedad de la deuda reclamada y acató el fallo al haberlo consentido, la que suscribió en nombre de [...] S.A. el contrato de arrendamiento de la nave, fechado el 1 de julio de 1982, sentando como probado el Tribunal de Instancia que don [...] actuó en todo momento como apoderado, pues su misión sólo consistía en llevar a cabo gestiones para cobrar con poder suficientemente la liquidación del finiquito del Seguro y, consecuentemente, la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales y convocatoria de Junta para disolver la empresa, no procede extenderla a los meros apoderados, equiparándose los cargos de administrador y apoderado para una actuación concreta, máxime al no concurrir pruebas decididas y convincentes de que en todo momento actuase con efectivas funciones de administrador de hecho, pues, al existir un administrador nombrado legalmente es el auténtico responsable de la marcha de la sociedad (Sentencia de 7-6-1999).* O como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007 *[...] a) El apoderado no tiene el carácter de administrador, al cual aparece vinculada la responsabilidad exigida por la Ley de sociedades anónimas, pues el artículo 133 se refiere como titulares de la responsabilidad que en él se establece a los "administradores" (o "miembros del órgano de administración": art. 133.3 LSA), cualidad que sólo ostentan los nombrados como tales por la Junta General (art. 123 LSA), y, según la jurisprudencia, a los administradores de hecho (expresamente a partir de la Ley 26/2003), es decir, a quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición. El administrador de hecho es el producto de la ausencia o del vicio de alguna de ellas. Cabe plantearse, como hace la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1998, la equiparación del apoderado o factor mercantil al administrador de*

ralidad de administradores condenados, la condena no deberá ser solidaria, sino que el juez habrá de determinar qué pena impone a cada uno. En caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso. La legitimación para solicitar la ejecución de esta condena se atribuye a la administración concursal. No obstante, se reconoce legitimación subsidiaria a los acreedores. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal la solicitud de la ejecución estarán legitimados para solicitarla si la administración concursal no lo insta en el mes siguiente al requerimiento. Todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso[5].

2. La naturaleza resarcitoria de la condena a la cobertura del déficit concursal

La determinación de la naturaleza de la condena a la cobertura del déficit concursal conformó una cuestión controvertida, que llevó a enfrentar posiciones doctrinales y jurisdiccionales, entre quienes la consideraban una responsabilidad resarcitoria o indemnizatoria, o, por el contrario, una responsabilidad sancionadora o, en su caso, por deudas[6]. Para poner fin a esta controversia el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de

hecho. Sin embargo, dicha doctrina debe quedar reservada para los supuestos en que la prueba acredite tal condición en el apoderado, como puede ocurrir cuando se advierte un uso fraudulento de la facultad de apoderamiento en favor de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad con ánimo de derivar el ejercicio de acciones de responsabilidad hacia personas insolventes, designadas formalmente como administradores que delegan sus poderes. Si no concurre una situación de idéntica o análoga naturaleza, los sujetos responsables (como declaran las SSTS de 7 de junio de 1999 y 30 de julio de 2001) son los administradores, no los apoderados, por amplias que sean las facultades conferidas a éstos, pues si actúan como auténticos mandatarios, siguiendo las instrucciones de los administradores legalmente designados, no pueden ser calificados como administradores de hecho (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007; 8 de febrero de 2008; 26 de mayo de 2008; 29 de julio de 2008; y 14 de marzo de 2009).

5. En un primer momento, en el régimen de responsabilidad concursal se indicaba que la sentencia podría condenar "a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa". Esta redacción había propiciado dudas interpretativas sobre si se perseguía el pago a los acreedores -no el ingreso en la masa activa del concurso- y exclusivamente a los concursales, quedando fuera del concepto los acreedores de la masa. La modificación del precepto tras su reforma en octubre de 2011 cierra el paso a cualquier interpretación de este tenor, exigiéndose ahora el ingreso en la masa activa, tras una condena a la cobertura, total o parcial, del déficit. En fin, quienes hubieran sido parte en la sección de calificación pueden interponer contra la sentencia recurso de apelación.

6. Entre otros, DÍAZ ECHEGARAY, J.L.: "La discutida naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal a la luz de la última jurisprudencia", *ADCo*, núm. 29, 2013-2, págs. 153-202; GARNACHO CABANILLAS, L.: "A vueltas con la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal", *RDCyP,* núm. 22, 2015, págs.

marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (que recibió el refrendo parlamentario mediante la Ley 17/2014, de 30 de septiembre) modificó el apartado primero del artículo 172 bis de la Ley Concursal, configurando esta responsabilidad, como así se ha interpretado, de naturaleza resarcitoria[7].

407-421 y "Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal", *RDCyP,* núm. 20, 2014, págs. 215-235; GONZÁLEZ CABRERA, I.M.: "La responsabilidad concursal del administrador de hecho: (a propósito del auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada de 30 de septiembre de 2011)", *RDCyP*, núm. 16, 2012, págs. 249-264; HERNANDO MENDIVIL, J.: "Responsabilidad concursal y seguridad jurídica". En *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (DIEZ PICAZO), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, Vol. 1, 2014, págs. 1627-1656; HUERTA VIESCA, M.I. & RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: "La responsabilidad concursal de los administradores: (a propósito del voto particular a la STS 21.5.2012)", *ADCo*, núm. 28, 2013-1, págs. 207-220; MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: "Responsabilidad concursal", *ADCo*, núm. 28, 2013-1, págs. 103-157; MARTÍNEZ MUÑOZ, M.: "La responsabilidad concursal", *Cuadernos de Derecho y Comercio,* núm. extra 1, 2016, págs. 667-705; MOYA JIMÉNEZ, A.: *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, Bosch, Barcelona, 2012; RIBELLES ARELLANO, J.M.: "La naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal", *RDCyP,* núm. 22, 2015, págs. 215-221; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. & HUERTA VIESCA, M.I.: "La responsabilidad concursal tras el Real-Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo", *ADCo,* núm. 36, 2015, págs. 171-195; SANCHO GARGALLO, I.: "La responsabilidad por el déficit concursal". En *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán: Liber Amicorum* (ROJO & CAMPUZANO), Vol. 2, Tirant Lo Blamch, Valencia, 2015, págs. 2239-2272; VIÑUELAS SANZ, M.: "Naturaleza de la responsabilidad concursal en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *RDCyP,* núm. 24, 2016, págs.. 307-320 y *Responsabilidad de obligaciones sociales y responsabilidad concursal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011; VIZCAINO GARRIDO, P.L & RUIZ MUÑOZ, M.: "Crisis económica y responsabilidad concursal de los administradores sociales a la luz de las últimas resoluciones judiciales", *ADCo,* núm. 36, 2015, págs. 197-235.

7. El Tribunal Supremo ha deslindado la condena a la cobertura del déficit concursal que puede imponerse de conformidad con el artículo 172 bis (anteriormente art. 172.3 LC) de la responsabilidad indemnizatoria del artículo 172.2-3º de la Ley Concursal. La Sentencia del Tribunal Supremo 490/2016, Civil, de 14 de julio, absuelve a la persona afectada por la calificación concursal de la condena que consistía en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se había acordado con sustento en este último precepto. Este pronunciamiento condenatorio se había impuesto sólo respecto de determinados acreedores (aquellos cuyos créditos nacieron a partir del día 1 de marzo de 2005) y consistía en el abono de los créditos que no resultasen pagados en la liquidación. El recurso de casación sostenía que realmente no se trataba de ese tipo de responsabilidad ni tampoco de la condena a la cobertura del déficit concursal. El Tribunal Supremo acoge el motivo y para ello acude a la doctrina jurisprudencial plasmada en la Sentencia del Tribunal Supremo 108/2015, de 11 de marzo, que distingue la responsabilidad por déficit concursal y la derivada de la acción de indemnización de daños del artículo 172.2-3º de la Ley Concursal, y finalmente concluye: *las sentencias de instancia no aplican ni una ni otra responsabilidad, porque al condenar al pago de los créditos nacidos después del 1 de marzo de 2005 ni se acogen al tipo indemnizatorio previsto en el artículo 172.2-3º de la Ley Concursal, ya que no resarcen a la masa, sino solo a unos determinados acreedores, ni condenan a la cobertura del déficit concursal, en los términos del artículo 172.3 (actual art. 172 bis), y, por el contrario, acuñan una tercera modalidad de responsabilidad, sin sustento en la Ley Concursal que, además, tiene como consecuencia la alteración de la par conditio creditorum en favor de determinados acreedores: aquellos cuyos créditos surgieron con posterioridad al 1 de marzo de 2005".* A partir de aquí, señala la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, núm. 2, de Pontevedra de 3 de junio de 2019, que el

En la interpretación del alcance de la condena a la cobertura del déficit concursal presenta especial interés la Sentencia del Tribunal Supremo 279/2019, Sala Civil, de 22 de mayo de 2019, que expresamente se refiere a la correcta interpretación del artículo 172 bis de la Ley Concursal, tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo. En el supuesto enjuiciado en la indicada sentencia, la administración concursal pidió en la sección de calificación que se declarara culpable el concurso por la concurrencia de dos causas: i) irregularidades relevantes en la contabilidad para la comprensión de la situación patrimonial del concursado (art. 164.2.1º LC); ii) e inexactitudes graves en los documentos acompañados con la so-

Tribunal Supremo ha atribuido a la responsabilidad del artículo 172.2-3º de la Ley Concursal una naturaleza resarcitoria y culpabilística anudada tanto a la obtención indebida de bienes y derechos del patrimonio del deudor (antes o después del concurso), como a aquellas otras conductas que pueden dar lugar a exigir daños y perjuicios causados a la sociedad por dolo o culpa grave. La responsabilidad por el déficit concursal sólo se activa en concursos liquidatorios y, tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 4/2014, se le atribuye idéntica naturaleza, al estar anudada a la contribución de la conducta que ha determinado la calificación culpable a la generación o agravación de la insolvencia. Para la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 294/2018, de 27 de septiembre, la distinción entre la responsabilidad indemnizatoria del artículo 172.2-3º y la responsabilidad del artículo 172 bis de la Ley Concursal viene referida no sólo a su extensión subjetiva, pues los cómplices no pueden ser declarados responsables a cubrir el déficit concursal, sino que la primera conecta con el concreto perjuicio causado por el motivo apreciado de calificación del concurso como culpable. Se distingue entre el resarcimiento de los perjuicios directos e indirectos derivados de la causación o agravación de la insolvencia, sin que haya lugar a una duplicidad de condenas, pues en la apreciación del déficit no se tendrán en cuenta las cantidades objeto de condena en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados. La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 25 de octubre de 2018, da un paso más en la diferenciación entre la responsabilidad del artículo 172.2-3º y la del artículo 172 bis de la Ley Concursal, tras resaltar que ambas comparten una naturaleza resarcitoria. Por ello reconoce que habrán de entenderse referidas a quebrantos diversos y abunda en la distinción entre perjuicios directos e indirectos como el elemento que ha de servir para no incurrir en el error que supone que, con fundamento en el artículo 172.2-3º, puedan ser condenadas las personas afectadas por la calificación y los cómplices a cubrir con su patrimonio personal perjuicios indirectos que son propios de la responsabilidad concursal del artículo 172 bis, sin que concurran los requisitos que configuran esta responsabilidad. La sentencia apelada descartó la responsabilidad concursal del artículo 172 bis y fundó la condena en el artículo 172.2-3º en un supuesto en el que el efecto de la conducta de los administradores -identificada como en un agravamiento gravemente culposo de la insolvencia- consistió en un daño indirecto o mediato para los acreedores, en cuanto que se generó un déficit patrimonial que impidió que los acreedores pudiesen cobrar la totalidad de sus créditos. Considera la sentencia de apelación que ese es precisamente el daño que, abierta la liquidación, cubre la responsabilidad concursal del artículo 172 bis y advierte de que, como en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2015, la condena de las personas afectadas por la calificación a pagar a la sociedad una suma igual a la del déficit patrimonial generado por su actuación dolosa o gravemente culposa como administradores societarios es más propio del artículo 172.3 (ahora art. 172 bis LC): *De no ser así, en todos los casos de concurso culpable por generación o agravación dolosa o gravemente culposa de la insolvencia sería procedente la condena de los administradores societarios al menos en la medida del importe de obligaciones contraídas por la sociedad sin respaldo patrimonial, una condena que no sería susceptible de regulación judicial (a diferencia de la responsabilidad concursal del artículo 172 bis, "en todo o en parte") y que alcanzaría incluso a las personas afectadas por la calificación y a eventuales cómplices cuando la sección hubiese sido abierta a raíz de la aprobación judicial de un convenio gravoso".*

licitud de concurso (art. 164.2.2º LC). El informe de calificación identifica como personas afectadas por la calificación a los dos administradores de la sociedad y pide su inhabilitación por un período de dos años, así como la pérdida de derechos en el concurso y su condena a cubrir la totalidad del déficit concursal. El Ministerio Fiscal se adhirió a la calificación propuesta por la administración concursal. De las dos causas de calificación, el juzgado mercantil sólo apreció la concurrencia de la primera y declara personas afectadas por la calificación a los dos administradores de la sociedad, a quienes inhabilita por dos años, además de condenarles a la pérdida de cualquier derecho como acreedor concursal o contra la masa, y a responder solidariamente de la cobertura del déficit concursal. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la concursada y por los dos administradores declarados personas afectadas por la calificación. La Audiencia confirma la calificación culpable porque se entiende acreditado que se contabilizaron créditos inexistentes y también confirma la declaración de personas afectadas por la calificación y su condena a la inhabilitación y a la pérdida de derechos en el concurso. Pero, respecto de la condena a la cobertura del déficit, la Audiencia entiende que bajo la normativa aplicable (el art. 172 bis LC, tras la reforma operada por el RDL 4/2014, de 7 de marzo) debe aquilatarse a la medida en que se hubiera generado o agravado la insolvencia. La sentencia de apelación viene acompañada de un voto particular que discrepa del enjuiciamiento realizado sobre la condena a la cobertura del déficit, resaltando en el caso planteado la ausencia de valoración de la incidencia de la conducta que determina la calificación culpable del concurso en la generación o agravación de la insolvencia -que además no podía extraerse del informe de la administración concursal, que nada decía al respecto- así como la falta de explicación de la intervención de cada uno de los administradores en el hecho que determina la calificación. Por eso entiende que no procedía la condena a la cobertura del déficit. Interpuesto recurso de casación, la controversia se contrae a la correcta interpretación del artículo 172 bis de la Ley Concursal, tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, en relación con su aplicación al caso enjuiciado. Señala, a este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2019, que esta reforma modificó el régimen de responsabilidad respecto de la cobertura del déficit previsto en el artículo 172 bis de la Ley Concursal, al especificar en su apartado 1 que la condena "a la cobertura, total o parcial, del déficit", lo será "en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia". Así lo interpretó el Tribunal Supremo en la sentencia 772/2014, de 12 de enero de 2015, al resaltar su naturaleza resarcitoria: "la introducción de tal inciso en esa reforma legal no puede considerarse como una aclaración o interpretación de la normativa preexistente, sino como la decisión del legislador de modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e intro-

ducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador, liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias, a los socios) de la cobertura total o parcial del déficit concursal "en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia". En esta sentencia 772/2014, de 12 de enero de 2015, el Tribunal Supremo también resalta que este régimen de responsabilidad sólo es aplicable a los casos en que la sección de calificación haya sido abierta después de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo.

Pues bien, bajo el actual artículo 172 bis.1 de la Ley Concursal, indica el Tribunal Supremo que la justificación de la condena a la cobertura del déficit radica en la incidencia que la conducta o conductas que hubieran merecido la calificación culpable del concurso han tenido en la generación o agravación de la insolvencia. Como se ha advertido en la doctrina, esto trae consigo dos consecuencias lógicas, que afectan al enjuiciamiento: i) por una parte, no cabe condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, apoderados generales o socios que se negaron sin causa justificada a la capitalización de créditos, a la cobertura total o parcial del déficit si con su conducta (la que ha merecido la calificación culpable y su declaración de persona afectada por la calificación) no han contribuido a la generación o a la agravación de la insolvencia; ii) y, por otra, el alcance o montante de esta condena estará en función de la incidencia que su conducta ha tenido en la generación de la insolvencia o en su agravación.

En el supuesto planteado en la referida sentencia existe una sola conducta que mereció la calificación culpable del concurso: irregularidades relevantes en la contabilidad para la comprensión de la situación patrimonial del concursado (art. 164.2-1º LC), resultando irrelevante para esta calificación culpable la valoración jurídica de si la irregularidad contable contribuyó a generar o agravar la insolvencia. En este sentido, se destaca en la resolución judicial que lo anterior constituye uno de los presupuestos de la condena a la cobertura del déficit, pero no es suficiente. Así, para esta responsabilidad por el déficit concursal sí es necesario que la conducta que ha merecido la calificación culpable del concurso, en este caso las referidas irregularidades en la contabilidad, hubiera contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, que es la que a la postre provoca el déficit. Si bien para lograr la calificación culpable del concurso sobre la concurrencia de esta causa prevista en el artículo 164.2 de la Ley Concursal, la administración sólo tenía que acreditar la existencia de la irregularidad contable y su relevancia para la comprensión de la situación patrimonial del deudor concursado, para obtener una condena a la cobertura del déficit le correspondía, además, justificar en qué medida la conducta había contribuido a la generación o agravación de la insolvencia. Esta justificación supone, cuando menos, un esfuerzo

argumentativo que muestre de forma razonable cómo la conducta generó o agravó la insolvencia y en qué medida lo hizo, aunque sea de forma estimativa. Sin perjuicio de que, en algunos casos, ante la imposibilidad de acreditar las causas de la generación o agravación de la insolvencia y, sobre todo, la posible incidencia de la conducta que ha merecido la calificación culpable del concurso, debido a esta propia conducta que provoca como efecto la imposibilidad de conocer y acreditar, sea posible invertir la carga de la acreditación. Esto último puede ocurrir cuando la calificación culpable del concurso se justifica por la concurrencia de las dos primeras causas del artículo 164.2 de la Ley Concursal, las que guardan relación con la ausencia o falseamiento de la contabilidad y con las inexactitudes graves en la documentación aportada al concurso por el deudor concursado. En ambos casos, no es que no sea necesario acreditar que la conducta generó o agravó la insolvencia, y en qué medida lo hizo, para poder condenar a la cobertura total o parcial del déficit, sino que puede ocurrir que la propia conducta haya impedido conocerlo y, por eso, resulta lógico que se desplace a los responsables de la conducta las consecuencias de esa imposibilidad de conocer y se presuma esa contribución a la generación o agravación de la insolvencia. Pero, insiste el Tribunal Supremo, que no cabe presumir en todo caso que las irregularidades en la contabilidad relevantes para comprender la situación patrimonial del deudor generaron la insolvencia.

En el supuesto, entiende el Tribunal Supremo que la sentencia recurrida no justifica de forma mínimamente razonable cómo la irregularidad contable de incluir en el balance un activo ficticio pudo agravar la situación de insolvencia, ni mucho menos que lo hubiera hecho en la cifra señalada por la Audiencia. De la lectura del informe de la administración concursal cabía extraer la justificación aducida de la siguiente mención, que sigue a la exposición de las conductas respecto de las que se pedía la calificación culpable: "ello implica: en primer lugar, que se haya generado o agravado la situación de insolvencia al no adoptar decisiones de solicitud de concurso o disolución de la empresa en lugar de seguir adquiriendo compromisos que no se iba a poder cumplir; y, en segundo lugar, que se haya dado una apariencia de solvencia a los acreedores de la empresa que no era tal, siendo por lo tanto la irregularidad relevante para la comprensión por parte de dichos acreedores de la situación patrimonial o financiera". De las dos consecuencias, la segunda incidía directamente en el cumplimiento de los elementos del tipo previsto en el artículo 164.2-1º de la Ley Concursal y servía para calificar culpable el concurso. Pero si se pretendía, además, la condena a la cobertura del déficit, precisaba de una concreción adicional sobre cómo esta apariencia había contribuido a la generación o agravación de la insolvencia. En cuanto a la primera mención, es una afirmación excesivamente genérica, una mera suposición empleada como argumento retórico, vacía de una mínima concreción. In-

distintamente, se aduce que las irregularidades contables retrasaron la adopción de la decisión de pedir el concurso o de instar la disolución, sin concretar nada más. No se indica cuándo presumiblemente se encontraba la sociedad en estado de insolvencia, por cuánto tiempo presumiblemente se retrasó la solicitud de concurso, ni, lo que es más importante, cómo se incrementó desde entonces el endeudamiento. Lo que ocurre en este caso, destaca el Tribunal Supremo, es que, de hecho, la administración concursal, a pesar del reseñado argumento, no llega a afirmar que hubiera habido un retraso en la solicitud de concurso. No lo indicó en el primer informe del artículo 76 de la Ley Concursal, ni tampoco llegó a denunciarlo explícitamente en el informe de calificación, lo que además hubiera constituido una causa adicional de calificación del concurso (art. 165.1 LC). Por otra parte, tampoco se explica y justifica que esta irregularidad contable hubiera impedido a la administración concursal conocer las verdaderas causas de la generación o, en su caso, agravación de la insolvencia, lo que hubiera justificado presumirlo. Ello lleva, en definitiva, al Tribunal Supremo a casar la sentencia y modificar la sentencia de apelación, en el sentido de dejar sin efecto la condena de los administradores a la cobertura del déficit concursal.

3. La condena a la cobertura del déficit en el texto refundido de la Ley Concursal

La disposición final octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal (procedente de la tramitación como Ley del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal), autorizó al Gobierno para aprobar, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, un texto refundido de la Ley Concursal. En efecto, dicha disposición estableció: «*Habilitación para aprobar un texto refundido de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Al efecto de consolidar en un texto único las modificaciones incorporadas desde su entrada en vigor, a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se autoriza al Gobierno para elaborar y aprobar, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Economía y Competitividad, en un plazo de doce meses a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, un texto refundido de la citada norma. Esta autorización incluye la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos*»[8]. La superación del plazo inicialmente establecido conllevó que la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, estableciera en la disposición final tercera: «*Habilitación para aprobar un texto refundido de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Al*

8. ROJO, A. & CAMPUZANO, A.B. (Dirs): *Regularización, aclaración y armonización de la legislación concursal,* Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2018.

objeto de consolidar en un texto único las modificaciones incorporadas desde su entrada en vigor a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se autoriza al Gobierno para elaborar y aprobar, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Economía y Empresa, en un plazo de ocho meses a contar desde la entrada en vigor de la presente ley, un texto refundido de la citada norma. Esta autorización incluye la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos».

De forma expresa, la autorización no era sólo para refundir, sino que incluyó expresamente la facultad de "regularizar", "aclarar" y "armonizar" los textos legales objeto de refundición. No se trataba, pues, de confeccionar un texto consolidado, sino de algo mucho más ambicioso. La idea que estaba latente en esa habilitación es la de que existía una acusada necesidad de regularizar, aclarar y armonizar las normas contenidas en la muy compleja y desordenada Ley Concursal. Ciertamente, es difícil encontrar una Ley reciente que haya sido objeto de tantas modificaciones. En efecto, las muchas y muy importantes –y no siempre afortunadas- modificaciones llevadas a cabo a lo largo de los años de vigencia de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y, muy especialmente, las realizadas en los años 2014 y 2015, hacían especialmente aconsejable afrontar esa delicada tarea. Resultado final de este proceso es el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, que entrará en vigor el 1 de septiembre de 2020.

En el tema que nos ocupa -la condena a la cobertura del déficit concursal- cabe destacar que esta armonización, regularización y aclaración, ha supuesto no sólo su alteración sistemática, sino también cambios de redacción o terminológicos -con distinto alcance- y la incorporación de previsiones que podrían considerarse implícitas o deducibles. Sin más objetivo que el de una primera aproximación a la regulación de la condena a la cobertura del déficit concursal en el texto refundido de la Ley Concursal, pueden destacarse las siguientes consideraciones.

En primer lugar, la regulación de la condena a la cobertura del déficit concursal se recoge en dos preceptos del texto refundido. El artículo 456 -integrado en el capítulo dedicado a la sección de calificación- y el artículo 702 -incorporado en el capítulo de las normas comunes en materia de concurso consecutivo-. Dado que este último se rubrica como *especialidades en materia de condena a la cobertura del déficit,* cabe entender que el que establece las reglas generales de esta condena a la cobertura del déficit es el artículo 456. Desde esa óptica, lo más reseñable es la incorporación en el artículo 702 de la posible condena a esta cobertura a los administradores y los socios que se hayan negado sin causa razonable a proponer o a acordar la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles, siempre que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación. La inclusión de estos sujetos no se produce en el artículo 456, sino en el 702, en la medida en que la reseñada

circunstancia -presunción de concurso culpable- opera en los supuestos de "fracaso" de acuerdo de refinanciación o de acuerdo extrajudicial de pagos, es decir, de supuestos de concurso consecutivo (art. 695 TRLC). El artículo 702, además, añade que la condena a los socios a la cobertura se realizará en función del grado de contribución que hubieran tenido en la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo y solo procederá en la medida que esa negativa hubiera determinado la calificación del concurso como culpable por agravación de la insolvencia.

En segundo lugar, el artículo 456 referido a la condena a la cobertura del déficit concursal, que introduce algunas precisiones reseñables. De un lado, establece en su primer apartado que *cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez, en la sentencia de calificación, podrá condenar, con o sin solidaridad, a la cobertura, total o parcial, del déficit a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o directores generales de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación en la medida que la conducta de estas personas que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia.* En la redacción de este primer apartado se precisa que el juez podrá condenar con o sin solidaridad, precisión que podría considerarse era deducible, además de ser ese el sentido que se le había conferido en la interpretación judicial; que el juez podrá condenar a las personas que indica, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación, en la medida que la conducta de estas personas que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia, lo que supone una mayor precisión terminológica que refuerza la naturaleza resarcitoria de la condena a la cobertura del déficit concursal; y que el juez podrá condenar, a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o directores generales de la persona jurídica concursada, lo que introduce un cambio mucho más relevante, dado que frente al término previo de apoderados generales ahora la referencia es a los directores generales de la persona jurídica concursada, además de administradores o liquidadores de derecho o de hecho. De otro lado, el apartado segundo del artículo 456 proporciona un concepto de déficit, se entiende que con la finalidad de aclarar: *se considera que existe déficit cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores.*

Por último, se mantienen sin precisiones reseñables las reglas específicas relativas a pluralidad de condenados y reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio (art. 456. 3 y 4 TRLC). E, igualmente, se mantienen las previsiones respecto a la interposición de recurso de apelación y a la ejecución, pero ahora se recogen diferenciadas del régimen establecido para la condena a la cobertura del déficit con-

cursal, habida cuenta que el recurso de apelación (art. 460 TRLC) y la ejecución (art. 461 TRLC) se refieren a la sentencia de calificación, y no sólo al pronunciamiento en la misma de condena a la cobertura del déficit concursal.

Bibliografía

ALONSO UREBA, A.: "Las relaciones entre las acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores y la responsabilidad concursal de los mismos (artículo 48 quáter LC)". En *Estudios sobre derecho de la insolvencia* (GARCÍA BARTOLOMÉ, PACCHI & PÉREZ DEL BLANCO), Eolas, León, 2016.

DÍAZ ECHEGARAY, J.L.: "La discutida naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal a la luz de la última jurisprudencia", *ADCo*, núm. 29, 2013-2.

GARCÍA CRUCES, J.A.: "Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada", *ADCo*, núm. 28, 2013-1.

- *Insolvencia y responsabilidad*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2012.

GARNACHO CABANILLAS, L.: "A vueltas con la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal", *RDCyP,* núm. 22, 2015.

"Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal", *RDCyP,* núm. 20, 2014

GONZÁLEZ CABRERA, I.M.: "La responsabilidad concursal del administrador de hecho: (a propósito del auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada de 30 de septiembre de 2011)", *RDCyP*, núm. 16, 2012.

HERNANDO MENDÍVIL, J.: *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria La ley 38/2011, de 10 de octubre, y la primera jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 2013.

- "Responsabilidad concursal y seguridad jurídica". En *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (DIEZ PICAZO), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, Vol. 1, 2014.

HUERTA VIESCA, M.I. & RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: "La responsabilidad concursal de los administradores: (a propósito del voto particular a la STS 21.5.2012)", *ADCo*, núm. 28, 2013-1.

MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: "Responsabilidad concursal", *ADCo*, núm. 28, 2013-1.

MARTÍNEZ MUÑOZ, M.: "La responsabilidad concursal", *Cuadernos de Derecho y Comercio,* núm. extra 1, 2016.

MARTÍN REYES, M.A.: "La concurrencia de acciones en orden a la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales", *ADCo*, núm. 26, 2012-2.

MORALES BARCELO, J.: "La coordinación entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad societaria en Derecho español", *Revista de Derecho,* núm. 21, 2016.

MOYA JIMÉNEZ, A.: *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, Bosch, Barcelona, 2012.

QUIJANO, J.: "Coordinación de acciones societarias (social, individual y por deudas) y concursales de responsabilidad", *RDCyP,* núm. 22, 2015.

- "La responsabilidad concursal tras la Ley 38/2011 de reforma de la Ley concursal", *RDCyP*, núm. 18, 2013.

SANZ ACOSTA, L.: "La reforma concursal de la Ley 38/2011 en materia de calificación y responsabilidad de administradores por deudas sociales y concurso", *Actualidad civil*, núm. 1, 2012.

TORRUBIA CHALMETA, B.: "La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: carácter sancionador y encaje con las acciones societaria", *RDM*, núm. 287, 2013.

RIBELLES ARELLANO, J.M.: "La naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal", *RDCyP,* núm. 22, 2015.

RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D. & HUERTA VIESCA, M.I.: "La responsabilidad concursal tras el Real-Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo", *ADCo,* núm. 36, 2015.

ROJO, A. & CAMPUZANO, A.B. (Dirs): *Regularización, aclaración y armonización de la legislación concursal,* Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2018.

SANCHO GARGALLO, I.: "La responsabilidad por déficit concursal". En *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán: Liber Amicorum* (ROJO & CAMPUZANO), Vol. 2, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

VIÑUELAS SANZ, M.: "Naturaleza de la responsabilidad concursal en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *RDCyP,* núm. 24, 2016.

- *Responsabilidad de obligaciones sociales y responsabilidad concursal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011

VIZCAINO GARRIDO, P.L & RUIZ MUÑOZ, M.: "Crisis económica y responsabilidad concursal de los administradores sociales a la luz de las últimas resoluciones judiciales", *ADCo,* núm. 36, 2015.

DERECHOS DE SINDICACIÓN Y LIBERTAD SINDICAL EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO SOCIAL), DE 8 DE MAYO DE 2019. ROJ: 1944/2019

Manuel García Jiménez
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

RESUMEN
El Tribunal Supremo, en su Sala de lo Social, declara que "los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado tienen derecho a afiliarse al sindicato de su elección y el sindicato tiene derecho al ejercicio de la acción sindical en defensa de los derechos e intereses de sus afiliados en este tipo de cooperativas". Dicho pronunciamiento, rompe con la tradicional negación de los derechos colectivos laborales de los socios en las cooperativas de trabajo y supone un reto organizativo para su armonización con los causes democráticos propios de la identidad cooperativa, pero, al mismo tiempo, abre una vía para cuando, a través de dichos cauces, el ejercicio de derechos laborales básicos se ve limitado. Todo un reto, en especial para las grandes cooperativas.

PALABRAS CLAVE: Cooperativas de trabajo asociado, socios trabajadores, libertad sindical, derechos laborales colectivos.

CLAVES ECONLIT: J710, J540, J510, K190.

Cómo citar este artículo/How to cite this article: GARCÍA JIMÉNEZ, M.: "Derechos de sindicación y libertad sindical en las Cooperativas de Trabajo Asociado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 8 de mayo de 2019. Roj: 1944/2019", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 36, 2020, pp. 423-443. DOI: 10.7203/CIRIEC-JUR.36.17542.

UNION RIGHTS AND FREEDOM OF UNION IN WORKER COOPERATIVES
Commentary to the Supreme Court (Social Chamber) Judgment of May 8, 2019.
Roj: 1944/2019

ABSTRACT
The Supreme Court, in its Social Chamber, declares that the worker members of the worker cooperatives have the right to join the union of their choice and the union has the right to exercise union action in defence of rights and interests of its members in this type of cooperatives. Said pronouncement breaks with the traditional denial of collective labor rights in worker cooperatives and represents an organizational challenge for its harmonization with the democratic causes of cooperative identity, but, at the same time, opens a way for when, through of said channels, the exercise of basic labor rights is limited. Quite a challenge, especially for large cooperatives.

KEYWORDS: Worker cooperatives, worker partners, freedom of union, collective labor rights.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. El desarrollo de los hechos. 4. Fundamentos jurídicos de la Sentencia. 4.1. Cuestiones procesales. 4.2. Cuestiones de fondo. 4.3. Libertad sindical en el marco constitucional. 4.4. Estatus jurídico del socio trabajador y realización de un trabajo subordinado. 4.5. Derecho Internacional, OIT. 5. Libertad sindical del sindicato y actitud antisindical de la cooperativa. 5.1. Vulneración del derecho fundamental de la libertad sindical del sindicato. 6. Consecuencias procesales. 7. A modo de conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción

El fallo de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS 1944/2019, de 08/05/2019 ECLI: ES:TS:2019:1944. Recurso de casación para la unificación de doctrina. Ponente: Angel Antonio Blasco Pellicer)[1], estima en parte el recurso interpuesto por la Confederación Nacional del Trabajo (CNT) y casa y anular la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 17 de noviembre de 2017, autos 277/2017, en virtud de demanda formulada así mismo por la CNT, frente Servicarne Sociedad Cooperativa CL (la Cooperativa), contra su Consejo Rector, sobre tutela derechos fundamentales. A tal efecto: Declara que los comunicados de la Cooperativa producidos entre el 20 de noviembre de 2015 y 3 de mayo de 2016, vulneraron el derecho de libertad sindical del sindicato CNT, declarando la nulidad radical de los mismos, y condena a la Cooperativa a publicar en su web, con información destacada, el contenido de esta sentencia durante tres meses y a abonar al sindicato la cantidad de treinta mil euros por daños morales.

En sus Fundamentos de derecho se contiene la siguiente afirmación, que, de por sí, dan a esta resolución una importantísima trascendencia: "*los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado tienen derecho a afiliarse al sindicato de su elección y el sindicato tiene derecho al ejercicio de la acción sindical en defensa de los derechos e intereses de sus afiliados en este tipo de cooperativas*".

Con ello, el Tribunal Supremo, en una sentencia innovadora, que rompe con la tradición de negar los derechos laborales colectivos en el seno de las cooperativas de tra-

1. http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/83d8f399cd8dede9/20190621. Puede verse también reseña de esta sentencia en este misma misma revista en la sección Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social (1 de enero de 2019 - 30 de marzo de 2020).

bajo asociado, abre dos vías complementarias de acción sindical en estas cooperativas: una individual y otra colectiva, lo que plantea infinidad de cuestiones, de índole organizativo y en multitud de cuestiones, y, algo de mucha trascendencia, la convivencia de dos vías de participación y representación en el seno de organizaciones de participación democrática y propiedad de los mismos trabajadores, sobre todo en las sociedades cooperativas de una dimensión importante en cuanto al número de socios trabajadores.

2. Antecedentes

Servicarne Sociedad Cooperativa CL[2], se encuentra constituida como sociedad cooperativa de trabajo asociado, al amparo de la *Ley 18/2002 de 5 de julio de Cooperativas de Cataluña*. A la fecha del anterior proceso, la cooperativa contaba con más de 4000 socios trabajadores distribuidos en centros de trabajo presentes en la casi totalidad de comunidades autónomas del estado español, que prestaban sus servicios en diferentes empresas del sector cárnico.

La resolución que ahora se analiza es consecuencia de un largo proceso de conflictividad en el seno de la cooperativa, que ha durado años con diferentes ramificaciones, y que han tenido como asunto nuclear la presunta cesión ilegal de trabajadores y, como derivada, las dudas sobre la propia naturaleza de la entidad, en el sentido de si se trataba de una verdadera o falsa cooperativa[3/4]. Todo ello acabará moviendo a la acción sindical dentro de la cooperativa, considerada inicialmente ilegal, con la intervención directa del sindicato CNT, ante la imposibilidad de encontrar solución dentro de los causes organizativos democráticos de la cooperativa.

2. https://www.servicarne.com/home.html

3. La evolución conflictual ha tenido una fuerte proyección mediática. A modo de ejemplo:
Un juez niega que Servicarne sea un "falsa cooperativa", https://elpais.com/economia/2019/07/15/actualidad/1563209025_667289.html.
Trabajo considera a Servicarne como "falsa cooperativa" y le retira la licencia. https://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/9856236/05/19/Trabajo-considera-a-Servicarne-como-falsa-cooperativa-al-ser-un-mero-intermediario-de-mano-de-obra.html.
Delegados sindicales de CCOO de empresas cárnicas se manifiestan el jueves contra las falsas cooperativas. https://www.lanzadigital.com/provincia/valdepenas/delegados-sindicales-de-ccoo-de-empresas-carnicas-se-manifiestan-el-jueves-contra-las-falsas-cooperativas/.

4. También ha sido objeto de comentarios y análisis académicos:
Falsos cooperativistas en la industria cárnica. Notas a la sentencia del TSJ de Galicia de 5 de noviembre de 2019, y recordatorio de conflictos anteriores. http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/01/falsos-cooperativistas-en-la-industria.html.
Cooperativas de trabajo asociado (del sector cárnico) y cesión ilegal de trabajadores. https://ignasibeltran.com/2018/01/23/cooperativas-de-trabajo-asociado-del-sector-carnico-y-cesion-ilegal-de-trabajadores/.

La evolución procesal tuvo un primer hito trascendental en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 17-12-2001, recud. 244/2001, en la que se declaró que Servicarne era realmente una cooperativa de trabajo asociado, que actuaba como tal en el tráfico mercantil, por lo que se descartó la concurrencia de cesión ilegal con las empresas a las que prestaba servicios, pronunciamiento que ha marcado la posterior evolución jurisprudencial y que ha servido de cobertura legal para sus actividades durante mucho tiempo.

En la recurrida Sentencia de la Audiencia Nacional, hoy anulada, (166/2017 AN, Sala de lo Social, 17 de noviembre de 2017), a partir de denuncia presentada por el sindicato CNT por obstrucción a su actividad sindical por parte de la cooperativa, se pone de relieve que la simple lectura del relato fáctico permite constatar la existencia de un conflicto sostenido en el tiempo, originado, en su momento, por la intervención de algunos socios trabajadores de la Coooperativa, afiliados a CNT, que comenzaron a desplegar actividades sindicales tradicionales, basadas esencialmente en que las relaciones entre la cooperativa y sus socios trabajadores encubría una relación laboral propiamente dicha, cuya finalidad era la cesión ilegal de trabajadores. La acción sindical se orientó, en principio, a promover demandas por cesión ilegal contra la Cooperativa y las empresas clientes, que no encontraron satisfacción judicial (SS TSJ Comunidad Valenciana de 18-10-2016; y del JS 4 Castellón de 22-03-2017) (García, 2018).

3. El desarrollo de los hechos

Respecto a los hechos que se analizan en la sentencia, entre los años 2013 y 2017 se produjeron una serie de conflictos individuales[5] y colectivos que tuvieron como escenario determinadas empresas servidas por la cooperativa, que acabaron resueltos

5. -Demanda contra la Cooperativa y diversas empresas a las que prestaba servicios, impugnando una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que fue desestimada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Vitoria, Sentencia de 4 de octubre de 2013.
-Demanda contra las mismas empresas, en la que pretendía que se declarase la existencia de cesión ilegal al entender que la Cooperativa solo aportaba mano de obra, pretensiones desestimadas por el Juzgado de lo Social nº 4 de Vitoria, Sentencia de 24 de marzo de 2014. Posteriormente ratificada por Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, de 28 de octubre de 2014.
-El 31-07-2014 el Juzgado de lo Social nº 4 de Vitoria dictó sentencia revocando la sanción impuesta a un socio trabajador de la cooperativa.
-Demanda en la que reclamaba que se declarase la nulidad de la decisión empresarial de traslado de centro de trabajo y condenara la cooperativa a reponer al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo, en atención a que se había vulnerado la libertad sindical, por ser conocida su militancia en el sindicato CNT, desestimaba por el Juzgado de lo Social nº 1 de Vitoria, Sentencia de 30 de marzo de 2015.

por la jurisdicción social. En la esfera la colectiva, sucintamente, el relato procesal es el siguiente:

1. El 22-09-2014 una empresa servida por la Cooperativa se dirigió a ésta para quejarse por denuncias, realizadas por uno de los socios trabajadores, referidas al tratamiento de la carne, advirtiendo que se promoverían acciones civiles y penales para exigir responsabilidades, y por los paros intermitentes promovidos por CNT.
2. El 3-10-2015 la Cooperativa comunica a los socios trabajadores "... la existencia de alguna reunión fuera del trabajo que está llevando algunos de nuestros socios/as a actitudes de laborales propias del Estatuto de los Trabajadores y debo informaros de que las cooperativas tienen su propia Ley de Cooperativas...", y la necesaria flexibilidad en la prestación de servicios, y añadía "... que es precisamente ese funcionamiento el que nos permite conseguir un puesto de trabajo digno como bien final que de ninguna otra forma hemos podido conseguir. No os quepa la menor duda que este tema acabará como en todos los sitios que han entrado los sindicatos a "ayudar". Acabará con algún juicio donde los protagonistas perderán el trabajo. Así ha acabado siempre, no sin antes poner en riesgo al resto de compañeros...".
3. El 29-10-2015, diecisiete socios trabajadores, afiliados a CNT, enviaron a la Cooperativa un pliego de reclamaciones, en el que pedían el cumplimiento de la legislación laboral y la asunción de propuestas para mejorar la transparencia y flujo de información hacia los miembros de la Cooperativa.
4. El 10-11-2015 la Cooperativa comunicó por escrito a los tres demandantes la decisión de hacer efectivo su traslado a otro centro de trabajo.
5. CNT remitió burofax el 13-11-2015 a la Cooperativa en la que comunicaba su decisión de constituir una coordinadora en la empresa, porque consideraba que la movilidad geográfica de los tres socios trabajadores era injustificada e innecesaria ... "que supone una represalia… contra los trabajadores/as que reclaman sus derechos más básicos en la cooperativa". Y pide la búsqueda de las alternativas necesarias para reincorporar inmediatamente a los tres afiliados en su mismo centro de trabajo, anulando la decisión de su desplazamiento a otra provincia.

-Sentencia de 16-1-2016 del Juzgado de lo Social nº 3 de Castellón, que revocó sanción de amonestación por bajo rendimiento impuesta a un socio trabajador.
-Sentencia de 16-07-2015 del Juzgado de lo Social nº 2 de Vitoria, desestimando demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo contra la Cooperativa y una empresa servida.
-Sentencia de 9-03-2017 del Juzgado de lo Social nº 4 de Vitoria, la que desestima la demanda de extinción y despido. Sentencia confirmada por STSJ País Vasco de 5-09-2017 (Rec. 1389/17).

6. El sindicato CNT promovió una campaña, en la que denunció la actividad de la Cooperativa y realizó llamadas a boicotear los productos de algunas empresas.
7. El 20-11-2015 el director de la cooperativa publicó un comunicado dirigido a todos los socios cooperativistas, en referencia a la actividad del sindicato CNT, en el que se traslada la preocupación por la campaña que está llevando en contra de la Cooperativa y el boicot al producto. "…. informamos de que los intereses de los sindicatos son otros, como conseguir afiliados y más fuerza en las empresas, pero las cooperativas de trabajo asociado, como Servicarne, no tienen representación sindical porque a la vez somos trabajadores y propietarios de nuestra cooperativa. De hecho, no estamos sujetos a convenios, ni huelgas, ni jornada fija, etc., los cooperativistas tenemos nuestra propia legislación en la Ley de Cooperativas. No nos ayudan a encontrar trabajo y además es posible que consigan quitárnoslo. Espero que recapaciten".
8. El 30-11-2015 la Cooperativa procedió a suspender la actividad de varios socios trabajadores, quienes promovieron demanda de tutela de derechos fundamentales, que conoció el Juzgado de lo Social nº 3 de Castellón, que dictó sentencia desestimatoria el 11-03-2016.
9. Dicha Sentencia fue revocada por la Sala de lo Social del TSJ Comunidad Valenciana, por Sentencia de 13-10-2016 (Recurso 2335/16), por vulneración de la libertad sindical de los socios trabajadores suspendidos, anuló las suspensiones y condeno a la Cooperativa a abonar a cada uno de los demandantes una cantidad equivalente a la que hubieren percibido hasta su baja definitiva en la cooperativa, más 7.000 euros a cada uno de ellos por daños morales.
10. La Cooperativa no facilitó ningún puesto de trabajo a los citados socios trabajadores desde la comunicación de suspensión realizada, aunque contrató con la empresa nuevas tareas, incorporando, a tal efecto, a cuatro nuevas socias trabajadoras.
11. Nuevamente, el 11-06-2016 la Cooperativa acordó por unanimidad en Asamblea General, el cese de socios trabajadores, quienes interpusieron demanda contra sus ceses, que fue estimada por sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Castellón, de 22-03-2017 (proced. 423/16), declarando la nulidad del cese, por vulneración de la libertad sindical de los socios trabajadores y se condenó a la Cooperativa a reponerlos en su centro de trabajo en las mismas condiciones al momento del cese. Contra dicha Sentencia, la Cooperativa interpuso recurso de aclaración y suplicación, y el 22-06-2017 el Juzgado dictó Auto acordando la ejecución provisional de la sentencia. Dicho Auto fue recurrido por la Cooperativa, que el 22-07-2017 presentó escrito al Juzgado, comunicándole que le era imposible readmitir a los trabajadores en su centro de trabajo, porque se oponía la empresa usuaria,

quien no había sido condenada, ofreciéndose, en todo caso, a buscar la solución más conveniente. Finalmente, el Juzgado dictó Auto, mediante el que se homologó el acuerdo, alcanzado entre las partes, en el que se convino el cese definitivo con efectos de 18-04-2016, abonándose a los socios trabajadores, en concepto de indemnización por cese de la relación sociolaboral, las cantidades de 31.000, 30.000 y 27.000 euros respectivamente.

12. El 18-10-2016, STSJ de la Comunidad Valenciana (Rec. 2355/2016) se pronunció en el sentido de que la Cooperativa había vulnerado el derecho a la libertad sindical de tres socios desplazados, afiliados a CNT. Al respecto, la Sentencia de la Audiencia Nacional, casada por la STS que estamos analizando, consideró particularmente relevante el hecho de que, tal como expresa el último párrafo del hecho probado séptimo, los comunicados contra el sindicato permanecieron en la página web de Servicarne hasta el 4 de agosto de 2017; varios meses después de la mencionada Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 18-10-2016.

4. Fundamentos jurídicos de la Sentencia

La sentencia de la AN recurrida, basó la desestimación de la demanda en la interpretación jurídica según la que, *dado que la denuncia de vulneración de la libertad sindical se produce en el marco de la defensa de los intereses y derechos de varios socios trabajadores de la Cooperativa demandada, al no ser los socios trabajadores de dichas cooperativas titulares del derecho a la libertad sindical proclamado en el artículo 28.1 CE, resulta que la intervención del sindicato CNT y la acción sindical emprendida por dicho demandante carecerían de soporte legal*.

En consecuencia, el recurso se dirige a cuestionar tal entendimiento del derecho a la libertad sindical y a sostener la existencia de este derecho y, en consecuencia, por una parte, la lícita actividad del sindicato demandante y, por otra, la ilícita respuesta de la cooperativa demanda que vulneraría la libertad sindical.

El recurso se articula en nueve motivos diferentes, que el Tribunal analiza y resuelve en sus fundamentos de Derecho.

4.1. Cuestiones procesales

El primero de ellos denuncia infracción del artículo 218 LEC y 97.2 LRJS en relación al artículo 24 CE (tutela judicial efectiva) por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las

que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.

Sostiene la recurrente que *la sentencia resulta internamente incongruente al mantener, al mismo tiempo, el derecho de sindicación de los socios trabajadores de las Cooperativas de trabajo asociado y, paralelamente, negarles el derecho a la libertad sindical*. Por otro lado, entiende que la sentencia no da una cumplida respuesta a la demanda al no proporcionar una resolución fundada en derecho sobre el fondo del asunto.

Para el Tribunal, ninguna de las infracciones denunciadas en este motivo pueden ser estimadas puesto que la sentencia ni resulta incongruente, ni obvia la respuesta a las peticiones deducidas en la demanda, estando todas las respuestas debidamente fundadas jurídicamente.

En efecto, la sentencia recurrida no reconoce el derecho a la libertad sindical de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado. *Al revés, la sentencia sostiene justo lo contrario: la inexistencia de tal derecho; negativa que está debidamente fundada formalmente dado que se ampara en un análisis del citado derecho fundamental y de su ámbito subjetivo de aplicación que la resolución combatida anuda a la interpretación que realiza de diversos preceptos de las normas internas* (Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS); Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo (LETA); Ley 27/1999, de 16 de julio de cooperativas y LRJS, entre otras) e internacionales (Convenios 87, 98 y 154 OIT). *No existe, por tanto, el menor atisbo de la incongruencia interna denunciada*.

Tampoco, a la vista de lo que se acaba de exponer, puede aceptarse la denuncia relativa a que la resolución combatida no esté debidamente fundada, ni que no resuelve el fondo del asunto. Con independencia de que tal fundamentación y sus conclusiones tendentes a la desestimación de la demanda puedan resultar discutibles y no sean compartidas por la recurrente, la fundamentación del fallo es exhaustiva *sin que pueda aceptarse ni la existencia de indefensión para el sindicato CNT, ni la falta de fundamentación del fallo de la sentencia ni que éste no de cumplida respuesta a los pedimentos de la demanda*.

Negando el derecho a la libertad sindical de los socios trabajadores cooperativistas la sentencia entiende que falla el presupuesto básico necesario para que la actividad sindical del sindicato demandante sea válida y, ante tal falta de validez, declara que no puede haberse producido la vulneración reclamada en la demanda, sin necesidad de dar respuesta pormenorizada a cada uno de los argumentos contenidos en la petición del sindicato actor (cita al respecto: STC 171/2002, de 30 de septiembre, entre otras).

Los motivos segundo y tercero pretenden la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida.

En concreto, en el segundo se pretende la modificación completa de un párrafo del hecho probado cuarto, sosteniendo que su redacción no se ajusta exactamente,

respecto de la relación de asistentes y representados, a lo que refleja el acta de la Asamblea General de la Cooperativa celebrada 11-06-2016 en cuyo orden del día estaba previsto resolver sobre el cese de varios socios trabajadores.

Con la redacción que pretende introducir el recurrente interesa que la misma sirva de soporte para acreditar la falta de capacidad de los socios trabajadores en relación a su subordinación laboral con el consejo rector de la Cooperativa.

El Tribunal, en base a numerosísimos pronunciamientos anteriores (por todas: STS de 27 de marzo de 2000, rcud. 2497/1999) lo rechaza porque la modificación pretendida resulta, *absolutamente irrelevante para el signo del fallo.* La Sala no comparte las conclusiones que de la pretendida redacción del hecho en cuestión pretende extraer la parte: *la falta de democracia de la asamblea y la coacción en el voto, pues a tales efectos resulta absolutamente intrascendente que los votos presenciales fueran 167, cuestión en la que las dos redacciones están conformes, o que entre estos hubiera o no seis socios en período de prueba o que los presentes aportasen un número concreto de votos delegados, resultando al final 300 como dice la sentencia o 318 como solicita la recurrente*.

En el tercero se solicita la *adición de un nuevo hecho probado* en el que pretende hacer constar que a fecha 15-01-2016 constaban afiliados a CNT varios trabajadores de la cooperativa; y que la gran mayoría de las bajas de afiliación se produjo entre febrero y marzo de 2016. Basando toda la adición en una certificación expedida por el propio Secretario de organización del sindicato de oficios varios de Valencia de la CNT.

Se trata, para el Tribunal, *de un documento inhábil* que ya fue valorado expresamente por la Sala de instancia que no le dio credibilidad por ser, precisamente, de parte y elaborado para los fines que ahora se pretenden; y, a mayor abundamiento, resulta intrascendente para la modificación del fallo en la medida en que pretende que, *caso de ser estimada la petición fundamental de vulneración de la libertad sindical, tal dato resulte relevante para la cuantificación del fallo. Lo que, aisladamente considerado, no serviría a tal fin en la medida en que no se ofrecen parámetros adicionales que pudieran perfilar y delimitar el posible daño sufrido.*

4.2. Cuestiones de fondo

Los motivos cuarto a séptimo denuncian diversas infracciones del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia:

a) Vulneración de la doctrina jurisprudencial contenida en varias sentencias de esta Sala que cita, argumentando que *la sentencia recurrida impide la efectividad del ejercicio de la función institucional encomendada a los sindicatos por el artículo 7*

CE, el derecho a la libertad sindical del artículo 28 CE y el derecho comprendido en el mismo, consistente en no sufrir injerencias empresariales que contempla el artículo 13 LOLS.

b) *Infracción de los artículos 28 CE, 2.1.d) y 13 LOLS*, así como de la doctrina contenida en diversas sentencias del Tribunal Constitucional que cita.
c) *Vulneración del artículo 3.1. LOLS en relación con los artículos 1, 2, 6 y 19.1 LETA; así como del artículo 3.3 CC y de la doctrina contenida en la STC 98/1985 de 29 de julio*.
d) Vulneración de diversos preceptos de los *Convenios 87 y 98 OIT*, en relación con el artículo *23.4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, del *artículo 11 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950*. Nuevamente de la doctrina contenida en la *STC 98/1985 de 29 de julio*; del artículo 12 de la *Carta europea de derechos fundamentale*s y del artículo 5 de la *Carta Social Europea*. Todo ello en relación con el *artículo 10.2 CE*.

A tales motivos la Sala da una respuesta conjunta, enmarcada en la normativa constitucional, el derecho internacional y la legislación cooperativa.

4.3. Libertad sindical en el marco constitucional

La pretensión, perfectamente explicitada por el sindicato recurrente, que se desprende de tan amplio aparato normativo y jurisprudencial, no es otra para el Tribunal que la de combatir la fundamentación básica de la sentencia recurrida según la cual, al no estar reconocido en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la libertad sindical de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado con las que únicamente están unidos por una relación societaria, resulta ilegítima, por carecer de soporte legal, la actuación del sindicato demandante en defensa de los intereses de tales socios trabajadores, por lo que no pueden entenderse producidas las vulneraciones alegadas en la demanda y que constituyen la petición fundamental ejercida.

Estima la Sala que el examen de las infracciones denunciadas debe apoyarse, necesariamente, en la *constatación de diversas realidades normativas,* que concreta en la siguiente enumeración:

1. El *texto constitucional*, esto es, la literalidad del artículo 28.1 CE, no excluye, ni explícita ni implícitamente, de la titularidad del derecho a la libertad sindical a los socios trabajadores de las cooperativas que nos ocupan.

2. Lo mismo sucede en la *Ley Orgánica de Libertad Sindical* (LOLS) y en los pertinentes convenios de la OIT, ninguno de los cuales se refiere, literalmente, a la inclusión o exclusión de la titularidad de la libertad sindical de los referidos socios trabajadores.

Es por ello que cualquier conclusión, afirmativa o negativa, debe ser alcanzada mediante un análisis e interpretación de los textos legales aplicables a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia de esta Sala, y, especialmente también, a la vista de los Tratados y Convenios internaciones suscritos por España, tal como ordena para la interpretación de los derechos fundamentales el artículo 10.2 CE.

"En la medida en que nos encontramos ante una decisión que no tiene respuesta en la mera literalidad de la ley, las operaciones hermenéuticas que resulta necesario realizar conducen, a juicio de la Sala, a la estimación de la pretensión contenida en los motivos del recurso y, consecuentemente, a determinar que, *en los términos que seguidamente se expondrán, los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado tienen derecho a afiliarse al sindicato de su elección y, lo que resulta más importante a los efectos del presente recurso, el sindicato tiene derecho al ejercicio de la acción sindical en defensa de los derechos e intereses de sus afiliados en este tipo de cooperativas"*.

En efecto, a propósito de las *exclusiones o limitaciones explícitas* a la titularidad y pleno ejercicio de la libertad sindical que figuran explicitadas en la CE y desarrolladas en la LOLS, tanto la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 101/1991, de 13 de mayo, entre otras), como la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 11 de junio de 1997, Rcud. 3863/1996 y de 26 de noviembre de 2002, Rcud. 1056/2001) han establecido que, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 28.1 de la Constitución, *es claro que las exclusiones y limitaciones allí establecidas o en la ley de desarrollo (LOLS) deben interpretarse de forma restrictiva, pues no es factible extender aquellas restricciones a otros supuestos de actividad o de acción sindical no comprendidos en tal precepto*.

Si ello se ha afirmado a propósito de exclusiones o limitaciones al ejercicio del derecho fundamental que nos ocupa establecidas en la ley, resulta totalmente lógico que la negación del derecho a la libertad sindical a colectivos no previstos explícitamente en la norma, se interprete de la misma forma; esto es, de manera absolutamente restrictiva so pena de reducir por vía interpretativa el alcance de un derecho fundamental tan amplio, subjetiva y objetivamente, como el de la libertad sindical.

4.4. Estatus jurídico del socio trabajador y realización de un trabajo subordinado

Aunque nos encontramos ante una sociedad cooperativa catalana, regida por su propia Ley autonómica, dada la competencia exclusiva atribuida en esta materia a las CCAA, el TS acude para su interpretación a la Ley estatal (*Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas*), dado que es al Estado a quién corresponden las competencias exclusivas en materia de legislación laboral, en este caso para excluir a los socios trabajadores de su ámbito normativo (GARCÍA, 2014).

Siguiendo el relato del Tribunal: "Es cierto que la *Ley de Cooperativas* califica la relación de éstas con sus socios trabajadores como una relación societaria. Pero ello no puede ocultar y esconder que ínsita en dicha relación existe una realidad que no es posible desconocer y que consiste en la *presencia de un trabajo subordinado realizado por el socio trabajador* que está sujeto al ámbito de organización y dirección de la Cooperativa que se personifica en su Consejo Rector.

Desde esta perspectiva, *no cabe duda de que tales socios trabajadores pueden construir y defender intereses alternativos estrictamente laborales que vayan más allá de los propios de la relación societaria, para cuya defensa pueden resultar notoriamente insuficientes los cauces de participación en los órganos de gobierno de las cooperativas derivados de su condición de socios*. Especialmente en cooperativas, como la demandada, de dimensiones importantes donde los órganos de dirección pueden estar alejados de los intereses de los socios que derivan del trabajo que prestan".

A este respecto, recuerda la Sala que su jurisprudencia tiene señalado sobre *el* estatus jurídico del socio-trabajador de una Sociedad Cooperativa el del *carácter mixto en cuanto a que se asienta sobre una relación societaria y, al mismo tiempo, se manifiesta en la prestación de una actividad de trabajo con tratamiento jurídico laboral en gran medida* (SSTS de 10 de diciembre de 2013, Rcud. 3256/2012 y de 27 de noviembre de 2013, Rcud. 3128/2012) y que la peculiar condición jurídica del socio-trabajador justifica la estimación del carácter mixto de su estatus jurídico, en cuanto se asienta sobre una relación societaria y al mismo tiempo se manifiesta en la prestación de una actividad de trabajo, *con tratamiento jurídico-laboral en no pocos aspectos* (STS de 10 de diciembre de 2013, Rcud. 3201/2012).

Más recientemente, a propósito de una *jubilación anticipada de un socio trabajador* de una cooperativa de trabajo asociado cuya relación se extinguió en el marco del concurso de la entidad, esta Sala (SSTS de 20 de noviembre de 2018, Rcud. 3407/2016; de 19 de diciembre de 2018, Rcud. 2233/2017 y de 7 de febrero de 2019, Rcud. 649/2017), (Arnau, 2020) ha afirmado que aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción

de su relación ha sido conformada, mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la declaración de concurso de acreedores, a través de la concurrencia de su voluntad, lo cierto es que se ha quedado sin trabajo, viendo su contrato extinguido por lo que concurre la circunstancia exigida por la norma en cuestión prevista para los supuestos de sujetos que no estén expresamente excluidos de tal posibilidad de jubilación anticipada. Con ello hemos asimilado, a tales efectos, los de la jubilación anticipada, a todos los trabajadores de las cooperativas (socios y no socios), *resultando lógico que la asimilación se produzca, en ausencia de previsión legal contraria, en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad sindical con mucho mayor motivo*.

Legislación procesal social

Por otro lado, la atribución que el artículo 2.c) *Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social* (LRJS) realiza al orden jurisdiccional social de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre las cooperativas de trabajo asociado y sus socios trabajadores, exclusivamente por la prestación de sus servicios es indicativa del nivel y ámbito de protección que quiere el legislador para este tipo de relaciones. Tal atribución es reiteración de la prevista en la anterior LPL y concuerda con lo que, al respecto, dispone el artículo 87 de la *Ley 27/1999* al disponer que la remisión a la jurisdicción social (que dicha Ley también efectúa) "atrae competencias de sus órganos jurisdiccionales en todos sus grados, para conocimiento de cuantas cuestiones contenciosas se susciten entre la cooperativa de trabajo asociado y el socio trabajador relacionadas con los derechos y obligaciones de la actividad cooperativizada".

En consecuencia, nos encontramos ante una remisión total que no excluye ningún aspecto procesal contenido en la reiterada LRJS y que, por tanto, *tampoco excluye la intervención sindical en defensa de los derechos de los trabajadores*, también la de los socios trabajadores, ampliamente acogida en el citado texto normativo (artículos 20 y 177.2 LRJS, que se refieren, precisamente, a la intervención sindical en el proceso laboral en defensa de los derechos e intereses de los trabajadores).

4.5. Derecho Internacional, OIT

Para la Sala, abona su conclusión la amplitud con que el derecho a la libertad sindical está configurado en el artículo 28.1 de nuestra Constitución ("Todos tienen derecho a sindicarse libremente") y en las normas internacionales ratificadas por España, especialmente en los Convenios de la OIT:

a) *Convenio 87 OIT*: "Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas".
b) *Convenio 98 OIT*: "Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo... Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:(a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato".

La amplitud del derecho de libertad sindical en tales textos no admite restricciones en aquellos supuestos, como el examinado, en *donde hay una prestación de trabajo subordinada, aunque las notas de dependencia y, especialmente, la de ajenidad, ofrezcan un perfil menos intenso que el de la relación laboral típica o común*; pues lo mismo sucede en relaciones laborales especiales en las que las citadas notas están más difuminadas todavía.

Recomendación OIT 193 sobre la promoción de las cooperativas

En todo caso, para el Tribunal resultan esclarecedoras las *recomendaciones e informes de la OIT* que, aunque no resulten directamente aplicables, son, como afirma el Tribunal Constitucional, textos orientativos, que, sin eficacia vinculante, pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los Convenios (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre y 191/1998, de 29 de septiembre).

Tal es el valor que la Sala concede tanto a la recomendación *193 OIT sobre la promoción de las cooperativas* como a diversos informes del Comité de Libertad Sindical de tal organización. En la citada recomendación, se recoge que debería alentarse a las organizaciones de trabajadores a orientar y prestar asistencia a los trabajadores de las cooperativas para que se afilien a dichas organizaciones, lo que evidencia para la Sala, que el principio del que se parte en los citados Convenios OIT no es otro que el *reconocimiento del derecho a la libertad sindical de los trabajadores cooperativistas*.

En consecuencia, procede la estimación de esta parte del recurso habida cuenta de que la Sala entiende, no sólo que los socios trabajadores de una cooperativa de trabajo asociado tienen derecho a afiliarse libremente al sindicato de su elección, sino, también, lo que a los presentes efectos resulta más importante: que los sindicatos legalmente constituidos tienen derecho al libre ejercicio de la actividad sindical en las Cooperativas de Trabajo Asociado

donde tengan afiliados socios trabajadores de las mismas, tal como se desprende del texto constitucional (artículo 28.1 CE) y, específicamente, de los artículos 1.1 y 3.1 LOLS.

5. Libertad sindical del sindicato y actitud antisindical de la cooperativa

Los motivos octavo y noveno del recurso, denuncian vulneración de los artículos 28 CE[6], 18.1 CE, en relación con el honor del sindicato demandante, así como los artículos 2.2.b)[7], 3.1[8], 13[9] y 15[10] LOLS; y, por otro, vulneración de los artículos 182 y 183 LRJS, en cuanto a sus consecuencias legales de tal violación.

Estas infracciones denuncian que la *sentencia recurrida no ha considerado lesivo de la libertad sindical del sindicato como consecuencia de las expresiones vertidas en los comunicados de la Cooperativa citados en la demanda y accesibles en su página web, ni se han aplicado las consecuencias legalmente previstas* (arts.182 y 183 LRJS) al supuesto de existencia de vulneración del derecho fundamental consistentes en la declaración

6. Artículo 28 1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.

7. 2. Las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical, tienen derecho a: b) Constituir federaciones, confederaciones y organizaciones internacionales, así como afiliarse a ellas y retirarse de las mismas.

8. 1. No obstante lo dispuesto en el artículo 1.º, 2, los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio, los trabajadores en paro y los que hayan cesado en su actividad laboral, como consecuencia de su incapacidad o jubilación, podrán afiliarse a las organizaciones sindicales constituidas con arreglo a lo expuesto en la presente Ley, pero no fundar sindicatos que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares, sin perjuicio de su capacidad para constituir asociaciones al amparo de la legislación específica.

9. Artículo trece. Cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados los derechos de libertad sindical, por actuación del empleador, asociación patronal, Administraciones públicas o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, podrá recabar la tutela del derecho ante la jurisdicción competente a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.
Expresamente serán consideradas lesiones a la libertad sindical los actos de injerencia consistentes en fomentar la constitución de sindicatos dominados o controlados por un empleador o una asociación empresarial, o en sostener económicamente o en otra forma sindicatos con el mismo propósito de control.

10. Artículo quince. Si el órgano judicial entendiese probada la violación del derecho de libertad sindical decretará el cese inmediato del comportamiento antisindical, así como la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas, remitiendo las actuaciones al Ministerio Fiscal, a los efectos de depuración de eventuales conductas delictivas.

de la nulidad del acto, el cese de la conducta antisindical y la reparación de las consecuencias del acto vulnerador, incluida, la indemnización por daño moral.

5.1. Vulneración del derecho fundamental de la libertad sindical del sindicato

Como se ha reseñado, *la actividad sindical en la Cooperativa era perfectamente posible para el sindicato recurrente en defensa de los derechos e intereses legítimos laborales de los socios cooperativistas*. En consecuencia, no existía obstáculo para que pudieran valorarse las circunstancias puestas de relieve en torno a la *posible vulneración de la libertad sindical*. La AN no lo hizo porque entendió que tal actividad sindical era ilegal; pero aclarado que no lo era, para el TS resulta imprescindible pronunciarse sobre dicha cuestión.

A tal efecto, en virtud del artículo 215.c) LRJS, la Sala entiende que el relato de hechos probados incorporado en la sentencia recurrida es lo suficientemente amplio y exhaustivo para permitirle pronunciarse sobre el fondo del asunto, en relación con la vulneración de la libertad sindical. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 181.2 LRJS, se infiere que quien alega cualquier atentado a un derecho fundamental *le basta con acreditar indicios racionales de una actitud antisindical de la empresa o de que en ella exista cierto ambiente hostil al ejercicio de actividades sindicales, para que sea la entidad empresarial la que corra con la necesidad de probar que su conducta está totalmente alejada de los referidos móviles antisindicales y que obedece a planteamientos fundados en derecho*. En cuanto al demandado, *acreditada la concurrencia de que indiciariamente se ha producido violación del derecho fundamental, le corresponderá* "la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad" (artículo 181.2 LRJS).

Teniendo en cuenta la doctrina expuesta, la Sala observa en los hechos declarados probados de la sentencia recurrida *numerosos indicios de una actitud antisindical por parte de la Cooperativa demandada*, especialmente en los comunicados emitidos, accesibles en su página web, que aparecen transcritos literalmente en los hechos cuarto y séptimo del relato fáctico de la sentencia de instancia. Cuyo extracto pone de relieve que la *Cooperativa, en sus comunicados, no se limita a defender una determinada postura empresarial o rebatir argumentos sindicales, lo que sería perfectamente lícito; al contrario, los comunicados contienen expresiones que, en su propio contexto, implican un acentuado nivel de desprestigio de la actividad sindical*; es más, lo que se deduce de tales comunicados es una velada amenaza derivada del dato que ponen de relieve, según el que la afiliación o la contribución a la actividad sindical de CNT pone en peligro no sólo los puestos de trabajo en general, sino, de manera especial, los de los socios

que colaboren activamente con dicha actividad. Es más, la Sala explícita que "no estamos en presencia de explicaciones sobre la actitud de la empresa en el conflicto que pudieran ser diferentes a las defendidas por CNT, *lo que se está poniendo en cuestión, directamente, es la propia actividad sindical a la que se califica de opuesta a los intereses de los trabajadores a los que dice representar"*.

En cualquier caso, ante la evidente presencia de los indicios expuestos, que revelan, sin género de dudas, una presunción o apariencia de lesión del derecho a la libertad sindical del sindicato demandante, *la cooperativa no ha aportado una justificación objetiva que pudiese amparar su conducta y el contenido de sus comunicados que acreditase la concurrencia de causas objetivamente razonables que pudieran justificar su actuación, como le resultaba exigible según el artículo* 181.2 LRJS.

6. Consecuencias procesales

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 182 LRJS, la sentencia que declare la *vulneración de un derecho fundamental, en este caso, el de la libertad sindical del sindicato CNT*, tras declarar la nulidad radical de dicha conducta, *ordenará su cese inmediato y dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183 LRJS*.

Habida cuenta de que consta probado que los comunicados ya han sido retirados de la página web, *la Sala entiende que el pleno restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho exige que se haga pública, por los mismos medios en que se produjo la vulneración del derecho, el contenido de esta sentencia que deberá ser publicada durante tres meses en la página web de la demandada, con noticia destacada de la misma en la página principal de dicha web*.

El artículo 183.1 LRJS dispone que cuando la sentencia declare la *existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización* que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, *en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados*.

Por ello, al referirse a las indemnizaciones a fijar como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental, el artículo 183.3 LRJS señala que el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, para resarcir suficientemente a la víctima, así

como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño. La Sala entiende que hay que considerar también que en el supuesto concurren algunas circunstancias que pueden ser consideradas como *agravantes de la conducta lesiva* y que se refieren:

1. al hecho de que la lesión se ha prolongado en el tiempo al estar los comunicados lesivos colgados en la red durante varios meses;
2. a la publicidad de la lesión en la medida en que, junto a las comunicaciones individuales a cada socio, las mismas han estado publicadas en una página web de acceso general;
3. y que estamos en presencia de una conducta en cierto modo reincidente, no con el mismo sujeto sino con alguno de sus afiliados, tal como se desprende de la reiterada STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de octubre de 2016 (Rec. 2355/2016).
4. Igualmente, debe tenerse en cuenta que, por lo que se refiere al fondo del asunto, la extraordinaria complejidad jurídica del mismo podría, no justificar la conducta, pero sí afectar a su gravedad.

Teniendo en cuenta todos estos factores y la expuesta doctrina de la Sala, entiende que *la indemnización por los daños derivados de la vulneración del derecho a la libertad sindical de CNT, deben ascender a la cantidad de treinta mil euros*.

7. A modo de conclusiones

1. En la Sentencia que se analiza, la Sala entiende, no sólo que los socios trabajadores de una cooperativa de trabajo asociado tienen derecho a afiliarse libremente al sindicato de su elección, sino, también, que los sindicatos legalmente constituidos tienen derecho al libre ejercicio de la actividad sindical en las Cooperativas de Trabajo Asociado donde tengan afiliados socios trabajadores de las mismas, tal como se desprende del texto constitucional (artículo 28.1 CE) y, específicamente, de los artículos 1.1 y 3.1 LOLS.
2. Las exclusiones y limitaciones establecidas artículo 28.1 de la Constitución o en la ley de desarrollo (LOLS) deben interpretarse de forma restrictiva. Resulta totalmente lógico que la negación del derecho a la libertad sindical a colectivos no previstos explícitamente en la norma, se interprete de la misma forma, so pena de reducir por vía interpretativa el alcance de un derecho fundamental tan amplio, subjetiva y objetivamente, como el de la libertad sindical.

3. Aunque la Ley de Cooperativas califica la relación de éstas con sus socios trabajadores como una relación societaria, ello no puede ocultar la presencia de un trabajo subordinado realizado por el socio trabajador que está sujeto al ámbito de organización y dirección de la Cooperativa que se personifica en su Consejo Rector. A este respecto, el estatus jurídico del socio-trabajador de una Sociedad Cooperativa es de carácter mixto en cuanto a que se asienta sobre una relación societaria y, al mismo tiempo, se manifiesta en la prestación de una actividad de trabajo con tratamiento jurídico laboral en gran medida.
4. Desde esta perspectiva, tales socios trabajadores pueden construir y defender intereses alternativos estrictamente laborales que vayan más allá de los propios de la relación societaria, para cuya defensa pueden resultar notoriamente insuficientes los cauces de participación en los órganos de gobierno de las cooperativas derivados de su condición de socios. Especialmente en cooperativas de dimensiones importantes donde los órganos de dirección pueden estar alejados de los intereses de los socios que derivan del trabajo que prestan.
5. La amplitud del derecho de libertad sindical en los Convenios 87 y 98 OIT, no admite restricciones en aquellos supuestos, como el examinado, en donde hay una prestación de trabajo subordinada, aunque las notas de dependencia y, especialmente, la de ajenidad, ofrezcan un perfil menos intenso que el de la relación laboral típica o común. En este sentido, en opinión de la Sala, la recomendación 193 OIT sobre la promoción de las cooperativas evidencia el reconocimiento del derecho a la libertad sindical de los trabajadores cooperativistas.

Bibliografía

ARNAU COSÍN, Mª.J.: "Reconocimiento de la prestación por jubilación anticipada involuntaria al socio de una cooperativa de trabajo asociado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 17 de septiembre de 2019, unificación doctrina (RCUD 1741, 2017)", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 35, 2019, p. 471.

FAJARDO GARCÍA, G.: "Las cooperativas de transporte, socios colaboradores y falsas cooperativas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo nº 2263/2018, de 18 de mayo (Social)", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 35, 2019, p. 441.

GARCÍA JIMÉNEZ, M.: "El desamparo del trabajo asociado por la legislación laboral o el limbo del trabajo cooperativizado", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 37, 2014.

GARCÍA JIMÉNEZ, M.: "Falsas cooperativas, usos abusivos y derechos de los trabajadores. Análisis jurisprudencial y propuestas de actuación", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 33, 2018. http://ciriec-revistajuridica.es/wp-content/uploads/comen33-07.pdf.

OIT. R193: *Recomendación sobre la promoción de las cooperativas*, 193, 2002.

OIT: "Sindicatos y cooperativas de trabajo: balance y prospectivas", *Boletín Internacional de Investigación Sindical*, nº 2, vol. 5, 2013.

ROJO TORDESILLA, E.: "Falsos cooperativistas en la industria cárnica. Notas a la sentencia del TSJ de Galicia de 5 de noviembre de 2019, y recordatorio de conflictos anteriores. Bloc: El nuevo y cambiante mundo del trabajo", *Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 12 de enero de 2020, http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/01/falsos-cooperativistas-en-la-industria.html

TODOLÍ SIGNES, A.: "La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de falsas cooperativas". En *La promoción del emprendimiento y la inserción social desde la economía social* (Coord. FAJARDO GARCÍA, G.), CIRIEC-España, Valencia, 2018, pp. 87-92.

PRÁCTICA CONCERTADA DE BOICOT A TERCEROS DE LOS SOCIOS COOPERATIVISTAS Y RESPONSABILIDAD DE LA COOPERATIVA

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 1497/2018

Javier Guillem Carrau
Letrado de las Cortes Valencianas en servicios especiales

RESUMEN
Este comentario de jurisprudencia aborda una cuestión de gran interés en el ámbito de derecho cooperativo que consiste en la aplicación del derecho de la competencia a las cooperativas por actuaciones de sus socios; esto es, el levantamiento del velo en la imputación por conductas anticompetitivas en un caso de boicot es la pieza clave de este litigio.

PALABRAS CLAVE: Cooperativa, competencia, boicot, práctica anticompetitiva, colusión, socios, responsabilidad.

Cómo citar este artículo/How to cite this article: GUILLEM CARRAU, J.: "Práctica concertada de boicot a terceros de los socios cooperativistas y responsabilidad de la cooperativa. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo núm. 1497/2018", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 36, 2020, pp. 445-456. DOI: 10.7203/CIRIEC-JUR.36.17707.

BOYCOTT BY COOPERATIVE MEMBERS AND THE RESPONSIBILITY OF THE COOPERATIVE
Judgment of the Chamber of Administrative Proceedings of the Spanish Supreme Court núm. 1497/2018

ABSTRACT
This case law comment digs into a question of interest in the context of the Cooperative Law: the application of Competition Law to a Cooperative based on the anticompetitive behavior of its members. Piercing the corporate veil in order to charge the anticompetitive practice of a boycott is the jigsaw of this legal proceedings.

KEYWORDS: Cooperative, competence, boycott, anticompetitive practice, collusion, members, responsibility.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Hechos que dieron lugar al procedimiento y pretensiones de las partes. 3. Las cuestiones jurídicas abordadas en la Sentencia: la prohibición de boicots, la prueba de la concertación y responsabilidad de la cooperativa de trasporte. 3.1. La prohibición del boicot. 3.2. La prueba de la concertación no es una valoración fáctica. 3.3. La responsabilidad de la cooperativa por la participación de los socios: el interés casacional. 4. El Fallo del Tribunal Supremo: la responsabilidad de la cooperativa. Bibliografía.

1. Introducción

Este comentario tiene como finalidad analizar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo núm. 1497/2018[1], que aborda una cuestión de gran interés en el ámbito de derecho cooperativo que consiste en la aplicación del derecho de la competencia a las cooperativas por actuaciones de sus socios; esto es, el levantamiento del velo en la imputación por conductas anticompetitivas.

La Sentencia tiene su origen la Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de fecha 14 de enero de 2016, por la que se resolvía el expediente 2/2014 -Transporte Horizontal, en el que se acreditó y se sancionó una infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, a una sociedad cooperativa por la realización de una práctica concertada de boicot, imponiéndole sanción por importe de 248.344 euros, y ordenando el cese de la conducta infractora y prohibiendo la reiteración futura de conductas que tuvieran el mismo similar objetivo o lleven aparejado el mismo efecto.

Dicha resolución fue recurrida por la sociedad cooperativa. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia de fecha 19 de mayo de 2017 por la que se estimó el recurso interpuesto por la Cooperativa de Transporte.

La Autoridad Vasca de la Competencia recurrió ante el Tribunal Supremo y por Auto de la Sala de Admisiones de fecha 13 de noviembre de 2017 se admitió a trámite el recurso de casación, apreciándose que la cuestión planteada en el mismo tiene interés casacional objetivo.

1. ECLI:ES:TS:2018:3631.

El recurso de casación se fundó en la presunta infracción por parte de la sentencia impugnada del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia al haber exculpado de responsabilidad a la citada cooperativa Transportes, por una conducta realizada por los socios cooperativistas de la misma.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación y ratificó la doctrina de precedentes sentencias sobre la responsabilidad de una sociedad cooperativa respecto a la conducta de sus socios. A continuación, se analiza detalladamente los antecedentes y los fundamentos de la sentencia objeto de este comentario.

2. Hechos que dieron lugar al procedimiento y pretensiones de las partes

Los hechos esenciales para la compresión de la controversia tienen como núcleo central la existencia de una acción de boicot por los socios de una cooperativa de trasporte a una naviera en el Puerto de Bilbao.

En concreto, en los antecedentes relatados en la Sentencia se da por probado que, en primer lugar, la Asociación Sindical de Transportistas Autónomos del Puerto de Bilbao anunció su decisión de no prestar el servicio de transporte horizontal a los buques gestionados por una determinada naviera que opera en el citado puerto; es decir de no mover los contendores del costado del buque a la terminal de contenedores. En segundo lugar, se determina que, aunque la propia Asociación hizo pública su intención de dejar sin efecto el llamamiento, tal boicot se produjo a fechas concretas y a dos buques. De hecho, la interrupción del servicio de estiba y desestiba exclusivamente a la citada naviera se produjo efectivamente en dos fechas; en una de ellas no prestaron servicio a la naviera los 3 camiones solicitados y, en otra, una petición similar de 3 camiones, sólo les proporcionaron uno. Esta práctica fue repetida por otra cooperativa de trasporte de manera idéntica. Todo ello sin que ningún otro buque de las restantes navieras sufrieran incidencia alguna en el servicio de estiba o desestiba esos días.

En tercer lugar, aunque la cooperativa recurrente advirtió a la naviera de las dificultades para proporcionar los servicios solicitados, no buscó alternativas para cumplir con sus compromisos contractuales de desestiba con transportistas alternativos.

En cuarto lugar, se concluye que el boicot a la naviera fue efectivamente seguido por los socios transportistas de la cooperativa de transporte. En este contexto, resulta indiferente que la cooperativa considere que el seguimiento del boicot de sus transportistas no se debía a su afiliación a la cooperativa, sino a la Asociación que convocó la huelga; el hecho no discutible es que los socios cooperativistas no prestaron el

servicio a que se había comprometido la cooperativa, lo que supone que participaron de hecho en un boicot. Y no resulta convincente el argumento de que lo hicieron por temor a los incidentes respecto a lo que hubo denuncias, ya que consta que con excepción de la no prestación del servicio a la naviera objeto del boicot, la estiba y desestiba en el puerto fue atendida con normalidad durante esos días.

En quinto lugar, se concluye que la cooperativa era consciente de la probable conducta de sus miembros, puesto que advirtió a la naviera de las dificultades de proporcionarle el servicio solicitado. Además, no adoptó medidas para asegurar la prestación del servicio mediante la búsqueda de otros transportistas o mediante una intervención directa sobre sus miembros.

La cooperativa sancionada argumenta de nuevo ante el Tribunal Supremo y, así logró convencer a la Sala del Tribunal Superior de Justicia, que hizo suficiente con advertir a la naviera que no podía prestar el servicio y que nada más podía hacer la cooperativa sancionada y que el comportamiento individual de sus miembros no le resultaba imputable.

La Autoridad Vasca de la Competencia alega en la motivación de su recurso de casación la existencia de un interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia; en particular, dicho interés radica en el hecho de que, si habiéndose imputado a una sociedad cooperativa una infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, cabe la atribución de efectos exculpatorios, desde el punto de vista del derecho sancionador de la competencia, a la manifestación contraria a dicha práctica de la cooperativa, cuando está acreditado que los socios cooperativistas han participado activamente en la conducta anticompetitiva imputada.

3. Las cuestiones jurídicas abordadas en la Sentencia: la prohibición de boicots, la prueba de la concertación y responsabilidad de la cooperativa de trasporte

Con carácter previo hay que señalar que en el asunto que nos ocupa nos encontramos con una cooperativa de trabajadores pero, a nuestro parecer, la valoración jurídica de los hechos acontecidos no hubiera variado si se tratara de una cooperativa de transportistas (cooperativa de servicios)[2].

2. Véase al respecto que la legislación cooperativa establece que cualquier actividad económica lícita podrá ser organizada y desarrollada mediante una cooperativa (art. 1.2 Ley 27/1999 LC o art. 1.3 Ley 4/1993 LCPV); así que, tanto los transportistas, como los usuarios del transporte o los conductores y demás trabajadores del sector del transporte, pueden constituir una cooperativa, de servicios, de consumo o de trabajo asociado, según el interés que se persiga. La cooperativa de transportes es una cooperativa de trabajadores que se unen para

3.1. La prohibición del boicot

Los boicots están prohibidos porque constituyen una práctica restrictiva de la competencia. El boicot ocurre cuando varios operadores acuerdan excluir un competidor potencial o actual mediante una forma de coacción coactiva y, en el caso que nos ocupa, de carácter colectivo[3].

Este aspecto es relevante porque procede recordar que el artículo 101 TFUE, apartado 1, declara incompatibles con el mercado común y prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior[4].

Como esta práctica anticompetitiva se tipifica como una restricción por objeto[5], en la aplicación del TFUE, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua ya que ésta tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la

crear una empresa de transporte que les genere puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo (art. 10.1 LC 27/1999 y art. 103 LCPV 4/1993); mientras que la cooperativa de transportistas es una cooperativa de servicios, creada por empresarios del transporte con el fin de prestar servicios y suministros a éstos, y realizar operaciones encaminadas al mejoramiento económico y técnico de las explotaciones de sus socios (art. 100 LC 27/1999 y art. 123 LCPV 4/1993). Es decir, la empresa transportista en el primer caso es la cooperativa; mientras que, en el segundo, son los socios los que tienen la condición de transportistas, actuando la cooperativa como empresa de servicios y en ocasiones también como agencia de transportes para sus socios transportistas. En una cooperativa de transportes (CTA) los socios trabajan en el desarrollo de la actividad objeto de la cooperativa, en este caso, el transporte; pueden ser conductores o realizar cualquier otro trabajo, pero en sus relaciones con los clientes, como dijimos, actúan en nombre de la cooperativa. En la cooperativa de transportistas (cooperativa de servicios), sus socios son transportistas y desarrollan esta actividad en nombre propio asumiendo directamente todas las consecuencias de la misma. Véase FAJARDO G.: "Las cooperativas de transporte, socios colaboradores y falsas cooperativas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo nº2263/2018, de 18 de mayo (Social)", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 35, 2019.

3. Véase la definición de «collective boicot» proporcionada por la Comisión en el staff working document «Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice» que acompaña a esta última, 25 de junio de 2014, SWD(2014) 198 final, pág. 11, que lo describe como una práctica en la que «a group of competitors agree to exclude an actual or potential competitor» y se refiere, por tanto, únicamente a los boicots «de exclusión». En el ámbito de nuestra doctrina, véase F. DÍEZ ESTELLA & A. GUERRA FERNÁNDEZ: «Artículo 1. Conductas colusorias». En *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia,* (J. Massaguer, J.M. Sala, J. Folguera y A. Gutiérrez (dirs.)), 4ª ed., Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2015, pág. 87: «El boicot, como forma de (co)acción colectiva, es un acuerdo colusorio […]»

4. Al respecto de la política de la competencia y la empresa, véase por su carácter sintético la segunda parte de GUILLEM CARRAU, J.: *Derecho de la UE para empresarios,* Tirant lo Blanch, 2012.

5. Sentencia de 7 febrero 2013, Protimonopolný úrad Slovenskej republiky v Slovenská sporiteľňa a.s., C-68/12, ECLI:EU:C:2013:71.

competencia[6]. El artículo 101 TFUE está dirigido a proteger no sólo los intereses de los competidores o los consumidores, sino la estructura del mercado y, de este modo, la competencia en cuanto tal[7].

La doctrina constata que las negativas colectivas de suministro (*concerted refusal to deal* o *to supply*) reciben en ocasiones el nombre de «boicot defensivo» cuando su objetivo consiste en castigar a un cliente (o proveedor o competidor) por sus prácticas comerciales y que las distintas resoluciones adoptadas por las autoridades de defensa de la competencia en España incluyen, precisamente, el acuerdo sobre el cese colectivo de relaciones comerciales con un cliente o proveedor en la noción de boicot y declaran después, invariablemente, su carácter potencialmente anticompetitivo por vulneración del artículo 1.1 LDC[8].

En el Derecho interno, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) reedita la regla europea en su artículo 1 "se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional".

Asimismo, es de aplicación el artículo 61 LDC que considera como sujetos infractores a "las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley". El art. 61.2 añade que "a los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas".

Es difícil encontrar una conducta anticompetitiva que se reduzca a la acción del boicot aislada puesto que normalmente va acompañada de otras prácticas colusorias. Consecuentemente, la jurisprudencia sobre la materia normalmente aborda el boicot en conjunto con otras prácticas anticompetitivas.

6. Sentencia de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. p. 429 y ss., especialmente p. 496; de 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, Rec. p. I-8375, apartado 508, y de 8 de diciembre de 2011, KME Germany y otros/Comisión, C-389/10 P, Rec. p. I-13125, apartado 75.

7. Sentencia de 6 de octubre de 2009, GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, Rec. p. I-9291, apartado 63.

8. PUETZ, A.: "Prácticas colusorias en el transporte horizontal de boicots y cooperativas de transportistas", *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, Nº. 21, 2017.

3.2. La prueba de la concertación no es una valoración fáctica

En cuanto a la prueba de la concertación, el Tribunal Supremo sostiene que no es posible admitir la tesis de la Sala de instancia que defiende que para no participar en una actuación anticompetitiva como la del asunto que nos ocupa es suficiente con la advertencia por parte de una sociedad que dicha actuación puede ocurrir, aun cuando los sujetos que realizan materialmente la conducta prohibida son precisamente miembros de dicha sociedad. Tampoco es aceptado por el Tribunal Supremo el argumento por el que el Tribunal Superior de Justicia apreció que la cooperativa hizo lo que le resultaba exigible al advertir a la naviera de las dificultades para atender su petición de desestiba porque en ningún caso resulta desmentido que la cooperativa no buscó formas alternativas de atender su compromiso de servicio con la citada naviera.

Conviene poner de relieve que el propio Tribunal Supremo afirma, en la sentencia objeto de este comentario, que esto no es una valoración fáctica, sino una interpretación del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en el sentido de que el apartamiento de una conducta anticompetitiva como lo es un boicot, ha de ser claro e inequívoco, al igual que sucede -según reiterada jurisprudencia- con la participación en un cartel[9].

El dato fáctico lo proporciona la narración de hechos de la sentencia impugnada al describir la reacción de una de las cooperativas frente al llamamiento al boicot. La convocatoria del boicot -pese a su retirada posterior-, la previsión por parte de una de las cooperativas del presumible incumplimiento de las encargos de servicio por sus propios miembros, el que dicho servicio no fuese cumplido y, finalmente, la falta de cualesquiera otra actuación clara de apartamiento de la acción anticompetitiva y de evitación de sus efectos (búsqueda de trasportistas alternativos) hacen a la cooperativa plenamente responsable de la conducta anticompetitiva materialmente realizada por su miembros cooperativistas y por la que fue sancionada.

Por ello, la cuestión que se suscita es de índole estrictamente jurídica y versa sobre la posible subsunción del curso de los acontecimientos expuesto, en lo que a la recurrente se refiere, en la infracción prevista en el artículo 1,1 LDC, esto es, en la adopción de una " práctica concertada de boicot" que hubiese producido el efecto de "impedir, restringir o falsear la competencia" en el ámbito afectado.

Como establece la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 3ª) de 2 de noviembre de 2015 (rec. 1523/2013) del Tribunal Supremo, " frente a esta técnica penalista de la tipicidad o de deslinde preciso de lo que está prohibido (y, por exclusión, lo no penado), el Derecho de la competencia (nacional y comparado) utiliza la técnica de

9. Sentencias Technische Unie/Comisión (C-113/04 P, EU:C:2006:593), apartado 169, y Aalborg Portland y otros/Comisión (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, EU:C:2004:6), apartado 260.

la cláusula general prohibitiva, precisamente porque la utilización de la técnica de la tipicidad penal, en un ámbito como el mercado, atentaría al principio de seguridad jurídica, atendida la dificultad o imposibilidad de tipificar con la precisión exigida en el Derecho penal la multiplicidad de formas que puede adoptar el comportamiento restrictivo de los operadores económicos en el mercado. Una cláusula general prohibitiva de la colusión (artículo 1,1 LDC y 101,1 TFUE) que se define por relación a los destinatarios (todo operador económico), al medio por el cual la conducta se establece (toda forma de concertación: acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas) y, en particular, por la finalidad perseguida y prohibida (la causación actual o potencial de un daño a la competencia efectiva en los mercados). Por tanto, una cláusula general o tipo abierto deliberadamente impreciso que constituye, en cierta forma, un mandato implícito del legislador a las autoridades administrativas y jurisdiccionales encargadas de su aplicación para elaborar de forma progresiva el Derecho de la competencia".

Hay que señalar que, según reiterada jurisprudencia europea, cuando se haya probado que una empresa ha participado en reuniones entre empresas con un carácter claramente contrario a la competencia, corresponde a esa empresa aportar indicios apropiados para demostrar que su participación en las reuniones no estaba guiada en absoluto por un espíritu contrario a la competencia, probando que informó a sus competidores de que participaba en ellas con unas intenciones diferentes a las de éstos. Para que la participación de una empresa en una reunión de ese tipo no pueda considerarse una aprobación tácita de una iniciativa ilícita ni una adhesión a su resultado, dicha empresa debe distanciarse públicamente de tal iniciativa de modo que los demás participantes consideren que pone fin a su participación, o bien denunciarla ante los órganos administrativos[10]. En este caso, la cooperativa de trasporte se distanció públicamente de la iniciativa del boicot pero no ha sido considerado suficiente por el Tribunal Supremo como para exonerarle de la responsabilidad derivada de la práctica colusoria que tuvo lugar.

3.3. La responsabilidad de la cooperativa por la participación de los socios: el interés casacional

Llegados a este punto, para completar el análisis de las cuestiones jurídicas, conviene detenerse en el aspecto que despertó el interés casacional. En este sentido, la cuestión que según el auto de admisión presentaba interés casacional es la siguiente: «si habiéndose imputado a una sociedad cooperativa una infracción del artículo 1.1

10. Sentencia de 3 de mayo de 2012, Comap/Comisión, C-290/11 P, apartados 74 y 75.

de la Ley de Defensa de la Competencia, cabe atribuir efectos exculpatorios, desde el punto de vista del derecho sancionador de la competencia, a la manifestación contraria a dicha práctica de la cooperativa, cuando está acreditado que los socios cooperativistas han participado activamente en la conducta anticompetitiva imputada».

El Tribunal Supremo desgrana con claridad cuál es la interpretación de la situación a la luz de las disposiciones legales vigentes. Por ello, tras describir que una sociedad cooperativa está integrada por sus miembros cooperativistas, considera que una actuación de éstos que esté asociada a su condición de miembros de la misma es una de las posibles conductas imputables a la cooperativa, como lo son las decisiones de sus órganos gestores o las actuaciones directa y personalmente imputables a sus miembros directivos en ejercicio de sus funciones.

Para el Tribunal, sólo cabe hablar de una responsabilidad anticompetitiva de la sociedad cooperativa por la conducta de sus miembros cuando se trate de un comportamiento que no quepa calificar de marginal o irrelevante desde esta perspectiva, como podría serlo la actitud individual de un número poco significativo de socios.

Pero, en cualquier caso, en principio y a reserva de circunstancias específicas que pudieran invalidar el criterio general, el Tribunal considera que las conductas derivadas o asociadas a la condición de socios de una cooperativa son imputables a la propia sociedad cooperativa. Por otra parte, para que una cooperativa pueda legítimamente rechazar cualquier responsabilidad anticompetitiva por la conducta de sus socios vinculada a su condición de tales, es indispensable que se haya distanciado de manera indubitada de dicha conducta y haya tratado de evitarla de manera eficaz.

Como es obvio, sostiene el Tribunal, no es posible a priori formular criterios generales pro futuro, más allá de lo anteriormente expresado, para describir con mayor precisión cuándo la conducta de los socios puede imputarse a la cooperativa o de qué manera puede una cooperativa distanciarse de manera eficaz de la misma, pues las situaciones pueden ser muy diferentes en función del ámbito económico y de las circunstancias concretas que concurran.

A partir de los hechos probados en la instancia, se constata que los socios de la cooperativa no atendieron el servicio de la nave objeto del boicot anticompetitivo, que la cooperativa no se distanció públicamente de la actitud conocida de sus socios, y que no buscó alternativas eficaces para evitar el boicot. Su comportamiento (que, en contra de lo aseverado por la Sala de instancia, no puede admitirse como eximente de su responsabilidad) se limitó a advertir a la naviera objeto del boicot de las dificultades existentes para que su solicitud de servicio de estiba o desestiba fuera atendida.

Al igual que en el supuesto analizado en la reseñada STS reseñada de 19 de junio de 2018 (R. Casación 3055/17), el comportamiento de la Cooperativa ahora recurrida -que no puede admitirse como eximente de su responsabilidad, como aprecia la

Sala- se ciñó a comunicar a la naviera objeto de boicot de las dificultades para que la solicitud de servicio de estiba o desestiba fuera atendida.

4. El Fallo del Tribunal Supremo: la responsabilidad de la cooperativa

En su fallo, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la Autoridad Vasca de la Competencia y afirmó la doctrina expuesta sobre la responsabilidad de una sociedad cooperativa respecto a la conducta de sus socios.

Con otras palabras, declara que ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Autoridad Vasca de la Competencia y, en consecuencia, procede casar y anular la sentencia de instancia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Para el Tribunal resulta acreditado que los socios transportistas de la cooperativa de transportes, ahora recurrida no prestaron el servicio de la nave objeto del boicot anticompetitivo, y que esta cooperativa no se distanció públicamente de la actitud conocida de sus socios, sin buscar alternativas eficaces para evitar el boicot.

La relevancia de este fallo radica en que establece la siguiente doctrina sobre la responsabilidad de una sociedad cooperativa respecto a una conducta anticompetitiva de sus miembros: dado que una sociedad cooperativa está integrada por sus socios cooperativistas, una actuación de éstos que esté asociada a su condición de miembros de la misma, es una de las posibles conductas imputables a la cooperativa, como lo son las decisiones de sus órganos gestores o las actuaciones directa y personalmente imputables a sus miembros directivos en ejercicio de sus funciones.

Desde luego está claro que sólo cabe hablar de una responsabilidad anticompetitiva de la sociedad cooperativa por la conducta de sus miembros cuando se trate de un comportamiento que no quepa calificar de marginal o irrelevante desde esta perspectiva, como podría serlo la actitud individual de un número poco significativo de socios.

En principio y, a reserva de circunstancias específicas que pudieran invalidar el criterio general, cabe afirmar que conductas derivadas o asociadas a la condición de socios de una cooperativa son imputables a la propia sociedad cooperativa.

Por otra parte, a la luz del fallo, se puede concluir que, para que una cooperativa pueda legítimamente rechazar cualquier responsabilidad anticompetitiva por la conducta de sus socios vinculada a su condición de tales, es indispensable que se haya distanciado de manera indubitada de dicha conducta y haya tratado de evitarla de manera eficaz.

Bibliografía

DÍEZ ESTELLA, F. & GUERRA FERNÁNDEZ, A.: "Artículo 1. Conductas colusorias". En *Comentario a la Ley de Defensa de la Competenci*a (Dirs. MASSAGUER, J., SALA, J.M., FOLGUERA, J. & GUTIÉRREZ, A.), 4ª ed., Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2015.

FAJARDO GARCÍA, G.: "Las cooperativas de transporte, socios colaboradores y falsas cooperativas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo nº2263/2018, de 18 de mayo (Social)", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa,* nº 35, 2019.

GUILLEM CARRAU, J.: *Derecho de la UE para empresarios*, Tirant lo Blanch, 2012.

PUETZ, A.: "Prácticas colusorias en el transporte horizontal de boicots y cooperativas de transportistas", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, ISSN 1888-3052, Nº. 21, 2017.

RECENSIONES

Coordinan:
Amalia Rodríguez González
Derecho Mercantil. Universidad de Valladolid

Itziar Villafáñez Pérez
Derecho Mercantil. UPV/EHU–Gezki

Aitor Bengoetxea Alkorta
La baja como causa de finalización de la relación societaria entre la persona socia y la sociedad cooperativa, de Francisco Javier Arrieta Idiakez

José Antonio Orejas Casas
El ejercicio del cargo de patrono en las fundaciones, de M ª Eugenia Serrano Chamorro

Miguel Ángel Cabra de Luna
Fundamentos del derecho de la discapacidad, de Rafael de Lorenzo y Luis Cayo Pérez Bueno

Francisco Sedeño López
Tributación del crowdfunding, de María del Mar Soto Moya

Rafael García Pérez
El *carpooling* o viaje en coche compartido. Especial referencia a BlaBlaCar, de Pablo Fernández Carballo-Calero

LA BAJA COMO CAUSA DE FINALIZACIÓN DE LA RELACIÓN SOCIETARIA ENTRE LA PERSONA SOCIA Y LA SOCIEDAD COOPERATIVA

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ (DYKINSON, MADRID, 2019)

Aitor Bengoetxea Alkorta
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Director de GEZKI
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU/UPV)

La obra del profesor Arrieta, profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Deusto, trata sobre una cuestión de gran complejidad técnica, como es la extinción de la relación societaria entre una persona socia y su cooperativa, que se produce mediante la baja. El libro tiene como objeto, por consiguiente, la baja de la persona socia, y dicha institución se trata con un enfoque muy amplio, de manera que, atendiendo a la estructura de la obra, se estudian las distintas clases de baja, en atención a la diversidad de causas que puede motivarla; la calificación de la baja, como justificada o injustificada; los efectos económicos de las bajas; y, el acceso de las personas socias que han causado baja a la prestación por desempleo y a la prestación por cese de actividad. Y todo ello con gran detalle y minuciosidad.

En cuanto a las fuentes utilizadas, hay que destacar que la obra utiliza como referencia jurídico-positiva, además de la ley estatal de cooperativas (Ley 27/1999, de 16 de julio), las 16 leyes autonómicas vigentes sobre cooperativas (todas excepto la Comunidad Autónoma de Canarias). El autor acomete en su obra, de manera metódica, la laboriosa tarea de consultar el contenido de 17 normas cooperativas con respecto a diversos aspectos sobre la baja. Además, se apoya en jurisprudencia del Tribunal Supremo y de diversos Tribunales Superiores de Justicia. Cabe destacar, en el ámbito de las fuentes, que el autor utiliza también laudos dictados en el ámbito del Servicio Vasco de Arbitraje Cooperativo (Bitartu), servicio creado en el seno del Consejo Su-

perior de Cooperativas de Euskadi. Se da la circunstancia de que el profesor Arrieta es árbitro en activo de dicho servicio. Por último, el libro se apoya también en la doctrina científica especializada sobre la materia.

En una primera aproximación a la materia, se destaca que la clave del régimen jurídico de la baja estriba en la tensión existente entre el interés de la persona socia que causa baja, y el de la cooperativa que abandona. Como consecuencia de ello, el régimen jurídico de la baja, y sus consecuencias, resulta ciertamente complejo.

Siguiendo la estructura del libro, el primer aspecto que se aborda es el de los distintos tipos de baja: baja voluntaria, baja obligatoria, y baja por expulsión.

En la baja voluntaria, se acude en primer lugar al primer principio cooperativo universal, el principio de puerta abierta. En su versión extintiva, dicho principio supone que la persona socia tiene libertad, por su libre voluntad, para abandonar en cualquier momento la cooperativa. Pero no es tan sencillo. Como destaca el autor, la baja voluntaria no opera de manera automática, con la mera solicitud formal de la persona socia. Las leyes cooperativas y los estatutos cooperativos delimitan el régimen jurídico aplicable, condicionando la baja voluntaria en función de requisitos como el preaviso, plazo mínimo de permanencia en la cooperativa, o el cumplimiento de las obligaciones económicas con la misma. Incluso hay supuestos en los que estatutariamente se puede prever la prohibición de la baja voluntaria, siempre que se reconozca a la persona socia el derecho a transmitir sus aportaciones sociales. Posibilidad que se abre ante la normativa europea sobre contabilidad, que considera recurso ajeno el capital social de la cooperativa, cuando sea incondicionalmente reembolsable a las personas socias, por ejercer su derecho a baja voluntaria.

En el estudio de la baja obligatoria, el libro analiza pormenorizadamente el régimen jurídico de dicho tipo de baja por pérdida de los requisitos para ser persona socia; o por causas económicas, técnicas, organizativas, de producción, o de fuerza mayor. En el primer caso, puede preverse que la persona socia mantenga el vínculo con la cooperativa, mediante su transformación en otras figuras como socia colaboradora o inactiva. En el segundo supuesto la baja obligatoria afecta a las personas socias cuya actividad cooperativizada es el trabajo (socias trabajadoras o socias de trabajo) y viene motivada por la situación de la cooperativa, cuando se considere que dicha baja es necesaria para mantener la viabilidad económica de la misma. Lo delicado aquí es determinar qué personas socias causarán baja, difícil decisión que corresponderá a la asamblea general o al consejo rector. El apartado de la baja obligatoria culmina con una relación heterogénea de otras causas, como la finalización del período previsto en el caso de la persona socia con relación societaria temporal, o la pérdida de licencia administrativa por parte de la cooperativa, y otras claramente importadas de

las previstas en la legislación laboral para el personal asalariado, como la incapacidad permanente, ineptitud sobrevenida, absentismo, o jubilación.

La baja por expulsión corresponde al ámbito cooperativo disciplinario interno, y la decidirá el consejo rector, previo expediente instruido a tal efecto, cuando la persona socia haya incurrido en falta muy grave, tipificada como tal en los estatutos de la cooperativa. El libro recoge la diversa tipología de faltas muy graves que se encuentra en la legislación cooperativa comparada. También se estudian las especialidades de la expulsión en las cooperativas de trabajo asociado.

El siguiente bloque analiza la calificación de la bajas, justificadas o injustificadas, que corresponde al consejo rector, y las importantes consecuencias económicas que se derivan de una u otra calificación. Se estudian, con gran profusión de detalles, diversos supuestos que dan lugar a la calificación de la baja como justificada (modificación estatutaria, desacuerdo con decisión onerosa de la asamblea estatutariamente imprevista, fusión, transformación, etc.); o injustificada (incumplimiento del plazo de preaviso para causar baja voluntaria, o del plazo mínimo de permanencia en la cooperativa, realización de actividades competitivas con la cooperativa, etc.).

En el siguiente apartado, el autor analiza los efectos económicos de las bajas, aspecto en el que se manifiesta con especial crudeza la colisión de intereses entre la cooperativa y la persona socia que causa baja. Podríamos decir que las reglas generales son que la persona socia asuma las deudas de la cooperativa contraídas con anterioridad a la baja, con el límite de su aportación al capital social; y que perviven asimismo las obligaciones asumidas por la persona socia con la cooperativa, que por su propia naturaleza no se extingan a pesar de la baja. A partir de aquí, la casuística resulta muy variada. Para el caso de las bajas injustificadas, se analizan los efectos económicos específicos, como las deducciones en el reembolso de las aportaciones, o el eventual pago de indemnizaciones a la cooperativa.

Se estudia con detalle, por su relevancia económica, el régimen jurídico del reembolso de las aportaciones al capital social. Cuestiones como el plazo, actualizaciones de las cantidades, posibilidad de que el reembolso sea rehusado por la cooperativa, adquisición por parte de nuevas personas socias de las aportaciones cuyo reembolso se ha rehusado, etc. También se estudia la cuestión de la repartibilidad de los fondos de reserva voluntarios. El apartado de las consecuencias económicas de las bajas termina con un análisis particularizado de las mismas en función del tipo de cooperativa de que se trate.

El último apartado de la obra se dedica a estudiar las prestaciones económicas de la seguridad social que corresponden a las personas socias que han causado baja, y se encuentran en situación de desempleo. En función del régimen de seguridad social por el que opte cada cooperativa de trabajo asociado para encuadrar a sus personas

socias trabajadoras, a las personas socias asimiladas al trabajo asalariado por cuenta ajena les corresponderá la prestación por desempleo; y la prestación por cese de actividad, con idéntica *ratio iuris* que la anterior, se aplicará cuando la opción estatutaria se haya decantado por la asimilación al trabajo autónomo. En el caso de personas socias trabajadoras de cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, y también de las socias de trabajo de cualquier otra clase de cooperativa, la legislación de seguridad social las asimila, con carácter de derecho necesario, al personal asalariado por cuenta ajena.

Se analiza por separado el régimen jurídico de ambas prestaciones, la de desempleo y la de cese de actividad. En ambas prestaciones se estudia con detenimiento el supuesto de hecho legalmente configurado, esto es, las condiciones que determinan la situación legal de desempleo o de cese de actividad (baja por causas económicas, transcurso del tiempo en los vínculos societarios temporales, y otras), como presupuesto para que la persona cooperativista se convierta en acreedora de la respectiva prestación. También se analizan los requisitos formales para acreditar dichas situaciones legales, y otros aspectos conexos como los plazos para solicitar las prestaciones.

Por último, se analiza el régimen jurídico de la posibilidad de capitalizar dichas prestaciones, mediante su pago único. Dicho instrumento, de gran utilidad por su relevancia económica, se puede utilizar para emprender una nueva actividad profesional mediante diversas fórmulas de autoempleo: empleo autónomo; acceso a la condición de socio en una sociedad mercantil; en una cooperativa de trabajo asociado; o en una sociedad laboral.

Como conclusión, podemos decir que el profesor Arrieta nos proporciona una obra de gran valor y cualificación técnica, donde analiza el derecho autonómico comparado, además de jurisprudencia, laudos arbitrales, y doctrina. Todo ello permite conocer con detalle el régimen jurídico de la baja de la persona socia, desde un punto de vista muy amplio, tanto en el aspecto de los diversos tipos de baja y sus causas; como en sus respectivos efectos económicos; y el acceso de las personas socias que han causado baja a las prestaciones de la seguridad social que cubren las contingencias del desempleo y del cese de actividad.

EL EJERCICIO DEL CARGO DE PATRONO EN LAS FUNDACIONES

Mª EUGENIA SERRANO CHAMORRO (ARANZADI, 2019)

José Antonio Orejas Casas
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

Desde hace algunos años vengo analizando y colaborando en el mundo fundacional. El auge de este sector hace imprescindible rodearte de material sólido y correcto. La obra que comento es digna de elogio dada su estructura ágil y su claridad en la exposición. Es un trabajo actual que recoge la figura clave de las fundaciones: los patrones. Se ha escrito en materia fundacional pero esta obra resulta imprescindible en este campo, pues plasma la labor que realizan las fundaciones siendo imprescindible su funcionamiento a través de los patronos. Se analiza toda su gestión y organización, tanto desde el punto de vista de obligacional como desde sus derechos. Si es un cargo sin retribuir, no todo deben ser obligaciones, como parece desprenderse en un primer vistazo, hay que motivar a las personas para que buenamente realicen fines altruistas y colaboren en el fin fundacional. Esta obra refleja la preocupación por la rigidez legal y la amplitud de responsabilidad fundacional de los patronos, puesto que de una responsabilidad mancomunada se ha pasado a una responsabilidad solidaria en la actual LF del año 2002.

Esta obra quiere destacar la importancia social de las fundaciones pero a la vez quiere reflejar la responsabilidad que la ley impone a las personas que actúan como patrones, lo cual puede ser una contradicción. Si el cargo es gratuito, si las personas actúan por el bien de la sociedad ¿Cómo se puede exigir una responsabilidad tan extrema? ¿Puede una fundación vivir sin patronos? ¿Los patronos asumen responsabilidades? ¿Los patronos pueden actuar de forma unipersonal? ¿Es necesario un patronato como órgano de una fundación? ¿Los patronos pueden apartarse de la voluntad del fundador? Éstas y muchas preguntas más se dan respuesta en esta obra.

La obra trata de ajustarse de manera clara a las exigencias normativas desde la base de la voluntad fundacional de su fundador, para ello se ofrece un marco jurídico estatal de aplicación en todo el territorio español completándolo con las particularidades de las normativas autonómicas. Se acompañan ejemplos de actuación de diversas fundaciones y se completa con citas de sentencias jurídicas relevantes.

Las reglas reflejadas a lo largo de este trabajo tienen un sustento legal claro, pero no exento de trabas ordinarias que pueden encontrarse en la actuación diaria de estos entes fundacionales. Son muchas las personas relacionadas con estos entes, desde personas que colaboran y son voluntarios en una fundación, hasta sus beneficiarios-destinatarios del fin fundacional. Los datos de las Memorias fundacionales revelan que se han concedido abundantes ayudas sociales, becas o demás, se han otorgado infinitas ayudas, como estudiar en el extranjero, visitas culturales, ayudas médicas, etc. Si la fundación está bien gestionada, si se usan bien sus recursos, podrá llegar a más público. Por eso, partiendo de la labor desinteresada de las personas que colaboran en una fundación, se trata de sentar una serie de pautas de funcionamiento que ayuden a innumerables fundaciones de todos los ámbitos, el lema, "devolver a la sociedad lo que me ha sido dado" se hace patente en la dedicación y esfuerzo por conseguir rendimientos, subvenciones, donaciones para terceros (colectividades genéricas de personas). ¿Cómo deben actuar los patronos? ¿Son personas expertas? ¿Conocen las normas legales? ¿Responden por su gestión? ¿Pueden actuar libremente? ¿Están sometidas a un control estatal? ¿Pueden organizarse como estimen conveniente? Todas estas preguntas y otras más se responden de forma clara a lo largo de este trabajo.

Comienza con un capítulo primero que rubrica "El negocio fundacional y la responsabilidad de sus constituyentes" ¿Cuándo podemos decir que una fundación puede actuar como tal persona jurídica? La voluntad del fundador es el origen de su existencia, pues a través del negocio jurídico fundacional se comienza a crear la fundación, se inicia el mecanismo para otorgar reconocimiento jurídico, esto es, personalidad jurídica, pero ésta no se podrá conseguir sin una organización sin ánimo de lucro, y un patrimonio afecto a los fines fundacionales. La existencia de un órgano de gobierno de la mano de los patronos se fija por el fundador en el negocio jurídico fundacional, el art. 10 LF exige una escritura de constitución identificando las personas que integran el patronato, así como su aceptación si se efectúa en el momento fundacional, debiendo constar en sus estatutos (art. 11 LF habla de la composición del patronato).

En el negocio jurídico fundacional adquiere una extraordinaria relevancia técnica lo relativo al proceso de formación. El periodo de tiempo que pasa entre el otorgamiento de la escritura pública de constitución o de la apertura de sucesión del fundador, a la inscripción en el Registro de Fundaciones, se llama Fundación en

proceso de formación, porque se produce una situación intermedia entre la existencia de un negocio jurídico y la adquisición de la personalidad jurídica. La autora distingue entre la obligación de no inscribir la fundación y la imposibilidad de realizar la inscripción al apreciarse defectos de los documentos que se presenten. De ahí que en este capítulo se dan respuesta a las siguientes cuestiones: ¿En qué momento adquiere la fundación la personalidad jurídica? ¿En qué momento se entiende constituida la fundación? ¿Es precisa su inscripción en el registro fundacional? Concluyendo con la responsabilidad de los patronos para otorgar la escritura fundacional y proceder a su inscripción en un plazo de seis meses, pues de lo contrario deberá intervenir el protectorado cesando a los patronos y nombrando nuevos patronos (previa autorización judicial) para que inscriban en el registro la fundación, pudiendo el protectorado exigir a los patronos cesados responsabilidad en su actuación. Señala que la inscripción del negocio fundacional en el Registro de Fundaciones se impone como un requisitos formal necesario del que depende la obtención de la personalidad jurídica, aunque el CC establecía el sistema de reconocimiento por libre constitución. Analiza los sistemas de adquisición de la personalidad jurídica de las fundaciones: el de libre constitución, el de concesión o reconocimiento específico, y el sistema normativo o de reconocimiento genérico; entendiendo que la LF actual ha optado por el sistema de inscripción constitutiva.

La voluntad fundacional es la clave para iniciar el proceso constituyente de una fundación. Aunque el elemento personal no es la esencia de las fundaciones, en toda entidad jurídica el aspecto subjetivo es clave y prioritario, por mucho patrimonio, fines o destinatarios que existan, si no hay unas personas que se encargan del proceso de creación y de su gobierno, difícilmente pervivirán en la sociedad. En la constitución de las fundaciones se deben identificar las personas que integran el patronato debiendo ser necesario aceptar el cargo, si se les ha llamado para que actúen como patronos, aceptación que se notificará formalmente al protectorado y se inscribirá en el Registro de Fundaciones.

Los patronos de la fundación en formación, cuando tengan que entablar relaciones con terceros, deberán poner en conocimiento de éstos que actúan en nombre y representación de una fundación constituida pero aún no inscrita, para evitar una posible responsabilidad personal. Este capítulo concluye con un apartado referente a las personas responsables de la constitución de las fundaciones distinguiendo entre

Actos realizados entre el período que media desde la escritura de constitución hasta la inscripción en el registro de fundaciones, según sean actos necesarios para la inscripción y actos indispensables para la conservación de su patrimonio, así como los actos que no admitan demora sin perjuicio para la fundación, cuestionándose la responsabilidad solidaria de los patronos.

El capítulo segundo examina la actuación del patronato. Destaca el papel central que corresponde al patronato en toda fundación así como el hecho de que en la mayoría de ellas, será con toda seguridad el único órgano existente.

La función básica sobre la que gira toda su actuación es el cumplimiento de los fines fundacionales y la administración con diligencia de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación debiendo actuar con diligencia, como un representante leal a fin de mantener el rendimiento y utilidad de su patrimonio. Cuanto mejor se gestione y administre el patrimonio a más personas va a beneficiar, serán más las colectividades genéricas de personas favorecidas. De ahí el estudio del patronato como gestor de un patrimonio ajeno. Dada esta exigencia, es preciso hablar de la composición, requisitos para ser miembro, posibilidad de sustitución, cese y suspensión; funciones a realizar, mantener un organigrama acorde a las necesidades de la fundación. La ley configura el patronato como un órgano de la fundación, por lo que la representación que ostentan los integrantes del mismo es de carácter orgánico debiendo nombrar unas personas físicas que las representen. La actividad fundacional que realizan se acompaña de unas citas jurisprudenciales que precisan el lado práctico de esta gestión, a la vez que contrasta con las peculiaridades autonómicas existentes en materia fundacional.

El capítulo tercero contempla la remuneración del cargo de patrono. La LF admite la posibilidad, hasta ahora inédita en la Ley, de que el Patronato acuerde una retribución adecuada a los patronos que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato, siempre que el fundador no lo hubiese prohibido, resolviéndose así una problemática reiteradamente planteada por el sector, según se establece en su EM. Ahora bien, es objeto de discusión el derecho al reembolso de los gastos debidamente justificados. Se trata de aquellos gastos relacionados con el ejercicio del cargo (gastos de viaje, alojamiento) producidos como consecuencia de su pertenencia al patronato, entendiendo que al patrono no le corresponde asumir el coste económico que supone el ejercicio del cargo por lo que la autora recoge distintos supuestos y analiza el planteamiento ofrecido en algunas leyes autonómicas como la catalana.

Unido a este tema es preciso tratar el conflicto de intereses: autocontratación, en su capítulo cuarto, que trata de aclarar estas cuestiones con carácter general y en materia fundacional, tema muy relacionado con el deber de fidelidad o lealtad para el que se acude a citas de ejemplos reales a través del análisis de distintas sentencias. Muy relacionado con su capítulo sexto sobre responsabilidad en la gestión y sus reglas de buen gobierno. Por ello es preciso centrarse en su capítulo cinco sobre la responsabilidad del patronato. El patronato es el órgano obligado a actuar, a gestionar la fundación, pero también puede realizar esta labor el protectorado, en casos

excepcionales. Aunque la ley solo habla de responsabilidad de los patronos pudiendo el protectorado ejercer esta acción, también habría responsabilidad para el protectorado, así como las personas que actúen en nombre de la fundación, sean apoderados, gerentes o similares. En este sentido hay una corriente que se va abriendo camino en nuestro derecho que equipara la responsabilidad de los patronos a la responsabilidad de los administradores de empresas mercantiles. Esta autora entiende que esta responsabilidad es compleja. Los patronos en general son personas diligentes, elegidas por el fundador, patrono o protectorado que velan por un interés público, que actúan en beneficio de la comunidad y están al servicio de las fundaciones, por lo que no hay que cargar de un desempeño desorbitado la labor generosa de las personas que actúan por el bien común, salvo que exista una dejadez de funciones o incumplimientos injustificados. Para comprender estos supuestos se ofrecen unos parámetros de diligencia en función de las circunstancias objetivas de cada caso. Ampliamente se analiza la responsabilidad de los patronos frente a la fundación y la responsabilidad externa frente a terceros, realizando una mención especial al supuesto de fundaciones en concurso y concluyendo con citas jurisprudenciales y normas autonómicas que presentan ciertas peculiaridades.

El tratamiento de todas estas cuestiones hace que esta sea una obra de gran ayuda para comprender la actuación de las fundaciones. La cita de sentencias varias y la normativa complementaria autonómica determinan una rigurosidad digna de alabar.

Valga esta recensión para felicitar a la autora y desearla una larga trayectoria en el mundo fundacional, pues ya ha realizado varios estudios en este campo.

FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE LA DISCAPACIDAD

RAFAEL DE LORENZO Y LUIS CAYO PÉREZ BUENO (DIRS.) (ARANZADI, MADRID, 2020)

Miguel Ángel Cabra de Luna
Director del Área de Alianzas, Relaciones Sociales e Internacionales
Fundación ONCE

El libro constituye un estudio detallado y exhaustivo del tratamiento jurídico de la discapacidad en nuestro país.

La Fundación Derecho y Discapacidad ha conseguido consolidarse como un instrumento esencial en el reconocimiento y la protección de los derechos de las personas con discapacidad y sus familias.

Su actividad ha estado siempre orientada hacia el único enfoque posible cuando se habla de personas con discapacidad, que no es otro que el de los derechos humanos. Hablar de discapacidad, en el contexto de la Fundación, equivale a la búsqueda del pleno reconocimiento a estas personas de tales derechos en igualdad de condiciones que a las demás.

En este contexto, el Presidente de la Fundación, Luis Cayo Pérez Bueno y el Secretario General, Rafael de Lorenzo García, dirigen esta publicación.

A través de dos volúmenes, se desarrolla una obra capital para todo aquel que desee aproximarse, profundizar y resolver dudas acerca de las problemáticas que plantean las diversas situaciones jurídicas inherentes a la protección de las personas con discapacidad, siempre desde la firme convicción de que la sociedad tiene que seguir avanzando en la consecución de la igualdad de oportunidades de todas las personas, es decir, en la inclusión social.

En la evolución de la realidad de las personas con discapacidad hasta llegar a la etapa social en la que actualmente se encuentran, conviene recordar el destacado papel de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la medida en que representa un hito fundamental en la consolidación de los derechos de este colectivo de personas, desde la perspectiva de Derechos Humanos

universales. El enorme caudal aportado por la Convención propició una nueva dimensión social de la discapacidad, al incorporar el denominado "modelo social de la discapacidad" que, frente al "modelo médico rehabilitador", implicó reconocer que la discapacidad no puede ser consecuencia directa de las limitaciones individuales de las personas con discapacidad, sino de las propias limitaciones que encuentra la sociedad para garantizar que las necesidades de estas personas sean adecuadamente valoradas en la organización social.

En síntesis, esta concepción de la discapacidad es la que está presente en la esencia de la propia obra porque proyecta exactamente esa dimensión social e inclusiva de la discapacidad. Por ello, debemos congratularnos por la publicación de este libro, que además es fruto de un trabajo conjunto llevado a cabo por eminentes juristas, expertos en esta materia, que nos aportan su dilatada experiencia y sus conocimientos.

En concreto, Luis Cayo Pérez Bueno, Rafael de Lorenzo García, Gloria Álvarez Ramírez, Miguel Loya del Río, Mª Carmen Barranco Avilés, Patricia Cuenca Gómez, Isabel Enríquez, Mariana Samaniego, Rafael de Asís y Beatriz de Miguel.

En este sentido, la Fundación da ejemplo, una vez más, de su compromiso con los derechos de personas que pueden aportar a la sociedad en igual medida que las que no presentan discapacidad, siempre que aquella esté asentada sobre los valores que son esenciales: el respeto, la igualdad y la no discriminación. Este libro, bajo el título "Fundamentos del Derecho de la Discapacidad", hace reflexionar al lector sobre temas de máxima actualidad e interés y de extraordinaria proyección de futuro. Contiene un detallado análisis de los principales y más complejos problemas que actualmente afectan a las personas con discapacidad, desde la educación inclusiva o la tutela judicial hasta las políticas en materia de discapacidad, y desarrolla las bases de un "Derecho de la Discapacidad" como disciplina jurídica diferenciada contribuyendo a la consolidación de esta especialidad jurídica de cara al futuro.

No es la primera vez que el Presidente de la Fundación, Luis Cayo Pérez Bueno, aborda la conveniencia de incorporar al ordenamiento jurídico una nueva especialidad que regule la discapacidad. Lo hizo en la obra "Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo" en el año 2009, si bien diez años después vuelve a plantear la cuestión, en esta ocasión junto al Profesor de Lorenzo, también desde una dimensión inclusiva, pero ahora desde una perspectiva renovada por la evolución social de la discapacidad en estos últimos años y los consiguientes cambios en la manera de entenderla, lo que evidencia que la oportunidad de la obra es extraordinaria.

Quiero subrayar que los autores han abordado este reto con la maestría que solo puede ser propia de un experto en la materia. Analizan detalladamente los elementos esenciales que deben concurrir para que una rama del Derecho adquiera sustantivi-

dad propia, definen los contornos de la especialidad analizando sus principios informadores y su incidencia trasversal con las distintas ramas tradicionales del Derecho, de tal forma que fundamentan y justifican con solidez la viabilidad futura de un Derecho de la Discapacidad como disciplina jurídica autónoma.

Ningún aspecto importante de la relación de las personas con discapacidad y el Derecho escapa a estas páginas. Creo que no hay ningún principio o derecho, que no sea tratado. Los principios de igualdad, dignidad, diversidad, autonomía, accesibilidad, entre otros, encabezan esta obra y le otorgan la entidad que merece. Al igual que los valores de inclusión, libertad de elección, acción positiva, acompañamiento, diálogo civil, imagen social, toma de conciencia y responsabilidad de los poderes públicos.

No me detendré en todos los temas tratados en este magnífico libro, ya explicitados, pero sí me gustaría resaltar que recorre, con rigor y profundidad, cómo se ven afectados cada uno de los derechos de las personas con discapacidad en múltiples contextos. Lo que, desde mi punto de vista, pone en evidencia el alto nivel experto de los autores y su conocimiento de la realidad social del colectivo.

El capítulo dedicado a las prestaciones y obligaciones de los Poderes Públicos, está muy bien enfocado. Mira a las políticas públicas desde la exigencia de la realidad social, y no al revés. Incluye los derechos a la asistencia personal, a la educación inclusiva, al trabajo, a la salud y la atención sanitaria, a la protección social, a las prestaciones sociales y económicas, a la contratación pública responsable y al deporte, la cultura y el ocio inclusivos.

La tarea de los poderes públicos, es la de responder con eficacia y prontitud a las carencias que existen en el ejercicio de esos derechos. Y digo prontitud, donde quizás debería decir urgencia, porque muchas de las demandas de las personas con discapacidad vienen de lejos, de demasiado lejos. Decía John Rawls, en su Teoría de la Justicia, que "la distribución natural no es justa ni injusta; ni tampoco que las personas nazcan en la sociedad en una situación particular (…). Lo que es justo o injusto es la forma en que las instituciones manejan estos hechos".

La futura nueva redacción del artículo 49 resuma valores constitucionales y respeto a la dignidad de las personas con discapacidad, superando un enfoque tradicional y asistencialista. Ahora hablamos de derechos y deberes de las personas con discapacidad, como ciudadanos libres e iguales, con capacidad de elección, de tener sus preferencias personales, sus propias decisiones. Y ahora sí, se les situamos en el lugar que les corresponde; el de ciudadanos libres e iguales a los otros ciudadanos. El único que les corresponde.

Inspirados por este futuro cambio constitucional, debemos, hoy más que nunca, favorecer el desarrollo legislativo para otorgar una protección reforzada a las perso-

nas con discapacidad y sus familias para que reciban la atención especializada que requieren y se encuentren especialmente amparadas para el ejercicio de sus derechos. Avanzar en el tratamiento jurídico de este colectivo es un deber colectivo. Y los poderes públicos deben orientar la acción positiva para avanzar hacia una autonomía personal plena y la inclusión social de las personas con discapacidad.

Los impulsores y los autores de Fundamentos del Derecho de la Discapacidad han puesto en sus páginas la hoja de ruta, que nos llevará a un desarrollo y un ejercicio del Derecho más ajustado a los principios democráticos y al respeto universal de los derechos humanos y, especialmente, al de las personas con discapacidad.

TRIBUTACIÓN DEL CROWDFUNDING

MARÍA DEL MAR SOTO MOYA (TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2018)

José Francisco Sedeño López
Universidad de Málaga

Tributación del Crowdfunding, cuya elaboración corresponde a la Doctora María del Mar Soto Moya, Profesora de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Málaga, supone una importante aportación científica sobre un tema de rabiosa actualidad: el crowdfunding y, más en concreto, su régimen jurídico- tributario.

A consecuencia de la gran recesión acaecida, cuyos efectos aún azotan nuestra sociedad, los individuos se han visto obligados a buscar nuevas formas de satisfacer sus necesidades y, en concreto, nuevas formas de obtener financiación. Estas actuaciones se pueden enmarcar dentro de lo que la autora denomina innovación social, entre cuyas figuras destaca, sin lugar a dudas, el crowdfunding, definido en la obra como "la obtención de financiación para un determinado proyecto a través de la participación colectiva, es decir, una serie de personas que hacen red para conseguir los recursos necesarios para la realización de un proyecto".

El estudio de este fenómeno se divide en cuatro capítulos, señalándose, en primer lugar, las características y tipología de crowdfunding, para posteriormente ahondar en su naturaleza jurídico- tributaria y, más en concreto, en la problemática que se plantea, desde el punto de vista del Derecho Tributario, para el promotor del proyecto, para la persona aportante y para la plataforma electrónica. Nótese la dificultad de esta tarea, dado la escasez de pronunciamientos doctrinales, así como la insuficiente regulación al respecto. En concreto, esta se limita a la *Ley 5/2015 de fomento de la financiación empresarial*, que regula por primera vez, aunque de forma insatisfactoria, el crowdfunding.

El primer capítulo se centra en analizar detalladamente los orígenes del crowdfunding, así como sus características y modalidades. El nacimiento de este mecanismo de financiación alternativa hunde sus raíces en la última crisis económica, que provocó que muchos sujetos se vieran privados del acceso a las fuentes tradicionales de financiación. A consecuencia de este rechazo, surgen mecanismos alternativos y,

sobre todo, innovadores, de financiación, siendo el crowdfunding el más importante de ellos. Tras analizar las ventajas e inconvenientes de este fenómeno, la autora explica, de forma minuciosa, las diferentes modalidades que existen. En concreto, señala cuatro: el crowdfunding de donaciones, el crowdfunding recompensas, el crowdfunding préstamos, el crowdfunding basado en participación en el capital. Finalmente, plantea un importante problema que estará presente durante todo el análisis jurídico- tributario: la falta de una regulación normativa sobre este asunto.

En el segundo capítulo, la autora comienza su estudio detallado de cada uno de los sujetos intervinientes en el crowdfunding. En concreto, a lo largo de este capítulo, se desglosan las consecuencias jurídico- tributarias para el promotor del proyecto, dentro de cada una de las modalidades de crowdfunding antes señaladas. De esta forma, comienza con el análisis de la primera modalidad, esto es, de donaciones, dentro de la cuál distingue a su vez entre los efectos tributarios para el promotor persona física en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, y los efectos tributarios para el promotor persona jurídica, tanto en el régimen general como en el régimen especial de las Entidades Sin Fines Lucrativos. En cuanto a la modalidad de recompensas, se analiza tanto la imposición directa, en la que la autora diferencia entre las personas físicas, en relación a las cuáles analiza el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, y las personas jurídicas, así como la indirecta, es decir, el Impuesto sobre el Valor Añadido. En relación a las restantes modalidades, esto es, de préstamos y de participaciones en el capital, se detallan, además de los efectos sobre los impuestos señalados, los requisitos específicos y la normativa aplicable a estos dos tipos, dado que presentan ciertas particularidades. El capítulo finaliza con un estudio pormenorizado de otros tributos que pueden gravar al promotor, tales como el Impuesto sobre el Patrimonio, el Impuesto sobre Actividades Económicas, el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos o el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

Si interesante resulta el análisis de las consecuencias jurídico- tributarias para el promotor del proyecto, aún más lo es el de la persona aportante. En este capítulo se estudia, de nuevo a través de las distintas modalidades y, dentro de ellas, diferenciando entre persona física y persona jurídica, los tributos a los que deberá hacer frente el aportante. En relación a esta figura, resulta esencial distinguir si el sujeto pretende obtener una remuneración monetaria (inversión) o no (mecenas), dado que tanto las previsiones legales como las consecuencias jurídico- tributarias son distintas.

El cuarto capítulo se centra en la última parte de la relación triangular: la plataforma electrónica. En particular, se detalla el régimen de autorización y los requisitos que han de reunir las plataformas de acuerdo con la *Ley 5/2015.* Posteriormente, se analiza la naturaleza jurídica de la relación de las plataformas electrónicas con

los promotores y los aportantes. Finalmente, el capítulo concluye con un estudio escrupuloso de las obligaciones tributarias a las que estos intermediarios deben hacer frente, tanto en la fiscalidad directa, como en la indirecta. Especialmente interesante resulta el estudio de aquellos casos en los que la plataforma electrónica se encuentre gestionada por un no residente, puesto que puede dar lugar a supuestos problemáticos.

Finalmente, la autora concluye realizando verdaderas propuestas de regulación, que pasan por la creación de una normativa a nivel estatal, que regule de forma clara el fenómeno del crowdfunding, así como las obligaciones de cada uno de los sujetos intervinientes. El objetivo de esta reforma, además de dotar de seguridad jurídica al promotor y al aportante, debería favorecer la utilización de este tipo de mecanismos de financiación alternativa, dado sus efectos positivos, no solo en la economía, sino en otras actividades esenciales para nuestra sociedad, tales como la investigación o la cultura.

En definitiva, la obra que tengo ocasión de reseñar, constituye un análisis pormenorizado de la situación jurídico- tributaria del crowdfunding en nuestro ordenamiento. Además, a la espera de reformas normativas, ofrece soluciones a la problemática actual al respecto, constituyendo una lectura obligada para todo aquel que esté interesado en el tema.

EL *CARPOOLING* O VIAJE EN COCHE COMPARTIDO. ESPECIAL REFERENCIA A BLABLACAR

PABLO FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO. PRÓLOGO DE ANXO TATO PLAZA
(THOMSON REUTERS ARANZADI, CIZUR MENOR, 2019)

Rafael García Pérez
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de A Coruña

La muy relevante y oportuna aportación doctrinal que reseñamos en estas páginas analiza el fenómeno del coche compartido o *carpooling*. Vaya por delante, para evitar confusiones, que no nos referimos al fenómeno *Uber*, sino a otro que constituye, como apunta el autor, una de las manifestaciones más puras o auténticas de la economía colaborativa. En efecto, el libro se refiere al fenómeno *BlaBlaCar*, que se caracteriza por dos notas fundamentales: a) los conductores que operan en esta plataforma ofrecen plazas libres en sus vehículos para compartir los gastos de desplazamiento de un viaje que iban a realizar en cualquier caso; b) las cantidades que reciben los conductores sirven para sufragar los gastos que supone el trayecto, y en ningún caso para obtener un lucro (lo ingresado no puede superar los costes del trayecto, y el conductor debe asumir su propia parte de los costes). Es importante tener en cuenta estas características, porque en buena medida condicionan el régimen jurídico de la figura.

Aclarado este primer punto, desgranaremos a continuación los aspectos más destacados de la monografía, en un análisis capítulo a capítulo. En el tintero han de quedar, forzosamente, muchos aspectos muy interesantes y relevantes de la obra, pues el autor despliega una amplísima variedad de problemas jurídicos que aborda con rigor y detalle.

El **primer capítulo** del libro constituye una introducción a la economía colaborativa, al transporte colaborativo y al *carpooling* (coche compartido). El capítulo merece la pena leerlo por mera curiosidad intelectual, porque es una estupenda introducción -y muy entretenida- a la economía colaborativa y al *carpooling*.

Por razones de espacio, nos centraremos aquí en las interesantes reflexiones que Fernández Carballo-Calero realiza sobre el concepto de economía colaborativa. El autor expone en primer lugar un concepto puro de economía colaborativa, que concibe

como un modelo económico, realizado en la actualidad principalmente a través de plataformas digitales, en el cual los particulares no profesionales comparten bienes o servicios infrautilizados. Apuntada esta definición, el autor advierte inmediatamente de que este concepto no es el que se utiliza en la práctica, y expone las dificultades para encontrar un hilo conductor común a todos los fenómenos que en la actualidad describimos como economía colaborativa. En su opinión, sería demasiado restrictivo exigir, para incardinar un fenómeno como economía colaborativa, que los intervinientes sean pares ("economía entre pares") o la ausencia de cualquier tipo de contraprestación económica. El problema, apunta Fernández Carballo-Calero, es que una vez que sacamos el genio de la botella es difícil perfilar una definición de economía colaborativa, y corremos el riesgo de que el concepto de economía colaborativa se convierta en "un "cajón de sastre" en el que prácticamente entra todo". Por ello, el autor llega a preguntarse si no resultaría "menos utópico –y, de paso, más ajustado a la realidad- partir de la idea de un "capitalismo de base multitudinaria"" (Sundararajan).

Dentro del tratamiento general de la economía colaborativa destaca el análisis implacable del concepto de economía colaborativa de la Comisión Europea. El autor, volviendo sobre la misma idea que hemos reflejado en el párrafo anterior, ilustra cómo la Comisión "manej[a] una idea de economía colaborativa tan amplia en la que prácticamente entra todo". Se percibe claramente, en definitiva, que el autor no es un purista que se niega a admitir la evolución del concepto de economía colaborativa, pero que, no obstante, le preocupa que una inflamación excesiva del concepto lo haga inservible. La reflexión final es digna de tener en cuenta: "sería conveniente repensar si una visión tan amplia del fenómeno lo ha desdibujado por completo, abriendo la puerta a la participación de sujetos y actividades cuyo interés por colaborar, en realidad, es prácticamente inexistente o nulo. Y es que, no lo olvidemos, el concepto de economía colaborativa ha de girar en torno a la actividad subyacente y no en torno a las herramientas tecnológicas que facilitan la expansión de dicha actividad."

En el **segundo capítulo** se analizan las plataformas de *carpooling* y la actividad que realizan. Se trata de plataformas electrónicas que se caracterizan porque el objeto de los intercambios viene constituido, como en otras plataformas colaborativas, por el uso temporal de bienes y servicios. Lo particular de las plataformas de *carpooling* es que conectan a usuarios (conductores y pasajeros) que respectivamente ofrecen y demandan un servicio de transporte terrestre de viajeros por carretera.

Un problema muy delicado en este ámbito, y que se aborda de manera minuciosa, radica en si las empresas de *carpooling* prestan en realidad servicios de transporte terrestre de viajeros, pues de ser así deberían obtener una autorización administrativa. El autor, como buen jurista, es amigo del matiz, y advierte de la necesidad de distinguir en cada caso concreto. No es lo mismo Uber, que sí crea una oferta de servicios

de transporte y la organiza (STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-434/15) que BlaBlaCar. Uber, en realidad, no es una plataforma de *carpooling*. BlaBlaCar sí lo es. Para comprenderlo, debe entenderse que BlaBlaCar tiene como función principal poner en contacto a conductores y pasajeros que desean compartir los gastos de un viaje determinado que se iba a realizar en cualquier caso, y que el conductor tiene prohibido obtener un beneficio por la actividad. Ante esta realidad, las diferencias entre Uber y BlaBlaCar son evidentes. Como resalta el autor, BlaBlaCar no crea la posibilidad de compartir coche, pues esta posibilidad ya existía antes de su creación. Además, si no existiese BlaBlaCar, los usuarios de la plataforma tendrían la capacidad de seguir compartiendo coche, aunque no con la facilidad que proporciona una plataforma electrónica. Y, por último, BlaBlaCar, a diferencia de Uber, no ejerce una influencia decisiva (o al menos tan decisiva) sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por los conductores que se sirven de la aplicación. Estas consideraciones conducen a Fernández Carballo-Calero a la conclusión de que BlaBlaCar no es una empresa de transporte, por lo que su actividad no debe estar en ningún caso sujeta a la LOTT ni, en consecuencia, a la necesidad de obtener la correspondiente autorización administrativa.

Otra importante cuestión que el autor trata con extraordinaria solvencia es la de determinar si las plataformas de *carpooling* son prestadores de servicios de la sociedad de la información. El autor analiza la definición que ofrece el Derecho de la Unión Europea y concluye que "no hay duda de que las plataformas de *carpooling* prestan servicios de la sociedad de la información. En efecto, prestan servicios a cambio de una remuneración (o que, al menos, constituyen una actividad económica para el prestador del servicio), a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario". Esta calificación incide, por supuesto, en su régimen jurídico, y en especial a su régimen de responsabilidad, pues, como es sabido, la Directiva sobre comercio electrónico establece un régimen de exención de responsabilidad en aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva (cdo. 42). El autor estudia este régimen de exención de responsabilidad –tal y como ha quedado reflejado en la LSSI y ha sido interpretado por el Tribunal Supremo– y analiza si las empresas de *carpooling* pueden beneficiarse del mismo. Pone de manifiesto, al respecto, una extraña paradoja en la que ha reparado la doctrina (Armengol i Gasull/Olmos Castro): cuanto más intervenga la plataforma sobre los contenidos proporcionados por los usuarios, con la legítima finalidad de crear un entorno confiable para los mismos, mayores son las probabilidades de que no se aplique la exención de responsabilidad. Al respecto, el autor hace un llamamiento a las instituciones de la Unión para que aclaren el régimen jurídico que ha de aplicarse a aquellas plataformas colaborativas que ejercen

cada vez un mayor control sobre la información que manejan con el objetivo de crear un entorno seguro para sus usuarios. La opinión de Fernández Carballo-Calero al respecto es decidida pero equilibrada: "la futura normativa –o la interpretación jurisprudencial de la actual– ha de proteger a las plataformas de *carpooling*, las cuales, al fin y al cabo, mejoran cada día sus prestaciones para hacer de la práctica de compartir coche una actividad más segura. Hay que partir del hecho de que compartir los gastos de un trayecto en vehículos infrautilizados es una de las manifestaciones más puras o auténticas de la economía colaborativa. Por tal motivo, considero que las plataformas de *carpooling* deben moverse en un entorno legislativo y jurisprudencial favorable, lo cual conlleva que aquellas medidas que redundan en un entorno más fiable puedan ejercerse sin temor a infringir la legislación vigente. Tales consideraciones no implican, obviamente, una carta blanca para las plataformas. Es más, como se analizará en el capítulo siguiente, sería deseable una mayor implicación de las mismas en cuestiones de las que, por el momento, se eximen de responsabilidad."

Si el capítulo segundo examinaba las plataformas de *carpooling*, el **capítulo tercero** se centra en los usuarios de las mismas: los conductores y los pasajeros.

En cuanto a los conductores, el principal problema es determinar si prestan el servicio de transporte a título profesional o, por el contrario, actúan como particulares que ofrecen servicios de manera ocasional. Es este un aspecto muy relevante, ya que la primera de las opciones implica que los conductores queden sometidos a los requisitos que impone el ordenamiento a la actividad de transporte y que la relación con los pasajeros sea de consumo. El autor realiza un concienzudo análisis de este delicado problema jurídico y, de manera acorde con la mejor doctrina (Miranda, Velasco), llega a la conclusión de que los conductores de las plataformas de *carpooling* -como BlaBlaCar- lo hacen de manera ocasional o no habitual y sin finalidad lucrativa en sentido propio.

Por otro lado, y también en lo que respecta a los conductores, la obra considera que su actividad debe calificarse como un transporte privado particular (art. 101.1 LOTT), y no como transporte público o transporte privado complementario. Esta calificación es muy relevante, ya que este tipo de transportes no están sujetos a autorización administrativa de ningún tipo, frente al complejo régimen de autorizaciones y concesiones que caracteriza al transporte público. Para llegar a esta conclusión, Fernández Carballo-Calero realiza un fino análisis jurídico del art. 101.1 LOTT, y otorga importancia fundamental al hecho de que en el *carpooling* los conductores ofertan plazas libres en sus vehículos con la finalidad de compartir los gastos de un desplazamiento que, haya o no pasajeros, van a realizar igualmente. Si se cumple esta premisa, nos encontraremos ante un transporte privado particular, sin que sea relevante que los pasajeros se consideren "allegados" (*ex* art. 101.1 LOTT) o no.

En cuanto a los pasajeros, la monografía se pregunta si pueden ser calificados como consumidores, y para llegar a una solución realiza un detallado análisis del concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico español. El problema que se presenta es que los pasajeros actúan con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, por lo que encajan en la definición legal de consumidores según el TRLCU. Ahora bien, como en los casos de viajes en coche compartido el conductor no es un empresario, surge la duda de si se puede calificar al pasajero de consumidor en ausencia de un empresario en el otro polo de la relación. El autor considera que "para activar la protección legal que confiere el TRLCU resulta imprescindible, a su vez, la participación de un "empresario". En este sentido, el artículo 2 TRLCU es claro cuando establece, bajo la rúbrica "Ámbito de aplicación" que "esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios"". En definitiva, el Texto Refundido no se aplica en estos casos, por lo que los pasajeros no quedan amparados, frente a conductor, por las normas que tutelan a los consumidores (por supuesto, tanto pasajeros como conductores sí que quedan amparados por esta normativa en su relación con la plataforma).

El **último capítulo** de la obra se consagra al estudio de la responsabilidad derivada de la actividad de *carpooling* y a la cobertura de riesgos. Como en la obra se había calificado a las plataformas de *carpooling* de prestadoras de un servicio de la sociedad de la información –no prestan un servicio de transporte–, ahora se llega a la siguiente conclusión: "en calidad de meras intermediarias, las plataformas de *carpooling* están exentas de la responsabilidad derivada de la prestación del servicio de transporte realizado por el conductor. En efecto, y en virtud del principio de relatividad de los contratos contenido en el artículo 1257 del Código Civil, el operador de la plataforma que se ha limitado a intermediar entre el conductor y el pasajero es un tercero en relación al contrato que vincula a aquellos dos y no responde del incumplimiento de ninguna de las dos partes". Es decir, el autor considera que la responsabilidad de la plataforma se limita a la responsabilidad por la actividad de mediación. Pues bien, para determinar el alcance de esta actividad, se explora primeramente la naturaleza del contrato entre la plataforma y sus usuarios y se concluye que se trata de un contrato atípico, que se asemeja en buena medida al contrato de mediación o corretaje, sin que el autor llegue, no obstante, a identificarlo plenamente con él. Más bien, lo considera un contrato atípico (contrato de mediación electrónica) que, a su vez, es una subespecie de otro contrato atípico (el contrato de mediación). Calificado el contrato, el autor analiza la responsabilidad de la plataforma, en un extenso análisis que es imposible reproducir aquí, pues realiza un estudio multidimensional: Código Civil, normativa sobre servicios y sobre comercio electrónico, normativa de consumo e incluso normativa de protección de datos.

El análisis del autor, no obstante, no se detiene en la responsabilidad de la plataforma, sino que trata también la responsabilidad de los usuarios. Por un lado, estudia la responsabilidad derivada del contrato de intermediación, tomando como base las condiciones generales de uso de BlaBlaCar, que el libro incluye como anexo. A continuación, trata la responsabilidad derivada del contrato de transporte. Al respecto, se considera que el conductor que, en el marco de la plataforma de *carpooling*, acepta la solicitud de un pasajero, suscribe con este último un contrato de transporte civil, lo que curiosamente tiene como consecuencia que "las plataformas de *carpooling* ponen de actualidad un contrato, el de transporte civil, que anteriormente apenas tenía recorrido". De manera coherente con la calificación de la relación entre conductor y pasajero como un contrato de transporte civil, se concluye que la responsabilidad será contractual, y no extracontractual (postura de parte de la doctrina).

La monografía concluye con el análisis de la cobertura de los daños, con especial tratamiento del contrato de seguro. Se aborda, por un lado, el seguro obligatorio de los vehículos a motor y, por otro, se analiza el seguro adicional que BlaBlaCar proporciona -sin coste añadido- a sus usuarios. Por último, en su afán por plantear y resolver problemas jurídicos, el autor se pregunta si los conductores deben comunicar a su compañía aseguradora su condición de usuarios de una plataforma de *carpooling*, a efectos de que la aseguradora pueda valorar adecuadamente el riesgo y fijar la prima. En lo que a la celebración del contrato se refiere, el autor recuerda que el deber de declaración del riesgo del tomador se configura como un deber de responder a un cuestionario concreto, por lo que el tomador del seguro quedará exonerado del deber de declarar las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo si no le somete al cuestionario o no se le pregunta acerca de las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo. En cuanto al agravamiento del riesgo -¿debe el asegurado comunicar a la aseguradora que con posterioridad a la celebración del contrato ha comenzado a utilizar una plataforma de *carpooling*?- el autor considera, con cita del Prof. Sánchez Calero, que la obligación de declarar el agravamiento se limita a los hechos a los que se refería el cuestionario (postura que se ve reforzada por la dicción literal del art. 11 tras su reforma por la Ley 20/2015, de 14 de julio). Ya en el terreno de la reflexión, Fernández Carballo-Calero apunta que la obligación de comunicar al asegurador la participación en una plataforma de *carpooling* resulta completamente desproporcionada en la medida en que nos encontramos ante una actividad esporádica realizada por particulares no profesionales sin ánimo de lucro.

El recorrido somero que hemos realizado por los capítulos de la obra muestra su ambición: se trata el fenómeno del *carpooling* desde una perspectiva poliédrica, y se hace sin esconder los múltiples problemas que presenta. Antes bien, los problemas se sacan a la superficie y se abordan, con un estudio serio de las opiniones de la doc-

trina y ofreciendo siempre la postura propia convenientemente razonada. Es decir, nos encontramos ante una obra de verdadera investigación, una obra de un profesor universitario, aunque muy cercana a los problemas de la práctica. Se nota, en definitiva, la formación del autor al amparo de su maestro el Prof. Tato Plaza, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Vigo. Valgan unas acertadas palabras del prólogo del Prof. Tato Plaza para cerrar esta breve reseña: "el libro que presentamos, a su conclusión, se erige como la mejor prueba de que el talento, el conocimiento y la inteligencia permiten apoyarse en una sólida formación y en una profunda interiorización de las categorías jurídicas generales para, a través de una atenta mirada a la realidad y a la praxis, adaptarlas a instituciones emergentes en la nueva economía, hasta conseguir perfilar y dibujar con gran precisión su régimen jurídico."

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE ENTIDADES DE ECONOMIA SOCIAL

1 ENERO 2019 - 30 MARZO 2020

María José Arnau Cosín
Doctoranda IUDESCOOP - Universitat de València

Jesús Olavarría Iglesia
Profesor Titular del Departamento de Derecho Mercantil "Manuel Broseta Pont"
Investigador del IUDESCOOP - Universitat de València

** Índice sistemático*
I. Cooperativas
II. Sociedades Agrarias de Transformación
III. Asociaciones
IV. Fundaciones

** Índice cronológico*

ÍNDICE SISTEMÁTICO[1]

I. COOPERATIVAS

COOPERATIVAS: PRINCIPIO DE PUERTAS ABIERTAS

** ATS 25 de septiembre de 2019 (JUR 2019/276485)*

Los cooperativistas denuncian en el recurso de casación la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el principio de puertas abiertas y los efectos económicos de la baja al postergarse sine die la liquidación de sus aportaciones. Inadmisión del recurso de casación por falta de cita del precepto infringido y carencia manifiesta de fundamento al no respetarse la base fáctica ni la "ratio decidendi" de la sentencia recurrida..... 550

COOPERATIVAS: PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD LIMITADA DEL SOCIO POR DEUDAS SOCIALES

** ATS 25 de septiembre de 2019 (JUR 2019/276485)*

Los cooperativistas denuncian en el recurso de casación la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el principio de la responsabilidad limitada del socio por las deudas sociales en una sociedad cooperativa. Inadmisión del recurso de casación por falta de cita del precepto infringido y carencia manifiesta de fundamento al no respetarse la base fáctica ni la "ratio decidendi" de la sentencia recurrida..... 550

COOPERATIVAS: SOCIOS

** ATS de 10 de abril de 2019 (Civil) (JUR 2019/127001)*

Baja justificada de socio por modificación estatutaria que supone la agravación del régimen de responsabilidad de la socia cooperativista y de su participación en la actividad cooperativizada. Arts. 22.5.2 a) y b) y 22.7 de la Ley de Cooperativas de la Rioja (LCR). Inadmisión del recurso de casación..... 502

** STS núm. 126/2020, de 26 de febrero de 2020 (Civil) (RJ 2020/593)*

Cooperativa de Trabajo Asociado. Baja justificada de un socio de una cooperativa por reconocimiento de una incapacidad laboral permanente. Distinción entre el concepto de reembolso de las aportaciones al capital social de la cooperativa y el concepto de retorno cooperativo. El socio, tras su baja justificada, tiene derecho al reembolso de sus aportaciones al capital social ex lege, no así al derecho de retorno cooperativo dado que este requiere de unos excedentes de la actividad económica y de un acuerdo de la asamblea general aprobando la imputación de dichos excedentes al retorno, que en el presente caso no se acreditan..... 574

1. Abreviaturas. RJ y JUR son referencias a la base de datos de Westlaw. ATS: Auto del Tribunal Supremo. STS: Sentencia del Tribunal Supremo. Disp.: Disposición.

COOPERATIVAS: RÉGIMEN ECONÓMICO

** STS núm. 126/2020, de 26 de febrero de 2020 (Civil) (RJ 2020/593)*

Capital social en las cooperativas. Distinción entre el concepto de reembolso de las aportaciones al capital social de la cooperativa y el concepto de retorno cooperativo. El socio, tras su baja justificada, tiene derecho al reembolso de sus aportaciones al capital social ex lege, no así al derecho de retorno cooperativo dado que este requiere de unos excedentes de la actividad económica y de un acuerdo de la asamblea general de la cooperativa aprobando la imputación de dichos excedentes al retorno, que en el presente caso no se acreditan 574

COOPERATIVAS: ASAMBLEA GENERAL

** ATS de 8 mayo 2019 (Civil) (JUR 2019/155240)*

Inexistencia de nulidad de acuerdo de la Asamblea General de cooperativa. Inadmisión recurso de casación por carencia manifiesta de fundamento por falta de respecto a la base fáctica y razón decisoria de la sentencia recurrida. Interpretación art. 38 Ley de Cooperativas de Asturias. La cooperativa actuó en todo momento conforme la buena fe y no existió dejación alguna de su obligación por la cooperativa, sino que fue necesaria, ante la extemporaniedad del recurso presentado, la celebración -seguida- de dos asambleas para resolver el recurso de la parte recurrente, hasta que finalmente se rechazó y se confirmaron los hechos y por tanto la sanción impuesta..... 521

COOPERATIVAS: RESPONSABILIDAD PENAL ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS

** STS núm. 260/2019, de 24 de mayo (Penal) (RJ 2019/3095)*

Responsabilidad penal por la existencia de un delito de estafa por el engaño de los encargados de la gestión de una Cooperativa de Viviendas los cuales simulan la intermediación en la venta de parcela causando un perjuicio a la cooperativa, al recibir una cantidad por un servicio no prestado y del cobro de importantes honorarios y comisiones a sabiendas de que no se podía desarrollar el proyecto (no destinan cantidad alguna a la gestión) 523

** STS núm. 416/2919, de 24 de septiembre (Penal) (RJ 2019/3687)*

Responsabilidad penal del encargado de la gestión económica de la cooperativa. Existencia de un delito de apropiación indebida al elaborar una serie de facturas que permitieron que los fondos destinados a sufragar el pago por la compra de cereal se le transfirieran a él, en lugar de a sus legítimos destinatarios. Inexistencia de la vulneración de la presunción de inocencia dado que las transferencias de los fondos realizadas por el encargado no respondían a operaciones reales..... 545

COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

** STS núm. 98/2019, de 7 de febrero de 2019 (Social) (RJ 2019/1002)* 492
** STS núm. 634/2019 de 17 de septiembre (Social) (RJ 2019/3803)* 541
** STS núm. 754/2019, 6 de noviembre (Social) (RJ 2019/5435)* 552

Jubilación anticipada. Recurso de casación para la unificación de la doctrina. Procede reconocer la jubilación anticipada a socio trabajador de cooperativa de trabajo asociado incluido en el Régimen General de la Seguridad Social por extinción de su contrato por causas económicas, acordada por Auto del Juzgado de lo Mercantil en el seno del concurso en el que se hallaba la cooperativa. Relación entre CTA y cooperativistas

** STS núm. 126/2020, de 26 de febrero de 2020 (Civil) (RJ 2020/593)*

Cooperativa de Trabajo Asociado. Baja justificada de un socio de una cooperativa por reconocimiento de una incapacidad laboral permanente.Distinción entre el concepto de reembolso de las aportaciones al capital social de la cooperativa y el concepto de retorno cooperativo. El socio, tras su baja justificada, tiene derecho al reembolso de sus aportaciones al capital social ex lege, no así al derecho de retorno cooperativo dado que este requiere de unos excedentes de la actividad económica y de un acuerdo de la asamblea general de la cooperativa aprobando la imputación de dichos excedentes al retorno, que en el presente caso no se acreditan..... 574

** STS núm. 347/2019, de 8 de mayo, de 2019 (Social) (RJ 2018/2389)*

Cooperativa de Trabajo Asociado. Tutela del derecho fundamental a la libertad sindical: extensión de la titularidad del derecho a la libertad sindical recogido en el artículo 28.1 CE a los socios trabajadores de una Cooperativa de Trabajo Asociado en base a una interpretación no restrictiva de dicho derecho, a la inexistencia de exclusión normativa a este colectivo de trabajo asociado y a las normas internacionales que recomiendan la extensión siempre que sea posible de las normas laborales a las cooperativas 507

COOPERATIVAS DE VIVIENDAS

** STS núm. 337/2019, de 13 de marzo de 2019 (Cont.-Admvo) (RJ 2019/1093)*

La deducción por vivienda habitual que regula el artículo 68.1 de la LIRPF es aplicable al contrato de adhesión entre la cooperativa de viviendas y sus socios, en la que estos asumen el compromiso de alquilar la vivienda durante diez años con opción a compra y transcurridos dichos años adquirirla, siendo las cantidades abonadas a cuenta del pago de la vivienda 497

COOPERATIVAS DE CRÉDITO

** STS núm. 181/2020, de 12 de febrero 2020 (Cont.-Admvo) (RJ 2020/386)*
Banco Cooperativo Español, S.A. cuyos accionistas son cooperativas de crédito. Acuerdo Comisión Rectora del FROB en el que se establece el importe de la contribución que debe realizar el Banco Cooperativo al Fondo de Resolución Nacional: solicitud de exclusión de ciertos pasivos con el fin de evitar un doble cómputo. Interpretación de la normativa aplicable: los pasivos que se derivan de operaciones realizadas entre un banco de segundo nivel y los miembros de un grupo que tal banco conforma con cooperativas de crédito a las que presta diversos servicios, sin controlarlas, y que no comprenden préstamos concedidos en condiciones no competitivas y sin ánimo de lucro a fin de fomentar los objetivos públicos de la Administración central o de las Administraciones regionales de un Estado miembro, no están excluidos del cálculo de las contribuciones a un fondo de resolución nacional contempladas en el referido artículo 103. 2. de la Directiva 2014/59. Impugnación improcedente: no están excluidos dichos pasivos..... 557

** STS núm. 269/2020, de 25 de febrero (Cont.-Admvo) (RJ 2020/602)*
Impugnación de la Orden ETU/615/2017, de 27 de junio, por la exclusión de las cooperativas de crédito como entidades capaces de actuar como avalistas en las subastas para la asignación del régimen retribuido específico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a través de fuentes de energía renovables. Vulneración del principio de igualdad del art.14 de la CE, al existir un trato desigual con Bancos y Cajas de Ahorro carente de justificación objetiva y razonable, siendo la previsión contraria a Derecho 567

II. SOCIEDADES AGRARIAS DE TRANSFORMACIÓN

** STS núm. 632/2019, de 22 de noviembre (Civil) (RJ 2019/4717)*
Recurso de revisión. Sociedad Agraria de Transformación en liquidación. Se produce una clara maquinación fraudulenta por parte del que fue en su día el presidente de dicha entidad y que tenía caducado el cargo, al impedir que los liquidadores fueran emplazados y conocieran de la demanda de impugnación de acuerdos de las asambleas en las que se les nombraba para ese cargo; se consiguió una sentencia estimatoria de la demanda que dejaba sin efecto los acuerdos de las asambleas impugnados y con ello se dejaba sin efecto la representación de la sociedad por la Comisión Liquidadora 582

III. ASOCIACIONES

** STS núm. 181/2019, de 21 de marzo (Civil) (RJ 2019/1124)*
Tutela del derecho fundamental de asociación: Inexistencia de la vulneración del derecho de asociación instado por varios asociados; las razones por las que la Audiencia Provincial desistimó su pretensión nada tienen que ver con que el derecho de información integre o no el contenido esencial del derecho de asociación o pueda ser o no tutelado en el proceso especial de protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción civil. La razón fue que el derecho de información de los asociados demandantes no ha sido infringido; doctrina constitucional relativa a la libertad de autoorganización con el único límite de no impedir completamente la participación de los asociados situación que no se produce en el presente caso..... 585

IV. FUNDACIONES

** STS núm. 782/2019, de 6 de junio (Cont.-Admvo) (RJ 2019/2361)*
Certificación negativa de la denominación de una Fundación. Reserva temporal de la denominación: extensión únicamente a la denominación literal interesada y no a las denominaciones similares; interpretación del art. 51.1 y 50.2 del Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal en relación con los art.5.1 y 2 Ley de Fundaciones y el art.3.2 del Reglamento de Fundaciones. Desestimación del recurso de casación. Doctrina del Tribunal Supremo 593

COOPERATIVAS

*** STS núm. 98/2019, de 7 de febrero de 2019 (Social) (RJ 2019/1002)**
Ponente: Sebastian Moralo Gallego

Resumen: *Cooperativa de Trabajo Asociado. Jubilación anticipada. Recurso de casación para la unificación de la doctrina. Procede reconocer la jubilación anticipada a socio trabajador de cooperativa de trabajo asociado incluido en el Régimen General de la Seguridad Social por extinción de su contrato por causas económicas, acordada por Auto del Juzgado de lo Mercantil en el seno del concurso en el que se hallaba la cooperativa. Una vez integrados en el RGSS los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, las normas que regulan el citado régimen general se aplican totalmente salvo excepciones expresamente establecidas en la ley, lo que no es el caso, y aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción de su relación ha sido conformada -mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la, declaración de concurso de acreedores- a través de la concurrencia de su voluntad.*

Nota: Véase en los mismos términos Sentencias del TS (Social) núm. 1034/2018, de 10 de diciembre (RJ 2019/342); núm.1091/2018, 19 de diciembre de 2018 (RJ 2018/6056); STS núm. 634/2019 de 17 de septiembre (Social) (RJ 2019/3803) y STS núm. 754/2019, 6 de noviembre (RJ 2019/5435). Esta dos últimas pueden verse en esta misma reseña.

Fundamentos de derecho

«PRIMERO.- 1.- El objeto del presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en decidir si un trabajador, socio de una cooperativa de trabajo asociado afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, tiene derecho a la jubilación anticipada cuando, reuniendo el resto de requisitos exigidos por la ley, su contrato se ha visto extinguido por Auto del Juzgado de lo Mercantil en virtud de despido colectivo tramitado en el seno del concurso en que se hallaba inmersa dicha cooperativa.

2.- La sentencia recurrida es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de noviembre de 2016, rec. 2214/2016, que acoge el recurso de suplicación formulado por el INSS contra la sentencia de instancia que había estimado la demanda y reconoció la prestación de jubilación anticipada denegada en vía administrativa.

3.- Consta en la sentencia recurrida que el trabajador, nacido (…) 1953, está afiliado al Régimen General de la Seguridad Social y ha prestado servicios como socio trabajador (…) desde el 1-10-1994 hasta el 25-3-2014.

El 24 de agosto de 2015, con 62 años cumplidos, solicitó la pensión de jubilación que el INSS le denegó alegando no haberse producido el cese en el trabajo derivado de un despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción según el art. 207.1, apartado d), punto 1º LGSS de 30 de octubre de 2015.

El 25 de febrero de 2014 la asamblea general extraordinaria (…) había acordado, entre otros puntos, extinguir la obligación y el derecho a prestar su trabajo de los socios trabajadores por causas económicas, con efectos de la resolución favorable de la Autoridad Laboral. Por auto de un juzgado de lo mercantil de 8 de julio de 2014 se declararon extinguidos los contratos de los trabajadores por cuenta ajena de la cooperativa.

La sentencia recurrida ha desestimado la demanda declarando conforme a derecho la resolución del INSS, porque el demandante no cumple el requisito de que el cese en el trabajo se haya producido por causa no imputable a su voluntad, sino que la extinción de la relación societaria fue el resultado de un acuerdo adoptado en asamblea general y por causas económicas, lo que impide considerar que el demandante fuese ajeno a una decisión que es fruto de la voluntad de los socios, sin la concurrencia en la decisión extintiva de persona o entidad distinta a los propios socios a los que cabe atribuir la condición de empresario.

4.- Ya ha tenido ya esta Sala IV ocasión de pronunciarse en otros asuntos absolutamente idénticos al presente en la SSTS 20/11 (sic)/2018, rcud. 3407/2016; y 19/12/2018, rcud. 2233/2017, en los que concurren exactamente las mismas circunstancias del caso de autos, porque se trata de otros socios de la misma cooperativa de trabajo asociado que se encuentran en igual situación jurídica que el demandante y cuya pretensión fue desestimada por la sala de lo social del TSJ del País Vasco con los mismos argumentos, y en los que incluso se invocaba igualmente la misma sentencia de contraste.

Tan absoluta coincidencia nos lleva a reiterar el texto de las precitadas sentencias al no existir razones para aplicar en este caso una solución diferente.

SEGUNDO.- 1.- Se aporta por el recurrente como sentencia de contradicción la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 12 de mayo de 2016, rec. 82/2016.

Resolución que confirmó la dictada en la instancia que reconoció el derecho del actor a que le fuera reconocida la prestación de jubilación anticipada interesada. Consta en la misma que el actor, junto a los otros seis socios, vio extinguida la re-

lación como socio trabajador que le vinculaba a Comaintra Sociedad Cooperativa Limitada el 30-06-14, por causa económica constatada por la Inspección de Trabajo pasando a situación de desempleo, impugnó judicialmente la resolución del INSS que le había denegado la jubilación anticipada involuntaria formulada el 17-04-15, por no haberse producido su cese en el trabajo por ninguna de las causas establecidas en el art. 161 bis.2 de la LGSS. El 10-06-14 todos los socios de la sociedad cooperativa, en asamblea general extraordinaria, acordaron por mayoría presentar ante la Autoridad laboral un ERE de extinción de todos los puestos de trabajo, renunciando a la indemnización que pudiera corresponder.

La sentencia de instancia estimó la demanda basándose en que el art. 161.bis.2.A LGSS no puede interpretarse de forma restrictiva sino flexible, pues la relación de causas de cese involuntario que enumera no es cerrada, teniendo cabida en ella aquellos casos absolutamente similares a los que el precepto menciona en que el cese se ha producido por una reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral originada por razones de tipo económico, que es la que ha dado lugar a la baja del actor en la sociedad cooperativa, colocándole en situación de desempleo.

Pronunciamiento que la Sala confirma, descartando que los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado integrados en el RGSS como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, que ven extinguida la relación contractual por causa económica, estén excluidos del acceso a la jubilación anticipada voluntaria ex art. 161.bis.2.A LGSS.

2.- Aunque en la sentencia de contraste el despido colectivo se produce fuera de una situación de concurso que si concurre en la sentencia recurrida, la contradicción entre ambas resulta evidente puesto que concurren los requisitos previstos en el LRJS, dado que la identidad sustancial de hechos deriva del dato común de la existencia de una inviabilidad económica que afecta a sendas cooperativas de trabajo asociado y que provoca la extinción del contrato de los cooperativistas por dicha causas. Se pretende en ambos casos la prestación de jubilación anticipada en base al artículo 201.1.d LGSS (anteriormente el 160.1.b), obteniendo las pretensiones respuestas distintas: así mientras la sentencia recurrida entiende que el supuesto examinado no tiene cabida en el indicado precepto, la de contraste entiende que el mismo resulta plenamente aplicable.

TERCERO.- 1.- El recurrente, bajo correcto amparo procesal denuncia infracción de diversas normas; en concreto, del artículo 207.1.d) LGSS, artículo 7.1.g) LGSS; artículo 7 Ley de Cooperativas; así como diversas sentencias de esta Sala.

El LGSS, bajo el título "Jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador", dispone que el acceso a la jubilación anticipada por esta causa exigirá una

serie de requisitos relativos a edad, período previo de cotización e inscripción como demandante de empleo y, por lo que a los presentes efectos interesa, "Que el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral. A estos efectos, las causas de extinción del contrato de trabajo que podrán dar derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada serán las siguientes:

1.ª El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

2.ª El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 52.c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

3.ª La extinción del contrato por resolución judicial, conforme al de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal ... ..."

Está claro, por tanto, que la resolución contractual efectuada por la vía del artículo 64 LC constituye causa de extinción del contrato que, junto con la concurrencia de los demás requisitos previstos normativamente justifica la prestación de jubilación en su modalidad de anticipada.

2.- Ahora bien lo que la entidad demanda considera y, con ella, la sentencia recurrida, es que en los supuestos de cooperativas de trabajo asociado lo que no concurre es el requisito general de que el contrato se haya extinguido por causas ajenas a la voluntad del trabajador que solicita el desempleo anticipado puesto que el socio cooperativista no tiene la condición de trabajador a efectos de la jubilación anticipada prevista legalmente puesto que, propiamente, no serían trabajadores por cuenta ajena y, en todo caso, su adscripción al régimen general obedece a la opción contemplada en la Disposición Adicional Cuarta LGSS que les declara como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena.

3.- Sin embargo, la Sala no comparte tal criterio; al contrario, entendemos que, una vez integrados en el Régimen General de la Seguridad Social los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, las normas que regulan el citado régimen general se aplican totalmente salvo excepciones expresamente establecidas en la ley, lo que no es el caso. Además, tal criterio debe primar sobre la literalidad del precepto que se refiere, ciertamente, a trabajadores y a extinción de la relación laboral. Por ello, aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción de su relación ha sido conformada -mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la, declaración de concurso de acreedores- a través de la concurrencia de su voluntad, lo cierto es que se ha quedado sin trabajo, viendo su contrato extinguido por una de las causas que lista el

artículo 207. D) LGSS, por lo que concurre la circunstancia exigida por la norma en cuestión prevista para los supuestos de sujetos encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social que no estén expresamente excluidos de tal posibilidad de jubilación anticipada.

A mayor abundamiento, el hecho de que la reforma operada mediante el RDL 5/2013, 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, haya introducido expresamente la posibilidad de acceso a la jubilación anticipada parcial de los socios trabajadores de las cooperativas, integrados en el RGSS -que la legislación anterior no contemplaba- evidencia que para la jubilación anticipada ordinaria no era necesaria su mención expresa al ser la norma general susceptible de ser interpretada, tal como lo hacemos ahora, incluyendo al personal integrado en el Régimen General de la Seguridad Social.

4.- Hay que destacar, también, que la misma solución se adoptó en nuestra STS de 20 de noviembre (sic) de 2018, rcud. 3407/2016, en la que decimos "Cualquiera que sea el nivel de duda que pudiera suscitar el acuerdo adoptado por la Asamblea General de socios de la Cooperativa EDESA, lo cierto es que ésta había presentado solicitud de extinción colectiva por causas económicas de todas las relaciones de trabajo por cuenta ajena que en su seno existían y que el 8 de julio de 2014 el Juzgado de lo Mercantil que conocía del concurso declaró extinguidos los contratos de los trabajadores. Sin negar el carácter de numerus clausus de la lita de supuestos que encierra el artículo 161.bis A). d) de la LGS(sic), resulta difícil no incardinar la situación del actor en uno de los contemplados en el precepto, ya sea despido colectivo ya sea despido objetivo, tan solo en función del número de afectados, convirtiendo en innecesario todo debate acerca de la necesidad de impugnación judicial de una decisión empresarial que en este caso ocupa un lugar irrelevante pues la extinción tiene su base jurídica en una decisión judicial. Es preciso insistir en este punto ya que en efecto, dada la condición de socio cooperativista, la voluntad "empresarial" extintiva se halla en parte conformada por la del trabajador, pero dadas las circunstancias en las que se produce el cese al existir un interés de terceros, los acreedores, por cuya causa se abre un procedimiento judicial específico y siendo la atención a ese interés la que prima, junto a consideraciones de trascendencia social dada la repercusión que una situación económica límite de una empresa tiene para el entorno productivo en el que se asienta, no es aquella voluntad integrada en forma plúrima la determinante del cese sino el acto judicial que le dota de eficacia frente a los particulares y frente a las instituciones" .

CUARTO.- Lo anteriormente expuesto nos conduce, oído el Ministerio Fiscal, a la estimación del recurso y, en consecuencia, a resolver el debate de suplicación, declarando el derecho del demandante a la prestación solicitada en la cuantía legal. Sin que, por imperativo legal, haya lugar a la imposición de costas.»

*** STS núm. 337/2019, de 13 de marzo de 2019 (Cont.-Admvo) (RJ 2019/1093)**
Ponente: José Antonio Montero Fernández

Resumen: *Cooperativas de Vivienda. La deducción por vivienda habitual que regula el artículo 68.1 de la LIRPF es aplicable al contrato de adhesión entre la cooperativa de viviendas y sus socios, en la que estos asumen el compromiso de alquilar la vivienda durante diez años con opción a compra y transcurridos dichos años adquirirla, siendo las cantidades abonadas a cuenta del pago de la vivienda.*

Fundamentos de derecho

«PRIMERO.- Objeto del recurso de casación y cuestión de interés casacional.

Se recurre la sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 23 de diciembre de 2016, estimatoria del recurso contencioso administrativo dirigido contra las resoluciones del TEAR de Madrid de 16 de marzo de 2015, dando lugar a la anulación de las liquidaciones provisionales por IRPF ejercicio 2007, 2008 y 2009.

Como se recoge en la sentencia recurrida, el TEAR consideró que hasta el ejercicio de la opción de compra en el ejercicio 2009 por los contribuyentes, no puede considerarse que éstos ostentaran el pleno dominio de la vivienda, por lo que los pagos realizados con anterioridad habían sido realizados en concepto de arrendamiento, no para la adquisición de vivienda. (…) para la Administración por adquisición de vivienda habitual ha de entenderse la adquisición en sentido jurídico, de la propiedad o pleno dominio de la misma, aunque éste sea compartido, siendo indiferente el negocio jurídico que origine la misma. En el caso examinado existe un contrato de alquiler iniciado en 1999 con duración de 10 años, y con OPCION de COMPRA, por lo que la propietaria en este período es la Cooperativa. En el punto 4 del contrato se establecía que se otorgaría la escritura de transmisión de la propiedad al finalizar los años de ARRENDAMIENTO -hecho producido en Diciembre de 2009- por lo que las deducciones efectuadas son incorrectas. Criterio que ratifica la consulta vinculante 2530-2009 del D. G. de Tributos.

La Sala de instancia destaca lo siguientes hechos:

1.- La sociedad Cooperativa de Viviendas "AVANCE MORATALAZ, Soc. Coop." resulta adjudicataria por el IVIMA de una parcela de terreno (…), en la que tienen prevista la construcción de 130 viviendas y garajes.

2.- Dichas viviendas son construidas al amparo de la legislación de viviendas de protección oficial VPO, mediante las aportaciones de los socios cooperativistas, un crédito hipotecario y las ayudas previstas en la legislación VPO.

3.- A través del contrato de inscripción y adjudicación en la cooperativa mencionada, firmado el 30 de enero de 1998, los recurrentes adquieren la condición de socios de tal cooperativa y asumen el compromiso de alquilar durante el plazo de diez años la vivienda de referencia y a adquirirla en propiedad mediante el ejercicio de la opción de compra al que igualmente se compromete según la cláusula segunda del contrato. En concreto, la cooperativa asume, entre otras, la obligación de reservar al socio la propiedad de la vivienda desde la firma del contrato de adjudicación otorgándole la opción de compra que el socio se compromete a ejercer en su momento, y en virtud de esa reserva, la cooperativa no puede transmitir la vivienda por imperativo legal. Por su parte y en lo que aquí importa, el socio asume la obligación de dedicar la vivienda a su domicilio habitual y a ocuparla en el plazo de tres meses desde que se la entregan, a realizar los pagos en la forma en que se estipula, así como a subrogarse en la parte del crédito hipotecario pendiente a través de la escritura de adjudicación mencionada.

4.- Para la financiación de la Promoción la Cooperativa ha gestionado y obtenido de la entidad CAJA MADRID un préstamo hipotecario (…) que se dividirá posteriormente entre cada una de las fincas independientes resultantes de la promoción. En dicho préstamo, en garantía adicional, los socios se constituyen en fiadores mancomunados entre si, y solidarios con la Cooperativa, hasta los importes que gravan la finca asignada a cada socio, apoderando al director de la Cooperativa para avalar y afianzar la operación del mencionado préstamo hipotecario (…)

5.- En fecha 1 de mayo de 1999 se suscribe el contrato de arrendamiento de viviendas de protección oficial de nueva construcción en régimen general, entre la sociedad cooperativa mencionada como propietaria del inmueble y cada uno de los recurrentes en su cualidad de socio, con una duración de diez años, contrato complementario del de inscripción y adjudicación.

6.- Se otorga escritura de adjudicación de vivienda el 28 de diciembre de 2009 (…), en cuya virtud la sociedad cooperativa adjudica y transmite la finca en cuestión a los hoy actores que la aceptan.

Recuerda los términos del de la Ley 35/2006 en lo que se refiere a deducción por inversión en vivienda habitual:

(…)

Se recoge en la sentencia impugnada que en los contratos de acceso diferido a la propiedad se transfiere al adjudicatario la posesión de la vivienda, conservando el propietario el pleno dominio hasta que se haya amortizado la totalidad del importe de la vivienda y se hayan cumplido todas las obligaciones derivadas del contrato, momento en que se adquiere la propiedad. Si bien los recurrentes no tienen la propiedad de la vivienda, pues así resulta de toda la documentación aportada en la que se contienen múltiples referencias a la titularidad dominical de la sociedad cooperativa Avance Moratalaz, lo cierto es que dicha documental permite colegir que los socios, en virtud del contrato de adhesión a la cooperativa, asumen el compromiso de adquirirla en propiedad mediante el ejercicio de la opción de compra (cláusula segunda) una vez transcurridos los diez años de alquiler de la vivienda, plazo durante el cual cada socio es responsable mancomunado de la parte de hipoteca que recae sobre el inmueble transmitido, cuyo pago se realiza a través del abono de la renta del alquiler. Recíprocamente, la sociedad cooperativa no puede transmitir el inmueble a persona distinta del cooperativista en tanto éste cumpla su obligación de pago.

Añade el régimen legal sobre las ayudas en materia de viviendas de protección oficial y rehabilitación con protección pública del Plan de Vivienda de la Comunidad de Madrid 1997-2000, art. 37 del Decreto 228/1998, de 30 de diciembre (LCM 1999, 29) (…)

Lo que le lleva a concluir que la atribución de la vivienda en arrendamiento se realizó con la intención de adquirirla en propiedad, de modo que las cantidades abonadas lo fueron a cuenta del pago de la vivienda, y en caso de no ejercitar la opción de compra finalmente, la sociedad cooperativa habría de devolver las cantidades que habían sido adelantadas como parte del precio de compra. (…)

En definitiva, entiende que en el supuesto sometido a nuestra consideración, las cantidades satisfechas en concepto de renta mediante las cuales se abona la parte de hipoteca que recae sobre la vivienda arrendada, podrán ser objeto de deducción tal y como los recurrentes pretenden, habida cuenta de que dichas sumas fueron entregadas con la finalidad de adquirir en propiedad la finca, tal y como se pone de manifiesto a través del contrato de adjudicación de la vivienda suscrito el 28 de diciembre de 2009, una vez ejercitada la opción de compra. Efectivamente, una interpretación lógica y coherente de la normativa citada impide situar en peor condición el supuesto que examinamos, en el que los actores han ejercitado la opción de compra a la que se habían comprometido tras estar abonando cantidades a cuenta del precio final de compra, respecto de aquel otro en que se abonan al promotor cantidades a cuenta para la construcción de la vivienda, y que el Reglamento citado en el artículo 55, asimila a la adquisición de vivienda a los efectos que nos ocupan.

En Auto dictado en fecha 21 de junio de 2017 se consideró que las cuestiones con interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que se suscitan son los siguientes:

a) Si resulta aplicable la deducción del LIRPF a un contrato de adhesión firmado con una Cooperativa de viviendas, en virtud del cual el socio asume el compromiso de adquirir la propiedad de la vivienda mediante el ejercicio de la opción de compra, siendo las cantidades abonadas a cuenta del pago de la citada vivienda.

b) Si para aplicar la citada deducción, las cantidades pagadas en concepto de renta por arrendamiento con opción de compra por plazo de diez años son equiparables a las cantidades pagadas a cuenta al promotor por la construcción de viviendas futuras que, en virtud del RIRPF, es una operación asimilada a la adquisición de la vivienda siempre y cuando las obras finalicen en un plazo no superior a cuatro años desde el inicio de la inversión.

Identificando como normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, el de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el del Real Decreto 439/2007, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (ambos en la redacción vigente en el caso de autos).

SEGUNDO.- Sobre la cuestión en debate y su resolución.

La cuestión objeto de controversia se reduce a la interpretación procedente del de la LIRPF, en vigor al tiempo en que se producen los hechos, y más concretamente a la interpretación y alcance que cabe otorgarle a la expresión "adquisición... de la vivienda que constituya o vaya a constituir la residencia habitual del contribuyente".

Considera el Sr. Abogado del Estado que dicha expresión debe entenderse en el sentido de que se exige la titularidad del pleno dominio del inmueble, sin que quepa practicar la deducción por adquisición de la vivienda si se ocupa en régimen de alquiler, lleve o no incorporado una opción de compra. Dicha interpretación deriva de su sentido técnico, como lo previene el de la LGT, regulándose en nuestro Derecho Civil la adquisición del dominio, CC, por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, por lo que los contribuyentes en este caso son poseedores en concepto distinto del de dueño, y sólo cuando ejercen el derecho de opción de compra y se otorga la escritura pública adquirieron la propiedad, y es cuando tienen derecho a la deducción. Afirmando que en la sentencia de instancia la interpretación lógica y coherente que hace la Sala en comparación con el supuesto que contempla el art. 55 del Reglamento, no puede ser admitida por establecerlo el de la LGT, que rechaza la analogía en el reconocimiento de una ventaja fiscal, por lo que si bien desde un punto de vista teórico la aplicación analógica del art. 55 del Reglamento tendría fundamen-

to y resultaría conforme con lo dispuesto en el del CC ., en el ámbito tributario lo prohíbe el de la LGT .

Ha de convenirse que la ventaja fiscal que nos ocupa enlaza con el derecho que prevé el art. 47 de la CE, que establece el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, ordenando a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias y deben dictar las normas precisas para hacerlo efectivo. A nadie se oculta que uno de los instrumentos que en el tiempo ha utilizado el legislador para dar cumplimiento al mandato constitucional ha sido precisamente la regulación en el IRPF de deducciones de las cantidades invertidas en el acceso a la vivienda habitual. Muy expresivo al respecto se muestra la Exposición de Motivos de la Ley 35/2006, que alude expresamente para mantener la ventaja que nos ocupa a razones de cohesión social. Y en esta línea comprobamos que la deducción no sólo se prevé para supuestos de adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual, sino en los casos de construcción o ampliación de la vivienda habitual, incluso para supuestos de cantidades depositadas en cuenta corriente; ya hacíamos referencia también al supuesto contemplado en el art. 55 del Reglamento sobre construcción, cuando el contribuyente satisfaga directamente los gastos derivados de la ejecución de las obras, o entregue cantidades a cuenta al promotor de aquellas, siempre que finalicen en un plazo no superior a cuatro años desde el inicio de la inversión.

Atendida la regulación que se realiza de la deducción por inversión, se observa que junto a supuestos de expresa exclusión, por el contrario la regulación legal se hace de forma abierta, como se desprende tanto atendiendo al sentido literal del precepto, art. 68.1, que habla de adquisición de presente, "que constituya", como de futuro, o "que vaya a constituir", como atendiendo a la finalidad que está llamada a cumplir la deducción; por lo que en modo alguno sólo cabe sostener que la adquisición haya de hacerse de presente a título de plena propiedad, sino que se contempla variados supuestos en los que es aplicable la deducción cuando se está invirtiendo mediante uno de los medios que se articulan normativamente, como es el Decreto de Madrid glosado en la sentencia de instancia, cantidades para acceder a la vivienda habitual.

Junto al argumento utilizado por el Sr. Abogado del Estado que la adquisición de la vivienda habitual ha de hacerse de su pleno dominio, que hemos rechazado por las razones vistas, el único argumento que acompaña es que la Sala de instancia ha empleado la analogía, prohibida por el de la LGT. A nuestro entender, no sólo no ha empleado la analogía la Sala de instancia, sino que en la comparación que hace con el art. 55 del Reglamento, lo que pone en evidencia es que no puede sostenerse la interpretación cerrada por la que aboga la Administración.

Efectivamente, dice el Sr. Abogado del Estado "Desde el punto de vista teórico, la aplicación analógica del RIRPF tendría fundamento y resultaría conforme con lo

dispuesto en el del Código Civil", si la analogía no estuviera prohibida en el ámbito tributario. Pero, a nuestro entender confunde el razonamiento; el art. 55, como no puede ser de otra manera, es desarrollo del art. 68.1 de la Ley, así lo ha entendido el propio poder ejecutivo al regular el supuesto de conformidad con dicho precepto, de otra forma habría un exceso reglamentario prohibido, que nadie discute inexistente; luego es la propia Administración al regular el supuesto del art. 55 la que parte de una interpretación abierta, como la realizada en este, del art. 68.1, de suerte que dentro de los supuestos contemplados en el citado artículo es posible comprender, y así se hace, el de las cantidades a cuenta abonadas al promotor para la construcción de la vivienda, art. 55. Luego, como bien dice la sentencia, una interpretación lógica y coherente, pues estamos ante un supuesto similar al previsto en el citado art. 55, debe llevar a comprender que también el caso examinado tiene cabida en los términos del art. 68.1 de la LIRPF, por lo que debe confirmarse la sentencia impugnada por los propios fundamentos que le sirvieron de base.

TERCERO.- Contenido interpretativo de la sentencia.

Dicho lo anterior ha de responderse afirmativamente a la primera de las cuestiones identificadas de interés casacional objetivo, en el sentido de que sí resulta aplicable la deducción del LIRPF a un contrato de adhesión firmado con una Cooperativa de viviendas, en virtud del cual el socio asume el compromiso de adquirir la propiedad de la vivienda mediante el ejercicio de la opción de compra, siendo las cantidades abonadas a cuenta del pago de la citada vivienda. Y respecto de la segunda cuestión ha de responderse que no existe equiparación del supuesto que contemplamos con el previsto en el del RIRPF, en los términos en que se inquiere, sino que estamos ante un caso respecto de cantidades pagadas en concepto de renta por arrendamiento con opción de compra por plazo de diez años previsto expresamente por la normativa autonómica madrileña, que articula instrumentos jurídicos de adquisición de vivienda habitual a través, entre otros, de este mecanismo y que tiene cabida en los términos que el de la LIRPF regula la deducción por vivienda habitual.»

* **ATS de 10 de abril de 2019 (Civil) (JUR 2019/127001)**
Ponente: Ignacio Sancho Gargallo

Resumen: *Baja justificada de un socio por modificación estatutaria que supone la agravación del régimen de responsabilidad de la socia y de su participación en la actividad cooperativizada. Arts. 22.5.2 a) y b) y 22.7 de la Ley de Cooperativas de la Rioja (LCR). Inadmisión del recurso de casación.*

Fundamentos de derecho

«PRIMERO.- La parte recurrente formalizó recurso de casación. (…).

SEGUNDO.- La Audiencia desestimó el recurso de apelación y confirmó la resolución de primera instancia. Se declara que la baja de la socia cooperativista es justificada porque se produjo una modificación estatutaria, que suponía una agravación de la actividad cooperativista.

La parte recurrente [la cooperativa] se opone por estimar que la cooperativista no comunicó de forma precisa la causa de su baja para que se considere como justificada. Su solicitud debe resolverse conforme los elementos que la cooperativista ofrezca ante el Consejo Rector. Además se considera que la sentencia no interpreta correctamente el concepto de agravación de la participación de la cooperativista y de su régimen de responsabilidad.

TERCERO.- El recurso se formula al amparo del LEC, por razón de interés casacional, por basarse en normas con una vigencia inferior a cinco años, y se estructura en cuatro motivos.

En el primer motivo se denuncia la infracción del art. 22.5 a), párrafo primero, de la Ley 4/2001, de Cooperativas de la Rioja (en adelante LCR), en relación con la inaplicación del art. 22.5 b) LCR, en la medida en que la sentencia recurrida interpreta incorrectamente una de las causas de baja justificada previstas en el art. 22.5 LCR, en concreto "la agravación de la participación del socio en la actividad cooperativizada", lo cual le hace inaplicar la previsión contenida en el inciso final del art. 22.5 b) LCR. En este sentido, el Tribunal interpreta como "agravación del régimen de participación del socio en la actividad cooperativizada" lo que en realidad es "agravación de la participación del socio en la actividad cooperativizada", lo cual es decisivo por cuanto le conduce a decidir que la mera modificación del art. 10.c de los Estatutos, es suficiente para declarar la baja justificada.

En el segundo motivo, se alega la infracción del art. 22.5 b) en relación con el art. 22.5 a) y el art. 22.7 LCR, en la medida que la sentencia recurrida entiende que en los supuestos de baja voluntaria por acuerdos que suponen una "agravación de la participación del socio en la actividad cooperativizada y/o cargas u obligaciones gravemente onerosas", si el socio no indica en su escrito de disconformidad o de solicitud de baja voluntaria, la disposición específica del acuerdo que le agrava su participación o le impone una carga u obligación gravemente onerosa, ni acredita en los supuestos de hecho que provocan el acuerdo impugnado agrave su participación o le suponga cargas gravemente onerosas, le corresponde al Consejo Rector, la obligación de solicitar que aclare su postura antes de calificar la baja voluntaria solicitada.

El Tribunal reprocha a la cooperativa demandada que no requirió a la cooperativista precisión alguna sobre la modificación estatutaria que le perjudica. Ello sería contrario al art. 22.7 LCR porque no existe ningún precepto que obligue al CR a solicitar información o pruebas adicionales al socio que presenta una disconformidad con un acuerdo de la Asamblea en virtud de la cual solicite que la basa voluntaria que pretende causar se califique como justificada. El art. 22.5 impone al CR que evalúe la causa de justificación sobre la base de los elementos de hecho y de derecho que sea hayan acreditado por el socio.

En el tercer motivo, se alega la infracción del art. 22.5 b) en relación con el art. 22.5 a) y el art. 22.7 LCR, en la medida que el Tribunal declara que la LCR no impone ninguna obligación al socio en relación con las causas previstas en los arts. 13.5 EE o 22.5 a) LCR que no sea salvar el voto en contra del acuerdo correspondiente y expresar su disconformidad, sin necesidad de expresar la concreta disposición que le afecta, por escrito al CR de la cooperativa en plazo, así como la formalización de la solicitud de baja en el plazo establecido.

Así se defiende que el socio que se vea afectado por el acuerdo, debe manifestar la concreta previsión estatutaria modificada que le afecta así como acreditar los elementos de hecho que le causan el perjuicio, en su escrito de disconformidad o de solicitud de baja, y si no lo hace, el CR está facultado en virtud del art. 22.7 a calificar la baja como no justificada.

En el último y cuarto motivo, se alega la infracción del art. 22.7 LCR en la medida que el Tribunal entiende que la LCR permite al socio subsanar, en el recurso formulado ante la Asamblea, todos los defectos que fueron puestos de manifiesto por la decisión del CR, al declarar, como consecuencia de dichos defectos que la baja voluntaria solicitada, no estaba justificada.

En este motivo se sostiene que el art. 22.7 LCR debe ser calificado en el sentido de que el socio debe justificar y acreditar, ante el CR, todos los elementos de hecho y derecho constitutivos de la justificación de la baja voluntaria y que el recurso a la asamblea está configurado como una revisión acerca de la corrección de la decisión del CR, no como una oportunidad para subsanar los errores por los cuales, precisamente, la solicitud de baja fue calificada como no justificada. Los elementos de debate deben quedar definitivamente fijados en el escrito dirigido al CR.

(…)

QUINTO.- En los distintos motivos formulados se alega la vulneración del art. 22.5 a) y b) LCR y el art. 22.7 LCR. La parte recurrente sostiene que la modalidad de interés casacional que justifica la admisión de los distintos motivos, es la aplicación de una norma que lleva menos de cinco años en vigor.

El recurso incurre en la causa de inadmisión prevista en el LEC, de incumplimiento de los requisitos establecidos para los distintos casos, por incumplimiento de los requisitos del encabezamiento y desarrollo de los motivos, en relación con la falta de acreditación del interés casacional, por aplicación de norma que no lleva más de cinco años en vigor y acumulación de infracciones, y en la causa de inadmisión prevista en el LEC, de carencia manifiesta de fundamento, por hacer supuesto de la cuestión.

La modalidad de interés casacional en la que se apoya el recurso, exige la comprobación de que no ha transcurrido dicho plazo de vigencia, que no existe una norma anterior análoga y que resulte aplicable al supuesto enjuiciado, lo que no ocurre en el supuesto que nos ocupa.

Así, por un lado, el art. 22.5 a) LCR en relación con las causas de baja justificada es análogo al art. 22.4 de la Ley 4/2001. Precisamente dicho precepto se aplicó por la sentencia de primera instancia y la Audiencia Provincial ante las alegaciones de la recurrente que denuncia la aplicación de una norma no vigente, dice:

"Sin embargo, tal inadecuada estimación no afecta al caso concreto a la consideración que ha de merecer la baja de la demandante en la cooperativa demandada, tanto conforme al apartado a) del art. 22.4 LCR en su redacción anterior, como en base a la previsión del subapartado a) del apartado 5 del art. 22 LCR en su redacción actualmente (y a partir del 1 de enero de 2014) vigente".

Por lo tanto, el contenido de ambos preceptos en cuanto al objeto del procedimiento -valorar si se produce un agravamiento de la actividad cooperativizada que justifique la baja de la socia- es equivalente, y por tanto, no se cumplen los requisitos de esta modalidad de interés casacional.

Respecto de los otros dos preceptos cuya infracción se alega, de forma indebidamente acumulada al anterior ya que su contenido es heterogéneo, no son objeto de aplicación en la sentencia. El art. 22.5 b) es excluyente respecto del art. 22.5 a) LCR, por lo que su aplicación necesariamente supone no respetar la base fáctica y razón decisoria de la resolución recurrida.

Por ello la parte recurrente incurre en supuesto de la cuestión al defender la aplicación de este precepto. La Audiencia valora la modificación estatutaria por la cual se obliga a los socios a incluir la totalidad de su explotación agrícola y explica que:

"Ello significa que la Sociedad Cooperativa impone de forma obligatoria qué hacer o qué no hacer con la actividad agrícola de la socia, limitando su poder de decisión empresarial y la capacidad de actuación que ostenta la socia dentro de la cooperativa, ya que ello supone la exigencia de nuevas obligaciones que hasta la fecha no se han considerado y que en virtud de esa modificación agrava de forma perjudicial y considerable la responsabilidad del socio".

La parte recurrente realiza su propia interpretación interesada del precepto y del concepto de agravación, en contra de lo explicado en sentencia, por lo que carece de fundamento; en todo caso, acreditada la agravación de la responsabilidad de la socia resulta de aplicación el apartado a) del art. 22.5 LCR, y la consiguiente exclusión del apartado b) del mismo.

Respecto del art. 22.7 LCR invocado, y como se expondrá con posterioridad, es ajeno a la ratio decidendi de la sentencia recurrida, por lo que en definitiva no puede estimarse acreditado debidamente el interés casacional.

SEXTO.- El segundo motivo incurre en la causa de inadmisión prevista en el LEC, de carencia manifiesta de fundamento, por no respetar la base fáctica y la razón decisoria de la sentencia recurrida.

La parte recurrente se limita a defender la correcta actuación de la cooperativa desde el momento de recepción de la solicitud de baja por la cooperativista y a exigir a la recurrida una mayor precisión en la determinación de la causa en su comunicación al órgano, para justificar la baja como justificada. Se trata por tanto de una valoración efectuada a instancia de parte en favor de sus propios intereses y que además no respeta la base fáctica de la sentencia. Ello porque en la misma, se analiza el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos, pues la cooperativista salvó su voto, formalizó por escrito su solicitud de baja en tiempo y forma y expresó por escrito su disconformidad al Consejo Rector. Además, en contra de lo argumentado en el recurso, en la sentencia se explica:

"No cabe poner en duda que la causa alegada, en los términos del recurso resultaba clara y constatable con la nueva redacción del art. 10 de los Estatutos, a pesar de que al responder a las consultas de otros socios y en este proceso intente la cooperativa negar la evidencia".

El tercer y cuarto motivos del recurso de casación incurren en la causa de inadmisión prevista en el LEC, de falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en relación con el desarrollo de cada motivo, por falta de respeto al ámbito de la discusión jurídica habida en la instancia al suscitarse cuestiones nuevas que no afectan a la ratio decidendi de la sentencia.

La parte recurrente invoca el art. 22.7 LCR que es ajeno a la resolución impugnada y sin que en la misma se aplique. La ratio decidendi de la sentencia se centra en resolver si se ha producido una agravación del régimen de responsabilidad de la socia demandante y recurrida y de su participación en la actividad cooperativizada que en su caso, determine que la solicitud de baja sea justificada. En los motivos tercero y cuarto del recurso, se valora la corrección de la comunicación que la socia habría realizado al solicitar la baja, que no afecta al presente procedimiento puesto que tras

la solicitud de baja, el Consejo Rector resolvió y expresamente calificó la baja como no justificada, razón por la cual se impugnó por la Sra. Angelina la decisión ante la Asamblea General de la Cooperativa. Además, los argumentos reproducidos en ambos motivos, no han sido manifestados en el recurso de apelación, puesto que en ningún momento se ha introducido en el debate, y por otro lado tampoco afecta a la acción ejercitada, la existencia de algún defecto -sin que se haya acreditado- en el proceso de solicitud de baja y la actuación de la socia y del Consejo Rector. En todo caso, el debate se limita a examinar si concurre o no la causa que justifica la baja de la cooperativista. Por todo ello, ambos motivos incurren en causa de inadmisión.

SÉPTIMO.- Por todo ello, el recurso ha de resultar inadmitido en su integridad (…).»

*** STS núm. 347/2019 de 8 de mayo (Social) (RJ 2018/2389)**
Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

Resumen: *Cooperativa de Trabajo Asociado. Tutela del derecho fundamental a la libertad sindical: extensión de la titularidad del derecho a la libertad sindical recogido en el artículo 28.1 CE a los socios trabajadores de una Cooperativa de Trabajo Asociado en base a una interpretación no restrictiva de dicho derecho, a la inexistencia de exclusión normativa a este colectivo de trabajo asociado y a las normas internacionales que recomiendan la extensión siempre que sea posible de las normas laborales a las cooperativas.*

La calificación como societaria por la Ley de Cooperativas de la relación de las CTAs con sus socios trabajadores no puede ocultar y esconder que ínsita en dicha relación existe una realidad que no es posible desconocer y que consiste en la presencia de un trabajo subordinado realizado por el socio trabajador que está sujeto al ámbito de organización y dirección de la Cooperativa que se personifica en su Consejo Rector. Y desde esta perspectiva, no sólo los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado tienen derecho a afiliarse al sindicato de su elección, sino, que, además, que los sindicatos legalmente constituidos tienen derecho al libre ejercicio de la actividad sindical en las CTAs donde tengan afiliados socios trabajadores de las mismas,

Dicho derecho supone, además, el reconocimiento del derecho al libre ejercicio de la actividad sindical en las cooperativas por parte de los sindicatos legalmente constituidos. Vulneración del derecho a la libertad sindical por parte de la Cooperativa, al haber publicado en la web varios comunicados lesivos contra el sindicato, con la finalidad de evitar la defensa de los intereses de los socios trabajadores y encaminados a hacerles perder sus puestos de trabajo. Responsabilidad de la cooperativa debiendo indemnizar al sindicato

por los daños causados derivados de la persistencia de la conducta en el tiempo, la publicidad y su reincidencia.

Nota: Véase en esta misma Revista en la sección de comentarios de jurisprudencia: García Jímenez, Manuel, "Derechos de sindicación y libertad sindical en las Cooperativas de Trabajo Asociado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 8 de mayo de 2019. Roj:1944/2019".

Antecedentes de hecho

Por la representación de Confederación Nacional del Trabajo (CNT), se interpuso demanda de Tutela de Derechos Fundamentales, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, cuya sentencia de 17 de noviembre de 2017 desestima la demanda, y en la que fija entre otros una serie de hechos probados;

A) La cooperativa demandada SERVICARNE SOCIEDAD, C.L. (en adelante, SERVICARNE) está constituida formalmente como sociedad cooperativa de trabajo asociado al amparo de la Ley 18/ 2002, de 5 de julio de Cooperativas de Cataluña. La cooperativa cuenta con más de 4.000 socios trabajadores distribuidos en centros de trabajo presentes en la casi totalidad de las comunidades autónomas del estado español.

El 17 de diciembre de 2001 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en el recud. 244/2001, en el que se declaró que SERVICARNE era realmente una cooperativa de trabajo asociado, que actuaba como tal en el tráfico mercantil, por lo que se descartó la concurrencia de cesión ilegal con las empresas a las que prestaba servicios.

B) La cooperativa comunica el 10 de noviembre de 2015 un cambio en las condiciones de la prestación de servicios de varios socios trabajadores que estaban afiliados a la CNT, es decir, la decisión del Consejo Rector de la Cooperativa de hacer efectivos los traslados de centro de dichos socios con motivo de la cancelación del servicio de limpieza de cajas y palets que tenía la Cooperativa con otra empresa. Dicha comunicación motivo una serie de comunicados entre el CNT y la SERVICARNE.

El 13 de noviembre de 2015 remitió la CNT un burofax a SERVICARNE por considerar que la movilidad geográfica de los tres socios era injustificada e innecesaria *"(…), y entendemos que supone una represalia por la cual Servicarne SCCL imparte su propia disciplina a los trabajadores/as que reclaman sus derechos más básicos en la cooperativa*(…)". En respuesta, el 17 de noviembre de 2015 SERVICARNE mando una notificación a dichos socios trabajadores en la que les ofrecía varias cantidades, en concepto de finalización de la relación socio laboral con la cooperativa para el caso de que no aceptarán la movilidad geográfica.

El 20 de noviembre de 2015 el Director de la cooperativa publica un comunicado en la página web de la cooperativa en él que hacía referencia al conflicto existente entre la cooperativa y el sindicato de la CNT, en el mismo lo más relevante es:

"(…) *Estamos muy preocupados por esta campaña que está llevando a cabo el sindicato en contra de Servicarne en vuestro centro porque no son solamente los panfletos que distribuyen sino que hablan incluso de boicot al producto. Desde luego esto no significa ninguna ayuda a los trabajadores, como ellos dicen, sino que es fácil que baje el volumen de trabajo y por lo tanto comiencen a peligrar puestos de trabajo de muchos de nosotros (…)*

No entendemos esta campaña contra nosotros lo único que hacemos es buscarnos nuestro propio trabajo en (la) cooperativa porque las empresas no dan trabajo fijo. No nos ayudan a encontrar trabajo y además es posible que consigan quitárnoslo. Espero que recapaciten y vena que esta actitud va en contra de los trabajadores que pretenden defender. (...)".

Pocos días después, SERVICARNE en una reunión de la Comisión del Consejo Rector el 26 de noviembre de 2015 adopta la decisión de anular la movilidad geográfica impuesta a los demandantes. Posteriormente, el 30 de noviembre del mismo año la cooperativa suspende la actividad de los socios trabajadores reiterados, lo que motivo que dichos trabajadores promovieran demanda de tutela de derechos fundamentales que paso a conocer el Juzgado de lo Social núm. 3 de Castellón, el cual dictó sentencia desestimatoria (recurso 2335/16). Dicha sentencia se recurrió ante la Sala de lo Social del TSJ Comunidad Valencia la cual dictó sentencia el 13-10-2016 en recurso 2335/16, en la que estimó el recurso de suplicación frente a la sentencia antes dicha y la revocó por vulneración de la libertad sindical de los socios trabajadores suspendidos, anuló las suspensiones de los mismos y condeno a SERVICARNE a estar y pasar por esa declaración y abonar a los demandantes una cantidad equivalente a la que hubieren percibido hasta su baja definitiva, así como a una cantidad a cada uno de ellos por los daños morales ocasionados.

Ante esto, SERVICARNE convocó asamblea de socios el 11 de junio de 2016 a la que acudieron 300 socios, en la cual se tomó por unanimidad la decisión del cese definitivo de los socios trabajadores. Por ello, los socios trabajadores cesados interpusieron demanda contra dichos ceses, que fue estimada por sentencia del Juzgado de lo Social núm.4 de Castellón, quien dictó sentencia el 22 de marzo de 2017, en su procedimiento 423/16, en la que se declaró la nulidad del extinción, por vulneración de la libertad sindical de los socios trabajadores y se condenó a SERVICARNE a reponerlos en su centro de trabajo en las mismas condiciones al momento del cese. Sin embargo, SERVICARNE presentó escrito ante Juzgado, comunicándole la imposibilidad de readmitir a los trabajadores en su centro de trabajo, porque se oponía la

empresa usuaria, quien no había sido condenada, ofreciéndose, en todo caso, a buscar la solución más conveniente. El 13 de septiembre de 2017 el Juzgado reiterado dictó un Auto, mediante el que se homologo el acuerdo, alcanzado entre las partes, en que se convino el cese definitivo con efectos del 18 de abril de 2017, abonándose a los socios trabajadores la indemnización por el cese de la relación.

C) El 10 de marzo de 2016 se celebró la primera asamblea como sección sindical del CNT en SERVICARNE en la que se consigna, como aparecen en los hechos probados, por un lado, que SERVICARNE nuevamente cuelga una serie de comunicados en su página web informando a sus socios trabajadores de las últimas sentencias judiciales derivadas de las bajas obligatorias de los socios trabajadores anteriormente mencionados, y por otro lado, la CNT difunde en su página web comunicados críticos contra SERVICARNE, en los que le reprochan básicamente que SERVICARNE *"no es propiamente una cooperativa, sino una empresa laboral, utilizada para promover prestamismo laboral"*.

Las comunicaciones que aparecen en los hechos probados de la sentencia han permanecido en la página web de SERVICARNE hasta el 4 de agosto de 2017.

Paralelamente a las demandas individuales formuladas por los socios trabajadores afiliados a la CNT, el propio sindicato interpuso demanda de Tutela de Derechos Fundamentales, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que se solicita que se declare la existencia de una vulneración de la libertad sindical en los comunicados de la empresa accesibles en su página web y a los que se refiere la presente demanda, se declare la nulidad de la actuación del empleador, así como se ordene el cese inmediato de la conducta antisidical.

Tras la admisión de la demanda y la celebración del juicio, con fecha 17 de noviembre de 2017, la Sala Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia (procedimiento 277/2017) desestimando la demanda formulada por la CNT, y, por tanto,, la tutela de los derechos fundamentales instada.

Frente a esta sentencia se interpone el recurso de casación por parte de la CNT.

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- 1.- Por la representación letrada de la Confederación Nacional del Trabajo (CNT) se formula recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 17 de noviembre de 2017, dictada en el procedimiento 277/2017, que desestimó íntegramente la demanda de tutela de derechos fundamentales formulada por el referido sindicato contra SERVICARNE Sociedad Cooperativa CL (SERVICARNE) en la que se reclamaba la declaración de vulneración del derecho a la libertad sindical con las consecuencias inherentes a tal declaración (cese de la conducta vulneradora y reparación de sus consecuencias).

El recurso ha sido impugnado por la entidad demandante y por el Ministerio Fiscal que fue parte en el proceso de instancia. En su preceptivo informe ante esta Sala el Ministerio Fiscal entiende que el recurso resulta improcedente.

(…)

3.- La sentencia recurrida basa la desestimación de la demanda en la interpretación jurídica según la que, dado que la denuncia de vulneración de la libertad sindical se produce en el marco de la defensa de los intereses y derechos de varios socios trabajadores de la Cooperativa demandada, al no ser los socios trabajadores de dichas cooperativas titulares del derecho a la libertad sindical proclamado en el CE (RCL 1978, 2836), resulta que la intervención del sindicato CNT y la acción sindical emprendida por dicho demandante carecerían de soporte legal. En consecuencia, el recurso se dirige, en la mayor parte de sus motivos de censura jurídica, a cuestionar tal entendimiento del derecho a la libertad sindical y a sostener la existencia de tal derecho y, en consecuencia, por una parte, la lícita actividad del sindicato demandante y, por otra, la ilícita respuesta de la cooperativa demanda que vulneraría la libertad sindical en los términos expuestos en su demanda.

SEGUNDO.- 1.- El primero de los motivos del recurso, amparado -como se avanzó- en el apartado c) del LRJS denuncia infracción del LEC y 97.2 LRJS en relación al CE (tutela judicial efectiva) por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte. Sostiene la recurrente que la sentencia resulta internamente incongruente al mantener, al mismo tiempo, el derecho de sindicación de los socios trabajadores de las Cooperativas de trabajo asociado y, paralelamente, negarles el derecho a la libertad sindical. Por otro lado, entiende que la sentencia no da una cumplida respuesta a la demanda al no proporcionar una resolución fundada en derecho sobre el fondo del asunto.

2.- Ninguna de las infracciones denunciadas en este motivo pueden ser estimadas puesto que la sentencia ni resulta incongruente, ni obvia la respuesta a las peticiones deducidas en la demanda, estando todas las respuestas debidamente fundadas jurídicamente. En efecto, la sentencia recurrida no reconoce el derecho a la libertad sindical de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, cual es la demandada. Al revés, la sentencia sostiene justo lo contrario: la inexistencia de tal derecho; negativa que está debidamente fundada formalmente dado que se ampara en un análisis del citado derecho fundamental y de su ámbito subjetivo de aplicación que la resolución combatida anuda a la interpretación que realiza de diversos preceptos de las normas internas (Ley Orgánica de Libertad Sindical -LOLS-; Ley del Esta-

tuto del Trabajador Autónomo -LETA-; Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas y LRJS, entre otras) e internacionales (Convenios 87, 98 y 154 OIT). No existe, por tanto, el menor atisbo de la incongruencia interna denunciada.

Tampoco, a la vista de lo que se acaba de exponer, puede aceptarse la denuncia relativa a que la resolución combatida no esté debidamente fundada, ni que no resuelve el fondo del asunto. Con independencia de que tal fundamentación y sus conclusiones tendentes a la desestimación de la demanda puedan resultar discutibles y no sean compartidas por la recurrente, la fundamentación del fallo es exhaustiva sin que pueda aceptarse ni la existencia de indefensión para el sindicato CNT, ni la falta de fundamentación del fallo de la sentencia ni que éste no de cumplida respuesta a los pedimentos de la demanda. Negando el derecho a la libertad sindical de los socios trabajadores cooperativistas la sentencia entiende que falla el presupuesto básico necesario para que la actividad sindical del sindicato demandante sea válida y, ante tal falta de validez, declara que no puede haberse producido la vulneración reclamada en la demanda, sin necesidad de dar respuesta pormenorizada a cada uno de los argumentos contenidos en la petición del sindicato actor. Al respecto, hemos venido manteniendo que "hay que distinguir entre las alegaciones o argumentos aducidos por la parte para fundamentar sus peticiones (...) y las auténticas pretensiones en sí mismas consideradas. Respecto a las primeras no cabe hablar de incongruencia, pues no es necesario dar una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas para satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva. La obligación de congruencia se impone sólo respecto de las auténticas pretensiones en razón a que cada una de ellas se convierte en una "causa petendi" que exige una respuesta concreta" (por todas, STS de 30 de mayo de 2002. Esta distinción encuentra también su apoyo en la doctrina constitucional sobre la congruencia (…) (STC 171/2002, de 30 de septiembre (RTC 2002, 171), entre otras).

(…)

CUARTO.- 1.- Los motivos cuarto a séptimo del recurso, correctamente fundados en el apartado e) del LRJS, denuncian diversas infracciones del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. En concreto, en el motivo cuarto se denuncia vulneración de la doctrina jurisprudencial contenida en varias sentencias de esta Sala que cita, argumentando que, de modo reflejo, la sentencia recurrida impide la efectividad del ejercicio de la función institucional encomendada a los sindicatos por el CE, el derecho a la libertad sindical del CE y el derecho comprendido en el mismo, consistente en no sufrir injerencias empresariales que contempla el artículo 13 LOLS. En el motivo quinto se denuncia infracción de los artículos 28 CE, 2.1.d) y 13 LOLS, así como de la doctrina contenida en diversas sentencias del Tribunal Constitucional

que cita. En el sexto se argumenta la vulneración del artículo 3.1. LOLS en relación con los artículos 1, 2, 6 y 19.1 LETA ; así como del artículo 3.3 CC y de la doctrina contenida en la STC 98/1985 de 29 de julio. En el séptimo de los motivos, además de volver a denunciar las infracciones ya reseñadas de los artículos 7 y CE y de los artículos 2 y 3.1 LOLS, añade vulneración de diversos preceptos de los Convenios 87 y 98 OIT, en relación al artículo 23.4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, del artículo 11 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950. Nuevamente de la doctrina contenida en la STC 98/1985 de 29 de julio; del artículo 12 de la Carta europea de derechos fundamentales y del artículo 5 de la Carta Social Europea. Todo ello en relación con el artículo 10.2 CE .

La pretensión, perfectamente explicitada por el sindicato recurrente, que se desprende de tan amplio aparato normativo y jurisprudencial que se entiende infringido en los motivos citados, no es otra que la de combatir la fundamentación básica de la sentencia recurrida según la cual, al no estar reconocido en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la libertad sindical de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado con las que únicamente están unidos por una relación societaria, resulta ilegítima, por carecer de soporte legal, la actuación del sindicato demandante en defensa de los intereses de tales socios trabajadores, por lo que no pueden entenderse producidas las vulneraciones alegadas en la demanda y que constituyen la petición fundamental ejercida. Tal delimitación del objeto de los motivos aludidos y, especialmente, el hecho de que los argumentos y denuncias jurídicas se reiteran en varios de ellos, obliga a la Sala a dar una respuesta conjunta a este grupo de motivos de infracción jurídica.

2.- El examen de la expuesta parte del recurso debe apoyarse, necesariamente, en la constatación de diversas realidades normativas. Básicamente, que el texto constitucional, esto es, la literalidad del CE no excluye, ni explícita ni implícitamente, de la titularidad del derecho a la libertad sindical a los socios trabajadores de las cooperativas que nos ocupan. Lo mismo sucede en la Ley Orgánica que desarrolla el mencionado derecho fundamental y en los pertinentes convenios de la OIT, ninguno de los cuales se refiere, literalmente, a la inclusión o exclusión de la titularidad de la libertad sindical de los referidos socios trabajadores. Es por ello que cualquier conclusión -afirmativa o negativa- debe ser alcanzada mediante un análisis e interpretación de los textos legales aplicables a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia de esta Sala, y, especialmente también, a la vista de los Tratados y Convenios internaciones suscritos por España, tal como ordena para la interpretación de los derechos fundamentales el CE.

QUINTO.- 1.- En la medida en que nos encontramos ante una decisión que no tiene respuesta en la mera literalidad de la ley, las operaciones hermenéuticas que resulta necesario realizar -tal como se acaba de exponer- conducen, a juicio de la Sala, a la estimación de la pretensión contenida en los motivos del recurso que estamos examinando y, consecuentemente, a determinar que, en los términos que seguidamente se expondrán, los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado tienen derecho a afiliarse al sindicato de su elección y, lo que resulta más importante a los efectos del presente recurso, el sindicato tiene derecho al ejercicio de la acción sindical en defensa de los derechos e intereses de sus afiliados en este tipo de cooperativas.

En efecto, a propósito de las exclusiones o limitaciones explícitas a la titularidad y pleno ejercicio de la libertad sindical que figuran explicitadas en la CE y desarrolladas en la LOLS, tanto la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 101/1991, de 13 de mayo, entre otras), como la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 11 de junio de 1997, Rcud. 3863/1996 y de 26 de noviembre de 2002, Rcud. 1056/2002) han establecido que, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 28.1 de la Constitución, es claro que las exclusiones y limitaciones allí establecidas o en la ley de desarrollo (LOLS) deben interpretarse de forma restrictiva, pues no es factible extender aquellas restricciones a otros supuestos de actividad o de acción sindical no comprendidos en tal precepto. Si ello se ha afirmado a propósito de exclusiones o limitaciones al ejercicio del derecho fundamental que nos ocupa establecidas en la ley, resulta totalmente lógico que la negación del derecho a la libertad sindical a colectivos no previstos explícitamente en la norma, se interprete de la misma forma; esto es, de manera absolutamente restrictiva so pena de reducir por vía interpretativa el alcance de un derecho fundamental tan amplio, subjetiva y objetivamente, como el de la libertad sindical.

2.- Es cierto que la Ley de Cooperativas califica la relación de éstas con sus socios trabajadores como una relación societaria. Pero ello no puede ocultar y esconder que ínsita en dicha relación existe una realidad que no es posible desconocer y que consiste en la presencia de un trabajo subordinado realizado por el socio trabajador que está sujeto al ámbito de organización y dirección de la Cooperativa que se personifica en su Consejo Rector. Y, desde esta perspectiva, no cabe duda de que tales socios trabajadores pueden construir y defender intereses alternativos estrictamente laborales que vayan más allá de los propios de la relación societaria, para cuya defensa pueden resultar notoriamente insuficientes los cauces de participación en los órganos de gobierno de las cooperativas derivados de su condición de socios. Especialmente en cooperativas -como la demandada- de dimensiones importantes donde los órganos de dirección pueden estar alejados de los intereses de los socios que derivan del trabajo que prestan.

A este respecto, hemos señalado sobre el status jurídico del socio-trabajador de una Sociedad Cooperativa el del carácter mixto en cuanto a que se asienta sobre una relación societaria y, al mismo tiempo, se manifiesta en la prestación de una actividad de trabajo con tratamiento jurídico laboral en gran medida (SSTS de 10 de diciembre de 2013, Rcud. 3256/2012 y de 27 de noviembre de 2013, Rcud. 3128/2012) y que la peculiar condición jurídica del socio-trabajador justifica la estimación del carácter mixto de su status jurídico, en cuanto se asienta sobre una relación societaria y al mismo tiempo se manifiesta en la prestación de una actividad de trabajo, con tratamiento jurídico-laboral en no pocos aspectos (STS de 10 de diciembre de 2013, Rcud. 3201/2012. Más recientemente, a propósito de una jubilación anticipada de un socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado cuya relación se extinguió en el marco del concurso de la entidad, esta Sala (SSTS de 10 de diciembre de 2018, rcud. 3407/2016; de 19 de diciembre de 2018, rcud. 2233/2017 y de 7 de febrero de 2019, rcud. 649/2017) ha afirmado que aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción de su relación ha sido conformada -mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la declaración de concurso de acreedores- a través de la concurrencia de su voluntad, lo cierto es que se ha quedado sin trabajo, viendo su contrato extinguido por lo que concurre la circunstancia exigida por la norma en cuestión prevista para los supuestos de sujetos que no estén expresamente excluidos de tal posibilidad de jubilación anticipada. Con ello hemos asimilado, a tales efectos -los de la jubilación anticipada-, a todos los trabajadores de las cooperativas (socios y no socios), resultando lógico que la asimilación se produzca, en ausencia de previsión legal contraria, en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad sindical con mucho mayor motivo.

3.- Por otro lado, la atribución que el LRJS realiza al orden jurisdiccional social de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre las cooperativas de trabajo asociado y sus socios trabajadores, exclusivamente por la prestación de sus servicios es indicativa del nivel y ámbito de protección que quiere el legislador para este tipo de relaciones. Tal atribución es reiteración de la prevista en la anterior LPL y concuerda con lo que, al respecto, dispone el de la Ley 27/1999 al disponer que la remisión a la jurisdicción social (que dicha Ley también efectúa) "atrae competencias de sus órganos jurisdiccionales en todos sus grados, para conocimiento de cuantas cuestiones contenciosas se susciten entre la cooperativa de trabajo asociado y el socio trabajador relacionadas con los derechos y obligaciones de la actividad cooperativizada". En consecuencia, nos encontramos ante una remisión total que no excluye ningún aspecto procesal contenido en la reiterada LRJS y que, por tanto, tampoco excluye la intervención sindical en defensa de los derechos de los trabajadores -también la de los socios trabajadores- ampliamente acogida en el citado texto normativo (artículos 20 y LRJS, que

se refieren - precisamente- a la intervención sindical en el proceso laboral en defensa de los derechos e intereses de los trabajadores).

4.- Abona nuestra conclusión la amplitud con que el derecho a la libertad sindical está configurado en el artículo 28.1 de nuestra Constitución ("Todos tienen derecho a sindicarse libremente") y en las normas internacionales ratificadas por España, especialmente en los Convenios de la OIT (Convenio 87 OIT: "Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas" y Convenio 98 OIT : "Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo... Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:(a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato").

La amplitud del derecho de libertad sindical en los textos descritos no admite restricciones en aquellos supuestos, como el examinado, en donde hay una prestación de trabajo subordinada, aunque las notas de dependencia y, especialmente, la de ajenidad, ofrezcan un perfil menos intenso que el de la relación laboral típica o común; pues lo mismo sucede en relaciones laborales especiales en las que las citadas notas están más difuminadas todavía. En todo caso, resultan esclarecedoras las recomendaciones e informes de la OIT que, aunque no resulten directamente aplicables, son -como afirma el Tribunal Constitucional- textos orientativos, que sin eficacia vinculante, pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los Convenios (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre y 191/1998, de 29 de septiembre).

Tal es el valor que la Sala concede tanto a la recomendación 193 OIT sobre la promoción de las cooperativas como a diversos informes del Comité de Libertad Sindical de tal organización. En la citada recomendación, se recoge que debería alentarse a las organizaciones de trabajadores a orientar y prestar asistencia a los trabajadores de las cooperativas para que se afilien a dichas organizaciones, lo que, en opinión de la Sala, evidencia que el principio del que se parte en los citados Convenios OIT no es otro que el reconocimiento del derecho a la libertad sindical de los trabajadores cooperativistas.

En consecuencia, procede la estimación de esta parte del recurso habida cuenta de que la Sala entiende, no sólo que los socios trabajadores de una cooperativa de trabajo asociado tienen derecho a afiliarse libremente al sindicato de su elección, sino, también, lo que a los presentes efectos resulta más importante: que los sindicatos legalmente constituidos tienen derecho al libre ejercicio de la actividad sindical en las Cooperativas de Trabajo Asociado donde tengan afiliados socios trabajadores de

las mismas, tal como se desprende del texto constitucional (CE) y, específicamente, de los y LOLS .

SEXTO.- 1.- Los motivos octavo y noveno del recurso, bajo el amparo del LRJS, denuncian, por un lado, vulneración de los CE, 18.1 CE -en relación con el honor del sindicato demandante, así como los artículos 2.2.b), 3.1, 13 y 15 LOLS; y, por otro, vulneración de los y LRJS. Estas infracciones denuncian que la sentencia recurrida no ha considerado lesivo de la libertad sindical del sindicato demandante y aquí recurrente como consecuencia de las expresiones vertidas en los comunicados de la Cooperativa demandada citados en la demanda y accesibles en su página web. Además, la recurrente denuncia que no se hayan aplicado por las sentencias recurridas las consecuencias legalmente previstas al supuesto de existencia de vulneración del derecho fundamental consistentes en la declaración de la nulidad del acto, el cese de la conducta antisindical y la reparación de las consecuencias del acto vulnerador, incluida, la indemnización por daño moral que expresamente cuantificó en la demanda y cuya condena reitera en el recurso.

2.- Tal como se ha reseñado en los fundamentos anteriores, la actividad sindical en SERVICARNE era perfectamente posible para el sindicato recurrente en defensa de los derechos e intereses legítimos laborales de los socios cooperativistas. En consecuencia, no existía obstáculo para que pudieran valorarse las circunstancias puestas de relieve por las partes en torno a la posible vulneración de la libertad sindical, dado que esa es la cuestión a que se refiere la demanda rectora de las presentes actuaciones. La Sala de instancia no lo hizo porque entendió que tal actividad sindical era ilegal; pero aclarado que no lo era, resulta imprescindible pronunciarse sobre la cuestión planteada. (…).

En este sentido la Sala entiende que el relato de hechos probados incorporado en la sentencia recurrida es lo suficientemente amplio y exhaustivo para permitir a la Sala pronunciarse sobre el fondo del asunto, habida cuenta de que tanto las partes como el Ministerio Fiscal han podido en esta fase de recurso alegar, con plenas garantías, lo que han estimado oportuno en relación a la vulneración de la libertad sindical denunciada en la demanda y reiterada en los motivos del recurso de casación que se examinan.

3.- De conformidad con lo dispuesto en el LRJS "Una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad". De este precepto se infiere que la evidente dificultad probatoria del móvil antisindical o discriminatorio en una conducta empresarial ha sido tenida en

cuenta por el legislador, no para producir -de entrada- una inversión de la carga de la prueba, sino para provocar una alteración de la misma a través de la exigencia, para el actor, de aportar únicamente indicios racionales; por ello, se viene entendiendo que es al demandante a quien le incumbe la carga de probar la concurrencia de indicios que acrediten la violación del derecho, porque quien alega cualquier atentado a un derecho fundamental le basta con acreditar indicios racionales de una actitud antisindical de la empresa o de que en ella exista cierto ambiente hostil al ejercicio de actividades sindicales, para que sea la entidad empresarial la que corra con la necesidad de probar que su conducta está totalmente alejada de los referidos móviles antisindicales y que obedece a planteamientos fundados en derecho. De suyo, la necesidad de acreditar la existencia de indicios no supone la exigencia de prueba plena; sin embargo, tampoco equivale a un relevo de la prueba como se ha encargado de recordar el Tribunal Constitucional (…).

SÉPTIMO.- 1.- Teniendo en cuenta la doctrina recién expuesta, la Sala observa en los inmodificados hechos declarados probados de la sentencia recurrida numerosos indicios de una actitud antisindical por parte de la Cooperativa demandada, especialmente, en los comunicados emitidos por SERVICARNE, accesibles en su página web, que aparecen transcritos literalmente en los hechos cuarto y séptimo del relato fáctico de la sentencia de instancia.

(…)

2.- Lo extractado pone de relieve que la Cooperativa, en sus comunicados, no se limita a defender una determinada postura empresarial o rebatir argumentos sindicales -lo que sería perfectamente lícito-; al contrario, los comunicados contienen expresiones que, en su propio contexto, implican un acentuado nivel de desprestigio de la actividad sindical; es más, lo que se deduce de tales comunicados es una velada amenaza derivada del dato que ponen de relieve, según el que la afiliación o la contribución a la actividad sindical de CNT pone en peligro no sólo los puestos de trabajo en general, sino, de manera especial, los de los socios que colaboren activamente con dicha actividad.

Resulta particularmente relevante el hecho de que, tal como expresa el último párrafo del hecho probado séptimo de la sentencia recurrida, los indicados comunicados han permanecido en la página web de SERVICARNE hasta el 4 de agosto de 2017; esto es varios meses después de que la STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de octubre de 2016 (Rec. 2355/2016) entendiese que por la mencionada cooperativa se había vulnerado el derecho a la libertad sindical de tres socios desplazados, afiliados a CNT.

3.- A la vista de cuanto ha quedado incorporado a los hechos probados, entre los que destacan las expresiones y datos transcritos, la Sala entiende que el sindicato demandante ha aportado indicios suficientes para entender que se pudo producir la vulneración denunciada. Es más, a la vista de determinadas frases, no cabe duda de que tal vulneración se ha producido al haberse publicado con carácter general, y comunicado a todos los socios, expresiones cuyo contenido está directamente dirigido a socavar el prestigio del sindicato demandante atribuyéndole intenciones diferentes a las de defensa de los derechos de los socios trabajadores y encaminadas a hacerles perder sus puestos de trabajo. No estamos en presencia de explicaciones sobre la actitud de la empresa en el conflicto que pudieran ser diferentes a las defendidas por CNT, lo que se está poniendo en cuestión, directamente, es la propia actividad sindical a la que se califica de opuesta a los intereses de los trabajadores a los que dice representar.

En cualquier caso, ante la evidente presencia de los indicios expuestos, que revelan -sin género de dudas- una presunción o apariencia de lesión del derecho a la libertad sindical del sindicato demandante, la cooperativa no ha aportado una justificación objetiva que pudiese amparar su conducta y el contenido de sus comunicados que acreditase la concurrencia de causas objetivamente razonables que pudieran justificar su actuación, como le resultaba exigible según el LRJS.

OCTAVO.- 1.- De conformidad con lo dispuesto en el LRJS, la sentencia que declare la vulneración de un derecho fundamental, en este caso, el de la libertad sindical del sindicato CNT, tras declarar la nulidad radical de dicha conducta, ordenará su cese inmediato y dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el LRJS .

Habida cuenta de que consta probado que los comunicados ya han sido retirados de la página web, tal como consta en los hechos probados de la sentencia, la Sala entiende que el pleno restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho exige que se haga pública, por los mismos medios en que se produjo la vulneración del derecho, el contenido de esta sentencia que, como se declarará en la parte dispositiva, deberá ser publicada durante tres meses en la página web de la demandada, con noticia destacada de la misma en la página principal de dicha web.

2.- El LRJS dispone que cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral

unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados. Habiéndose reclamado por daños la cantidad de cien mil euros en atención a diversas circunstancias y a las sanciones previstas en la LISOS, la Sala considera que, para fijar el daño, debe atender a su propia doctrina sobre la cuantía.

Al respecto, hemos reseñado (STS de 19 de diciembre de 2017, Rcud. 624/2016) que, en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras el LRJS, precepto para el que la exigible identificación de "circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada" ha de excepcionarse "en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada". Por ello, al referirse a las indemnizaciones a fijar como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental, el LRJS señala que el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño. Es claro, por tanto, que el precepto viene a atribuir a la indemnización -por atentar contra derechos fundamentales- no sólo una función resarcitoria, sino también la de prevención general. Y que la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006) a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS de 8 de julio de 2014, rcud. 282/13 y de 2 de febrero de 2015 rcud. 279/13). De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más -en la línea pretendida por la ya referida LRJS- del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente.

Por ello, en atención a que las sanciones previstas por la LISOS para los supuestos de vulneración de la libertad sindical, se mueven en una horquilla muy extensa, en función del grado -mínimo, medio o máximo- que se aplique, la Sala entiende que hay que considerar también que en el supuesto concurren algunas circunstancias que pueden ser consideradas como agravantes de la conducta lesiva y que se refieren, en primer lugar, al hecho de que la lesión se ha prolongado en el tiempo al estar los comunicados lesivos colgados en la red durante varios meses; en segundo lugar, a la publicidad de la lesión en la medida en que, junto a las comunicaciones individuales a cada socio, las mismas han estado publicadas en una página web de acceso general; y, en tercer lugar, que estamos en presencia de una conducta en cierto modo reincidente, no con el mismo sujeto sino con alguno de sus afiliados, tal como se desprende de la reiterada STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de octubre de 2016 (Rec. 2355/2016). Igualmente, debe tenerse en cuenta que, por lo que se refiere al fondo

del asunto, la extraordinaria complejidad jurídica del mismo, podría, no justificar la conducta, pero si afectar a su gravedad. Teniendo en cuenta todos estos factores y la expuesta doctrina de la Sala, entendemos que la indemnización por los daños derivados de la vulneración del derecho a la libertad sindical de CNT deben ascender a la cantidad de treinta mil euros.

3.- En consecuencia, oído el Ministerio Fiscal, se estima en parte el recurso de casación formulado por CNT y se casa y deja sin efecto la sentencia recurrida, sin que la Sala deba hacer pronunciamiento alguno sobre costas.»

* **ATS de 8 mayo 2019 (Civil) (JUR 2019/155240)**
Ponente: Ignacio Sancho Gargallo

Resumen: *Falta de causa de nulidad de acuerdo de la Asamblea General Extraordinaria de la Cooperativa. Inadmisión recurso de casación por carencia manifiesta de fundamento por falta de respecto a la base fáctica y razón decisoria de la sentencia recurrida. Interpretación art. 38 Ley de Cooperativas de Asturias. La cooperativa actuó en todo momento conforme la buena fe y no existió dejación alguna de su obligación por la cooperativa, sino que fue necesaria, ante la extemporaniedad del recurso presentado, la celebración -seguida- de dos asambleas para resolver el recurso de la parte recurrente, hasta que finalmente se rechazó y se confirmaron los hechos y por tanto la sanción impuesta.*

Fundamentos de derecho
«PRIMERO.- (…)
La sentencia de la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia de forma que considera que no concurre ninguna causa de nulidad del acuerdo de la Asamblea General Extraordinaria de la Cooperativa recurrida, de fecha 28 de noviembre 2015.

SEGUNDO.- El recurso de casación se formula al amparo del art. 477.2.3º LEC, por razón de interés casacional y se articula en dos motivos.

En el primer motivo se denuncia la infracción del art. 38 Ley 4/2010 de Cooperativas del Principado de Asturias, en relación con el art. 13.2 c) de los Estatutos de la Cooperativa.

En el segundo motivo se alega la contradicción existente entre la Audiencia Provincial y la doctrina del Tribunal Supremo sobre el principio de legalidad vigente en el derecho sancionador.

El recurso de casación incurre en la causa de inadmisión prevista en el LEC de falta de cumplimiento en el escrito de interposición de los requisitos establecidos para los distintos casos (…), por incumplimiento de los requisitos del encabezamiento y del desarrollo de los motivos, en relación con la falta de estructura casacional.

(…)

TERCERO.- El motivo también incurre en la causa de inadmisión prevista en el LEC, de carencia manifiesta de fundamento, por no respetar la base fáctica y razón decisoria de la resolución recurrida.

La parte recurrente sostiene que se ha vulnerado el art. 38 de la Ley de Cooperativas de Asturias en relación con el art. 13 de los estatutos de la cooperativa, porque su recurso no fue resuelto en la primera asamblea, por lo que debe aplicarse el silencio positivo y revocar la sanción impuesta.

Se prescinde de la razón decisoria de la resolución recurrida, porque se omite la valoración que se realiza en sentencia de la actuación de la cooperativa. Así, en primer lugar, la parte recurrente omite un hecho probado, que es la formulación extemporánea de su propio recurso ante la Asamblea, ya que la sentencia de apelación confirma íntegramente la sentencia de primera instancia. Por lo tanto, se invoca la aplicación estricta de una normativa, cuando la propia parte recurrente ha incumplido la que le correspondía, de ahí que la Audiencia rechace la pretensión porque "resulta artificiosa por aisladamente formalista". Ello es relevante, ya que la sentencia analiza la buena fe con la que actuó la entidad, puesto que a pesar de que se hubiera ya formulado el recurso indebidamente, entra a valorarlo. Por ello, se descarta una interpretación estricta del precepto como defiende la recurrente porque los recursos se presentaron en una primera asamblea, el 3 de octubre de 2015 y se tuvo que convocar una segunda en fecha 31 del mismo mes, para estudiar la discrepancia y por último, y sin pasividad alguna la siguiente asamblea en fecha 28 de noviembre de 2015, se desestimaron los recursos y se confirmaron las sanciones impuestas a la parte demandante y recurrente.

Por lo tanto, se considera que en todo momento la cooperativa actuó conforme la buena fe y no existió dejación alguna de su obligación por la cooperativa, sino que fue necesaria la celebración -seguida- de dos asambleas para resolver el recurso de la parte recurrente, hasta que finalmente se rechazó y se confirmaron los hechos y por tanto la sanción impuesta.

(…).»

*** STS núm. 260/2019, de 24 de mayo (Penal) (RJ 2019/3095)**
Ponente: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Resumen: *Responsabilidad penal por la existencia de un delito de estafa por el engaño de los encargados de la gestión de una Cooperativa de Viviendas los cuales simulan la intermediación en la venta de parcela causando un perjuicio a la cooperativa, al recibir una cantidad por un servicio no prestado y del cobro de importantes honorarios y comisiones a sabiendas de que no se podía desarrollar el proyecto (no destinan cantidad alguna a la gestión). Se produce la rebaja de la pena y de la responsabilidad civil en un acusado y la responsabilidad civil sólo en otro, ya que recibieron menos cantidades ilícitas por los contratos de gestión que los contenidos en la sentencia de instancia. Inexistencia de dolo en el caso del tesorero de la cooperativa el cual firma cheques para el pago de cantidades a terceros cuando ya estaban firmadas por el presidente, sin que interviniera en su gestión, ni conociera las actividades ilícitas de los responsables y gestores de aquélla.*

Fundamentos de derecho
Recurso de D. Remigio
(…)
«QUINTO.- En el motivo décimo y por el cauce del artículo 24.2 de la Constitución y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se denuncia la vulneración del principio de presunción de inocencia. Con cita de todos los documentos relacionados en el apartado j) del escrito de preparación del recurso de casación, se alega que de haber sido valorados los citados documentos se podía haber apreciado la prueba en otro sentido.

Considera el recurrente que en la sentencia no se ha valorado correctamente que el contrato de gestión era válido y que no se ha tenido en cuenta que los problemas de la Cooperativa se produjeron en el contexto del inicio de la crisis económica y se debieron a que las entidades bancarias no concedieron el préstamo que hubiera sido necesario para llevar a cabo la promoción.

(…)

3. A este recurrente se le atribuye que el 01/01/2010, como representante de Aragón Estudio y Acción SL firmó un contrato de gestión con la Cooperativa pactándose una retribución mensual de 40.000€ y que en base a dicho contrato se cargaron pagarés y otros gastos con cargo a la Cooperativa por cuantía de 731.074€ en beneficio de la empresa gestora y el propio recurrente se hizo con 89.664,40€.

Esta gestión y los cobros derivados de la misma se hicieron a pesar de que la Cooperativa no disponía de suelo, no había obtenido de la administración competente la calificación provisional de vivienda protegida (que era el tipo de vivienda que preten-

dían adquirir los cooperativistas), no se había obtenido la financiación necesaria, no se había tramitado el expediente administrativo correspondiente ante la Diputación General de Aragón, y no se habían garantizado con avales las aportaciones de los cooperativistas, por lo que el proyecto constructivo estaba abocado al fracaso y no se informó de todo ello a los cooperativistas.

Para llegar a las anteriores conclusiones la sentencia de instancia ha valorado la abundante prueba documental, la declaración de los agentes policiales que ratificaron las distintas diligencias contenidas en el atestado policial, la prueba pericial, sobre la sobrevaloración de los terrenos. También se han valorado las declaraciones de acusados y testigos, entre ellos algunos de los cooperativistas, que han explicado el proceso y la escasa formación que fueron recibiendo hasta que se averiguaron el fracaso del proyecto y todas las gestiones que no se hicieron y que deberían haberse llevado a cabo. En este contexto el cobro de importantes honorarios por una gestión que no podía culminar en el desarrollo del proyecto carecía de justificación y así se menciona en la sentencia, aludiendo a que no se ha probado siquiera que la Gestora destinara las cantidades recibidas por virtud del contrato a la gestión del proyecto constructivo, de ahí que se afirme que los honorarios no sólo eran excesivos sino que no han sido justificados.

Estos hechos son los determinantes para un pronunciamiento de condena y en el escrito de recurso no se aportan datos distintos que puedan llevar a la conclusión de que el desarrollo argumental de la sentencia haya sido irrazonable o absurdo. Por todo ello el motivo se desestima

SEXTO.- En el undécimo motivo del recurso se denuncia la indebida aplicación de los artículos 248, 249, 250.1.1º, 4º y 5º y 250.2 del Código Penal. El recurrente señala que no participó en la constitución de la Cooperativa, ni en su relanzamiento, y que fue llamado para arreglar la situación, cuando la gestora tenía ya serios problemas de gestión y financiación. Se alega que su participación en el proyecto fue un error y que trató de hacer la gestión de la mejor manera posible y no supo salir a tiempo de ese encargo.

El motivo no es viable. El artículo 849.1 de la LECrim permite únicamente plantear problemas de subsunción de los hechos probados en la norma penal correspondiente pero exige el más exquisito respeto al juicio histórico de la sentencia.

(…)

Recurso de D. Samuel

SÉPTIMO.- En la sentencia objeto del presente recurso de casación, se ha condenado al Sr. Samuel como autor responsable de un delito de estafa agravada a la pena

de seis años y un mes de prisión, a la correspondiente pena accesoria de inhabilitación y a la pena de diecinueve meses de multa con una cuota diaria de diez euros.

OCTAVO.- 1. En el tercer motivo del recurso y por el cauce del de la LECrim se denuncia la existencia de error en la valoración de la prueba, basado en documentos obrantes en autos.

Los documentos que se citan son los contratos privados de venta de la parcela e-27.2, la resolución del anterior contrato con DUMESA, los documentos de pago y devolución a HEYMAN DOS IBERICAS SL y el atestado policial.

De estos documentos el recurrente deduce los siguientes errores valorativos: a) Que se haya basado la condena en que propuso como presidente de la Cooperativa al Sr. Celestino, ya que por el hecho de la proposición no se convierte en garante de su posterior actuación y b) En relación con las comisiones cobradas por la compra de una parcela, que el dinero recibido se empleó para señalizar la compra de una parcela para construir vivienda libre (e-27.2) y para pagar los alquileres de la oficinas de la calle Tomás Castellano, en donde se disponía de despacho y personal para atender a la Cooperativa. Se alega que el problema no fue la recepción de las comisiones sino que cuando se resolvió la venta de la parcela se quedaron con el importe de lo entregado el Sr. Simón y la Sra. Concepción, por lo que fueron ellos quienes se apropiaron de la aludida cantidad.

(…)

3. En el presente caso los documentos no acreditan el error denunciado, ya que a las inferencias probatorias que se afirman en el recurso debe llegarse a través de una valoración conjunta de toda la prueba, siendo insuficiente para llegar a esas conclusiones la literalidad de los documentos citados en el motivo que, por otra parte, son abundantes y precisan de su integración con el resto del material probatorio.

Lo que se pretende con la formulación de este motivo es una completa revisión del material probatorio y una valoración conjunta de la prueba de signo distinto al contenido en la sentencia, lo que constituye un planteamiento que excede con mucho el ámbito comprendido por el motivo de casación regulado en el de la LECrim.

El motivo se desestima.

(…)

DÉCIMO.- En el motivo sexto de este recurso y a través del de la LECrim se reprocha de la sentencia la existencia de contradicciones en su relato fáctico así como de conceptos que predeterminan el fallo. Se trata de dos submotivos que van a ser objeto de respuesta individualizada.

1. Contradicciones en el fallo

En cuanto a las contradicciones se sostiene en el recurso que es contradictorio que al Sr. Samuel se le atribuya la apropiación de una comisión (por la compraventa de la Parcela e- 27-2), cobrada a la Cooperativa por la mercantil HEYMAN DOS IBERICA SL y afirmar, acto seguido, que el Sr. Samuel no formaba parte de dicha sociedad cuando se recibió el importe de la comisión, condenándose en base a pruebas indiciarias de las que se podría inferir que el Sr. Samuel conocía la trama creada para el cobro de comisiones inexistentes.

(…)

En este caso el motivo es improsperable. El recurrente utiliza un cauce procesal inadecuado para censurar la sentencia. Considera que la sentencia incurre en contradicciones al afirmar una cosa en el relato fáctico (hecho probado 21º) y argumentar otra distinta en la fundamentación jurídica (fundamento jurídico 14º), desconociendo que este motivo casacional únicamente ha de utilizarse para denunciar las contradicciones que puedan existir dentro del relato fáctico, que estas contradicciones han de ser semánticas y absolutas y que deben afirmar simultáneamente enunciados incompatibles, de forma que den lugar a una incongruencia entre los hechos probados y las consecuencias jurídicas.

En este caso nada de eso sucede. En el juicio histórico se atribuye al Sr. Samuel la simulación de una actuación de intermediación junto con Simón y Concepción, y en la fundamentación jurídica se justifica esa imputación mediante la valoración de una serie de pruebas que, a juicio del tribunal, confirman la intervención de este recurrente en una parte concreta del fraude causado a la Cooperativa. No hay contradicción en el relato fáctico, sino una frontal discrepancia con la valoración del acervo probatorio, cuestión que no tiene cabida en este motivo de impugnación.

El primer submotivo se desestima.

2. Uso de conceptos jurídicos que predeterminan el fallo

En relación con el uso de conceptos jurídicos que predeterminan el fallo se señala en el recurso la expresión "con la intención de obtener ganancias a costa de los cooperativistas", lo que entra en contradicción con el propio relato fáctico de la sentencia en que se reconoce como probado lo siguiente:

"De lo actuado resulta que Samuel no firmó contrato alguno en nombre de la Cooperativa, ni habló con cooperativistas ni era conocido por los trabajadores de la Cooperativa o de la citada Gestora como persona que dirigiera una u otra, cuestión que puede afirmarse con rotundidad y sobre la que no existe duda".

(…) el motivo deviene improsperable por cuanto la sentencia se limita a dejar constancia en el relato fáctico del elemento subjetivo del injusto que animaba la acción del recurrente y lo que se cuestiona no es que se utilicen unos términos jurídicos impropios del juicio histórico, sino que la declaración de la intención de enriqueci-

miento del recurrente no se corresponde con el resto de la argumentación jurídica de la sentencia, cuestión que no tiene cabida a través de este motivo de impugnación y que precisa de una valoración global del acervo probatorio.

Por otra parte, los dos párrafos del relato fáctico destacados por el recurrente no son contradictorios entre sí ya que se refieren a hechos diferentes que pueden ser plenamente compatibles.

Este segundo submotivo también se desestima.

ÚNDECIMO.- 1. En el cuarto motivo del recurso y por el cauce del de la LECrim, del de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de los artículos 24.1 2, 9.3 y 120.3 de la Constitución se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, como consecuencia de haberse llevado a cabo una valoración irracional de la prueba.

En el desarrollo argumental del motivo se cita de forma literal el fundamento jurídico decimocuarto en el que el tribunal sentenciador excluye al Sr. Samuel de toda participación en la trama que dio lugar al descalabro patrimonial de la Cooperativa, dado que rompió con el resto de los acusados a finales de 2008, momento en que vendió sus participaciones y dejó toda responsabilidad tanto en la sociedad gestora GESTIÓN URBANA VALDESPARTERA SL como en la mercantil HEYMAN DOS IBÉRICA SL.

2. Al recurrente se le ha condenado como autor de una estafa agravada por haber simulado una intermediación inexistente y haber causado un perjuicio a la Cooperativa de 75.295€. En la argumentación de la sentencia se reconoce que el recurrente participó en los momentos iniciales de reactivación de la Cooperativa (junio de 2008), rompiendo todas sus relaciones con la misma pocos meses después, el 18/11/2008, fecha en que vendió sus participaciones en la Gestora, separándose también de su relación con la mercantil HEYMAN DOS IBÉRICAS SL a partir de 09/12/2008. Se reconoce que no intervino en las asambleas de la Cooperativa, ni firmó trabajo alguno, ni era conocido por los trabajadores por lo que se concluye que no hay prueba de que tuviera conocimiento de la situación económica de la Cooperativa.

Se le atribuye únicamente la intervención en una simulada intermediación relativa a la parcela e-13.1 que fue vendida a la Cooperativa por la mercantil DUMESA mediante contrato de 2 de julio de 2008, por un precio de 4.327.287€. La comisión cobrada fue de 75.295€ mediante dos cheques, uno de 27.294,78€ y otro de 48.000€, fechados el 15/07/2008 y 05/08/2008, respectivamente, devolviendo el Sr. Samuel la cantidad de 12.000€ el mismo día 05/08/2008.

El Sr. Samuel también fue implicado en otra comisión cobrada por la empresa INTERMEDALIA, por importe de 75.000€ por la venta de la misma parcela, si

bien el fallecimiento del testigo que le implicó, Sr. Rodrigo, así como la ausencia del documento de intermediación en el que supuestamente intervino determinó que en la sentencia no se le atribuyera la participación en esta segunda intermediación.

En la sentencia se sostiene que no hubo intermediación, que lo cobrado por este concepto fue uno de los actos de expolio de la Cooperativa y que el hecho de que buena parte de la cantidad cobrada (60.101€) se invirtiera para la compra de otra parcela (e-27-2), que se iba a destinar a la construcción de vivienda libre para aquellos cooperativistas que no pudieran obtener una vivienda de protección oficial, no legitima el cobro de la comisión.

En el fundamento jurídico séptimo de la sentencia se indica que las referencias a esta operación se debieron a la declaración testifical de Rodrigo, ya fallecido, pero cuya declaración sumarial fue introducida mediante lectura, diciendo que hubo unas conversaciones para la compra de la parcela e-31.1 con Simón y luego con éste y con Victoriano, y se añade que "nombrando también Rodrigo a Samuel".

Se dice también en la sentencia que si fue Victoriano quien dijo a Rodrigo que pusiera la finca en el mercado, debería haber sido la empresa vendedora (DUMESA) la que debería haber pagado la comisión. Se infiere la simulación de la intermediación por la relación de Concepción con el Sr. Simón, por más que Concepción dijera en juicio que tenía que vender y cobrar comisiones para ganarse la vida. También se infiere de la coincidencia de fechas entre una llamada que recibió Concepción de Tomás Castellano, preguntándole si tenía fincas de protección oficial y una reunión que tuvo por esas fechas con Samuel y Simón. Se afirma, por último, que el pago de dos comisiones para la compra de un mismo terreno no tiene justificación porque "la parcela ya estaba localizada al momento de reactivarse la Cooperativa y se habían llevado a cabo gestiones para su compra".

3. Para la valoración de la conducta del recurrente resulta de especial trascendencia que se cobraran dos comisiones por la venta de un mismo inmueble, que se tratara de un inmueble ya conocido e identificado y que quienes administraban la empresa que recibió esta comisión tuvieran vínculos personales muy estrechos con los responsables de la Cooperativa.

A partir de estos datos no ofrece duda que hubo un enriquecimiento ilícito a costa de la Cooperativa, cuyos responsables, en perjuicio de ésta y mediante ocultación y engaño a los cooperativistas, realizaron un pago por un servicio no prestado.

Esta conclusión probatoria tiene apoyo en prueba de cargo suficiente y rectamente valorada. Los vínculos personales entre Concepción y Simón están suficientemente acreditados por las declaraciones de los acusados y la vinculación personal entre Simón y Samuel también consta por los distintos testimonios practicados durante el juicio y hay evidencias suficientes para concluir que la intermediación no tenía

justificación alguna. La responsabilidad penal del Sr. Samuel se justifica en prueba de cargo suficiente y rectamente valorada, lo que conduce a la desestimación del motivo.

DUODÉCIMO.- 1. El segundo motivo de impugnación contiene dos submotivos.

En el primero de ellos y con apoyo en el de la LECrim se denuncia infracción de ley por la indebida aplicación de los artículos 248, 249, 250.1, números 1 º, 4 º y 5º y del del Código Penal .

En el desarrollo argumental del motivo se alega que el recurrente era promotor de viviendas de protección oficial en el sector de ARCOSUR de Zaragoza y estuvo inicialmente interesado en la promoción a que se refiere este proceso, formando parte del accionariado y de la administración de la sociedad gestora GESTIÓN URBANA VALDESPARTERA SL, así como de la mercantil HEYMAN 2 IBERICA SL, sin embargo, a los seis meses de iniciarse el proyecto se desvinculó debido a la inexistencia de financiación, haciéndolo antes de que los cooperativistas hicieran sus aportaciones. Se destaca en el recurso que el recurrente no participó en las asambleas de la Cooperativa; vendió sus participaciones a Juan Ignacio; no recibió el dinero que se entregó para la compra de un solar, recibiéndolo quien entonces era la administradora de HEYMAN, Concepción ; el recurrente no fue partícipe ni beneficiario del daño patrimonial causado a los querellantes; no realizó ningún tipo de actuación engañosa; la publicidad de la promoción se hizo después de que el recurrente abandonara el proyecto y todas las maquinaciones que puedan atribuirse a la publicidad engañosa son ajenas a su intervención; el Sr. Samuel sólo cobró 12.500€ pero en concepto de alquiler por las oficinas y lo hizo, no a título personal, sino por cuenta de la empresa propietaria del centro de negocios, Desarrollos e Inversiones Lavi SL; no hubo ánimo de lucro en su actuación, hasta el punto de que cuando vendió sus participaciones en las dos empresas lo hizo por cero euros.

En el submotivo segundo se afirma que los hechos no pueden ser calificados de estafa porque falta el elemento del engaño y podrían ser calificados como delito de apropiación indebida, tal y como de forma alternativa interesó el Ministerio Fiscal. En este hipótesis se afirma que la cantidad apropiada por el Sr. Samuel fue de 12.500€ por lo que resulta de todo punto improcedente que se le haya impuesto una pena de 4 años de prisión cuando al autor material de la estafa, Celestino, se le ha impuesto una pena de 3 años de prisión, a Juan Ignacio la pena de dos años de prisión habiéndose apropiado de 35.296€, a Victoriano la pena de dos años de prisión cuando se apropió de 15.700€ y más sorprendente aun que se haya declarado la participación a título lucrativo de Concepción .

(…)

3. En el caso que centra nuestro examen casacional se atribuye al recurrente haber simulado junto con Concepción y Simón la realización de una intermediación para la compra de la parcela e-13-1 a la mercantil DUMESA por la que cobraron de la Cooperativa la cantidad de 75.294,78 euros en concepto de comisión por la intermediación.

El necesario respecto por el juicio histórico de la sentencia nos lleva a la desestimación del motivo en cuanto que los hechos declarados probados reflejan una actuación engañosa que dio lugar a la realización de un acto dispositivo por parte de la Cooperativa con el consiguiente perjuicio en cuanto se pagó una comisión por una intermediación que se califica de inexistente. Tales hechos constituyen un delito de estafa, tipificado en el artículo 248 y concordantes del Código.

No obstante lo anterior, el cobro de la citada comisión no puede desvincularse de su destino posterior. Aun cuando en la sentencia no se explica con claridad, buena parte de la comisión se destinó a la compra de una parcela de suelo libre (e-27.2) que se iba a destinar a la promoción de viviendas para aquellos cooperativistas que no pudieran obtener una vivienda de protección oficial. Así se indica en la sentencia, lo que pone en evidencia la unidad de propósito de toda esta operativa. Se entregó en concepto de señal la cantidad de 60.101€ y cuando la compraventa no pudo perfeccionarse, se devolvió la señal pero en aquellas fechas el Sr. Samuel no formaba parte de HEYMAN y no tuvo intervención alguna en el destino que se dio a ese dinero.

Esta compleja operativa debe valorarse como una única acción, de forma que su consumación debe entenderse producida cuando se llevó a cabo la expropiación definitiva del importe de la comisión, esto es, cuando el Sr. Samuel hizo suyo los 12.500€ en concepto de alquiler y la empresa HEYMAN incorporó a su patrimonio el importe restante de la comisión, una vez que fue reintegrada la cantidad entregada como señal.

A este respecto debe remarcarse que consta que no se debía en concepto de alquiler la cantidad de 12.500€, dado que el cambio de domicilio de la Cooperativa a las oficinas de la c/ Tomás Castellano se produjo el 24/06/2008 y el dinero de referencia se cobró el 15/07/2008. En ese periodo de tiempo no se pudieron generar esas rentas, por lo que el dinero en cuestión se dispuso en beneficio del ahora recurrente.

Por todo ello procede estimar parcialmente el recurso en cuanto que los hechos son legalmente constitutivos de un delito de estafa de los artículos 248 y 250.1.1º, limitado a la cantidad de 12.500€ en que se lucró el recurrente, por el que procede imponerle la pena de UN AÑO y SEIS MESES DE PRISIÓN, en tanto que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y no es muy elevado el importe de la defraudación. En congruencia con el anterior pronunciamiento la responsabilidad civil a cargo del recurrente ha de limitarse a la cantidad de 12.500€

Recurso de D. Simón

(…)

DÉCIMO SÉPTIMO.- En el motivo quinto, con apoyo en el artículo 24.2 de la Constitución y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se denuncia la vulneración del principio de tutela judicial efectiva, en el motivo sexto se denuncia por el mismo cauce la ausencia de motivación de la sentencia impugnada y en el motivo octavo, con similar apoyo normativo, se denuncia la vulneración del principio de presunción de inocencia.

En realidad todo el recurso gira sobre este último motivo aunque se han utilizado todas las vías casaciones posibles para invocar la incorrecta valoración de la prueba. Por ese motivo daremos una completa respuesta del extenso reproche del recurrente que se reproduce en los distintos motivos del escrito impugnatorio. A tal fin y para enmarcar nuestra argumentación haremos un apretado resumen del contenido en el recurso y después del planteamiento de la sentencia.

1. En el escrito de recurso se hacen las siguientes alegaciones:

a) Es cierto que el Sr. Simón pone en funcionamiento la Cooperativa para ganar dinero pero no a costa de los cooperativistas, sino porque era su forma de trabajo.

b) No es cierto que pusiera a los miembros del Consejo Rector, ya que fueron ellos mismos los que se presentaron a esos cargos y fueron votados por la Asamblea, dado que el Sr. Simón no era cooperativista.

c) No es cierto que Remigio adquiriera las acciones el 29/12/2009 ya que las adquirió en mayo de 2009, cesando como administradores de Aragón Estudios y Acción SL al Sr. Simón y Samuel el 02/11/2009.

d) Si la gestora 2005 Gestión Urbana Valdesparterra SL no cobró ninguna cantidad por su gestión, tal y como se declara probado en la sentencia, difícilmente se puede afirmar también que el Sr. Simón relanzara la Cooperativa para lucrarse ilícitamente.

e) Las compras de suelo de las parcelas e-131.1 y e-13222 se hicieron siguiendo las instrucciones del Sr. Simón sin tener en cuenta que la Asamblea de la Cooperativa fue debidamente informada y autorizó las compras en Asamblea de 13/11/2008, lo que excluye cualquier vicio de voluntad, sin que conste que se compraran con sobreprecio ya que no se ha practicado una pericial que lo acredite y no hay más prueba que la declaración del arquitecto técnico que mantiene una clara animadversión con el recurrente.

f) El Sr. Simón, a pesar de estar con incapacidad temporal desde el 03/02/10 hasta septiembre de 2010, siguió controlando la Cooperativa, a pesar de que distintos testigos (Sr. Antonio, Sra. Valentina, Sra. Candida y Sra. Paula) han manifestado que desde Julio de 2009 el Sr. Simón dejó de ir por la Cooperativa, y a pesar de que hay

un documento que lo acredita, el cese de la gestora acordado el 02/01/2010 acordado por el Sr. Celestino.

g) El Sr. Simón intervino en la gestiones para la firma del contrato de ejecución de obra, a pesar de que en esas fechas ya no intervenía en nada de este proyecto.

h) El contrato con Milano y Campelo lo firmó Remigio y no Celestino y desde luego no se seguían instrucciones del Sr. Simón.

i) El nuevo contrato de gestión de 16/06/2009 no lo firmó el Sr. Simón ya que consta que su firma fue falsificada y no es cierto que hiciera gestión alguna ante el Servicio de Inspección y control de la demanda de vivienda de Aragón.

j) No es cierto que el el Sr. Simón diera instrucciones para la firma del contrato de 12 de marzo de 2009 con Coebro, dar apariencia de que el proyecto iba avanzando, dado que el citado documento era un borrador y por eso no está firmado y se hizo en el marco de las gestiones iniciales, lo que no puede confundirse con el contrato de 22/06/10 que se firmó cuando él ya no intervenía y del que tendrán que responder los responsables en aquel momento, el Sr. Celestino y el Sr. Remigio.

k) En relación con los arquitectos su contratación se produjo el 08/12/08 con la autorización expresa de la Asamblea de 13/12/2008 y que en el contrato pactado se tenían que hacer cargo de la tramitación y gestión de cuantas licencias, autorizaciones y permisos fueran necesarios para la ejecución del proyecto y el incumplimiento de sus funciones fue la razón por la que la Cooperativa perdió las ayudas de la DGA al cambiar la ley en 2010.

l) Se niega que hubiera contrato alguno con la mercantil MS&F Associates SL, en contradicción con lo que se afirma en la sentencia.

ll) Cuando se relanzó la cooperativa se firmó un contrato de gestión con 2005 Gestión Urbana Valdespartera, ratificado por la Asamblea el 13 de junio de 2008, pero no es cierto que firmara después un contrato de cesión el 01 de julio de 2008, ya que su firma fue falsificada y se señala que en el juicio se supo que el Sr. Celestino había firmado un nuevo contrato de gestión con Aragón Estudio y Acción SL, en el que no tuvo ninguna intervención el Sr. Simón, con una clara diferencia con el anterior y era que en el segundo contrato se pactaron pagos mensuales de 40.000€ mientras que en el primero se pactó el pago del 8% sobre las ventas que se fueran produciendo.

m) El Sr. Simón no cobró nada, que se le debía dinero y que el propio Sr. Antonio cuando hizo su auditoría sobre la Cooperativa afirmó que al irse el Sr. Simón las cuentas estaban bien y no le consta que el Sr. Simón cobrara nada;

n) No es cierto que la Cooperativa no fuera informada de las dificultades dado que en acta de 13/11/2009 se informa que los precios se iban a ver incrementados.

ñ) El Sr. Simón no cobró ninguna comisión y no intervino en los contratos con Coebro, Huteza y Milano y Campelo, todos ellos de fecha posterior a la fecha en que dejó de intervenir en la gestión del proyecto.

En uno de los apartados del recurso se resume la versión que sostiene el recurrente y que por su claridad vamos a transcribir literalmente:

"Resumiendo todo lo anterior, y entendiendo que la Sala no ha tenido en cuenta todas y cada una de nuestras pretensiones y solicitudes, que hemos acreditado con la documental manifestada y las testificales, manifestamos nuevamente que solo la apreciación de que el Sr. Simón no ha firmado ningún documento, no ha tenido poder de disposición sobre las cuentas de la Cooperativa, mientras su mercantil es la gestora. Que la Gestora 2005 Gestión Urbana Valdespartera no se encargaba de la contabilidad de la Cooperativa. El hecho objetivo de que se celebran hasta seis reuniones con la asamblea en la que se les informa absolutamente de todo, hasta aprobaron las cuentas anuales de la misma. Que se haya demostrado documentalmente y mediante testificales (algunas hasta contrarias a nuestra defensa) que el Sr. Simón realizó gestiones para la cooperativa. Que el Sr. Simón desaparece en mayo de 2009 y se le cesa el 2 de enero de 2010. Que los cheques de Aragón Estudio y Acción, se deben a un contrato del Sr. Remigio y es este el que cobra los citados cheques Que en las cuentas en las que aparezca como titular, apoderado o tomador, tanto de gestión Urbana corno de Aragón Estudio y Acción no hay ningún ingreso irregular y mucho menos un ingreso de dinero de la cooperativa. Que los encargados de solicitar todas las licencias, calificaciones... eran los arquitectos dado que así se habían comprometido mediante contrato. Que la compraventa del suelo no estaba por encima del precio y que esa no fue la causa de que no le diera la subvención la DGA, sino que como los arquitectos no presentaron la calificación antes de junio de 2010 (fecha en la que ya no se encontraba el Sr. Simón), al cambiar la ley perdieron la oportunidad. Que a finales del año 2009 la cooperativa no había sido descapitalizada, es más, no hemos de olvidar que la misma tenia beneficios y las cuentas estaban conforme a derecho, son fundamentos suficientes, constatados con numerosa prueba documental, para que hubiera habido una Sentencia Absolutoria".

2. En la sentencia de instancia se ha condenado al Sr. Simón por la comisión de un delito de estafa agravada a la pena de 6 años y mes de prisión, multa accesorias y costas, y al pago de 2.771.000 € en concepto de responsabilidad civil a la Cooperativa y de 111.219 € a la mercantil UTEZA, considerándole máximo responsable y partícipe en todo el fraude junto con Remigio y Celestino.

En el fundamento jurídico duodécimo se resume la valoración probatoria que justifica el anterior pronunciamiento, en los siguientes términos:

a) Con apoyo en las declaraciones de los distintos miembros del Consejo Rector se acredita que fue el Sr. Simón quien relanzó y manejó inicialmente la Cooperati-

va y puso a amigos al frente del Consejo Rector y se destaca que, por ejemplo, se nombró tesorero a un empleado suyo que era chófer de su compañera sentimental, Concepción, y que se nombró presidente a una persona manejable y con problemas de juego, Celestino. La sentencia indica que estos hechos, además de por los indicios anteriores, resultaron acreditados por las declaraciones de los hermanos Arturo y Marco Antonio, por la declaración de Celestino y de Roque.

b) Se señala que la verdadera situación de la Cooperativa y la imposibilidad de llevar a cabo el proyecto se ocultó a la Cooperativa. A este respecto se reconoce que hubo Asambleas de la Cooperativa pero sus actas sólo recogen los acuerdos y no la información suministrada. Se remarca, por ejemplo, que en la Asamblea de 15/12/2009 se dice que se están realizando gestiones para obtener la licencia de obra, cuando ni siquiera se tenía la propiedad de los terrenos y el dato fundamental para advertir la falta de información fueron las reclamaciones de cooperativistas que, comprobando que el proyecto no salía adelante, empezaron a pedir información, descubriéndose en 2010 el estado de crisis de la Cooperativa. Sobre estos extremos declararon distintos cooperativistas como Candida o Eulogio y también reconoció la situación de desinformación de los cooperativistas el acusado Victoriano, a quien acudieron muchos cooperativistas de manera insistente a preguntar por lo que sucedía, dándole la sensación de que no tenían ni idea. Incluso se les llegó a ofrecer que sobre plano eligieran su vivienda, cuando todo era una quimera.

c) El Sr. Simón no consta que hiciera verdaderas gestiones para obtener la financiación y sólo se inician contactos con la Diputación General de Aragón para la aprobación administrativa del proyecto cuando se habían comprado las parcelas, descapitalizado a la Cooperativa y cuando el proyecto era ya inviable, lo que no impidió la firma de contratos de ejecución de obra de los que obtuvieron una sustanciosa y fraudulenta comisión.

d) Durante la gestión del Sr. Simón se invirtieron 1.600.000€ para la compra de terrenos que finalmente no fueron adquiridos. Se indica que la compra de terrenos, además de conllevar un sobreprecio, según informe pericial obrante en autos, suponía un encarecimiento del proyecto ya que costaba 5.589.000€ cuando las aportaciones de los cooperativistas podrían ser de 4.960.000€. Las cantidades entregadas se perdieron definitivamente como consecuencia de la resolución del contrato.

e) Se destaca que el fracaso de la financiación no fue debido a la existencia de una carga hipotecaria sobre la parcela adquirida, ya que era un dato que se conoció una vez que fueron cesados los gestores y, además, la propiedad se comprometió a levantar la carga hipotecaria si se pagaba el precio.

f) Un indicio que revela la actuación del Sr. Simón en la trama fraudulenta fue el cobro de comisiones por dos empresas gestionadas por su compañera sentimental,

Proyectos Natinga SL y Heynman Dos Ibérica SL por intermediaciones inexistentes. Se señala que el testigo Demetrio manifestó que una de las comisiones fue para el Sr. Simón.

g) Se atribuye la intervención de la mercantil Intermedialia al Sr. Simón si bien esta empresa cobró una comisión de 75.000€ devolviendo 60.000€.

h) Se señala que se ocultó a los cooperativistas que no se contrataron avales para garantizar la devolución de las cantidades entregadas.

i) Se indica que el Sr. Simón tenía conocimiento de que por la compra de la parcela se estaban pagando dos comisiones a la vez, ya que intervenía directamente en estas comisiones su compañera sentimental Concepción. A través de la declaración de Rodrigo se tuvo conocimiento de la intervención directa en la compraventa y comisiones de las dos parciales del Sr. Simón y también Demetrio aseveró esta intervención, indicando incluso que vio sobre la mesa del Sr. Simón la factura de una intermediación de importe elevado

j) En relación con la gestión de la cooperativa se declara que el Sr. Simón otorgó el primer contrato en nombre de la gestora y se señala que hay un documento fechado el 01/02/2010 (folios 155 a 157 del tomo II del rollo de sala) en el que se acuerda la rescisión del contrato sin reclamación alguna entre las partes contratantes. Este contrato fue objeto de una subcontrata, no autorizada, y realizada con la mercantil Aragón y Estudios Acción SL, que la sentencia data en mayo de 2009. Por consecuencia de este contrato se cobraron importantes contraprestaciones (335.055,30€ por parte de la empresa y 89.644,40€ por Remigio, entre mayo de 2008 y noviembre de 2009. El Sr. Simón negó toda intervención en esta contratación afirmando que la firma que obra en el contrato no es suya y fue falsificada, pero la sentencia le atribuye la participación en el contrato, al margen del problema de la firma, con base en la declaración de Jenaro que dijo que quien controlaba Aragón y Estudios Acción SL eran el Sr. Simón y el Sr. Remigio, hasta que el primero fue cesado de su cargo de administrador (2/11/2009). Por lo tanto, la detracción de fondos de la Cooperativa por consecuencia del citado contrato de gestión se produjo mientras el Sr. Simón era administrador de la sociedad beneficiaria, lo que concuerda con la declaración del testigo Sr. Jenaro, que dijo que ambos administradores controlaban la sociedad gestora. Sin embargo, no consta que el Sr. Simón conociera, consintiera o se lucrara de las cantidades recibidas o ingresadas en sus cuentas por el Sr. Remigio en cuantía de 89.644,40€.

k) La sentencia declara que el 01/01/2010, cuando el Sr. Simón había cesado como administrador de Aragón y Estudios Acción SL se firmó un nuevo contrato de gestión que dio lugar a desembolsos por parte de la Cooperativa de 345.130,22 €.

No se ha identificado prueba alguna de que el Sr. Simón interviniera en ese contrato o que se lucrara con las cantidades recibidas por consecuencia de él.

l) En cuanto a la firma del contrato de obra con Construcciones Huteza SL por más que fuera otorgado por el Sr. Remigio cuando el Sr. Simón había cesado como administrador de la gestora, el testigo Sr. Emilio, que intervino por cuenta de la constructora, afirmó que el Sr. Simón intervino en las negociaciones y cobró el dinero entregado en efectivo en ese acto (60.000€), lo que evidencia que no se había desvinculado de la gestión y su participación activa en este contrato. Se destaca en la sentencia la falta de justificación de este contrato y de la comisión cobrada, dado que no se disponía de los terrenos, ni de la financiación para el proyecto. Se identifica esta operación como un acto más del expolio de la cooperativa.

m) La sentencia indica que no puede desviarse la responsabilidad a los arquitectos ya que si bien es cierto que convinieron en gestionar las autorizaciones y licencias necesarias tal encargo se refería a las relativas para la ejecución de la obra y no para las restantes, como la obtención de la calificación provisional de vivienda protegida y es precisamente la falta de estas autorizaciones lo que constituyó un obstáculo para la obtención de financiación.

3. Según hemos indicado en el fundamento jurídico cuarto de esta resolución el control que nos corresponde realizar en sede casacional sobre la sentencia cuando se invoca la vulneración del principio de presunción de inocencia se concreta en la revisión de la estructura racional de la prueba, es decir, si la sentencia en su argumentación fáctica se atiene a las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Pero también venimos afirmando de forma constante que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente. Esta afirmación tiene especial relevancia en este caso en que la prueba documental no ha sido decisiva y lo determinante ha sido conocer hasta qué punto los cooperativistas fueron informados puntual correctamente de la marcha de la Cooperativa dado que todos los desembolsos realizados y que, concluyeron en un vaciamiento patrimonial de ésta, no sirvieron para nada ya que, al final, ni se compraron los terrenos, ni se obtuvo financiación, ni se llegó a realizar construcción alguna. Se entregaron cuantiosas cantidades por la compra de terrenos, contratos de gestión, contratos de ejecución de obra, etc., sin ningún resultado.

Por lo tanto, a esta Sala no le corresponde hacer una nueva valoración de la prueba, máxime cuando la parte más relevante consiste en declaraciones que este tribunal no ha presenciado y que no puede valorar mejor que el tribunal de instancia y tampoco puede adentrarse en una valoración pormenorizada de cada hecho de los que componen esta compleja defraudación, ya que también es doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional (por todas STC 80/2003, de 28 de abril, FJ 9) que cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia "nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado, pues como ya hemos afirmado en no pocas ocasiones no puede realizarse una operación de análisis aislado de los hechos acreditados por el Tribunal sentenciador, ni de desagregación de los distintos elementos de prueba, ni de disgregación de la línea argumental llevada a cabo por el Tribunal Supremo [léase por el órgano judicial".

Partiendo de estas consideraciones podemos concluir que la condena del Sr. Simón se justifica en un conjunto de pruebas, variado y complejo, que han sido racionalmente valoradas y con son suficientes para afirma sin margen de duda razonable que junto con el Sr. Remigio y el Sr. Celestino llevaron a cabo un conjunto de actos que tuvieron como última finalidad vaciar patrimonialmente a la Cooperativa haciendo suyos buena parte de sus fondos, a través de contratos innecesarios que no tenían más finalidad que la obtención de un lucro ilícito.

Para llegar a estas conclusiones la sentencia ha tomado en consideración, al margen de aisladas pruebas documentales, las declaraciones de los numerosos testigos que han depuesto en el plenario sobre las distintas acciones integrantes del fraude, una prueba pericial, la declaración de los agentes policiales que llevaron a cabo la investigación y abundantes indicios que permiten un entendimiento racional de lo sucedido y de su última finalidad.

La secuencia de la acción delictiva se inicia con la reactivación de la Cooperativa, poniendo en su Consejo Rector a amigos o conocidos para vencer cualquier resistencia a los actos siguientes. Continúa con el ocultamiento de información relevante a los Cooperativistas que, de haber existido, debería haber constancia de ella, lo que no es el caso, tal y como manifestaron distintos testigos y como evidencia el hecho de cuando se descubrió lo que estaba ocurriendo se produjo el cese de todos los partícipes.

Resulta determinante las gestiones realizadas para la compra de terrenos que tenían un valor superior al de las aportaciones de los cooperativistas, lo que sin duda habría de encarecer su coste y dificultar su autorización como vivienda de protección

oficial y que se concluyera la compra sin la previa obtención de financiación para el proyecto, así como sin desarrollar las autorizaciones administrativas pertinentes.

Estando todas esas actuaciones sin concluir, los gestores llevan a cabo determinadas actuaciones, con la intención directa de beneficiarse. En este contexto se entiende el cobro de varias comisiones sobre la compra de la parcela, la celebración de varios contratos de gestión que dieron lugar a importantes desembolsos para la Cooperativa y la celebración de un contrato de ejecución de obra, a todas luces innecesario que generó una comisión cobrada por el Sr. Simón. De todos y cada uno de estos hechos se ha aportado prueba suficiente, tal y como cabe advertir de la prolija exposición contenida en la sentencia de instancia.

Todo lo expuesto, nos lleva a la desestimación del motivo, si bien advertimos la insuficiencia de prueba en relación con dos cuestiones muy puntuales, que tienen su incidencia en la determinación de las responsabilidades civiles pero no en la calificación penal del hecho. Nos referimos a los pagos realizados por el segundo contrato de gestión, por cuantía de 345.130,22€, ya que no consta que el Sr. Simón tuviera relación alguna con dicho contrato ni fuera beneficiario de dicha cantidad, y a las cantidades cobradas directamente por el Sr. Remigio derivadas del primer contrato de gestión, por cuantía de 89.644,40€, ya que no consta que conociera, consintiera o se lucrara con dichas cantidades.

El motivo se estima sólo de forma parcial.

Recurso de D. Victoriano

(…)

DÉCIMO NOVENO.- En el segundo motivo del recurso se denuncia la vulneración del principio de presunción de inocencia.

Se alega que en la sentencia se trata al recurrente como un damnificado más y que lo único acreditado es la falta de claridad en las gestiones realizadas y que el recurrente actuó de buena fe, ya que informó a los cooperativistas de las cargas que afectaban a las parcelas adquiridas. Se añade que no se ha acreditado que el recurrente fuera beneficiario de algún desplazamiento patrimonial ilícito y se destaca que la propia sentencia reconoce que el recurrente "no aparece inmerso en la trama denunciada" y que no consta "que colaborase en la trama defraudatoria de una u otra manera, aunque puede haber sospechas de que algún conocimiento tuviera".

En anteriores fundamentos ya hemos hecho referencia a las facultades de este tribunal para revisar el juicio fáctico cuando se invoca el principio de presunción de inocencia, por lo que evitaremos reiterar nuevamente nuestra doctrina.

En el presente caso y en relación con este recurrente los hechos probados de la sentencia impugnada declaran que el Sr. Victoriano fue intermediario en la venta

de las parcelas e-13.1 y e-27.2. Ofreció al Sr. Simón la parcela e-13.1 y acordó con Rodrigo que éste cobraría la comisión de la venta de dicha parcela y que él cobraría la comisión correspondiente a la parcela e-27.2 y el día 02/07/2010 cobró de la Cooperativa por este concepto y a cuenta la cantidad de 2.000€ y cobró de Aragón Estudio el 23/09/2009 dos pagarés por importe de 5.700€ y 6.000€, sin que estos pagos respondieran a contraprestación alguna para la Cooperativa o la Gestora.

En la fundamentación jurídica de la sentencia se identifica al Sr. Victoriano como comisionista por parte de DUMESA, empresa propietaria de una de las parcelas y fue la persona que ofreció la parcela a Simón y Rodrigo. Se reitera que pactó con éste que Campos se quedaría con la comisión de la parcela e-131.1 y él con la comisión correspondiente a la parcela e-27.2, no llegando a percibir dinero alguno. No obstante lo anterior, se afirma que cobró de la Cooperativa 2.000€ y de la empresa ARGÓN ESTUVIOS ACCION SL dos pagarés de 5.700€ y 6.000€, si bien ese dinero pertenecía a los cooperativistas (FJ 17º).

En la sentencia no se identifican las pruebas que permiten hacer esta inferencia por lo que no puede conocerse la racionalidad de la argumentación que ha conducido a esta resultancia fáctica.

El motivo se estima lo que exime de la necesidad de dar respuesta al tercer y último motivo de este recurso.

Recurso de Roque

VIGÉSIMO.- En el primer motivo de este recurso y por el cauce de la infracción de ley se denuncia la indebida aplicación de los y del Código Penal (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777).

Se alega que en la conducta del recurrente no concurrió el elemento del engaño que caracteriza al delito de estafa. Se reconoce que el impugnante firmaba los cheques que le pasaban a la firma pero la propia sentencia reconoce que nunca tuvo acceso a las cuentas de la Cooperativa, que cuando firmaba los cheques o pagarés ya estaban firmados por el Presidente, que no conocía los contratos, ni tenía información sobre el desarrollo del proyecto y carecía de todo criterio para tomar decisiones en contra de su jefe. El recurrente no pone en duda ninguno de los hechos que se declaran probados en la sentencia pero si de la concurrencia de los elementos subjetivos del tipo penal. Se enfatiza que el recurrente formó parte del Consejo Rector con posterioridad a que surgieran los problemas, su participación fue temporal y su situación personal, hace perfectamente posible que fuera desconocedor de que se estuvieran produciendo hechos ilícitos.

Los hechos que se atribuyen al recurrente en el relato fáctico de la sentencia impugnada son los siguientes:

Vigesimoquinto .-.a).- El acusado Roque, que no era cooperativista, al cesar el anterior tesorero, fue introducido para ese cargo de la COOPERATIVA por medio de Simón que indicó a los socios que este acusado aportaría nuevos cooperativistas, urgiéndoles también el nombramiento porque había que hacer pagos. Se le nombró por el Consejo Rector en fecha 7 de julio de 2009 y desde entonces firmaba los pagarés y talones que se le ponían a la firma. Tenía Formación Profesional y era carretillero de almacenes. El 22 de julio de 2009 cobró un pagaré de 3.000 euros contra una cuenta de ARAGÓN ESTUDIO Y ACCIÓN S.L. (folio 1273, tomo 4; y folio 18, Anexo 11) y con fecha 6 de agosto de 2010 cobró otro pagaré por importe de 9.500 euros contra una cuenta de la COOPERATIVA (folio 1273, tomo 4; y folios 46 y 47, Anexo 10), cantidad que entregó a Remigio quien le había encargado el cobro de dicha suma. Simón le pagaba 1.000 euros al mes. Trabajaba de carretillero y tenía formación profesional. No tuvo nunca acceso a ninguna cuenta y cuando él firmaba los cheques o pagarés esos documentos ya tenían la firma del Presidente

Los hechos declarados probados tal y como se describen no permiten su subsunción en el delito de estafa dado que no se indica que este acusado conociera la actuación ilícita de las tres personas que de forma concertada dirigían las actividades que dieron lugar al perjuicio causado a la Cooperativa ni se indica en qué modo o mediante qué actuaciones participó del engaño a los cooperativistas.

Ya hemos indicado anteriormente que es doctrina de esta Sala que comete delito de estafa el que con ánimo de lucro utiliza engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero, de donde se infiere que, aparte de la defraudación o perjuicio patrimonial como fin, el elemento característico de este tipo de infracciones punibles es el engaño, que consiste en instigar, persuadir, convencer o mover la voluntad de otro, determinándola a tener por cierto lo que no lo es, constituyendo el núcleo fundamental de la estafa, porque se concreta en la actividad, en los hechos que el sujeto activo ejecuta conforme al plan preconcebido, falta de verdad suficiente, aparente y bastante para producir ese error, como conocimiento viciado de la realidad (entre otras, SSTS 30 Sep. 1991 y 1 Feb. 1993 (RJ 1993, 627)).

En este caso, el relato fáctico no describe hechos que puedan ser subsumidos en el delito de estafa, ni siquiera contextualizando los hechos atribuidos a este recurrente con los restantes hechos, dado que en ningún momento se señala que el Sr. Roque tuviera noticia o participara en modo alguno en el resto de actos fraudulentos. No cabe excluir que se limitara a cumplir órdenes sin un conocimiento cabal de lo que estaba sucediendo y sin intención alguna de perjudicar a los cooperativistas.

El motivo debe ser estimado, lo que hace innecesario dar respuesta al siguiente y último motivo de este recurso.»

*** STS núm. 634/2019 de 17 de septiembre (Social) (RJ 2019/3803)**
Ponente: Concepción Rosario Ureste García

Resumen: *Cooperativa de Trabajo Asociado. Jubilación anticipada. Recurso de casación para la unificación de la doctrina. Procede reconocer la jubilación anticipada a socio trabajador de cooperativa de trabajo asociado incluido en el Régimen General de la Seguridad Social por extinción de su contrato por causas económicas, acordada por Auto del Juzgado de lo Mercantil en el seno del concurso en el que se hallaba la cooperativa. Una vez integrados en el RGSS los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, las normas que regulan el citado régimen general se aplican totalmente salvo excepciones expresamente establecidas en la ley, lo que no es el caso y aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción de su relación ha sido conformada -mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la declaración de concurso de acreedores- a través de la concurrencia de su voluntad.*

Nota: Véase en los mismos términos STS (Social) núm. 1034/2018, de 10 de diciembre (RJ 2019/342); STS núm.1091/2018, 19 de diciembre de 2018 (RJ 2018/6056); STS núm.98/2019, de 7 de febrero (RJ 2019/1002) y STS núm. 754/2019, 6 de noviembre (RJ 2019/5435). Esta dos últimas pueden verse en esta misma reseña.

Fundamentos Derecho

«PRIMERO.- 1. El objeto del presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en decidir si la parte actora, socia de una cooperativa de trabajo asociado afiliada al Régimen General de la Seguridad Social, tiene derecho a la jubilación anticipada cuando, reuniendo el resto de requisitos exigidos por la ley, su contrato se ha visto extinguido por Auto del Juzgado de lo Mercantil en virtud de despido colectivo tramitado en el seno del concurso en que se hallaba inmersa dicha cooperativa.

2. La demandante recurre la sentencia desestimatoria dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 14.03.2017, rec. 347/2017, resolución conforme al criterio que en precedentes sentencias había seguido dicha Sala.

3. El Ministerio Fiscal, en el trámite del LRJS, ha informado la improcedencia del recurso, entendiendo que se incumple el requisito del art. 161.bis.2 de la LGSS e interesando la declaración de improcedencia del recurso.

La Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSS y de la TGSS, alega que el cese de la actora no se encuentra entre las causas tasadas de tal precepto pues obedeció a la voluntad mayoritaria de los socios de la cooperativa.

SEGUNDO.- 1. En primer lugar, debemos examinar el cumplimiento de las previsiones del de la LRJS, norma que exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial, que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. (…).

2. La sentencia de contradicción es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 12 de mayo de 2016, rec. 82/2016. Dicha resolución confirmó la dictada en la instancia que declaraba el derecho del actor a que le fuera reconocida la prestación de jubilación anticipada interesada. Consta en la misma que el demandante, junto a los otros seis socios, vio extinguida la relación como socio trabajador que le vinculaba a Comaintra Sociedad Cooperativa Limitada el 30-06-14, por causa económica constatada por la Inspección de Trabajo pasando a situación de desempleo, impugnó judicialmente la resolución del INSS que le había denegado la jubilación anticipada involuntaria formulada el 17-04-15, por no haberse producido su cese en el trabajo por ninguna de las causas establecidas en el art. 161 bis.2 de la LGSS. El 10-06-14 todos los socios de la sociedad cooperativa, en asamblea general extraordinaria, acordaron por mayoría presentar ante la Autoridad laboral un ERE de extinción de todos los puestos de trabajo, renunciando a la indemnización que pudiera corresponder.

La sentencia de instancia estimó la demanda basándose en que el art. 161. bis.2.ALGSS no puede interpretarse de forma restrictiva sino flexible, pues la relación de causas de cese involuntario que enumera no es cerrada, teniendo cabida en ella aquellos casos absolutamente similares a los que el precepto menciona en que el cese se ha producido por una reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral originada por razones de tipo económico, que es la que ha dado lugar a la baja del actor en la sociedad cooperativa, colocándole en situación de desempleo.

Pronunciamiento que la Sala confirma, descartando que los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado integrados en el RGSS como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, que ven extinguida la relación contractual por causa económica, estén excluidos del acceso a la jubilación anticipada voluntaria ex art. 161.bis.2. ALGSS.

3. En resoluciones precedentes esta Sala IV ha tenido ocasión de pronunciarse en asuntos absolutamente idénticos al presente, así en SSTS 10.12.2018, rcud. 3407/2016; 19.12.2018, rcud. 2233/2017 y 7.02.2019, rcud. 649/2017 en los que concurren exactamente las mismas circunstancias, porque se trata de otros socios de la misma cooperativa de trabajo asociado en igual situación jurídica que la actual demandante y cuya pretensión fue desestimada por la sala de lo social del TSJ del País Vasco con análogos argumentos, y en los que incluso se invocaba igualmente la misma sentencia de contraste.

La referida semejanza nos lleva a reiterar el texto de las precitadas sentencias al no existir razones para aplicar en este caso una solución diferente. En ellas hemos señalado que: "Aunque en la sentencia de contraste el despido colectivo se produce fuera de una situación de concurso que si concurre en la sentencia recurrida, la contradicción entre ambas resulta evidente puesto que concurren los requisitos previstos en el LRJS, dado que la identidad sustancial de hechos deriva del dato común de la existencia de una inviabilidad económica que afecta a sendas cooperativas de trabajo asociado y que provoca la extinción del contrato de los cooperativistas por dicha causas. Se pretende en ambos casos la prestación de jubilación anticipada en base al LGSS (anteriormente el 160.1.b), obteniendo las pretensiones respuestas distintas: así mientras la sentencia recurrida entiende que el supuesto examinado no tiene cabida en el indicado precepto, la de contraste entiende que el mismo resulta plenamente aplicable."

La misma solución de concurrencia del referido requisito se observa en el supuesto actual, lo que apertura el examen del fondo deducido.

TERCERO.- 1. Denuncia la parte recurrente la interpretación indebida del derecho de acceso a la pensión de jubilación anticipada por parte del socio cooperativista, de conformidad con la naturaleza jurídica de la cooperativa de trabajo asociado y del vínculo que une al socio cooperativista con la cooperativa, así como de la cláusula general de equiparación contenida en nuestro derecho (DA 4 ª y arts. 7.1.c) y 97.1 de la LGSS, del Reglamento de Inscripción de Empresas y de la CE en relación a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social.

Trasladamos aquí la argumentación de la última de nuestras sentencias: El LGSS, bajo el título "Jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador", dispone que el acceso a la jubilación anticipada por esta causa exigirá una serie de requisitos relativos a edad, período previo de cotización e inscripción como demandante de empleo y, por lo que a los presentes efectos interesa, "Que el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que

impida la continuidad de la relación laboral. A estos efectos, las causas de extinción del contrato de trabajo que podrán dar derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada serán las siguientes:

1.ª El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

2.ª El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores .

3.ª La extinción del contrato por resolución judicial, conforme al de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal...".

Está claro, por tanto, que la resolución contractual efectuada por la vía del LC constituye causa de extinción del contrato que, junto con la concurrencia de los demás requisitos previstos normativamente justifica la prestación de jubilación en su modalidad de anticipada.

La recurrida en estos autos alcanza una solución divergente con apoyo en pronunciamientos precedentes de la misma Sala del TSJ, uno de los cuales fue la sentencia de 7 de junio de 2016, recurso de suplicación número 1129/2016, casada y anulada por la de esta Sala IV de 10.12.2018, arriba identificada.

Dijimos en esa resolución que: "Cualquiera que sea el nivel de duda que pudiera suscitar el acuerdo adoptado por la Asamblea General de socios de la Cooperativa EDESA, lo cierto es que ésta había presentado solicitud de extinción colectiva por causas económicas de todas las relaciones de trabajo por cuenta ajena que en su seno existían y que el 8 de julio de 2014 el Juzgado de lo Mercantil que conocía del concurso declaró extinguidos los contratos de los trabajadores. Sin negar el carácter de numerus clausus de la lita de supuestos que encierra el artículo 161.bis A). d) de la L G S, resulta difícil no incardinar la situación del actor en uno de los contemplados en el precepto, ya sea despido colectivo ya sea despido objetivo, tan solo en función del número de afectados, convirtiendo en innecesario todo debate acerca de la necesidad de impugnación judicial de una decisión empresarial que en este caso ocupa un lugar irrelevante pues la extinción tiene su base jurídica en una decisión judicial. Es preciso insistir en este punto ya que en efecto, dada la condición de socio cooperativista, la voluntad "empresarial" extintiva se halla en parte conformada por la del trabajador, pero dadas las circunstancias en las que se produce el cese al existir un interés de terceros, los acreedores, por cuya causa se abre un procedimiento judicial específico y siendo la atención a ese interés la que prima, junto a consideraciones de trascendencia social dada la repercusión que una situación económica límite de una empresa tiene para el entorno productivo en el que se asienta, no es aquella voluntad integrada en forma plúrima la determinante del cese sino el acto judicial que le dota de eficacia frente a los particulares y frente a las instituciones".

Prosiguiendo la trascripción del criterio que ya hemos expresado en la última de las dictadas, entendemos que: una vez integrados en el Régimen General de la Seguridad Social los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, las normas que regulan el citado régimen general se aplican totalmente salvo excepciones expresamente establecidas en la ley, lo que no es el caso. Además, tal criterio debe primar sobre la literalidad del precepto que se refiere, ciertamente, a trabajadores y a extinción de la relación laboral. Por ello, aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción de su relación ha sido conformada -mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la, declaración de concurso de acreedores- a través de la concurrencia de su voluntad, lo cierto es que se ha quedado sin trabajo, viendo su contrato extinguido por una de las causas que lista el) LGSS, por lo que concurre la circunstancia exigida por la norma en cuestión prevista para los supuestos de sujetos encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social que no estén expresamente excluidos de tal posibilidad de jubilación anticipada.

A mayor abundamiento, el hecho de que la reforma operada mediante el RDL 5/2013, 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, haya introducido expresamente la posibilidad de acceso a la jubilación anticipada parcial de los socios trabajadores de las cooperativas, integrados en el RGSS -que la legislación anterior no contemplaba- evidencia que para la jubilación anticipada ordinaria no era necesaria su mención expresa al ser la norma general susceptible de ser interpretada, tal como lo hacemos ahora, incluyendo al personal integrado en el Régimen General de la Seguridad Social.

CUARTO.- Lo anteriormente expuesto conlleva, oído el Ministerio Fiscal, la estimación del recurso, casando y anulando la sentencia recurrida, y, en consecuencia, a resolver el debate de suplicación, estimando el recurso de tal clase formulado por la actora y declarando su derecho a la prestación solicitada conforme a los parámetros temporales y cuantitativos fijados en el incombatido HP 7º del relato fáctico.

No procede la imposición de costas (art. 235 LRJS).»

*** STS núm. 416/2019, de 24 de septiembre (Penal) (RJ 2019/3687)**
Ponente:Ana María Ferrer García

Resumen: *Responsabilidad penal del encargado de la gestión económica de la cooperativa. Existencia de un delito de apropiación indebida al elaborar una serie de facturas*

que permitieron que los fondos destinados a sufragar el pago por la compra de cereal se le transfirieran a él, en lugar de a sus legítimos destinatarios. Inexistencia de vulneración de la presunción de inocencia dado que las transferencias de los fondos realizadas por el encargado no respondían a operaciones reales.

Fundamentos de derecho

«PRIMERO.- El primer motivo de recurso invoca el artículo 852 LECRIM para denunciar la vulneración de la presunción de inocencia del artículo 24 CE, porque sostiene que en el acto del juicio oral no se practicó prueba de cargo que avalara suficientemente la autoría del acusado respecto al delito por el que se le condenó.

Se afirma que no ha existido prueba de cargo respecto a ninguno de los mecanismos de apropiación que la sentencia da por probados. En cuanto al primero de ellos, las transferencias a cuentas del acusado de las cantidades destinadas a retribuir por parte de la cooperativa la compra de cereal a los cooperativistas, mantiene que correspondían a las entregas efectuadas por la familia Hugo. Y que el desvío de los fondos estuvo amparado en un pacto no escrito con Hugo, por el que le autorizó a que dispusiera de tales fondos con el fin de que pudiera solventar unos problemas económicos. Fondos que posteriormente le devolvería, como de hecho hizo el Sr. Claudio a través de la venta de unos inmuebles propiedad de sus padres.

Respecto a la apropiación de las cantidades de caja procedentes de la venta de aceite y vino por parte de la cooperativa, ataca el valor de la pericia que la Sala sentenciadora tomó en consideración, porque sostiene que se encargó por la cooperativa para justificar el despido del Sr Claudio, y se elaboró a partir de documentación insuficiente y no con la contabilidad oficial; y añade que el acusado no era el único trabajador que tenía acceso al dinero metálico y a los vales que se rellenaban.

(…)

2. La Sala sentenciadora explica la prueba que ha tomado en consideración para asentar sus conclusiones probatorias.

El recurso no cuestiona las transferencias de fondos de la cooperativa hacía las cuentas del acusado, por otra parte documentalmente constatadas. Pero la versión de descargo que esgrime lo es después de que la Sala sentenciadora descartara, a partir del análisis de la prueba testifical, que las facturas que las sustentaron, elaboradas por el acusado, respondieran a operaciones reales, entre ellas a la entrega a la cooperativa de cebada procedente de las tierras del padre y el tío de la esposa del Sr. Claudio .

También rechazó como probado la Sala sentenciadora, el pacto con la familia Hugo que el acusado esgrimió entonces y también ahora para justificar el desvío a sus cuentas de los fondos destinados a retribuir a aquella por sus aportaciones de cereal. Y lo hizo a partir de las declaraciones que en fase de instrucción prestó la persona

con quien habría alcanzado tal alegado acuerdo, D. Hugo, que lo negó. (…). Otros testigos comparecientes tampoco avalaron abiertamente la tesis del acusado.(...). Y el Presidente de la Cooperativa en la fecha de los hechos declaró que la familia Hugo nada le dijo nunca de que existiera acuerdo alguno con el acusado.

A partir de esa prueba, unida a la falta de cualquier reflejo documental del aludido pacto, rechazó la Sala sentenciadora considerarlo acreditado. Conclusión lógica y que no se desvanece por el hecho de que, también a partir de la prueba practicada, diera por cierto que la familia Hugo quedó satisfecha en sus intereses económicos con la venta de unos inmuebles por parte de los padres del acusado. Lo que, como también apuntó la sentencia, pudiera estar dirigido a evitar el ejercicio de acciones penales por parte de los miembros de aquella. Todo ello con independencia de que, como más adelante analizaremos, tal extremo no afecte a la tipicidad de los hechos.

Por lo que afecta a las cantidades de caja provenientes de la venta de vino y aceite por parte de la cooperativa que se afirman sustraídas, también la sentencia contiene cumplida explicación de la prueba que sustenta sus conclusiones fácticas, distintas de la pericia, y que condensa en el fundamento sexto. Muy especialmente el examen de los vales que documentaron el pago efectuado a la cooperativa por los adquirentes, y la comprobación de que su importe no se ingresó en el banco. También la dinámica de actuación del acusado como responsable de la caja, que descarta la intervención de otras personas sin que él la hubiera detectado. Todo ello completado con la asunción de responsabilidades plasmada en el documento que el acusado suscribió ("devolver y reintegrar aquellas cantidades que por si queden fehacientemente demostradas que se hayan podido sustraer por mi parte en el más breve plazo de tiempo posible según mis posibilidades"), cuya trascendencia, dada su formación jurídica, no podía desconocer, y del que la Sala de instancia realizó una razonable interpretación.

Alega el recurso como elemento de descargo que ni Consejo Rector ni el Presidente de la cooperativa que tenían la competencia para supervisar las cuentas y las ventas pusieron tacha a la gestión del acusado durante el tiempo en que se realizaron las sustracciones. Extremo que carece de la trascendencia que le atribuye, pues lógicamente actuaron en la confianza del buen hacer del gestor, precisamente esa especial relación de confianza que quebranta el tipo penal que se aplica.

(…) En conclusión, desde el análisis que ahora nos incumbe, resulta patente que la Sala sentenciadora construyó su relato de hechos probados y basó su juicio de culpabilidad en prueba válidamente obtenida e introducida en el proceso, de adecuado contenido incriminatorio, suficiente y lógicamente valorada, por ello, idónea para desvirtuar la presunción de inocencia que al acusado amparaba.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- El segundo motivo de recurso se plantea "por vulneración del del CP y el 250.1 º y 5 º y 74 CP por cuanto los hechos probados no evidencian en absoluto la autoría del delito por el que se condena".

(…).

3. Aplicada tal doctrina [del TS] al caso que nos ocupa, la tipicidad de los hechos y la autoría del acusado surgen nítidamente a partir del relato de hechos que la Sala sentenciadora declaró probados.

Respecto al primer bloque de hechos, el acusado, como encargado de la gestión económica de la cooperativa, elaboró una serie de facturas que permitieron que los fondos destinados a sufragar el pago por la compra de cereal se le transfirieran a él, en lugar de a sus legítimos destinatarios. De esta manera, quien resultó defraudada fue la cooperativa, cuyos fondos, desviados del destino que les era propio, fueron a parar al acusado; era ella, la cooperativa, quien mantenía el compromiso de pago frente a los productores; y fue ella quien vio defraudada la confianza depositada en el acusado. Desde esa óptica, incluso carecería de trascendencia el acuerdo que el acusado dijo haber alcanzado con Hugo y que no ha quedado probado.

Respecto a la segunda secuencia fáctica, la sustracción del dinero de caja en lugar de ingresarlo en las cuentas de la cooperativa, realizada por quien tenía encomendada la gestión económica de aquella, no deja espacio alguno a la controversia.

El motivo se desestima.

(…)

CUARTO.- El cuarto motivo de recurso, canaliza a través del LECRIM la denuncia por inaplicación de la atenuante de reparación del daño.

Considera base de la misma la afirmación que contiene el relato de hechos probados al afirmar que "Hugo, a través de una sociedad suya y actuando por su representante e hijo, recibió el pago de la cebada que había entregado a la cooperativa en ese ejercicio mediante la venta de unos inmuebles de los padres del Sr. Claudio, dando por saldada la deuda constituida por el precio de la cebada que había entregado el Sr. Hugo y del que se apodero el acusado por vía de las citadas transferencias. Hugo no ha reclamado cantidad alguna a la cooperativa en pago de la cebada que le entrego a la misma. La cooperativa no le pago a este el precio de la venta de la cebada que entregó. No consta que el acusado efectuara apoderamiento de lo debido a cualquier otro socio por entrega de productos, ni que la sociedad cooperativa haya tenido que atender de patrimonio propio el pago de precio de cebada u otros productos entregados a la misma por los socios, ni nada en tal sentido le ha sido reclamado por ningún otro socio".

1.1. La actual configuración de la atenuante de reparación del daño se ha objetivado, sin exigir que se evidencie reconocimiento de culpa, aflicción o arrepentimiento.

Se trata de una atenuante ex post facto, cuyo fundamento no deriva en una menor culpabilidad del autor, sino de razones de política criminal orientadas a dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

(…)

2. En el caso que nos ocupa la Sala sentenciadora negó la apreciación de la atenuante, según explico en su fundamento octavo, porque "En este caso el acusado no intervino en la reparación. Los inmuebles entregados en la venta lo fueron por sus padres. Los contratos se firmaron por sus padres y asimismo también la escritura pública y ello contando con que los contratos se pactan en octubre de 2008 cuando no consta total incapacidad económica del acusado para intervenir directamente en esta reparación con sus bienes y así consta que a 30.9.08 la sociedad de la que era administrador único contaba con saldo medio, aun en la única cuenta que se le conoce de más de 100.000 euros".

Aunque la reparación exige un esfuerzo personal de responsable, no puede en principio negarse efectos a la que, ante la insuficiencia de medios a su alcance, realizan sus familiares, siempre que se vislumbre implicación en la iniciativa de aquel. Extremos estos que el Tribunal sentenciador descartó en este caso.

(…).

(…) en cualquier caso, concurre una cuestión relevante. No fue el patrimonio del Sr. Hugo el que resultó mermado por efecto de la apropiación que se sanciona, sino el de la cooperativa, por lo que stricto sensu aquel no goza de la condición de víctima, pues mantenía intactas sus posibilidades de reclamación a la entidad que debió pagarle y a la que no consta que reclamase. Todo ello avala la deducción de la Sala sentenciadora que entendió que la descrita operación pudo tender más que reparar el daño a evitar el ejercicio de acciones penales, lo que tampoco sería óbice para su apreciación.

Además, tampoco la reparación sería total, pues el resto de las sumas objeto de apropiación no han sido repuestas. (…)

El motivo se desestima.

(…).»

*** ATS de 25 de septiembre de 2019 (Civil) (JUR 2019/276485)**
Ponente: Eduardo Baena Ruiz

Resumen: *Los socios cooperativistas denuncian en el recurso de casación la infracción de la doctrina jurisprudencial, por un lado, sobre el principio de puertas abiertas, y sobre los efectos económicos de la baja al postergarse sine die la liquidación de sus aportaciones; y, por otro, sobre el principio de la responsabilidad limitada del socio por las deudas sociales en una sociedad cooperativa. Inadmisión del recurso de casación por falta de cita del precepto infringido y carencia manifiesta de fundamento al no respetarse la base fáctica ni la "ratio decidendi" de la sentencia recurrida.*

Fundamentos de Derecho

«(…)

SEGUNDO.- El recurso de casación, articulado en dos motivos y formulado en su modalidad de existencia de interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, incurre -en ambos- en la causa de inadmisión de falta de cita del precepto infringido. (…)

TERCERO.- Al margen del defecto formal antes expuesto, concurren a su vez causas de inadmisión de fondo en los dos motivos del recurso de casación interpuesto.

En el primero, se declara la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el principio de puertas abiertas, y sobre los efectos económicos de la baja de los socios al postergar sine die la liquidación de sus aportaciones.

Concurre -en este primer motivo- la causa de carencia manifiesta de fundamento porque el recurrente elude la ratio decidendi y la base fáctica de la sentencia de segunda instancia.

No se acredita interés casacional, ya que la parte recurrente insiste en su particular y conveniente versión y valoración de los hechos, ignorando las conclusiones de la sentencia de la audiencia- tal y como se observa claramente en la página 14 del escrito, en el que se parte de una premisa inexacta considerando que las cantidades anticipadas son aportaciones sociales.

La audiencia declara que del hecho de que el cooperativista se comprometiera contractualmente a participar de los resultados del Fondo de Compensación, implica que su actividad cooperativizada no se acaba hasta la extinción de dicho fondo. No obstante, continúa argumentando que ello no implica que el socio no pueda solicitar baja antes de la liquidación del Fondo de Compensación, por lo que la cláusula en cuestión no infringe los artículos 1 y 20 LCCM. Cuestión diversa, señala, son las

consecuencias de la baja cuando el cooperativista tiene obligaciones pendientes de pago, citando el artículo 114.6 LCCM que avala dicha interpretación, a la que se opone el recurrente.

No vulnerándose la doctrina de la sala, y pretendiendo el recurrente una nueva valoración acorde a sus intereses, no cabe sino inadmitir este primer motivo.

CUARTO.- En el segundo motivo, se denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el principio de la responsabilidad limitada del socio por las deudas sociales en una sociedad cooperativa, al exigir una responsabilidad ilimitada por el coste de bienes que no se le adjudica.

Concurre en este segundo y último motivo, la causa de carencia manifiesta de fundamento al no respetarse por el recurrente ni la base fáctica ni la ratio decidendi de la sentencia de segunda instancia.

Tal y como consta en el escrito, página 20, el recurrente parte de una premisa inexacta, que se adecúa a sus propias pretensiones: la actividad cooperativizada a terceros no socios, cuando la sentencia concluye que en todo caso se trata de una actividad con terceros socios.

Lo cierto, es que la sentencia recurrida en ningún caso conculca la doctrina jurisprudencial que se pretende vulnerada, afirmando que la responsabilidad de los socios por las deudas sociales quedará limitada al importe nominal de las aportaciones al capital social. No obstante, determina que la estipulación séptima del contrato de adhesión- cuya nulidad pretende la parte recurrente- no hace responsable a los socios de las deudas sociales sino de los costes de la cooperativa vinculados a la actividad cooperativizada que se realiza.

La audiencia habla de socios, y no de terceros, dada la vinculación entre los costes de los fondos de compensación y la adjudicación de la vivienda, que conllevan una incidencia de los primeros en el coste final que el cooperativista deberá pagar por la misma.

QUINTO.- Cuanto se ha expuesto impide tener en consideración las alegaciones efectuadas por el recurrente.

Consecuentemente, procede declarar inadmisible el recurso de casación y firme la sentencia (…).»

*** STS núm. 754/2019, 6 de noviembre (Social) (RJ 2019/5435)**
Ponente: Sebastián Moralo Gallego

Resumen: *Cooperativa de Trabajo Asociado. Jubilación anticipada. Recurso de casación para la unificación de la doctrina. Procede reconocer la jubilación anticipada a socio trabajador de cooperativa de trabajo asociado incluido en el Régimen General de la Seguridad Social por extinción de su contrato por causas económicas, acordada por Auto del Juzgado de lo Mercantil en el seno del concurso en el que se hallaba la cooperativa. Una vez integrados en el RGSS los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, las normas que regulan el citado régimen general se aplican totalmente salvo excepciones expresamente establecidas en la ley, lo que no es el caso, y aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción de su relación ha sido conformada -mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la, declaración de concurso de acreedores- a través de la concurrencia de su voluntad.*

Nota: Véase en los mismos términos SSTS (Social) núm. 1034/2018, de 10 de diciembre (RJ 2019/342); STS núm.1091/2018, 19 de diciembre de 2018 (RJ 2018/6056); STS núm. 98/2019, de 7 de febrero de 2019 (Social) (RJ 2019/1002) y STS núm. 634/2019 de 17 de septiembre (Social) (RJ 2019/3803). Esta dos últimas pueden verse en esta misma reseña.

Fundamentos de derecho

«PRIMERO.- 1.- El objeto del presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en decidir si un trabajador, socio de una cooperativa de trabajo asociado afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, tiene derecho a la jubilación anticipada cuando, reuniendo el resto de requisitos exigidos por la ley, su contrato se ha visto extinguido por Auto del Juzgado de lo Mercantil en virtud de despido colectivo tramitado en el seno del concurso en que se hallaba inmersa dicha cooperativa.

2.- La sentencia recurrida es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 2 de mayo de 2017, rec. 806/2017, que acoge el recurso de suplicación formulado por el INSS contra la sentencia de instancia que había estimado la demanda y reconoció la prestación de jubilación anticipada denegada en vía administrativa.

3.- Consta en la sentencia recurrida que la trabajadora está afiliada al Régimen General de la Seguridad Social, y ha prestado servicios como socia trabajadora de Edesa desde el 1-10-1994 hasta el 25-3-2014.

Solicitó la pensión de jubilación que el INSS le denegó, alegando no haberse producido el cese en el trabajo derivado de un despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción según el art. 207.1, apartado d), punto 1º LGSS de 30 de octubre de 2015.

El 25 de febrero de 2014 la asamblea general extraordinaria de Edesa había acordado, entre otros puntos, extinguir la obligación y el derecho a prestar su trabajo de los socios trabajadores por causas económicas, con efectos de la resolución favorable de la Autoridad Laboral. Por auto de un juzgado de lo mercantil de 8 de julio de 2014 se declararon extinguidos los contratos de los trabajadores por cuenta ajena de la cooperativa.

La sentencia recurrida ha desestimado la demanda declarando conforme a derecho la resolución del INSS, porque la demandante no cumple el requisito de que el cese en el trabajo se haya producido por causa no imputable a su voluntad, sino que la extinción de la relación societaria fue el resultado de un acuerdo adoptado en asamblea general y por causas económicas, lo que impide considerar que la actora fuese ajena a una decisión que es fruto de la voluntad de los socios, sin la concurrencia en la decisión extintiva de persona o entidad distinta a los propios socios a los que cabe atribuir la condición de empresario.

4.- Ya ha tenido ya esta Sala IV ocasión de pronunciarse en otros asuntos absolutamente idénticos al presente en la SSTS 10/12/2018, rcud. 3407/2016; 19/12/2018, rcud. 2233/2017; 7/2/2019, rcud. 649/2017; en los que concurren exactamente las mismas circunstancias del caso de autos, porque se trata de otros socios de la misma cooperativa de trabajo asociado que se encuentran en igual situación jurídica que la demandante y cuya pretensión fue desestimada por la sala de lo social del TSJ del País Vasco con los mismos argumentos, y en los que incluso se invocaba igualmente la misma sentencia de contraste.

Tan absoluta coincidencia nos lleva a reiterar el texto de las precitadas sentencias al no existir razones para aplicar en este caso una solución diferente.

SEGUNDO. 1.- Se aporta por el recurrente como sentencia de contradicción la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 12 de mayo de 2016, rec. 82/2016.

Resolución que confirmó la dictada en la instancia que reconoció el derecho del actor a que le fuera reconocida la prestación de jubilación anticipada interesada. Consta en la misma que el actor, junto a los otros seis socios, vio extinguida la relación como socio trabajador que le vinculaba a Comaintra Sociedad Cooperativa Limitada el 30-06-14, por causa económica constatada por la Inspección de Trabajo pasando a situación de desempleo, impugnó judicialmente la resolución del INSS

que le había denegado la jubilación anticipada involuntaria formulada el 17-04-15, por no haberse producido su cese en el trabajo por ninguna de las causas establecidas en el art. 161 bis.2 de la LGSS. El 10-06-14 todos los socios de la sociedad cooperativa, en asamblea general extraordinaria, acordaron por mayoría presentar ante la Autoridad laboral un ERE de extinción de todos los puestos de trabajo, renunciando a la indemnización que pudiera corresponder.

La sentencia de instancia estimó la demanda basándose en que el art. 161. bis.2.ALGSS no puede interpretarse de forma restrictiva sino flexible, pues la relación de causas de cese involuntario que enumera no es cerrada, teniendo cabida en ella aquellos casos absolutamente similares a los que el precepto menciona en que el cese se ha producido por una reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral originada por razones de tipo económico, que es la que ha dado lugar a la baja del actor en la sociedad cooperativa, colocándole en situación de desempleo.

Pronunciamiento que la Sala confirma, descartando que los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado integrados en el RGSS como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, que ven extinguida la relación contractual por causa económica, estén excluidos del acceso a la jubilación anticipada voluntaria ex art. 161.bis.2.ALGSS.

2.- Aunque en la sentencia de contraste el despido colectivo se produce fuera de una situación de concurso que si concurre en la sentencia recurrida, la contradicción entre ambas resulta evidente puesto que concurren los requisitos previstos en el LRJS, dado que la identidad sustancial de hechos deriva del dato común de la existencia de una inviabilidad económica que afecta a sendas cooperativas de trabajo asociado y que provoca la extinción del contrato de los cooperativistas por dicha causas. Se pretende en ambos casos la prestación de jubilación anticipada en base al LGSS (anteriormente el 160.1.b), obteniendo las pretensiones respuestas distintas: así mientras la sentencia recurrida entiende que el supuesto examinado no tiene cabida en el indicado precepto, la de contraste entiende que el mismo resulta plenamente aplicable.

TERCERO. 1.- La recurrente, bajo correcto amparo procesal, denuncia infracción de diversas normas; en concreto, del artículo 207. 1. d) LGSS, LGSS; Ley de Cooperativas; así como diversas sentencias de esta Sala.

El LGSS, bajo el título "Jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador", dispone que el acceso a la jubilación anticipada por esta causa exigirá una serie de requisitos relativos a edad, período previo de cotización e inscripción como demandante de empleo y, por lo que a los presentes efectos interesa, "Que el cese en

el trabajo se haya producido como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral. A estos efectos, las causas de extinción del contrato de trabajo que podrán dar derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada serán las siguientes:

1.ª El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

2.ª El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

3.ª La extinción del contrato por resolución judicial, conforme al de la Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL 2003, 1748), Concursal...".

Está claro, por tanto, que la resolución contractual efectuada por la vía del artículo 64 LC constituye causa de extinción del contrato que, junto con la concurrencia de los demás requisitos previstos normativamente justifica la prestación de jubilación en su modalidad de anticipada.

2.- Ahora bien lo que la entidad demanda considera y, con ella, la sentencia recurrida, es que en los supuestos de cooperativas de trabajo asociado lo que no concurre es el requisito general de que el contrato se haya extinguido por causas ajenas a la voluntad del trabajador que solicita el desempleo anticipado puesto que el socio cooperativista no tiene la condición de trabajador a efectos de la jubilación anticipada prevista legalmente puesto que, propiamente, no serían trabajadores por cuenta ajena y, en todo caso, su adscripción al régimen general obedece a la opción contemplada en la Disposición Adicional Cuarta LGSS que les declara como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena.

3.- Sin embargo, la Sala no comparte tal criterio; al contrario, entendemos que, una vez integrados en el Régimen General de la Seguridad Social los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, las normas que regulan el citado régimen general se aplican totalmente salvo excepciones expresamente establecidas en la ley, lo que no es el caso. Además, tal criterio debe primar sobre la literalidad del precepto que se refiere, ciertamente, a trabajadores y a extinción de la relación laboral. Por ello, aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción de su relación ha sido conformada -mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la, declaración de concurso de acreedores- a través de la concurrencia de su voluntad, lo cierto es que se ha quedado sin trabajo, viendo su contrato extinguido por una de las causas que lista el artículo 207. D) LGSS, por lo que concurre la circunstancia exigida por la norma en cuestión prevista para los supuestos de sujetos encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social que no estén expresamente excluidos de tal posibilidad de jubilación anticipada.

A mayor abundamiento, el hecho de que la reforma operada mediante el RDL 5/2013, 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, haya introducido expresamente la posibilidad de acceso a la jubilación anticipada parcial de los socios trabajadores de las cooperativas, integrados en el RGSS -que la legislación anterior no contemplaba- evidencia que para la jubilación anticipada ordinaria no era necesaria su mención expresa al ser la norma general susceptible de ser interpretada, tal como lo hacemos ahora, incluyendo al personal integrado en el Régimen General de la Seguridad Social.

4.- Hay que destacar, también, que la misma solución se adoptó en nuestra STS de 10 de diciembre de 2018 rcud. 3407/2016, en la que decimos "Cualquiera que sea el nivel de duda que pudiera suscitar el acuerdo adoptado por la Asamblea General de socios de la Cooperativa EDESA, lo cierto es que ésta había presentado solicitud de extinción colectiva por causas económicas de todas las relaciones de trabajo por cuenta ajena que en su seno existían y que el 8 de julio de 2014 el Juzgado de lo Mercantil que conocía del concurso declaró extinguidos los contratos de los trabajadores. Sin negar el carácter de numerus clausus de la lita de supuestos que encierra el artículo 161.bis A). d) de la L G S, resulta difícil no incardinar la situación del actor en uno de los contemplados en el precepto, ya sea despido colectivo ya sea despido objetivo, tan solo en función del número de afectados, convirtiendo en innecesario todo debate acerca de la necesidad de impugnación judicial de una decisión empresarial que en este caso ocupa un lugar irrelevante pues la extinción tiene su base jurídica en una decisión judicial. Es preciso insistir en este punto ya que en efecto, dada la condición de socio cooperativista, la voluntad "empresarial" extintiva se halla en parte conformada por la del trabajador, pero dadas las circunstancias en las que se produce el cese al existir un interés de terceros, los acreedores, por cuya causa se abre un procedimiento judicial específico y siendo la atención a ese interés la que prima, junto a consideraciones de trascendencia social dada la repercusión que una situación económica límite de una empresa tiene para el entorno productivo en el que se asienta, no es aquella voluntad integrada en forma plúrima la determinante del cese sino el acto judicial que le dota de eficacia frente a los particulares y frente a las instituciones".

CUARTO.- Lo anteriormente expuesto nos conduce, oído el Ministerio Fiscal, a la estimación del recurso y, en consecuencia, a resolver el debate de suplicación, declarando el derecho del demandante a la prestación solicitada en la cuantía legal. Sin que, por imperativo legal, haya lugar a la imposición de costas.»

*** STS núm. 181/2020, de 12 de febrero 2020 (Cont.-Admvo) (RJ 2020/386)**
Ponente: Eduardo Calvo Rojas

Resumen: *Banco Cooperativo Español, S.A. cuyos accionistas son cooperativas de crédito. Acuerdo Comisión Rectora del FROB en el que se establece el importe de la contribución que debe realizar al Banco Cooperativo al Fondo de Resolución Nacional: solicitud de exclusión de ciertos pasivos con el fin de evitar un doble cómputo. Interpretación de la normativa aplicable: los pasivos que se derivan de operaciones realizadas entre un banco de segundo nivel y los miembros de un grupo que tal banco conforma con cooperativas de crédito a las que presta diversos servicios, sin controlarlas, y que no comprenden préstamos concedidos en condiciones no competitivas y sin ánimo de lucro a fin de fomentar los objetivos públicos de la Administración central o de las Administraciones regionales de un Estado miembro, no están excluidos del cálculo de las contribuciones a un fondo de resolución nacional contempladas en el referido artículo 103.2. de la Directiva 2014/59. Impugnación improcedente: no están excluidos dichos pasivos.*

Fundamentos de derecho

«PRIMERO.- El objeto del presente recurso de casación.

El presente recurso de casación nº 4535/2017 lo interpone la representación de Banco Cooperativo Español, S.A. contra la sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2017, dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 119/2016.

(…) la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional ahora recurrida en casación vino a desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Banco Cooperativo Español, S.A. contra la resolución de 21 de enero de 2016 de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (en adelante FROB) que desestimó el recurso de reposición interpuesto por dicha entidad contra la resolución de 26 de noviembre de 2015 por la que se fijó la contribución del Banco Cooperativo Español al Fondo de Resolución Nacional, correspondiente al ejercicio 2015, en la cantidad de 8.610.811,63€.

En los antecedentes segundo y tercero hemos visto las cuestiones debatidas en el proceso de instancia, incluida la relativa a la procedencia del planteamiento de cuestión prejudicial, así como las razonas dadas por la Sala de la Audiencia Nacional para fundamentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo sin necesidad de plantear cuestión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Procede entonces que entremos a examinar las cuestiones suscitadas en el escrito de interposición del recurso de casación (…) donde (…) se atribuye interés casacional a la cuestión de *"(...) si existen dudas razonables para plantear una cuestión*

prejudicial de interpretación o, en su caso, de validez respecto al sistema de cálculo de las contribuciones ex ante al fondo de resolución previsto en el del Reglamento Delegado de la Comisión 2015/63 (LCEur 2015, 52) en relación con la previsión contenida en el de la Directiva 2014/59 (LCEur 2014, 1069) y el resto de la normativa comunitaria aplicable".

(…)

TERCERO.- Sobre la STJUE de 3 de diciembre de 2019 (TJCE 2019, 239) (asunto C-414/1, Iccrea Banca).

Según explica la STJUE de 3 de diciembre de 2019 (asunto C-414/18, Iccrea Banca, apartado 25), el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia) planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

"A efectos del cálculo de las contribuciones contempladas en el artículo 103, apartado 2, de la Directiva [2014/59], ¿se opone el artículo 5, apartado 1, en particular las letras a) y f), del Reglamento Delegado [2015/63], interpretado a la luz de los principios resultantes de esta misma fuente normativa, de la Directiva [2014/59], del Reglamento [n.º 806/2014] y del del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y conforme a los principios fundamentales de igualdad de trato, no discriminación y proporcionalidad consagrados en el de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y a la prohibición de doble imposición, a la aplicación del régimen establecido para el pasivo intragrupo a los supuestos en que exista un grupo de hecho" o en que una entidad esté interconectada con otros bancos de un mismo sistema? y, por otra parte, a la luz de esos mismos principios, ¿es aplicable por analogía el trato de favor que el referido artículo 5 dispensa a los pasivos promocionales a los pasivos que un banco denominado de "segundo nivel" tiene frente a los demás bancos del sistema (bancos de crédito cooperativo), o debe conducir esta última característica de una entidad, que en concreto opera como entidad central de una estructura interconectada e integrada por entidades bancarias pequeñas, también en sus relaciones con el BCE y con el mercado financiero, con arreglo a la normativa vigente, a la aplicación de correcciones en la estimación de los datos financieros presentados por la autoridad nacional de resolución a los organismos de la Unión y en la determinación de las contribuciones adeudadas por esa entidad al Fondo de Resolución en consideración a sus pasivos efectivos y a su concreto perfil de riesgo?"

Planteada la cuestión prejudicial en esos términos, el Tribunal de Justicia dedica los apartados 26 a 75 de la fundamentación de su sentencia a examinar la admisibilidad de la cuestión prejudicial, llegando a la conclusión de que "(...) la cuestión prejudicial es admisible en la medida en que se refiere al cálculo de las contribuciones

ordinarias, extraordinarias y adicionales al Fondo Nacional de Resolución italiano (apartado 75).

A partir de ahí, el examen de la cuestión prejudicial es abordado por el Tribunal de Justicia en los apartados 76 a 96 de la sentencia, cuyo contenido es el que sigue:

"[...] 76 Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el, de la Directiva 2014/59 y el, del Reglamento Delegado 2015/63 deben interpretarse en el sentido de que los pasivos derivados de las operaciones realizadas entre un banco de segundo nivel y los miembros de un grupo que tal banco conforma con cooperativas de crédito a las que presta diversos servicios están excluidos del cálculo de las contribuciones a un fondo nacional de resolución contempladas en el referido artículo 103, apartado 2.

77 El artículo 102, apartado 1, de la Directiva 2014/59 dispone que los Estados miembros se asegurarán de que, a más tardar el 31 de diciembre de 2024, los recursos financieros de los mecanismos de financiación alcancen al menos un 1 % del importe de los depósitos garantizados de todas las entidades autorizadas en su territorio.

78 Del artículo 103, apartados 1 y 2, de dicha Directiva se desprende que, con el fin de alcanzar este nivel fijado como objetivo, un Estado miembro debe velar por que se recaude de las entidades autorizadas de su territorio una contribución correspondiente a la proporción que represente su pasivo (excluidos los fondos propios) menos los depósitos garantizados respecto de los pasivos agregados (excluidos los fondos propios) menos los depósitos garantizados de todas las entidades autorizadas en ese territorio.

79 El artículo 103, apartado 2, párrafo segundo, de la referida Directiva precisa que estas contribuciones se adaptan proporcionalmente al perfil de riesgo de las entidades.

80 La Comisión puede especificar, de conformidad con el artículo 103, apartado 7, de la misma Directiva, el concepto de ajuste de las contribuciones en función del perfil de riesgo de las entidades mediante actos delegados, teniendo en cuenta una serie de aspectos que se enumeran en dicha disposición.

81 La Comisión ha hecho uso de esta autorización mediante la adopción del del Reglamento Delegado 2015/63, que, bajo el título "Ajuste de la contribución anual de base en función del riesgo", establece la exclusión de determinados pasivos del cálculo de las contribuciones a que se refiere el, de la Directiva 2014/59.

82 En primer lugar, el artículo 5, apartado 1, letra a), de este Reglamento Delegado dispone que tal exclusión debe aplicarse a los pasivos intragrupo que se deriven de operaciones realizadas por una entidad con otra que forme parte del mismo grupo, siempre que se cumplan determinados requisitos adicionales.

83 Del propio tenor de esta disposición resulta que solo puede aplicarse a las operaciones realizadas entre dos entidades pertenecientes a un mismo grupo.

84 Si bien el Reglamento Delegado 2015/63 no define directamente el concepto de "grupo", su artículo 3 especifica que, a efectos de dicho Reglamento Delegado, se aplican las definiciones que se recogen en la Directiva 2014/59.

85 El concepto de "grupo" se define en el artículo 2, apartado 1, punto 26, de la referida Directiva en el sentido de que alude a "una empresa matriz y sus filiales". A su vez, estos dos últimos conceptos se definen en el artículo 2, apartado 1, puntos 5 y 6, de dicha Directiva, mediante remisión al del Reglamento n.º 575/2013, el cual por su parte se remite a los y de la Directiva 83/349, que se corresponden esencialmente con el a, de la Directiva 2013/34.

86 De estas definiciones se deriva que la relación matriz-filial supone una forma de control que implica que la empresa matriz tenga la mayoría de los derechos de voto dentro de la filial, el derecho de nombrar o revocar a determinados directivos de la filial, o, incluso, una influencia dominante sobre dicha filial.

87 En estas circunstancias, esta relación no puede considerarse acreditada por la existencia de relaciones económicas que reflejen una asociación entre varias entidades sin que una de ellas controle a los demás miembros del grupo que conforma con tales entidades.

88 Por consiguiente, no cabe considerar que relaciones entre entidades como las mencionadas por el órgano jurisdiccional remitente, que vinculan a un banco de segundo nivel con sus socios y que consisten en la prestación de diversos servicios por parte de dicho banco de segundo nivel, permitan acreditar la existencia de un grupo en el que pueda haber "pasivos intragrupo" en el sentido del artículo 5, apartado 1, letra a), del Reglamento Delegado 2015/63.

89 En segundo lugar, el artículo 5, apartado 1, letra f), del citado Reglamento Delegado se refiere a determinados pasivos "en el caso de las entidades que concedan préstamos promocionales".

90 El concepto de "préstamo promocional" se define en el artículo 3, punto 28, de dicho Reglamento Delegado en el sentido de que comprende los préstamos concedidos por un banco de fomento o a través de un banco intermediario en condiciones no competitivas y sin ánimo de lucro, a fin de fomentar los objetivos públicos de la Administración central o de las Administraciones regionales de un Estado miembro.

91 Dado que estos criterios se refieren tanto a condiciones de funcionamiento específicas como a la consecución de determinados objetivos predeterminados, el mero hecho de que las cooperativas de crédito formen parte de un grupo como el que es objeto del asunto principal no permite acreditar que el banco de segundo nivel perteneciente a dicho grupo pueda ser considerado una entidad que gestiona préstamos

promocionales, lo que basta para descartar que una parte de su pasivo pueda cumplir los requisitos establecidos en el artículo 5, apartado 1, letra f), del Reglamento Delegado 2015/63.

92 En tercer lugar, si bien el órgano jurisdiccional remitente considera la posibilidad de que el artículo 5, apartado 1, letras a) y f), de dicho Reglamento Delegado deba interpretarse en el sentido de que es aplicable a situaciones similares a las contempladas en él, aun cuando no cumplan todos los requisitos establecidos en tales disposiciones, es preciso hacer constar que tal interpretación es incompatible con el texto de las referidas disposiciones.

93 En efecto, el artículo 5, apartado 1, del citado Reglamento Delegado no confiere a las autoridades competentes una facultad discrecional para excluir determinados pasivos en concepto de adaptación en función del riesgo de las contribuciones a que se refiere el, de la Directiva 2014/59, sino que, por el contrario, enumera con precisión las condiciones en las que un pasivo está sujeto a tal exclusión.

94 El hecho de que esta interpretación del artículo 5, apartado 1, letra a), del Reglamento Delegado 2015/63 pueda dar lugar a un doble cómputo de determinados pasivos no permite justificar una conclusión diferente, ya que, como se indica en el considerando 9 de dicho Reglamento Delegado, la Comisión no pretendía eliminar completamente toda forma de doble cómputo de los pasivos y solo ha excluido tal práctica en la medida en que existan garantías suficientes de que las exposiciones de financiación intragrupo quedarán cubiertas cuando se deteriore la situación financiera del grupo.

95 Del mismo modo, la toma en consideración de los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de proporcionalidad, mencionados por el órgano jurisdiccional remitente, no permite justificar otro resultado, toda vez que el Reglamento Delegado 2015/63 ha establecido una distinción entre situaciones que presentan notables particularidades, directamente relacionadas con los riesgos que presentan los pasivos de que se trata.

96 A la vista de todas las consideraciones expuestas, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el, de la Directiva 2014/59 y el, del Reglamento Delegado 2015/63 deben interpretarse en el sentido de que los pasivos que se derivan de operaciones realizadas entre un banco de segundo nivel y los miembros de un grupo que tal banco conforma con cooperativas de crédito a las que presta diversos servicios, sin controlarlas, y que no comprenden préstamos concedidos en condiciones no competitivas y sin ánimo de lucro a fin de fomentar los objetivos públicos de la Administración central o de las Administraciones regionales de un Estado miembro, no están excluidos del cálculo de las contribuciones a un fondo nacional de resolución contempladas en el referido artículo 103, apartado 2".

Y por tales razones, en la parte dispositiva de la sentencia el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

"El, de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y el artículo 5, apartado 1, letras a) y f), del Reglamento Delegado (UE) 2015/63 de la Comisión, de 21 de octubre de 2014, por el que se completa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a las contribuciones ex ante a los mecanismos de financiación de la resolución, deben interpretarse en el sentido de que los pasivos que se derivan de operaciones realizadas entre un banco de segundo nivel y los miembros de un grupo que tal banco conforma con cooperativas de crédito a las que presta diversos servicios, sin controlarlas, y que no comprenden préstamos concedidos en condiciones no competitivas y sin ánimo de lucro a fin de fomentar los objetivos públicos de la Administración central o de las Administraciones regionales de un Estado miembro, no están excluidos del cálculo de las contribuciones a un fondo nacional de resolución contempladas en el referido artículo 103, apartado 2".

CUARTO.- Sobre la alegada necesidad de que esta Sala plantee cuestión prejudicial.

(…) en el proceso tramitado ante la Audiencia Nacional la recurrente alegaba, en lo que ahora interesa, que a efectos de fijar su contribución ex ante al Fondo de resolución, resultaba procedente la exclusión de determinados saldos, al existir una duplicidad de los pasivos que se tienen en cuenta para determinar la contribución de las Cajas Rurales, que son los accionistas de Banco Cooperativo, sin que proceda una interpretación literalista de los supuestos de excepción establecidos en el artículo 5.1 del Reglamento Delegado, por tener que acomodarse éste al mandato contenido en la Directiva 2015(sic)/59/UE y el Reglamento 806/2014, en los que se recoge la necesidad de calcular la contribución atendiendo al perfil de riesgo de la entidad y al principio de proporcionalidad evitando la duplicidad en el cómputo de los pasivos. Alegaba por ello la recurrente que se había vulnerado el de la Directiva 2014/59 y que, en consecuencia, debía declararse la nulidad del acto recurrido; y que si la Sala de la Audiencia Nacional consideraba que no era posible la interpretación flexible del artículo 5.1 del Reglamento Delegado, procedería plantear la correspondiente cuestión prejudicial sobre la validez del citado Reglamento, porque los supuestos de

exclusión previstos en él no respetarían la finalidad propia de la Directiva 2014/59, que no es otra que el cumplimiento de los principios de perfil de riesgo y proporcionalidad.

Ya en casación, tanto en el escrito de preparación como en el de interposición (…) la parte recurrente abunda en la idea de que procede el planteamiento de la cuestión prejudicial; pero poniendo ahora el acento no tanto en la interpretación del artículo 5.1 del Reglamento Delegado sino en la (in) validez de dicho precepto.

Así, en el escrito de preparación del recurso (…) se aduce que el del Reglamento Delegado 2015/63 incurre en una vulneración del de la Directiva 2014/59 en la medida en que la Comisión no ha atendido al mandato del legislador europeo, según el cual el sistema de cálculo de las contribuciones ex ante debe ajustarse al perfil de riesgo de cada entidad, no solamente para los grupos consolidables y de los SIP. Y estas dudas le llevan a solicitar el planteamiento de una cuestión prejudicial de validez (que no de interpretación) dado que <<la limitación contenida en el artículo 5.1 del Reglamento Delegado supone introducir una regla en contra del principio de "perfil de riesgo" para entidades que no sean un grupo consolidable ni un SIP>>. A juicio de Banco Cooperativo Español, no existía excusa para que la Comisión no introdujera una cláusula de flexibilidad en el del Reglamento Delegado 2015/63 que permitiera al FROB la toma en consideración de estructuras específicas que se produzcan dobles cómputos de pasivos.

El planteamiento se reitera y se concreta en el escrito de interposición del recurso de casación (…), donde la parte recurrente especifica que la cuestión prejudicial podría ser planteada en los siguientes términos: " ¿Es compatible con el de la Directiva 2014/59/UE, así como con el artículo 16 de la Carta, el del Reglamento Delegado de la Comisión 2015/63, en la medida en que éste no prevé, para una red de cooperativas de crédito rural, ningún mecanismo que permita moderar la valoración del riesgo que se aporta al sistema, cuando la operativa de la red opera mediante dos operaciones que reflejan un mismo pasivo y no aportan un doble riesgo al sistema?".

Una vez recaída la STJUE de 3 de diciembre de 2019 (asunto C-414/18, Iccrea Banca), se dio traslado de ella a las partes para que pudiesen alegar sobre la incidencia que dicho pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pudiera tener en la resolución del presente recurso. Y en dicho trámite de alegaciones la representación procesal de Banco Cooperativo Español, S.A. vuelve a insistir en la procedencia de que por esta Sala se plantee la cuestión prejudicial toda vez que -según aduce la recurrente- entre el asunto Iccrea Banca y el caso que aquí examinamos existen diferencias; y, en todo caso, la sentencia dictada por el TJUE en el asunto C-414/18 aborda únicamente la interpretación del Derecho de la Unión Europea pero no se pronuncia sobre la validez del del Reglamento Delegado (UE) 2015/63,

de 21 de octubre de 2014, por lo que resulta procedente que esta Sala plantee cuestión prejudicial sobre la validez del citado precepto.

Pues bien, el planteamiento de la parte recurrente no puede ser asumido.

Es cierto que la sentencia dictada en el asunto Iccrea Banca no contiene un pronunciamiento directo y explícito sobre la validez del artículo 5, apartado 1, del Reglamento Delegado 2015/63; pero es indudable que lo alberga de manera implícita.

Así, a lo largo de su fundamentación jurídica (apartados 76 a 96), la STJUE hace una interpretación concordada del citado precepto del Reglamento Delegado con lo dispuesto en el artículo 103, apartado 2, de la Directiva 2014/59; y lejos de apreciar un exceso de rigidez en la manera en que el Reglamento Delegado traslada las previsiones de la Directiva, o de señalar cualquier discordancia o fricción entre los preceptos citados, el Tribunal de Justicia da respuesta a la cuestión prejudicial mediante una interpretación conjunta que pone de manifiesto que no aprecia falta alguna de sincronía entre artículo 5, apartado 1, del Reglamento Delegado 2015/63 y el, de la Directiva 2014/59. En consecuencia, el presente recurso de casación debe ser resuelto de acuerdo con la doctrina contenida en la STJUE de 3 de diciembre de 2019 (asunto C-414/18, Iccrea Banca), sin que proceda la formulación de una nueva cuestión prejudicial en la que se plantease de manera explícita la validez del artículo 5, apartado 1, del Reglamento Delegado 2015/63.

QUINTO.- Sobre la controversia de fondo. Resolución del recurso de casación.

(…) la recurrente argumenta que si bien Banco Cooperativo Español, S.A no es un grupo consolidable ni un SIP, es la cabecera de un grupo de cooperativas de crédito rural integradas mediante un acuerdo, reconocido por el Banco de España, que establece estructuras de solidaridad, cooperación y coordinación de actuaciones entre las Cajas participantes. Añade la recurrente que las Cajas participantes son las accionistas de Banco Cooperativo Español, cuya función principal es actuar como central de las Cajas a efectos de intermediar en el acceso a la financiación del Banco Central Europeo, actuar como entidad gestora para las emisiones avaladas por el Estado, intermediar en la operativa con préstamos de financiación con el Instituto de Crédito Oficial y en el mercado de repos, y que estas actuaciones de Banco Cooperativo Español se realizan en nombre de las Cajas accionistas.

Así las cosas -continúa la argumentación de la recurrente-, las operaciones que el Banco Cooperativo Español realiza con terceros, principalmente con el Banco Central Europeo, en beneficio de las Cajas, se articulan a través de dos transacciones: una, entre el Banco Central Europeo y Banco Cooperativo Español, y otra, entre Banco Cooperativo Español y la Caja asociada correspondiente. Se trata de un único pasivo, pues la financiación obtenida del Banco Central Europeo no va dirigida a Ban-

co Cooperativo Español sino a la Caja correspondiente. Sin embargo, al existir dos transacciones, se crean artificialmente dos pasivos, cuando en la realidad económica únicamente existe un pasivo frente al Banco Central Europeo. Este doble cómputo de los pasivos es el que evitan los grupos consolidables y los SIP en virtud de lo dispuesto en el del Reglamento Delegado 2015/63. Sin embargo, en la medida en que Banco Cooperativo Español no es ni un grupo consolidable ni un SIP, a menos que se aplique rectamente el de la Directiva 2014/59, se ve obligado a computar dos veces un único pasivo, aumentando así de forma desproporcionada su perfil de riesgo y, en consecuencia, su contribución ex ante al Fondo.

Ello determina, a juicio de la recurrente, que el artículo 5.1 del Reglamento Delegado 2015/63 incurre en una vulneración del artículo 103.7 de la Directiva 2014/59, en la medida en que la Comisión no ha atendido al mandato del legislador europeo, según el cual el sistema de cálculo de las contribuciones ex ante debe ajustarse al perfil de riesgo de cada entidad, no solamente para los grupos consolidables y de los SIP. Argumenta también que, de aceptarse esta contribución, se vería abocado a cambiar radicalmente su estructura organizativa, en términos incompatibles con la política de las Cajas accionistas y a la desaparición del modelo de negocio representado por dicha entidad. Y, en fin, según la representación de Banco Cooperativo Español, S.A no existía excusa para que la Comisión no introdujera una cláusula de flexibilidad en el del Reglamento Delegado 2015/63 que permitiera al FROB la toma en consideración de estructuras específicas que se produzcan dobles cómputos de pasivos.

Pues bien, la Sala no comparte este planteamiento que acabamos de reseñar.

Con independencia de las diferencias organizativas y de mecánica de funcionamiento que según la recurrente existen entre el Banco Cooperativo Español, S.A y la entidad italiana Iccrea Banca, es indudable que la STJUE de 3 de diciembre de 2019 (asunto C-414/18) contiene unas declaraciones o pronunciamientos que tienen plena virtualidad para la resolución del presente recurso, pues aquéllas son formulaciones de alcance general, que no vienen circunscritas a entidades que tengan una determinada estructura organizativa o de gestión.

Así, el Tribunal de Justicia recuerda que el artículo 103, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2014/59 precisa que estas contribuciones se adaptan proporcionalmente al perfil de riesgo de las entidades (apartado 79 de la sentencia); que, de conformidad con el artículo 103, apartado 7 de la misma Directiva, la Comisión puede especificar el concepto de ajuste de las contribuciones en función del perfil de riesgo de las entidades mediante actos delegados, teniendo en cuenta una serie de aspectos que se enumeran en dicha disposición (apartado 80); y recuerda la sentencia, en fin, que la Comisión ha hecho uso de esta autorización mediante la adopción del artículo 5 del Reglamento Delegado 2015/63, que establece la exclusión de deter-

minados pasivos del cálculo de las contribuciones a que se refiere el artículo 103, apartado 2, de la Directiva 2014/59.

En lo que se refiere a las operaciones "intragrupo", el artículo 5.1.a) de este Reglamento Delegado dispone que tal exclusión debe aplicarse a los pasivos intragrupo que se deriven de operaciones realizadas por una entidad con otra que forme parte del mismo grupo, siempre que se cumplan determinados requisitos adicionales, lo que significa que esta disposición solo puede aplicarse a las operaciones realizadas entre dos entidades pertenecientes a un mismo grupo, debiendo estarse a estos efectos al concepto de "grupo" que se define en el, de la Directiva 2014/59, que alude a "una empresa matriz y sus filiales", conceptos estos últimos -matriz y filiales- que se delimitan en el, de la propia Directiva 2014/59, mediante remisión al del Reglamento n.º 575/2013, el cual por su parte se remite a los y de la Directiva 83/349, que se corresponden esencialmente con el a, de la Directiva 2013/34 (apartados 82, 83, 84 y 85 de la sentencia).

De estas definiciones se deriva -explica el Tribunal de Justicia en los apartados 86 y 87 de la sentencia- que la relación matriz-filial supone una forma de control que implica que la empresa matriz tenga la mayoría de los derechos de voto dentro de la filial, el derecho de nombrar o revocar a determinados directivos de la filial, o, incluso, una influencia dominante sobre dicha filial. Por lo que esta relación matriz-filial no puede considerarse acreditada por la existencia de relaciones económicas que reflejen una asociación entre varias entidades sin que una de ellas controle a los demás miembros del grupo que conforma con tales entidades.

En definitiva -concluye el apartado 88 de la sentencia-, no cabe considerar que relaciones entre entidades que vinculan a un banco de segundo nivel con sus socios y que consisten en la prestación de diversos servicios por parte de dicho banco de segundo nivel, permitan acreditar la existencia de un grupo en el que pueda haber "pasivos intragrupo" en el sentido del artículo 5, apartado 1, letra a), del Reglamento Delegado 2015/63.

Establecido lo anterior, la STJUE (apartado 95) rechaza la posibilidad de interpretar que el artículo 5, apartado 1, letras a) y f) de dicho Reglamento Delegado resulte aplicable a situaciones similares a las contempladas en él aun cuando no cumplan todos los requisitos establecidos en tales disposiciones, "pues tal interpretación es incompatible con el texto de las referidas disposiciones ". Y ello, explica la sentencia (apartado 93), porque el artículo 5, apartado 1, del citado Reglamento Delegado no confiere a las autoridades competentes una facultad discrecional para excluir determinados pasivos en concepto de adaptación en función del riesgo de las contribuciones a que se refiere el, de la Directiva 2014/59, sino que, por el contrario, enumera con precisión las condiciones en las que un pasivo está sujeto a tal exclusión.

El Tribunal de Justicia es plenamente consciente de que ese modo de entender el artículo 5, apartado 1, letra a), del Reglamento Delegado 2015/63 puede dar lugar a un doble cómputo de determinados pasivos; pero afirma de manera de manera clara que esa eventual consecuencia "(...) no permite justificar una conclusión diferente, ya que, como se indica en el considerando 9 de dicho Reglamento Delegado, la Comisión no pretendía eliminar completamente toda forma de doble cómputo de los pasivos y solo ha excluido tal práctica en la medida en que existan garantías suficientes de que las exposiciones de financiación intragrupo quedarán cubiertas cuando se deteriore la situación financiera del grupo" (apartado 94 de la sentencia). Y también descarta que pueda conducir a otra conclusión la invocación de los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de proporcionalidad, pues señala el Tribunal de Justicia que "(...) el Reglamento Delegado 2015/63 ha establecido una distinción entre situaciones que presentan notables particularidades, directamente relacionadas con los riesgos que presentan los pasivos de que se trata" (apartado 95 de la sentencia).

Por todo ello, el Tribunal de Justicia responde a la cuestión prejudicial planteada señalando que "(...) el, de la Directiva 2014/59 y el artículo 5, apartado 1, letras a) y f), del Reglamento Delegado 2015/63 deben interpretarse en el sentido de que los pasivos que se derivan de operaciones realizadas entre un banco de segundo nivel y los miembros de un grupo que tal banco conforma con cooperativas de crédito a las que presta diversos servicios, sin controlarlas, [...] no están excluidos del cálculo de las contribuciones a un fondo nacional de resolución contempladas en el referido artículo 103, apartado 2" (apartado 96 de la sentencia) .

Poco más podemos añadir pues las consideraciones que acabamos del reseñar, tomadas de la STJUE de 3 de diciembre de 2019 (asunto C-414/18, Iccrea Banca), son enteramente trasladables al caso que nos ocupa y vienen a dar cumplida respuesta, en sentido desestimatorio, a los argumentos impugnatorios esgrimidos por la representación de la entidad aquí recurrente, Banco Cooperativo Español, S.A., siendo por todo ello procedente que declaremos no haber lugar al recurso de casación.»

*** STS núm. 269/2020, de 25 de febrero 2020 (Contencioso-Administrativo) (RJ 2020/602)**

Ponente: Diego Córdoba Castroverde

Resumen: *Impugnación de la Orden ETU/615/2017, de 27 de junio, por la exclusión de las cooperativas de crédito como entidades capaces de actuar como avalistas en las subastas para la asignación del régimen retribuido específico para las instalaciones de*

producción de energía eléctrica a través de fuentes de energía renovables. Vulneración del principio de igualdad del art.14 de la CE, al existir un trato desigual con Bancos y Cajas de Ahorro carente de justificación objetiva y razonable, siendo la previsión contraria a Derecho.

Fundamentos de derecho

«PRIMERO.- La Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, interpone recurso contencioso-administrativo contra la Orden ETU/615/2017, de 27 de junio del Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital y solicita la nulidad de pleno derecho de la misma.

El objeto de la orden impugnada es establecer el procedimiento y reglas de la nueva subasta pública para la asignación del régimen retributivo específico para las nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a través de fuentes de energía renovables.

En lo que referente a las reglas de participación de la subasta, la Orden hacía suyas y traía a este nuevo procedimiento selectivo las reglas recogidas en la Resolución de 10 de abril de 2017, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se establecen el procedimiento y las reglas de la subasta para la asignación del régimen retributivo específico a nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a través de fuentes de energía renovables, convocada al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 359/2017, de 31 de marzo.

La Resolución de 10 de abril de 2017 exigía a los participantes de la subasta la constitución y presentación de una garantía (apartado 14) que debía constituirse de acuerdo a lo previsto en el apartado 5 del Apéndice III. El apartado 5.3, relativo a la formalización de las garantías, establecía que los participantes de la subasta deberían garantías financieras suficientes, irrevocables y ejecutables a primera demanda, mediante los siguientes instrumentos: Depósito en efectivo, Aval de carácter solidario, por el certificado de Seguro de Caución solidario.

Y por lo que respecta al aval solidario establece que debe ser "prestado por Banco o Caja de Ahorros residente en España o sucursal en España de entidad no residente, que no pertenezca al grupo de la avalada o afianzada".

(…)

TERCERO.- Sobre la falta de legitimación activa.

La entidad recurrente impugna esta previsión por entender que en su condición de "Sociedad Cooperativa de Crédito" queda excluida de la posibilidad de avalar a los participantes en la subasta, ya que tan solo se permite que el aval se preste por Bancos o Cajas de Ahorros y no por las restantes entidades de crédito. Esta exclusión

le genera un perjuicio al excluir su participación el procedimiento de asignación del régimen retributivo, impidiendo que pueda avalar a sus clientes y estos tengan que acudir a otra entidad bancaria. Argumenta que la anulación de la norma impugnada le reportaría un efecto positivo que se traduce en el respeto a su libertad de empresa y su participación competitiva en el mercado eléctrico en términos de igualdad. Una norma que no recogiese dicha limitación le habría permitido prestar avales a sus clientes y que estos pudieran solicitárselos, cosa que no ha sido posible. Y finalmente aduce que para que exista un interés legítimo el daño o la ventaja no tiene que revestir necesariamente carácter patrimonial.

Por el contrario, los demandados sostienen su falta de legitimación por entender que la recurrente no acredita tener un interés legítimo al no haber justificado en qué medida la Orden recurrida le supone un perjuicio, daño o frustración económica. Los destinatarios de la Ordenanza no son las entidades avalistas sino los operadores interesados en participar en la subasta de potencia instalada y ninguno de los licitadores de la subasta ha entendido que se produjese un perjuicio antijurídico por el hecho de que la Administración haya acotado las entidades que pueden ser avalistas en el procedimiento. Y tampoco ha resultado acreditado que ningún licitador haya sido excluido o perjudicado por esta previsión, sin que la imposibilidad teórica de presentar un aval de dicha cooperativa de crédito legitime a la recurrente para impugnar el proceso selectivo. Por ello, entienden que la Caja Rural no ha especificado que efectos positivos o negativos se derivarían de la anulación de la Orden recurrida más allá de una potencial expectativa teórica de haber podido participar como avalista de los licitadores de la subasta.

(…)

Es cierto que la Orden no trata de regular la actividad de las entidades de crédito y que el principal destinatario de la misma son los operadores interesados en participar en la subasta de potencia instalada, pero ello no excluye que la Orden pueda afectar a la entidad recurrente que, en su condición de entidad de crédito, se ve excluida de poder avalar a quienes deseen participar en la subasta convocada. Esta exclusión limita su actividad comercial e impide prestar un servicio que puede ser requerido por sus clientes, de modo que una eventual sentencia estimatoria, que le reconociese el derecho a poder avalar en las mismas condiciones que los Bancos y Cajas de Ahorro en las subastas que se convoquen, le genera un beneficio real y no meramente hipotético.

Por otra parte, para acreditar la existencia de un perjuicio, no es preciso aportar el testimonio de un cliente que, por estar avalado por la Caja Rural, fuese excluido de la subasta, ni siquiera la existencia de un participante que hubiese preferido ser avalado por dicha entidad y que tuvo que acudir a otra diferente. El perjuicio real para dicha entidad, que no necesariamente ha tenido que traducirse en una pérdida patrimonial

demostrable, se produce desde el momento en que las bases de la subasta le impiden poder avalar a los partícipes, pues estos, conocedores de esta circunstancia, acudirán a otros Bancos o Cajas de Ahorro, evitando así el riesgo de poder ser excluidos del proceso. De hecho, la inicial imposibilidad de ofrecer este servicio al público en general la sitúa en una posición de inicial desventaja respecto de otras entidades de crédito que puedan prestarlo.

Por todo ello, procede rechazar la falta de legitimación activa opuesta por las partes demandadas.

CUARTO.- Sobre la exclusión de la Caja Rural como avalista en las subastas para la asignación del régimen retributivo específico para las nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a través de fuentes de energía renovables.

La recurrente es una entidad de crédito, constituida en la modalidad de Cooperativa de Crédito, tal como figura en el Registro Oficial de Entidades del Banco de España, regulada y sometida, al igual que el resto de entidades de crédito (bancos, cajas de ahorro y el Instituto de Crédito Oficial), a la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, y a su normativa de desarrollo, fundamentalmente el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero. Es un hecho no controvertido que las cooperativas de crédito están autorizadas para avalar.

El fondo de la controversia se centra en la imposibilidad de que las entidades de crédito, distintas de los bancos y cajas de ahorro, puedan avalar a los participantes en la subasta convocada por la Orden impugnada.

Ya hemos destacado que la Orden impugnada hacía suyas e incorporaba a este nuevo procedimiento selectivo las reglas recogidas en la Resolución de 10 de abril de 2017, de la Secretaría de Estado de Energía. Una de estas reglas establecía que los participantes de la subasta deberían prestar garantías financieras suficientes, irrevocables y ejecutables a primera demanda, mediante alguno de los siguientes instrumentos: Depósito en efectivo, aval de carácter solidario, o certificado de seguro de caución solidario. Más específicamente, y por lo que respecta al aval solidario, se establecía que debía ser "prestado por Banco o Caja de Ahorros residente en España o sucursal en España de entidad no residente, que no pertenezca al grupo de la avalada o afianzada". Y en el caso de que las garantías se formalicen mediante aval bancario o seguro de caución, se exigía la entidad avalista o aseguradora del participante deberá alcanzar una calificación crediticia (rating) mínima de "Investment Grade" otorgada por al menos una de las entidades siguientes; S&P, Moody's o Fitch. El rating mínimo exigible será BBB- si es otorgado por S&P o Fitch, y Baa3 si lo es por Moody's.

La entidad recurrente considera que la exclusión de las cooperativas de crédito como entidades autorizadas para avalar a los partícipes de esta subasta vulnera el

principio de igualdad, la normativa de Unidad de mercado, y el principio de jerarquía normativa.

Comenzando por esta última, la recurrente sostiene que la Orden, en el extremo que nos ocupa, resulta contraria al Real Decreto 161/1997, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos. En dicha norma se regulan, de forma general, las modalidades de garantías y depósitos que han de presentarse ante dicho órgano, constituyéndose como un marco general de referencia en la regulación de la gestión y de los requisitos de las garantías que hayan de otorgarse a favor de la Administración del Estado y otras Administraciones públicas.

Las previsiones contenidas en dicha norma constituyen el punto de referencia para el resto de las normas en las que se prevea la necesidad de garantizar alguna de las obligaciones que se establezcan. Es en este contexto en el que el artículo 3, al establecer las modalidades de garantías que deben constituirse en la Caja enumera, entre otras, "los avales prestados por las entidades de crédito" y el artículo 15, relativo a las características del aval, afirma que "Sólo se admitirán garantías en la modalidad de aval cuando el avalista sea una entidad de crédito o una sociedad de garantía recíproca", regulándose, a continuación, las características del aval y las circunstancias excluyentes que impiden tener la condición de avalista (art. 16), tales como: no encontrarse en situación de moda como consecuencia del impago de obligaciones derivadas de la incautación de anteriores avales, hallarse en situación de suspensión de pagos, con la autorización administrativa para el ejercicio de su actividad suspendida o revocada, no superar el límite de los importes avalados.

Desde una vertiente positiva, el art. 15 establece la regla general de que puedan actuar como avalista a favor de la Administración del Estado las entidades que tenga la consideración de "entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca" y no incurran en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente. Y desde una vertiente negativa, dicho precepto excluye que puedan hacerlo los que no tengan la consideración de entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca.

Conviene precisar que en este precepto no se contiene un mandato dirigido a todas las Administraciones Públicas por el que se las imponga incondicionalmente la obligación de admitir como avalistas a todas las entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca en cualquier proceso público, ni puede deducirse que la exclusión de algunas de dichas entidades resultaría contrario a esta precepto o que una norma de rango inferior que limitase la participación a algunas entidades vulneraría el principio de jerarquía normativa.

En definitiva, el hecho de que la Orden impugnada disponga que el aval podrá ser otorgado por "Bancos o Cajas de Ahorro", sin mencionar a otras entidades de crédito (como es el caso de las cooperativas de crédito), no determina por sí mismo una vio-

lación del principio de jerarquía normativa, pues al establecer que los avales de este proceso pueden ser prestados por un tipo de entidades (Bancos y Cajas de Ahorros), que ostentan la condición de entidades de crédito, no entra en contracción con la previsión contenida en el del Real Decreto 161/1997, sino que, por el contrario, se ajusta a lo previsto en dicha norma.

Cuestión distinta, que enlaza con las restantes infracciones denunciadas, es si la exclusión de esta subasta de las cooperativas de crédito, en cuanto entidades habilitadas para avalar, es contraria al principio de igualdad.

A tal efecto, debe partirse de que no toda desigualdad de trato supone una discriminación ni vulneración del principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca una justificación objetiva y razonable para ello.

Es cierto que los bancos y cajas de ahorros y las cooperativas de crédito no son entidades idénticas, pero, desde la perspectiva que nos ocupa, se encuentran en una situación jurídicamente asimilable, ya que, a tenor de lo previsto en los y del Real Decreto 161/1997, todas ellas, en cuanto entidades de crédito, puedan actuar como avalistas, y prestar esta modalidad de garantía, cuando así sea exigida en las actuaciones o procesos públicos ante la Administración del Estado.

Por ello, la exclusión de las cooperativas de crédito como posible avalista de los participantes de la subasta implica una diferencia de trato respecto de los bancos y cajas de ahorro, que se encuentran en la misma posición.

También es cierto que todas las entidades de crédito no poseen un derecho absoluto a participar como avalista en todos y cada uno de los procedimientos que emprenda cualquier poder público, ya que la Administración podrá establecer condiciones y requisitos en atención a las características del proceso, la finalidad que persigue y la garantía que considere necesaria. Por ello, en cada proceso, al tiempo de modular las características de la garantía y de la entidad que puede actuar como avalista, puede establecer exigencias de carácter objetivo que impidan o limiten la intervención de aquellas entidades de crédito que no cumplan con esas condiciones.

Ahora bien, estos límites o condiciones deben estar justificados por razones objetivas. Sin embargo, la Administración no motiva las razones que le llevan a establecer esta exclusión, ni en la Orden impugnada ni en la resolución de 10 de abril de 2017 a la que se remite, por lo no que no queda acreditado una justificación objetiva y razonable que avale la diferencia de trato dispensada a la entidad recurrente respecto de los Bancos y Cajas de Ahorros.

La Administración no goza de una absoluta discrecionalidad que le permita decidir las entidades de crédito que podrán participar o no como avalistas en los procesos

públicos iniciados a instancia de la Administración del Estado, pues, en principio, tal y como se establece en el del Real Decreto 161/1997, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos, lo serán "las entidades de crédito o una sociedad de garantía recíproca". Podrá establecer límites o condiciones, pero estos deben responder a una justificación objetiva y razonable, que, además, sea proporcionada con la finalidad que se persigue.

De hecho, en el proceso que nos ocupa se establece como condición que bancos o cajas de ahorros alcancen la calificación crediticia (el rating) mínima otorgada por las agencias de calificación que se mencionan. Y esta condición, tomando en consideración que se trata de una aval solidario, que es irrevocable y ejecutable a primera demanda, se aprecia como una limitación objetiva y razonable exigida por razones de solvencia mínima de la entidad para poder actuar como avalista de los intervinientes en la subasta, pero que podrán cumplir no solo los bancos y cajas de ahorro sino también otras entidades de crédito como las sociedades cooperativas.

Por todo ello, se considera que la exclusión de las cooperativas de crédito, como la recurrente, como entidades capaces de actuar como avalistas en el proceso convocado por la Orden impugnada incurre en un trato desigual carente de justificación objetiva y razonable.

QUINTO.- Sobre el alcance de nuestro pronunciamiento.

La previsión a la que nos venimos refiriendo es, por tanto, contraria a derecho, no por permitir que los bancos y cajas de ahorro puedan actuar como avalistas en esta subasta, sino por excluir, sin justificación objetiva, a otras entidades de crédito, como la recurrente, que cumpliesen con los requisitos de solvencia establecidos en la convocatoria.

Ello, no obstante, el alcance de la vulneración apreciada no permite declarar la nulidad de la Orden impugnada ni siquiera la de la convocatoria y la subasta, ya celebrada, en la que se adjudicó unas cuotas de potencia en favor de 40 operadores de sector para la producción de energía. La falta de intervención de la entidad recurrente no conlleva que los avales emitidos por bancos o Cajas de Ahorros deban ser invalidados, ni su ausencia ha condicionado la validez del proceso celebrado ni los criterios de puntuación y asignación de potencia instalada, nada habría cambiado en virtud de quienes hubiesen sido sus avalistas.

El perjuicio invocado por la entidad recurrente, centrado en la imposibilidad de avalar, no se remedia acordando la nulidad de la Orden impugnada sino posibilitando que puedan hacerlo en futuras subastas y, eventualmente pueda reclamar los daños y perjuicios derivados de la exclusión, cuestión ajena a este procedimiento.»

*** STS núm. 126/2020, de 26 de febrero 2020 (Civil) (RJ 2020/593)**
Ponente: Juan María Díaz Fraile

Resumen: *Cooperativa de Trabajo Asociado. Baja justificada de un socio de una cooperativa por reconocimiento de una incapacidad laboral permanente. Distinción entre el concepto de reembolso de las aportaciones al capital social de la cooperativa y el concepto de retorno cooperativo. El socio, tras su baja justificada, tiene derecho al reembolso de sus aportaciones al capital social ex lege, no así al derecho de retorno cooperativo dado que este requiere de unos excedentes de la actividad económica y de un acuerdo de la asamblea general de la cooperativa aprobando la imputación de dichos excedentes al retorno, que en el presente caso no se acreditan.*

Fundamentos de derecho

«PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

1.- D. Constantino formó parte como socio trabajador de la cooperativa de trabajo asociado Cogalso Ferrolterra, siendo partícipe de la misma hasta causar baja por el reconocimiento de una Incapacidad Laboral Permanente en el año 2014.

2.- El Sr. Constantino interpuso una demanda contra la cooperativa Cogalso Ferrolterra interesando un pronunciamiento de condena al pago a la actora de la cantidad de 19.133,17 euros, cantidad que se desglosa en dos partidas: 398,17 euros en concepto de reembolso de aportaciones al capital, y 18.735 euros en concepto de "retorno cooperativo" imputable al ejercicio del año 2009; más los intereses devengados según el art. 64.4, párrafo segundo, de la Ley de Cooperativas de Galicia, así como los de la LEC a partir de la sentencia.

3.- La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda.

Las razones de la desestimación fueron, en síntesis, las siguientes: (i) en cuanto al pretendido reembolso de las aportaciones al capital de la cooperativa, la suma reclamada resulta inexigible al no haber transcurrido el plazo de 5 años a partir de la fecha de la baja, plazo que fija el art. 55 de los estatutos de la cooperativa, conforme al cual "el plazo de reembolso no podrá exceder de cinco años a partir de la fecha de la baja ..."; (ii) en cuanto a la segunda partida reclamada (en la cuantía de 18.735 euros), para concretar la calificación de la naturaleza de tal pretensión parte de la distinción, reflejada en los estatutos de la cooperativa, entre "anticipos laborales" y "retorno cooperativo". A los primeros alude el art. 11 de los estatutos, que se refiere al derecho de los socios trabajadores a "percibir periódicamente en plazo no superior a un mes, anticipos laborales en cuantía similar a las retribuciones normales en la

zona y sector de actividad para los distintos puestos de trabajo categorías profesionales, sin perjuicio de lo establecido en el número 4 del art. 57 de los Estatutos"; esto es, sin perjuicio del retorno cooperativo a que alude este último artículo; (iii) la citada cantidad reclamada no tiene naturaleza jurídica de "anticipo laboral" ni es asimilable, en consecuencia, a salarios, por lo que no cabe declarar su prescripción conforme al del Estatuto de los Trabajadores, como sostiene la demandada; (iv) por tanto, corresponde a dicha cantidad la calificación jurídica de "retorno cooperativo"; (v) ahora bien, el art. 57 de los estatutos, relativa a la imputación de los resultados favorables del ejercicio, condiciona la aplicación de los excedentes al retorno cooperativo, primero, a que antes se hayan cubierto las dotaciones legalmente previstas a los fondos obligatorios y, segundo, a una previa decisión de la asamblea general de la cooperativa, órgano competente al efecto; (v) habiéndose acordado el reparto de los excedentes por el consejo rector de la cooperativa, y no por la asamblea general, el acuerdo es nulo por incompetencia del órgano que lo adoptó.

4.- Recurrida la sentencia de primera instancia por el Sr. Constantino, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación con base, resumidamente, en las siguientes razones: (i) es correcta la calificación hecha en la primera instancia de los dos cantidades reclamadas como reembolso de aportación al capital y de retorno cooperativo; (ii) tampoco hay duda de que en el presente caso estamos ante un supuesto de baja obligatoria del socio cooperativista por causa justificada al perder el actor, como socio trabajador, la capacidad para desarrollar la prestación de su trabajo, una vez declarado en situación de incapacidad permanente total; (iii) si bien la Ley de Cooperativas de Galicia permite, en su art. 64, que en caso de baja del socio el órgano de administración de la cooperativa fije un plazo de reembolso de la liquidación de hasta cinco años a partir de la fecha de expulsión o de baja no justificada, sin embargo, en caso de baja justificada dicho plazo máximo es de tres años; (iv) dicha liquidación debe comprender tanto las aportaciones obligatorias al capital social como el retorno cooperativo, dando derecho las cantidades aplazadas a percibir el interés legal del dinero desde la fecha de cierre del ejercicio en que se causó la baja; (v) en consecuencia, no es posible retener por parte de la cooperativa las cantidades referidas al no haberse fijado plazo alguno por el consejo rector para su devolución y ser el plazo máximo de retención aplicable al presente caso el citado de tres años, plazo que ya había transcurrido.

SEGUNDO.- Recurso extraordinario de infracción procesal.

1.- Planteamiento.

El motivo denuncia la vulneración del derecho fundamental de defensa en la vertiente probatoria al existir un error patente o arbitrariedad en la valoración reali-

zada por la sentencia recurrida que comporta una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, al amparo del LEC.

En el desarrollo del motivo se aduce que la sentencia de la Audiencia Provincial, en su fundamento de derecho cuarto, señala la imposibilidad de retener por parte de la cooperativa las cantidades reclamadas por el actor (tanto las aportaciones sociales como las cantidades objeto de retorno) por no haberse fijado plazo de devolución alguno por el consejo rector de la cooperativa. Pero la competencia que estos casos es de la asamblea general y no del consejo rector (artículo 67.4 LCG), asamblea que había adoptado un acuerdo fechado el 3 de agosto de 2013 respecto de otro socio al que se adeudaban también determinadas cantidades, acuerdo votado a favor por el actor, en el que se decidió retrasar el retorno cooperativo hasta que la situación económica de la cooperativa permitiera que se abonase a todos los cooperativistas. Este acuerdo fue obviado por la Audiencia Provincial al afirmar su inexistencia. Al omitir un medio probatorio esencial, la sentencia de la Audiencia, a juicio de la recurrente, no supera el canon de razonabilidad y genera indefensión en la demandada.

2.- Decisión de la Sala. Desestimación.

El motivo debe ser desestimado. (…)

En el presente caso lo que afirma la sentencia recurrida sobre la cuestión fáctica objeto del motivo es que respecto del reembolso de las cantidades reclamadas en la demanda "no se fijó plazo de devolución alguno por el Consejo Rector (art. 55 Estatutos)" y, más adelante, "no habiéndose pronunciado el Consejo Rector respecto de la liquidación de las aportaciones del demandante [...]"; afirmaciones que son compatibles con el hecho de que conste en autos un acuerdo de la asamblea general que, a propósito de la reclamación de otro cooperativista, decide un aplazamiento de los retornos cooperativos a un momento posterior en que la situación económica de la cooperativa permitiera su liquidación y abono a todos los socios.

El acierto o desacierto de la consideración de que parte la Audiencia sobre la competencia del consejo rector para la adopción de acuerdos en la citada materia, y la valoración de las consecuencias jurídicas derivadas de la falta de un acuerdo del citado órgano de administración sobre tal cuestión, son materias de carácter sustantivo que no pueden ser traídas para su revisión al cauce del recurso extraordinario de infracción procesal, por ser propias del recurso de casación.

TERCERO.- Recurso de casación. Planteamiento de los dos motivos.

1.- El recurso se articula a través de dos motivos. En el primero se denuncia la infracción del de la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia (en lo sucesivo LCG), con relación al art. 67.1 y 2 de la LCG. El segundo motivo del recurso se basa en la denuncia de la infracción de los arts. 60 y 67.4 de la LCG.

2.- En el desarrollo de los motivos se alega, en cuanto al primero, que la Audiencia confunde los conceptos de retorno cooperativo y reembolso, ignorando la distinta naturaleza jurídica que ambos tienen en la ley, de forma que la sentencia recurrida anuda a la baja del socio la consecuencia del reparto del retorno cooperativo, cuando el art. 64.4 sólo reconoce el derecho del socio que causa baja al reembolso de "sus aportaciones al capital social".

En el desarrollo del segundo motivo se razona que la sentencia recurrida parte de la concesión automática, por la sola circunstancia de la baja obligatoria, del retorno, sin tener en cuenta la exigencia legal de un previo acuerdo de la asamblea general, órgano competente para ello, y a las condiciones de dicho acuerdo.

3.- Dada la íntima conexión que existe entre ambos motivos, que básicamente se refieren a una misma cuestión jurídica, los resolveremos de forma conjunta.

CUARTO.- Distinción entre el concepto de reembolso de las aportaciones al capital de la cooperativa y el concepto de retorno cooperativo.

1.- La Ley de Cooperativas de Galicia, de forma similar a lo previsto en otras leyes autonómicas de cooperativas y en la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (arts. 51 y 58), distingue, como conceptos claramente diferenciados, entre el reembolso de las aportaciones al capital social en caso de baja del socio, por un lado, y por otro el retorno cooperativo, como posible destino de los excedentes económicos del ejercicio.

Al primero de tales conceptos se refiere el art. 64 de la LCG, que dispone en su apartado 1:

"1. Los estatutos regularán el derecho de las personas socias al reembolso de sus aportaciones al capital social en caso de baja.

La liquidación de estas aportaciones se hará por su valor nominal según el balance de cierre del ejercicio en que se produjese la baja.

Pueden establecerse deducciones sobre todas las cantidades reembolsables por los conceptos de aportaciones obligatorias, el retorno cooperativo a que, en su caso, tengan derecho y fondos de reserva repartibles que, en su caso, pudieran corresponderles, que no serán superiores al 30% en caso de expulsión ni al 20% en caso de baja no justificada; [...]

En caso de baja justificada, no procederá deducción alguna. [...]".

Por su parte, el apartado 4 del mismo art. 64 establece:

"4. El órgano de administración podrá aplazar el reembolso de la liquidación en el plazo que señalen los estatutos sociales, que no será superior a cinco años en caso de expulsión o baja no justificada, a tres años en caso de baja justificada y a un año

en caso de defunción, a contar desde la fecha del cierre del ejercicio en que la persona socia causó baja.

Las cantidades aplazadas darán derecho a percibir el interés legal del dinero desde la fecha de cierre del ejercicio en que la persona socia causó baja, no pudiendo ser actualizadas. [...]".

Finalmente, el apartado 5 del mismo precepto concede al órgano de administración de la cooperativa un plazo de un mes, desde la aprobación de las cuentas del ejercicio en que se haya causado baja el socio, para comunicarle la liquidación efectuada.

2.- Por otra parte, el denominado "retorno cooperativo" se encuentra regulado en el art. 67 de la misma ley, bajo la rúbrica de "distribución de los excedentes". En el mismo se regula un régimen de tales excedentes basado en los siguientes criterios:

a) de forma anual se destinará de los excedentes contabilizados para la determinación del resultado del ejercicio, una vez deducidas las pérdidas de ejercicios anteriores y antes de la consideración del impuesto de sociedades del ejercicio económico, un 20% mínimo al Fondo de Reserva Obligatoria; un 5% mínimo al Fondo de Formación y Promoción; y de los beneficios extracooperativos y extraordinarios, como mínimo un 50% al Fondo de Reserva Obligatorio, como regla general;

b) el resto, una vez satisfechos los impuestos exigibles, estará a disposición de la asamblea general, que podrá destinarlo: bien al retorno cooperativo a favor de los socios, bien a la dotación a fondos de reserva voluntarios de libre disposición, bien al incremento de los fondos obligatorios, o a la participación del personal trabajador asalariado en los resultados de la cooperativa;

c) el retorno cooperativo se caracteriza por dos notas: (i) ser la parte del excedente disponible que la asamblea general acuerde repartir entre los socios; (ii) el reparto se hará en proporción a las operaciones, servicios o actividades realizadas por cada socio con la cooperativa, sin que pueda determinarse en caso alguno en función de las aportaciones al capital social.

3.- De la citada regulación del régimen económico de las cooperativas, en la parte reseñada, resulta una clara diferenciación entre la naturaleza y el régimen jurídico del derecho de reembolso y del derecho de retorno.

En cuanto al primero, los socios tienen derecho a exigir el reembolso de las aportaciones obligatorias al capital social en el caso de baja o expulsión de la sociedad cooperativa; la liquidación de estas aportaciones se practicará a partir del cierre del ejercicio social en el que se ha originado el derecho al reembolso. Para practicar la liquidación en el caso de baja justificada no cabe aplicar ningún porcentaje de reducción o descuento. El plazo de reembolso será de cinco años en el caso de expulsión o baja no justificada y de tres en el caso de baja justificada (de uno sólo en

caso de defunción). Durante estos plazos las aportaciones devengarán el interés legal del dinero. El órgano competente para llevar a cabo la liquidación es el órgano de administración.

Este régimen legal tiene su base en el hecho de que los principios que informan el régimen económico de las sociedades cooperativas son muy diferentes a los que informan las sociedades de capital, como afirmó la sentencia de esta sala núm. 48/2014, de 6 de febrero.

El capital social tiene en la sociedad cooperativa una función diferente a la que tiene en la sociedad de capital. No constituye el criterio básico para atribuir a los socios los derechos políticos y económicos en la sociedad, papel que corresponde a la actividad cooperativizada. De ahí que el art. 67.2 de la LCG prevea que el retorno cooperativo (beneficio empresarial que revierte al socio al modo de los dividendos en las sociedades capitalistas) se acreditará a favor de los socios en proporción a las operaciones, servicios o actividades realizadas por aquellos con la cooperativa, sin que pueda acreditarse en caso alguno en función de las aportaciones al capital social.

Este papel secundario del capital social en la estructura societaria se observa también en el hecho de que su cifra sea variable pues los estatutos han de fijar únicamente un capital social mínimo (arts. 14 nº1.4 LCG), lo que se conjuga con el principio de "puerta abierta", por el que el socio puede abandonar la cooperativa recuperando sus aportaciones, según el valor acreditado que tengan a partir del balance de cierre del ejercicio social en el que se ha originado el derecho al reembolso y con determinadas deducciones, en su caso (art. 64.1), y con concesión de un plazo de hasta cinco años para hacer efectivo el reembolso (art. 64.4), para evitar problemas de descapitalización.

Este principio de "puerta abierta", como señaló la citada sentencia 48/2014, de 6 de febrero, se ha visto matizado en la normativa estatal por la modificación introducida por la de la Ley 16/2007, de 4 de julio, para adaptarla a los estándares internacionales de contabilidad (NIC 32), pero tal reforma no afecta al supuesto objeto de este recurso, regido por la ley autonómica gallega vigente cuando sucedieron los hechos.

4.- De otro lado, en cuanto a la aplicación de excedentes, después de establecerse en la norma (art. 67.1 LCG) la proporción de los beneficios obtenidos en el ejercicio que debe destinarse a dotar los fondos obligatorios, se autoriza a la asamblea general de la cooperativa para decidir el destino de los excedentes disponibles, y entre estos posibles destinos se incluye el de su aplicación al retorno cooperativo, el cual se acreditará y calculará, como se ha dicho, en proporción a las operaciones, servicios o actividades que cada socio haya realizado en la sociedad cooperativa.

En consecuencia, como acertadamente afirma la recurrente, el retorno es la parte de los excedentes netos del ejercicio económico (y en su caso los beneficios extracooperativos y extraordinarios) que la asamblea general decide distribuir entre los socios y, por tanto, se encuentra condicionado a la concurrencia de un doble requisito: la existencia de un resultado económico positivo del ejercicio, y la adopción de un acuerdo de la asamblea general (o precepto estatutario) que mute o transforme el derecho social en abstracto del socio al retorno (hasta entonces en situación de mera expectativa) en un concreto derecho de crédito, determinado, líquido y exigible, a su favor.

Por ello, si no se adopta dicho acuerdo asambleario, o hasta tanto no adopte, no existe un derecho subjetivo patrimonializado por el socio cooperativista al devengo y cobro del retorno cooperativo.

Como señala la exposición de motivos de la LCG, en cuanto a la distribución de excedentes:

"partiendo de las asignaciones mínimas legales a fondos obligatorios, [la ley] abre un importante campo de autonomía de la Asamblea General para acordar su destino con la posibilidad de incrementar los fondos obligatorios o crear fondos de reserva voluntarios, irrepartibles o no, o destinarlo al retorno cooperativo según la definición que del mismo se establece".

5.- Diversamente, el derecho al reembolso de las aportaciones al capital se genera ex lege como consecuencia de la baja del socio. Las distintas razones a las que puede responder dicha baja condicionarán tanto la posibilidad de hacer descuentos del importe a reembolsar en la liquidación correspondiente, como el plazo en que se habrá de ejecutar o abonar dicho reembolso, actuaciones que en esta materia corresponden al órgano de administración de la cooperativa (consejo rector) y no a su asamblea general.

La actuación del consejo rector está delimitada por los citados parámetros (operaciones de liquidación, aplicación de los descuentos legales procedentes, y fijación del plazo de abono dentro de los límites legales). En los casos de bajas justificadas, como la que corresponde a los hechos de la presente litis, no cabe aplicar descuento alguno (art. 64.1, último párrafo, LCG) y el plazo máximo para realizare el abono de la cantidad resultante de la liquidación es de tres años (art. 64.4 LCG). Este límite legal es inderogable por los estatutos de la cooperativa y por los acuerdos de su asamblea general.

QUINTO.- Decisión de la Sala sobre el recurso de casación. Desestimación parcial.

1.- Aplicando las consideraciones anteriores al caso objeto del presente recurso procede confirmar los pronunciamientos de la sentencia recurrida respecto del re-

embolso de las aportaciones al capital social del actor, y revocar dicha sentencia en cuanto a sus pronunciamientos sobre el retorno cooperativo.

2.- En cuanto al reembolso de las aportaciones, no cabe invocar en contra de la pretensión del demandante el tenor del art. 55 de los estatutos de la cooperativa. Aun cuando el apartado 5º de este artículo prevé que "el plazo de reembolso no podrá exceder de cinco años a partir de la fecha de la baja ...", dicho precepto ni puede derogar el régimen legal aplicable antes reseñado (art. 64.4 LCG), ni está huérfano de toda posible interpretación susceptible de conciliarse con dicho régimen legal. En concreto, entendiendo que la previsión del citado plazo estatutario de cinco años se circunscribe a los casos en que ese mismo término se prevé legalmente, esto es, para los casos de expulsiones y bajas no justificadas, supuesto distinto al que es objeto del presente pleito, que es un caso de baja justificada por haber sido declarado el socio en situación de incapacidad laboral permanente. Para este caso el plazo máximo de aplazamiento del reembolso de la liquidación es de tres años desde la baja. En todo caso dicho plazo actúa como límite de la facultad del órgano de administración de acordar el aplazamiento del reembolso de la liquidación (art. 64.4 LCG (LG 1998, 417)), acuerdo que en este caso no consta.

Por ello debemos confirmar en este extremo la sentencia recurrida.

3.- Por el contrario, la sentencia debe ser revocada en lo relativo al retorno cooperativo, pues, como se ha expuesto "supra", el régimen legal es diverso tanto en su causa eficiente o habilitante (no vinculada a la baja de un socio), como en el órgano competente para su aprobación (asamblea general y no consejo rector). El retorno requiere no sólo de unos excedentes de la actividad económica (que según se afirma en la instancia, no existieron en el periodo 2009-2014), sino además un acuerdo de la asamblea general de la cooperativa aprobando la imputación de los excedentes al retorno, acuerdo que en el caso objeto del presente proceso no se ha acreditado.

Ciertamente consta en autos un acuerdo de 13 de agosto de 2013 de dicha asamblea general relativo al aplazamiento de los denominados "anticipos laborales". Pero este es un concepto (asimilado al de salarios) distinto al del "retorno cooperativo". Como afirmó la Sala Cuarta de este Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de junio de 1992 (recaída en recurso de unificación de doctrina), la legislación de cooperativas de trabajo parte de una distinción clásica entre dos conceptos diferentes a tener en cuenta en la retribución del socio cooperativista:

"el "retorno cooperativo", o excedente a repartir entre los socios al cabo del ejercicio económico, y el "anticipo laboral" a cuenta, o cantidad que el socio cooperativista debe percibir en plazos mensuales o inferiores, en cuantía similar a determinados módulos salariales, para subvenir a sus necesidades ordinarias".

La actora afirmó en su demanda que las cantidades que reclamaba en cuantía de 18.735 euros (segunda de las partidas reclamadas), lo era en el concepto de "retorno cooperativo", pero que su importe habría sido reflejado documentalmente como "anticipos laborales" al haberse incluido en nóminas, haber sido objeto de las correspondientes retenciones fiscales como retribuciones salariales, y reconocidas con tal concepto en la contabilidad de la cooperativa, si bien tales cantidades así documentadas no fueron objeto de abono.

Pero dicho artificio contable, simulando como anticipos laborales lo que realmente correspondería a retornos cooperativos, no ha quedado acreditado en las instancias. La sentencia de primera instancia descartó que la citada cantidad reclamada tuviera naturaleza de "anticipo laboral", pronunciamiento que quedó confirmado en la instancia de apelación. El acuerdo de la asamblea general de 13 de agosto de 2013, por tanto, no podía referirse a las cantidades que se reclaman a través de este procedimiento que, en lo que ahora interesa, lo son en concepto de retorno cooperativo.

En ausencia de un acuerdo de la asamblea general de aprobación de la imputación de los excedentes, del ejercicio correspondiente al año de la baja del socio, mediante su afectación o destino al retorno cooperativo, falta un requisito sine qua non para que nazca un derecho subjetivo de crédito a favor socio por este concepto y en el importe correspondiente, según resulta de la regulación contenida en el art. 67.2 de la LCG. Al haber aplicado en este punto la sentencia recurrida el mismo régimen del art. 64.1, previsto para el reembolso de las aportaciones al capital social, prescindiendo de los requisitos examinados impuestos legalmente para la distribución de excedentes en forma de retorno cooperativo, ha infringido por su inaplicación el citado art. 67.2 LCG, tal y como se denuncia en el recurso que, en este extremo, por tanto, ha de ser estimado.»

II. SOCIEDADES AGRARIAS DE TRANSFORMACIÓN

*** STS núm. 632/2019, de 22 de noviembre (Civil) (RJ 2019/4717)**
Ponente: Ignacio Sancho Gargallo

Resumen: *Recurso de revisión. Sociedad Agraria de Transformación en liquidación. Se produce una clara maquinación fraudulenta por parte del que fue en su día el presidente de dicha entidad y que tenía caducado el cargo, al impedir que los liquidadores fueran emplazados y conocieran de la demanda de impugnación de acuerdos de las asam-*

bleas en las que se les nombraba para ese cargo; se consiguió una sentencia estimatoria de la demanda que dejaba sin efecto los acuerdos de las asambleas impugnados y con ello se dejaba sin efecto la representación de la sociedad por la Comisión Liquidadora.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Planteamiento de la demanda de revisión

Con la interposición de la demanda se pide la revisión de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Granada, que fue dictada en rebeldía, el 19 de enero de 2016. Dicha sentencia declaraba la nulidad de las convocatorias de las asambleas generales de una Sociedad Agraria de Transformación (en adelante SAT) celebradas los días 30 de junio de 2005, 11 de noviembre de 2010 y 31 de enero de 2011, y de todos los acuerdos adoptados en estas asambleas.

En la demanda de revisión la representante de la SAT denunció la existencia de maquinación fraudulenta para la obtención de la sentencia, pues se eludió el emplazamiento efectivo de SAT a través de los miembros de la comisión liquidadora, que eran los legítimos representantes de la entidad, y fue emplazado en la persona de Alberto, quien en su día había sido presidente de la entidad y tenía el cargo caducado.

SEGUNDO.- Incidente de previo pronunciamiento.

Se formuló una cuestión de previo pronunciamiento para dilucidar a quién le correspondía la legítima representación de la SAT y, en concreto, para negarle esta representación a quien presento la demanda de revisión.

En el auto de 22 de abril de 2019, esta sala ha reconocido a la procuradora que planteo la demanda de revisión en representación de la SAT.

TERCERO.- Contestación a la demanda de revisión e informe del Ministerio Fiscal.

1. Rogelio, que había sido el demandante en el procedimiento en el que se dictó la sentencia cuya revisión se pide ahora, se opone a la demanda de revisión por las siguientes razones.

En primer lugar, el demandante plantea tres excepciones procesales.

En segundo lugar, el demandante en cuanto al fondo del asunto, se niega que haya existido maquinación fraudulenta, pues la SAT fue demandada en su domicilio social, donde se hizo el primer intento de emplazamiento, y después se intentó en donde tenía su domicilio fiscal.

Finalmente, el emplazamiento se hizo en la persona de Alberto, a quién podía considerarse presidente en funciones de la entidad.

2. El Ministerio Fiscal informa a favor de la estimación de la demanda de revisión, ya que entiende que el emplazamiento practicado en la persona del antiguo administrador y padre del demandante Sr. Rogelio, impidió un efectivo emplazamiento a través de los liquidadores de la entidad, a quienes no se dio traslado de la demanda.

(…)

QUINTO.- Análisis de la causa de revisión planteada.

1. *"Como recordábamos en la sentencia 130/2019, de 5 de marzo, esta sala ha reconocido la existencia de una maquinación fraudulenta, justificativa de la revisión de la sentencia, cuando quien "ejercita una acción judicial oculta el domicilio de la persona contra la que estaba dirigida, alegando que lo desconoce para interesar que se le emplace por edictos y se sustancie el procedimiento en rebeldía" (sentencia 297/2011, de 14 de abril). Esta causa de revisión está relacionada con la jurisprudencia sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y con el carácter subsidiario que debe tener el emplazamiento o citación por edictos, de tal manera que solo cabe acudir a él como última solución cuando no se conoce el domicilio de la persona que deba ser notificada o se ignora su paradero por haber mudado de habitación (sentencias 297/2011, de 14 de abril, y 442/2016, de 30 de junio)."*

(…)

2. La maquinación puede existir no sólo cuando se oculta el domicilio o lugar en el que podría emplazarse de forma efectiva a la demandada, para provocar un emplazamiento por edictos, supuesto al que se ajustan las sentencias citadas, sino también cuando se simula un emplazamiento personal a través de quien ya no tiene la representación de la sociedad y además está relacionado con el demandante, al tiempo que este último sabía cómo localizar a quienes realmente representaban en ese momento a la entidad demandada".

En particular, lo relevante en el presente caso es que: en la demanda se designó el domicilio de la entidad demandada y que después de que no pudiera realizarse allí el emplazamiento, al final se hiciera efectivo en la persona del Sr. Alberto, que había sido administrador de la SAT y que en ese momento no lo era; que este señor era padre del demandante (Rogelio) y que fue el quien se personó para que se emplazara a la entidad en su persona; que no hubiera trasladado a los liquidadores de dicha SAT la existencia de la demanda en la que se pedía la nulidad de los acuerdos de las asambleas en las que se les nombraba liquidadores; que este pleito de impugnación de estos acuerdos había sido planteado durante la pendencia de otro pleito interpuesto por los liquidadores de la SAT, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Granada; que el demandante Sr. Rogelio si hubiera querido emplazar a la SAT

en la persona de los liquidadores conocía donde localizarlos, porque conocía aquel procedimiento del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Granada.

3. Como informó el Ministerio Fiscal en el acto de la vista, existió una clara maquinación fraudulenta para impedir que los liquidadores de dicha SAT conocieran de la demanda de impugnación de acuerdos en las asambleas en las que se les nombraba para ese cargo, sabiendo además donde localizar a estos liquidadores. Con tal actuación se consiguió una sentencia estimatoria de la demanda que dejaba sin efecto los acuerdos de las asambleas impugnados y con ello dejaba sin efecto la representación de la SAT por la comisión liquidadora, con la finalidad de abortar dicho litigio que había iniciado esta última ante el Juzgado de Primera Instancia núm.8 de Granada.

En consecuencia, se estima la demanda formulada por la representación de la SAT que se encontraba en liquidación, contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm.4 de Granada de 19 de enero de 2016 (procedimiento ordinario 383/2015), y acuerda su rescisión.

III. ASOCIACIONES

*** STS núm. 181/2019, de 21 de marzo (Civil) (RJ 2019/1124)**
Ponente: Rafael Saraza Jimena

Resumen: *Tutela de derechos fundamentales y libertades públicas: Derecho de asociación. Los asociados consideran que la asociación a la que pertenecen ha vulnerado el derecho de asociación por dos motivos: por un lado, los asociados consideran que la asociación ha incumplido el derecho de información al no haberles remitido copia de las actas de las reuniones de la asamblea general; y por otro lado, los asociados instan la nulidad de un precepto estatutario que prevé que los asociados formen parte de la asamblea general a través de representantes o compromisarios. Inexistencia de la vulneración del derecho de asociación: las razones por las que la Audiencia Provincial ha desestimado su pretensión nada tienen que ver con que el derecho de información integre o no el contenido esencial del derecho de asociación o pueda ser o no tutelado en el proceso especial de protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción civil. La razón fue que el derecho de información de los asociados demandantes no ha sido infringido; doctrina constitucional relativa a la libertad de autoorganización con el único límite de no impedir completamente la participación de los asociados situación que no se produce en el presente caso.*

Notas: Véase en los mismos términos STS núm. 178/2018, de 3 de abril (RJ 2018/1646).

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Hechos relevantes

1.- Varios asociados interpusieron una demanda contra su asociación, en la que solicitaron, resumidamente lo siguiente: i) que se declarara la nulidad de la asamblea general extraordinaria celebrada el 4 de octubre de 2014, y de los acuerdos en ella aprobados, por no haber sido adoptados por sufragio universal de los asociados convocados y reunidos al efecto; ii) que se declarara la nulidad de pleno derecho del artículo 102 de los estatutos de la asociación y de los acuerdos adoptados en aplicación de tal precepto, porque la regulación de la asamblea general de la asociación infringe los arts. 11.3 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (en lo sucesivo, LODA), y el art. 23.1 de la Ley 14/2008, de 18 de noviembre, de Asociaciones de la Comunitat Valenciana (en lo sucesivo, LACV); y (iii) que se condenara a la asociación demandada a entregarles las actas de varias reuniones de la asamblea general y de la junta directiva de la asociación.

2.- El Juzgado de Primera Instancia de Alcoy que conoció de la demanda desestimó la demanda, lo que motivo el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Alicante, el cual confirmó la sentencia de primera instancia y por tanto, desestimó el recurso formulado por los asociados.

3.- En consecuencia, los asociados disconformes con la sentencia de la Audiencia Provincial interpusieron recurso de casación basado en tres motivos, el cual fue admitido a trámite.

SEGUNDO.- Formulación del primer motivo.

1.- Los recurrentes denuncian la infracción de los arts. 21.b) y 14 y disposición adicional primera, apartado 1.o, en relación con el apartado IX de la exposición de motivos, LODA, y 16.3 y 17.2 LACV.

2.- Los recurrentes alegan que, como cuestión previa, debe resolverse sí el derecho de información de los asociados forma o no parte del contenido esencial del derecho de asociación.

TERCERO.- El contenido del derecho fundamental de asociación.

1.-Este tribunal considera que en el presente caso el derecho fundamental susceptible de tutela judicial en el proceso especial no se circunscribe al contenido esencial. Dicha cuestión objeto de impugnación ya fue resuelta por esta misma sala en la sentencia núm.178/2018, de 3 de abril, que se resume en los siguientes extremos:

"[...] La recurrente confunde el "contenido esencial" de un derecho fundamental con el contenido cuya tutela puede ser solicitada ante los tribunales, pues no acierta a entender el significado que tiene la institución del "contenido esencial" de los derechos fundamentales.

(…)

"La Constitución española asumió esta concepción de los derechos fundamentales como derechos "resistentes" a la ley, pues esta, al regular el ejercicio del derecho fundamental, no puede establecer limitaciones que afecten a su contenido esencial y hagan irreconocible el derecho fundamental en cuestión. El constituyente tomó de la Ley Fundamental de Bonn la institución del "contenido esencial" de los derechos fundamentales y la incorporó al art. 53.1 de la Constitución, que dispone que "solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades".

"Por tanto, el "contenido esencial" es fundamentalmente una institución cuya virtualidad afecta a la actividad del legislador pues establece un "núcleo duro" del derecho fundamental que no puede ser afectado por los límites que se establezcan en la legislación orgánica que lo desarrolle o, con carácter general, en las leyes que de un modo u otro puedan afectar al derecho fundamental en cuestión. El "contenido esencial" es un "límite de los límites" de los derechos fundamentales: la acción del legislador, en cuanto pueda ser limitadora de los derechos fundamentales, tiene a su vez como límite el respeto al contenido esencial de los mismos.

"4.- Consecuencia de lo expuesto es que el "contenido esencial" no limita la tutela que de sus derechos fundamentales puede solicitar el ciudadano ante los tribunales de justicia, mediante los procesos ordinarios o especiales, o ante el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo".

(…)

"5.- También es errónea la tesis de que el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental se circunscribe a lo previsto literalmente en el correspondiente precepto constitucional y que los "contenidos adicionales" que establecen las leyes orgánicas que los desarrollan (art. 81 de la Constitución) son derechos infraconstitucionales, por lo que su tutela ha de solicitarse mediante los procedimientos ordinarios, pero tienen vedado el acceso a los procedimientos especiales de protección de los derechos fundamentales.

6.- Los derechos fundamentales se regulan en la Constitución mediante preceptos abiertos y de perfiles difusos que precisan, por lo general, de una operación de concreción mediante su desarrollo legislativo para lograr una mayor eficacia. Su contenido protegible no puede fijarse exclusivamente con la Constitución sin acudir a otras normas, en especial los tratados internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por España (art. 10.2 de la Constitución) y las leyes orgánicas de desarrollo de tales derechos (art. 81 de la Constitución).

Así lo reconoció, desde fechas muy tempranas, el Tribunal Constitucional, que en la STC 51/1988, de 22 de marzo (…)

El contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de asociación cuya tutela pueden solicitar los asociados (y la asociación, cuando invoca el derecho de autoorganización) es el delimitado por el precepto constitucional y por la ley orgánica que lo desarrolla en aquellas cuestiones que no son meramente accesorias y desconectadas del sentido y finalidad de dicho derecho fundamental".

2.- Por tanto, es irrelevante que el derecho de información forme parte del contenido esencial del derecho de asociación, dado que lo relevante es que integra el contenido constitucionalmente protegido este derecho y que, por tanto, es susceptible de ser tutelado en el proceso especial de protección civil de los derechos fundamentales.

3.- (…)

CUARTO.- Desestimación del primer motivo.

1.- Los recurrentes consideran que se ha producido la infracción de su derecho de información como asociados por no enviar la asociación por iniciativa propia las copias del acta de reuniones de la asamblea general, y concretamente de la asamblea general, en que se recojan los acuerdos adoptados, a sus 11.362 asociados, no vulnera el derecho de información de los asociados y, en concreto, de los demandantes.

2.- Una de las razones de la desestimación, como hizo la Audiencia, es que la remisión de dicha documentación no está prevista en los estatutos sociales de la asociación y que es suficiente para satisfacer el derecho de información de los asociados dar respuesta a sus solicitudes de información, en concreto mediante la entrega de copia de esas actas o el acceso a los libros cuando sean solicitados por los asociados. Por tanto, cuando sean los asociados quienes soliciten esa documentación y no por iniciativa de la propia asociación.

3.- A estos efectos, está sala considera que no se ha infringido dicho derecho de información protegido por el derecho fundamental de asociación dado que esté lo tienen los asociados, y no las personas ajenas a la asociación. En el presente caso, la solicitud fue realizada por una persona que no era asociada y además, no justificó tener representación de algún asociado.

QUINTO.- Segundo y tercer motivo del recurso.

"1.- En el encabezamiento del segundo motivo se denuncia la infracción de los artículos 2.4, 2.5 in fine, 11.3, disposición final primera apartado 1º en relación con la exposición de motivos, apartado IX, párrafo 2.o y disposición final segunda de la LODA (RCL 2002, 854), así como de los arts. 23.1, 11.2 apartado A) en relación con la disposición

final primera apartado 2.o y la disposición derogatoria única de la LACV, así como el art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta que la sentencia recurrida ha infringido estos preceptos legales al considerar que el art. 102 de los estatutos de la asociación es válido".

3.- Los recurrentes argumentan que justificaría dicha nulidad del precepto estatutario el hecho de que los asociados no pueden formar personalmente de la asamblea general de la asociación, sino que han de hacerlo mediante representantes, lo que les impide ejercitar el derecho de asistencia y de voto.

(…)

6.- En el tercer motivo los recurrentes alegan la infracción de los artículos 23.1, 36 b) y 11.2 LACV.

"7.- *La infracción se habría producido porque la Audiencia Provincial no declaró la nulidad del acuerdo de la asamblea general reunida el 4 de octubre de 2014 que eligió a los miembros de la junta directiva, pese a que en su adopción se infringió el derecho de participación de los demandantes, que no fueron convocados a la asamblea general, en la que no pudieron intervenir ni votar, sin que la validez del acuerdo pueda ampararse en el art. 102 de los estatutos, pues tal precepto estatutario sería nulo por infringir el art. 23.1 LACV. Por tanto, se infringió el derecho de voto que dicho precepto otorga a todos los asociados y el principio de sufragio universal en la adopción de los acuerdos de elección de la junta directiva que recoge dicha ley autonómica, lo que determinaría la nulidad de los acuerdos adoptados en esa asamblea general."*

SEXTO.- Sobre el pronunciamiento del tribunal relativo a que los estatutos establezcan que la asamblea general de la asociación esté integrada por compromisarios.

"*1.- Cuando la Constitución reconoce el derecho fundamental de asociación en su art. 22, no perfila con precisión sus contornos. Es, por tanto, el legislador quien tiene que desarrollarlo y regularlo. Como se afirma en la doctrina, los derechos fundamentales son mutables en función del desarrollo económico, social y cultural…*

(…) como de los demás derechos fundamentales de la Sección 1.a del Capítulo II del Título I de la Constitución, no se ha confiado directamente a la ley ordinaria sino que se realiza en la ley orgánica, como prevé el art. 81 de la Constitución. Son, por tanto, la Constitución y la ley orgánica las que delimitan el ámbito confiado a la ley ordinaria en la regulación de estos derechos".

3.- Esta ley ordinaria puede ser tanto la ley estatal, emanada de las Cortes Generales, como la ley autonómica.

4.- El Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, aprobado por la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, prevé en su art. 49.1.23º que la Generalitat

tiene competencia exclusiva en materia de *"asociaciones de carácter docente, cultural, artístico y benéfico asistencial, de voluntariado social y semejantes, cuyo ámbito principal de actuación sea la Comunitat Valenciana"*, por lo que el legislador autonómico valenciano tiene competencia para legislar en materia de asociaciones de carácter cultural.

5.- En el art. 21.a LODA establece el derecho de todo asociado *"a participar en las actividades de la asociación y en los órganos de gobierno y representación, a ejercer el derecho de voto, así como a asistir a la Asamblea General, de acuerdo con los Estatutos"*. Así como, en el art. 2.5 LODA establece que *"la organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo"* y en el art. 11.3 LODA establece que "*la Asamblea General es el órgano supremo de gobierno de la asociación, integrado por los asociados, que adopta sus acuerdos por el principio mayoritario o de democracia interna y deberá reunirse, al menos, una vez al año"*. Según los recurrentes estos preceptos son incompatibles con lo previsto en el art. 102 de los estatutos de la asociación demandada.

6.- …

7.- Los recurrentes argumentan que este precepto estatutario deriva de los artículos de la ley orgánica cuya infracción se alega, puesto que los estatutos configuran la asamblea general como un órgano representativo, sin que todos y cada uno de los asociados tengan derecho a asistir y votar en la asamblea general, puesto que los asociados solo pueden asistir representados por los "Primers Trons" elegidos por cada "filae" en que se organizan los asociados que tienen la cualidad de "Festers" y por los "Mayorales" elegidos por todos los asociados, y no se prevén mecanismos para que estos recaben la opinión de sus representados sobre las materias a tratar en la asamblea.

8.- En vista de lo anterior, esta sala considera que la argumentación de los recurrentes no es correcta, dado que el art. 21.a LODA, al prever el derecho de los asociados *"a participar en las actividades de la asociación y en los órganos de gobierno y representación, a ejercer el derecho de voto, así como a asistir a la Asamblea General"*, añade significativamente el inciso *"de acuerdo con los Estatutos"*.

9.- Este último inciso "de acuerdo con los Estatutos" considera la Sala que permite el equilibrio entre dos aspectos fundamentales del derecho fundamental de asociación, como son el derecho de los asociados a participar en la vida de la asociación y la libertad de organización de las asociaciones. El primero de esos aspectos se encuadra en la dimensión inter privatos [entre particulares] del derecho de asociación, como "haz de facultades" de los asociados, considerados individualmente, frente a las asociaciones a las que pertenezcan, mientras que el segundo se enmarca en la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas, que son dos de las dimensiones que el Tribunal Constitucional ha reconocido como integrantes del

contenido esencial del derecho fundamental de asociación del art. 22 de la Constitución.

10.- *"La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, desde su sentencia 218/1988, de 22 de noviembre hasta otras más recientes como la 42/2011, de 11 de abril, ha declarado que la libertad de autoorganización de las asociaciones es una de las facetas más importantes del derecho fundamental de asociación, que integra su contenido esencial. En otras ocasiones, como es el caso de la STC 165/1987, de 27 de octubre, FJ 6, el Tribunal Constitucional ha considerado que en el contenido esencial del derecho fundamental de asociación hay que incluir también el derecho a participar en la asociación".*

11.- En particular, la sala indica que el derecho de participación de los asociados no impone necesariamente un determinado modelo de organización y funcionamiento de las asociaciones, que según los recurrentes sería el de una democracia asamblearia en la que todos los asociados tienen derecho de asistir por sí mismos a la asamblea general, intervenir en ella y votar. La libertad de organización de las asociaciones permite que los modelos de organización y funcionamiento sean diversos y que la asociación pueda decidir en sus estatutos qué modelo prefiere, con el único límite de no impedir completamente la posibilidad de participación de los asociados.

12.- *"Lo anterior se ve confirmado por el hecho de que la LODA, en su art. 7.e) y f), prevea la posibilidad de que existan distintas clases de asociados, con distintos derechos y obligaciones. Y, sobre todo, porque el Tribunal Constitucional, en la STC 135/2006, de 27 de abril (…). El principio democrático es concebido por el Tribunal Constitucional en esta sentencia como una limitación de la libertad de organización de las asociaciones, y de ahí la interpretación correctora que realiza en esta sentencia para ajustar la previsión del art. 2.5 LODA a las exigencias derivadas del art. 22 de la Constitución".*

13.-*"(…) En nuestra sentencia 61/2013, de 5 de febrero, afirmamos respecto del derecho de voto del asociado:*

La LODA configura, por tanto, el derecho de voto como un derecho de carácter estatutario, cuyo contenido ha de ser definido por los estatutos de la asociación. Este derecho del asociado encuentra su límite con el derecho constitucional de asociación, en su modalidad de libertad de organización y funcionamiento interno de las asociaciones sin injerencias públicas".

14.- Por estas razones, la sala considera que el art. 102 de los estatutos de la Asociación San Jorge de Alcoy no vulnera las exigencias que la LODA que establece respecto del derecho de participación de los asociados y de asistencia de los mismos a la asamblea general, puesto que respeta el equilibrio entre ese derecho de participación del asociado y la libertad de organización de la asociación, al configurar la asamblea general como un órgano representativo, en el que los asociados intervienen mediante los representantes que ellos mismos eligen (los "Primers Trons" y los "Mayorales").

15.- Además, los recurrentes alegan también que la nulidad del art.102 de los estatutos vendría a determinar por no respetar las exigencias del art.23 LACV, conforme al cual *"toda persona asociada dispone de un voto en la asamblea"*.

16.- …

17.- Como advierte la Sala, *la delimitación del ámbito de la ley orgánica y de la ley ordinaria en la regulación del derecho fundamental y, en concreto, en la regulación de la libertad de organización de las asociaciones y de los derechos de participación que los asociados ostentan frente a ellas, presenta dificultades. El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 173/1998, de 23 de julio, y 135/2006, de 27 de abril, ha declarado que uno de los criterios fundamentales que ha orientado esta delimitación ha sido la de reservar a la ley orgánica la regulación de los aspectos esenciales, el desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o "en cuanto tal", en tanto que se atribuye la regulación de la "materia" sobre la que se proyecta el derecho al legislador ordinario, estatal o autonómico, con competencias sectoriales sobre la misma (SSTC 127/1994, de 5 de mayo); 61/1997, de 20 de marzo; y, en relación concretamente con el derecho de asociación, SSTC 67/1985, de 24 de mayo, y 157/1992, de 22 de octubre: las razones por las que la Audiencia Provincial ha desestimado su pretensión nada tienen que ver con que el derecho de información integre o no el contenido esencial del derecho de asociación o pueda ser o no tutelado en el proceso especial de protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción civil. La razón fue que el derecho de información de los asociados demandantes no ha sido infringido.*

18.- No obstante, el Tribunal Constitucional admite que esta pauta interpretativa no puede ser aplicada de forma mecánica, y los límites y garantías que pueden establecerse desde la delimitación del derecho de asociación en su vertiente de libertad de organización de las asociaciones forman un continuum con las reglas relativas a la organización interna de las asociaciones que pueden dictarse desde la regulación del régimen jurídico de esas asociaciones.

21.- Por tanto, este tribunal considera que el art. 23.1 LACV ha de interpretarse de un modo armónico con la regulación establecida en la LODA y que respete la libertad de organización de las asociaciones que forma parte del contenido esencial del derecho fundamental reconocido en el art. 22 de la Constitución. En consecuencia, el derecho de voto en la asamblea general que el precepto de la ley autonómica reconoce a todo asociado no excluye que los estatutos de la asociación puedan prever un modelo de asamblea general integrada por compromisarios, de modo que el derecho de los asociados a la asistencia, intervención y voto en la asamblea general se realice mediante los representantes elegidos por estos asociados.

22.- Con esta solución se permite un equilibrio entre los derechos de participación de los asociados de la Asociación San Jorge de Alcoy en la vida asociativa y la

forma tradicional de organización por la que la asociación ha optado en sus estatutos al prever la representación de los asociados en la asamblea general por los "Primers Trons" y los "Mayorales" elegidos, por distintos procedimientos, por tales asociados.

23.- En definitiva, de todo lo expuesto esta sala desestima los motivos segundo y tercero del recurso, pues el art. 102 de los estatutos no es nulo, ya que no infringe lo previsto en la LODA ni en la LACV, y las asambleas convocadas y celebradas en la forma prevista en tales estatutos son válidas, como lo son los acuerdos adoptados en ellas. Además, no se produce la infracción del derecho de información a los asociados, ya que no enviar la asociación por propia iniciativa copia del acta de las reuniones de la asamblea general no vulnera tal derecho: remisión no prevista en los estatutos siendo suficiente dar respuesta a sus solicitudes de información mediante la entrega de copia de esas actas o el acceso a los libros en que se recogen las mismas cuando aquéllos lo pidan.

(…)

IV. FUNDACIONES

*** STS núm. 782/2019, de 6 de junio de 2019 (Contencioso-Administrativo) (RJ 2019/2361)**

Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

Resumen: *Certificación negativa de la denominación. Reserva temporal de la denominación pero únicamente a la denominación: extensión literal interesada y no a las denominaciones similares; interpretación del art. 51.1 y 50.2 del Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal en relación con los art.5.1 y 2 Ley de Fundaciones y el art.3.2 del Reglamento de Fundaciones. Desestimación del recurso de casación. Doctrina del TS.*

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La cuestión objeto del recurso de casación formulado reviste interés objetivo para la formación de jurisprudencia, de acuerdo al art.93.1 LJCA. Dicha interpretación debe conllevar la afirmación o negación de si la reserva temporal de denominación regulada en el art.51 del Reglamento del Registro de Fundaciones (en adelante, RRFCE) incluye no sólo la denominación literal que consta en la solicitud, sino que también ha de extenderse a denominaciones similares, en aras a la

protección del titular de la reserva, y en atención a otros preceptos de la normativa reguladora de las fundaciones, en particular, los preceptos concernientes a la denominación.

En particular, las normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, son las contenidas en: los artículos 51.1 y 50.2 del Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal, en relación con los artículos 5, apartados 1 y 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, así como con el artículo 3.2 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal.

SEGUNDO.- Normativa reguladora de las fundaciones.

El art. 34.1 de la CE reconoce el derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la ley. La vía de desarrollo del derecho de fundación cuyo primer eslabón, como ordena el artículo 53 CE, es hoy, salvo en lo que respecta a los incentivos fiscales, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (en adelante, LF).

"*En la cuestión controvertida el artículo 4.1 de la LF dispone que éstas tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el registro de fundaciones correspondiente y su artículo 5.1. que en su denominación deberá figurar la palabra "fundación" y, entre otras (apartado a), que la misma no podrá coincidir o asemejarse de manera que pueda crear confusión con ninguna otra previamente inscrita en los registros de fundaciones. Para ello, conforme al artículo 5.2 de la LF, no se admitirá ninguna denominación que conste que coincide o se asemeja con la de una entidad preexistente inscrita en otro registro público, o con una denominación protegida o reservada a otras entidades públicas o privadas por su legislación específica.*

En el siguiente escalón normativo, el artículo 3.1 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, que aprueba el RRFCE, dispone que las fundaciones sólo podrán tener una denominación. Podrán utilizarse las letras del alfabeto de cualquiera de las lenguas oficiales españolas. Las expresiones numéricas podrán recogerse en números arábigos o romanos. Y el apartado 2 del mismo artículo 3 afronta la cuestión que nos ocupa en los siguientes términos:

"La denominación de la fundación no podrá coincidir o asemejarse de manera que pueda crear confusión con ninguna otra de la que conste su previa inscripción en un registro público español, o con una denominación protegida o reservada a otras entidades, públicas o privadas, por su legislación específica. Entre otras posibles circunstancias, se entenderá en todo caso que existe tal semejanza cuando concurra alguna de las siguientes:

a) La utilización de las mismas palabras en diferente orden, género o número.

b) La utilización de las mismas palabras con la adición o supresión de términos, expresiones, artículos, adverbios, preposiciones, conjunciones, acentos, guiones, signos de puntuación u otras partículas de escasa significación.

c) La utilización de distintas palabras con idéntica expresión gráfica o notoria semejanza fonética".

Por su parte el Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal establece en su artículo 31 que la solicitud de inscripción en el Registro de la primera inscripción de una fundación debe acompañarse de la escritura de constitución de la fundación o testamento donde conste la voluntad fundacional y que la primera inscripción de la fundación comprenderá, la denominación y número de Identificación fiscal de la misma".

TERCERO.- Normativa relativa a la certificación negativa de denominación, escritura pública e inscripción de la fundación.

En particular, el art. 7 e) del RRFCE para facilitar la denominación singular identificativa de la fundación, dado que el registro se basa, entre otros, en el principio registral de prioridad, se establecen dos cautelas esenciales con el fin de evitar confusión con otras denominaciones, en concreto, el índice de denominaciones y su reserva temporal a efectos registrales mediante certificaciones negativas.

En primer lugar, el art. 47 del RRFCE establece el índice de denominaciones, en el que constan las denominaciones de las fundaciones inscritas en él y de las fundaciones inscritas en los registros autonómicos, así como con las delegaciones de fundaciones extranjeras que realicen actividades en el territorio español.

En segundo lugar, el art.49 del mismo texto legal señala la expedición por parte del encargado del registro de las certificaciones de denominación en la cual expresará en ellas exclusivamente si existe o no una denominación idéntica o semejante en el índice de denominaciones. Además, en dicha certificación se hará constar, la denominación con la que se pretende inscribir la fundación en el Registro, los fines, las actividades y su ámbito territorial tal y como constarán en los estatutos.

A estos efectos, la función de la certificación negativa resulta del art.50.1 del RRFCE en cuanto a que el notario no podrá autorizar la escritura de constitución o de modificación de la denominación de la fundación sin que se le presente la correspondiente certificación negativa de denominación.

"*Precisa el citado precepto que la denominación que se exprese en la escritura pública habrá de coincidir exactamente con la que conste en la certificación negativa expedida por el encargado del registro y que la certificación presentada al notario autorizante deberá ser original, estar vigente y haber sido expedida a nombre de cualquiera de las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que sean fundadores (artículo 50.2 RRFCE).*

El índice de denominaciones y la reserva temporal combinan sus efectos ya que cuando el encargado del registro expida una certificación negativa incorporará provisionalmente la denominación solicitada al índice de denominaciones (artículo 47 in fine y 51.1 RRFCE).

Por último la denominación provisional registrada caducará, y se cancelará de oficio, cuando transcurran seis meses desde la fecha de expedición de la certificación negativa sin sin haberse recibido en el registro una solicitud de inscripción de la fundación o delegación extranjera o de cambio de denominación, o una comunicación de estas circunstancias procedente de algún registro autonómico de fundaciones (artículo 51.1 RRF) y una vez inscrita la fundación o una delegación de una fundación extranjera, la denominación provisional se convertirá en definitiva (artículo 51.2 RRF)".

CUARTO.- Sobre la interpretación de la normativa aplicable.

Tras haber revisado la literalidad normativa aplicable al presente recurso, está sala considera que no ha lugar a la pretensión que ha dado origen a este recurso, y a resolver la cuestión que se le plantea.

"*La propia dicción literal del artículo 49 apartados 1 y 2 RRFCE sirve ya de respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo planteada, en cuanto el mismo se expresa en singular ("una denominación idéntica o semejante") y "denominación con la que pretende inscribirse la fundación" por lo que la protección que la reserva de denominación establece se dispone únicamente para una denominación única, que necesariamente ha de ser la misma que posteriormente conste como nombre de la fundación en la escritura pública de constitución. Esta impresión se corrobora en el artículo 50.1 del RRFCE que exige la coincidencia exacta de la certificación negativa (de nuevo en singular) con la denominación de la fundación que se haga constar en la escritura pública.*

La protección que se invoca frente a denominaciones coincidentes, semejantes o que puedan inducir a confusión conforme al artículo 5.1 a) y 5.2 de la LF y el artículo 3.2 del RF sólo puede resultar de la no expedición, debidamente motivada, por el encargado del Registro de una certificación negativa y la denegación de la incorporación de la misma al índice de denominaciones. Una vez concedida ésta, como en el caso aconteció respecto de la "Fundación Consejo España-Colombia", y una vez constituida la fundación conforme a la denominación reservada, como consta en el expediente, existe una presunción de que dicha denominación respeta los preceptos legales y reglamentarios citados, que únicamente puede enervarse mediante la impugnación de la misma, en la vía administrativa y posteriormente jurisdiccional, que ha intentado en este caso la parte recurrente."

QUINTO.- Sobre la desestimación del recurso.

En el caso se ha aplicado correctamente la normativa de que se ha hecho mérito, en contra de lo que se sostiene en el recurso. En particular, *l*a recurrente tuvo reservada la

denominación *"Fundación Consejo España-Colombia" d*esde el 25 de febrero de 2013 hasta el 20 de noviembre de 2013 (seis meses después de lo última reserva realizada con dicha denominación, que tuvo lugar el 20 de mayo de 2013). Posteriormente, el 21 de agosto 2013), solicitó la reserva de una nueva denominación *"Fundación España-Colombia".* Como se expresa en el informe que obra al folio 5 del expediente la primera denominación registrada *"Fundación Consejo España-Colombia*" caducó el 20 de noviembre de 2013, quedando liberada. Ello permitió que colaboradora del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación solicitara y obtuviera la reserva de la denominación *"Fundación Consejo España-Colombia"* y pudiera así constituir una fundación con la citada denominación.

"La alegación de la recurrente de haber presentado siempre, dice que como segunda opción de la solicitud de reserva de la denominación "Fundación España-Colombia," la de "Fundación Consejo España-Colombia" no es válida porque el RRF sólo contempla la reserva de una denominación única, no de dos o de varias ni de una denominación principal y de otras subsidiarias."

Si se atiende a los datos del expediente, esta sala aprecia que no son claras las solicitudes de denominación que en su día formuló la hoy recurrente, y que ahora se pretende como segunda opción (y que se expresan en las peticiones en una forma confusa: Fundación España-Colombia "y/o" Fundación Consejo España-Colombia. Sin embargo, lo que es evidente es que el registro no mantuvo "*la reserva de la denominación "Fundación Consejo España-Colombia", expresándose además en la solicitud que, de pedirse varias denominaciones, el certificado se expediría para la primera que no constase inscrita. No se indujo a confusión a la solicitante y este extremo de una reserva única fue consentido por la hoy recurrente, por lo que hay que corroborar que la reserva de denominación negativa respecto de la "fundación Consejo España-Colombia" caducó transcurridos seis meses desde el 20 de mayo de 2013. La pretensión en que insiste la recurrente incurre en esta casación en el defecto de hacer supuesto de lo que es en realidad cuestión ya que, dando por supuesta la similitud de las dos denominaciones, pretende tener derecho sobre ambas. Ese planteamiento no es aceptable, como ha entendido correctamente la Administración y confirma la sentencia recurrida."*

SEXTO.- *"(...) Esta sala tampoco aprecia la similitud entre las denominaciones "Fundación Consejo España-Colombia" y "Fundación España-Colombia", que viene defendiendo y dando por supuesta la recurrente. A efectos del artículo 5 apartados 1 a) y 2 de la LF y del artículo 3.2 a) del RF la introducción de una palabra: "Consejo", entre dos palabras ("España-Colombia") no es de escasa significación; tiene entidad para eliminar la similitud o el riesgo de confusión. Carece de relieve que ambas entidades, en el caso de constitución de la segunda en fundación, tengan fines similares."*

SÉPTIMO.- "En mérito de lo expuesto, la respuesta a la cuestión en la que el auto de admisión del recurso de casación apreció la concurrencia de interés casacional es la siguiente:

La reserva temporal establecida en el artículo 51 del Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal aprobado por Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, incluye sólo una denominación literal, no dos o varias, sin que exista, por tanto primera o segunda opción. Dicha reserva no puede extenderse a denominaciones similares, conforme al sentido literal de los preceptos ya analizados que regulan la cuestión."

OCTAVO.- Por todo lo expuesto, está sala declara que no ha lugar al recurso de casación.

ÍNDICE CRONOLÓGICO

** STS núm. 98/2019, de 7 de febrero de 2019 (Social) (RJ 2019/1002)*
Cooperativa de Trabajo Asociado. Jubilación anticipada. Recurso de casación para la unificación de la doctrina. Procede reconocer la jubilación anticipada a socio trabajador de cooperativa de trabajo asociado incluido en el Régimen General de la Seguridad Social por extinción de su contrato por causas económicas, acordada por Auto del Juzgado de lo Mercantil en el seno del concurso en el que se hallaba la cooperativa. Una vez integrados en el RGSS los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, las normas que regulan el citado régimen general se aplican totalmente salvo excepciones expresamente establecidas en la ley, lo que no es el caso, y aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción de su relación ha sido conformada -mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la, declaración de concurso de acreedores- a través de la concurrencia de su voluntad 492

** STS núm. 337/2019, de 13 de marzo de 2019 (Cont.-Admvo) (RJ 2019/1093)*
Cooperativas de Vivienda. La deducción por vivienda habitual que regula el artículo 68.1 de la LIRPF es aplicable al contrato de adhesión entre la cooperativa de viviendas y sus socios, en la que éstos asumen el compromiso de alquilar la vivienda durante diez años con opción a compra y transcurridos dichos años adquirirla, siendo las cantidades abonadas a cuenta del pago de la vivienda....
..... 497

** STS núm. 181/2019, de 21 de marzo (Civil) (RJ 2019/1124)*
Asociación. Tutela del derecho fundamental de asociación: Inexistencia de la vulneración del derecho de asociación instado por varios asociados: las razones por las que la Audiencia Provincial desistimó su pretensión nada tienen que ver con que el derecho de información integre o no el contenido esencial del derecho de asociación o pueda ser o no tutelado en el proceso especial de protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción civil. La razón fue que el derecho de información de los asociados demandantes no ha sido infringido; la doctrina constitucional relativa a la libertad de autoorganización con el único límite de no impedir completamente la participación de los asociados situación que no se produce en el presente caso 585

** ATS de 10 de abril de 2019 (Civil) (JUR 2019/127001)*
Cooperativas. Baja justificada de socio por modificación estatutaria que supone la agravación del régimen de responsabilidad de la socia y de su participación en la actividad cooperativizada. Arts. 22.5.2 a) y b) y 22.7 de la Ley de Cooperativas de la Rioja (LCR). Inadmisión del recurso de casación..... 502

** STS núm. 347/2019 de 8 de mayo (Social) (RJ 2018/2389)*
Cooperativa de Trabajo Asociado. Tutela del derecho fundamental a la libertad sindical: extensión de la titularidad del derecho a la libertad sindical recogido en el artículo 28.1 CE a los socios trabajadores de una Cooperativa de Trabajo Asociado en base a una interpretación no restrictiva de dicho derecho, a la inexistencia de exclusión normativa a este colectivo de trabajo asociado y a las normas internacionales que recomiendan la extensión siempre que sea posible de las normas laborales a las cooperativas 507

** ATS de 8 mayo 2019 (Civil) (JUR 2019/155240)*
Cooperativa: Asamblea General. Inexistencia de nulidad de acuerdo de la Asamblea General. Inadmisión recurso de casación por carencia manifiesta de fundamento por falta de respecto a la base fáctica y razón decisoria de la sentencia recurrida. Interpretación art. 38 Ley de Cooperativas de Asturias. La cooperativa actuó en todo momento conforme la buena fe y no existió dejación alguna de su obligación por la cooperativa, sino que fue necesaria, ante la extemporaniedad del recurso presentado, la celebración -seguida- de dos asambleas para resolver el recurso de la parte recurrente, hasta que finalmente se rechazó y se confirmaron los hechos y por tanto la sanción impuesta 521

** STS núm. 260/2019, de 24 de mayo (Penal) (RJ 2019/3095)*
Cooperativa de Viviendas. Responsabilidad penal por la existencia de un delito de estafa por el engaño de los encargados de la gestión de la Cooperativa los cuales simulan la intermediación en la venta de parcela causando un perjuicio a la cooperativa, al recibir una cantidad por un servicio no prestado y del cobro de importantes honorarios y comisiones a sabiendas de que no se podía desarrollar el proyecto (no destinan cantidad alguna a la gestión) 523

** STS núm. 782/2019, de 6 de junio (Cont.-Admvo) (RJ 2019/2361)*
Fundaciones. Certificación negativa de la denominación de una Fundación. Reserva temporal de la denominación: extensión únicamente a la denominación literal interesada y no a las denominaciones similares; interpretación del art. 51.1 y 50.2 del Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal en relación con los art.5.1 y 2 Ley de Fundaciones y el art.3.2 del Reglamento de Fundaciones. Desestimación del recurso de casación. Doctrina del Tribunal Supremo. 593

** STS núm. 634/2019 de 17 de septiembre (Social) (RJ 2019/3803)*
Cooperativa de Trabajo Asociado. Jubilación anticipada. Recurso de casación para la unificación de la doctrina. Procede reconocer la jubilación anticipada a socio trabajador de cooperativa de trabajo asociado incluido en el Régimen General de la Seguridad Social por extinción de su contrato por causas económicas, acordada por Auto del Juzgado de lo Mercantil en el seno del concurso en el que se hallaba la cooperativa. Una vez integrados en el RGSS los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, las normas que regulan el citado régimen general se aplican totalmente salvo excepciones expresamente establecidas en la ley, lo que no es el caso, y aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción de su relación ha sido conformada -mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la, declaración de concurso de acreedores- a través de la concurrencia de su voluntad 541

** STS núm. 416/2919, de 24 de septiembre (Penal) (RJ 2019/3687)*
Cooperativas. Responsabilidad penal del encargado de la gestión económicade la cooperativa. Existencia de un delito de apropiación indebida, al elaborar una serie de facturas que permitieron que los fondos destinados a sufragar el pago por la compra de cereal se le transfirieran a él, en lugar de a sus legítimos destinatarios. Inexistencia en el presente recurso de la vulneración de la presunción de inocencia dado que las transferencias de los fondos realizadas por el encargado no respondían a operaciones reales 545

** ATS 25 de septiembre de 2019 (JUR 2019/276485)*
Cooperativas. Los socios cooperativistas denuncian en el recurso de casación la infracción de la doctrina jurisprudencial, por un lado, sobre el principio de puertas abiertas, y sobre los efectos económicos de la baja al postergarse sine die la liquidación de sus aportaciones; y por otro, sobre el principio de la responsabilidad limitada del socio por las deudas sociales en una sociedad cooperativa. Inadmisión del recurso de casación por falta de cita del precepto infringido y carencia manifiesta de fundamento al no respetarse la base fáctica ni la "ratio decidendi" de la sentencia recurrida 550

* *STS núm. 754/2019, 6 de noviembre (Social) (RJ 2019/5435)*
Cooperativa de Trabajo Asociado. Jubilación anticipada. Recurso de casación para la unificación de la doctrina. Procede reconocer la jubilación anticipada a socio trabajador de cooperativa de trabajo asociado incluido en el Régimen General de la Seguridad Social por extinción de su contrato por causas económicas, acordada por Auto del Juzgado de lo Mercantil en el seno del concurso en el que se hallaba la cooperativa. Una vez integrados en el RGSS los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, las normas que regulan el citado régimen general se aplican totalmente salvo excepciones expresamente establecidas en la ley, lo que no es el caso, y aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción de su relación ha sido conformada -mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la declaración de concurso de acreedores- a través de la concurrencia de su voluntad 552

* *STS núm. 632/2019, de 22 de noviembre (Civil) (RJ 2019/4717)*
Sociedad Agraria de Transformación en liquidación. Recurso de revisión. Se produce una clara maquinación fraudulenta por parte del que fue en su día el presidente de dicha entidad y que tenía caducado el cargo, al impedir que los liquidadores fueran emplazados conocieran de la demanda de impugnación de acuerdos de las asambleas en las que se les nombraba para ese cargo; se consiguió una sentencia estimatoria de la demanda que dejaba sin efecto los acuerdos de las asambleas impugnados y con ello se dejaba sin efecto la representación de la sociedad por la Comisión Liquidadora 582

* *STS núm. 181/2020, de 12 de febrero (Cont-Admvo) (RJ 2020/386)*
Cooperativas de crédito. Banco Cooperativo Español, S.A. cuyos accionistas son cooperativas de crédito. Acuerdo Comisión Rectora del FROB en el que se establece el importe de la contribución que debe realizar el Banco Cooperativo al Fondo de Resolución Nacional: solicitud de exclusión de ciertos pasivos con el fin de evitar un doble cómputo. Interpretación de la normativa aplicable: los pasivos que se derivan de operaciones realizadas entre un banco de segundo nivel y los miembros de un grupo que tal banco conforma con cooperativas de crédito a las que presta diversos servicios, sin controlarlas, y que no comprenden préstamos concedidos en condiciones no competitivas y sin ánimo de lucro a fin de fomentar los objetivos públicos de la Administración central o de las Administraciones regionales de un Estado miembro, no están excluidos del cálculo de las contribuciones a un fondo de resolución nacional contempladas en el referido artículo 103. 2. Impugnación improcedente: no están excluidos dichos pasivos 557

** STS núm. 269/2020, de 25 de febrero (Cont-Admvo) (RJ 2020/602)*
Cooperativas de crédito. Impugnación de la Orden ETU/615/2017, de 27 de junio, por la exclusión de las cooperativas de crédito como entidades capaces de actuar como avalistas en las subastas para la asignación del régimen retribuido específico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a través de fuentes de energía renovables, Vulneración del principio de igualdad del art.14 de la CE, al existir un trato desigual con Bancos y Cajas de Ahorro carente de justificación objetiva y razonable, siendo la previsión contraria a Dereccho 567

** STS núm. 126/2020, de 26 de febrero (Civil) (RJ 2020/593)*
Cooperativas de Trabajo Asociado. Cooperativa de Trabajo Asociado. Baja justificada de un socio de una cooperativa por reconocimiento de una incapacidad laboral permanente.Distinción entre el concepto de reembolso de las aportaciones al capital social de la cooperativa y el concepto de retorno cooperativo.El socio, tras su baja justificada, tiene derecho al reembolso de sus aportaciones al capital social ex lege, no así al derecho de retorno cooperativo dado que este requiere de unos excedentes de la actividad económica y de un acuerdo de la asamblea general de la cooperativa aprobando la imputación de dichos excedentes al retorno, que en el presente caso no se acreditan 574

RESEÑA DE LEGISLACIÓN SOBRE ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL

Gemma Fajardo García
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universitat de València

RELACIÓN SISTEMÁTICA DE DISPOSICIONES DICIEMBRE 2019 – MAYO 2020

ESTATAL

Real Decreto 137/2020, de 28 de enero, por el que se modifican las **bases** reguladoras de la concesión de **ayudas** para el fomento de la **integración** de entidades asociativas **agroalimentarias** de carácter supraautonómico, establecidas en el Real Decreto 1010/2015, de 6 de noviembre; el Real Decreto 126/2016, de 1 de abril; y el Real Decreto 312/2016, de 29 de julio, en el marco del Programa Nacional de Desarrollo Rural 2014-2020. (BOE 25, de 29 de enero de 2020)

Real Decreto 427/2020, de 3 de marzo, por el que se establecen los requisitos y el procedimiento para el reconocimiento de las **lonjas de productos agropecuarios** como «Lonjas de referencia», y de sus asociaciones, y se crea el Registro nacional de lonjas de referencia y sus asociaciones. (BOE 93, de 03 de abril de 2020)

Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. (BOE 112, de 22 de abril de 2020). ***Fondo de promoción y educación cooperativa***

ANDALUCÍA

Orden de 6 de febrero de 2020, por la que se efectúa la convocatoria para la declaración, en concurrencia competitiva, de actuaciones protegibles de viviendas en régimen de autoconstrucción y de viviendas protegidas de régimen especial en autopromoción, y concesión de las **ayudas** destinadas a su financiación. (BOJA 37, de 24 de febrero de 2020). ***Cooperativas de viviendas***

Extracto de la Resolución de 16 de marzo de 2020, de la Viceconsejería, por la que se convocan para el año 2020 **subvenciones** a las organizaciones profesionales agrarias, **federaciones de cooperativas agrarias**, entidades representativas de asociaciones de desarrollo rural y organizaciones representativas del sector pesquero andaluz, previstas en la Orden de 16 de febrero de 2011 que se cita. (BOJA 61, de 30 de marzo de 2020)

Resolución de 16 de marzo de 2020, de la Viceconsejería, por la que se convocan para el año 2020 **subvenciones** a las organizaciones profesionales agrarias, **federaciones de cooperativas agrarias**, entidades representativas de asociaciones de desarrollo rural y organizaciones representativas del sector pesquero andaluz, previstas en la Orden de 16 de febrero de 2011, que se cita. (BOJA 62, de 31 de marzo de 2020)

Decreto-ley 10/2020, de 29 de abril, por el que se establecen medidas extraordinarias y urgentes de flexibilización administrativa en materia de **ayudas** en el ámbito del empleo y medidas complementarias con incidencia en el ámbito económico, local y social como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19). (BOJA 21 (extraordinario), de 29 de abril de 2020). ***Cooperativas y sociedades laborales. Fondo de formación y sostenibilidad***

ARAGÓN

Orden CDS/312/2020, de 25 de marzo, por la que se establecen las **bases** reguladoras para la concesión de **subvenciones** en el ámbito del Instituto Aragonés de **Servicios Sociales**. Corrección de errores BOA 83, de 29 de abril de 2020. (BOA 74, de 15 de abril de 2020)

CANTABRIA

Resolución de trámite de consulta pública del Proyecto de Orden por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de **subvenciones** a entidades privadas sin ánimo de lucro en materia de **servicios sociales**. (BO Cant. 56, de 20 de marzo de 2020)

CASTILLA-LA MANCHA

Ley 7/2019, de 29 de noviembre, de **Economía Circular** de Castilla-La Mancha. (DOCM 244, de 12 de diciembre de 2019 / BOE 28, de 1 de febrero de 2020)

Ley 1/2020, de 3 de febrero, del **Tercer Sector Social** de Castilla-La Mancha. (DOCM 26, de 07 de febrero de 2020 / BOE 106, de 16 de abril de 2020)

Orden 18/2020, de 31 de enero, de la Consejería de Desarrollo Sostenible, por la que se crea y se establece la composición de la Comisión de Coordinación de **Economía Circular** de Castilla-La Mancha. (DOCM 28, de 11 de febrero de 2020)

CASTILLA Y LEÓN

Resolución de 19 de febrero de 2020, de la Presidencia de las Cortes de Castilla y León, por la que se dispone el nombramiento de miembros del **Consejo Económico y Social** de Castilla y León designados por las entidades representativas de las **Cooperativas y Sociedades Anónimas Laborales** de Castilla y León. (BOCyL 39, de 26 de febrero de 2020)

CATALUÑA

Orden ARP/5/2020, de 14 de enero, por la que se aprueban las bases reguladoras de las **ayudas** de minimis destinadas a la promoción y fomento de la **venta de proximidad** en Cataluña. (DOGC 8047, de 22 de enero de 2020). ***Asociaciones, fundaciones, entidades sin ánimo de lucro y cooperativas con agrotienda***

Ley 3/2020, de 11 de marzo, de prevención de las pérdidas y el despilfarro alimentarios. (DOGC 8084, de 13 de marzo de 2020). ***Entidades de iniciativa social***

Orden ARP/41/2020, de 16 de abril, por la que se modifica la Orden ARP/111/2018, de 3 de julio, por la que se aprueban las **bases** reguladoras de las **ayudas** para el apoyo a las **cofradías de pescadores** en Cataluña y sus federaciones. (DOGC 8116, de 20 de abril de 2020)

COMUNIDAD VALENCIANA

Orden 11/2019, de 2 de diciembre, de la Conselleria de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, por la que se establecen las bases reguladoras de determinadas **ayudas** para el **fomento de las empresas cooperativas, las sociedades laborales y las empresas de inserción,** en la Comunitat Valenciana. Corrección de errores DOGV 8702, de 20 de diciembre de 2019. (DOGV 8692, de 05 de diciembre de 2019)

Decreto Legislativo 1/2019, de 13 de diciembre, del Consell, de aprobación del texto refundido de la Ley del Estatuto de las personas **consumidoras y usuarias** de la Comunitat Valenciana. (DOGV 8704, de 24 de diciembre de 2019)

Decreto 271/2019, de 27 de diciembre, del Consell, de aprobación de las bases reguladoras de la concesión directa de **subvenciones** destinadas al fomento de la ocupación de personas con diversidad funcional o discapacidad en **centros especiales de ocupación** y enclaves laborales, y convocatoria para 2020. (DOGV 8723, de 22 de enero de 2020)

Orden 4/2020, de 25 de febrero, de la Conselleria de Agricultura, Desarrollo Rural, Emergencia Climática y Transición Ecológica, por la que se aprueban las **bases** reguladoras de las **ayudas** a planes de reconversión y reestructuración colectivos, en el marco del Programa de desarrollo rural de la Comunitat Valenciana 2014-2020. (DOGV 8755, de 05 de marzo de 2020). ***Cooperativas agrarias, sociedades agrarias de transformación***

Orden 1/2020, de 27 de febrero, de la Conselleria de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, por la que se aprueban las bases reguladoras de las **subvenciones** para la realización de itinerarios de **inserción laboral** por parte de entidades especializadas en la atención a **colectivos con especiales dificultades de integración** en el mercado de trabajo (INTEGREM). (DOGV 8755, de 05 de marzo de 2020)

Orden 2/2020, de 27 de febrero, de la Conselleria de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de **subvenciones** destinadas a la promoción, fomento y difusión de la **economía social** en la Comunitat Valenciana. (DOGV 8755, de 05 de marzo de 2020)

Decreto 30/2020, de 28 de febrero, del Consell, de regulación del **Consejo Valenciano de Responsabilidad Social**. (DOGV 8763, de 16 de marzo de 2020)

Resolución de 15 de mayo de 2020, de la Dirección General de Emprendimiento y Cooperativismo, por la que se acuerda la continuación de determinados procedimientos de competencia del **Registro de Cooperativas** de la Comunitat Valenciana y del **Registro Administrativo de Sociedades Laborales** de la Comunitat Valenciana, por considerarse indispensables para la protección del interés general y para el funcionamiento básico de los servicios encomendados a los citados registros, a los efectos de lo dispuesto en la disposición adicional tercera del Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la **Covid-19**. (DOGV 8816, de 20 de mayo de 2020)

EXTREMADURA

Resolución de 16 de enero de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se publica la puntuación mínima exigida para optar al reconocimiento de **empresa socialmente responsable**. (DOE 20, de 30 de enero de 2020)

Resolución de 12 de febrero de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se anuncia la constitución de la asociación empresarial denominada **Asociación Extremeña de Centros Especiales de Empleo** (en siglas, CONACEE Extremadura), con número de depósito 81100021. (DOE 38, de 25 de febrero de 2020)

Decreto 5/2020, de 26 de febrero, por el que se modifica el Decreto 8/2017, de 7 de febrero, por el que se crea y regula la **Mesa del Diálogo Civil del Tercer Sector** de Extremadura. (DOE 41, de 28 de febrero de 2020)

Orden de 13 de marzo de 2020 por la que se aprueba el modelo orientativo de **estatutos sociales de la sociedad cooperativa especial.** (DOE 58, de 24 de marzo de 2020)

Decreto-Ley 8/2020, de 24 de abril, por el que se adoptan medidas urgentes y extraordinarias para el mantenimiento y recuperación del empleo frente a la crisis ocasionada por el COVID-19. Corrección de errores BOE 28, de 28 de mayo de 2020. (DOE suplemento 80, de 27 de abril de 2020 / BOE 145, de 23 de mayo de 2020). ***Cooperativas y para la economía social***

GALICIA

Orden de 20 de noviembre de 2019 por la que se establecen las **bases** reguladoras del programa Emprega Discapacidade e Exclusión, de incentivos a la contratación, formación y empleo con apoyo, y se procede a su convocatoria para el año 2020 (código de procedimiento TR342A). (DOG 03, de 07 de enero de 2020). ***Inserción sociolaboral***

Orden de 3 de diciembre de 2019 por la que se establecen las bases reguladoras del certamen **Cooperativismo en la enseñanza**, dirigido al alumnado de los centros educativos de Galicia, y se procede a su convocatoria para el año 2020. (DOG 05, de 09 de enero de 2020)

Orden de 3 de diciembre de 2019 por la que se establecen las bases reguladoras de los **premios a la cooperación** y se procede a su convocatoria para el año 2020 (código de procedimiento TR802Q). (DOG 05, de 09 de enero de 2020)

Orden de 5 de diciembre de 2019 por la que se establecen las **bases** reguladoras para la concesión, en régimen de concurrencia no competitiva, de las **subvenciones** para el fomento del emprendimiento en **economía social** (programa Aprol-Economía Social) y se convocan para el año 2020 (código de procedimiento TR802G y TR802J). (DOG 06, de 10 de enero de 2020)

Orden de 10 de diciembre de 2019 por la que se establecen las **bases** reguladoras para la concesión, en régimen de concurrencia competitiva, de **subvenciones** a las entidades colaboradoras de la **Red Eusumo** para realizar actividades de promoción e impulso del **cooperativismo y la economía social**, y se convocan para los años 2020 y 2021 (código de procedimiento TR811A). (DOG 14, de 22 de enero de 2020)

Orden de 20 de diciembre de 2019 por la que se establecen las **bases** reguladoras de **subvenciones** para sufragar los gastos de funcionamiento de las **entidades asociativas de cooperativas, sociedades laborales, centros especiales de empleo y empresas de inserción** y se convocan para el año 2020 (códigos de procedImIento TR802H y TR358D). (DOG 14, de 22 de enero de 2020)

Orden de 19 de diciembre de 2019 por la que se establecen las bases reguladoras del Programa de **ayudas** para implantar la igualdad laboral, la conciliación y la **responsabilidad social empresarial** (RSE), y se procede a su convocatoria para el año 2020 (códigos de procedimiento TR357C, TR357D y TR357B). (DOG 16, de 24 de enero de 2020)

Orden de 30 de diciembre de 2019 por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas a las empresas de inserción laboral (EIL) y a sus entidades promotoras, y se procede a su convocatoria para el año 2020. (DOG 16, de 24 de enero de 2020)

Orden de 13 de diciembre de 2019 por la que se establecen las **bases** y se regula el procedimiento para la concesión, en régimen de concurrencia competitiva, de **ayudas** para la **innovación en el sector pesquero**, cofinanciadas con el Fondo Europeo Marítimo y de Pesca (FEMP), y se convoca para el año 2020 dicho procedimiento, tramitado como expediente anticipado de gasto (códigos de procedimiento PE205G y PE205H). (DOG 18, de 28 de enero de 2020)

Resolución de 26 de diciembre de 2019, de la Secretaría General de Empleo, por la que se dispone la inscripción en el registro y la publicación en el Diario Oficial de Galicia de las tablas salariales para los años 2018 y 2019 del **convenio** autonómico de **centros especiales de empleo**. (DOG 19, de 29 de enero de 2020)

Orden de 3 de enero de 2020 por la que se regulan las **bases** que regirán las **subvenciones** para entidades de acción voluntaria de carácter privado para el fomento y la realización de actividades de **voluntariado**, y se procede a su convocatoria para el año 2020. (DOG 22, de 03 de febrero de 2020)

Orden de 20 de diciembre de 2019 por la que se establecen las **bases** reguladoras de las **ayudas** para el fomento de la **utilización de maquinaria agrícola en régimen asociativo** en Galicia, cofinanciadas con el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) en el marco del Programa de desarrollo rural (PDR) de Galicia 2014-2020, y se convocan para el año 2020 (código de procedimiento MR351A). (DOG 25, de 06 de febrero de 2020)

Orden de 23 de diciembre de 2019 por la que se establecen las **bases** reguladoras generales y la convocatoria para el año 2020, para la concesión, en régimen de concurrencia competitiva, de **ayudas** para proyectos colectivos de modernización de las infraestructuras de los puertos pesqueros, de las lonjas y de los lugares de desembarque, para la mejora de la eficiencia energética, de la seguridad y las condiciones de trabajo, y de la calidad de los productos desembarcados de la pesca, cofinanciada por el Fondo Europeo Marítimo y de Pesca (FEMP) y tramitada como expediente anticipado de gasto. (DOG 25, de 06 de febrero de 2020). ***Cofradías de pescadores***

Resolución de 30 de diciembre de 2019 por la que se convocan, para el año 2020, con carácter plurianual, las **subvenciones** de los Programas de fomento del parque de vivienda en alquiler y de fomento de viviendas para personas mayores y personas con discapacidad del Plan estatal de vivienda 2018-2021. (DOG 25, de 06 de febrero de 2020). ***Cooperativas de autoconstrucción y empresas de economía social***

Decreto 174/2019, de 19 de diciembre, por el que se regula la **artesanía** alimentaria. (DOG 27, de 10 de febrero de 2020). ***Cooperativas agroalimentarias***

Resolución de 8 de abril de 2020 por la que se hace público el Acuerdo del Consejo Gallego de Cooperativas de 7 de abril de 2020, por el que se autoriza a las cooperativas gallegas a destinar el **Fondo de Formación y Promoción Cooperativa** a la promoción social de la comunidad para atender necesidades derivadas de la pandemia ocasionada por el COVID-19. (DOG 75, de 20 de abril de 2020)

Orden de 23 de abril de 2020 por la que se establecen las **bases** reguladoras generales y se convocan para el año 2020, en régimen de concurrencia competitiva, **ayudas** a proyectos colectivos, financiados por el Fondo Europeo Marítimo y de Pesca (FEMP), que contribuyan a la **protección y recuperación de la biodiversidad marina** a través de una mejor gestión y conservación de los recursos marinos y de sus ecosistemas, así como al fomento de la sensibilización ambiental. (DOG 92, de 13 de mayo de 2020). ***Cofradías de pescadores***

MURCIA

Decreto n.º 311/2019, de 19 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen las normas especiales reguladoras de la concesión directa de una **subvención** a conceder por la Consejería de Empleo, Investigación y Universidades a favor de la Asociación de Empresas de Economía Social (AMUSAL), la Federación de Sociedades Agrarias Cooperativas de Murcia (FECAMUR), la Federación de Cooperativas Agrarias de Murcia (FECOAM), la Unión de Cooperativas de Enseñanza de la Región de Murcia (UCOERM) y la Unión de Cooperativas de Trabajo Asociado de la Región de Murcia (UCOMUR), para la realización de proyectos en el marco del **Pacto para la Excelencia de la Economía Social** de la Región de Murcia 2018-2020. (BORM 298, de 27 de diciembre de 2019)

NAVARRA

Resolución 108/2019, de 19 de noviembre, del Director General de Desarrollo Rural, por la que se aprueban las bases reguladoras y la convocatoria para la concesión de **ayudas** a las **cooperativas de uso en común de maquinaria** para la adquisición de maquinaria y equipamiento agrícola para el año 2019-2020. (BON 245, de 16 de diciembre de 2019)

Decreto Foral 340/2019, de 27 de diciembre, por el que se modifica el Decreto Foral 94/2016, de 26 de octubre, por el que se regula el régimen de **calificación, registro y ayudas de las Empresas de Inserción Sociolaboral** de Navarra. (BON 13, de 21 de enero de 2020)

Resolución 237/2020, de 7 de mayo, de la Directora Gerente del Servicio Navarro de Empleo-Nafar Lansare, por la que se aprueban la convocatoria y las **bases** reguladoras de **subvenciones** a entidades seleccionadas para desarrollar en la Comunidad Foral de Navarra actuaciones dentro del marco del **Programa Operativo de Inclusión Social y de Economía Social** - FSE 2020-2024. (BON 108, de 21 de mayo de 2020)

PAÍS VASCO

Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de **Cooperativas de Euskadi**. (BOPV 247, de 30 de diciembre de 2019 / BOE 16 de enero de 2020)

Orden de 20 de diciembre de 2019, de la Consejera de Empleo y Políticas Sociales, por la que se aprueban las instancias normalizadas de las solicitudes de **subvenciones** y de calificación de **centros especiales de empleo**, previstas en el Decreto 168/2019, de 29 de octubre, por el que se regulan los programas y servicios relacionados con la empleabilidad de las personas con discapacidad de la Comunidad Autónoma de Euskadi y el **Registro Vasco de Centros Especiales de Empleo**. (BOPV 08, de 14 de enero de 2020)

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa es una revista jurídica de periodicidad semestral, cuyo campo de estudio es la Economía Social y las empresas y entidades que la conforman, principalmente cooperativas, sociedades laborales, mutualidades, fundaciones y asociaciones.

El Consejo de Redacción de **CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa** examinará todos los artículos relacionados con el mencionado objeto de estudio que le sean remitidos.

Los trabajos deberán ser inéditos y no estar presentados para su publicación en ningún otro medio. Se supone que todos los autores han dado su aprobación para que el manuscrito se presente a la revista.

Los originales serán sometidos al criterio de evaluadores externos anónimos (doble *referee*). Serán criterios de selección el nivel científico y la contribución de los mismos al intercambio de información entre el ámbito investigador y el de los profesionales de las administraciones públicas y de las empresas de la economía social.

Los trabajos podrán ser aceptados, sujetos a revisiones menores o mayores, o rechazados. La decisión editorial será comunicada a los autores, indicando las razones para la aceptación, revisión o rechazo del manuscrito.

Los autores de los manuscritos aprobados para su publicación deberán ceder el copyright del artículo y autorizar a la Revista para publicar el artículo en su página web y a incluirlo en diversas bases de datos científicas, conforme a la legalidad vigente, conservando el derecho a autoarchivo.

Página web: http://ciriec-revistajuridica.es/
Dirección Postal: CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa
Campus Els Tarongers. Facultad de Economía, despacho 2P21, 46022 Valencia

Envío de originales:

Los autores deben registrarse y subir su trabajo al sistema de gestión electrónica de *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*. Esto debe hacerse a través del enlace:

https://ojs.uv.es/index.php/juridicaciriec/author/submit/1

Además, deben de remitir una copia de su artículo a ammb@uv.es.

Los autores deben, asimismo, remitir un escrito a la revista asegurando que el texto enviado es enteramente original y propiedad de los autores, y que no se encuentra en proceso de evaluación en otra revista.

Normas de edición:

1. Los artículos estarán redactados en lengua española, portuguesa o inglesa o, de manera extraordinaria, en cualquier otra lengua.

2. Su primera página deberá incluir:

- Título del artículo en el idioma original y en inglés. Si el título es largo deberá contener un título principal que no excederá de los 40 caracteres y un título secundario.
- El/los nombre/s, dirección/es e institución a las que pertenecen el/los autor/es, y el máximo rango académico alcanzado por cada autor hasta la fecha, señalando, asimismo, la dirección a la que habrá de remitirse la respuesta del consejo de redacción.
- Un resumen de 100 a 150 palabras, en la lengua original, en español y en inglés.
- Entre cuatro y ocho palabras clave o descriptivas, en la lengua original, en español y en inglés.
- Entre tres y seis claves-escriptores alfanuméricos conforme al sistema de clasificación de Econlit https://www.aeaweb.org/econlit/. Al menos una de ellas debe ser propia o próxima a la Economía Social.
- Así mismo, deberá contener un resumen amplio, que se presentará cuando el artículo haya sido aceptado, de entre 1.000/1.500 palabras y siguiendo la tipología de texto indicada, íntegramente en inglés (o en español, para aquellos trabajos presentados originalmente en inglés).
- Sumario.

3.El artículo, redactado con letra a tamaño 12 y en interlineado simple, tendrá una extensión de entre 15 y 30 páginas, incluidos textos, tablas y elementos gráficos, bibliografía y anexos, en formato Word o similar.

4. La bibliografía del estudio, tanto a pie de página como al final del artículo se podrá citar de las siguientes maneras:

4.1. **Monografía**: AUTOR (AUTORES): *Título de la obra*, Editorial, Lugar, Año, páginas.

Ejemplo: MARTÍN BERNAL, J.M.: *Asociaciones y Fundaciones*, Civitas, Madrid, 2005, p. 46.

4.2. **Capítulo de libro:** AUTOR. (AUTORES) Título del capítulo. En: *Título* (RESPONSABILIDAD PRINCIPAL). Editorial, Lugar, Año, páginas.

Ejemplo: TODOLÍ SIGNES, A.: "La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de falsas cooperativas". En: *La promoción del emprendimiento y la inserción social desde la economía social* (coord. FAJARDO GARCÍA, G.), CIRIEC-España, Valencia, 2018, pp. 87-92.

4.3. **Artículo:** AUTOR (AUTORES): "Título del Artículo", *Nombre de la revista o publicación*, Editorial, Lugar (en su caso), Número, Año, páginas.

Ejemplo: FAJARDO GARCÍA, I.G: "La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 16, noviembre, 2005, pp. 9-11.

Ejemplo 4 o más autores: OLAVARRÍA IGLESIA J.; MONZÓN CAMPOS, J.L.; FAJARDO GARCÍA, I.G; et al.: "La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 16, noviembre, 2005, pp. 9-11.

4.4. Se podrá igualmente citar siguiendo la última versión de las reglas APA.

Así, por ejemplo, las citas a pie de página podrán realizarse indicando en el texto y entre paréntesis del autor, el año de su publicación (distinguiendo a, b, c, ... si hay varias publicaciones del mismo autor) y eventualmente las páginas. Por ejemplo: (Botana, 2004:87).

4.5. Cuando los documentos citados tengan DOI, éste deberá indicarse como un elemento más de la referencia bibliográfica.

4.6. Todas las citas deben aparecer al final del artículo en orden alfabético y cronológico, bajo el título de **Bibliografía**.

Cómo citar artículos de esta revista. Ejemplo:

FAJARDO GARCÍA, I.G.: "La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 16, noviembre, 2005, págs. 9-11. DOI: xxxx

FAJARDO GARCÍA, I.G. (2005): "La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 16, págs. 9-11. DOI: xxxx

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa is a six-monthly law journal that studies the Social Economy and the companies and organisations that it encompasses, mainly cooperatives, worker-owned enterprises, mutual societies, foundations and associations.

The Editorial Board of **CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y** Cooperativa will examine all the articles related to the aforementioned object of study that are sent to it.

Papers must be unpublished and not submitted for publication in any other medium. It is assumed that all authors have given their approval for the manuscript to be submitted to the journal.

The originals will be subject to anonymous external evaluation criteria (double *referee*). The selection criteria will be the scientific level and the contribution of the papers to the exchange of information between the research field and the professionals of public administrations and social economy enterprises. Entries may be accepted, subject to minor or major reviews, or rejected. The editorial decision will be communicated to the authors, indicating the reasons for acceptance, review, or rejection of the manuscript. Authors of manuscripts approved for publication must assign the copyright of the article and authorise the journal to publish the article on its website and to include it in various scientific databases, in accordance with current legislation, while retaining the right to self-archive.

Website: http://www.ciriec-revistajuridica.es
Postal Address:
CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa
Campus Els Tarongers. Facultad de Economía, despacho 2P21, 46022 Valencia

Sending originals:

Authors must register and upload their work to the electronic management system of *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*. This must be done through the link:

https://ojs.uv.es/index.php/juridicaciriec/author/submit/1

In addition, they should send a copy of their article to .ammb@uv.es

Authors must also submit a written statement to the journal assuring that the text submitted is entirely original and the property of the authors, and that it is not being evaluated in another journal.

Editing rules:

1. The articles will be written in Spanish, Portuguese or English or, in exceptional cases, in any other language.

2. Your first page should include:

- The title of the article in the original language and in English. If the title is long, it should contain a main title that does not exceed 40 characters and a secondary title.
- The name(s), address(es) and institution(s) to which the author(s) belong(s), and the highest academic rank achieved by each author to date, also indicating the address to which the reply from the editorial board should be sent.
- An abstract of 100 to 150 words, in the original language, in Spanish and in English.
- Between four and eight key or descriptive words, in the original language, in Spanish and in English.
- Between three and six alphanumeric descriptors or keys in accordance with Econlit's classification system https://www.aeaweb.org/econlit/. At least one of them must be in the field of the Social Economy or in a closely related field.
- It should also contain a comprehensive summary, to be submitted when the article has been accepted, of between 1,000/1,500 words and following the text typology indicated, in full in English (or in Spanish, for those papers originally submitted in English).
- A summary.

3. The article, written in font size 12 and single-spaced, will be between 15 and 30 pages long, including texts, tables and graphic elements, references, and annexes, in Word format or similar.

4. The references of the study, both in the footnotes and at the end of the article, may be cited in the following ways:

4.1. **Monograph**: AUTHOR (AUTHORS): *Title of the paper*, Publisher, Place, Year, pages.

Example: MARTÍN BERNAL, J.M.: *Asociaciones y Fundaciones*, Civitas, Madrid, 2005, p. 46.

4.2. **Book chapter:** AUTHOR. (AUTHORS) Chapter title. In: *Title* (MAIN RESPONSIBILITY). Publisher, Place, Year, pages.

Example: TODOLÍ SIGNES, A.: "La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de falsas cooperativas". In: *La promoción del emprendimiento y la inserción social desde la economía social* (coord. FAJARDO GARCÍA, G.), CIRIEC-España, Valencia, 2018, pp. 87-92.

4.3. **Article:** AUTHOR (AUTHORS): "Article Title", *Name of the journal or publication*, Publisher, Place (if applicable), Number, Year, pages.

Example: FAJARDO GARCÍA, I.G: "La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, no. 16, November, 2005, pp. 9-11.

Example 4 or more authors: OLAVARRÍA IGLESIA J.; MONZÓN CAMPOS, J.L.; FAJARDO GARCÍA,

I.G; et al.: "La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, no. 16, November, 2005, pp. 9-11.

4.4. Authors may also cite other papers by following the latest version of the APA rules.

Thus, for example, citations in the footnotes can be made by indicating the author, the year of publication (distinguishing a, b, c, etc. if there are several publications by the same author) and finally the pages in the text and in brackets. For example: (Botana, 2004:87).

4.5. When the documents cited have a DOI, this must be indicated as an additional element of the bibliographic reference.

4.6. All citations should appear at the end of the article in alphabetical and chronological order, under the heading References.

How to cite articles from this journal. Example:

FAJARDO GARCÍA, I.G.: "La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, no. 16, November, 2005, pp. 9-11. DOI: xxxx

FAJARDO GARCÍA, I.G. (2005). "La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, no. 16, pp. 9-11. DOI: xxxx

EVALUADORES (Listado desde 2018)

El Consejo de Dirección de CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, desea agradecer la colaboración de los siguientes evaluadores:

AGUILAR RUBIO, Marina
ALEGRE NUENO, Manuel
ALFONSO SANCHEZ, Rosalía
ÁLVAREZ DE EULATE, Leire
ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Paula
ANDREU MARTÍ, María del Mar
ANGULO GARZARO, Amaya
ARGUDO PERIZ, José Luis
ARRIETA IDIAKEZ, Francisco Javier
BECERRA TRAVER, María Teresa
BELASSIR, Aicha
BENGOETXEA ALKORTA, Aitor
BOQUERA MATARREDONA, Josefina
BORJABAD GONZÁLEZ, Primitivo
CANO ORTEGA, Cristina
CARRAU CRIADO, Rafael
CARRERAS ROIG, Lluís
CAVAS, Faustino
CHAVES GAUDIO, Ronaldo
CUÑAT EDO, Vicente
DE CONTO, Mario
DÍAZ DE LA ROSA, Angelica
DOUVITSA, Ifigenia
ENCISO SANTOCILDES, Marta
FAJARDO GARCÍA, Gemma
FERNÁNDEZ LÓPEZ, Roberto
FERRAZ, Marianna
GADEA SOLER, Enrique
GALLEGO CORCOLES, María Isabel
GARCÍA CALAVIA, Miguel Ángel
GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel
GARCÍA MÜLLER, Alberto
GARCÍA SABATER, Antonio B.
GIMENO FELIU, José María
GRIMALDOS GARCÍA, María Isabel
HERNÁNDEZ BEJARANO, Macarena
HERNANDO CEBRIÁ, Luis
HERRERO BLASCO, Aurelio
HIROTA, Miguel Yasuyuki
ITURRASPE, Francisco
JIMÉNEZ ESCOBAR, Julio
LAMBEA RUEDA, Ana
LARA GONZÁLEZ, Rafael
MAFFIOLETTI, Emanuelle
MARCUELLO SERVÓS, Carmen
MARTÍN LORENZO, Beatriz
MARTINEZ CHARTERINA, Alejandro
MARTÍNEZ SANZ, Fernando
MARTÍNEZ MORALES, Ignacio
MARTINHO, Ana Luisa
MATO PACÍN, Natalia
MEDINA ARNAIZ, Teresa
MEIRA, Deolinda
MENDOZA JIMENEZ, Javier
MERINO GARRIDO, Francisco
MERINO HERNÁNDEZ, Santiago
MILLAN CALENTI, Rafael
MOLINA NAVARRETE, Cristóbal
MONTESINOS OLTRA, Salvador
MORATALLA SANTAMARÍA, Pablo
MOZAS MORAL, Adoración
MUGARRA ELORRIAGA, Aitziber
MUÑOZ GARCÍA, Alfredo
NAGAO MENEZES, Daniel
OLAVARRÍA IGLESIA, Jesús
ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko
ORTEGA ÁLVAREZ, Ana
OTXOA-ERRARTE GOIKOETXEA, Rosa
PASTOR SEMPERE, Carmen
PEÑAS MOYANO, Benjamín
PEÑAS MOYANO, María Jesús
PÉREZ CARRILLO, Elena F.
POZO BOUZAS, Eduardo Gonzalo
RAMOS, Elisabete
RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Amalia
ROVIRA FERRER, Irene
SÁNCHEZ BOZA, Ligia Roxana
SÁNCHEZ MOLINER, José Luis
SÁNCHEZ PACHÓN, Luis Ángel
SANTOS DOMÍNGUEZ, Miguel Ángel
SENENT VIDAL, Mª José
SERRANO CHAMORRO, Eugenia
SOLERNOU SANZ, Stella
SOVERAL MARTINS, Alexandre De
SUÁREZ LANTARÓN, Belén
SUBERBIOLA GARBIZU, Irune
TEJEDOR BIELSA, Julio
TODOLÍ SIGNES, Adrián
TORRES PÉREZ, Francisco José
TORRES, Agustín
UREÑA SALCEDO, Juan Antonio
VAÑÓ VAÑÓ, María José
VARGAS VASSEROT, Carlos
VÁZQUEZ RUANO, Trinidad
VIGUERA REVUELTA, Rodrigo
VILLAFAÑEZ PÉREZ, Itziar
ZURUTZA ORTEGA, Eli

Declaración ética y de buenas prácticas

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa es una publicación cuyo campo de estudio es el formado por las empresas y entidades que tienen como finalidad el servicio del interés general o social, más concretamente la economía social. El equipo editorial de *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* consideramos que el deber de toda revista científica es velar por la difusión y transferencia del conocimiento, garantizando el rigor y la calidad científica, con un alto compromiso ético. De ahí que adoptemos como referencia el Código de Conducta que, para editores de revistas científicas, ha establecido el Comité de Ética de Publicaciones (COPE: Committee on Publication Ethics).

Obligaciones y responsabilidades generales de los Editores

En su calidad de máximos responsables de la revista, los Editores de *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* se comprometen a:

- esforzarse por satisfacer las necesidades de los lectores y autores;
- mejorar constantemente la revista;
- asegurar la calidad del material que publican;
- velar por la libertad de expresión;
- mantener la integridad académica de su contenido;
- impedir que a los intereses comerciales comprometan los criterios intelectuales;
- estar dispuesto a publicar correcciones, aclaraciones, retractaciones y disculpas cuando sea necesario.

Relaciones con los lectores

Los lectores deben estar informados acerca de quién ha financiado la investigación y sobre el papel en la investigación de la entidad financiera.

Relaciones con los autores

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa se compromete a asegurar la calidad del material que publica, dejando constancia de los objetivos y normas de la revista, así como de sus diferentes secciones.

Las decisiones de los editores para aceptar o rechazar un documento para su publicación se basan únicamente en la relevancia del trabajo, su originalidad y claridad expositiva, así como en la pertinencia del estudio en relación a la línea editorial de la revista.

La revista incluye una descripción de los procesos seguidos en la evaluación por pares de cada trabajo recibido, comprometiéndose a dejar constancia y justificar cualquier desviación importante de los procesos descritos (caso de que se produzcan). Para todo ello, la revista cuenta con una guía de autores en la que consta todo aquello que se espera de éstos. Dicha guía se actualiza regularmente y contiene un vínculo a la presente declaración ética.

Se reconoce el derecho de los autores a apelar contra las decisiones editoriales. Los editores no modificarán su decisión en la aceptación de envíos, a menos que se detecten irregularidades o situaciones extraordinarias. Cualquier cambio en los miembros del equipo editorial no afectará a las decisiones ya tomadas salvo casos excepcionales en los que confluyan graves circunstancias.

Relaciones con los evaluadores

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa pone a disposición de los evaluadores una guía acerca de lo que se espera de ellos. Dicha guía se actualiza regularmente y contiene un vínculo al presente código ético.

La identidad de los evaluadores se encuentra en todo momento protegida, garantizándose su anonimato.

Proceso de evaluación por pares

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa garantiza que el material remitido para su publicación será considerado como materia reservada y confidencial mientras que se evalúa.

Reclamaciones

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa se compromete responder con rapidez a las quejas recibidas y a velar para que los demandantes insatisfechos puedan canalizar otras quejas. En cualquier caso, si los interesados no consiguen satisfacer sus reclamaciones, se considera que están en su derecho de elevar sus protestas a otras instancias.

Fomento del debate

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa admite la publicación de artículos de crítica sobre los trabajos que aparecen en la revista. En tales casos, los autores de los trabajos criticados tendrán la oportunidad de réplica.

Los estudios que reportan resultados negativos no deben ser excluidos.

Fomentar la integridad académica

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa asegura que el material que publica se ajusta a las normas éticas internacionalmente aceptadas.

Protección de datos individuales

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa garantiza la confidencialidad de la información individual (por ejemplo, de los profesores y/o alumnos participantes como colaboradores o sujetos de estudio en las investigaciones presentadas).

Es responsabilidad última/directa de los autores el disponer de las autorizaciones pertinentes para imágenes (fotografías personales, marcas comerciales...) y otros datos (edad, sexo, nivel social, etc.) de personas o productos comerciales.

Seguimiento de malas prácticas

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa asume su obligación para actuar en consecuencia en caso de sospecha de malas prácticas o conductas inadecuadas. Esta obligación se extiende tanto a los documentos publicados como a los no publicados. Los editores no sólo rechazarán los manuscritos que planteen dudas sobre una posible mala conducta, sino que se consideran éticamente obligados a denunciar los supuestos casos de mala conducta. Desde la revista se realizarán todos los esfuerzos razonables para asegurar que los trabajos sometidos a evaluación sean rigurosos y éticamente adecuados.

Integridad y rigor académico

Cada vez que se tenga constancia de que algún trabajo publicado contiene inexactitudes importantes, declaraciones engañosas o distorsionadas, debe ser corregido de forma inmediata.

Si, se detecta algún trabajo cuyo contenido sea fraudulento, será retirado tan pronto como se conozca, informando inmediatamente tanto a los lectores como a los sistemas de indexación.

Entre otras, se consideran prácticas inadmisibles, y como tal se denunciarán las siguientes: el envío simultáneo de un mismo trabajo a varias revistas, la publicación duplicada (o con cambios irrelevantes) del mismo trabajo, o la fragmentación artificial de un trabajo en varios artículos.

Relaciones con los propietarios y editores de revistas

La relación entre editores, editoriales y propietarios es a menudo compleja, pero debe quedar siempre sujeta al principio de independencia editorial. *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* garantizará siempre que los artículos se publiquen en base a su calidad e idoneidad para los lectores, y no con vistas a un beneficio económico o político. En este sentido, el hecho de que la revista no se rija por intereses económicos y defienda el ideal de acceso al conocimiento libre, universal y gratuito, facilita dicha independencia.

Conflicto de intereses

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa habilitará/adecuará los mecanismos necesarios para evitar/solventar los posibles conflictos de intereses de autores, evaluadores y/o el propio equipo editorial.

Quejas/denuncias contra editores

Cualquier autor, lector, evaluador o editor puede remitir sus quejas a los organismos competentes correspondientes.

CIDEC

El **CIDEC** es el Centro de Información y Documentación Europea de Economía Pública, Social y Cooperativa, de la Facultat d'Economia de la Universitat de València y de la asociación científica CIRIEC-España.

Desde 1989 ofrece información y asesoramiento a investigadores, estudiantes y otras personas interesadas en temas de Economía Social, en especial cooperativas de trabajo asociado, cooperativas agrarias, otras cooperativas, entidades sin ánimo de lucro y asociacionismo, y en temas de empleo, servicios sociales y turismo rural. El CIDEC edita la revista de información *Noticias de la Economía Pública, Social y Cooperativa* y colabora en todas las publicaciones de CIRIEC-España.

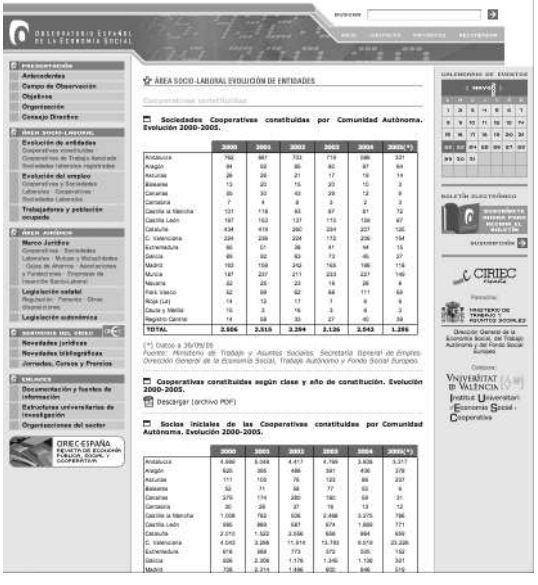
El CIDEC procesa, almacena e indexa en su BASE DE DATOS los artículos contenidos en las revistas, tanto nacionales como internacionales, que versan sobre Economía Social y Cooperativa y sobre Economía Pública existentes en su centro de documentación. Dispone de un *Servicio de Alerta* por correo electrónico.

Los investigadores pueden acceder a los contenidos de la base de datos contactando directamente con el CIDEC:

CIDEC
Campus Tarongers
Biblioteca de Ciencias Sociales Gregori Maians
46022 – VALENCIA (ESPAÑA)
Web site: http://www.uv.es/cidec
E-mail: cidec@uv.es
Telf. 96 382 87 44

OBSERVATORIO ESPAÑOL DE LA ECONOMÍA SOCIAL

- Estadísticas de la economía social en España
- Área socio-laboral
- Área jurídica
- Noticias de actualidad
- Boletín informativo por e-mail
- Agenda de eventos
- Novedades legislativas
- Novedades bibliográficas
- Jornadas, cursos y premios



Patrocina:

DIRECCIÓN GENERAL DEL TRABAJO AUTÓNOMO, DE LA ECONOMÍA SOCIAL Y DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS

Con la colaboración de:

VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

IUDESCOOP
Institut Universitari d'Investigació en Economia Social, Cooperativisme i Emprenedoria

CIDEC

Centro de Información y Documentación Europea de la Economía Pública, Social y Cooperativa.

www.ciriec-revistajuridica.es