

ESTUDIOS

El control de la incapacidad temporal
Juan Molins García-Atance

Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado
Carmen Jover Ramírez

La política de empleo en el ámbito del trabajo autónomo: soluciones a la "crisis" más allá del empleo asalariado
Cristóbal Molina Navarrete

La política de empleo en la Unión Europea: de la Estrategia de Lisboa a la Estrategia "Europa 2020"
Ángel De Val Tena

Los Servicios de Empleo en el ordenamiento jurídico italiano
Marco Esposito

Extinción por voluntad del trabajador sin causa
Daniel Toscani Giménez

MERCADO DE TRABAJO

¿Recuperación o espejismo? Informe de coyuntura sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (segundo trimestre de 2010)
Santos Ruesga Benito, José Luis Martín Navarro, Laura Pérez Ortíz

INFORMES Y DOCUMENTOS

Memoria de actuaciones del SERCLA (2009)

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Universidad de Cádiz
Crédito horario: indemnidad retributiva
María del Junco Cachero

Universidad de Sevilla
Contratación temporal sucesiva y declaración de fijeza de la relación laboral ex artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores. Incidencia de la Reforma Laboral de 2010
María Sepúlveda Gómez

Universidad de Málaga
Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena
Juan Carlos Álvarez Cortés
Enriqueta Alonso Russi

Universidad de Jaén
La práctica de las diligencias finales y la pervivencia de las diligencias para mejor proveer en el proceso laboral. Una lectura desde el punto de vista de la nueva regulación
José María Moreno Pérez

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía
M^a Dolores Rubio de Medina

106

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
106/2010 - Cuarto Trimestre

TEMAS LABORALES 2010

106

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



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

106

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

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

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

MANUEL RECIO MENÉNDEZ
Consejero de Empleo

VOCALES

JUSTO MAÑAS ALCÓN	Viceconsejero de Empleo
ESTHER AZORIT JIMÉNEZ	Directora General de Seguridad y Salud Laboral
DANIEL A. RIVERA GÓMEZ	Director General de Trabajo y Seguridad Social
ANTONIO ANGULO MARTÍN	Presidente de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía
VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Y BRAVO-FERRER	Consejero Permanente de Estado
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJO DE REDACCIÓN

MANUEL RECIO MENÉNDEZ	Consejero de Empleo
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
MANUEL ALCAIDE CASTRO	Catedrático de Organización de Empresas Universidad de Sevilla
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Huelva

DIRECTOR

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

SECRETARIO

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

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1º, Sevilla (41011). Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y especial monográfico-72 euros. Número suelto: 18 euros
Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES DEPENDENCIA DE EMPLEO JUNTA DE ANDALUCÍA
DEPÓSITO LEGAL: SE-1.077/96
I.S.S.N.: 0213-0750
Imprime: ALP Impresores S.L.

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 106/2010
Cuarto Trimestre

INDICE

1. ESTUDIOS

El control de la incapacidad temporal	13
JUAN MOLINS GARCÍA-ATANCE	
Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado	39
CARMEN JOVER RAMÍREZ	
La política de empleo en el ámbito del trabajo autónomo: soluciones a la “crisis” más allá del empleo asalariado	67
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE	
La política de empleo en la Unión Europea: de la Estrategia de Lisboa a la Estrategia “Europa 2020”	99
ÁNGEL DE VAL TENA	
Los Servicios de Empleo en el ordenamiento jurídico italiano	131
MARCO ESPOSITO	
Extinción por voluntad del trabajador sin causa	151
DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ	

2. MERCADO DE TRABAJO

¿Recuperación o espejismo? Informe de coyuntura sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (segundo trimestre de 2010)	175
SANTOS RUESGA BENITO	
JOSÉ LUÍS MARTÍN NAVARRO	
LAURA PÉREZ ORTÍZ	

3. INFORMES Y DOCUMENTOS

Memoria de actuaciones del SERCLA (2009)	205
--	-----

4. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN COLECTIVA	
Universidad de Cádiz	
Crédito horario: indemnidad retributiva	215
MARÍA DEL JUNCO CACHERO	
RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO	
Universidad de Sevilla	
Contratación temporal sucesiva y declaración de fijeza de la relación laboral ex artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores. Incidencia de la Reforma Laboral de 2010	225
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ	

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena 245

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

ENRIQUETA ALONSO RUSSI

DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

La práctica de las diligencias finales y la pervivencia de las diligencias para mejor proveer en el proceso laboral. Una lectura desde el punto de vista de la nueva regulación 261

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ

5. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía .. 273
M^a DOLORES RUBIO DE MEDINA

DECRETO 136/2010, de 13 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo (BOJA núm. 71, de 14 de abril) 282

ORDEN de 26 de abril de 2010, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas al establecimiento y mantenimiento como trabajador o trabajadora autónomo en Andalucía (BOJA núm. 85, de 4 de mayo) 289

DECRETO 193/2010, de 20 de abril, por el que se regula la calificación y se crea el Registro de Empresas de Inserción de Andalucía (BOJA núm. 90, de 11 de mayo) 302

ORDEN de 26 de mayo de 2010, por la que se modifica la Orden de 28 de mayo de 2009, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para programas e infraestructuras destinados al arraigo, la inserción y la promoción social de las personas inmigrantes, dirigidas a entidades privadas sin ánimo de lucro y universidades públicas, en el ámbito de las competencias de la Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias y se efectúa su convocatoria para el año 2010 (BOJA núm. 114, de 11 de junio) 312

DECRETO 307/2010, de 15 de junio, por el que se determinan los órganos competentes para la imposición de sanciones en el orden social (BOJA núm. 119, de 18 de junio) 319

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals –IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: Análisis Laboral (Perú), Arbeit und Recht (Alemania), Australian Journal of Labour Law (Australia), Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (Francia), Bulletin of Comparative Labour Relations (Bélgica), Canadian Labour & Employment Law Journal (Canadá), Comparative Labor Law & Policy Journal (Estados Unidos de América), Diritti lavoro mercati (Italia), Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA-Alemania), Giornale di Diritto del Lavoro (Italia), Industrial Law Journal (Sudáfrica), Industrial Law Journal (Reino Unido), International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations (Holanda), International Labour Review (OIT), Japan Labor Review (Japón), Labour Society and Law (Israel), Lavoro e Diritto (Italia), Relaciones Laborales (España), Revista de Derecho Social (España), Revue de Droit du Travail (Francia) y Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Alemania).

Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter, está destinada fundamentalmente a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación inéditos y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

La remisión de originales, de acuerdo con el formato de estilos que caracterizan a la Revista –en especial, en lo que respecta a la extensión máxima de 30 páginas, inclusión de extracto, interlineado sencillo y cuerpo principal a 12, y que pueden consultarse en detalle en el archivo que sobre reglas de estilo se localizan el espacio web <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/revista/> - y siempre debidamente identificados en cuanto a su autoría, se efectuará por correo electrónico a las siguientes direcciones: jesusacruz@us.es y/o chano@uhu.es

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista TEMAS LABORALES pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/revista/1stContenidos.asp>

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE ANDALUSIAN
REVIEW
Nº 106/2010
Fourth Trimester

INDEX

1. STUDIES

Monitor temporary incapacity	13
JUAN MOLINS GARCÍA-ATANCE	
Temporary incapacity and unjustified absenteeism reduction	39
CARMEN JOVER RAMÍREZ	
The employment policy under autonomous work: solutions to the crisis beyond salaried worker	67
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE	
The employment policy in Europe: from the Lisbon Strategy to the Es- trategy “Europe 2020”	99
ÁNGEL DE VAL TENA	
The Employment Services and the Italian judicial regime	131
MARCO ESPOSITO	
Workers contract resignation without a cause	151
DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ	

2. LABOUR MARKET

¿Recovery or illusion? An overview about the labour situation in Spain and in Andalusia Report on the labour situation in Spain and Andalusia (second trimester 2010)	175
SANTOS RUESGA BENITO	
JOSÉ LUÍS MARTÍN NAVARRO	
LAURA PÉREZ ORTÍZ	

3. REPORTS AND DOCUMENTS

SERCLA Memories (2009)	205
------------------------------	-----

4. JUDICIAL COMMENTS

REPRESENTATION AND COLLECTIVE PARTICIPATION University of Cadiz Extra hours: retribution indemnity	215
MARÍA DEL JUNCO CACHERO	

EMPLOYMENT CONTRACT REGIME	
University of Seville	
Temporal and successive hiring and labor relation declaration ex- article 15.5 of the Workers Statute. About the 2010 Labor Reform	225
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ	
SOCIAL SECURITY BENEFITS	
University of Malaga	
Some notes about the incapacity benefits and autonomous work compa- tibility	245
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS	
ENRIQUETA ALONSO RUSSI	
LABOUR LEGAL CASE	
University of Jaen	
The practice of final diligences and the prevalence of the diligences to improve labor process. A perspective from the new regulation.	261
JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ	
5. LEGISLATIVE REMARKS	
Legislative comment about the Andalusian Autonomous Community ..	273
M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	

EL CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

JUAN MOLINS GARCÍA-ATANCE

Magistrado Especialista Sala de lo Social del TSJ de Aragón

EXTRACTO

Palabras Clave: Seguridad Social, Incapacidad Temporal

La gestión del subsidio por incapacidad temporal se enfrenta a dos problemas distintos pero interconectados. En las bajas médicas emitidas por los Servicios Públicos de Salud, la falta de control efectivo por parte de algunos médicos de cabecera propicia el devengo de subsidios por incapacidad temporal injustificados. Y en las altas médicas emitidas por los Servicios Médicos de las Mutuas en las prestaciones de incapacidad temporal de etiología profesional, el rigor de estas altas médicas emitidas por entidades privadas puede causar la desprotección del trabajador. Estos problemas están interconectados porque muchas veces el trabajador, en vez de impugnar judicialmente el alta médica de la Mutua, acude a su médico de cabecera para que expida una baja médica por contingencias comunes.

Con el objeto de evitar esta desprotección del trabajador, el Real Decreto 1430/2009 ha establecido un procedimiento administrativo de revisión de las altas médicas de las Mutuas, durante cuya tramitación el trabajador continúa percibiendo el subsidio por incapacidad temporal y el contrato de trabajo está suspendido. Sin embargo, la tutela efectiva de éste requeriría asimismo una reforma procesal, estableciendo un procedimiento judicial urgente de impugnación de las altas médicas, exento de reclamación previa y que finalizase por sentencia no susceptible de recurso de suplicación, lo que permitiría un control judicial efectivo de la licitud del alta médica, incompatible con la demora propiciada por los recursos de suplicación y posterior casación unificadora.

ABSTRACT

Key Words: Social Security, Temporary Incapacity

The temporary incapacity State Benefit has two related problems. In temporary incapacity for work/sickness absence, granted by the Health Public Sector, the lack of real and effective control over some general practitioner leads to the increase of absences, sometimes unjustified, by temporary incapacity. And for those patient released by the Benefit Society Service after a temporary incapacity, the rigorous medical releases may simply not protect workers. These two problems are connected because many times workers, instead of directly impugned the release in the Benefit Society, go to the general practitioner to get the temporary incapacity for "common causes".

In order to avoid workers' vulnerability, the Royal Decree 1430/2009 has established an administrative procedure to review medical release in the Benefit Societies, meanwhile the worker still receives the aid of temporary incapacity and the work contract is suspended. Even though, the effective tutelage should require a labor procedural change, that is that the revision of medical release shall have a definite and specific solution.

ÍNDICE

1. INCAPACIDAD TEMPORAL Y ABSENTISMO
2. DURACIÓN DE LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL
 - 2.1. Duración ordinaria: 365 días
 - 2.2. Prórroga hasta 180 días más
 - 2.3. Prolongación hasta los 21 meses
 - 2.4. Demora de la calificación hasta 730 días
3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE REVISIÓN DE LAS ALTAS MÉDICAS EXPEDIDAS POR LAS MUTUAS Y LAS EMPRESAS COLABORADORAS
 - 3.1. Contingencias comunes
 - 3.2. Contingencias profesionales
 - 3.3. Procedimiento administrativo de revisión
4. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CITACIÓN A UN TRABAJADOR POR UNA MUTUA PARA QUE ACUDA A UN RECONOCIMIENTO MÉDICO
5. CONCLUSIONES

1. INCAPACIDAD TEMPORAL Y ABSENTISMO

La incapacidad temporal es una de las prestaciones de la Seguridad Social que en las dos últimas décadas ha sido objeto de mayores medidas de reforma¹. No ha habido proceso reformador que se precie que no haya incidido en la regulación de la incapacidad temporal². Ello se debe a que, desde principios de la década de los 90, experimentó crecimientos espectaculares, que han motivado sucesivas reformas que han intentado limitar el gasto³. Se ha afirmado que se

¹ Panizo Robles, J. A.: “La reforma de la Seguridad Social (Comentarios a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social)”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 298, 2008, pág. 9.

² Ferrando García, F. M.: “La reforma de la incapacidad temporal”, en Ferrando García, F. M. (coordinadora): *La reforma de la Seguridad Social (El Acuerdo de 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo)*, Bomarzo, Albacete, 2007, pág. 99.

³ En cuanto a la evolución del gasto de incapacidad temporal, en millones de euros, ha sido el siguiente:

Ejercicio	Absoluto	Incremento %	Ejercicio	Absoluto	Incremento %
1991	3.017,02	21,31	2000	3.784,36	13,52
1992	3.396,58	12,58	2001	4.278,29	13,05
1993	3.349,07	- 1,40	2002	4.754,48	11,13
1994	3.374,68	0,76	2003	5.154,21	8,41
1995	3.375,93	0,04	2004	5.830,18	13,11
1996	3.513,85	- 4,09	2005	6.406,70	9,88
1997	3.316,70	- 5,61	2006	6.655,68	3,89
1998	3.163,26	- 4,63	2007	7.312,77	9,87
1999	3.333,63	5,39	2008	7.306,72	- 0,09

Fuentes: Panizo Robles, J. A.: “La reforma de la Seguridad Social...”, ob. cit., págs. 9 y 10, nota 13 y Martínez Lucas, J. A.: “Las nuevas medidas de control de la incapacidad temporal”, *Actualidad Laboral* nº 22, 2009, pág. 2678, nota 1.

Las citadas cifras se refieren a los costes directos de la incapacidad temporal. Como explican Romay López, R. y Santín González, D.: “El control del gasto público por incapacidad temporal mediante redes neuronales”, *Hacienda pública española*, nº 165, 2003, pág. 53, los costes indirectos pueden ascender al triple que los directos.

trata de “una de las prestaciones más complicadas de nuestro Sistema de Seguridad Social” por la intervención de múltiples sujetos, el establecimiento de un complicado sistema de gestión y las diversas cuantías a reconocer⁴.

La incapacidad temporal es una prestación dominada por el riesgo moral⁵. El riesgo moral es un concepto económico que describe una situación en la que un individuo, aislado de las consecuencias de sus acciones, podría cambiar su comportamiento del que habría tenido si hubiera estado expuesto completamente a las consecuencias de sus acciones. Más específicamente, el riesgo moral es la influencia de un seguro en la conducta de un agente. Se basa en la existencia de asimetrías informativas entre los agentes que intervienen en un mercado. Por ejemplo, en los seguros contra incendios, el propietario del inmueble tiene información privada acerca de sus propias acciones: si ha tomado las precauciones necesarias para evitar un incendio. Por ello, es probable que las compañías de seguros tengan que enfrentarse a más reclamaciones que si hubieran podido determinar exactamente el esfuerzo realizado por cada propietario para evitar el incendio. El problema de los incentivos distorsionados surge cuando un individuo tiene información privada acerca de sus propias acciones y son otras las personas que soportan los costes de un esfuerzo insuficiente. En definitiva, es difícil controlar en determinados casos la incidencia que tiene el propio asegurado en los procesos incapacitantes vividos por él. Es el denominado riesgo moral. Para resolver este problema es necesario dar a los individuos con información privada algún incentivo para que se esfuercen. En el caso de la prestación de incapacidad temporal, este incentivo ha sido el reforzamiento de los sistemas de control. Como el control es muy complejo, se acude al uso estratégico de la prestación.

El riesgo moral es bajo cuando se trata de una incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales porque la aparición de la contingencia es verificable en un grado relativamente alto. En estos casos, la información privada del beneficiario de la prestación tiende a ser baja. Pero la incidencia del riesgo moral es muy alta en las contingencias comunes porque son más difíciles de verificar. Por ello, el subsidio por incapacidad temporal derivado de contingencias comunes ofrece diversos usos estratégicos, convirtiéndose en una “prestación refugio”⁶, utilizándose como recurso económico para cortos periodos de tiempo de inactividad (sustituyendo permisos), para atender

⁴ Gracia Alegre, G.: “Real Decreto 1430/2009, un desarrollo urgente del subsidio de incapacidad temporal”, *Tribuna Social*, nº 227/2009, pág. 42.

⁵ Respecto de la noción de riesgo moral aplicada a la incapacidad temporal, *vide* Mercader Uguina, J. R.: “La fábula del paciente simulador y el terapeuta crédulo o los mitos de la incapacidad temporal”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 8, 2009, pág. 16, cuyos argumentos reiteramos.

⁶ Sempere, A. V.; Tortuero, J. L.; Martín, R. Y García Viña, J.: *Hacia un nuevo modelo de gestión de la incapacidad temporal*, MTAS FIPROS, Madrid, 2005, págs. 11 y ss.

a hijos o personas mayores, como solución temporal para situaciones laborales incómodas, como instrumento de huida de las prestaciones de incapacidad permanente, sustitutivo de las prestaciones por desempleo⁷. Este uso desviado ocasiona un incremento del gasto⁸ y perjudica el tejido empresarial. Se ha señalado como un elemento disfuncional de la prestación de incapacidad temporal el establecimiento de mejoras voluntarias consistentes en complementos de esta prestación, lo que opera como desincentivo al efecto de riesgo moral que se produce en esta situación⁹.

La mayoría de los subsidios por incapacidad temporal son de etiología común. El procedimiento de reconocimiento de esta prestación se inicia cuando el trabajador acude al médico de atención primaria del Servicio Público de Salud. Éste debe efectuar un reconocimiento médico del trabajador y solicitar del paciente los datos que contribuyan a precisar la patología objeto de diagnóstico (art. 1.2 del Real Decreto 575/1997). Este diagnóstico médico cumple dos funciones muy distintas. Por un lado, sirve para establecer el tratamiento médico necesario para que el paciente recupere su salud. Pero además se exige al facultativo de atención primaria que efectúe una valoración de carácter clínico-legal: si la alteración de la salud impide al trabajador desarrollar su actividad laboral¹⁰.

Ello supone que se atribuye a los médicos de atención primaria una función de asistencia sanitaria pero también otra de colaboración en la gestión de las prestaciones económicas de la Seguridad Social. Es un médico pero también es un importante colaborador en la gestión de prestaciones de la Seguridad Social. El problema radica en que no solo son dos funciones distintas sino que, en buena medida, también son incompatibles. 1) Un médico tiene que velar por la salud de su paciente. Y para poder desarrollar esta tarea es preciso que exista una relación de confianza médico-paciente. 2) En cambio, como colaborador en el reconocimiento y denegación de determinadas prestaciones económicas de la Seguridad Social, puede verse obligado a enfrentarse a su paciente. Puede ocurrir que el paciente exija al médico de atención primaria que expida un parte médico de baja o de confirmación y el facultativo considere que sus dolencias no lo justifican, produciéndose un conflicto que puede perjudicar la relación médico-paciente. Y la información de interés médico que el paciente transmite al facultativo de atención primaria puede estar sesgada por el objetivo del beneficiario de que el médico emita un parte de baja o no expida un alta médica. La función de gestión perjudica la función médica.

⁷ Mercader Uguina, J. R.: “La fábula del paciente...”, ob. cit., pág. 16.

⁸ Vide Mercader Uguina, J. R.: “El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)”, *Relaciones Laborales*, 2004-I, págs. 403 y ss.

⁹ Mercader Uguina, J. R.: “La fábula del paciente...”, ob. cit., pág. 22.

¹⁰ Sempere Navarro, A. V. y Tortuero Plaza, J. L.: “Dos apuntes sobre las Mutuas patronales y su gestión de la incapacidad temporal”, *Foro de Seguridad Social*, nº 12/13, págs. 137 y 138.

Por tanto, se ha atribuido un acto esencial del procedimiento de reconocimiento del subsidio por incapacidad temporal derivado de contingencias comunes a unas personas (los médicos del Sistema Público de Salud) que realizan una función (la asistencia sanitaria) distinta y en buena medida incompatible con la de colaborar en el reconocimiento de estas prestaciones. Parte de la doctrina científica se ha referido a la irresponsabilidad de los médicos de los Servicios Públicos de Salud al emitir los partes de baja, mencionando un estudio que efectuó la Subdirección de Inspección del INSALUD en dos provincias (Murcia y Toledo), que sostenía que un 21% de los facultativos de los centros de Atención Primaria del INSALUD eran hiper o hipoprescriptores de bajas laborales¹¹.

Paradójicamente, a las Mutuas les han negado algo que quieren tener: la gestión íntegra de las prestaciones de incapacidad temporal derivadas de contingencias comunes. Y a los médicos de atención primaria les obligan a hacer algo que muchos de ellos no quieren: colaborar en la gestión de la prestación de incapacidad temporal, efectuando una valoración jurídico-clínica. Se lo niegan a quien quiere hacerlo y se lo imponen a quien no quiere hacerlo. La consecuencia práctica es la falta de control efectivo de muchos partes médicos de baja y de confirmación y el descontrol del gasto en el pago del subsidio por incapacidad temporal, que ha dado lugar a sucesivas reformas legales para intentar limitarlo. Aunque ello no supone que el absentismo en España sea superior al de otros países. Resultan significativos los cuadros siguientes.

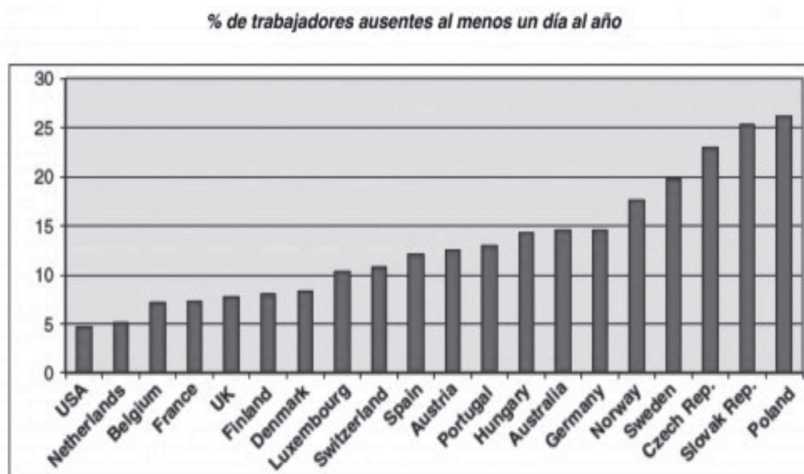
Porcentaje de trabajadores (ponderados por edad) con baja laboral en UE-15, en el año 2000¹²:

Grecia	6,70%	Irlanda	8,30%
Portugal	8,40%	Italia	8,50%
Reino Unido	11,7%	España	11,8%
Dinamarca	12,4%	Francia	14,3%
Bélgica	15,6%	Austria	16,0%
Suecia	17,0%	Luxemburgo	17,4%
Alemania	18,3%	Holanda	20,3%
Finlandia	24,4%	Media	14,5%

¹¹ Méjica, J.: *Derecho sanitario de la incapacidad temporal*, Comares, Granada, 1998, págs. 37, 64 y 65. Este autor, *ibidem*, pág. 71, se refiere a la práctica de expedir partes médicos de baja sin reconocimiento y la existencia de situaciones casi coactivas de los beneficiarios sobre el médico de la Seguridad Social para extender las confirmaciones de la enfermedad.

¹² Gimeno, D.; Benavides, F. G.; Benach, J. y Amick III, B. C.: "Distribution of sickness absence in the European Union countries", *Occupational and Environmental Medicine*, 61 (10), págs. 867-869.

Y respecto de otros países que no están incluidos en la Unión Europea resulta significativo el cuadro siguiente¹³:



Fuente: Osterkamp, R. et al. *CESifo Economic Studies* 2007

En España, la media continua de trabajadores afiliados a la Seguridad Social que se encuentra en situación de incapacidad temporal asciende al 6,2 por 100.¹⁴ Este promedio, similar al del resto de Europa pero muy superior al de cualquier otra región del mundo, incluye situaciones muy diversas.

Un estudio realizado por el Director Provincial del INSS de Barcelona evidenció que el 94 por 100 de los procesos de incapacidad temporal tienen una duración inferior a 180 días. El porcentaje de procesos de incapacidad temporal en relación con su duración era el siguiente:

- Entre 1 y 15 días, el 65 %
- Entre 16 y 30 días el 12 %
- Entre 31 y 180 días, el 17 %

Estos datos se mantienen, en lo esencial, a nivel nacional:

- Entre 1 y 15 días, el 57,45 %
- Entre 16 y 30 días, el 12,26 %
- Entre 31 y 60 días, el 10,70 %

¹³ OSTERKAMP y RÖHN: "Being on Sick Leave: Possible Explanations for Differences of Sick-leave Days Across Countries", *CESifo Economic Studies* 53-1, págs. 97-114.

¹⁴ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J.: "Breves consideraciones en torno a la incapacidad temporal y sus mecanismos de control en el marco de su continua e interminable reforma", *Revista Técnico Laboral*, nº 120, 2009, pág. 168

- Entre 61 y 180 días, el 12,14 %
- Entre 181 y 360 días, el 4,34 %

Pese a que los procesos de incapacidad temporal que superan los doce meses suponen un porcentaje mínimo, las reformas normativas se han centrado en estas situaciones, que pueden considerarse marginales¹⁵. La duración media de los procesos de incapacidad temporal con alta médica es notablemente más alta en el caso de las Mutuas que en el del INSS¹⁶.

2. DURACIÓN DE LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL

A partir de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4-12, que supuso la desaparición de la denominada “incapacidad permanente provisional”, instaurada por la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, la duración de los procesos de incapacidad temporal es la siguiente¹⁷:

2.1. Duración ordinaria: 365 días

La duración *ordinaria* de la prestación de incapacidad temporal alcanza hasta 365 días (12 meses). La Ley 26/2009 de Presupuestos Generales del Estado para 2010, modifica la regulación de los arts. 128 y siguientes de la LGSS sustituyendo los plazos computados por meses por plazos computados por días. Todas las menciones a plazos de seis meses se sustituyen por menciones a 180 días, los plazos de doce meses se sustituyen por 365 días, los plazos de dieciocho meses se sustituyen por 545 días y los de veinticuatro meses por 730 días.

¹⁵ Mercader Uguina, J. R.: “La fábula del paciente...”, ob. cit., págs. 17 y 18.

¹⁶ La duración media de los procesos de incapacidad temporal con alta ha sido la siguiente:

Año	INSS	Mutua
2005	43,89	32,67
2006	47,75	34,63
2007	43,85	32,07
2008	45,84	31,95

Mercader Uguina, J. R.: “La fábula del paciente...”, ob. cit., pág. 20.

¹⁷ Panizo Robles, J. A.: “La reforma de la Seguridad Social...”, ob. cit., pág. 18 y Rabanal Carbajo, P. F.: “La prórroga de la situación de incapacidad temporal”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 84, 2009, págs. 42 a 46.

2.2. Prórroga hasta 180 días más

El subsidio por incapacidad temporal se prorroga por el INSS hasta 180 días más (de los 12 a los 18 meses) cuando se presume que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación. El art. 128.1.a), párrafo segundo de la LGSS atribuye al INSS la competencia exclusiva del control de la incapacidad temporal que ha agotado el plazo de 365 días. A partir de entonces, la Entidad Gestora es la única competente para 1) emitir el alta médica, 2) reconocer la prórroga expresa de 180 días, o 3) iniciar un expediente de incapacidad permanente.

La gestión de los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes requiere diferenciar¹⁸:

1) Procesos de incapacidad temporal de corta duración (inferior a 365 días). En ellos intervienen a) los Servicios Públicos de Salud (baja, control y competencia plena para el alta); b) la Inspección Médica de Servicios Sanitarios (con capacidad de control y competencia plena para el alta); c) el INSS (con capacidad de control y competencia limitada en relación con el alta a través de la propuesta de alta y la intención de alta); d) las Mutuas (con posibilidad de control y propuesta de alta directa e intención de alta a través del INSS) y e) las empresas, a las que se atribuye la posibilidad de control laboral de estas situaciones.

2) Procesos de incapacidad temporal de larga duración (superior a 365 días). El control total corresponde al INSS.

Casi dos años después de la aprobación de la Ley 40/2007, el Real Decreto 1430/2009, de 11-9, que la desarrolla reglamentariamente¹⁹, establece en su art. 1 que cuando el servicio público de salud expida el último parte médico de confirmación antes de agotarse el plazo máximo de doce meses, comunicará al interesado en el acto del reconocimiento médico que, a partir de dicho momento, corresponde a la Entidad Gestora competente el control de su situación, circunstancia que pondrá en conocimiento de la misma mediante procedimiento informático. Por tanto, debe comunicarlo al propio interesado y a la Entidad Gestora. Una vez cumplido el plazo indicado, el servicio público de salud no emitirá partes de confirmación de la baja médica. El INSS efectuará las comunicaciones que procedan al interesado, a la empresa, al servicio público

¹⁸ Mercader Uguina, J. R.: “La fábula del paciente...”, ob. cit., pág. 17.

¹⁹ Como explica Martínez Lucas, J. A.: “Las nuevas medidas...”, ob. cit., pág. 2678, el conjunto de medidas contempladas en este Real Decreto 1430/2009 tiene como finalidad última cerrar el nuevo modelo de control de la incapacidad temporal para controlar el gasto en esta prestación. Fernández Orrico, F. J.: “Cinco nuevos aspectos de aplicación en la incapacidad temporal y la enfermedad profesional incorporados por Real Decreto 1430/2009, de 1 de septiembre”, *AS*, nº 16, 2010, pág. 58, indica que el Real Decreto 1430/2009 regula aspectos no esenciales pero que permiten la aplicación de las modificaciones establecidas por la Ley 40/2007.

de salud y, en su caso, a las entidades colaboradoras y al Servicio Público de Empleo Estatal. Ello supone que ya no pueden exigirse los partes de confirmación a la empresa. El más que probable incremento de resoluciones del INSS puede suponer una ralentización e incluso una paralización de los procesos que culminan con una resolución²⁰.

Como consecuencia de la exclusividad de las entidades gestoras en el control de la incapacidad temporal que excede de 365 días, también cesa la colaboración obligatoria de las empresas en el pago de la prestación económica por incapacidad temporal (art. 2 del Real Decreto 1430/2009). Este cese se produce el último día del mes en que la Entidad Gestora competente haya dictado la resolución en la que se declare expresamente la prórroga de dicha situación o la iniciación de un expediente de incapacidad permanente. La empresa deja de abonar el subsidio por incapacidad temporal y comienza a abonarlo el INSS.

Como excepción, siguen abonando la prestación de incapacidad temporal hasta su extinción o hasta la calificación de la incapacidad permanente, las empresas autorizadas para colaborar en la gestión de aquella²¹ y las corporaciones locales respecto del personal al que vinieran reconociendo y abonando la prestación por incapacidad temporal, conforme a la disposición transitoria quinta del Real Decreto 480/1993, de 2 de abril, por el que se integra en el Régimen General de la Seguridad Social el Régimen Especial de la Seguridad Social de los funcionarios de la Administración Local²² (art. 2 del Real Decreto 1430/2009).

2.3. Prolongación hasta los 21 meses

Por razones de gestión, el subsidio por incapacidad temporal puede alcanzar los 21 meses (sin obligación de cotizar). Cuando se han agotado los 545 días (18 meses) de prestación de incapacidad temporal, ésta puede prolongarse durante tres meses más (de 18 meses a 21 meses), periodo en el que se debe examinar el estado del incapacitado a efectos de su calificación en el grado de incapacidad permanente que corresponda.

²⁰ Fernández Orrico, F. J.: “Cinco nuevos aspectos...”, *ob. cit.*, págs. 60 y 61.

²¹ La colaboración voluntaria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social está regulada en el art. 77 LGSS, art. 62 del Real Decreto 2064/1995 y arts. 15 bis a 15 quater de la Orden Ministerial de 25 de noviembre de 1966.

²² El Real Decreto 480/1993 integra en el Régimen General de la Seguridad Social al personal activo y pasivo que, en fecha 31 de marzo de 1993, estuviese incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de los Funcionarios de la Administración Local y con efectos del 1 de abril, desde cuya fecha les será aplicable la normativa de dicho Régimen General.

2.4. Demora de la calificación hasta 730 días

La prestación de incapacidad temporal puede alcanzar hasta 730 días (24 meses), si continúa la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, y la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación.

Esta última prolongación de los efectos económicos de la incapacidad temporal está condicionada a la expectativa de mejora sanitaria con vistas a la reincorporación laboral. No basta con que el trabajador continúe recibiendo tratamiento médico, sin que sus dolencias se hayan estabilizado, para acceder a esta prolongación de efectos económicos hasta los 24 meses.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE REVISIÓN DE LAS ALTAS MÉDICAS EXPEDIDAS POR LAS MUTUAS Y LAS EMPRESAS COLABORADORAS

En relación con las Mutuas, hay que diferenciar entre las prestaciones de incapacidad temporal derivadas de contingencias comunes y profesionales. El Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en la gestión de la Seguridad Social, Real Decreto 1993/1995, distingue entre la “Gestión de la protección respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales” (capítulo I del título II) y la “Gestión de la prestación económica de incapacidad temporal por contingencias comunes” (capítulo II del título II). La distinción no es meramente semántica²³.

3.1. Contingencias comunes

La disposición adicional 11^a.1 de la LGSS; el art. 80 del Real Decreto 1993/1995, de 7-12 y el art. 1 del Real Decreto 575/1997, de 18-4, evidencian que, cuando se trata de la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, la determinación de la alteración de la salud con efecto incapacitante corresponde al facultativo de los Servicios Públicos de Salud,

²³ Respecto de la problemática subsunción constitucional de la actuación de las Mutuas en el ámbito de la Seguridad Social, *vide* Gil Plana, J. y González del Río, J. M.: “Aspectos problemáticos en la colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 139, págs. 565 y ss.

mediante la expedición del parte de baja²⁴. Ni la Mutua ni el INSS tienen facultades para determinar el nacimiento de la contingencia desde la órbita sanitaria. Se escinde la valoración jurídico-clínica, que corresponde a los Servicios Públicos de Salud, y la determinación jurídico-prestacional, que corresponde a la Mutua o al INSS, en función de que la empresa haya formalizado la cobertura de esta prestación con una Mutua o no²⁵. Existe una disociación entre la institución que soporta el coste de los procesos incapacitantes (en su caso, la Mutua) y la institución que, en principio, tiene facultades para determinar su iniciación, mantenimiento y extinción (los Servicios Públicos de Salud)²⁶.

Por una parte, el art. 80.1 del Real Decreto 1993/1995 atribuye a las Mutuas la competencia para comprobar todos los hechos y condiciones del art. 128 de la LGSS, lo que debe entenderse como la necesidad de asistencia sanitaria y la imposibilidad para el trabajo. Por otra, el esquema esencial del reparto competencial Mutua-Servicio Público de Salud atribuye a este último la valoración jurídico-clínica, que efectúa emitiendo un parte médico de baja, el cual constituye el acto que inicia el reconocimiento de la prestación.

²⁴ El médico de atención primaria debe efectuar el reconocimiento médico del trabajador y expedir el parte médico de baja por cuadruplicado, según un modelo establecido normativamente. El original se envía a la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud, el segundo ejemplar se remite a la Entidad Gestora o Mutua, el tercer ejemplar se entrega al trabajador y el cuarto ejemplar al trabajador para su presentación en la empresa. Cuando se alcance el cuarto día del inicio de la situación de incapacidad temporal se expide el parte médico de confirmación y sucesivamente se expedirá un parte de confirmación cada siete días contados desde el primer parte de confirmación. Cuando se expide el tercer parte médico de confirmación de baja (el día 18 de duración de la incapacidad temporal), se remite un informe complementario que recoge las dolencias padecidas por el trabajador, el tratamiento médico prescrito, la evolución de las dolencias y su incidencia sobre la capacidad funcional. Este informe complementario debe formalizarse cada cuatro semanas.

²⁵ Tortuero Plaza, J. L.: “Actuación en el ámbito de la incapacidad temporal por contingencias comunes”, en Sempere Navarro, A. V. (director) y De Val Tena, A. L. (coordinador): *Perfiles de las Mutuas de Accidentes de Trabajo*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 86.

²⁶ Tortuero Plaza, J. L.: “Actuación en el ámbito...”, ob. cit., pág. 79.

El problema se plantea cuando, en una prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes²⁷, la Mutua no cuestiona la concurrencia de los requisitos relativos al periodo de carencia, a la situación de alta o asimilada, ni los específicos de los regímenes especiales, sino que la Mutua cuestiona la propia baja médica. El supuesto típico es el de un trabajador que sufre un accidente laboral, iniciando un proceso de incapacidad temporal en virtud de la baja expedida por los servicios médicos de la Mutua. Y posteriormente la Mutua expide el alta médica. Puede ocurrir que el trabajador no esté conforme con el alta de la Mutua porque considera que no está en condiciones de trabajar. Lo lógico sería que el trabajador impugnase judicialmente el alta de la Mutua. Sin embargo, el TS ha afirmado que la mera impugnación de las resoluciones sobre la situación de incapacidad temporal no conlleva el mantenimiento de los efectos suspensivos de la relación laboral²⁸. Por consiguiente, si el trabajador no se reincorpora a su puesto de trabajo, cometerá una falta sancionable. Y si se reincorpora sin estar en condiciones médicas adecuadas, puede perjudicar su recuperación sanitaria e incluso causar un perjuicio para la seguridad en el trabajo: el art. 25.1, párrafo 2º de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales prohíbe el empleo de trabajadores que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo. En esta tesitura, frecuentemente los trabajadores acuden a los Servicios Públicos de Salud, que a veces emiten un parte médico de baja por contingencias comunes. La Mutua recibe un parte médico de baja sin solución de continuidad respecto del alta médica emitida por ella.

Para evitar estas prácticas, el Real Decreto 428/2004, de 12-3, introdujo un nuevo párrafo en el citado art. 61.2 del Real Decreto 1993/1995, pos-

²⁷ La intervención de las Mutuas es mayoritaria en la gestión de la prestación de incapacidad temporal. La evolución de la población protegida, a efectos de la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, entre el INSS y las Mutuas, ha sido la siguiente:

Ejercicio	Población protegida Mutuas	% variación	Población protegida INSS	% variación
2002	8.079.571		6.692.176	
2003	8.255.228	2,17	6.944.561	3,76
2004	8.768.720	6,23	7.051.722	1,54
2005	9.454.443	7,81	7.201.070	1,02
2006	10.129.351	7,13	7.231.154	0,41
2007	11.060.662	9,19	6.893.697	-4,61
2008	11.506.457	4,03	6.481.933	-6,27

Fuente: Panizo Robles, J. A.: "Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal: el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación por incapacidad temporal", *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 320, 2009, pág. 51, nota 59.

²⁸ Sentencias del TS de 22-10-1991, recurso 1075/1990; 2-3-1992, recurso 595/1991 y 15-4-1994, recurso 2883/1993.

teriormente modificado por el art. 5.1 de Real Decreto 1041/2005, de 5-9, que atribuye a la Mutua la competencia para acordar las sucesivas bajas, confirmaciones de baja y altas, expedidas en los procesos originados por las mismas patologías que causaron procesos derivados de contingencias profesionales correspondientes a los trabajadores dependientes de las empresas asociadas comprendidos en el ámbito de la gestión de la Mutua.

El procedimiento de reconocimiento del subsidio por incapacidad temporal derivado de contingencias comunes se caracteriza por que intervienen dos entidades distintas: una entidad que emite el parte médico de baja, que puede ser pública o privada, y una entidad que reconoce la prestación, que también puede ser pública (la Entidad Gestora) o privada (la Mutua que ha formalizado la protección de estas contingencias)²⁹. Si el parte médico de baja lo emite la Administración pública encargada del Servicio Público de Salud, se trata de un acto administrativo. Y no es un acto administrativo de mero trámite sino que tiene importantes consecuencias jurídicas. No determina per se el reconocimiento del derecho al subsidio por incapacidad temporal porque para ello hacen falta unos requisitos añadidos, pero sí que suspende el contrato de trabajo. Así, la mera emisión del parte médico de baja, aun cuando posteriormente el trabajador no tenga derecho al subsidio económico por incapacidad temporal (por ejemplo, por no reunir la preceptiva carencia), justifica la suspensión del contrato de trabajo ex art. 45.1.c) del ET, lo que supone que la inasistencia al trabajo no dará lugar a la correspondiente sanción del empleador. En el momento en que se emite este parte de baja el trabajador tiene amparo legal para dejar de acudir al centro de trabajo sin que ello implique responsabilidad legal alguna, al concurrir una causa legal de suspensión de la relación laboral.

Por consiguiente, si el parte médico de baja lo extiende una Administración pública, se trata de un acto administrativo ejecutivo e impugnabile. Así, la sentencia del TSJ de Aragón 2/2006, de 4-1, enjuició un supuesto en el que un trabajador había iniciado el 6-7-2004 un proceso de incapacidad temporal derivado de accidente de trabajo por sufrir lesión traumática en una mano, siendo dado de alta con propuesta de baremo el 23-11-2004. El día siguiente acudió al médico de atención primaria, que emitió parte de baja derivado de enfermedad común con un diagnóstico distinto (depresión). Y la Mutua que tenía concertadas las contingencias profesionales y comunes con la empresa procedió a impugnar judicialmente esta baja médica, estimándose la demanda porque se acreditó que se había producido una simulación intencionada de síntomas psi-

²⁹ Como explica Tortuero Plaza, J. L.: “Actuación en el ámbito...”, ob. cit., pág. 79, la separación de funciones entre ambas instituciones constituye el centro neurálgico del problema.

quiátricos, sin que concurrieran dolencias justificativas de la baja. Lo relevante es que la Mutua no procedió a anular de oficio un parte de baja que consideraba antijurídico sino que, al tratarse de un acto administrativo dictado por el órgano competente (el Servicio Público de Salud), dotado de ejecutividad, procedió a impugnarlo ante los tribunales³⁰.

Y la sentencia del TSJ del País Vasco 2509/2004, de 30-11, argumenta que la potestad que se atribuye a las Mutuas en orden al ejercicio de las funciones del art. 80 del Real Decreto 1993/1995 no es absoluta sino reglada, pudiendo ejercitar estas facultades solo en los supuestos y por las causas legalmente previstas.

Puede suceder que el parte médico de baja no lo extienda una Administración pública sino una entidad privada a la que se ha atribuido la atención primaria, en cuyo caso no cabe hablar de acto administrativo. Pero incluso en este supuesto la cuestión competencial, que es el elemento esencial, subsiste: la valoración jurídico-clínica incumbe a un órgano distinto de la Mutua. Y ésta no puede revisar o ignorar este acto, emitido por otra entidad, al margen de los cauces competenciales que se le han atribuido.

También puede ocurrir que el parte médico de baja lo expida una entidad privada y el subsidio por incapacidad temporal la abone una Administración pública (la Entidad Gestora), pero ello no autoriza a esta última a dejar sin efecto unilateralmente el parte de baja, debiendo, en su caso, impugnarlo.

Por consiguiente, el acto administrativo (en su caso) con el que comienza el procedimiento de reconocimiento de la prestación (el parte médico de baja) está investido de ejecutividad, desplegando sus efectos hasta que sea dejado sin efecto judicialmente. Y si un trabajador acude a los Servicios Públicos de Salud, donde le examina un médico de atención primaria, que cursa un parte médico de baja por considerar que presenta unas dolencias que le impiden trabajar, el hecho de que el día anterior los servicios médicos de la Mutua le hayan dado de alta médica por curación, no significa que la Mutua conozca con certeza cual es el estado médico del trabajador el día de la baja médica. En este sentido se ha pronunciado parte de la doctrina científica, que sostiene que la Mutua no puede revisar el acto médico de baja, que le obliga a iniciar las actuaciones conducentes a la declaración del derecho al subsidio por incapacidad temporal³¹.

³⁰ La sentencia del TS de 15-11-2005, recurso 4772/2004, establece que, cuando una Mutua impugna una resolución del INSS que declara el carácter profesional de un proceso de incapacidad temporal, la Mutua no solo está legitimada para impugnar la calificación de la contingencia, sino que puede mantener la inexistencia de lesiones, afecciones o déficits funcionales, negando que haya habido lesión que justifique el proceso de incapacidad temporal.

³¹ Ruiz-Larrea Aranda, P.: "Las funciones atribuidas a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en materia de gestión y control de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes", *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, nº 4, 1997, pág. 121.

Si la Mutua, que es una entidad privada sin competencia para expedir partes médicos de baja por contingencias comunes, considera que ese acto (el parte médico de baja del Servicio Público de Salud) es contrario a derecho, debe impugnarlo ante los tribunales. Es cierto que el art. 80 del Real Decreto 1993/1995 condiciona la declaración del derecho a esta prestación económica a la comprobación de todos los hechos y condiciones establecidos en el art. 128 de la LGSS, pero añade: “sin perjuicio del control sanitario de las altas y las bajas médicas por parte de los servicios públicos de salud en los términos y con el alcance establecidos en el Real Decreto 575/1997”. Como quiera que la Mutua no tiene competencias en el ámbito de la valoración jurídico-clínica en las prestaciones de incapacidad temporal derivadas de contingencias comunes, forzoso es concluir que la competencia de la Mutua se limita a constatar que se ha emitido el parte médico de baja, sin poder ignorar o anular por sí misma este parte. Es decir, la competencia de la Mutua alcanza a comprobar la existencia del hecho del que trae causa el subsidio³²: la situación de incapacidad temporal para el trabajo, acreditada por el parte médico de baja, viniendo impuesta a la Mutua la valoración jurídico-clínica del Servicio Público de Salud, salvo que la impugne judicialmente.

Si la regla general es que las Entidades Gestoras no pueden revisar por sí mismas sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, debiendo solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social, *ex art.* 145 de la LPL, las entidades colaboradoras no pueden revisar por sí mismas un acto que no es suyo sino del Servicio Público de Salud (la baja médica) del que derivan importantes consecuencias jurídicas para el beneficiario.

Y si el parte médico de baja incumple los requisitos legales, ello no autoriza a denegar la prestación de incapacidad temporal por este motivo, sino que, en todo caso, la Mutua deberá proceder a su devolución con la debida advertencia y el requerimiento de su correcta cumplimentación³³.

3.2. Contingencias profesionales

El 94 por 100 de los afiliados a la Seguridad Social cubren las contingencias profesionales a través de Mutuas. Se trata de un modelo tendencialmente unitario³⁴. El art. 61.2 del Real Decreto 1993/1995, de 7-12, que aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en la gestión de la Seguridad Social, regula la competencia de las Mutuas respecto de los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales correspondientes a los trabajadores

³² Ruiz-Larrea Aranda, P.: “Las funciones atribuidas...”, *ob. cit.*, pág. 115.

³³ MÉJICA, J.: *Derecho sanitario...*, *ob. cit.*, pág. 52.

³⁴ Mercader Uguina, J. R.: “La fábula del paciente...”, *ob. cit.*, pág. 17.

dependientes de las empresas asociadas comprendidas en el ámbito de la gestión de la Mutua. En este supuesto la Mutua tiene competencia para “la expedición de los partes médicos de baja, confirmación de baja y alta, así como la declaración del derecho al subsidio, su denegación, suspensión, anulación y declaración de extinción”. Y tiene idéntica competencia respecto de “las sucesivas bajas, confirmación de baja y alta, expedidas en los procesos originados por las mismas patologías que causaron procesos derivados de las indicadas contingencias correspondientes a dichos trabajadores, en los términos y con el alcance antes mencionados, así como la declaración del derecho al subsidio, su denegación, suspensión, anulación y declaración de extinción”³⁵.

En consecuencia, si se trata de una baja médica cursada por la misma patología que motivó un proceso de incapacidad temporal anterior derivado de accidente de trabajo, la Mutua es quien tiene la competencia para expedir el parte médico de baja, no los Servicios Públicos de Salud.

Cuando una Mutua cursa una alta médica, el trabajador que no está de acuerdo con el alta médica debe impugnarla judicialmente. El problema radica en la situación de desprotección en que queda el trabajador que efectivamente está impedido para trabajar cuando una entidad privada (una Mutua) le da de alta médica, en particular si tiene que reincorporarse a su trabajo (por no estar en situación de desempleo). En efecto, ello puede abocar al trabajador a una situación insostenible, que puede afectar a su salud e integridad física (art. 15 de la CE), en la medida en que una entidad privada que colabora en la gestión de un servicio público le niega la suspensión del contrato de trabajo por motivos de salud, sin que la impugnación judicial proporcione una respuesta adecuada, por su demora. Ni siquiera está prevista la existencia de un procedimiento judicial urgente para dilucidar estas cuestiones, que se tramitan conforme a la modalidad procesal especial de Seguridad Social. Si se privatiza un ámbito tan relevante como éste, parece obligado establecer mecanismos eficaces de solución de conflictos.

El art. 71.2, párrafo 2º LPL, en la redacción conforme a la Ley 24/2001, 27 de diciembre, establece que “*si la resolución, expresa o presunta, hubiera sido dictada por una entidad colaboradora, la reclamación previa se interpondrá, en el mismo plazo, ante el órgano correspondiente de la Entidad gestora o Servicio común cuando resulte competente*”. La reclamación previa contra una resolución de una mutua se resuelve por la Entidad Gestora (el INSS o el Instituto Social de la Marina), lo que permite que una Administración pública, que sirve con objetividad a los intereses generales (art. 103.1 CE) controle la legalidad de la resolución de la entidad colaboradora con carácter previo al proceso judicial.

³⁵ El párrafo 2º del art. 61.2 del Real Decreto 1993/1995 fue añadido por el Real Decreto 428/2004, de 12-3 y fue reformado por el Real Decreto 1041/2005, de 5 septiembre.

Es importante precisar que desde el momento en que el Servicio Público de Salud considera que el trabajador está impedido para trabajar y extiende parte médico de baja sin solución de continuidad con el alta médica de la Mutua, entonces el conflicto deja de afectar a dos partes (la Mutua que emite el alta médica y el beneficiario disconforme con ella) y pasa a ser un conflicto en el que intervienen tres partes (la Mutua por un lado y el Servicio Público de Salud y el beneficiario por el otro), e incluso cuatro partes, al afectar a la Entidad Gestora.

Este conflicto, propio de la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, hunde sus raíces en la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales. En esta última, se ha atribuido a entidades privadas (las Mutuas) la competencia para expedir partes médicos de baja, confirmación y alta, que tienen gran trascendencia para los trabajadores. Las Mutuas ofrecen la ventaja de un mejor control de los procesos de incapacidad temporal, lo que favorece a las empresas, en cuanto los trabajadores están menos tiempo de baja, y a la propia Mutua, que debe abonar menos prestaciones de incapacidad temporal, disminuyendo sus gastos. Y las Mutuas, con todo el respeto que merecen y la eficacia de la que han hecho gala, no son Administraciones públicas que sirvan con objetividad a los intereses generales. Por eso, es necesario establecer un sistema para resolver con la mayor celeridad el conflicto que puede surgir entre la Mutua que da el alta médica y el trabajador.

La propia Administración sanitaria ha sido consciente de este problema. Las “Instrucciones sobre la improcedencia de expedición de bajas laborales por contingencias comunes por parte de facultativos de Atención Primaria de Salud a los trabajadores que la solicitan por las mismas causas por las que fueron alta laboral en contingencias profesionales por los servicios médicos de las Mutuas”, dictadas el 1-3-2004 por la Directora del Equipo Provincial de Inspección de la Junta de Andalucía, prohibían la expedición de estos partes médicos de baja por contingencia común, pero lo admitían “solo en supuestos muy excepcionales³⁶ cuando se constate una limitación muy importante³⁷ del paciente para el trabajo habitual”, imponiendo unos rigurosos requisitos, que incluían una fotocopia de la reclamación contra el alta laboral de la Mutua realizada por el paciente.

3.3. Procedimiento administrativo de revisión

Hasta la aprobación del Real Decreto 1430/2009, el trabajador que no estaba conforme con el alta médica extendida por la Mutua solo podía impugnar

³⁶ En mayúscula en el original.

³⁷ Subrayado en el original.

judicialmente dicha alta. En la práctica, frecuentemente el trabajador iniciaba un nuevo proceso de incapacidad temporal derivado de enfermedad común el día siguiente o unos días después del alta médica y se iniciaba un procedimiento administrativo de determinación de contingencia para determinar si el segundo proceso de incapacidad temporal era de etiología profesional o común.

Para afrontar este problema, la disposición adicional 19ª de la Ley 40/2007 estableció que “reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de revisión, por el INSS y a instancia del interesado, de las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal”.³⁸ La plasmación reglamentaria de esta disposición se desarrolla en el art. 4 del Real Decreto 1430/2009, de 11-9, que regula el procedimiento administrativo de revisión de estas altas médicas. Este procedimiento tiene un triple límite subjetivo, objetivo y temporal:³⁹ 1) se limita a los partes médicos de alta emitidos por las Mutuas y entidades colaboradoras, excluyendo los expedidos por los médicos de los Servicios Públicos de Salud; 2) se ciñe a los partes médicos de alta derivados de contingencias profesionales, excluyendo las contingencias comunes; y 3) solo opera durante los primeros doce meses de incapacidad temporal. El cumplimiento del mes 12 de la tramitación de este procedimiento administrativo supondrá que el INSS (o el Instituto Social de la Marina —ISM) resuelva de conformidad con el art. 128.1.a) LGSS.

Este procedimiento administrativo no tiene como finalidad revisar un acto administrativo sino un acto de una entidad privada (Mutua o empresa colaboradora), con la finalidad de que los partes médicos de alta se controlen por una Administración pública dotada de mayor objetividad e imparcialidad.⁴⁰ Frente a las altas médicas de las Mutuas y las empresas colaboradoras, en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, emitidas con anterioridad al agotamiento del plazo de doce meses de duración de dicha situación, el interesado podrá iniciar ante la Entidad Gestora competente, el procedimiento administrativo especial de revisión de dicha alta, cuya tramitación se considera preferente por la Entidad Gestora, con el fin de que se dicte la resolución correspondiente en el menor tiempo posible. La Entidad Gestora competente es la Dirección Provincial del INSS o ISM del domicilio del trabajador (art. 15.3 del Real Decreto 2583/1996, en la redacción dada por el Real Decreto 900/2009).

³⁸ Un juicio crítico tanto del procedimiento de disconformidad como del procedimiento previsto en esta disposición adicional 19ª de la Ley 40/2007 lo efectúa GETE CASTRILLO, P.: “Los últimos retoques legislativos en materia de Seguridad Social: la Ley 40/2007, de 4 de diciembre”, *Documentación Laboral*, nº 83, 2008, pág. 121.

³⁹ Martínez Lucas, J. A.: “Las nuevas medidas...”, ob. cit., pág. 2678.

⁴⁰ Martínez Lucas, J. A.: “Las nuevas medidas...”, ob. cit., pág. 2679.

3.3.1. Iniciación

El interesado podrá instar la revisión del alta médica emitida por la entidad colaboradora (Mutuas y empresas colaboradoras), en el plazo de los cuatro días naturales siguientes al de su notificación, mediante solicitud presentada a tal efecto ante la Entidad Gestora competente (el INSS o el ISM), en la que manifestará los motivos de su disconformidad con dicha alta médica. El Real Decreto 1430/2009 solo prevé que pueda iniciar este procedimiento administrativo el trabajador, como lo evidencia la mención relativa a que debe comunicarlo a la empresa. Sin embargo, la empresa puede resultar afectada por el alta médica, puesto que puede verse obligada a dar trabajo a una persona que no está en condiciones médicas de hacerlo.⁴¹ Si la solicitud se presenta fuera del plazo de cuatro días, se desestimará la pretensión, adquiriendo plenos efectos el alta médica.

A la indicada solicitud, que estará disponible en la página web de las correspondientes entidades gestoras, y con el fin de que la Entidad Gestora conozca los antecedentes médico-clínicos existentes con anterioridad, se acompañará necesariamente el historial médico previo relacionado con el proceso de incapacidad temporal de que se trate o, en su caso, copia de la solicitud de dicho historial a la entidad colaboradora.

El interesado que inicie el procedimiento de revisión, lo comunicará a la empresa en el mismo día en que presente su solicitud o en el siguiente día hábil. La empresa debe continuar con el pago delegado de la prestación por incapacidad temporal hasta que finalice este procedimiento administrativo. Asimismo, la Entidad Gestora debe comunicar a la empresa el inicio del procedimiento en el plazo de dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud por el interesado.

Para evitar la citada situación de desprotección del trabajador frente al alta médica emitida por una entidad privada, este Real Decreto 1430/2009 establece que la mera iniciación del procedimiento especial de revisión suspenderá los efectos del alta médica emitida, debiendo entenderse prorrogada la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional durante la tramitación de dicho procedimiento, manteniéndose, en su caso, el abono de la prestación en la modalidad de pago delegado, sin perjuicio de que posteriormente puedan considerarse indebidamente percibidas las prestaciones económicas de la incapacidad temporal. Se suspenden los efectos del alta médica, en virtud de la cual el trabajador debería volver al trabajo en las 24 horas siguientes a la expedición del parte. Se entiende prorrogada la prestación de incapacidad temporal, sin que la empresa pueda sancionar al trabajador por su inasistencia al trabajo.

⁴¹ Martínez Lucas, J. A.: “Las nuevas medidas...”, ob. cit., pág. 2679.

3.3.2. *Tramitación*

El INSS (o el ISM, en su caso) comunicará a la Mutua competente el inicio del procedimiento especial de revisión para que, en el plazo improrrogable de dos días hábiles, aporte los antecedentes relacionados con el proceso de incapacidad temporal de que se trate e informe sobre las causas que motivaron la emisión del alta médica. En el caso de que no se presentara la citada documentación, se dictará la resolución que proceda, teniendo en cuenta la información facilitada por el interesado.

La Mutua correspondiente podrá pronunciarse reconociendo la improcedencia del alta emitida, lo que motivará, sin más trámite, el archivo inmediato del procedimiento iniciado por el interesado ante la Entidad Gestora.

Asimismo, la Entidad Gestora competente comunicará a la empresa el inicio del procedimiento en el plazo de los dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud por parte del interesado. Cuando el interesado hubiera presentado a la empresa parte médico de baja emitido por el servicio público de salud, aquélla, con el fin de coordinar las actuaciones procedentes, deberá informar de dicha circunstancia al INSS (o al ISM, en su caso), con carácter inmediato.

A su vez, cuando el interesado solicite una baja médica derivada de contingencia común y del reconocimiento médico se desprenda la existencia de un proceso previo de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional en el que se hubiera emitido un alta médica, el servicio público de salud deberá informar al interesado sobre la posibilidad de iniciar, en el plazo de los cuatro días naturales siguientes al de notificación del alta médica emitida por la entidad colaboradora, este procedimiento especial de revisión y, además, con carácter inmediato comunicará a la Entidad Gestora competente la existencia de dos procesos distintos de incapacidad temporal que pudieran estar relacionados.

En estos casos, se iniciará el abono de la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes hasta la fecha de resolución del procedimiento, sin perjuicio de que cuando el alta expedida por la Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social no produzca efecto alguno, ésta deba reintegrar a la Entidad Gestora la prestación abonada al interesado y a éste la diferencia que resulte a su favor.

3.3.3. *Resolución*

El director provincial competente de la Entidad Gestora correspondiente dictará, en el plazo máximo de quince días hábiles, a contar desde la aportación de la documentación por parte de la entidad colaboradora, la resolución que corresponda, previo informe preceptivo del equipo de valoración de incapacita-

dades, que debe examinar y valorar el caso concreto. Este informe no es vinculante: el director provincial de la Entidad Gestora puede apartarse motivadamente del mismo. Se ha afirmado que la omisión del informe del equipo de valoración de incapacidades no supone que la resolución de la Entidad Gestora sea anulable porque este defecto formal solo tiene relevancia cuando ha supuesto una disminución real de las garantías del trabajador, lo que no sucede si la Dirección Provincial cuenta con elementos de juicio suficientes para valorar la situación del interesado⁴².

La resolución que se dicte determinará la fecha y efectos del alta médica o el mantenimiento de la baja médica, fijando, en su caso, la contingencia de la que deriva el proceso de incapacidad temporal, así como, en su caso, la improcedencia de otras bajas médicas que pudieran haberse emitido durante la tramitación del procedimiento especial de revisión por el servicio público de salud. En consecuencia, el procedimiento terminará con alguno de los siguientes pronunciamientos:

a) Confirmación del alta médica emitida por la Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y declaración de la extinción del proceso de incapacidad temporal en la fecha de la mencionada alta.

b) Mantenimiento de la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional, por considerar que el interesado continúa con dolencias que le impiden trabajar. Por tanto, el alta médica emitida por la entidad colaboradora no producirá efecto alguno.

c) Determinación de la contingencia, común o profesional, de la que derive la situación de incapacidad temporal, cuando coincidan procesos intercurrentes en el mismo período de tiempo, y, por tanto, existan distintas bajas médicas. Asimismo, se fijarán los efectos que correspondan, en el proceso de incapacidad temporal, como consecuencia de la determinación de la contingencia causante.

d) Cuando el interesado hubiera recuperado la capacidad laboral durante la tramitación del procedimiento, se podrá declarar sin efectos el alta médica emitida por la entidad colaboradora por considerarla prematura. En estos casos, la resolución determinará la nueva fecha de efectos del alta médica y de extinción del proceso de incapacidad temporal.

El transcurso del plazo máximo de 15 días hábiles sin dictar resolución administrativa permite al interesado entender desestimada su solicitud por silencio administrativo, pudiendo interponer demanda ante el orden jurisdiccional social⁴³.

⁴² Martínez Lucas, J. A.: “Las nuevas medidas...”, ob. cit., pág. 2685.

⁴³ En este sentido se pronuncia Martínez Lucas, J. A.: “Las nuevas medidas...”, ob. cit., pág. 2688, aplicando la disposición adicional 25ª.2 LGSS.

Cuando la Entidad Gestora competente confirme el alta médica emitida por la entidad colaboradora o establezca una nueva fecha de extinción de la situación de incapacidad temporal, se considerarán indebidamente percibidas las prestaciones económicas de la incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, que se hubieran abonado al interesado a partir de la fecha establecida en la resolución.

En el denominado procedimiento de disconformidad, que impugna la resolución del INSS que declara la extinción de la incapacidad temporal por alta médica del interesado, previsto en el artículo 128.1.a) LGSS, se considera prorrogada la situación de incapacidad temporal durante su tramitación, aunque se desestime la impugnación del alta. Por el contrario, en este procedimiento de revisión de las altas médicas de las Mutuas y empresas colaboradoras, si se confirma el alta médica, se considera indebidamente percibido el subsidio por incapacidad temporal abonado a partir de la fecha del alta médica confirmada.

Si durante la tramitación de este procedimiento especial de revisión se cumpliera el plazo de doce meses de duración de la situación de incapacidad temporal, la Entidad Gestora competente resolverá de conformidad con lo previsto en el art. 128.1.a) LGSS, como si el plazo hubiera continuado sin la existencia de alta médica, acordando la prórroga del proceso, emitiendo alta médica o acordando el inicio del expediente de incapacidad permanente.

El abono de la prestación de incapacidad temporal durante la tramitación de este procedimiento especial será incompatible con las rentas derivadas del ejercicio de la actividad profesional.

Las resoluciones emitidas por la Entidad Gestora, en el ejercicio de las competencias establecidas en este artículo, podrán considerarse dictadas con los efectos atribuidos a la resolución de una reclamación previa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 LPL. En aras a la celeridad del ulterior proceso judicial, no es necesario interponer reclamación previa. Por el contrario, el Real Decreto 1430/2009 no reconoce la misma virtualidad a las resoluciones del INSS en el procedimiento de disconformidad con el alta médica del INSS al alcanzar el mes 12 del subsidio por incapacidad temporal.

El Criterio de Gestión del INSS de 3 de diciembre de 2009 sostiene que esta Entidad Gestora únicamente puede revisar el alta de las Mutuas o empresas colaboradoras a través del cauce previsto en el Real Decreto 1430/2009. Si el interesado soslaya este trámite y presenta directamente reclamación previa contra el alta de la Mutua, este Criterio de Gestión del INSS de 3 de diciembre de 2009 sostiene que la Entidad Gestora no puede entrar en el fondo del asunto por carecer de competencia para ello, puesto que solo puede examinar esta cuestión a través del citado procedimiento administrativo de revisión.

Se trata de una interpretación restrictiva carente de base normativa y per-

judicial para el interesado porque el plazo para instar el procedimiento administrativo de revisión de estas altas médicas es de únicamente cuatro días. Si el interesado deja transcurrir este breve plazo, no cabe instar este procedimiento administrativo. Pero ello no supone que decaiga su derecho a impugnar un alta médica con la que no está de acuerdo.

En efecto, este procedimiento administrativo permite que se prorrogue la situación de incapacidad temporal mientras se tramita. Si el interesado no insta este procedimiento administrativo, el alta médica de la Mutua desplegará sus efectos, pero ello no excluye que pueda ser impugnada judicialmente, previa reclamación previa. Y si se declara por sentencia firme que el alta médica fue contraria a derecho, se dejará sin efecto. Por consiguiente, aunque el interesado no solicite este procedimiento administrativo, tiene derecho a interponer la correspondiente reclamación previa, que puede y debe ser resuelta por el INSS, entrando en el examen del fondo del asunto y revisando, en su caso, el alta de la Mutua, aunque no se haya tramitado el procedimiento administrativo.

El INSS ha interpretado que si la reclamación previa se presenta dentro del plazo de 4 días, puede reconducirse esta petición al procedimiento administrativo de revisión del Real Decreto 1430/2009, aunque se haya usado la citada denominación de “reclamación previa”.

4. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CITACIÓN A UN TRABAJADOR POR UNA MUTUA PARA QUE ACUDA A UN RECONOCIMIENTO MÉDICO

La sentencia del TS de 29 de septiembre de 2009, recurso 879/2009, examinó un supuesto en que el trabajador había iniciado un proceso de incapacidad temporal, remitiéndole la Mutua un telegrama citándole a los servicios médicos. El telegrama fue enviado al domicilio del actor y devuelto por el servicio de correos con la indicación “no entregado, casa cerrada, dejado aviso”, sucediendo exactamente lo mismo con un segundo telegrama. La Mutua acordó la extinción de la prestación del actor por falta de comparecencia a reconocimientos médicos. El demandante contestó a la decisión extintiva indicando que no tenía noticia de las citas.

El TS explica que el art. 131 bis.1 LGSS dispone la posibilidad de extinción del derecho al subsidio de incapacidad temporal “*por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los medios adscritos al INSS o la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social*”. La controversia litigiosa radica en determinar si la remisión por parte de la Mutua de dos telegramas que no pudieron ser entregados al interesado

por no encontrarse en su domicilio, dejándole aviso al demandante para que los recogiera en la Oficina de Correos, lo que no hizo, ha de entenderse como causa justificativa para no concurrir al reconocimiento médico. El trabajador no justificó ninguna causa razonable por la cual, a pesar de quedar avisado por el Servicio de Correos, no hubiera ido a recoger los telegramas remitidos por la Mutua. El trabajador únicamente reacciona frente al acto extintivo de la Mutua, cuando es privado de la prestación económica de incapacidad temporal, en cuyo momento remite un fax a la Mutua, en el que manifiesta que no ha recibido ninguna notificación ni por correo ni telefónicamente, lo cual es cierto, aunque omite el decir que sí que lo ha recibido mediante telegrama. Y también silencia que le han dejado aviso para recoger el telegrama enviado y que en dicho documento figura como remitente la Mutua Patronal Mugenat, por lo que no hay que presumir que, encontrándose de baja por incapacidad temporal, el objeto de dicha comunicación tenía que ver con su situación laboral. El TS remarca que, en la primera citación, tuvo un período de 14 días para recoger el telegrama, mientras que en la segunda el plazo fue de 7 días.

El TS sostiene que la conducta del trabajador fue de mera pasividad, rozando “una negligencia omisiva”, ya que al tener en su poder los avisos de Correos con la constancia del remitente, cualquier persona que obrase con la diligencia debida al ciudadano medio —conocedor de su situación laboral—, no hubiese dejado de recoger en la oficina de Correos los telegramas sobre los que se había dejado el aviso. El trabajador no justifica en ningún momento, sea mediante la aportación de algún documento o mediante manifestaciones objetivamente justificativas, su ausencia a la cita que tenía en los servicios médicos con objeto de ser examinado. Y no se aplica al presente supuesto el art. 59.4 de la Ley 30/1990, que obliga a las Administraciones públicas a practicar la notificación. El TS concluye que si el interesado no tuvo conocimiento de la comparecencia a que fue requerido por la Mutua se debió a su conducta omisiva, siendo de resaltar que la constancia en el aviso de que el telegrama notificado de la comparecencia procedía de la Mutua, hacía presumir que su contenido hacía referencia a su situación de incapacidad temporal, cuyo control correspondía, legalmente, a la Mutua aseguradora.

5. CONCLUSIONES

Hay dos problemas distintos pero interconectados:

1) Las bajas médicas de los Servicios Públicos de Salud, en los que la falta de control efectivo por parte de algunos médicos de cabecera al expedirlas, propicia el devengo de subsidios por incapacidad temporal injustificados, con el correspondiente coste para el Sistema de Seguridad Social y el perjuicio para el tejido empresarial.

2) Las altas médicas de los Servicios Médicos de las Mutuas (en las prestaciones de incapacidad temporal de etiología profesional), cuyo rigor puede causar la desprotección del trabajador.

Estos problemas están interconectados porque muchas veces el trabajador, en vez de impugnar judicialmente el alta médica de la Mutua, acude a su médico de cabecera para que expida una baja médica por contingencias comunes. La auténtica impugnación informal del alta médica de la Mutua es acudir al médico del Servicio Público de Salud para que expida una baja médica. Posteriormente se tramita un expediente de determinación de contingencia, se declara la etiología profesional del segundo proceso de incapacidad temporal, y se declara a la Mutua responsable de la prestación.

Como hemos explicado, la Mutua es la única competente para acordar las sucesivas bajas, confirmaciones de baja y altas, expedidas en los procesos de incapacidad temporal originados por las mismas patologías que causaron procesos derivados de contingencias profesionales correspondientes a los trabajadores dependientes de las empresas aseguradas por una Mutua. En caso de que el parte médico de baja lo haya expedido una Administración pública (el Servicio Público de Salud), se ha suscitado la cuestión relativa a si esta incompetencia constituye la causa de nulidad de pleno derecho del art. 62.1.b) de la Ley 30/1992, de 26-11, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que considera nulos los actos *“dictados por órgano manifestamente incompetente por razón de la materia o del territorio”*, o en su defecto, si se considera que la incompetencia no es manifiesta, si se trata de una causa de anulabilidad.

Se ha argumentado que los Servicios Públicos de Salud son competentes para expedir las bajas médicas derivadas de enfermedad común, como efectivamente hacen en estos supuestos, lo que, en principio, excluye que se trate de un órgano manifestamente incompetente ex art. 62.1.b) de la Ley 30/1992⁴⁴. Y si posteriormente se constata que, aunque el trabajador efectivamente estaba impedido para su trabajo (lo que justificaba la suspensión de su relación laboral y el abono del subsidio por incapacidad temporal), sus dolencias tenían su origen en un accidente de trabajo y no en enfermedad común, ello evidenciaría que el juicio clínico efectuado por el Servicio Público de Salud relativo a la inhabilidad laboral era correcto. En tal caso, el reproche antijurídico alcanza a ambas partes: a la Mutua y al trabajador. Aquella dio de alta al trabajador cuando éste continuaba inhabilitado para el trabajo (o le negó la baja médica cuando el trabajador acudió manifestando que había sufrido una recaída de sus dolencias derivadas de accidente laboral), lo que justifica su responsabilidad. Y

⁴⁴ Molins García-Atance, J.: “La colaboración de las mutuas en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes”, *AS*, nº 6, 2006, págs. 68 y ss.

su conducta antijurídica fue la que motivó que el trabajador acudiese al Servicio Público de Salud para que extendiese un parte médico de baja derivado de enfermedad común cuando su dolencia tenía etiología profesional. La Mutua no puede pretender beneficiarse de su conducta antijurídica. Por ello, procedería declarar la ilicitud del acto administrativo únicamente respecto de la etiología de la prestación, pero no respecto de la inhabilidad para trabajar. Lo mismo sucede cuando hay solución de continuidad entre el alta médica de la Mutua y la posterior baja médica del Servicio Público de Salud pero el trabajador se ha dirigido previamente a los servicios médicos de la Mutua que le han negado injustificadamente la baja médica.

El establecimiento por el Real Decreto 1430/2009 del procedimiento administrativo de revisión de las altas médicas de las Mutuas, durante cuya tramitación el trabajador continúa percibiendo el subsidio por incapacidad temporal y el contrato de trabajo está suspendido, ha supuesto un avance en orden a evitar esta desprotección del trabajador.

La tutela efectiva de éste requeriría asimismo una reforma procesal, estableciendo un procedimiento judicial urgente de impugnación de las altas médicas, exento de reclamación previa y que finalizase por sentencia no susceptible de recurso de suplicación, lo que permitiría un control judicial efectivo de la licitud del alta médica, incompatible con la demora propiciada por los recursos de suplicación y posterior casación unificadora.

INCAPACIDAD TEMPORAL Y REDUCCIÓN DEL ABSENTISMO INJUSTIFICADO

CARMEN JOVER RAMÍREZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz*

EXTRACTO

Palabras Clave: Incapacidad Temporal, Absentismo

La constante preocupación por reducir el absentismo laboral ante las graves consecuencias que del mismo se derivan en el ámbito empresarial, organizacional y productivo, hace necesario analizar una de las más frecuentes causas del mismo: la incapacidad temporal. Incapacidad temporal entendida en un sentido amplio y que debe ir más allá de la mera contingencia protegida por el sistema de seguridad social y de la causa suspensiva de las prestaciones básicas del contrato. Incapacidad temporal pura y simplemente como limitación, por motivos de salud, para realizar la actividad profesional. Ahora bien, la justificación formal y/o material de esa dolencia puede producir diferentes consecuencias y en diversos ámbitos, siendo necesario actuar sobre los mismos para conseguir el objetivo perseguido de reducción del absentismo injustificado. Actuación que debe instarse desde todas las partes implicadas: entidades públicas, colaboradoras, empresario, representantes de los trabajadores y desde estos últimos. Solo una actuación integral de todas las medidas propuestas permitirá una real y efectiva reducción del absentismo laboral justificado o no, ya que en esencia también será injustificado aquel absentismo en el que, si bien concurre causa que lo justifique, se podría haber evitado de adoptar en origen las medidas más oportunas. El estudio que se presenta no pretende ser un análisis de la institución de la Incapacidad Temporal sino partiendo de su existencia intentar mostrar desde todos los ámbitos señalados las medidas ya existentes de lucha contra el absentismo, su eficacia o ineficacia y proponer aquellas aun pendientes, novedosas y que coadyuvarían, sin duda, a la reducción de aquél.

ABSTRACT

Key Words: Temporary incapacity, Absenteeism

The constant preoccupation to reduce the absenteeism from work because of its bad consequences in the private sector, and that affects the organizational and productive system, tells us to analyze one of the most frequent causes of such absenteeism: the temporary incapacity for work. The temporary incapacity understood in its broad sense, that should go beyond the usual benefit granted by the Social Security system and contract deferment. The temporary incapacity simply as a limitation, by health reasons to be unable to work. Now, the official justification of such health problem could have different consequences in different fields, and definitely there is a need to work to reduce those unjustified temporary incapacities given to an excessive number of patients. This should be implemented by all stakeholders: public entities, private companies and workers' representatives. Definitely, only a basic accomplishment of the proposed action plan will imply a real and effective reduction of absenteeism from work, justified or not, because in its essence, it may be an absenteeism justified, but it will always be unjustified, because its causes could have been avoided beforehand. The present study does not intend to perform an analysis of the Temporary Incapacity but show from different viewpoints, and recognize the problem, how the battle up to day is either efficient or inefficient, but without doubt some actions proposed could help to reduce the labor absenteeism

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. INCAPACIDAD TEMPORAL: JUSTIFICACIÓN FORMAL Y MATERIAL
 - 2.1. Medidas de intervención desde las entidades públicas y colaboradoras implicadas
 - 2.2. Medidas de intervención desde el ámbito empresarial
3. INCAPACIDAD TEMPORAL: JUSTIFICACIÓN FORMAL Y JUSTIFICACIÓN MATERIAL SIMULADA
 - 3.1. Medidas de intervención desde las entidades públicas y colaboradoras implicadas
 - 3.2. Medidas de intervención desde el ámbito empresarial
4. INCAPACIDAD TEMPORAL: JUSTIFICACIÓN MATERIAL E INJUSTIFICACIÓN FORMAL TOTAL O PARCIAL
 - 4.1. Medidas de intervención desde las entidades públicas y colaboradoras implicadas
 - 4.2. Medidas de intervención desde el ámbito empresarial
5. REFLEXIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

Puede parecer extraño el utilizar con un nexo de unión copulativo, tal y como aparece en el título del presente trabajo, Incapacidad Temporal y absentismo injustificado ya que hablar de incapacidad temporal hace presuponer que dicha situación está reconocida por las entidades competentes al respecto y que para ello ha cumplido las justificaciones formales y materiales que le son exigibles (tramitación, gestión y situación protegida). Sin embargo, como tendremos ocasión de poner de manifiesto en las líneas que siguen, la cuestión es más compleja de lo meramente terminológico porque la casuística es innumerable e igualmente lo son las consecuencias a ella inherente.

Si la primera de esas expresiones, Incapacidad Temporal se asocia a la causa suspensiva que del contrato de trabajo enuncia el artículo 45.1 c) de nuestro Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) y que como contingencia protegida del Sistema prevé el artículo 128 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante TRLGSS), dicha situación en la que concurren los requisitos de justificación formal adecuada y justificación material, no supondría un ejemplo de absentismo injustificado al trabajo al existir justificación formal que lo avale y justificación material que la sustenta. Si bien el nexo de unión con la reducción del absentismo podemos establecerla desde el momento en el que dicha situación o bien pudiera evitarse en su totalidad o bien acortarse en su duración.

Ahora bien, diferente es la interpretación que de dicha rúbrica puede hacerse si el término simplemente es referido a una situación de imposibilidad temporal de prestar la actividad profesional del trabajador durante un período de tiempo que no llega a poner en marcha ese mecanismo suspensivo y a la vez protegido por el Sistema de Seguridad Social. Es decir, en el que la justificación formal o bien no existe o bien no es la adecuada para generar conforme a nuestro ordenamiento jurídico esa situación suspensiva y protegida. En este

caso, tendríamos que diferenciar entre la justificación formal, que no existe, y analizar si concurre o no esa justificación material que determina esa imposibilidad. En estos supuestos, el absentismo será injustificado desde un punto de vista formal pero puede ser justificado o no desde ese punto de vista material, dependiendo de la concurrencia o no de esas dolencias. Es más, puede ocurrir que incluso la justificación formal exista pero no sea la adecuada, lo que acentúa, como veremos, la complejidad de la cuestión.

Puede suceder que la justificación formal adecuada de esa inasistencia al trabajo a través de la figura de la Incapacidad Temporal, exista y sin embargo no hemos de olvidar que puede no existir la justificación material que suponga la realidad de las dolencias aducidas y que las mismas puedan no existir más allá de lo que se refleje en un parte médico de baja como consecuencia de la simulación fraudulenta del trabajador. Y por último, puede suceder que la inasistencia del trabajador al trabajo no encuentre ni justificación formal ni material que la avale, en la que el término absentismo injustificado en principio sí parece ser ajustado a la situación originada pero en el que estimamos no existe nexo causal con el concepto ni estricto ni amplio de incapacidad temporal.

En las líneas que siguen, se pretende analizar las diferentes cuestiones que al hilo de las expresiones anteriores pueden originarse en el seno de una relación laboral; no olvidando, primero, la repercusión que la inasistencia del trabajador a su puesto de trabajo, justificada o no, y en el caso que nos ocupa por razón de esas dolencias, tiene sobre la organización empresarial, no solo desde el punto de vista organizativo sino también desde el productivo, y segundo, el gasto que sobre el sistema de la Seguridad Social ocasiona una situación de Incapacidad Temporal protegida.

Los datos ponen de manifiesto que el número de horas no trabajadas en España por Incapacidad Temporal es una constante que se mantiene en los últimos años así como las correspondientes a absentismo injustificado¹. En el primer trimestre del año 2007 sobre un total de 35,5 horas no trabajadas por trabajador, el 15,9 tenían su origen en la situación de Incapacidad Temporal y 0,4 respondían a absentismo injustificado; cifras que en el primer trimestre de 2008 fueron sobre un total de 52,2 de horas no trabajadas, 11,5 lo fueron por Incapacidad Temporal y 0,3 de ausencia no justificada; en el primer trimestre de 2009, sobre un total de 44,5, de horas no trabajadas, 11,2 respondieron a Incapacidad Temporal y 0,4 a absentismo injustificado. En el primer trimestre de 2010 sobre un total de 43,1 horas no trabajadas, 10,9 respondieron a Incapacidad Temporal y 0,3 a absentismo injustificado.

A la vista de estos datos podemos deducir que es reducido el número de

¹ Encuesta de coyuntura laboral elaborada por el Ministerio de Trabajo e Inmigración (www.mtin.es/estadisticas/ecl/) 2007, 2008, 2009 y 2010.

horas de ausencia no justificada al trabajo por trabajador frente a las que se producen por Incapacidad Temporal. Ahora bien, se hace necesario reducir a cero las primeras y segundo, descartar que en las segundas se incluyan ausencias en las que concurre justificación formal pero no exista la justificación material aludida; horas no trabajadas que si bien estadísticamente se engloban dentro de las motivadas por causas ocasionales como la Incapacidad Temporal realmente responden a un absentismo injustificado.

El objetivo del presente estudio no es analizar detalladamente la institución de Incapacidad Temporal sino buscar una nueva línea de actuación sobre la misma y sobre todas las circunstancias y condiciones que la rodean en su origen y en su desarrollo. Creemos que los aspectos que de la institución han sido hasta ahora modificados, reestructurados o alterados por el legislador han cumplido sus fines y estimamos no puede seguir incidiéndose únicamente sobre los mismos. El tratamiento de la materia debe dar un giro de trescientos sesenta grados respecto de lo que hasta ahora ha venido siendo la línea de actuación de las partes implicadas: legislador, interlocutores sociales, empresario y trabajador y poner la atención en todas aquellas cuestiones que circundando la misma pueden coadyuvar a reducirla, tanto la justificada formal como materialmente como, con más sentido, la injustificada formal y/o materialmente. A este fin se destina el presente estudio.

2. INCAPACIDAD TEMPORAL: JUSTIFICACIÓN FORMAL Y MATERIAL

2.1. Medidas de intervención desde las entidades públicas y colaboradoras implicadas

Según los datos ofrecidos por el Ministerio de Trabajo e Inmigración del acumulado del mes de abril de 2010, el número medio mensual de procesos de Incapacidad Temporal por contingencias profesionales iniciados en dicho período ascendieron a un total de 60.618 siendo por contingencias comunes (sin englobar datos referentes al RETA y al régimen especial de empleados de hogar) de 408.869; cuya incidencia media mensual por cada mil trabajadores protegidos fue de 4,23 en el primer supuesto y de 26,63 en el segundo². Procesos por tanto, todos ellos justificados formal y supuestamente (solo supuestamente) materialmente.

La intervención sobre la situación de Incapacidad Temporal justificada formal y materialmente no puede rechazarse como medio de reducción del absentismo injustificado en base a la concurrencia de dichas justificaciones, aun-

² Fuente: Datos estadísticos. INSS. www.seg-social.es

que ello pueda parecer contradictorio, y ello por varias razones. En primer lugar, porque como ya adelantábamos, esa justificación formal o material puede decaer a lo largo de la duración del proceso y por tanto se hará necesario acatar en cada momento las medidas oportunas y segundo, porque aun partiendo de esa justificación formal y material se pueden arbitrar medidas que coexistiendo con la misma se traduzcan en una reducción de la ausencia al trabajo, de modo que de ser absoluta pase a ser relativa.

Han sido continuas las diversas modificaciones procedimentales que el legislador ha ido acometiendo sucesivamente con el fin de, a través de los mismos, conseguir una mejora en el control y seguimiento de la situación protegida de Incapacidad Temporal. La última de estas modificaciones se ha llevado a cabo por la LPGE para 2010, Ley 26/2009, de 23 de diciembre (BOE de 24 de diciembre de 2009). La Disposición Final tercera. cuatro de la citada Ley modifica los dos primeros párrafos del apartado a) del número 1 del artículo 128 TRLGSS procediendo a computar la duración de la Incapacidad Temporal por días en lugar de por períodos mensuales, salvando así las diferencias que podían originarse ante una cuestión tan simple como la diferente duración de los períodos mensuales. Se fija la duración máxima de Incapacidad Temporal en trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días, cuando se presuma que durante ellos el trabajador pueda ser dado de alta médica por curación, previéndose una prórroga especial por una duración máxima de ciento ochenta días más. Igualmente se omite la referencia en el caso de emisión del alta médica por el INSS a “los efectos previstos en los párrafos siguientes”, resolviendo algunas dudas interpretativas que dicha expresión había originado³ y añadiendo a la causa del alta por dicha entidad gestora, la incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por la misma. Igualmente se modifica el apartado segundo del apartado 1 y los párrafos primero y segundo del apartado 2 del artículo 131 bis del TRLGSS, en el mismo sentido señalado en el supuesto anterior, el cambio a días de la duración en meses hasta ahora establecida.

Con anterioridad la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de PGE para 2006 (BOE del 30) introdujo a través de su Disposición adicional cuadragésima octava varias modificaciones que afectaban fundamentalmente a la asunción de competencias por el INSS en la materia. Modificaciones que continuaron sucediéndose, en lo que a la gestión y procedimiento se refiere, en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre (BOE del 5) de medidas en materia de Seguridad Social con la finalidad de “coordinar las actuaciones de los servicios de salud y del INSS y evitar la inseguridad jurídica que provocaba la disparidad de diagnósticos

³ Al respecto, vid. VV.AA. Monográfico sobre reformas en materia de Seguridad Social, *Temas Laborales*, N° 94/2008, Consejería de empleo, CARL, Junta de Andalucía.

de una y otra instancia, estableciendo un procedimiento mediante el cual el interesado pudiera expresar su disconformidad ante la inspección médica con respecto al alta formulada por la entidad gestora. En la nueva redacción que se daba por esta Ley al artículo 128.1 a) TRLGSS se preveía en su último párrafo la necesidad de que, vía desarrollo reglamentario, se regulara la forma de efectuar las comunicaciones previstas en dicho artículo así como la obligación de poner en conocimiento de las empresas las decisiones que se adopten y les afecten, ello sin perjuicio de la declaración de carácter general prevista en la Disposición Final de la misma Ley al autorizar al Gobierno para dictar las disposiciones que sean necesarias para la aplicación y desarrollo de dicha Ley.

A este fin responde el RD. 1430/2009, de 11 de septiembre (BOE del 29), por el que se desarrolla reglamentariamente dicha Ley, en relación con la prestación de Incapacidad Temporal. En su articulado se desarrollan y subsanan algunas de las carencias puestas de manifiesto en la regulación de la Ley⁴.

En primer lugar, en lo concerniente a la comunicación informática por parte de los servicios públicos de salud en el momento del cumplimiento del duodécimo mes de Incapacidad Temporal, cuando asume la competencia en la materia- una vez transcurridos dichos meses- el INSS o el ISM y ello a los efectos, o bien de declarar el alta médica, o bien para reconocer la prórroga de dicha situación o para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente. En este momento, el servicio público de salud, cuando expida el último parte médico de confirmación antes de agotarse los doce meses, comunicará al interesado en el acto del reconocimiento médico que, a partir de dicho momento, corresponde a la entidad gestora competente, el control de su situación, circunstancia que pondrá en conocimiento de esta mediante procedimiento informático. Ello supondrá que a partir de ese momento el servicio público de salud no emitirá parte de confirmación de baja alguno respecto del sujeto en cuestión; debiendo la entidad gestora efectuar las comunicaciones que procedan al interesado, a la empresa, al servicio público de salud y, en su caso, a las entidades colaboradoras y al servicio público de empleo estatal⁵.

En segundo lugar, respecto del procedimiento de disconformidad con el alta emitida por las entidades gestoras, se señala expresamente el día a quo para computar el plazo de cuatro días dentro de los cuales puede el interesado manifestar dicha disconformidad, cual es el de la notificación de la resolución. Disconformidad que deberá formalizarse en el modelo señalado al efecto y que se pondrá a disposición de los interesados en la página web de las entidades. Previéndose asimismo la intercomunicación entre interesado, empresa, entidades gestoras y servicio público de salud. Comunicaciones que se reali-

⁴ Al respecto, vid. VV.AA. Monográfico sobre reformas en materia de Seguridad Social, *Temas Laborales*, Nº 94/2008, op. Cit.

⁵ Artículo 1 RD. 1430/2009, de 11 de septiembre (BOE del 29).

zarán preferentemente por medios electrónicos, informáticos o telemáticos⁶. En términos similares, con las matizaciones que requiere la intervención de la entidad colaboradora, se regula el procedimiento administrativo de de revisión de altas médicas emitidas por las Mutuas⁷.

Ahora bien, es cierto que las diferentes modificaciones procedimentales y de gestión han ido encaminadas a reducir el fraude en la situación protegida de Incapacidad Temporal en lo concerniente a la posible ausencia de justificación material, no obstante creemos que las modificaciones en esta línea han tocado fondo en cuanto a los efectos deseados respecto de la persecución del absentismo injustificado y la reducción del mismo. Es hora de acometer dicha finalidad desde otras perspectivas y así parece auspiciarse en el documento sobre revisión del Pacto de Toledo presentado por el Gobierno en enero de 2010⁸.

Aunque se pone de relieve que las reformas operadas sobre los procedimientos de gestión han traído aparejado una reducción significativa de los costes indebidos, también se señala el incremento resultante de los trabajadores afectados y protegidos, por lo que quizás es el momento de buscar nuevos mecanismos de control de las diferentes situaciones, de modo que “se aborden los problemas desde una perspectiva integral antes que en un tratamiento más simplista, basado en estrategias antiguas que no ofrecen resultados alentadores”.

Entre estas medidas se enuncian: la intervención de especialista, la definición de estrategias concertadas y el establecimiento de programas concretos acordados entre empresarios y trabajadores para mejorar las condiciones de trabajo, salud y el control de prestaciones en la empresa; incentivar mecanismos de cambio de puesto de trabajo o de Incapacidad parcial, con especial incidencia en los procesos psicosociales y la creación de unidades especializadas.

En lo concerniente a la intervención de especialista, se señala que sería aconsejable se produjera la misma a partir de un período mínimo de tiempo para la continuidad del proceso. Estimándose que en procesos de duración inferior a quince días se mantengan controles específicos, a partir de la baja, para evitar que se genere una cultura, minoritaria pero relevante en el imaginario social, de abuso basado en el descontrol. En la misma línea, se señala la necesidad de contar con unidades, servicios y en general con un incremento de profesionales de la medicina del trabajo que colaborando entre sí y dedicado en exclusiva a ello, aborden el problema en todas las administraciones e instituciones.

Las competencias asumidas por el servicio público de salud en la materia a través de los médicos de familia se muestran, a nuestro juicio, insuficientes en muchos casos. Casos en los que sería más conveniente la intervención de un especialista. La alternativa ofrecida en el documento de revisión del Pacto

⁶ Artículo 3 RD. 1430/2009, de 11 de septiembre (BOE del 29).

⁷ Artículo 4 RD. 1430/2009, de 11 de septiembre (BOE del 29).

⁸ Documento sobre revisión del Pacto de Toledo, *Relaciones Laborales*, N° 6, 2010.

creemos conjuga adecuadamente ambos mecanismos desde el momento en el que presupone la competencia del médico de familia en el reconocimiento de situaciones de Incapacidad Temporal de duración no superior a quince días. Ello puede suponer su actuación en situaciones que no presentan complicación alguna (por ejemplo, una simple gripe, o un simple trastorno gastrointestinal) que sin embargo transcurrida esa duración media en la que la curación debería haberse producido recomiendan la intervención de un especialista a la hora de valorar dicha dolencia. La implantación de medidas de esta índole puede suponer la reducción de la duración de los procesos de Incapacidad Temporal bien porque quizás esa Incapacidad Temporal formal y materialmente justificada pueda ya devenir a la vista del especialista, injustificada materialmente y por tanto haga decaer esa justificación formal, incluso porque el mismo paciente abandone su interés en ser reconocido por el especialista (pensando en la realidad de una injustificación material) o bien porque la intervención del especialista determine el tratamiento más adecuado que acelere el proceso de curación y recuperación del incapacitado o bien porque estimando previsible que no se va a producir el alta por curación del incapacitado temporalmente, se inste el procedimiento de declaración de Incapacidad Permanente.

Igualmente se propugna la aparición de nuevas figuras tales como la Incapacidad Temporal parcial o la Incapacidad Temporal funcional al señalarse la necesidad de “reflexionar sobre cómo incentivar el cambio de puesto de trabajo ante dificultades adaptativas que están detrás de muchas de las bajas de mayor duración” así como el recurrir a una incapacidad parcial desde el momento en que “puede ser una estrategia... que ayude a disminuir la prolongación de los procesos y a eliminar las frecuentes recidivas” y ello pese a “la desconfianza entre los gestores del sistema por la posibilidad de que se abriera puertas a nuevos usos indebidos” por lo que se propugna su abordaje con sometimiento a concretos controles.

Como se ha señalado, nuestra opinión en cuanto a la adopción de nuevas medidas más allá de las meras modificaciones procedimentales que en ocasiones puntuales pudieran ser necesarias, van por esta línea. La Incapacidad Temporal, tal y como hoy se contempla no responde, no avanza, no ofrece los resultados esperados. En algunos supuestos, quizás en muchos de ellos, el incapacitado temporal puede serlo en términos absolutos en cuanto a las funciones que en el seno de la organización empresarial podría acometer pero también en cuanto al tiempo de trabajo en el que realizar su jornada. Sin embargo en otras ocasiones, la dolencia padecida puede ser compatible bien con el desempeño de otras funciones (presuponiendo siempre su cualificación profesional) o bien con el ejercicio de las inherentes a su categoría profesional pero limitadas en cuanto a su duración. Y creemos que es aquí de nuevo donde juega un papel de suma importancia los equipos de profesionales referidos por el propio documento de revisión y en el que juega un papel importante la em-

presa para conseguir esa “perspectiva de actuación integral” que se propugna superando “estrategias antiguas que no ofrecen resultados alentadores”.

Medidas de esta índole vienen reclamándose desde tiempo atrás y creemos que deben ser abordadas por el legislador en aras de conseguir resultados más beneficiosos para todas las partes implicadas. En primer lugar la reducción de la duración de los procesos, bien de forma absoluta o parcial, supondrá una evidente reducción en el gasto prestacional pero también supondrá una reducción en las horas no trabajadas traduciéndose en una mejora en el ámbito productivo y en el seno de la organización empresarial.

2.2. Medidas de intervención desde el ámbito empresarial

No olvidemos que partimos de una situación de Incapacidad Temporal justificada formal y materialmente en su origen; quiere ello decir que efectivamente concurre una alteración en la salud, una dolencia física o psíquica que limita temporalmente al trabajador para realizar su habitual actividad profesional y ello independientemente de que en un momento determinado pueda pasar a convertirse dicha situación en alguno de los supuestos planteados en los apartados posteriores.

La intervención del empresario en este ámbito es fundamental. Intervención que puede circunscribirse a diferentes ámbitos⁹.

Intervención que en primer lugar deberá ir dirigida a cumplir las obligaciones que en materia de prevención de riesgos laborales establece la normativa al efecto aplicable; de tal modo que la reducción de la materialización de contingencias profesionales lleva sin lugar a dudas una reducción de los procesos de Incapacidad Temporal que se puedan producir. Sin embargo ello, con ser importante no es suficiente; las medidas de intervención deben ir destinadas a conseguir un estado de bienestar de los trabajadores, debe buscarse conseguir la “organización saludable”.

Ya en 1997, la Fundación europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, puso de manifiesto como en los países del Sur Europa las medidas preventivas estaban mayoritariamente destinadas a la mejora del entorno laboral desde el punto de vista de la seguridad y salud en el trabajo frente a los países del norte de Europa en los que la atención se centraba en el fomento del buen estado de salud y el bienestar de los empleados¹⁰. Ciertamente en nuestro país las medidas responden principalmente a las primeras empezando de manera incipiente a prestarse atención a las segundas.

⁹ Seguiremos a efectos expositivos, los cuatro tipos de intervención referenciados por la Fundación europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo en el Informe sobre “La prevención del absentismo en el lugar de trabajo”, 1997, p.21.

¹⁰ Informe “La prevención del absentismo en el lugar de trabajo”, Fundación europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, 1997, p.21.

Es quizás el momento de, sin abandonar la preocupación prevenciónista iniciada con la Ley de prevención de riesgos laborales, comenzar a trabajar en el segundo aspecto. Entre los factores que contribuyen al absentismo, se identifican los factores relacionados con el trabajo y las condiciones laborales: clima social deteriorado, sistema mal organizado, ruptura del llamado contrato psicológico; situaciones que originan estrés laboral y falta de motivación y que empujan al trabajador fuera de la organización, de ahí su identificación como factores push¹¹. Se hace pues necesario tomar conciencia de dicho ámbito de intervención, teniendo en cuenta y aplicando medidas orientadas a la persona y que ayudan a los empleados a trabajar (y vivir) de manera sana y saludable¹². El propio documento sobre la revisión del Pacto de Toledo recoge una mención expresa a los procesos psicosociales en los que se hace necesario asociar en el diagnóstico y en el tratamiento a los profesionales de la psicología ayudando así a disminuir la larga duración de dichos procesos y a evitar las recaídas en los mismos. Los trastornos mentales ocupan el puesto número cinco entre las causas con mayor incidencia pero se sitúa en los primeros lugares en cuanto a la duración media de los procesos por Incapacidad Temporal, superando en el triple la duración media de días de baja del total de las causas de incapacidad, de ahí la importancia de interaccionar el campo de la salud mental, el ámbito del trabajo y la Incapacidad Temporal¹³.

La organización saludable apuesta por el desarrollo del bienestar físico, psicológico y social de sus miembros; encontrando su sustento en el paradigma de la calidad de la vida laboral (CVL). La CVL se entiende como una forma diferente de ambiente dentro de las organizaciones, la cual se enfoca hacia el desarrollo y crecimiento sano del trabajador, en combinación con el incremento de la eficiencia organizacional. Se reconoce como el trabajo puede tener un efecto significativo sobre el compromiso, la satisfacción y la salud de los empleados, lo que impacta en la productividad y efectividad de la organización¹⁴.

Por tanto, una organización saludable, cuyo paradigma es la CVL supondrá que la misma se preocupe por el equilibrio entre la vida profesional y privada del trabajador y el equilibrio entre las necesidades individuales y de organización. La preocupación por el primero de estos ejes supondrá la adopción de medidas conducentes fundamentalmente a conciliar ambos ámbitos. Puede llamar la atención el hacer referencia a un tema como la conciliación en relación a la Incapacidad Temporal. Sin embargo, es frecuente la recurrencia a situaciones de Incapa-

¹¹ Peiró J. M.; Rodríguez Molina, I y González Morales, M^a Gl; *El absentismo laboral; antecedentes; consecuencias y estrategias de mejora*; Umivale; Valencia, 2008, p.127.

¹² Informe "La prevención del absentismo en el lugar de trabajo", Fundación europea..., op. cit; p.20.

¹³ Araña Suárez, S. M, Diagnósticos y prescripciones en salud mental. Atención primaria e incapacidad laboral temporal, FIPROS; M^o de Trabajo e Inmigración, 2008, p.26.

¹⁴ Gimeno Navarro, M. A, (Coord); *Evaluación de las organizaciones saludables. Una propuesta metodológica*, UGT-PV, 2008, p.13 y 17.

cidad Temporal simuladas (lo que nos llevaría al estudio del siguiente apartado) ante la necesidad de atender obligaciones familiares de cuidado para las que no se encuentra amparo ni normativo ni negocial ni empresarial. Una atención específica desde estos ámbitos contribuiría a una minoración de esos supuestos de Incapacidad Temporal recurrentes. En el segundo de los ejes es más directa la relación entre Incapacidad Temporal y organización saludable. Si, como se ha señalado, los trastornos mentales (entre ellos, ansiedad, estrés...) constituyen la quinta causa con mayor incidencia de Incapacidad Temporal, deberá al menos actuarse en el ámbito organizacional de la empresa para reducir dichos trastornos cuando ellos traigan su causa en la organización y minorara así los procesos de Incapacidad Temporal derivados de los mismos.

La actuación del empresario se requiere también en otros ámbitos como por ejemplo, el ámbito de la reincorporación. En este se encuadrarían medidas destinadas a reducir la barrera de la reincorporación y a facilitar la vuelta al trabajo del trabajador enfermo¹⁵, entre las que se ubicarían las nuevas figuras anteriormente citadas de incapacidad funcional e incapacidad temporal parcial. Medidas en las que el papel del empresario es primordial. Si bien es al legislador a quien compete introducirlas en nuestro Ordenamiento Jurídico, será al empresario y a los interlocutores sociales a quienes les corresponda delimitar su ámbito de aplicación en el seno de la organización empresarial. Establecer el correspondiente plan de acogida de dichas medidas identificando puestos de trabajo así como las posibilidades de adaptabilidad de las mismas en los términos indicados (funcionalidad y temporalidad de la jornada)¹⁶.

Junto a estos ámbitos de intervención, hemos por último de hacer referencia a aquél en el que se insertan las medidas propias de procedimiento, y en el que se incluyen las medidas de vigilancia y control. Medidas en las que se ha venido centrandó la actuación de nuestro legislador y por ende, del empresario¹⁷.

No hemos de olvidar que partimos del presupuesto de una Incapacidad Temporal justificada formal y materialmente. Entre las medidas con las que cuenta el empresario en este ámbito de intervención se encuentra la medida de control prevista en el artículo 20.4 ET y medidas de índole similar reconocidas en la negociación colectiva, así como la extinción del contrato por causas objetivas prevista en el artículo 52.d) del ET.

De conformidad con lo previsto en el artículo 20.4 ET, el empresario podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo mediante reconoci-

¹⁵ Informe "La prevención del absentismo en el lugar de trabajo", Fundación europea..., op.cit; p.28.

¹⁶ Vid. a este respecto nota a pie nº 24.

¹⁷ Informe "La prevención del absentismo en el lugar de trabajo", Fundación europea..., op.cit; p.20.

miento médico a cargo del personal médico; determinando su negativa, la posibilidad de que el empresario proceda a suspender los derechos económicos que a su cargo pudieran existir por dichas situaciones. La existencia de esta posibilidad reflejada en el ET e incorporada en algunos Convenios Colectivos puede ser en principio conectada con la finalidad de reducción del absentismo injustificado desde el momento en que ante el requerimiento del empleador, el trabajador o bien acepta la misma, en cuyo caso o bien se corrobora la situación de incapacidad temporal justificada formal y materialmente o bien se origina una discrepancia de criterios o bien se niega por parte del trabajador la concurrencia a reconocimiento con las consecuencias negativas señaladas.

Sin entrar a detallar los pros y contras de dicha medida, podemos dudar de la eficacia de la misma en relación a la finalidad que nos ocupa. Téngase en cuenta que la consecuencia negativa inmediata para el trabajador no es otra que la suspensión de determinados derechos económicos, no de la totalidad de los mismos y no en caso de discrepancia sino sólo en el supuesto de su negativa a someterse a dicho reconocimiento. Luego ello puede hacer suponer que ante una posible actuación fraudulenta por parte del trabajador la decisión sea la de someterse a reconocimiento médico a la espera de una posible discrepancia que pueda originar la prevalencia del criterio del ente público o colaborador que ratifique su situación o bien, en caso de negativa, la suspensión solo de determinados derechos económicos. Es más la existencia constante de esta medida en nuestro ET, no ha supuesto, tal y como reflejan los datos, que sea determinante en una reducción del absentismo injustificado.

Por tanto, intervención del empresario sí pero desde otras perspectivas, desde la colaboración con las entidades especializadas en la actuación integral antes reflejada y en la perspectiva preventiva así como en la sancionadora, en los términos que después se analizarán. Pero creemos no es el empresario el llamado a efectuar reconocimiento alguno sobre el trabajador incapacitado al asumir competencias que corresponden a otras entidades en el proceso de Incapacidad Temporal. El mantenimiento de una medida de esta índole no hace sino suscitar posibles dudas sobre la actuación de las entidades gestoras y colaboradoras en el control y seguimiento de la Incapacidad Temporal.

La otra figura referida como posible mecanismo de reducción del absentismo injustificado, partiendo de una Incapacidad Temporal formal y materialmente justificada es la extinción de la relación laboral prevista en el artículo 52 d) ET¹⁸. Es claro que en este supuesto son computadas las faltas de asistencia al trabajo motivadas por esta Incapacidad Temporal (aun justificadas, señala

¹⁸ La D. F tercera del RD. Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, únicamente ha entrado a modificar este precepto a efectos de incluir en la relación de las faltas de asistencia no computables las debidas al disfrute del permiso por paternidad.

el tenor literal del precepto) siempre, eso sí que la situación determinante de la misma sea una enfermedad común o accidente no laboral (si la misma revistiera el carácter de contingencia profesional no procedería a computarse), que la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales- lo que engloba a las entidades gestoras y colaboradoras al efecto, pues en otro caso, no estaríamos ante una Incapacidad Temporal justificada formal y materialmente- y siempre que su duración no fuera superior a veinte días consecutivos, ya que en este último caso no procedería a integrar dicho cómputo¹⁹; teniéndose en cuenta la necesidad de que dichas faltas cumplan los límites temporales previstos en dicho precepto²⁰. Se hace así necesario analizar cuál es, si la hay, la utilidad de la medida para la reducción del absentismo.

Es claro que en una primera aproximación la finalidad de esta figura no es otra que la onerosidad que para el empresario puede derivarse de continuas faltas de asistencia de corta duración e intermitentes en el tiempo, bajo la sospecha de la quizás irreal existencia de justificación de las mismas. Conclusión a la que lleva el que no se computen ciertas faltas en las que la razón alegada parece estar más justificada y acreditada o quizás de casi imposible carácter dudoso: huelga legal, ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones y sin entender por qué, en contingencias comunes de duración superior a veinte días. Afirmación esta sobre las que mostramos nuestra discrepancia en lo que a un control y reducción de absentismo se refiere. Si la sombra del fraude pesa sobre incapacidades temporales justificadas de corta duración derivadas de contingencia común, no entendemos porqué dicha sospecha no alcanza, por ejemplo, a procesos de contingencias profesionales. Un ejemplo más del diferente tratamiento que ocasiona el origen común o profesional de la contingencia. Y ello, cuando tan oneroso puede resultar para el empresario un proceso voluntario y ocasionado de recuperación derivada de contingencia profesional como el corto referido de una contingencia común. No queremos

¹⁹ Así la jurisprudencia viene exigiendo la necesidad de que los veinte días sean consecutivos para que pueda proceder la excepción: STS de 24 de octubre de 2006 (RJ 2006/8104) y de 23 de enero de 2007 (RJ 2007/1590). STSJ Cataluña 775/2007, de 8 de noviembre (AS 2008/49): “aunque existan varios periodos de baja debidos a la misma enfermedad, cada uno de ellos ha durado menos de veinte días y la suma superaría ese límite pero no serían consecutivos por lo que se está ante la justa causa del 52 d) ET”.

²⁰ Se declara la procedencia del despido “cuando las faltas superan el 25% de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos en un periodo de doce meses” (STSJ de Aragón 660/2003, de 9 de junio); cuando habiendo estado de baja en reiteradas ocasiones por diferentes causas, queda probado que el índice de absentismo excedía del 5% (STSJ Aragón 416/2002, de 18 de abril, STSJ de Navarra 5251/2004, de 28 de julio); declarándose la improcedencia si no llega a acreditarse por la empresa el absentismo total de la plantilla (STSJ de Cataluña 2482/2006 de 22 de marzo).

con ello poner en duda la certidumbre que concurre en un accidente de trabajo pero sí en los efectos que sobre el trabajador puede suponer el mismo y que hace que pudiendo ser ficticia motive sin más su no inclusión en este supuesto cuando a lo mejor resulta más gravosa dicha ausencia a efectos productivos u organizativos que las ausencias computables derivadas de una contingencia común. Asimismo el que no se computen los días de Incapacidad Temporal por contingencias comunes si superan los veinte días de duración, es claro que supone un incentivo a la prolongación de la misma desde el momento en el que a favor del trabajador está la opción de prolongar aun innecesariamente la misma más allá de ese límite y así evitar su inclusión en el cómputo a efectos de un despido objetivo por esta causa.

Como instrumento legal en manos del empresario, para poder extinguir el contrato de trabajo en dichos supuestos, la doctrina ya ha puesto de manifiesto la dificultad de mismas individualmente y en relación con el cómputo global de la plantilla.

Pero, ¿puede el empresario extinguir la relación laboral de un trabajador que está enfermo de forma reincidente sin recurrir al artículo 52 d) ET o se estima el mismo discriminatorio en base al inciso final del artículo 14 de la Constitución española, “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

El TC ha sido claro al respecto en la sentencia 62/2008 de 26 de mayo (RTC 2008/62), al indicar que el estado de salud del trabajador o, más propiamente su enfermedad pueden ser discriminatorios “cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en si misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato”. Lo que no ocurre si la enfermedad incapacita para el trabajo, es decir, si “en la decisión extintiva el factor enfermedad ha sido tenido en cuenta con la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo”. Pudiendo así concluir que “una decisión de despido...basada en la pretendida incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por razón de su enfermedad, o estado de salud, podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria”.

El argumento ofrecido no deja de ser a juicio de la doctrina un argumento discutible y manipulable²¹; calificados por otros como el supuesto más injusto

²¹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Despido por enfermedad y discriminación”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2008, p. 65.

del despido sin causa o por una única causa, la enfermedad que padece el trabajador²².

El TJCE se pronuncia en sentido similar al TC en el asunto Chacón Navas contra Eurest Colectividades S.A, C-13/05, a raíz de una cuestión prejudicial planteada²³. La Sra. Chacón, de baja por enfermedad desde el 14 de octubre de 2003, fue despedida con efectos del 31 de mayo de 2004; no estando de acuerdo con el mismo interpone recurso judicial alegando que su despido era nulo por vulnerar la prohibición de desigualdad de trato y de discriminación. El juez remitente pregunta la posible relación, si existiera, entre discapacidad y enfermedad al hilo de determinar si procede o no el amparo en lo previsto en la Directiva 2007/78 del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. La respuesta a la cuestión se plantea en los términos de considerar que “un despido por enfermedad sólo puede constituir un acto discriminatorio por motivo de discapacidad, prohibido por la citada Directiva, si la persona afectada puede demostrar que el despido no está motivado por la propia enfermedad, sino por las limitaciones duraderas o permanentes derivadas de la misma”.

Sin entrar a valorar la justicia material o no de la medida, sí queremos poner el énfasis en que los efectos negativos provocados por las ausencias al trabajo es una realidad que no podemos eludir. Evidentemente la concurrencia de una enfermedad crónica en un trabajador, por citar un ejemplo, no debe ser determinante de la extinción de la relación laboral bien por la vía del artículo 52 d) o bien por la vía rápida de la declaración de improcedencia por falta de causa y ello con el abono de la correspondiente indemnización diferenciada únicamente cuantitativamente. Ello porque, como se ha dicho, las trabas para recurrir al primero son evidentes y un obstáculo en el seno de la organización empresarial y porque recurrir al segundo abre la posibilidad al empresario de prescindir del trabajador enfermo sin más obligaciones que las indemnizatorias. Y debe señalarse que, ni uno ni otro coadyuvan a los intereses de ambos.

Quiere con ello ponerse de manifiesto que de nuevo, a nuestro juicio, las medidas legales que continúan estando en nuestro ordenamiento jurídico y que el legislador lleva dejando en barbecho, creemos que durante demasiado tiempo, resultan no ya insuficientes sino incompetentes para la finalidad perseguida. Si realmente una enfermedad justificada y reiterada en un trabajador o en varios de ellos origina problemas organizativos y productivos, busquemos el origen y eliminemos la causa si ello es posible (medidas preventivas como las referidas en los distintos ámbitos de intervención) y si la eliminación de la misma no es posible, arbitremos medidas que permitan conjugar los distintos

²² Serrano Argüello, N., “Trabajadores despedidos por enfermedad. Cuando el derecho se aleja de la justicia”, RGDTS, nº 18, 2008, p.1, www.iustel.com

²³ Conclusiones del Abogado General Sr. L.A. Geelhoed presentadas el 16 de marzo de 2006.

derechos e intereses en juego- derecho a la protección de la salud del trabajador, derecho al trabajo e intereses empresariales- a través de nuevas figuras como la incapacidad funcional o temporal parcial ya señaladas²⁴.

3. INCAPACIDAD TEMPORAL: JUSTIFICACIÓN FORMAL Y JUSTIFICACIÓN MATERIAL SIMULADA

Reconocida una situación de Incapacidad Temporal conforme a los trámites procedimentales establecidos procede la suspensión de las prestaciones básicas del contrato así como, si se reúnen los requisitos al efecto exigidos, la correspondiente prestación económica del sistema de seguridad social y si estuviera prevista, la mejora voluntaria correspondiente. Ahora bien que la situación de Incapacidad Temporal esté formalmente reconocida no viene a significar que concurra realmente la situación determinante de la misma sino única y exclusivamente una apariencia de realidad, una realidad simulada. Situación simulada que o bien puede concurrir desde el inicio del reconocimiento formal de la misma o bien a lo largo de su duración prolongándose entonces ficticiamente la Incapacidad más allá del momento en el que dejó de concurrir la alteración en la salud causa de aquella.

En estos casos de nuevo, poder público y entidades colaboradoras así como empresarios e interlocutores sociales deben desplegar sus actuaciones con el fin de reducir en este caso un absentismo realmente injustificado.

3.1. Medidas de intervención desde las entidades públicas y colaboradoras implicadas

El seguimiento de la concurrencia de la justificación material de la Incapacidad Temporal derivada de contingencias comunes alegada se presume garantizada a la misma vez que la justificación formal de la misma, de conformidad con lo previsto en el RD.575/1997, de 18 de abril, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal y en la Orden de 19 de junio de 1997, que lo desarrolla. A tenor de lo dispuesto en estas disposiciones, todo parte médico de baja irá precedido de un reconocimiento médico del trabajador que permita la determinación objetiva de la incapacidad temporal para el trabajo habitual, a cuyo efecto el médico requerirá al trabajador los datos ne-

²⁴ En este sentido llama la atención la introducción negociada de figuras como la “movilidad por disminución de la capacidad para el desempeño de un puesto de trabajo”. Medida en virtud de la cual el servicio médico de empresa puede definir dicha situación, fijando el grado de disminución y el puesto a desempeñar (Artículos 102-105 XV CC Ford España S.L, BOE 10 de mayo 2010)

cesarios que contribuyan a precisar la patología objeto de diagnóstico (art.1.2 RD). Seguimiento que continua en el momento de emisión del tercer parte de confirmación de baja (y a partir de este momento con una periodicidad de cuatro semanas) al exigirse acompañar al mismo de un informe médico complementario expedido por el facultativo que extienda aquel en el que se recojan las dolencias padecidas por el trabajador, el tratamiento médico prescrito, la evolución de las dolencias y su incidencia sobre la capacidad funcional del interesado, debiendo expresar la duración probable del proceso (1.3 RD). Trimestralmente, desde la fecha de inicio de la baja médica, la inspección médica del servicio público de salud expedirá un informe de control de la incapacidad en el que deberá pronunciarse expresamente sobre todos los extremos que justifiquen, desde el punto de vista médico, la necesidad de mantener el proceso de incapacidad del trabajador (art.1.5 RD).

Medidas estas que se complementan con la posibilidad de que entidades gestoras o mutuas puedan realizar aquellas actividades que tengan por objeto comprobar el mantenimiento de los hechos y la situación que originaron el derecho a la prestación económica y ello a partir del momento en que les corresponda asumir la gestión del gasto de la misma (art.4 RD). Entre tales medidas se contempla la posibilidad de requerir a los trabajadores para la realización de reconocimientos médicos (art.6 RD y 13 de la Orden). Igualmente se prevé que los actos de comprobación que se lleven a cabo deberán basarse en los datos que fundamenten el parte médico de baja y de confirmación así como en los derivados de ulteriores reconocimientos y dictámenes realizados por los distintos médicos intervinientes en el proceso, poniéndose a disposición de dichos médicos tablas de duraciones medias para distintos procesos patológicos susceptibles de generar incapacidades y tablas sobre el grado de incidencia de estos procesos en las diversas actividades laborales (art.3 RD).

A estos efectos y al amparo de lo previsto en el artículo 8 del RD señalado se han producido diversos convenios específicos y acuerdos de coordinación y cooperación entre el Ministerio de Trabajo y las diversas Comunidades autónomas con el fin primordial de hacer más eficaz el seguimiento y control de la gestión relativa a las situaciones de Incapacidad Temporal²⁵. Partiendo de la creación y dotación de un fondo denominado “Programa de ahorro en Incapacidad Temporal”, destinado a la mejora y control de dicha prestación derivada

²⁵ Entre otros, y a modo de ejemplo, Resolución de 21 de mayo de 2009, de la Secretaría general técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Comunidad Valenciana, para el control de la incapacidad temporal durante el periodo 2009 a 2012 (BOE 5 de junio); de la misma fecha y en los mismo términos con la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias; en los mismo términos, Resolución de 16 de abril de 2009, de la Secretaria General técnica por la que se publica el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Comunidad autónoma de Andalucía (BOE de 29 de abril).

de contingencias comunes al amparo de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre por el que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de autonomía, se establecen los correspondientes planes de actuación para la modernización y mejora de la gestión y control de la Incapacidad Temporal y racionalización del gasto anualmente. Entre las actuaciones previstas se prevé la informatización y transmisión por vía telemática al INSS de los partes de Incapacidad Temporal en plazo y con código de diagnóstico; la emisión de informes médicos y aplicación de duraciones estándar, gestión de propuestas y de intención de alta y gestión de disconformidades; formación e información a los médicos de atención primaria y especialistas y otras actividades como facilitar el acceso a los historiales clínicos. A efectos del seguimiento del cumplimiento de dichos Convenios se instituyen dos órganos: una Comisión central y una subcomisión en cada provincia con representación, en sus respectivos ámbitos, del INSS, los servicios públicos de salud de la Comunidad autónoma en cuestión y de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

En la línea de estas medidas y en lo concerniente a la aplicación de duraciones estándares debemos mencionar la elaboración por parte del INSS de un Manual de estándares en la duración de la Incapacidad Temporal, entendiendo en el mismo por “estándares”, el tiempo medio óptimo que se requiere para la resolución de un proceso clínico que ha originado una incapacidad para el trabajo habitual, utilizando las técnicas de diagnóstico y tratamiento normalizadas y aceptadas por la comunidad médica y asumiendo el mínimo de demora en la asistencia sanitaria del trabajador²⁶.

El conjunto de actuaciones reseñadas ofrece, a nuestro juicio, un amplio abanico de medidas destinadas al control de esa posible injustificación material de la Incapacidad Temporal desde el momento en el que se arbitran medidas que facilitan el intercambio de datos e información entre las distintas entidades, así por ejemplo, la informatización de los códigos de diagnóstico permite al médico del servicio público de salud tener un seguimiento de los procesos de baja médica del paciente; de tal modo que puede actuar como propio informador a aquel del momento del proceso en el que se encuentra; se insta al cumplimiento de plazos y de objetivos en aras de conseguir los incentivos correspondientes.

A lo expuesto debe unirse que la asunción de competencias por parte del INSS una vez agotados los trescientos sesenta y cinco días iniciales, y que ha supuesto un incremento en la plantilla de médicos adscritos al INSS a fin de

²⁶ *Tiempo estándar de Incapacidad Temporal*, Secretaría de Estado de la Seguridad Social, INSS, M^o de Trabajo e inmigración, 2009.

poder cumplir con las funciones encomendadas, parecen ir augurando una más eficaz y eficiente gestión y control de la Incapacidad Temporal que sin duda revertirán en una reducción del absentismo injustificado.

Los datos señalan que en el ejercicio 2005, la duración media de los procesos con alta en el período respecto de los asumidos por el INSS derivados de contingencias comunes ascendía a 43,89 días; en el ejercicio 2008, a 45,73 días; en el ejercicio 2009, a 45,87 días. De conformidad con los datos agregados del Sistema (es decir incorporando datos del INSS, ISM y MATEPSS) en el ejercicio 2007, dicha duración media era de 37,58 días frente a 38,57 días en el acumulado al mes de marzo de 2010. Ahora bien, estos datos deben ser analizados en su conjunto y con cautela ya que aunque el tiempo medio de los procesos parezca se incrementa, ello globalmente no tiene porque suponer un efecto negativo sino más bien lo contrario. Debe tenerse en cuenta que los sucesivos controles de IT que se llevan a cabo pueden suponer la eliminación de procesos de corta duración (menos de diez días) en un elevado porcentaje; porcentaje que puede ser menor en los procesos de media duración (entre diez y treinta días) y ser casi nulo en procesos de larga duración (más de treinta días) porque se corrobore la realidad de dichos procesos de IT. Esto supone que si bien la duración media de los procesos puede ser más alta se haya conseguido reducir un importante número de procesos de IT.

Por lo que respecta al número medio mensual de procesos iniciados también se refleja un descenso. Así en el ejercicio 2005 (procesos de Incapacidad Temporal derivados de contingencias comunes gestionados por el INSS), 217,965 procesos; ejercicio 2008, un total de 200,510 procesos; que fueron 174,939 en el ejercicio 2009. Los datos agregados del sistema a partir de 2007, también reflejan dicho descenso al ser en el ejercicio 2007, de 483,011 y de 408.869 en el acumulado a mes de abril de 2010²⁷.

Pero junto a la actuación de seguimiento y control llevada a cabo por estas entidades, la simulación del sustento material de la Incapacidad Temporal encuentra también su tipificación en el TRLISOS como infracción administrativa en el orden social; siendo, por tanto, susceptible de ser sancionada a propuesta de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. Sujeto responsable será, en este caso, el beneficiario de la prestación. El presupuesto que sirve de base a dicha tipificación y que hace presuponer la simulación no es otro que la presunción de curación derivada de la realización de trabajos por cuenta ajena o propia por parte del beneficiario de la prestación de Incapacidad Temporal.

El artículo 25.1 TRLISOS tipifica como infracción grave efectuar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones, cuando exista incompatibilidad legal o reglamentariamente establecida. Infracción sanciona-

²⁷ Fuente: Estadísticas. INSS. www.seg-social.es

ble, de conformidad con lo previsto en el artículo 47.1 b) del mismo texto legal con la pérdida de la prestación durante un periodo de tres meses. Conducta infractora que debe de ponerse en conexión con lo previsto en el artículo 132 TRLGSS al indicar que el derecho a la prestación económica por Incapacidad Temporal podrá ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena. Debiendo matizar en estos casos dicha causa de denegación, anulación o extinción con lo previsto jurisprudencialmente en estos casos al permitir la compatibilidad entre prestación económica por Incapacidad Temporal y trabajo en el caso de pluriactividad y pluriempleo en el que las actividades realizadas fueran perfectamente compatibles con el estado de salud del incapacitado temporalmente para actividad de otra índole²⁸.

3.2. Medidas de intervención desde el ámbito empresarial

La actuación del empresario ante una Incapacidad Temporal justificada formal pero no materialmente se reduce, ante las limitaciones puestas de manifiesto del artículo 20.4 de nuestro ET, al ejercicio del poder disciplinario por parte del mismo.

La parquedad de la regulación que del ejercicio de este poder realiza el artículo 58 ET hace necesario acudir a la regulación convencional aplicable con el fin de atender a la tipificación de las faltas disciplinarias que describan conductas de esta índole, así como estar a las sanciones disciplinarias al respecto previstas; y ello sin perjuicio de lo que respecto del despido disciplinario señala el artículo 54 del mismo texto.

Entre las faltas disciplinarias tipificadas en los convenios podemos referirnos a la consideración como falta grave de la enfermedad o accidente simulado; o como muy grave, la simulación comprobada de enfermedad o la realización en situación de baja por enfermedad o accidente de trabajo de cualquier índole de un trabajo por cuenta ajena o propia o la prolongación indebida de la Incapacidad Temporal. Entre las sanciones previstas para las faltas graves, suspensión de empleo y sueldo de dos a diez días; inhabilitación por plazo no superior a un año para el ascenso a categoría superior; cambio de centro de trabajo; pérdida temporal de la categoría hasta un máximo de seis meses. Y para las faltas muy graves: suspensión de empleo y sueldo, variando el número de días en función de lo dispuesto en la regulación convencional; pérdida temporal de la categoría; inhabilitación temporal o definitivamente para ascender a otra categoría superior; inhabilitación temporal o definitiva para el manejo de la caja u otros medios de pago cuando haya sido sancionado por motivos pecu-

²⁸ Entre otras, STSJ Cantabria 283/2007, de 26 de marzo (AS 2007/2079); STSJ de Cataluña 6638/2004, de 1 de octubre (AS 2004/3353); SSTSJ de Asturias 364/2004, de 30 de enero (JUR 2004/471110) y 2235/2003, de 4 de julio.

niario; traslado forzoso a distinta localidad de aquella en que viniera prestando servicios, sin lugar a indemnización ni compensación alguna y el despido²⁹.

Asimismo el empresario, una vez probada la simulación de enfermedad, principalmente por la realización de actividades lúdicas o profesionales incompatibles con la patología determinante de la Incapacidad Temporal y siempre que las mismas revistan el carácter grave y culpable exigible en el artículo 54 ET, podrá extinguir la relación laboral en base al apartado d) del mismo: “transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo”. Habiendo sido reiteradamente admitido por los Tribunales la procedencia del despido siempre que hayan concurrido todos los requisitos indicados y apoyando en multitud de ocasiones la prueba de la simulación de la enfermedad en informes y pruebas de detectives privados³⁰.

Pero más allá de las medidas de carácter disciplinario, existen en nuestro marco jurídico determinadas materias que directa o indirectamente relacionadas con la Incapacidad Temporal pueden incidir en la reducción del absentismo injustificado. Nos estamos refiriendo a la relación entre vacaciones e Incapacidad Temporal y al reconocimiento negocial de mejoras voluntarias de la prestación económica derivada de Incapacidad Temporal y a medidas de índole premial, tales como los pluses relacionados con la asistencia al trabajo.

Por lo que concierne a la relación Incapacidad Temporal y vacaciones, señalar que el artículo 38 ET continúa guardando silencio sobre las dos cuestiones más controvertidas en la materia: en primer lugar, el cómputo o no del período en Incapacidad Temporal a efectos de generar derecho a vacaciones y en segundo lugar, los posibles efectos de la concurrencia de ambas situaciones en el tiempo. Dicha laguna legal se ha venido subsanando mediante la aplicación del artículo 5.4 del Convenio 132 OIT el cual no deja de plantear problemas interpretativos desde el mismo momento en el que remite a las condiciones que en cada país se determinen. Ello supone que la negociación colectiva se convierta en un instrumento regulador de las cuestiones suscitadas de modo que

²⁹ A modo de ejemplo señalar que convenios colectivos de reciente publicación siguen en la redacción de la materia lo que viene siendo habitual en este ámbito: CC de la Asociación Provinienta (BOE de 21 de junio de 2010), arts.39-41; II CC de Agfa Healthcare Spain, SAU (BOE 21 de junio de 2010), arts. 17 y 19; XIX CC de Iberia Líneas Aéreas de España S.A y su personal de tierra (BOE 19 de junio de 2010), art.260.3, 8 y 9; CC de pescados PCS S.L (BOE 2 de junio de 2010), art. 29.B 6); I CC de Iris Assistance S.L (BOE 2 de junio de 2010), art.55.B 3 C); III C.C de Nutricia S.R.L (BOE 2 de junio de 2010), art.57. 3 i) y 58; CC. Pansfood S.A, arts.51.6, 52.9 y 53.

³⁰ A modo de ejemplo, y siguiendo una línea jurisprudencial ya consagrada: STSJ Andalucía 965/2010, de 18 de marzo (JUR 2010/176035); SSTSJ Madrid 138/2010 de 12 febrero (JUR 2010/133970); 1084/2009 de 22 de diciembre (JUR 2010/60217); 1061/2009, de 15 de diciembre (JUR 2010/108392) y 786/2009 de 30 de noviembre (AS 2010/81) ; STSJ Islas Canarias 46/2010, de 28 de enero (JUR 2010/148804); STSJ de Cataluña 513/2010 de 26 de enero (JUR 2010/158885) y 8946/2009, de 4 de diciembre (JUR 2010/85995); STSJ Castilla y León (Burgos) 807/2009 de 22 de diciembre (AS 2010/846).

la forma en que dicha regulación se efectúe podrá suponer una herramienta de lucha contra el absentismo injustificado en mano de los empresarios y de los representantes de los trabajadores. Entre las soluciones introducidas por vía convencional se distinguen³¹: aquellos convenios colectivos que admiten un nuevo señalamiento de vacaciones en el caso en el que la Incapacidad Temporal sea tanto previa como sobrevenida; aquellos otros que niegan dicho efecto y aquellos que optando por una solución intermedia, reconocen la posibilidad de un nuevo señalamiento bien en el caso de Incapacidad previa o bien en el de Incapacidad Temporal sobrevenida; reconocimiento del derecho que a su vez puede tener un carácter general o bien venir limitado por la concurrencia de diversas circunstancias como hospitalización, el tipo de la contingencia o la duración del proceso³².

La otra materia referida es la concerniente al reconocimiento de mejoras voluntarias de la prestación de Incapacidad Temporal. Este reconocimiento ya supone *per se* un efecto contrario al buscado; ahora bien, una vez reconocida como mejora de acción social en convenio colectivo estimamos que la redacción que de las mismas se refleje es crucial a la hora de reducir el absentismo injustificado al ser utilizada más en la índole de la potestad premial que la sancionadora del empresario. Por ejemplo, el reconocimiento de dicha mejora en todo proceso de Incapacidad Temporal iniciado por un trabajador no tendrá la finalidad reductora que se busca, finalidad que creemos sí se consigue en aquellos casos en los que la mejora voluntaria se reconoce durante un período determinado de la Incapacidad Temporal o durante un número limitado de procesos de Incapacidad Temporal al año. Por ello, la redacción que de estas medidas se efectúe en los Convenios colectivos debe ir más allá de un mero mimetismo en la sucesión negocial de aquellos, debiendo las partes implicadas relacionar la redacción que de las mejoras voluntarias se efectúe con el

³¹ Goerlich Peset, J.M^º (Coord), *El tiempo de trabajo en la Negociación colectiva*, Comisión Consultiva nacional de Convenios Colectivos, Informe y estudios, Relaciones Laborales, M^º de Trabajo e Inmigración, 2008, pp.338-339.

³² Así se continúa reflejando en Convenios Colectivos publicados durante el año 2010. A modo de ejemplo: III C.C. Nexans Iberia S.L (BOE 24 de junio), cláusula 7^ª.2: “La Incapacidad Temporal sobrevenida una vez iniciadas las vacaciones no interrumpirá el cómputo de las mismas, salvo caso de hospitalización. En todo caso el período oficial de disfrute finalizará a 31 de diciembre de cada año”; XIV CC de Petróleos del Norte S.A (PETRONOR) (BOE 10 de mayo), artículo 41: “Las vacaciones quedarán interrumpidas en los supuestos de enfermedad, accidente, maternidad y paternidad en los períodos establecidos legalmente como de baja, dando traslado a la empresa, en período hábil, del oportuno parte de baja y los sucesivos informes sobre la misma. Finalizado el período de baja, el trabajador podrá solicitar el disfrute de sus vacaciones pendientes dentro del año natural de su devengo. Si la empresa no accediera a su petición, no le fijara otro período alternativo o, por la duración del período de baja, no fuera posible su disfrute dentro del año natural, tendrá derecho a disfrutar dicho período de vacaciones pendientes en el año siguiente al de su devengo”.

efecto que sobre el trabajador y los procesos de Incapacidad Temporal pueden tener las mismas³³.

Es claro que cualquiera de las medidas reflejadas supondrán un acicate bien económico o de carácter personal para el trabajador a la hora de renunciar a iniciar una situación de Incapacidad Temporal injustificada materialmente o simulada. Por tanto debe de ser este un ámbito añadido de actuación de los interlocutores sociales a los ya indicados con el fin de reducir y frenar el absentismo injustificado, y así parece reflejarse en la reciente redacción de algunos preceptos convencionales³⁴.

La tercera materia referida como coadyuvante a la reducción del absentismo es la inclusión en los Convenios colectivos de pluses que gratifican la asistencia al trabajo y que por tanto supondrán un incentivo añadido para frenar

³³ Así estimamos no responde a la finalidad señalada: XIX CC de Iberia Líneas Aéreas de España S.A y su personal de tierra (BOE 19 de junio de 2010), artículo 175:” En caso de incapacidad temporal derivada de enfermedad común y accidente no laboral, la Empresa complementará las prestaciones de la Seguridad Social hasta los siguientes límites: a) En las bajas de duración inferior o igual a tres días, la Empresa garantizará al trabajador el 100% del salario fijo, entendiéndose como tal, el Sueldo Base, Complemento Transitorio, Prima de Productividad y Antigüedad. b) En las bajas de duración superior a tres días, los tres primeros días tendrán el tratamiento del apartado anterior y a partir del cuarto día la Empresa garantizará al trabajador la totalidad de sus ingresos normales. En las bajas de Incapacidad Temporal derivadas de accidente de trabajo, enfermedad profesional y maternidad la Empresa garantizará al trabajador desde el primer día la totalidad de sus ingresos normales; o CC Asociación Provinienta (BOE 21 de junio de 2010), artículo 31: “Como complemento a las prestaciones establecidas en la Ley de Seguridad Social, se tendrán en cuenta las siguientes mejoras:1. En las enfermedades sin baja con aviso al empresario, el trabajador percibirá el 100 por 100 de su salario”.

³⁴ A modo de ejemplo: III C.C Nutricia S.R.L (BOE 2 de junio 2010) artículo 39: “En los supuestos de Incapacidad Temporal derivadas de enfermedad común y de accidente de trabajo «in itinere» la empresa complementará la prestación de la Seguridad Social hasta el 100% del salario fijo durante las dos primeras bajas producidas en periodos de 12 meses. A partir de la tercera baja no se realizará por parte de la Empresa complemento alguno. En los supuestos de accidente de trabajo, salvo en los producidos «in itinere» que se regulan en el párrafo anterior y los que se produzcan por incumplimiento grave por parte del trabajador de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, la empresa complementará la prestación de la Seguridad Social hasta el 100% del salario fijo; II C.C de Axion-Red de Banda Ancha de Andalucía (BOE 24 de mayo de 2010), artículo 31: “1. Se complementará la cantidad que abona la Seguridad Social en los porcentajes y supuestos establecidos en la tabla siguiente del salario ocupación y complemento personal:

N.º de bajas	Duración (en días) de la baja		
	≤30	>31	>180
1.ª	100%	95%	90%
2.ª	95%	90%	85%
3.ª o más	Sin complemento		

los procesos simulados de IT. Por ejemplo, plus de asistencia al trabajo³⁵; complemento personal por asistencia³⁶; gratificaciones por asiduidad al trabajo³⁷.

No obstante la existencia de estas medidas de índole específica, debe señalarse que el Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012³⁸, no contempla entre sus objetivos primordiales la lucha contra el absentismo; si bien, en la enunciación que de “otras materias” se realiza en la Disposición adicional única de dicho Acuerdo sí se menciona la conveniencia de iniciar un proceso de negociación sobre Absentismo; Incapacidad Temporal y Mutuas.

En esta línea, los Convenios Colectivos han comenzado a reflejar medidas específicas en relación al absentismo. Así se refleja la toma de conciencia de los representantes de trabajadores y empresarios del serio problema que supone el absentismo y el perjuicio que ocasiona para trabajador y empresario; comprometiéndose los representantes de los trabajadores a hacer campaña de concienciación al trabajador sobre el problema. Previéndose la creación de comisiones paritarias para el análisis de las estadísticas del índice de absentismo³⁹; o bien, la adopción de medidas específicas de índole económica como el reparto del 50% de la reducción porcentual de las horas de absentismo proporcionalmente a los trabajadores en función del tiempo real de permanencia en su trabajo⁴⁰.

³⁵ XIX CC de Iberia Líneas Aéreas de España S.A y su personal de tierra (BOE 19 de junio de 2010), Disposición Transitoria décima: “Se establece un plus de asistencia al trabajo de 56,61 € mensuales. Dicho plus se percibirá siempre que durante el mes no se hayan producido faltas de asistencia al trabajo cualquiera que sea la naturaleza y número de días de la misma. No se considerarán faltas de asistencia, a estos efectos, las situaciones de IT por accidente laboral”.

³⁶ XIV CC de Petróleos del Norte S.A. (PETRONOR) (BOE 10 de mayo 2010): “El personal devengará un complemento salarial de 66,91 € para 2009 por cada mes natural, siempre que acredite haber trabajado todos los días de ese período. Por cada día, completo o parcial, de ausencia al trabajo dentro del período de referencia, cualquiera que sea el motivo de la misma, se descontará de este complemento a razón de 20% el primer día, 15% por cada día segundo, tercero y cuarto, 10% por cada día quinto, sexto y séptimo y 5% por el octavo día. El anterior sistema de descuentos se mantendrá en vigor durante 2009 y 2010 en el supuesto de que el absentismo por enfermedad no supere el índice de 3,5 durante 2008 y 2009 respectivamente. A estos efectos se computará el absentismo motivado por consulta médica, enfermedad sin baja y la enfermedad con baja hasta un tiempo máximo de tres meses. En caso de ser superado en alguno de los años señalados, cualquier ausencia al trabajo que se compute como absentismo ocurrida durante el año siguiente, provocará la pérdida total del complemento.

³⁷ XXIII C.C Repsol Butano (BOE 14 de mayo 2010): Artículo 18: “Con objeto de premiar la asiduidad en el trabajo, se mantiene esta gratificación, cuya cuantía se fija durante el año 2009 en 1,92 euros íntegros diarios para todos aquellos trabajadores que asistan puntualmente al trabajo. Por consiguiente, no se percibirá en ningún caso en que no se cumplan estas condiciones, a excepción de cuando la falta de asistencia sea producida por accidente laboral o enfermedad profesional. Por tanto, no se devengará esta gratificación en los días no laborables ni en los correspondientes a las vacaciones anuales u otras licencias o permisos. Perderán, además, el derecho a la percepción de dicha gratificación aquellos trabajadores que hayan tenido durante el mismo mes tres faltas de asistencia alternas o cinco faltas de puntualidad”.

³⁸ Acuerdo suscrito por CEOE, CEPYME, CCOO y UGT. Madrid, 9 de febrero de 2010.

³⁹ XV CC Ford España S.L (BOE 10 de mayo 2010), artículo 51.

⁴⁰ CC. TROX España (BOE 22 de mayo 2010), artículo 33.4.

4. INCAPACIDAD TEMPORAL: JUSTIFICACIÓN MATERIAL E INJUSTIFICACIÓN FORMAL TOTAL O PARCIAL

4.1. Medidas de intervención desde las entidades públicas y colaboradoras implicadas

El cumplimiento de los trámites formales, como requisito *sine quonam*, para el reconocimiento de la situación de Incapacidad Temporal, de conformidad con lo previsto en el RD. 575/1997, de 18 de abril y en la Orden de 19 de junio de 1997 que lo desarrolla, supone que el incumplimiento de algunos de dichos trámites pueda llevar aparejadas determinadas consecuencias en el ámbito de la relación laboral y en el de la protección social.

Si en este supuesto, partimos de una real situación de incapacidad para asumir el desempeño de la actividad profesional como consecuencia de una alteración en la salud, podríamos pensar que poco o nada tiene que ver con el tema de análisis, la reducción del absentismo injustificado. Sin embargo aquí realmente la injustificación afecta al aspecto formal del proceso y los efectos que de ello se pueden derivar fundamentalmente en el ámbito de la relación laboral y de la protección social, deben compeler al cumplimiento de aquellos.

En el ámbito de la protección social, hemos de tener en cuenta que la continuidad de la situación de Incapacidad Temporal requiere la cumplimentación, en los términos reglamentarios establecidos, de los partes médicos de baja y de confirmación, con los reconocimientos médicos al respecto previstos en cada caso, tal y como se ha señalado en el apartado anterior. El incumplimiento de dichas obligaciones puede considerarse infracción administrativa en el orden social de conformidad con lo establecido en los artículos 24, 25 y 26 TRLISOS.

El artículo 24.2 TRLISOS tipifica como infracción leve el no comparecer previo requerimiento, ante la entidad gestora de las prestaciones en la forma y fecha que se determinen, salvo causa justificada; siendo sancionable dicha falta, de conformidad con lo previsto en el artículo 47 de dicha Ley, con la pérdida de la prestación durante un mes. El artículo 25.2 TRLISOS tipifica como infracción grave no comparecer, salvo causa justificada, a los reconocimientos médicos ordenados por las entidades gestoras o colaboradoras, en los supuestos establecidos, así como no presentar ante las mismas los antecedentes, justificantes o datos que no obren en la entidad, cuando a ello sean requeridos y afecten al derecho a la continuidad en la percepción en la prestación; siendo sancionable, de conformidad con lo previsto en el artículo 47 1 b) con la extinción de la prestación.

No obstante lo señalado, en el supuesto de que la transgresión de las obligaciones afectara al cumplimiento y conservación de los requisitos que dan derecho a la prestación (dentro de los cuales estimamos se ubican estos trámites procedimentales), la entidad gestora podrá suspender cautelarmente la misma hasta que la resolución administrativa sea definitiva (art.47.1 d) TRLISOS).

Por tanto, se tendrá que estar a las circunstancias que determinen la no concurrencia del trabajador incapacitado ante la entidad competente para la confirmación de su situación y a la interrupción de los trámites procedimentales que llegara a producirse, si no existiera causa justificada, a la hora de arbitrar las medidas sancionatorias indicadas.

Con lo anterior quiere ponerse de relieve que sin bien en el ámbito de la relación laboral, los efectos de esta injustificación formal van por otros derroteros, en el ámbito de la protección social y por tanto la pauta que marca el actuar de entidades públicas y colaboradoras es el del ámbito sancionador. Estimamos que es este carácter el suficiente para obligar al cumplimiento de los mismos ya que lo contrario lleva aparejada una importante consecuencia al afectar a una de las consecuencias más importantes para el incapacitado cual es a la vigencia de la prestación de la que es beneficiario, salvándose así a nuestro parecer, el posible incumplimiento de estos trámites y por tanto siendo obvio su carácter coadyuvante al cumplimiento de la justificación formal.

4.2. Medidas de intervención desde el ámbito empresarial

Las posibilidades de actuación del empresario para reducir el absentismo injustificado desde un punto de vista formal y así alejar la sospecha de una posible simulación de enfermedad cuando está concurre efectivamente en el trabajador imposibilitándole para prestar sus servicios, se ciñe de nuevo básicamente en este ámbito al ejercicio del poder disciplinario. Para ello, tendremos que estar a lo establecido en convenio colectivo a la hora de tipificar las faltas disciplinarias y la sanción a imponer, sin perjuicio del despido disciplinario en base a lo establecido en el artículo 54.1 a): “faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo”, cuando las mismas revistan el requisito de gravedad y culpabilidad exigido en el mismo.

Las previsiones de la negociación colectiva así como los pronunciamientos de los Tribunales permiten deducir que son dos principalmente las cuestiones litigiosas planteadas en supuestos de injustificación formal y justificación material de la Incapacidad Temporal: la presentación extemporánea o no presentación de los correspondientes partes médicos de baja y la no reincorporación del trabajador tras la expedición del alta médica al estimarse imposibilitado para su prestación de servicios.

Por lo que concierne a lo primero, los convenios continúan en la línea de tipificar como infracción leve dicho incumplimiento. Así, no cursar en tiempo oportuno la baja correspondiente cuando se falte al trabajo por motivo justificado de enfermedad o accidente, a menos que se pruebe la imposibilidad de hacerlo; la omisión del trabajador de hacer llegar aviso a la oficina de personal el día de su primera falta al trabajo por cualquier procedimiento, salvo imposibilidad de efectuarla por sí, o a través de otra persona o no aportar tanto el parte de baja como el de alta medica

en el plazo de tres días hábiles contando el día del hecho causante, salvo causas de fuerza mayor⁴¹. Respecto del segundo, es reiterada la tipificación de las ausencias injustificadas, sin causa justificada como falta leve, grave o muy grave atendiendo al número de las mismas en un período de referencia⁴².

Por su parte la jurisprudencia es clara a la hora de declarar la procedencia del despido fundamentado en el artículo 54.2 a) en aquellos casos en los que, producida el alta médica, el trabajador no se reincorpora a su puesto de trabajo en el plazo establecido⁴³, o bien se produce la inasistencia al trabajo un número de días previsto en el convenio colectivo sancionable con despido y no producirse justificación formal alguna (parte médico de baja) de la enfermedad alegada⁴⁴. Sin embargo se declara la improcedencia en aquellos casos en los que quede prueba manifiesta de la voluntad del trabajador de continuar su relación laboral y se aporte prueba fehaciente de que continúa la imposibilidad real de incorporarse como consecuencia de la continuidad de la enfermedad⁴⁵; o cuando, aun presentándose el parte médico de baja con fecha posterior al primer día de inasistencia, los hechos permiten deducir que el parte debió expedirse el mismo día de consulta médica y no posponerse⁴⁶; o bien que hay prueba que acredita la voluntad del trabajador de reincorporarse en fecha (billete electrónico emitido con fecha para permitir la reincorporación, sin que pudiera realizarse el viaje por motivo de la dolencia acreditada)⁴⁷.

⁴¹ II CC de Agfa Healthcare Spain, SAU (BOE 21 de junio de 2010), art.16.3; XIX CC de Iberia Líneas Aéreas de España S.A y su personal de tierra (BOE 19 de junio de 2010), art.258.8; CC de pescados PCS S.L (BOE 2 de junio de 2010), art.29.7.

⁴² Leves: CC de la Asociación Provinienta (BOE de 21 de junio de 2010), art. 38.2; CC de pescados PCS S.L (BOE 2 de junio de 2010), art.29.4. Graves: CC de la Asociación Provinienta (BOE de 21 de junio de 2010), art.39.2; II CC de Agfa Healthcare Spain, SAU (BOE 21 de junio de 2010), art.17.2; XIX CC de Iberia Líneas Aéreas de España S.A y su personal de tierra (BOE 19 de junio de 2010), art.259.5; CC de pescados PCS S.L (BOE 2 de junio de 2010), art.29 B 2. Muy graves: CC de la Asociación Provinienta (BOE de 21 de junio de 2010), art.40.2; II CC de Agfa Healthcare Spain, SAU (BOE 21 de junio de 2010), art.18.1; XIX CC de Iberia Líneas Aéreas de España S.A y su personal de tierra (BOE 19 de junio de 2010), art.260.1; CC de pescados PCS S.L (BOE 2 de junio de 2010), art.29 c 3).

⁴³ Entre otras, declaran la procedencia del despido, STSJ de Aragón 130/2010, de 4 de febrero (JUR 2010/184990); STSJ Madrid 673/2009, de 26 de octubre (JUR 2010/109208); STSJ C. Valenciana 2098/2009, de 23 de junio (JUR 2009/376794); STSJ de Cataluña 3426/2009, de 28 de abril (JUR 2009/393274); STSJ Castilla-La Mancha 78/2009, de 21 de enero (JUR 2009/179434); SSTSJ de Extremadura 643/2008, de 4 de diciembre (JUR 2009/103102) y 524/2008, de 18 de noviembre (AS 2009/436); STSJ Andalucía 3335/2008, de 3 de diciembre (AS 2009/788); STSJ Islas Canarias, Las Palmas, 1693/2008, de 28 de noviembre (JUR 2009/117463).

⁴⁴ SSTSJ de Cataluña 5587/2009, de 13 de julio (JUR 2009/431050) y 5314/2009, de 6 de julio (AS 2009/2613).

⁴⁵ STSJ de Navarra 346/2009, de 30 de diciembre (JUR 2010/127733); STSJ Madrid 373/2009, de 23 de junio (JUR 2009/272013); STSJ de Galicia 4258/2009, de 25 de septiembre (AS 2010/63).

⁴⁶ STSJ Asturias 220/2010, de 22 de enero (JUR 2010/113823).

⁴⁷ STSJ C. Valenciana 2911/2009, de 7 de octubre (JUR 2010/10756).

5. REFLEXIÓN FINAL

La problemática de la falta de asistencia al trabajo como consecuencia de dolencias físicas o psíquicas que temporalmente limitan la capacidad del trabajador para el desempeño de su actividad profesional, real o ficticia, no es una cuestión nueva. Analizada desde todas las perspectivas y más que nada bajo la sospecha del fraude, ha sido y continúa siendo debatida entorno a los mismos parámetros: control y seguimiento procedimental por parte de las entidades gestoras y colaboradoras e intervención del poder disciplinario del lado del empresario. Sin embargo ello con ser adecuado no deja de ser insuficiente y así lo ha puesto de manifiesto la realidad que acontece entorno a la IT.

La adecuación de estas medidas procedimentales y disciplinarias ya ha sido puesta en evidencia al haber las mismas contribuido a una mejora en el seguimiento y control de la situación y por tanto a conseguir desde dicho ámbito una reducción del absentismo.

Dichas medidas resultarán adecuadas y eficaces siempre que sea correcta y eficiente su aplicabilidad, pero ser adecuadas no significa que sean suficientes. De ahí que haya nuevas medidas que crear y aplicar. Medidas que la nueva realidad empresarial, organizacional y laboral está reclamando.

En este orden de medidas se encajan nuevas figuras de Incapacidad temporal, la IT parcial y funcional que permitan reducir un absentismo justificado pasando de ser absoluto a relativo. Todo ello sin olvidar que en el seno de la relación laboral y concretamente en la ausencia al trabajo, el principal protagonista es el trabajador y él debe ser el destinatario principal de medidas que coadyuven a reducir las causas y los motivos que originen dicha ausencia. Papel creemos están llamadas a jugar todas las medidas que se destinan a mejorar la relación trabajo-trabajador buscando conseguir su bienestar en el mismo y conseguir la llamada “calidad de vida laboral”.

Similar finalidad que creemos reconocer a aquellas medidas que se encuadran en la otra cara de la potestad sancionadora del empresario cual es la potestad premial materializada no en castigar al simulador sino en premiar al cumplidor y que como tal pueda jugar un papel reflejo en aquellos. Medidas estas sobre las que parece estar apostando la negociación colectiva más reciente.

En la mejora de las medidas ya existentes y sobre todo, en la adopción de las nuevas, depositamos nuestra esperanza en aras de conseguir una cada vez más eficaz reducción del absentismo en la organización empresarial. Solo su implantación y el paso del tiempo nos dará o quitará la razón.

LA POLÍTICA DE EMPLEO EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO AUTÓNOMO: SOLUCIONES A LA “CRISIS” MÁS ALLÁ DEL EMPLEO ASALARIADO

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

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

EXTRACTO

Palabras Clave: Trabajo Autónomo, Fomento

Los marcos de regulación internacional, como el de la OIT y la UE, y los nacionales, en especial el español, están haciendo una intensa apuesta por el autoempleo individual como sistema de trabajo estable alternativo, aún sin desplazar su dominio, al sistema de trabajo por cuenta ajena. De ahí, que se haya adoptado un enfoque basado en el reconocimiento y garantía de derechos, a fin de conformar un estatuto profesional del autónomo atractivo para las personas que quieren aventurarse, ya desde su situación de empleado ya de desempleado, en la realización de una actividad económico-profesional por “su cuenta y riesgo”. En este sentido, las políticas de promoción del mismo tienden a asumir una parte de estos costes, socializándolos, con el objetivo de facilitar tanto su creación como su continuidad.

De ahí, que se haya producido en estos dos años una profunda mutación, más normativa que socio-económica incluso, de esta realidad, que exige un análisis detenido. Recientes iniciativas legislativas, tanto de desarrollo del Estatuto del Trabajo Autónomo, como de afrontamiento de la crisis económico-financiera actual, que afecta significativamente también a los autónomos, ponen el centro de interés del jurista del trabajo en este ámbito de política sociolaboral, como la Ley 32/2010, de 5 de agosto, que marca todo un hito normativo-institucional crear un sistema específico de protección por “desempleo autónomo” o por cese de actividad. El principio jurídico de equiparación entre ambos sistemas de empleo, asalariado y autónomo, encuentra aquí una especial reafirmación.

ABSTRACT

Key Words: Autonomous Work, Promotion

The international framework regulation, such as the ILO or EU and even national laws, especially in Spain, are promoting individual self-employment or autonomous work as the best alternative labor option; and yet without leaving aside the well-established and usual employment by a third party. Thus, laws have been focused on the recognition and guarantee of fundamental rights, with the aim of having an Autonomous Worker Professional Statute to be as much attractive as possible to those workers who want to give it a try, either if they are currently employed or are unemployed, to start to work on a professional-economic activity being self employed and at their own risk. In this sense, promotional policies assume part of the costs, socializing it at the same time, with the objective of granting continuity to it.

Therefore, in the past two years, there has been a profound transformation mainly in the regulation and laws than in the socio-economic field, and such changes need a keen analysis. Recent legislative initiatives, in the development of the Autonomous Worker Statute, and the current economic crisis, that affects undoubtedly autonomous workers. As the law of 32/2010 of August 5th, which set a milestone in the institutional-legislative framework to create an specific system of “unemployment benefit to the autonomous worker” or for activity cease. Therefore, both type of employments, salaried work and autonomous work have here the same statement.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO A FAVOR DEL TRABAJO AUTÓNOMO: MEDIDAS ESTRUCTURALES Y COYUNTURALES
 - 2.1. El marco estructural regulador de las políticas de fomento del trabajo autónomo: las medidas de incentivo económico como garantía principal
 - 2.2. El marco coyuntural: las medidas de fomento del trabajo autónomo ante la crisis de empleo actual
 - 2.2.1. Un mapa general para orientarnos en el disperso “programa de fomento del trabajo autónomo”
 - 2.2.2. Las medidas de fomento del trabajo autónomo en desarrollo del ETAU
 - 2.2.3. La “política de rescate”: medidas específicas de fomento del trabajo autónomo en el marco de la crisis actual
3. “POLÍTICAS PASIVAS” DE EMPLEO A FAVOR DEL TRABAJO AUTÓNOMO: LA NUEVA PROTECCIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD
4. OTRAS MEDIDAS DE PROMOCIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO QUE IMPLICAN AL SECTOR PRIVADO
5. REFLEXIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

La puesta en valor del “trabajo autónomo”, a través del reconocimiento legislativo de un amplio “estatuto de derechos” y un heterogéneo “sistema de garantías” para su efectividad, no cuenta con una dilatada historia jurídico-política e institucional¹. Al contrario, presenta en nuestro país escasos y dispersos precedentes, salvo si acaso por lo que respecta a la protección social. De ahí, que suela presentarse como principal hito de del “salto cualitativo” en el reconocimiento, protección y promoción de esta alternativa al “trabajo asalariado” el momento de la aprobación del *Estatuto del Trabajo Autónomo* –ETAU, en adelante-. Sin entrar ahora en su valoración como norma jurídica, para unos meramente simbólica o programática, y para otros un pilar esencial de todo un sistema de derechos y garantías para millones de trabajadores autónomos, lo cierto es que a partir de aquel Estatuto estos colectivos de trabajadores cuentan con un espacio específico de Diálogo Social, “a imagen y semejanza” del que, mucho más consolidado y extenso claro, tienen los trabajadores asalariados, para reivindicar políticas públicas de protección y promoción de esta actividad, alcanzando Acuerdos – Acuerdo de la Mesa del Trabajo Autónomo de 5 de mayo de 2009, entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y UPTA, ATA y CEAT- con los poderes públicos a tal fin.

La renovada imagen, mucho más positiva que en el pasado –identificada de forma común con una vía de huida del Derecho Social del Trabajo a través

¹ Su origen puede situarse ya en la Ley Básica de Empleo de 1980, pero el primer programa de fomento del empleo autónomo como tal no aparecerá hasta 1986, habiéndose mantenido prácticamente inmodificado hasta 2007.

de la creación de las más diversas y fantasiosas formas de "falsos autónomos"-, de este sistema de trabajo por su contribución a la creación de riqueza y de empleo lo haría objeto de múltiples y crecientes intervenciones normativas e institucionales. Intervenciones que tienen cabida tanto en el marco de las normas y políticas estructurales, las que persiguen crear un nuevo sistema regulador de una realidad socio-económica y cultural de nuevo cuño, el "autoempleo", que cuenta con diversas modalidades de expresión, cuanto en el marco de las normas y políticas coyunturales, esto es, las que se vinculan al intento de salida de la feroz crisis económica y de empleo que nos afecta desde 2008. Por ello, también estos sectores de ocupación se han visto afectados por una suerte de "Plan de Rescate"², ante la fuerza con que les está golpeando también dicha crisis económica, que los haría acreedores, "*al igual que en el caso de los trabajadores asalariados, de medidas urgentes de impacto que en el ámbito de las competencias de empleo se puedan articular al respecto*" (EM RD 1300/2009, 31 de julio, de medidas urgentes de empleo destinadas a los trabajadores autónomos y a las cooperativas y sociedades laborales).

En suma, tanto desde una perspectiva institucional o estructural como desde una lógica más coyuntural reaflore, y con fuerza, esta suerte de nuevo principio jurídico de equiparación entre el "trabajo asalariado" y el "trabajo autónomo". Éste se configura, por "derecho propio", como un ámbito específico y en ascenso imparable de acción para la "política de empleo", dándose efectividad a lo previsto, desde un plano de regulación estructural general, en el artículo 25 LE, y, desde un plano estructural específico, en el artículo 27 ETAU. El primero incluye dentro de las "políticas activas de empleo" la relativa al fomento del "*autoempleo*, la economía social y el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas". El segundo, impone a los poderes públicos adoptar "políticas de fomento del *trabajo autónomo*", esto es, iniciativas económico-profesionales por cuenta propia.

En suma, cada vez son más los programas dirigidos a fomentar el "autoempleo" como "forma creadora de riqueza" y como "vía alternativa de acceso al mercado de trabajo" que, por lo tanto, no se conforma ya sólo sobre la base de los sistemas de *relaciones de empleo por cuenta ajena* sino también por una gama creciente de sistemas de *relaciones de empleo por cuenta propia*. De ahí que haya tenido recientemente su "momento de gloria" en la presidencia española de la UE, pues los pasados 15 y 16 de abril de 2010 tuvo lugar en Sevilla la Conferencia Europea de la Presidencia Española sobre "trabajo autónomo, emprendimiento y calidad en el empleo". Consecuentemente, no parece que haya norma legal, o iniciativa legislativa, en materia económica que no contenga referencia al trabajo autónomo, en sentido "propio" –personal

² Moción aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 17 de mayo de 2009.

e individual- o en sentido amplio –trabajo bajo diferentes modalidades cooperativas o asociativas-

Pero más allá de esta constatación de hecho –su protagonismo renovado-, así como axiológica – su trascendencia social- todo se vuelve confuso, a comenzar por la misma delimitación de lo que hayamos de entender por “trabajo autónomo” a estos efectos, es decir, a los fines de la política de empleo. Como complejo es delimitar, de otro lado, qué medidas son parte realmente de la “política de empleo autónomo” y cuáles otras se integran más bien en las difusas “políticas de crecimiento económico”, conceptos conexos sin duda, pues aquella forma parte de ésta –artículo 1 LE en relación artículo 40 CE y Estrategia Comunitaria por el Empleo (hoy agotada y en trance de sustitución por la iniciativa Europa 2020)-, pero no se puede confundir con ella. Qué duda cabe que ambas cuestiones son centrales para poder delimitar con precisión, con seguridad, el marco regulador de lo que podría calificarse como “*Derecho Social del Autoempleo*”, como lo son para delimitar el denominado “*Derecho Social del Trabajo Autónomo*”, a distinguir del “*Derecho de la Economía Social*”. Cuestiones especialmente relevantes en un momento en el que, regulado con vocación –en parte quebrada- de unidad el Trabajo Autónomo, se pretende también un marco jurídico unitario para la llamada “Economía Social”, que representa el 3 por 100 del PIB y que se sitúa en torno a 1.350.000 empleos³.

Por supuesto no pretendemos ni tan siquiera abordar sucintamente esta fascinante labor para el jurista del trabajo en los próximos años, pues va más allá del limitado fin de este estudio, centrado en la política de fomento del trabajo autónomo. Y ello a pesar de que son las propias normas reguladoras de esta política sociolaboral la que propicia esta conexión, en la medida en que utiliza indistintamente diversos conceptos jurídicos y que presuponen técnicas y garantías de empleo de naturaleza muy diferente. En este sentido, ya hemos visto cómo la LE habla genéricamente de “autoempleo”, en principio como concepto distinto al de “economía social”, y no alude al “trabajo autónomo” como sí lo hace, obviamente, el ETAU, y cómo, por citar una norma reciente, se adoptan medidas conjuntas de política de empleo tanto para el “trabajo autónomo” cuanto para la “economía social”, según hace el referido RD 1300/2009, de 31 de julio, de “medidas urgentes de empleo destinadas a los

³ Según los datos de afiliaciones a la Seguridad Social, a 31 de marzo de 2010 había 376.569 personas dadas de alta en las 38.505 empresas de Economía Social. De ellas, 288.643 trabajan en las 23.129 cooperativas, 26.459 en las 1.945 sociedades anónimas laborales, y 61.467 trabajan en las 13.431 sociedades limitadas laborales. Por sectores, los servicios son los que mayor volumen de empleo tienen, con 228.786 trabajadores, seguido de la industria (83.784 empleos), la agricultura (34.517 empleos) y la construcción (29.482 empleos). Razones todas ellas que llevarían a la presentación y tramitación del Proyecto de Ley de la Economía Social, que no desplazarán las leyes especiales y específicas vigentes, sino que, al igual que el Estatuto del Trabajo Autónomo, busca dar más visibilidad a esta realidad.

trabajadores autónomos y a las cooperativas y sociedades laborales”.

Sin embargo, aquí nos centraremos, como decía, en el ámbito socio-económico y jurídico estricto que representa el “trabajo autónomo”, entendiendo por tal las formas de empleo por cuenta propia que entran dentro del campo aplicativo de la LETAU, y en las medidas más netamente sociolaborales de fomento del autoempleo individual. A estos efectos, conviene tener presente que en la actualidad resulta especialmente relevante la distinción clásica entre “políticas activas” y “políticas pasivas” de empleo también para estos colectivos o para este tipo de “relaciones de empleo” alternativas al asalariado. La reciente aprobación de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos –que también abarca a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado y a los autónomos que ejercen su actividad profesional conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica válida- abre la vía no ya sólo a la tutela contributiva frente a la inactividad sobrevenida de estos trabajadores por razones económicas sino también a la protección no contributiva, en términos análogos la cobertura que a tales fines tienen los trabajadores por cuenta ajena. En ambos casos, se vincula cada vez más la garantía de renta por pérdida de ocupación actual –sea por cuenta ajena sea por cuenta propia- a las políticas de activación de búsqueda de empleo, con lo que el principio de equiparación entre ambos sistemas de empleo tiene nuevos e intensos referentes normativos⁴.

2. LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO A FAVOR DEL TRABAJO AUTÓNOMO: MEDIDAS ESTRUCTURALES Y COYUNTURALES

2.1. El marco estructural regulador de las políticas de fomento del trabajo autónomo: las medidas de incentivo económico como garantía principal

Según el artículo 23 LE por políticas activas de empleo por cuenta propia podríamos entender “el conjunto de programas y medidas de orientación, empleo y formación que tienen por objeto mejorar las posibilidades de acceso al empleo de los desempleados en el mercado de trabajo por cuenta propia, y la adaptación de la formación y recalificación para el empleo de los trabajadores, así como aquellas otras destinadas a fomentar el espíritu empresarial y la economía social”. En coherencia con este amplio concepto, el artículo 27.2 LETAU contiene un extenso y heterogéneo catálogo de esas medidas a diseñar

⁴ De gran actualidad y trascendencia es también, a estos efectos, la Directiva 2010/41/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, 7 julio, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE, del Consejo.

e implementar por los poderes públicos, estatal, autonómico y local, en sus ámbitos de competencia correspondientes –que son mayores que los que permite el más estricto título relativo a la “legislación laboral”, según entiende una ya algo obsoleta doctrina constitucional, por cuanto el “autoempleo” trae en causa otros títulos ligados al fomento de la actividad económica y profesional-. En general estas medidas podrían agruparse en cuatro grupos:

- Técnicas de incentivo económico –subvenciones, beneficios fiscales, garantía de rentas periódicas, beneficios de Seguridad Social...-
- Técnicas contractuales, relacionadas con los diferentes estatutos profesionales que puede asumir el trabajo autónomo
- Técnicas institucionales, incluidas las relativas a la creación de estructuras y prestaciones de servicios –remover obstáculos que impidan o dificulten la creación de actividad autónoma, asesoramiento, formación y readaptación profesional, acceso a la tecnología, fomento de la cultura empresarial...-

Todo ello, por supuesto, al igual que la política de fomento del empleo asalariado, en el marco de una política de fomento del trabajo autónomo orientado a dar efectividad a la igualdad de oportunidades, sea entre los territorios que integran el Estado español ya sea entre los diferentes colectivos, en especial entre mujeres y hombres. Pero esta dimensión diferenciada no atenderá sólo a la variable de sexo-género, sino que también ha de prestar atención a los colectivos de personas desfavorecidas o no suficientemente representadas, entre los cuales las personas con discapacidad ocupan un lugar preferente –artículo 27.2 LETAU-. Pues bien, a día de hoy, y en el marco estatal, la norma que más sistemática u ordenadamente recoge estas medidas es, al margen del referente genérico que representa, como es obvio el citado Estatuto del Trabajo Autónomo, la *Orden TAS 1622/2007*, de 5 de junio, por la que se regula la concesión de subvenciones al programa de promoción del empleo autónomo, que a su vez desarrolla para este tipo de hémelo las previsiones del RD 357/2006, de 24 de marzo, regulador de la concesión directa de determinadas subvenciones en los ámbitos del empleo y de la formación profesional ocupacional.

No es objeto de este estudio el análisis de esta norma, entre otras cosas porque no ha sido modificada ni con la entrada en vigor del ETAU ni en este periodo de respuesta a la crisis económico-financiera que tanto afecta, también, a los trabajadores autónomos. Si la traemos a colación en estos momentos es porque nos puede revelar algunos datos que estimo relevantes para entender buena parte de la dinámica de la política de fomento del autoempleo individual (perspectiva jurídico-socio-ocupacional) o del trabajo autónomo (perspectiva jurídico-socio-profesional). En primer lugar, deja bien a las claras el primado que tienen los incentivos económicos en esta política de fomento en relación

a otras medidas, técnicas o garantías de empleo para el trabajo autónomo. En segundo lugar, nos ilustra de lo disperso, fragmentado y lo ínfimo del rango de las normas que regulan esta materia, pues no contempla todas las medidas de incentivo económico, sino tan sólo la técnica subvencional – subvenciones para el establecimiento como trabajador autónomo, financiera (reducción de intereses de los préstamos destinados a financiar las inversiones para la creación y puesta en marcha de la empresa), para asistencia técnica y para formación-, dejando a parte incentivos económicos que asumen la clásica técnica de las exenciones, reducciones o bonificaciones de Seguridad Social, o incluso las muy valoradas relativas a la “garantía de rentas de subsistencia”, especialmente presentes en las normativas autonómicas en la materia.

En suma, *no contamos con un Programa coherente, integral y de suficiente rango normativo, en el plano estatal, de Fomento del Empleo Autónomo* o por cuenta propia, lo que sin duda redundará en perjuicio tanto de su eficacia como de su seguridad jurídica. Por lo tanto, para encontrar típicas medidas de fomento sociolaboral del empleo de este tipo tendremos que acudir a normas de diverso rango, como las Leyes Presupuestarias de cada año, Leyes “medida” para el estímulo económico y normas reglamentarias de diversa guisa, generales y, sobre todo, sectoriales, que contemplan diferentes acciones a favor del trabajo autónomo, bien por sí solo bien en el marco del autoempleo en general, incluyendo el autoempleo colectivo, es decir, trabajo autónomo en diferentes regímenes asociativos de “economía social”. A mi juicio sorprende esta situación deficitaria a día de hoy. Primero porque ya existe experiencia suficiente como para llevarlo a cabo. Segundo porque es un mandato implícito, a mi juicio, de la LETAU. Finalmente, porque ya se ha creado un espacio de diálogo y reflexión especial y específico al respecto, como es la referida Mesa de Diálogo Social respecto del Trabajo Autónomo, que abre la vía para un diseño conjunto y negociado, esto es, para una “Ley Negociada” al respecto.

Por eso, deben valorarse positivamente las experiencias autonómicas que sí cuentan con una regulación más unitaria y extensa para la política de fomento del trabajo autónomo, contemplando algunas medidas muy novedosas. En este sentido, si bien la mayor parte de las normas autonómicas se centran sobre todo en adaptar la normativa estatal a su ámbito de competencias – ejemplo: Orden de 30 de diciembre de 2009, de la Conselleria de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se regula y convoca la concesión de subvenciones de fomento del empleo dirigido a emprendedores para el año 2010 en la Comunidad de Valencia-, a menudo encontramos regulaciones que van más allá, aportando

un Programa de Fomento del Trabajo Autónomo más ambicioso⁵. Hasta hoy, sin embargo, no contamos con ninguna Ley Autonómica específica al respecto, si bien algunas Comunidades Autónomas la tienen comprometida en sus Estatutos, como es el caso de Andalucía, que además ha dado un especial peso al fomento del trabajo autónomo en el ámbito de la concertación social –Eje 2 del VII Acuerdo de Concertación Social de Andalucía–.

En tercer lugar, y finalmente, la referencia a la normativa básica estatal nos vuelve a poner sobre la pista de la gran heterogeneidad de medidas que incorpora esta vía de acción positiva a su favor, en la medida en que vemos cómo es necesario atender a las diferentes cualidades que se dan cita en la condición de trabajador autónomo. Así, de un lado, representa una forma alternativa de empleo y, por tanto, debe ser atendida desde la perspectiva de creación de nuevas y mejores “*ocupaciones*” –más empleo y de mayor calidad–. Pero, de otro, nos encontramos ante una “*actividad económica*” y/o “*profesional*”, motor o fuente de creación tanto de riqueza –crecimiento económico– como de otro tipo de empleo, el empleo asalariado, por lo que también hay que atender a su calidad de “*empresario-empedor*” –ahora recubierta, u oculta, bajo la etiqueta, más difusa, de “*emprededor*”, que parece socialmente más aceptable que la de “*empresario*”, lo que bien exigiría una reflexión más detenida que aquí no se puede hacer⁶. En suma, la trascendencia del trabajo autónomo no residiría sólo en las nuevas oportunidades que ofrece a la técnica del autoempleo, sino

⁵ Este es el caso del RD 175/2006, 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía, que contiene un innovador y completo conjunto de programas orientados a fomentar el autoempleo individual. No obstante, conviene poner de relieve que ni sus resultados han sido los esperados, habiendo generado múltiples problemas de gestión y por tanto de ineficacia, ni a día de hoy está operativo, sufriendo más bien una situación de impasse en tanto aparece la nueva regulación. Problemas de distribución competencial, con los consiguientes cambios de adscripción, entre la Consejería de Empleo y la de Innovación, han contribuido al actual estado deficitario de esta materia. El Decreto del Presidente 3/2009, de 23 de abril, sobre reestructuración de Consejerías, y el Decreto 170/2009, de 19 de mayo, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo, devolvieron la competencia a Empleo. A través de diferentes Órdenes de la Consejería de Empleo se han ido resolviendo algunos de estos problemas aplicativos, si bien a día de hoy es necesario una revisión global de la situación, tanto para la aplicación de las nuevas previsiones del Estatuto de Autonomía como del VII Acuerdo de Concertación Social. La Orden de 26 de abril 2010 de la Consejería de Empleo, que establece las bases para las bases reguladoras de las ayudas al establecimiento de trabajadores autónomos reordena la situación y deroga Órdenes anteriores en aplicación del RD 175/2006.

⁶ De ahí que en muchas normativas autonómicas se integre dentro del trabajo autónomo, en coherencia con el ETAU, a los microempresarios. Así, el artículo 1.2. Orden de 26 de abril de 2010 de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, entiende, a los efectos de las subvenciones que prevé, tanto para el establecimiento como para el mantenimiento como trabajador o trabajadora autónomo, por tal “a la persona física que ejerce una actividad económica de forma individual, por cuenta propia, y con hasta cinco trabajadores o trabajadoras por cuenta ajena, y que tenga residencia y domicilio fiscal en Andalucía”.

también por la oportunidad que abre para contratar a otros en régimen de empleo por cuenta ajena. Por eso, ya hemos advertido cómo en este ámbito aparece una mayor conexión, cuando no confusión, entre las medidas de "política de empleo" en sentido estricto, esto es, en sentido propio jurídicamente, y las políticas de "crecimiento económico", también llamadas "políticas de empleo" en sentido amplio o no técnico-jurídico.

Para comprobar esta extrema mezcolanza de medidas bastará con leer el reciente *Balance del Programa de Fomento del Trabajo Autónomo* realizado por el Ministerio de Trabajo e Inmigración para el periodo que va desde mayo de 2008 a junio de 2010, que incluye desde medidas de desarrollo del Estatuto del Trabajo Autónomo, a medidas tributarias y financieras, pasando por las de "fomento" en sentido estricto. Veremos de inmediato un cuadro global de las más significativas en el ámbito estatal, haciendo un especial hincapié en las más recientes y relevantes.

2.2. El marco coyuntural: las medidas de fomento del trabajo autónomo ante la crisis de empleo actual

2.2.1. Un mapa general para orientarnos en el disperso "programa de fomento del trabajo autónomo"

Ya hemos dicho que no hay regulado unitariamente "un programa de fomento del trabajo autónomo" como tal, al estilo del fomento del trabajo asalariado, más allá del evidenciado régimen de subvenciones. Ahora bien, no hay duda de que la aprobación del Estatuto del Trabajo Autónomo –ETAU– sí que ha supuesto el diseño de una política de fomento del trabajo autónomo que, además, va a ser concertada o negociada en sus aspectos básicos, aunque luego se concrete en las más diversas normas y medidas, que dan una imagen de dispersión y fragmentación, ya comentadas. Así se reconoce en el citado Documento del Ministerio de Trabajo en el que se hace un Balance al respecto, dando cuenta de las medidas más relevantes adoptadas desde mayo de 2008 hasta junio de 2010. En este sentido, reconociendo que el fomento del trabajo autónomo a través de la implantación de una "cultura emprendedora que posibilite la creación de empleo estable y de calidad" es una política específica del Gobierno, se precisa que tal política se articula básicamente sobre un conjunto de medidas aprobadas por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, pero que no puede olvidarse que igualmente comprende "un amplio conjunto de instrumentos y materias" que afectan a diversos Ministerios, sobre todo los relacionados con la política económica –Economía y Hacienda, Industria–.

A este respecto, y dejando a un lado las regulaciones reglamentarias en desarrollo de diversos aspectos del ETAU⁷, que sin duda contribuyen a la promoción de esta forma de trabajar pero que no se pueden considerar como medidas directamente dirigidas a incentivar la creación de empleo por cuenta propia, merecen una especial mención las medidas que se han ido promulgando normativamente a partir del Acuerdo Social alcanzado en la Mesa del Trabajo Autónomo. Ésta se constituyó en la segunda quincena de marzo de 2009 y la constituyen, como se dijo, el Gobierno, a través de la Dirección General de la Economía Social, del Trabajo Autónomo y la Responsabilidad Social del MTIN, y tres asociaciones de trabajadores autónomos –ATA, UPTA, CEAT-. Se llegó a un Acuerdo que contempla 18 medidas ordenadas en cuatro áreas: *fomento de empleo, mejora de la financiación y garantía de pago, protección social y fiscalidad*.

De este modo, se comprueba que el *Diálogo Social como nueva técnica de regulación promocional del trabajo autónomo* asume una doble interacción o conexión en la política de fomento de este sistema de empleo alternativo al asalariado. De un lado, la ya referida dimensión “macroeconómica” de la política de empleo autónomo. De otro, la intersección entre las razones estructurales –desarrollo del ETAU- y las razones coyunturales que animan la nueva política de fomento del trabajo autónomo. En este sentido es claro el Acuerdo Social para la Promoción del Trabajo Autónomo de 5 de mayo de 2009 al reconocer cómo, “en el marco del proceso de desarrollo pleno del trabajo autónomo a través de su norma estatutaria de referencia”, habría surgido, “con toda virulencia”, la crisis económica, que “ha supuesto también para los trabajadores autónomos tener que afrontar diversos problemas relacionados con la importante caída de la actividad inmobiliaria y del consumo, y como consecuencia de la crisis financiera, la falta de liquidez”. Una constatación que también está presente en la referida Moción del Congreso relativa al “Plan de Rescate para los Autónomos”.

De las cuatro áreas en que se estructuran las medidas de promoción del trabajo autónomo desde la entrada en vigor del ETAU y en el contexto de la crisis actual aquí nos centraremos básicamente en dos: las relativas al fomento de empleo en sentido estricto, de una parte, y las vinculadas a la protección social

⁷ Por ejemplo: el RD TAED 197/2009, que regula el contrato del trabajador económicamente dependiente y su registro, así como el Registro estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, ahora en vías de modificación; el RD 295/2009, de 6 de marzo, relativo a la protección de los autónomos en situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural; RD 1851/1009, que contempla la posibilidad de que los autónomos con una discapacidad igual o superior al 45% se jubilen a partir de los 58 años; Proyecto de RD regulador de la representatividad y del Consejo de Trabajo Autónomo, ya informado tanto por la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales como por el Consejo Económico y Social, estando pendiente el informe del Consejo de Estado y su aprobación final para el otoño de 2010

por pérdida de empleo, esto es, por cese de actividad económico-profesional, de otra. Por lo que hace a las medidas de *Fomento de Empleo Autónomo*, una visión panorámica nos arroja este catálogo:

- a) las medidas recogidas en el citado RD 1300/2009, que se centra en la mejora de dos técnicas de fomento del autoempleo clásicas:
 - el pago único de la prestación por desempleo, para el establecimiento como autónomo, que se incluye además entre los procedimientos a tramitar mediante registro electrónico, a fin de facilitar su gestión y, por tanto, reducir las cargas administrativas de estos trabajadores
 - las usuales bonificaciones de Seguridad Social, para favorecer la contratación del primer empleado, atendiendo pues a la citada cualidad de "trabajador-empleador" que tiene el autónomo y siempre que no se pueda acoger a las previstas en la Ley 27/2009
- b) Extensión de las medidas de fomento de empleo previstas en el RD-Ley 13/2009, 26 de octubre por el que se crea el nuevo "Fondo para el Empleo y la Sostenibilidad Local", a los trabajadores autónomos que hayan cesado en su actividad –DA 1ª, apartado 2-.
- c) Medidas de Fomento de la Contratación Laboral por el autónomo en virtud de las previsiones de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas. Esta norma contempla dos medidas básicamente:
 - la primera mantiene la posibilidad de que los trabajadores autónomos puedan beneficiarse de una bonificación del 100% de la cuota empresarial por contingencias comunes si contratan, de manera indefinida y hasta el 31 de diciembre de 2010, a personas desempleadas mediante una modalidad de contrato indefinida
 - la segunda favorece, mediante la modificación del ETAU, la contratación de los hijos que, aun siendo mayores de 30 años, tengan una discapacidad severa.
- d) Formación Profesional Continua. Se acuerda estudiar la mejora de los recursos destinados a la formación continua de trabajadores autónomos, dando traslado de la propuesta a los actores que gestionan la Fundación Tripartita para el Empleo. Se trata, pues, de normalizar la inclusión de esta formación profesional en el mismo sistema general ya previsto para el trabajo asalariado. El Gobierno destaca la dedicación, en apoyo de las asociaciones de trabajadores autónomos, de casi 13 millones de euros para el año 2010 a tal fin.

Por lo que hace a la protección social, el Acuerdo Socio-Profesional incluye:

- a) extensión de prestaciones sociales a los autónomos, tanto las medidas de protección social asistencial no vinculadas al sistema de protección contributiva cuanto las de fomento del empleo ligadas a esas medidas
- b) creación de un sistema de protección específico para situaciones de cese de actividad, desarrollando tanto la previsión del ETAU como el compromiso de la Ley 27/2009. Un sistema que como ya he anunciado y veremos con algún detenimiento al estudiar las “políticas pasivas” de empleo concreta la Ley 32/2010.
- c) En el marco de la previsión social, se acordó el posibilitar a los autónomos que, al igual que los asalariados, perdieran su actividad pudieran acceder con inmediatez al ahorro acumulado en su plan de pensiones. El Real Decreto 1299/2009, de 31 de julio habilita esa medida, de nuevo ilustrando netamente el principio de equiparación con el empleo asalariado que rige esta Política y este Derecho del Empleo.
- d) Ampliación del plazo de solicitud de devolución de cuotas en supuestos de pluriactividad. Esta medida se presenta como desarrollo del ETAU y se ha concretado en la LPGE para 2010 en la ampliación de 3 meses a 4.

Como puede verse, es la reducción de los costes sociales –y también fiscales- de la actividad autónoma la que constituye la principal vía de intervención para su fomento y, por tanto, son las medidas de incentivo económico las que protagonizan esta política. De ahí la relevancia que en esta materia suelen tener las leyes de presupuestos generales de cada año, a través de una mejora significativa del tratamiento de seguridad social y el fiscal. Las medidas de Seguridad Social y las fiscal-tributarias son, pues, el principal ámbito sobre el que actúa la política de fomento del empleo autónomo. En este sentido, y pese a las críticas que se viene haciendo a esta técnica de fomento del empleo por cuenta ajena, sería en el ámbito del empleo autónomo donde mejor valoración obtendría hoy, a juzgar por la continuidad y por el juicio positivo emitido por el Congreso en su Informe de “Evaluación de los Resultados del Sistema de Bonificaciones a la Contratación” de la Ley 43/2006 – aprobado por unanimidad en la sesión de la Comisión de Trabajo e Inmigración del 24 de marzo de 2010-.

Una vez más, pues, es la instrumentación de la Seguridad Social al servicio de la política de empleo la principal vía seguida para fomentar el trabajo autónomo. De ahí que nos centremos en la política de reducción de estos costes, tanto en el plano del desarrollo del ETAU como en el de los ajustes de coyuntura ante la actual crisis.

2.2.2. Las medidas de fomento del trabajo autónomo en desarrollo del ETAU

El artículo 27.2 c) ETAU refiere a las exenciones, reducciones o bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social como medida de fomento del empleo autónomo que, como acabo de recordar, son las que, junto a la relativa al pago único de la prestación por desempleo, más calado tienen en este ámbito. En consecuencia, hallamos una caracterización análoga a la que sigue presidiendo, probablemente de manera ya más que deficiente, la política de fomento del empleo asalariado. Asimismo, y también en paralelo a ésta, la política de fomento del empleo autónomo o por cuenta propia tiene un creciente carácter selectivo, de manera que busca favorecer la situación de aquellos colectivos de desempleados que peores condiciones tienen en el mercado. Por eso, la DA 2ª recoge de forma específica a determinados colectivos de autónomos para los cuales manda expresamente que se establezcan legalmente exenciones y bonificaciones, como sucede con

- Las personas con discapacidad que realicen un trabajo autónomo
- Los trabajadores autónomos que se dediquen a la actividad de venta ambulante o a la venta a domicilio.
- Quienes en función de otra actividad realizada coticen, sumando las bases de cotización, por encima de la base máxima del RGSS

En consonancia con todo ello, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado que se han venido sucediendo desde la aprobación del ETAU -2008, 2009 y 2010- han dedicado una especial atención a las medidas destinadas a favorecer a estos colectivos, en especial a los dos últimos señalados en el apartado anterior. Las principales medidas de este tipo son:

- a) *Reducción de cuotas de los trabajadores por cuenta propia dedicados a la venta ambulante y a domicilio, incluidos los socios trabajadores de las Cooperativas de Trabajo Asociado (autoempleo colectivo o trabajo autónomo asociado)*

La reducción de cuotas sociales para estos colectivos aparecía en el artículo 120.cuatro.4 de la LPGE 2009, y para el 2010 en el artículo 129. Cuatro. 4 Ley 26/2009. De este modo, los trabajadores autónomos dedicados a la venta a domicilio (CNAE 4799 Comercio al por menor a domicilio) podrán elegir como base mínima de cotización durante el año 2010 la establecida con carácter general en el punto 1, o una base equivalente al 55% de esta última. Téngase en cuenta que por tratarse de actividades exclusivas de venta no están incluidos aquellos casos en los que, además, se fabrican o elaboran los productos objeto de venta. Si la venta ambulante se lleva a cabo durante un máximo de 3 días a la semana en mercados tradicionales o *mercadillos*, con horario de venta inferior a ocho horas al día, se podrá elegir entre cotizar por la base mínima establecida con carácter general o por una base equivalente al 55 % de esta última. En cualquier caso, se deberá cotizar obligatoriamente por las

contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales –DA 4ª LPGE/2007, en la redacción dada por la DF 8ª LPGE/2010-. El beneficio exige que las personas se dediquen de forma individual a la venta ambulante y no dispongan de establecimiento fijo propio

También se mantiene esta cotización reducida para los socios trabajadores de las Cooperativas de Trabajo Asociado dedicados a la venta ambulante. Para ello deben percibir ingresos de modo directo de los compradores y estar incluidos en el RETA.

- b) *Devolución de cotizaciones a los autónomos que, en régimen de pluriactividad, hayan cotizado más que el importe máximo de cuotas.*

Es una medida que se introdujo en la LGPE/2008. Se mantuvo en la LPGE/2009 y ahora continúa en la LGE/2010. No obstante, como se dijo, ahora se amplía el plazo de solicitud, pasando de 3 a 4 meses, como se prevé en el Acuerdo de Diálogo Social 2009. De este modo, los trabajadores autónomos que, en razón de su trabajo por cuenta ajena desarrollado simultáneamente, coticen, respecto de las contingencias comunes, en régimen de pluriactividad y lo hayan hecho en el año 2010, teniendo en cuenta tanto las aportaciones empresariales como las correspondientes al trabajador en el Régimen General, así como las efectuadas en el Régimen Especial, por una cuantía igual o superior a 10.752 euros, tendrán derecho a una devolución del 50 % del exceso en que sus cotizaciones superen la mencionada cuantía. Esta devolución contempla un tope: el 50 % de las cuotas ingresadas en el citado Régimen Especial, en razón de su cotización por las contingencias comunes de cobertura obligatoria. La devolución se efectuará a instancias del interesado, que habrá de formularla en los cuatro primeros meses del ejercicio siguiente, y no ya en el primer trimestre del año como sucedía en 2009.

- c) *Reducciones y bonificaciones de la cuota como medida de fomento a la ocupación de autónomos jóvenes*

Pero no son los únicos colectivos promovidos hacia el empleo autónomo. La DA 2ª, apartado 1 letra d) abre estos beneficios a todos aquellos colectivos determinados por la Ley o, incluso, por una norma reglamentaria. También tienen un especial protagonismo los jóvenes, tal y como prevé el propio ETAU. Así, los trabajadores que se incorporen al RETA a partir de la entrada en vigor del ETAU (12 de octubre de 2007), con 30 o menos años (35 si son mujeres) tendrán derecho, durante los 15 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta:

- *a una reducción, equivalente al 30 por 100 de la cuota resultante de aplicar el tipo mínimo vigente a la base mínima de cotización de este Régimen (66,92 euros para 2010, quedando la cuota mínima mensual en 156,16 €), y*

- *a una bonificación* de igual cuantía en los 15 meses siguientes a la finalización de la reducción anterior.

El beneficio consiste en una cantidad a reducir sobre la cuota de contingencias comunes que corresponda. La reducción/bonificación de cotizaciones sociales se aplican tanto si el alta del beneficiario es inicial, como si se trata de un alta sucesiva en el Régimen, una vez ha tenido lugar el reinicio de su actividad (siempre después del 1 de enero de 2005), teniendo en cuenta que para que el alta tenga la condición de sucesiva no debe ser continuada, es decir, entre la fecha de efectos del nuevo alta debe existir, al menos, un mes natural. Por lo que se refiere a su duración, esta será de 24 meses en total, ininterrumpidos, con independencia de los períodos de baja en el Régimen dentro de dicho plazo y que serán tenidos en cuenta a efectos del cómputo de los 24 meses. La reducción se financia con los Presupuestos de Seguridad Social y la bonificación a través de los Presupuestos del Servicio Público de Empleo Estatal.

Como se verá, este colectivo también es beneficiario de otra medida de fomento en el marco de las políticas coyunturales de respuesta a la crisis, por cuanto recibe mayor porcentaje de la prestación por desempleo en la modalidad de pago único, conforme a lo previsto en el RD 1300/2009.

- d) *Bonificaciones de cuotas en situaciones de maternidad, tanto durante el disfrute de la prestación como con posterioridad a su reincorporación.*

Al igual que para las trabajadoras por cuenta ajena, también para las trabajadoras por cuenta propia la maternidad requiere no ya sólo normas de protección sino también de remoción de las dificultades que la maternidad conlleva para ejercer en igualdad el derecho al trabajo. De ahí que tanto la normativa comunitaria como la estatal —y cada vez más la autonómica, a medida que los Autogobiernos van contando con legislación propia de promoción— incidan en la necesidad de establecer medidas que compensen esta desigual situación. Si con carácter general el principio de equiparación protectora se ha establecido de modo concreto en el citado RD 295/2009, de 6 de marzo, que regula la protección de los autónomos en situaciones de maternidad-paternidad y de riesgo biológico, bien durante el embarazo bien durante la lactancia natural, hallamos un amplio catálogo de medidas orientadas a favorecer tanto el disfrute de esta tutela como el retorno a la actividad mediante incentivos.

Así, la disposición adicional 16.^a de la Ley Orgánica de Igualdad (LOI) extendió las bonificaciones de las cuotas (reguladas en la DA 2.^a Ley 12/2001, de 9 de julio) a las trabajadoras por cuenta propia (incluidas las socias trabajadoras o socias de trabajo de las cooperativas incorporadas en el RETA) que hayan cesado temporalmente en la actividad como consecuencia de las situaciones de riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia, siempre que, durante esa interrupción, las mismas hayan sido

sustituídas, con contratos de interinidad, por otros trabajadores, respecto de los cuales, a su vez, se produce la bonificación de las aportaciones empresariales (de conformidad con lo establecido en el RDL 11/1998, en la redacción que introduce la disp. adic. 15.^a LOI). Estas bonificaciones se ampliaron a los supuestos de cese temporal en la actividad en razón de la paternidad o del riesgo durante la lactancia. La bonificación alcanza, en ambos casos, el 100 por 100 de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima que corresponda, el tipo de cotización obligatorio y se aplican cuando las dos situaciones (el cese en la actividad de la trabajadora autónoma y la contratación del trabajador/trabajadora sustituta) se produzcan de forma simultánea.

Pero tan importante como garantizar la efectividad del disfrute de los permisos derivados de las situaciones de maternidad, facilitando el cese temporal de actividad, es promover su retorno, de ahí que se prevea también una bonificación de cuotas en favor de las trabajadoras autónomas reincorporadas a la actividad después de la maternidad. Las trabajadoras por cuenta propia (incluidas las socias trabajadoras de cooperativas de trabajo asociado incorporadas en el RETA) que hubieren cesado su actividad en razón de la maternidad, hubieren disfrutado del descanso correspondiente, y reiniciaran aquella en los dos años siguientes a la fecha del parto, tienen derecho, durante un período ininterrumpido de 12 meses, a una bonificación equivalente al 100 por 100 de la cuota por contingencias comunes resultante de aplicar el tipo de cotización aplicable a la base mínima vigente en el RETA. El hecho de que no apareciera esta bonificación en la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, ni en las Leyes de Presupuestos sucesivas, hizo que se pudiera dudar de su vigencia. No obstante, al no haber sido derogada de forma expresa la bonificación, ha de entenderse que permanece en sus mismos términos, como así lo señalan las sucesivas Circulares anuales de la TGSS.

- e) *La mejora en la bonificación de cuotas para los discapacitados que se establezcan como trabajadores por cuenta propia.*

Las personas con discapacidad que causen alta inicial como trabajadores autónomos se beneficiarán durante cinco años de una bonificación del 50% de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima el tipo vigente (DF 6.^a Ley 43/2006, que amplió de 3 a 5 años la bonificación, manteniendo el porcentaje).

- f) *Exoneraciones de la cuota en los casos de prolongación de la actividad, más allá de los 65 años, e incentivos al cese anticipado de actividad*

Como es bien conocido, nuestro ordenamiento contempla una situación paradójica en relación a la edad de jubilación. Si por un lado se multiplican las situaciones de cese anticipado, en ocasiones de manera irrazonable –prejubilaciones a partir de 52 años, o incluso menos-, por otro se trata de retrasar lo más posible la edad de jubilación. Y si es cierto que ambas líneas de política del derecho podrían conciliarse, en la medida en que fuesen selectivos los pro-

gramas en un sentido y otro, lo cierto es que el estado actual de esta política evidencia una gran incoherencia. En todo caso, los trabajadores autónomos no iban a ser diferentes tampoco a estos efectos, y junto a medidas que incentivan su continuidad en la actividad aparecerán otras, desde hace mucho tiempo, que fomentan lo contrario, esto es, el cese anticipado.

Así, en la primera dirección, la de fomentar la continuidad en el empleo, destaca la previsión de una técnica de exención de cuotas para los trabajadores por cuenta propia que acrediten 65 años o más años y 35 años o más de cotización efectiva a la Seguridad Social, y sigan en la actividad. Esta exoneración se extiende a la totalidad de las contingencias comunes, salvo la Incapacidad Temporal. Ambos requisitos deben concurrir al tiempo, de forma que si el futuro beneficiario cumple la edad de 65 años y no acredita los 35 años de cotización, deberá esperar hasta el momento en que se acrediten de forma simultánea ambos requisitos para poder aplicar tal exoneración.

En la segunda dirección, la del cese anticipado, son múltiples las medidas previstas, sobre todo en el marco de políticas comunitarias, orientadas a favorecer el cese anticipado de la actividad, favoreciendo la jubilación del trabajador. El ejemplo más típico se ha producido en el sector agrario, donde se ha buscado, entre otros objetivos, rejuvenecer el sector promoviendo la salida de los agricultores de mayor edad –RD 5/2001, de 12 de enero, por el que se establece un régimen de ayudas destinadas a fomentar el cese anticipado en la actividad agraria; luego modificado y completado por diferentes disposiciones en aplicación de los más recientes programas comunitarios de desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER)⁸. En este sentido, el propio Gobierno, en su Balance del Programa de Fomento del Trabajo Autónomo, pone como ejemplo las Ordenes FOM/1371/2009, de 7 de mayo, y FOM 3342/2009, de 4 de diciembre, que otorgan un montante total de ayudas que asciende a 60.450.000 Euros para 2009, e igual montante para 2010, destinadas al cese de transportistas autónomos. Aunque los criterios básicos se vinculan a la constatación de una situación de Incapacidad Permanente Absoluta, también atiende a la edad.

g) *Suspensión de la cotización en situaciones de violencia de género*

Un colectivo especialmente protegido desde 2004 es el relativo a las mujeres víctimas de violencia de género, lo que se traduce en todas las políticas sociolaborales, dada su transversalidad, y por tanto también en la de fomento del empleo autónomo. Así, las trabajadoras por cuenta propia, víctimas de violencia de género que deban cesar en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, pueden suspender la obligación de

⁸ La legislación reglamentaria desarrollada por las CCAA es conspicua en esta materia, en especial en las zonas rurales claro está, como Andalucía y Extremadura. Para Andalucía vid. Orden de la Consejería de Agricultura y Pesca de 22 de julio de 2008, y Resolución de 15 de febrero de 2010, de la Dirección General de Fondos Agrarios, que actualiza las indemnizaciones anuales a tal fin

cotizar al RETA durante un período de seis meses, período que se considera como cotizado a efectos de la percepción de las prestaciones de Seguridad Social y, asimismo, su situación se considerará como asimilada al alta. Este beneficio se suma, pues, a los incentivos para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia previstos a favor de este colectivo, en el marco de la Orden TAS/1622/2007, de 5 de junio, que incrementa un 10% las subvenciones para el establecimiento como trabajadoras autónomas de este colectivo.

h) *Bonificación a favor de los autónomos dedicados a determinadas actividades en Ceuta y Melilla*

Se aplica una bonificación equivalente al 40 por 100 de la cuota por contingencias comunes, a favor de los trabajadores por cuenta propia, que realicen actividades correspondientes a los sectores de comercio, hostelería, turismo e industria (excepto energía y agua), que residan y ejerzan su actividad en Ceuta y Melilla, sin que la norma precise si la bonificación se aplica sobre la base mínima de cotización y al tipo genérico. La bonificación de cuotas establecidas por el apartado 2 de la disposición adicional 30ª de la LGSS tenía, en principio, una vigencia temporal hasta el mes de abril de 2006. Posteriormente, la Orden TAS/856/2006, de 21 de marzo, prorrogó la aplicación de estas bonificaciones de cuotas en los mismos términos y desde los períodos de liquidación de abril de 2006 hasta marzo de 2008, ambos inclusive. Por último, la Orden TAS/710/2008, de 7 de marzo 66 ha vuelto a prorrogar su aplicación por otros dos años, de tal forma que dichas bonificaciones serán aplicables en los correspondientes documentos de cotización presentados desde el mes de abril de 2008 hasta el mes de marzo de 2010, ambos inclusive. La Orden TIN 530/2010, de 5 de marzo prorroga hasta el mes de marzo de 2012 tales bonificaciones, que también se prevén para las actividades de las agencias de viajes, operadores turísticos y otras actividades de apoyo turístico.

2.2.3. La “política de rescate”: medidas específicas de fomento del trabajo autónomo en el marco de la crisis actual

Aunque ya se ha visto que no es siempre fácil deslindar las medidas de promoción del empleo autónomo vinculadas al desarrollo estatutario y las ligadas a la crisis, dada la estrecha continuidad existente entre ambas, lo cierto es que está siendo la política de intervención pública para intentar salir de la crisis económica la que más dinamiza en estos dos últimos años la acción promocional del trabajo autónomo. Ciertamente, y como también se comentó, las principales medidas de estímulo económico atienden a la faceta o cualidad de “emprendedor-empresario” del trabajador autónomo, por lo que tienen una dimensión financiera, tributario-fiscal o económica en general. Precisamente han sido estas medidas las que han constituido el grueso de compromisos adquiridos en el marco del referido Acuerdo de Diálogo Social y las que se incorporan a los

Reales Decretos Leyes y Leyes de reforma orientados a estimular el crecimiento.

De ahí la especial atención presupuestaria dedicada a estos colectivos. Así, la Ley 26/2009, de PGE/2010, recoge varias disposiciones que introducen medidas que afectan a la Economía Social y al Trabajo Autónomo, unas de naturaleza tributaria y otras relativas a la Seguridad Social. Con ellas se da respuesta efectiva a una serie de demandas planteadas por los sectores del ámbito de la Economía Social y del Trabajo Autónomo, como se ha indicado:

- El artículo 65 establece un incremento del importe de la capitalización de la prestación por desempleo exento a efectos del IRPF hasta 15.500 euros, suponiendo un aumento de más de 3.000 euros.
- El artículo 72 fija una reducción del 20% del rendimiento neto de actividades económicas por creación o mantenimiento de empleo para los trabajadores autónomos, como compromiso adquirido por el Gobierno derivado del pasado Debate del Estado de la Nación.
- En la norma también se contemplan otras medidas de IRPF como las reducciones previstas para determinados rendimientos de actividades económicas (artículo 66), el mantenimiento de la deducción de 400 euros para los autónomos por rendimientos de actividades económicas cuando tengan una base imponible inferior a 12.000 euros anuales (artículo 70), o el adelantamiento del pago del IVA, implantando un sistema de devolución mensual del IVA de carácter voluntario
- Asimismo, el artículo 129 recoge las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional durante el año 2010 y la disposición final 8ª fija la nueva tarifa para la cotización por accidente de trabajo y enfermedades profesionales⁹, como se indicó.

Igualmente el trabajo autónomo está siendo objeto de especial referencia en las leyes de coyuntura contra la crisis actual, sobre todo en orden a resolver el principal problema que tendrían, como en general las PYMES: la falta de liquidez. Problema que deriva bien de la restricción del crédito, por parte de las

⁹ Esta DF 8ª LPGE/2010 establece la tarifa de de primas por AT/EP para los trabajadores autónomos desglosada por actividades, en la que se ha producido un descenso generalizado de los porcentajes aplicables a las actividades a desarrollar por los trabajadores autónomos con respecto a la vigente para el año 2009. Concretamente, en el sector de la construcción se ha producido un descenso de 0,3 puntos porcentuales, si bien la reducción de porcentajes ha llegado a 2,25 puntos porcentuales en actividades como la extracción de petróleo crudo o de gas natural. La medida supone un incentivo para aquellos autónomos que no tengan cubiertas las contingencias profesionales, y no estén obligados a ello, opten por el aseguramiento, lo que a su vez posibilitará su inclusión en el sistema de protección por cese de actividad. Por otra parte se ha publicado en el B.O.E la Orden TIN 25/2010 de 12 de enero, que desarrolla las normas de cotización a la Seguridad Social contenidas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

entidades financieras, bien por el incremento de la morosidad, tanto de clientes privados como sobre todo públicos. Por eso, el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo recoge en su articulado una serie de medidas de aplicación directa a los trabajadores autónomos -y a las entidades de economía social-:

- el artículo 7 modifica la normativa del IVA, permitiendo a las empresas la reducción proporcional de la base imponible cuando los créditos correspondientes a las cuotas repercutidas por las operaciones gravadas sean total o parcialmente incobrables, flexibilizando los requisitos para recuperar el impuesto en el caso de impago de las facturas, y acortando los plazos en el caso de las empresas de menor dimensión.
- el artículo 12 prevé la creación de programa de financiación directa a PYMES y autónomos que, en las condiciones que fijará el Gobierno y debía estar operativo antes del 15 de junio de 2010
- el artículo 14 simplifica las obligaciones de documentación en determinadas operaciones vinculadas para las pequeñas y medianas empresas.

Por su parte, la Ley 15/2010, de 5 de julio, tiene por objeto corregir desequilibrios y aprovechar las condiciones de las empresas con el fin de favorecer la competitividad y lograr un crecimiento equilibrado de la economía española, permitiendo crear empleo de forma estable en línea con una concepción estratégica de la economía sostenible. *Entre las principales medidas:*

- Se reduce a un máximo de 30 días el plazo de pago del sector público. También se propone un procedimiento monitorio – nuevo artículo 200. bis LCSP- para hacer efectivas las deudas de los poderes públicos – lo que se ha llamado “el cobrador de la toga”, por referencia al “cobrador del frac”- y se establecen mecanismos de transparencia sobre las obligaciones de pago, mediante informes periódicos en todos los niveles de la Administración
- Se establece un plazo máximo de pago de 60 días por parte de las empresas para los pagos a proveedores, no pudiendo ser ampliado por acuerdo entre las partes.
- Instrumentación a través del ICO¹⁰ de una línea de crédito directa, en condiciones preferentes, dirigida a Entidades Locales para facilitar el pago de deudas firmes e impagadas a empresas y autónomos con anterioridad al 30 de abril de 2010.

Naturalmente no podemos entrar en más profundidad aquí, pues esta lí-

¹⁰ Ya en el RD Ley 5/2009 se puso en marcha una nueva línea ICO para avalar por un importe máximo de 3.000 millones de euros a empresas y autónomos con deudas pendientes de pago por los Ayuntamientos

nea de promoción fiscal, tributaria y financiera del trabajo autónomo desborda nuestro ámbito de análisis, con ser relevante sin duda. En todo caso, sí conviene recordar que estas medidas responden, en efecto, al momento coyuntural actual de crisis, pero realmente son también expresión de garantías de efectividad de derechos económicos reconocidos en el Estatuto del Trabajo Autónomo, como el relativo a la percepción puntual de su retribución –artículo 10 ETAU-. La garantía de efectividad de este derecho no se puede asegurar, como estamos viendo, sólo con medidas de derecho privado, sino que exige una intervención pública decidida, esto es, una profunda socialización de las garantías.

Pero debemos seguir centrándonos en este espacio en las políticas de fomento del trabajo autónomo, desde la política de empleo en sentido estricto. Y a tal fin ya se indicó que hallamos regulaciones recientes, estatales y autonómicas, que atienden al impacto de la crisis en el empleo autónomo. A tal fin se innovan ciertas medidas o, sobre todo, se mejoran otras ya clásicas, como es la recurrente modalidad de pago único de la prestación por desempleo. A este respecto, y con carácter general, conviene hacer dos precisiones. La primera es que se sigue manteniendo el referido "carácter selectivo" de esta política, por lo que no se dirige a todos los desempleados con carácter general¹¹. La segunda es el fuerte "carácter sectorial" de estas políticas, atendiendo a las necesidades de reestructuración de sectores de actividad en especiales dificultades.

Así, por ejemplo, contamos con ayudas específicas a los desempleados de los sectores del textil, calzado, juguete y mueble que se incorporen a sociedades cooperativas o sociedades laborales:

- Las subvenciones suponen un incremento de las cuantías que fija la Orden general de fomento del empleo en la economía social: un 10% a los menores de 55 años, y un 15% a los mayores que se incorporen a esas entidades de la economía social. La finalidad de estas subvenciones es proporcionar un apoyo especial y potenciar el empleo, incluyendo las fórmulas de la economía social, en aquellos sectores sujetos a importantes transformaciones como consecuencia de la globalización
- El Real Decreto 1678/2009, de 13 de noviembre ha supuesto un importante avance en la materia, ya que no solamente reconoce las ayudas al sector del juguete, sino que se aplican en el mismo sentido para los desempleados del sector del textil y el calzado, suponiendo además una equiparación a las ayudas ofrecidas al autoempleo en

¹¹ Así, de un lado, permite diferenciar la cuantía de las ayudas. De otro, incluso permite eximir del cumplimiento de algunos de los requisitos exigidos con carácter general para ser beneficiario de las ayudas, como por ejemplo el relativo a un periodo mínimo de inscripción en el Servicio Público de Empleo en la condición de demandantes de empleo – no se suele exigir este requisito de permanencia cuando se trate de mujeres, jóvenes menores de 25 años y personas con grado de discapacidad de más del 33%.

estos sectores. Por su parte, el Real Decreto 1679/2009 regula en el mismo sentido el mismo tipo de ayudas en el sector del mueble.

Pero es el referido Real Decreto 1300/2009, de 31 de julio, de medidas urgentes de empleo destinadas a los trabajadores autónomos y a las cooperativas y sociedades laborales, el que atiende más directamente algunas de las necesidades de mejora, para hacer frente a la crisis, de las técnicas de fomento de empleo autónomo más eficaces, como es la tantas veces citada modalidad de pago único de la prestación por desempleo¹². Las novedades a tal fin, que dan cumplimiento al Acuerdo de Diálogo Social, son:

- a) Los jóvenes desempleados menores de 30 años (35 años en el caso de las mujeres) hasta el 31/12/2010 podrán cobrar en un pago único el 80% (hasta ahora era del 60%) de la prestación por desempleo siempre y cuando lo invierten en la creación de su propio negocio.
- b) Hasta el 31/12/2010 se elimina la limitación de hasta dos años que, en relación a aquella medida, tenían los asalariados para optar a ser socios trabajadores de las cooperativas y sociedades laborales.

Pero junto a la técnica clásica de autoempleo que representa esa instrumentación de una garantía de Seguridad Social también se regula en esa norma reglamentaria la otra técnica recurrente de fomento del empleo ligada a medidas de Seguridad Social, como son las tantas veces comentadas “bonificaciones”. Así, todos aquellos autónomos que hasta el 31/12/2009 contraten indefinidamente a su primer trabajador asalariado tendrán derecho a una bonificación del 50% de las cuotas por contingencias comunes a cargo del empresario durante dos años.

Para beneficiarse de esta bonificación se precisa que el autónomo que lo contrate no haya tenido empleados a trabajadores asalariados durante los tres meses anteriores a esta contratación. Esta bonificación es incompatible con otras análogas.

Este carácter subsidiario de tal bonificación nos lleva al comentario de las medidas contempladas primero en el RD-Ley 2/2009, de 6 de marzo, y luego en la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, que trae razón de aquél, ampliando

¹² Alrededor de esta medida se desarrollan una gran cantidad de iniciativas orientadas a mejorar su eficacia en orden a promover un mayor valor añadido de estos empleos, fomentándose la inserción en empresas de economía social. Así, mediante la potestad convencional, se pretende facilitar la inserción en la forma de trabajo autónomo asociado. En este sentido, es de destacar la firma del Convenio de Colaboración, el 30 de marzo de 2009, entre el Ministerio de Trabajo, a través de la Secretaria General de Empleo y el Ministerio de Industria, a través de ENISA (Empresa Nacional de Innovación), que es una Entidad pública dependiente de la Dirección General de la PYME de este último Ministerio. El objeto de este Convenio es específicamente fomentar el empleo en entidades de economía social, mediante la incorporación de trabajadores desempleados que se acojan al pago único de la prestación por desempleo con el fin de participar como socios trabajadores o socios de trabajo, siendo una de las características principales de los préstamos concedidos por ENISA el no requerir garantías personales. Este Convenio ha dejado abierta la posibilidad de que las Comunidades Autónomas se adhieran a él.

algunas referencias al trabajo autónomo respecto de él. Si bien, una vez más, la medida más concreta prevista en esta Ley será la técnica de la bonificación de cuotas, también encontraremos algunas otras novedades que tienen especial interés para el fomento del trabajo autónomo.

Por lo que refiere al fomento de la contratación laboral por parte del autónomo, la ley 27/2009 contiene dos novedades significativas¹³. La primera abre la posibilidad a los autónomos que, en calidad de empleadores, contraten de manera indefinida y hasta el 31 de diciembre de 2010 a perceptores de prestaciones, subsidios por desempleo, o rentas activas de inserción, para bonificarse el 100% de la cuota empresarial por contingencias comunes, hasta alcanzar como máximo el importe de la prestación/subsidio/renta que tuviera pendiente de percibir el beneficiario a la fecha de entrada en vigor del contrato, con un máximo de duración de la bonificación de tres años. Esta medida también afecta a las empresas de la economía social que realicen dichas contrataciones, en concreto a las cooperativas de trabajo asociado y a las sociedades laborales. La segunda, también referida, modificó la DA 10ª del ETAU y persigue favorecer la contratación laboral de sus familiares, incluso mayores de 30 años, si tienen especiales dificultades de inserción laboral, considerándose como tales a las personas con determinada discapacidad.

De este modo, se enfatiza la cualidad empleadora del trabajador autónomo. Un énfasis que viene igualmente reflejado en la DA 3ª, apartado 2, de la Ley 27/2009, que manda al Gobierno impulsar, en el marco del Diálogo Social, un "nuevo Programa de Fomento del Empleo" para 2010 que permita "un mayor uso del sistema por parte de las pequeñas y medianas empresas, por las empresas de economía social y por los trabajadores autónomos que contratan trabajadores por cuenta ajena". La valoración positiva de esta instrumentación del programa de fomento del empleo quedó reflejada en el referido Informe del

¹³ Como decía, no son las únicas relevantes. Así, de interés resulta una serie de previsiones que trata de mejorar la regulación del encuadramiento de ciertos colectivos de trabajadores en economía social -autoempleo colectivo-:

- Sistema Especial Trabajadores por cuenta propia agrarios incluidos en el RETA ex Ley 18/2007 (DA 16ª)
- RSS aplicable a los socios trabajadores de determinadas cooperativas: se permite superar las lagunas jurídicas de los socios de trabajo de las cooperativas amparadas por su legislación (DA 17ª)
- Cooperativas de trabajo asociado: se aplica una reducción en el pago de cuotas a aquellos socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que hayan quedado encuadrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y se dediquen a la venta ambulante (DA 18ª)

Para un estudio de esta dimensión de la Ley 27/2009, vid por todos De la Casa Quesada, S. "Más madera" en la lucha contra el desempleo: Comentario de la Ley 27/2009...". En RTSS-CEF, n.327, pp. 93 y ss.

Congreso¹⁴. De ahí, que la reciente y polémica reforma del mercado de trabajo, a través del RD-Ley 10/2010, haya favorecido que los trabajadores autónomos también accedan a sus nuevas bonificaciones a la contratación laboral fija.

En cambio, la Ley 27/2009 refuerza la cualidad de trabajador del autónomo cuando, al mismo tiempo, promueve la equiparación en el tratamiento de protección asistencial y de fomento del empleo llevado a favor de los asalariados. Así lo dispone su DA 6ª.

No podemos finalizar este recorrido por las políticas de fomento del trabajo autónomo sin recordar el protagonismo que en este ámbito tienen los Auto-gobiernos. Aquí recordaremos cómo, para Andalucía, la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo, dispone que el fomento del empleo constituye uno de los objetivos específicos de éste Servicio, para lo cual ejerce entre otras funciones la de planificación, gestión, promoción y evaluación de los distintos programas y acciones para el empleo, competencia de la Comunidad Autónoma y, en particular, los relativos al fomento de vocaciones empresariales, la formación de emprendedores y pequeños empresarios, el fomento del autoempleo y la difusión de la cultura empresarial. Una idea especialmente reflejada en la revalorización que de esta forma de trabajar hacen los Nuevos Estatutos de Autonomía, en especial el andaluz.

Por eso, en el marco autonómico, y también del VII Acuerdo de Concertación Social, la reciente *Orden de 26 de abril de 2010* de la Consejería de Empleo persigue, entre otros objetivos, promocionar el autoempleo y la cultura emprendedora como política activa de empleo, especialmente, entre las personas desempleadas. Pero de igual forma, esta norma ha tenido en cuenta las dificultades del momento presente, los sectores económicos y actividades que en la actualidad predominan en Andalucía en el marco del trabajo autónomo, así como las nuevas necesidades y demandas que se plantean. Todo ello permitirá por una parte, una mejor adaptación de los trabajos tradicionales y artesanales a las nuevas exigencias del mercado, y por otra, una mayor potenciación de las nuevas actividades que emergen fundamentalmente, en el marco de una economía sostenible, de ahí que se haya establecido la preferencia en la implantación

¹⁴ Publicada la distribución territorial de las ayudas para el fomento del empleo autónomo y de la economía social en el año 2010 –Orden TI 687/2010–, correspondiendo su gestión a las Comunidades Autónomas y financiadas con cargo a los PGE, el resultado es el siguiente:

- 94.127.590 euros destinados a la promoción del empleo autónomo, cooperativas y sociedades laborales. De esta cantidad, 14.913.276 lo será específicamente a la promoción de la economía social
- 10.608.000 destinados al pago de cuotas a los trabajadores desempleados que capitalicen su prestación
- 94.161.780 Euros para acciones de orientación profesional para el empleo y asistencia para el autoempleo.

de determinadas actividades.

En la misma dirección se mueven otras Comunidades Autónomas, que también están elaborando "Planes de Rescate" para los trabajadores autónomos, a fin de hacer frente a las grandes dificultades que están teniendo desde 2008 para mantener sus negocios. El más reciente y, a mi juicio, completo, es el anunciado por el Gobierno de la Rioja. En cualquier caso, con algunas variaciones de cierto interés, este modelo de acción está presente en la práctica totalidad de las políticas autonómicas de intervención frente a la crisis y supondrá un importante factor renovador de las medidas de fomento del trabajo autónomo, en su doble cualidad de "ocupación alternativa" a la asalariada y de "empleador" (ej: II Pacto Valenciano por el Crecimiento y el Empleo 2009-2013).

3. "POLÍTICAS PASIVAS" DE EMPLEO A FAVOR DEL TRABAJO AUTÓNOMO: LA NUEVA PROTECCIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD

Pero sin una gran aspiración existía en el colectivo del trabajo autónomo para hallar un verdadero salto cualitativo en su "carrera" hacia una protección social equiparada al trabajo asalariado esa era, sin duda, la cobertura social de sus situaciones de pérdida de empleo, esto es, de "cese de actividad económica", contando con una suerte de sistema de protección "por desempleo". Así se ha venido comprometiendo en el ETAU y en las sucesivas Leyes tanto de desarrollo como de acción contra la crisis, como acabamos de recordar en relación a la Ley 27/2009. Por supuesto, era un compromiso reafirmado en el Acuerdo Social tantas veces referido en este trabajo.

Pues bien, como también se ha anunciado, esa aspiración acaba de ver la luz con la aprobación de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos. Una vez más nos encontramos con una medida de promoción-protección del trabajo autónomo en la que se dan cita el objetivo de desarrollo del ETAU y la necesidad de afrontar los efectos de la crisis económico-financiera en el empleo autónomo. De ahí que aparezca tanto en el Plan de Rescate aprobado por el Congreso como en el Acuerdo de Diálogo Social. Paradójicamente, mientras que para el empleo asalariado el afrontamiento de la crisis se está haciendo, una vez más, sobre reformas de recorte de protecciones "adquiridas", para el empleo autónomo, que ciertamente aquí partía de una posición de 0, se ha hecho a través de un enfoque de garantías, estableciendo un sistema de protección por "desempleo" – aquí la pérdida de actividad se equipararía a la pérdida de empleo asalariado-, tanto en el plano contributivo, que era lo comprometido, como en el asistencial, que supone incrementar el compromiso de protección.

A fin de no dilatar más este estudio no nos detendremos en un análisis

profundo de esta importantísima novedad legislativa e institucional, que bien merece un comentario monográfico, por sus importantes implicaciones sociales, económicas y jurídicas. Tiempo habrá para hacerlo en tanto entra en vigor, pues no lo estará hasta el 6 de noviembre de 2010, tres meses después de la publicación de la Ley –BOE 6 agosto-. Aquí bastará con sintetizar los aspectos más relevantes de este régimen jurídico y que, para ser coherentes con el objeto de análisis de este estudio, centraremos básicamente en dos aspectos: el ámbito subjetivo y en la acción protectora.

Por lo que hace al *ámbito subjetivo* –artículo 2-, la protección alcanza a todos los trabajadores autónomos incluidos en el RETA, siempre y cuando estén cubiertos por contingencias profesionales. No obstante, también incluye a los trabajadores por cuenta propia agrarios incluidos en el ámbito del Sistema Especial previsto para ellos en el RETA, si bien se prevén particularidades –DA 8ª Ley 32/2010-, y los incluidos en el Régimen Especial del Mar. Asimismo, se prevé la inclusión en el sistema de protección del autoempleo colectivo, pues tanto los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado – DA 6ª- como los trabajadores autónomos que ejerzan su profesión de modo conjunto con otros bajo cualquier forma admitida en Derecho –DA 7ª-, si bien en los términos fijados en esas disposiciones y que fijan requisitos específicos para la tutela.

Por lo que refiere a la *acción protectora* –artículo 3-, el sistema de protección por cese de actividad comprende las prestaciones siguientes:

- a) La prestación económica por cese total, temporal o definitivo, de la actividad, que tiene naturaleza de prestación contributiva de la Seguridad Social ex artículo 41 CE. La cuantía de la prestación, que será la misma durante todo el periodo de disfrute, será el 70% de la base reguladora, calculándose ésta a través del promedio de las bases por las que se hubiera cotizado ruante los doce meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación legal de cese –artículo 9-. Se fijan unos topes o límites, máximo – el 175% del IPREM, si no tiene hijos a cargo, o el 200 o el 225 de dicho indicador si tiene uno o más hijos, respectivamente - y mínimo –el 107% o el 80% del IPREM, según tenga o no hijos a cargo-. La duración de la prestación estará, como es natural, en función del tiempo cotizado, y será de un mínimo de dos meses si se ha cotizado de 12 a 17 meses, y un máximo de 12 meses, si se ha cotizado de 48 meses en adelante –artículo 8.1-.

Agotada la duración máxima, será necesario esperar, si se quiere causar una nueva prestación, 18 meses -artículo 8.2-. Transcurrido ese periodo y si se reúnen los requisitos legales que definen la situación protegida podrá ver reconocido un nuevo derecho. Aunque

la Ley 32/2010 preveía sólo 12, la Ley 35/2010 los ha ampliado 6 más, confirmando la voluntad de recortar el gasto del sistema en tiempos de crisis.

- b) El abono de la cotización de Seguridad Social del trabajador autónomo, por contingencias comunes, en régimen correspondiente, que corresponderá a la entidad gestora. No existe obligación de cotizar en caso de víctimas de violencia de género.
- c) El conjunto de prestaciones relativas a la formación, orientación profesional y promoción de la actividad emprendedora de los trabajadores autónomos beneficiarios del mismo. Estas medidas se financiarán con un 1% de los ingresos obtenidos a través de las cotizaciones –el tipo de cotización será el del 2,2 %, aplicable a la base reguladora y se fijará anualmente en la LPGE-.

Un breve comentario merece el aspecto relativo al *órgano gestor*. Conforme al artículo 16 de la Ley, la gestión le corresponderá a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales con las que se tengan contratadas estas contingencias. Por lo tanto, con carácter general, a la MATEP corresponde la gestión de las funciones y servicios derivados de la prestación económica por cese de actividad de los trabajadores autónomos y proceder al reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación de las prestaciones, así como su pago, sin perjuicio de las atribuciones reconocidas a los órganos competentes de la Administración en materia de sanciones sociales. Como es natural, la recaudación de cuotas no les corresponde a ellas, sino a la TGSS –artículo 15 de la Ley-. Sólo cuando el trabajador autónomo no tenga cubiertas las contingencias profesionales con una Mutua, sino con una Entidad Gestora de la Seguridad Social –Instituto Social de la Marina para el Régimen Especial del Mar y el SPEE para el RETA-, a ésta le corresponderá la gestión (DA 4ª Ley).

Finalmente, no podemos dejar de mencionar en este brevísimo recorrido por el nuevo sistema de protección por “desempleo autónomo” –sin empleo autónomo- la previsión que se hace al reconocimiento de una *prestación no contributiva para hacer frente a situaciones actuales* de cese de actividad o pérdida de empleo autónomo. No queda claro que se configura actualmente como un “nivel asistencial” del sistema, al estilo del vigente, caóticamente cierto, para el desempleo asalariado, sino que parece más bien entenderse como una medida excepcional para la actual coyuntura, al modo del “programa temporal de protección pro desempleo e inserción” previsto para los desempleados asalariados –reconocido en el artículo 1.2 Ley 14/2009 y prorrogado, si bien con modificaciones que restringen el acceso, por el RD-Ley 12/2010, 20 agosto-. No obstante, aunque apunta a un medida de protección coyuntural afirma que se trata de una “prestación no contributiva” y le otorga el enfoque de “derecho”, por lo que parece firme su vocación de permanencia, como ha sucedido para el desempleo asalariado-.

Las claves de esta nueva prestación están en el régimen previsto por la DA 13ª de la Ley, si bien se prevé un específico desarrollo reglamentario, al que se habilita para establecer nuevos requisitos para el acceso a la prestación además de los previstos en la Ley, con lo que se produce una cierta, e indebida, deslegalización. Los aspectos básicos de esta prestación no contributiva son:

- Beneficiará a los trabajadores autónomos que hayan cesado en su actividad a partir de 1 de enero de 2009 y que no reciban ninguna otra prestación pública, por lo que tiene un carácter subsidiario.
- Tiene una naturaleza asistencial más que “no contributiva”. La razón es que sí exige una cotización previa –tres años en los últimos 5-, ligándose a la carencia de rentas -ingresos familiares por persona que no supere el 75% del SMI-.
- Su objetivo es garantizar una renta de subsistencia –la ley habla con toda impropiedad de “dar un soporte económico”, evidenciando el anglicismo a todas luces intolerable desde las más elementales exigencias de defensa de la corrección lingüística- mientras el trabajador sigue un itinerario de orientación y formación para mejorar su ocupabilidad. Por tanto, se trata de una suerte de “renta activa de inserción”. De ahí que se vincule al compromiso de búsqueda activa de empleo y se le exija un mínimo de actividad formativa -180 horas-.
- La prestación consiste en un cobro mensual de 425 Euros –es un subsidio- durante un máximo de 6 meses, vinculado al referido compromiso de actividad.

La prestación es, sorprendentemente, “compatible con otras prestaciones” de las CCAA y deberá ser regulada, por vía reglamentaria, en el plazo de tres meses, se supone que de la entrada en vigor de la Ley –por tanto serían 6 meses en total: tres para la vigencia de la Ley y tres para el desarrollo reglamentario-. Respecto a la compatibilidad con otro tipo de prestaciones autonómicas¹⁵ conviene evidenciar que algunas CCAA ya previeron una medida de este tipo, como es el caso de Cataluña. Así, después de más de un año de reivindicación por parte de la Confederación de Trabajadores Autónomos de Cataluña (CTAC), integrada en UPTA España y UGT de Cataluña, el Consell de Govern de la Generalitat aprobó una “Ayuda Temporal Extraordinaria” (ATE) como prestación de “desempleo” de emergencia para los autónomos en situación de

¹⁵ Los beneficiarios deberán estar inscritos como demandantes de empleo durante seis meses, tener un periodo cotizado de al menos tres años y no disponer de recursos económicos suficientes dentro de la unidad de convivencia. La ATE tendrá un presupuesto para el próximo ejercicio de 13 millones de euros, de los que una parte se dedicará a la orientación para el autoempleo. El sector valoró muy positivamente la consecución de este sistema de ayudas que se une a otros ya aprobados por algunas Comunidades Autónomas, aunque con diferente formato, como es el caso de Castilla La Mancha y Euskadi, y que sin duda son un ejemplo para el resto de las Administraciones Públicas y que ilustra el creciente paralelismo entre las evoluciones de los estatutos profesionales de estos colectivos.

paro que no perciban ingresos. La paga ascenderá a 425 euros mensuales con una duración máxima de seis meses y forma parte de las 30 medidas del pacto anticrisis firmado con los Agentes Sociales de Cataluña.

Más sorprendente aún ha resultado la derogación de esta norma antes de su entrada en vigor ex Ley 35/2010 de 17 septiembre.

4. OTRAS MEDIDAS DE PROMOCIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO QUE IMPLICAN AL SECTOR PRIVADO

Una característica básica de las políticas de empleo es su dimensión pública, de modo que la práctica totalidad de las medidas se vinculan a la acción de los poderes públicos, ya sean estatal, autonómico o local, al tiempo que evidencia una dimensión eminentemente económica, como se ha dicho. De ahí que para muchos, no sin razón, la política de empleo se reduzca a menudo a un instrumento de distribución de ingentes recursos desde los poderes públicos hacia los sujetos económicos. Ahora bien, tampoco puede caerse en un extremo reduccionismo y olvidar que la creación de empleo, sea por cuenta ajena sea por cuenta propia, es una cuestión social y, por tanto, asume una lógica de "responsabilidad social", en la que están implicados todos los actores, públicos y privados. Ni el mercado crea por sí mismo el equilibrio necesario entre la oferta y la demanda de empleo, como parecen entender los economistas clásicos y constituye hoy opinión mayoritaria, ni las políticas públicas son suficientes para lograrlo, como dan a entender los partidarios del institucionalismo más férreo, de ahí la necesidad de una ordenación amplia y coherente de sujetos e instrumentos y recursos, de modo que sólo desde una política de crecimiento económico socialmente sostenible será posible creer en la posibilidad de obtener ese equilibrio.

No es tampoco propósito de este trabajo, que ha pretendido más bien exponer un panorama de la actualidad de la política de empleo a favor del trabajo autónomo, el ofrecer un análisis detenido de estas otras medidas que desbordan los cauces o técnicas más recurrentes o clásicos. Como no lo es el evidenciar la conexión de la política de empleo para los autónomos con la eventual "responsabilidad social", tanto por parte de las empresas como de los poderes públicos, tópico hoy en creciente auge también en la doctrina iuslaboralista pese a ser en gran medida mítico y brumoso. Aquí sólo pretendo dar cuenta de algunas medidas originales, obedientes en gran medida a iniciativas de los privados, aunque no sólo, dirigidas a fomentar el trabajo autónomo, por tanto con más fin de dar cuenta de las oportunidades de innovación que de ser exhaustivos.

En el marco de las *políticas de fomento del ahorro privado*, y por tanto, en cierto modo de la "previsión social privada", al margen de ya citada reforma de la normativa sobre "planes de pensiones" para facilitar su rescate, también

en caso de autónomos que hayan cesado su actividad y figuren inscritos como demandantes de empleo –RD 1299/1999-, también es de destacar las iniciativas de ciertos Bancos en orden a fomentar los “*seguros de desempleo*”. Vinculados a la contratación de hipotecas y como fórmula de protección privada frente a esa eventualidad. Por lo general, estos productos de tipo financiero con “compromiso social” –cláusula social del contrato hipotecario complejo- no incluyen a los autónomos, por la sencilla razón de que éstos carecían, hasta ahora, de la cobertura de desempleo. Sin embargo, cabría preguntarse ahora, tras la nueva ley que crea un sistema de protección específico, si una previsión de este tipo no podría ser, además de resultar contraproducente para la entidad, que ve limitado su campo de acción, indicativo de un trato desigual prohibido, en virtud del principio de igualdad.

En cambio, y dentro de las políticas de captación de clientela por parte de Grandes Empresas, sí que tienen cabida cada vez más productos contractuales que suponen un “Plan de Ahorro de Costes” para autónomos y microempresarios. Es el caso, por ejemplo de las nuevas ayudas que Telefónica ofrece a sus clientes que realicen actividad por cuenta propia, de modo que mejora de este modo su posición respecto al desempleo, ya que por un lado mantiene las ayudas a los desempleados y por otro potencia la creación de empleo desde su base, las Pymes y Autónomos.

Entre este catálogo heterogéneo de medidas de fomento del trabajo autónomo, que a veces aparece difícilmente deslindable de la promoción de “falsos autónomos”, merece la pena destacar algunas iniciativas singulares de empresas de servicios. Me refiero a la propuesta de mutar en trabajadores autónomos lo que ahora son trabajadores por cuenta ajena, en la línea de la política emprendida por el GRUPO EROSKI¹⁶. No es, sin embargo, el único ejemplo, como acreditó en su día la polémica de las empresas BIMBO y PANRICO, paradigmáticas en estas políticas y en relación al fomento del trabajo autónomo económicamente dependiente. Precisamente, el Consejero Delegado de PANRICO, la Secretaria General de Empleo, y el Director General de la Economía Social, del Trabajo Autónomo y RSE presentaron el Acuerdo de Interés Profesional, firmado entre la empresa PANRICO, los sindicatos (CCOO y UGT) y las asociaciones de trabajadores autónomos que representan a transportistas económicamente dependientes. Se desarrolla así un derecho colectivo de los autónomos recogido en el ETAU, el *Acuerdo de Interés Profesional*, un instrumento de nuevo clave para avanzar en la convergencia entre las diferentes formas de empleo.

¹⁶ http://www.mtin.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/NoticiasDoc/NoticiasPortada

5. REFLEXIÓN FINAL

Ahora sí ha llegado el momento de finalizar este estudio. No vamos a volver, pues, sobre cuestiones ya planteadas, resumiendo lo que con mayor o peor fortuna se ha analizado a lo largo de estas páginas. En este espacio lo que interesa poner de relieve es el confirmar la profunda transformación institucional y normativa, por encima incluso de la social y económica, que ha experimentado en estos últimos años el trabajo autónomo como sistema de autoempleo alternativo al sistema de empleo asalariado. Éste lejos de verse desplazado o reducido con carácter general se ve complementado por aquél, de modo que el predominio que todavía mantiene el empleo asalariado sobre el empleo autónomo en un plano socio-económico no se traduce en la perpetuación de dos espacios de regulación y protección diferenciados de modo radical sino que, antes bien al contrario, están experimentando intensos y extensos procesos de convergencia en todos sus planos. Sin duda uno de los que más y mejor responden a ese nuevo principio jurídico en ciernes de equiparación reguladora y protectora es el relativo a la política y, cómo no, al Derecho Social del Empleo.

En suma, los juristas del trabajo tendremos que prestar una creciente atención a este sector socio-económico. Y para ello deberemos renovar profundamente no sólo nuestras actitudes, hasta ahora en gran medida presididas por la imagen negativa del mismo, en cuanto instrumento bien de salida resignada a las crisis –la economía social como forma de asistencia hospitalaria a desempleados y empresas- o bien como forma de huida o de elusión de la normativa laboral, sino también nuestras técnicas y garantías. Aunque ya se ha visto que siguen siendo centrales las técnicas de autoempleo basadas en medidas de tipo sociolaboral, no menos cierto es que otras nuevas garantías se imponen para hacer efectivos derechos socio-profesionales del trabajador autónomo, como aquellas que se dirigen a dar efectividad a sus derechos económicos –el cobro efectivo y puntual de su retribución, por ejemplo-. Es evidente que ya se dan las condiciones para iniciar la construcción de un nuevo edificio jurídico-institucional, como es el “Derecho Social del Trabajo Autónomo”, de un lado, y el “Derecho Social del Autoempleo”, de otro. Tiempo habrá para avanzar desde la construcción de los pilares a la edificación de sus principales plantas y estructuras en un trabajo que, como es obvio, deberá ser colectivo y afrontado, críticamente desde luego, por la comunidad científico-profesional.

LA POLÍTICA DE EMPLEO EN LA UNIÓN EUROPEA: DE LA ESTRATEGIA DE LISBOA A LA ESTRATEGIA “EUROPA 2020”

ÁNGEL LUIS DE VAL TENA

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza*

EXTRACTO

Palabras Clave: Trabajo Autónomo, Fomento

La Estrategia Europea de Empleo (Luxemburgo, 1997) supuso un primer y decisivo paso hacia una política de empleo comunitaria, coordinando la actuación de los Estados miembros. Ante los desafíos de la globalización, el incremento de la tasa de desempleo era un problema común cuya solución no podía abordarse exclusivamente desde las posiciones nacionales, de ahí que el así llamado “Proceso de Luxemburgo” iniciara una serie de actuaciones dirigidas a lograr el pleno empleo en la Unión Europea.

Este objetivo ambicioso fue ratificado posteriormente por la Estrategia de Lisboa (2000), que, sin anular la anterior, desarrolló su acción en paralelo durante varios años, de manera que ambas estrategias, con aquel objetivo compartido en materia de empleo, se complementaron, interaccionando la una sobre la otra. Es cierto que, a los cinco años de su puesta en práctica, las dos estrategias se revisaron y reforzaron, sobre todo ante las variables circunstancias económicas del momento y los cambios en la dimensión de la Unión Europea.

En la creación de un espacio europeo de empleo ha resultado eficaz y positivo el “método abierto de coordinación”, como modelo de gobierno basado en la asociación entre los Estados miembros y las instituciones de la Unión Europea, que ha impulsado los programas nacionales de reforma. Si las primeras estrategias comunitarias sobre el empleo se proyectaron en un periodo de crecimiento económico, la llegada de la crisis obligó a un profundo replanteamiento, simplificando los objetivos y perfeccionando el método de coordinación. En este nuevo marco se aprueba la Estrategia “Europa 2020”, que prevé las nuevas líneas de actuación en materia de política económica y de empleo para la próxima década.

ABSTRACT

Key Words: Autonomous Work, Promotion

The European Employment Strategy (Luxembourg, 1997) meant a first and decisive step towards a common employment policy, and the work coordination of Member States. Whiting globalization challenges, the increase of unemployment rates was a problem that could not be solved exclusively from a national perspective. That is, they implemented the so called “Luxembourg process”, which undertakes the coordination of Member States’ employment policies to reach full employment in Europe.

Such ambitious objective has been ratified later on by the Lisbon Strategy (2000) which, without forgetting the previous one, was developed in parallel, and in the sense that these two strategies with the same objective for full employment were completed together. After five years, counting from the moment of which strategies were put into practice, both strategies were revised and reinforced, mainly because of the current situation economic circumstances and the European Union changes.

In the creation of a European common place, the “open method of coordination (OMC)” has been positive and effective, as a government model based on the Member State association and the European institutions that seek national programs reforms. The first community employment strategies were set under economic growth, the crisis led to reorganize and re-think those strategies to adapt them to the situation by simplifying its objectives and improving the method of coordination. In this sense, the new European strategy called “Europe 2020” has been published and states the economic and employment policy to be implemented in the next decade.

ÍNDICE

1. ANTECEDENTES: LA COOPERACIÓN EUROPEA EN MATERIA DE EMPLEO
2. LA ESTRATEGIA EUROPEA DE EMPLEO: DEL PROCESO DE LUXEMBURGO A LA ESTRATEGIA DE LISBOA
 - 2.1. Lanzamiento de la Estrategia Europea de Empleo: la cumbre de Luxemburgo (1997)
 - 2.2.1. Objetivos e instrumentos
 - 2.2.2. El nuevo método de trabajo: el *método abierto de coordinación* (MAC)
 - 2.2. La Estrategia de Lisboa (2000): hacia la Europa de la innovación, el conocimiento y el pleno empleo
 - 2.2.1. Adaptación y refuerzo de los procesos existentes: Cardiff (reformas microeconómicas y estructurales), Colonia (reformas macroeconómicas y presupuestarias) y Luxemburgo (empleo)
 - 2.2.2. Las debilidades del mercado laboral europeo
 - 2.2.3. Objetivos
 - 2.3. Balance intermedio de la Estrategia Europea de Empleo (2002) y nuevas directrices (2003-2005)
 - 2.3.1. Redefinición y reforma de la Estrategia Europea de Empleo
 - 2.3.2. Nuevos objetivos principales
 - 2.3.3. Directrices generales y recomendaciones específicas
 - 2.4. Relanzamiento de la Estrategia de Lisboa (2005)
 - 2.4.1. El informe Kok
 - 2.4.2. Las propuestas de la Comisión Europea
 - 2.4.3. Directrices integradas: macroeconómicas, microeconómicas y de empleo
 - 2.5. Refuerzo del Programa Comunitario de Lisboa (2008-2010)
 - 2.5.1. La Estrategia de Lisboa renovada para el crecimiento y el empleo
 - 2.5.2. Directrices revisadas para las políticas de empleo
 - 2.6. Evaluación final de la Estrategia de Lisboa
3. LA NUEVA ESTRATEGIA “EUROPA 2020”
 - 3.1. Consulta de la Comisión Europea sobre la futura Estrategia “UE 2020” (2009)
 - 3.2. La propuesta de la Comisión Europea (marzo 2010): Estrategia “Europa 2020”
 - 3.3. La Estrategia “Europa 2020”: debate (marzo 2010) y aprobación definitiva (junio 2010) por el Consejo Europeo
4. REFLEXIÓN FINAL: ECONOMÍA Y EMPLEO EN LA UNIÓN EUROPEA

1. ANTECEDENTES: LA COOPERACIÓN EUROPEA EN MATERIA DE EMPLEO

Desde el Tratado de Roma (1957), el pleno empleo fue uno de los objetivos de la Comunidad Económica Europea, destacando la actuación del Fondo Social Europeo (FSE) como instrumento de ayuda para fomentar el empleo y la movilidad de los trabajadores. Con aquella finalidad, la cooperación entre los Estados miembros se centraba en la colaboración entre gobiernos dentro de organizaciones internacionales especializadas; así, en la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y en la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En la década de los noventa, se pudo advertir cómo la creación de riqueza en los países europeos no venía acompañada de un incremento sostenido del empleo, con más y mejores puestos de trabajo. Afloraron problemas estructurales que, sumados a las dificultades macroeconómicas, pusieron de

manifiesto la necesidad de dar una respuesta coordinada a nivel europeo. El “Libro Blanco de Delors” (1993), sobre el crecimiento, la competitividad y el empleo, insistía en la necesidad de articular una respuesta coordinada por parte de los Estados miembros, destacando la importancia de la formación y la cualificación, así como la necesidad de mejorar la eficacia de las instituciones del mercado laboral, el papel de la iniciativa privada o la promoción del acceso al mercado de trabajo de determinados grupos, sobre todo de jóvenes, mujeres y desempleados de larga duración; en síntesis, se proponía dar mayor importancia a las políticas activas frente a las políticas pasivas.

Sobre la base del Libro Blanco, el Consejo Europeo de Essen (1995) estableció cinco objetivos que los Estados miembros se comprometían a perseguir: desarrollo de los recursos humanos a través de la formación profesional; apoyo a las inversiones productivas mediante políticas salariales moderadas; mejora de la eficacia de las instituciones del mercado laboral; identificación de nuevas fuentes de empleo a través de las iniciativas locales; y, por último, promoción del acceso al mercado de trabajo para determinados grupos, como los jóvenes, los desempleados de larga duración y las mujeres. Sin duda, estos objetivos eran difíciles de alcanzar sin el compromiso firme de los Estados miembros.

Decisivo resultó el Tratado de Amsterdam (1997), que modificó el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. En concreto, incorporó un nuevo título sobre “Empleo” al Tratado de la Unión Europea, señalando expresamente que “los Estados miembros y la Comunidad se esforzarán (...) por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico, con vistas a lograr los objetivos¹ definidos en el artículo B del Tratado de la Unión Europea y en el artículo 2 del presente Tratado” (art. 109 N). Este Tratado, manteniendo la competencia de los Estados miembros sobre la política de empleo, refuerza notablemente el enfoque comunitario de manera global, proponiendo una estrategia coordinada para el empleo, de manera que resulta una cuestión de interés común la promoción de una mano de obra cualificada y de un mercado laboral más reactivo a los cambios económicos. Asimismo, proporciona la base jurídica para la creación de un Comité de Empleo e introduce el voto por mayoría cualificada en los ámbitos relativos al empleo, lo que facilitará la toma de decisiones.

¹ Entre otros, la Unión Europea tendrá el siguiente objetivo: “promover el progreso económico y social, un alto nivel de empleo y conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria que implicará, en su momento, una moneda única, conforme a las disposiciones del presente Tratado”.

2. LA ESTRATEGIA EUROPEA DE EMPLEO: DEL PROCESO DE LUXEMBURGO A LA ESTRATEGIA DE LISBOA

2.1. Lanzamiento de la Estrategia Europea de Empleo: la cumbre de Luxemburgo (1997)

En la Cumbre europea de Luxemburgo sobre el empleo, celebrada en noviembre de 1997, los Jefes de Estado o de Gobierno lanzaron la Estrategia Europea de Empleo (EEE), con la finalidad de coordinar las políticas nacionales en materia de empleo. Anticipaban así la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, prevista en 1999.

2.1.1. Objetivos e instrumentos

El primer objetivo de la EEE era reducir significativamente el desempleo a escala europea en cinco años.

La coordinación de las políticas nacionales de empleo tenía como fin último que los Estados miembros se comprometieran sobre un conjunto de objetivos y metas comunes, en torno a cuatro pilares:

- La empleabilidad, aumentando las posibilidades de acceder a un puesto de trabajo, incrementando la formación. Se proponía: luchar contra el desempleo de larga duración y el desempleo de los jóvenes; modernizar los sistemas de educación y de formación; realizar un seguimiento activo de los desempleados, facilitándoles una alternativa en el ámbito de la formación o del empleo (al cabo de 6 meses para los jóvenes desempleados y de 12 meses para los desempleados de larga duración); reducir el abandono escolar prematuro en un 50 por ciento, así como el establecimiento de un acuerdo marco entre la patronal y los interlocutores sociales para que las empresas intervengan en la formación y en la adquisición de experiencia.

- El espíritu empresarial, poniendo en práctica normas claras, estables y fiables para la creación y la gestión de empresas y simplificando las obligaciones administrativas para las pequeñas y medianas empresas (PYME). La estrategia consistía en reducir significativamente el coste derivado de la contratación de un trabajador adicional, facilitar el paso al empleo independiente y la creación de microempresas, desarrollar mercados de capital riesgo a fin de facilitar la financiación de las PYME y reducir las cargas fiscales que gravan el trabajo antes del año 2000.

- La adaptabilidad, que conlleva la modernización de la organización y la flexibilidad del trabajo y la elaboración de contratos adaptables a los distintos tipos de trabajo, el apoyo a la formación dentro de las empresas mediante la supresión de los obstáculos fiscales y la movilización de ayudas públicas para mejorar la competencia de la población activa, la creación de puestos de trabajo viables y un funcionamiento eficaz del mercado laboral.

- La igualdad de oportunidades, que pasa por luchar contra las diferencias entre hombres y mujeres y un mayor empleo de estas últimas, aplicando políticas de interrupción de la actividad profesional, de permiso parental y de trabajo a tiempo parcial, así como unos servicios de calidad para el cuidado de los niños. También la EEE proponía a los Estados miembros que facilitarían la reincorporación al trabajo, en particular de las mujeres.

Para conseguir aquel primer objetivo, la EEE establecía una vigilancia multilateral que alentara a los Estados miembros a aplicar políticas más eficaces en este ámbito. En concreto, se pretendía elaborar un informe conjunto sobre el empleo anual y unas directrices de empleo -prioridades que establecía la Comisión para las políticas de empleo de cada uno de los Estados miembros- que sirvieran de base para los planes nacionales de acción (PNA) elaborados por los Estados miembros.

2.1.2. El nuevo método de trabajo: el método abierto de coordinación (MAC)

Si importantes eran los objetivos perseguidos y los instrumentos conformados en la EEE, también lo fue el nuevo método de trabajo: el -así llamado- “método abierto de coordinación” (MAC). Este método proporcionaba un nuevo marco de cooperación entre los Estados miembros, con objeto de lograr la convergencia entre las políticas nacionales para realizar algunos objetivos comunes, y se iba a aplicar en ámbitos que eran competencia de los Estados miembros como el empleo, además de otros como la protección social, la inclusión social, la educación, la juventud y la formación. Era, por lo tanto, un “original experimento de promoción de políticas sociales de base continental, que pretende no sólo modificar los objetivos y las políticas, sino también las dinámicas de interacción entre los principales actores que operan en las áreas relevantes”².

En el marco de este método intergubernamental, los Estados miembros evaluaban a otros Estados miembros -control de grupo- y la Comisión desempeñaba únicamente una función de supervisión³.

Se basaba principalmente en la identificación y la definición común de los objetivos que debían cumplirse (adoptados por el Consejo, previa negocia-

² Ferrara, M. y Sacchi, S.: “The Open Method of Coordination and National Institutional Capabilities”, en Zeitlin, J. y Pochet, Ph. (Eds.): *The Open Method of Co-ordination in Action, The European Employment and Social Inclusion Strategies*, PIE Peter lang, Brussels, 2005, pág. 138.

³ Siendo positiva la participación de todos los agentes y el aprendizaje mutuo a través de las mejores prácticas, se advierte que “conlleva el reparto de responsabilidades y, por ende, la dificultad de identificar al último responsable” (TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “La interacción entre políticas activas de empleo y políticas económicas en la UE, el juego del método abierto de coordinación y sus efectos sobre la política de empleo española”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 62, 2006, pág. 77).

ción entre los Estados miembros, como manifestación del principio de subsidiariedad), los instrumentos de medida definidos conjuntamente (estadísticas, indicadores y directrices) que permitieran valorar el cumplimiento de los objetivos fijados y la “evaluación comparativa”, es decir, la comparación de los resultados de los Estados miembros y el intercambio de las mejores prácticas (supervisión efectuada por la Comisión).

En el ámbito del empleo, el MAC suponía medidas del denominado “Derecho indicativo”, que eran más o menos vinculantes para los Estados miembros, pero que no adoptaban nunca la forma de directivas, reglamentos o decisiones, imponiendo a los Estados miembros la elaboración de planes de reforma nacionales, que los transmitían a la Comisión. Por eso, los Estados miembros reaccionaron de diferentes modos a las exigencias del MAC, ante las condiciones reales de los mercados de trabajo de cada país⁴.

2.2. La Estrategia de Lisboa (2000): hacia la Europa de la innovación, el conocimiento y el pleno empleo

Para dar un nuevo impulso a las políticas comunitarias, se celebró el Consejo Europeo extraordinario de Lisboa, en marzo de 2000. En aquellos momentos, la coyuntura económica era muy favorable, de ahí que resultara conveniente adoptar medidas a largo plazo con el objetivo de que la economía de la Unión Europea fuera la más competitiva a nivel mundial y se alcanzara el pleno empleo antes del año 2010.

La universalización de la economía imponía -ya entonces- que Europa se situara a la vanguardia en todos los sectores de actividad en los que la competencia se intensificaba. Además, la creciente importancia de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en las esferas profesionales y privadas acarrea una doble consecuencia: proponer la revisión completa del sistema educativo europeo y garantizar el acceso a la formación permanente.

2.2.1. Adaptación y refuerzo de los procesos existentes: Cardiff (reformas microeconómicas y estructurales), Colonia (reformas macroeconómicas y presupuestarias) y Luxemburgo (empleo)

La EEE que se acordó en 1997 en Luxemburgo -de ahí que se le denomine “Proceso de Luxemburgo”-, junto con otras actuaciones centradas en desarrollar acuerdos para el funcionamiento de los mercados de bienes, de servicios y de capitales (“Proceso de Cardiff”, junio 1998) y en impulsar medidas ma-

⁴ Vid. DE PABLOS, J. C. y Martínez, A.: “La Estrategia Europea de Empleo: historia, consolidación y claves de interpretación”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 77, 2008, pág. 121.

croeconómicas y presupuestarias (“Proceso de Colonia”, junio 1999), constituyeron, en su conjunto, una serie de instrumentos suficientes, que se tomaron como puntos de partida y de convergencia en los trabajos y posteriores acuerdos a que se llegaron en la Cumbre de Lisboa. No se consideró necesario impulsar un nuevo proceso; al contrario, la estrategia preveía la adaptación y el refuerzo de los procesos existentes para posibilitar el crecimiento económico, el empleo y la cohesión social, de manera que pudieran desarrollar todo su potencial.

Sobre la base de tres pilares -económico, social y medio ambiental-, la Estrategia de Lisboa entendió que era el momento propicio para que los Estados miembros aprovecharan las oportunidades de la nueva economía del conocimiento y, sobre todo, para erradicar la plaga social que representa el desempleo.

2.2.2. Las debilidades del mercado laboral europeo

El objetivo de alcanzar el pleno empleo parecía posible con una situación económica favorable, si bien los primeros signos de desaceleración de la economía y los problemas estructurales complicaban sobremedida el logro de aquél objetivo.

Un análisis del mercado laboral europeo puso de relieve las siguientes carencias:

- Insuficiencia de la creación de empleos en el sector servicios, cuando éste es el más importante desde el punto de vista de la ocupación.
- Importantes desequilibrios regionales.
- Tasa de desempleo de larga duración elevada.
- Falta de adecuación entre la oferta y la demanda de mano de obra, circunstancia bastante frecuente en períodos de recuperación económica.
- Insuficiente participación de las mujeres en el mercado laboral.
- La evolución demográfica europea y, principalmente, el envejecimiento de la población.

Para superar estas dificultades se debían aplicar medios específicos, máxime cuando la recuperación económica los facilita. Además de enfrentarse a los desafíos tecnológicos y sociales, éstos deberían servir de apoyo para alcanzar el objetivo del pleno empleo.

2.2.3. Objetivos

En el plano social, el objetivo primero, aunque no único, era alcanzar cuotas de ocupación en la Unión Europea que se aproximaran al pleno empleo. Las líneas de actuación debían centrarse en los siguientes campos:

- El reto tecnológico. Las TIC, además de un reto importante, poseían también un potencial considerable sobre el empleo, por ello se proponía

mejorar la calidad y la cantidad de los empleos en la Unión Europea a corto y medio plazo, gracias al impacto de las TIC. La economía digital, que permitía mejorar la calidad de vida, era un factor de mayor competitividad y de creación de empleo.

- Una sociedad basada en el conocimiento. Para que las personas que llegaban al mercado laboral pudieran actuar en la economía del conocimiento, era necesario que su nivel de formación fuera suficientemente elevado. Como la relación inversa entre el nivel de estudios y la tasa de desempleo tendía a acentuarse, era necesario que Europa aumentara el nivel de instrucción al término de los estudios. Sólo dotándose de tales medios podía desarrollar Europa el potencial de creación de empleos que aportaban las TIC.
- Mejora de la competitividad en Europa. Para ser la zona económica más competitiva del mundo se tenían que mejorar también las condiciones de investigación y crear un clima favorable al espíritu emprendedor gracias, en particular, a la reducción de los gastos vinculados a la burocracia.
- Integración de los mercados financieros y coordinación de las políticas macroeconómicas. El potencial del euro debía constituir una oportunidad para integrar los mercados financieros europeos. Con respecto a las políticas económicas, la prioridad seguía siendo la estabilidad macroeconómica, tal como se definía en el “Pacto de estabilidad y crecimiento”, pero integrando al mismo tiempo objetivos de crecimiento y empleo. La transición hacia una economía del conocimiento suponía que las políticas estructurales desempeñaban un papel más importante que en épocas anteriores.
- Modernizar y reforzar el modelo social europeo. El modelo social europeo disponía de los recursos necesarios para apoyar la transición hacia la sociedad del conocimiento. La integración social debía promoverse favoreciendo el trabajo, garantizando regímenes de pensión viables -precisamente cuando la población europea se define como en fase de “envejecimiento”- y garantizando la estabilidad social.

En síntesis, el Consejo de Lisboa se fijó el objetivo de convertir a Europa en “la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social” en diez años. En esa estrategia global, por supuesto, la EEE adquiere todavía mayor relevancia, presentándose como complementaria.

2.3. Balance intermedio de la Estrategia Europea de Empleo (2002) y nuevas directrices (2003-2005)

La Comisión, a partir de evaluaciones nacionales que aplicaban un esquema temático común, hizo un balance intermedio de la EEE tras cinco años de aplicación⁵. Como datos positivos se destacaban la creación de empleo, la reducción del paro y el incremento de la participación en el mercado de trabajo; asimismo, se subrayaban los progresos conseguidos en los ámbitos de la modernización de la organización del trabajo y se reconocía el valor añadido del nuevo método de coordinación de las políticas nacionales de empleo. Sin embargo, recomendaba que se tuvieran en cuenta factores como el envejecimiento de la población, las disparidades regionales, la globalización y la ampliación de la Unión Europea.

Ciertamente, las tendencias del mercado de trabajo mostraban una reducción del desempleo estructural en toda la Unión Europea, un mayor crecimiento del empleo, una relación entre progresos en materia de productividad y el nivel de formación de la población y una mayor capacidad de respuesta del empleo mediante el desarrollo de los contratos de duración limitada.

El balance mostraba una mejora estructural neta del mercado de trabajo entre 1997 y 2001, que incluía:

- La creación de 10 millones de puestos de trabajo (+6,5 por ciento), 6 millones de los cuales fueron ocupados por mujeres.
- Una reducción del desempleo de más de 4 millones de personas (-25 por ciento).
- El incremento de la participación en el mercado de trabajo de 5 millones de personas, principalmente mujeres.
- La disminución del 20 al 18 por ciento de las diferencias entre hombres y mujeres en materia de tasa de empleo, y del 12 al 9 por ciento en materia de desempleo.
- La reducción de la presión fiscal global del trabajo en -aproximadamente- el 2 por ciento, e incluso el 3 por ciento para los salarios bajos.

La Comisión destacaba también que el nuevo método de coordinación de las políticas nacionales (MAC), había resultado muy eficaz para la creación de un espacio europeo de empleo. El compromiso político de los Estados miembros se traducía en planes nacionales de acción (PNA), en primer lugar para reducir el desempleo y posteriormente para definir objetivos de empleo a largo plazo. No obstante, seguían existiendo problemas estructurales y retos considerables:

⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 17 de julio de 2002, relativa al balance de cinco años de aplicación de la Estrategia Europea de Empleo [COM (2002) 416 final].

- Una reducción del número de desempleados, un 42 por ciento de los cuales se encontraban en paro de larga duración (más de 13 millones en 2001).
- La obtención de una tasa de empleo de la población activa del 70 por ciento, especialmente mediante la integración de las mujeres y los trabajadores de más edad.
- La mejora de la tasa de productividad (la diferencia entre la Unión Europea y los Estados Unidos pasó del 17,3 al 19,5 por ciento entre 1996 y 2001).
- La reducción de las grandes disparidades regionales, sobre todo por lo que respecta al desempleo, en varios Estados miembros.

2.3.1. Redefinición y reforma de la Estrategia Europea de Empleo

En este contexto, la Comisión proponía cuatro grandes temas principales que deberían abordarse con vistas a la reforma de la EEE:

- Responder a los desafíos a medio plazo. La evolución del contexto en el que se inscribe la EEE exigía una respuesta al envejecimiento de la mano de obra, a la viabilidad de los sistemas de seguridad social, a los retos de la sociedad de la información y a las desigualdades sociales. La Comisión insistía en la necesidad de crear más y mejores empleos, que fueran también más productivos. Asimismo, consideraba que la reducción de las disparidades entre diferentes grupos no era solamente una cuestión de equidad sino también de eficacia. Por otra parte, la inversión en recursos humanos y la promoción del aprendizaje permanente eran elementos necesarios para mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo europeo. Se consideraba pertinente el desarrollo continuo de los servicios de empleo a fin de colocar al mayor número posible de desempleados en el mercado de trabajo y de evitar la aparición de situaciones de congestión.

- Simplificar las directrices para el empleo sin merma de su eficacia. El objetivo consistía en clarificar las prioridades mediante una definición más nítida de las mejoras globales buscadas y los resultados que se deseaban conseguir, así como centrándose en la puesta en práctica de las directrices para el empleo. Con ello se facilitaría la comunicación entre las diferentes partes y la puesta en práctica de un seguimiento más eficaz. No obstante, la Comisión insistía en el mantenimiento de un ámbito de aplicación amplio de las directrices que debían desarrollarse en correlación con unas políticas macroeconómicas y unas políticas estructurales favorables al crecimiento y la competitividad, y políticas favorables a la integración. Asimismo, era importante que las directrices fueran estables, ya que un incremento de las prioridades y los objetivos no favorecían la eficacia del sistema. Debía mantenerse la presentación de informes anuales de los Estados miembros que permitiera una vigilancia multilateral eficaz, lo que representaba una “presión de convergencia”.

- Mejorar la cooperación entre los diferentes agentes de la EEE. Se pidió a los interlocutores sociales que pusieran sus estrategias en los diferentes niveles geográficos y sectoriales al servicio de la Estrategia de Lisboa, de manera que la Comisión les consultaría en el momento de la fase de preparación de las próximas directrices para el empleo. Se pretendía, en consecuencia, movilizar a los agentes de todos los ámbitos territoriales, teniendo en cuenta que los diferentes niveles desempeñaban un papel en materias como la formación o los servicios de empleo. Asimismo, se precisaba una mejor coordinación a nivel nacional entre los servicios de empleo, los departamentos competentes en materia de empleo y los que trabajaban en el ámbito de los asuntos financieros, la educación y la formación, la igualdad entre hombres y mujeres, la seguridad social, la justicia y los asuntos de interior, así como las cuestiones relacionadas con la sociedad de la información.

- Mejorar la coherencia y la complementariedad en relación con los otros procesos comunitarios, en particular, las Orientaciones Generales de Política Económica (OGPE). El Consejo Europeo de Barcelona de 2002 pidió que se sincronizaran el “paquete sobre el empleo” y las OGPE, con el fin de permitir un refuerzo mutuo de los dos conjuntos de instrumentos.

2.3.2. Nuevos objetivos principales

Estimando que la EEE era un elemento fundamental de apoyo a la Agenda de Lisboa, la Comisión⁶ recomendaba la simplificación de las directrices, la definición de objetivos cuantitativos, una mejor coordinación de las políticas y la movilización de los distintos agentes que intervenían en la aplicación de la EEE. Y ello con tres objetivos principales:

- El pleno empleo, mediante el incremento de las tasas generales de empleo (67 por ciento en 2005 y 70 por ciento en 2010 de media para la Unión Europea), de las tasas de empleo de las mujeres (57 por ciento y 60 por ciento, respectivamente) y la de los trabajadores mayores (50 por ciento en 2010).

- La calidad y la productividad en el trabajo, puesto que ambas están estrechamente relacionadas. La calidad incluye, en particular, la satisfacción con la remuneración y las condiciones de trabajo, la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, la existencia de una organización flexible del trabajo y de disposiciones en materia de ordenación del tiempo de trabajo, y el equilibrio entre la flexibilidad y la seguridad.

- El fortalecimiento de la cohesión social para fomentar la inserción en el mercado laboral de todas las personas que deseen trabajar (23 millones de solicitantes de empleo en 2001; la tasa de empleo de los 38 millones de personas con discapacidad no llega al 40 por ciento).

⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 14 de enero de 2003, sobre el futuro de la Estrategia Europea de Empleo [COM (2003) 6 final].

2.3.3. *Directrices generales y recomendaciones específicas*

En las Directrices para el empleo (2003) se especificaban las prioridades de las reformas estructurales que debían ponerse en práctica para alcanzar los principales objetivos económicos de la Unión Europea⁷. Así, para alcanzar los objetivos generales, el Consejo pedía a los Estados miembros que pusieran en práctica reformas estructurales para incluir:

- Medidas activas y preventivas a favor de los desempleados y de las personas inactivas, por ejemplo la identificación de las necesidades de los desempleados en una etapa temprana de su desempleo, proponiéndoles una formación, una reconversión, una nueva experiencia profesional, un empleo o cualquier otra medida que facilite su inserción profesional (antes del sexto mes para los desempleados jóvenes y del decimosegundo para los desempleados adultos), la modernización de las instituciones del mercado laboral y la evaluación regular de los programas.

- La creación de empleo y el fomento del espíritu empresarial, prestando especial atención a la explotación del potencial que ofrecían las nuevas empresas, el sector de los servicios y el de la investigación y el desarrollo. Se trataba, asimismo, de simplificar las cargas administrativas y reglamentarias para la creación de empresas y de pequeñas y medianas empresas (PYME), así como la contratación de personal, facilitar el acceso al capital y fomentar la educación y la formación en el ámbito de la dirección y la gestión de empresas.

- La promoción de la capacidad de adaptación al trabajo, de la movilidad, del diálogo social y de la responsabilidad social de las empresas, con objeto de diversificar las modalidades en términos de contratos y de trabajo, de crear un mejor equilibrio entre vida privada y vida profesional, y entre flexibilidad y seguridad. Se trataba, igualmente, de facilitar el acceso a la formación, de mejorar las condiciones en términos de salud y de seguridad, de productividad y de la calidad del trabajo. Además, los Estados miembros se debían hacer cargo de una gestión anticipada de las reestructuraciones económicas, facilitando el acceso al mercado laboral y a la formación. Debían bordar el déficit de mano de obra y los estrangulamientos del mercado de trabajo mediante la movilidad profesional y geográfica.

- La promoción del desarrollo del capital humano y del aprendizaje permanente a fin de que la proporción de las personas de 22 años que finalicen sus estudios en la enseñanza secundaria superior llegue, al menos, al 85 por ciento, y la participación de la población en edad de trabajar (entre 25 y 64 años) en el aprendizaje permanente alcance, al menos, al 12,5 por ciento de promedio en la Unión Europea. Las políticas nacionales debían fomentar, en particular,

⁷ Decisión núm. 578/2003/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros.

las inversiones en recursos humanos y el compromiso de las empresas en la formación de adultos.

- La promoción del envejecimiento activo mediante la mejora de las condiciones de trabajo, en particular la salud y la seguridad en el trabajo, del acceso a la formación profesional, de la flexibilidad de la organización del trabajo, así como mediante la supresión de las medidas de fomento de los abandonos prematuros del mercado laboral y de las jubilaciones anticipadas. Los Estados miembros debían tener como objetivo retrasar cinco años la edad efectiva media de abandono del mercado laboral (estimada en 59,9 años en 2001).

- La promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, reduciendo las diferencias en lo que respecta a la tasa de empleo, de desempleo y a la remuneración. Las diferencias de remuneración deberían rebajarse interviniendo sobre la segregación sectorial y profesional, sobre la clasificación de los empleos y sobre las diferencias en los sistemas de remuneración, así como a través de la mejora de la transparencia y del acceso a la educación y la formación. Se trataba, asimismo, de compaginar mejor la vida profesional y la vida familiar a través del aumento del número de centros de cuidado de niños a fin de acoger, al menos, a un 90 por ciento de los niños con edades comprendidas entre 3 años y la edad de escolarización obligatoria y a un 33 por ciento de los niños menores de 3 años de aquí a 2010, y facilitando el regreso al trabajo después de períodos de permiso.

- La integración de las personas desfavorecidas y la lucha contra la discriminación en el mercado laboral, en particular de los jóvenes que hayan abandonado prematuramente el sistema escolar, de los trabajadores poco cualificados, de las personas con discapacidad, de los inmigrantes y de las minorías étnicas. Los Estados miembros debían tener por objetivo reducir hasta el 2010 la proporción de jóvenes que abandonaban prematuramente el sistema escolar a un 10 por ciento (media máxima para la Unión Europea), así como la diferencia en términos de tasa de desempleo para las personas desfavorecidas y para los nacionales de terceros países con arreglo, en su caso, a las prioridades nacionales.

- Incentivos fiscales y financieros para que el trabajo resultara más atractivo, reduciendo el número de trabajadores pobres y, si procede, suprimiendo las trampas del desempleo, de la pobreza y de la inactividad, y fomentando la participación en el mercado laboral de los grupos desfavorecidos a través de la revisión -incluso la reforma- de los sistemas fiscales y de prestaciones. Los Estados miembros debían garantizar una gestión eficaz de las prestaciones de protección social que incluyera un estímulo a la búsqueda de empleo efectiva, el mantenimiento de la empleabilidad y, en su caso, la supresión de los incentivos a la inactividad. Debían reducir los tipos marginales efectivos de imposición, si eran elevados, y, en su caso, la presión fiscal que pesaba sobre los trabajadores con salarios más bajos.

- Regularización del trabajo no declarado mediante un equilibrio entre la simplificación del entorno profesional (medidas incitativas apropiadas en el sistema fiscal y de prestaciones) y la aplicación de sanciones, a fin de lograr que se respete la legislación.

- La reducción de las diferencias regionales en materia de empleo, en particular a través del desarrollo del potencial local de creación de empleo y la colaboración entre todas las partes interesadas. Los Estados miembros debían propiciar condiciones favorables para las actividades del sector privado y la inversión, destinando la ayuda pública al desarrollo del capital humano y a la creación de infraestructuras.

Del examen de los planes nacionales de acción, del análisis de las directrices generales de empleo y de las conclusiones del Grupo Europeo de Empleo, el Consejo hizo recomendaciones específicas a cada país⁸.

Así, España debía tener las siguientes prioridades:

- Hacer que los contratos fijos fueran más atractivos para los empleadores y disuadir del uso de contratos de duración determinada, a fin de contrarrestar la segmentación del mercado de trabajo.

- Hacer que la labor de las agencias de trabajo temporal tuviera un mayor atractivo para los trabajadores.

- Suprimir los obstáculos al trabajo a tiempo parcial.

- Aprovechar las posibilidades que ofrecía la diferenciación salarial en función del aumento de la productividad a nivel local, regional y sectorial.

- Aumentar los incentivos para que las mujeres participaran en el mercado de trabajo, reduciendo el coste de los servicios para el cuidado de los hijos y otras personas dependientes.

- Mejorar las medidas activas del mercado de trabajo para las personas desfavorecidas, en particular los jóvenes, las personas con discapacidad, los inmigrantes y los desempleados de larga duración; completar la modernización de los servicios públicos de empleo; potenciar la coordinación entre los servicios de empleo regionales y eliminar los últimos obstáculos a la movilidad geográfica.

2.4. Relanzamiento de la Estrategia de Lisboa (2005)

La Comisión, cinco años después del inicio de la Estrategia de Lisboa, hizo un balance de los resultados obtenidos. Constatando que la economía europea no había alcanzado los resultados previstos en materia de crecimiento, de productividad y de empleo, ralentizándose -sobre todo- la creación de empleo, mientras las inversiones en investigación y desarrollo continuaban siendo insuficientes, la Comisión proponía imprimir un nuevo impulso a la Estrategia,

⁸ Recomendación 2004/741/CE del Consejo, de 14 de octubre de 2004, sobre la aplicación de las políticas de empleo de los Estados miembros [DO L 326 de 29.10.2004].

con un nuevo proceso de coordinación simplificado, acompañado de una concentración de esfuerzos en los Planes Nacionales de Acción (PNA), insistiendo en la necesidad de una reacción urgente por parte de los Estados miembros. Ya no se hacía hincapié en los objetivos cifrados y se mantenía únicamente el de destinar el 3 por ciento del PIB a la investigación y el desarrollo en 2010.

2.4.1. El informe Kok

Para la revisión intermedia y posterior relanzamiento de la Estrategia de Lisboa, la Comisión Europea encargó un informe al grupo de alto nivel presidido por Win Kok; informe titulado “Hacer frente al problema: la Estrategia de Lisboa para el crecimiento y el empleo” (noviembre 2004). En el informe se evaluaban los avances obtenidos en el marco de la Estrategia de Lisboa, destacando la ausencia de acciones políticas comprometidas, así como la incapacidad de completar el mercado interior de bienes y de crear el de servicios; asimismo, criticaba, una agenda de trabajo sobrecargada, la falta de coordinación y la incompatibilidad de las prioridades.

2.4.2. Las propuestas de la Comisión Europea

La Comisión decidió no centrar la atención en los objetivos cifrados sino en las acciones que debían llevarse a cabo. La fecha de 2010 y los objetivos relacionados con las diversas tasas de empleo ya no se consideraban prioritarios. En este contexto, se pretendían reactivar las prioridades políticas, particularmente en materia de crecimiento y de empleo.

Para lograr avances, los Estados miembros debían concentrar sus esfuerzos en las reformas acordadas en el marco de la Estrategia y aplicar políticas macroeconómicas orientadas hacia la estabilidad y políticas presupuestarias sanas. Era indispensable una asociación renovada para el crecimiento y el empleo que permitiera imprimir un nuevo impulso a la Estrategia de Lisboa. Con el fin de promover el crecimiento, la Comisión proponía:

- Hacer que la Unión Europea fuera más atractiva para los inversores y los trabajadores desarrollando el mercado interior, mejorando las reglamentaciones nacionales y la europea, garantizando mercados abiertos y competitivos tanto dentro como fuera de Europa y, por último, ampliando y mejorando las infraestructuras europeas.

- Fomentar el conocimiento y la innovación, aumentando las inversiones en investigación y desarrollo, facilitando la innovación, la adopción de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), el uso sostenible de los recursos y la contribución a la creación de una base industrial europea sólida.

La nueva propuesta de la Comisión, relativa al marco financiero para el periodo 2007-2013, reflejaba además un cambio de orientación en favor del

crecimiento y del empleo. Con el fin de crear más puestos de trabajo y de mejor calidad, la Comisión preveía:

- Atraer a un mayor número de personas hacia el mercado de trabajo y modernizar los sistemas de protección social. Los Estados miembros y los interlocutores sociales debían aplicar políticas que incentivaran a los trabajadores a permanecer activos y disuadirlos de que abandonen prematuramente el mundo laboral; asimismo, debían reformar el sistema de protección social con el fin de lograr un mejor equilibrio entre seguridad y flexibilidad.

- Mejorar la capacidad de adaptación de los trabajadores y de las empresas y aumentar la flexibilidad de los mercados de trabajo para ayudar a Europa a adaptarse a las reestructuraciones y a la evolución de los mercados; la simplificación del reconocimiento mutuo de las cualificaciones profesionales debía facilitar la movilidad de la mano de obra en toda Europa; los Estados miembros debían eliminar lo antes posible cualquier tipo de restricción en este ámbito.

- Invertir más en capital humano mediante la mejora de la educación y las cualificaciones.

La Comisión, por último, insistía en un reparto de responsabilidades más claro y eficaz.

Proponía una coordinación que simplifique el número de informes y su presentación; también que los programas nacionales relacionados con la Estrategia de Lisboa se presentaran en un formato que reuniera tres procesos de coordinación: políticas del mercado del empleo (proceso de Luxemburgo); reformas microeconómicas y estructurales (proceso de Cardiff); medidas macroeconómicas y presupuestarias (proceso de Colonia).

Además, la Comisión preveía presentar directrices integradas para el empleo y las orientaciones generales de política económica en un mismo documento. Estas directrices se referirían simultáneamente a las políticas macroeconómicas, al empleo y a las reformas estructurales.

2.4.3. Directrices integradas: macroeconómicas, microeconómicas y de empleo

Las directrices integradas para el crecimiento y el empleo para el período 2005-2008 reunieron en un texto único, coherente y simplificado las Orientaciones Generales de Política Económica (OGPE) y las directrices de empleo. Constituían el instrumento político principal para el desarrollo y la aplicación de la Estrategia de Lisboa.

Las directrices de empleo pasaban a exponerse, por tanto, en un instrumento político integrado, que abarcaba tanto el ámbito macroeconómico como el microeconómico de la Unión Europea. Dicho instrumento presentaba de este modo una visión estratégica clara de los desafíos europeos y permitía a la Unión canalizar los esfuerzos de los Estados miembros sobre las acciones prioritarias. Algunas directrices de empleo debían aplicarse de manera cohe-

rente con las directrices correspondientes de los demás ámbitos. Esto permitía el refuerzo mutuo de los diferentes ámbitos de la economía.

En primer lugar, con el fin de atraer a más personas para que se incorporaran al mercado de trabajo y modernizar los sistemas de protección social, la Comisión proponía:

- Aplicar políticas de empleo conducentes al pleno empleo, la mejora de la calidad y la productividad del trabajo y el fortalecimiento de la cohesión social y territorial (Directriz Integrada núm. 17).

- Promover un enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida (Directriz Integrada núm. 18).

- Asegurar unos mercados de trabajo integradores, aumentar el atractivo del trabajo y hacer que el trabajo resulte remunerador para los solicitantes de empleo, entre ellos las personas desfavorecidas y las personas inactivas (Directriz Integrada núm. 19).

- Mejorar la adecuación a las necesidades del mercado de trabajo (Directriz Integrada núm. 20).

En segundo lugar, para mejorar la adaptabilidad de los trabajadores y las empresas y aumentar la flexibilidad de los mercados laborales, la Comisión proponía:

- Promover la flexibilidad combinada con la seguridad del empleo y reducir la segmentación del mercado de trabajo, prestando la debida atención al papel de los interlocutores sociales (Directriz Integrada núm. 21).

- Asegurar una evolución de los costes laborales y establecer mecanismos de fijación de salarios que favorezcan el empleo (Directriz Integrada núm. 22).

En tercer lugar, para incrementar la inversión en capital humano, mejorando la educación y las cualificaciones, la Comisión proponía:

- Ampliar y mejorar la inversión en capital humano (Directriz Integrada núm. 23).

- Adaptar los sistemas de educación y de formación para que respondan a las nuevas exigencias en materia de competencias (Directriz Integrada núm. 24).

2.5. Refuerzo del Programa Comunitario de Lisboa (2008-2010)

La Comisión presentó una serie de acciones para poner en marcha el segundo ciclo (2008-2010) de reformas de la Estrategia de Lisboa para el crecimiento y el empleo, al objeto de alcanzar sus objetivos. A tal efecto, la actuación de la Unión Europea y de los Estados miembros debía reforzarse en cuatro ámbitos prioritarios: el aprovechamiento del potencial de las empresas; la inversión en capital humano y la modernización del mercado laboral; el conocimiento y la innovación; y la lucha contra el cambio climático y la eficacia energética.

2.5.1. La Estrategia de Lisboa renovada para el crecimiento y el empleo

La Estrategia de Lisboa había demostrado su valía. Desde el nuevo impulso que se le dio en 2005, se habían creado en Europa más de 6,5 millones de puestos de trabajo, con lo que el paro había descendido al nivel más bajo de los últimos veinticinco años. El crecimiento, por su parte, había sido constante. Sin embargo, Europa debía hacer frente a una desaceleración económica mundial y afrontar retos a largo plazo sin precedentes (el envejecimiento demográfico, la mundialización, el cambio climático, la dependencia energética, etc.).

Para completar el Programa Comunitario de Lisboa (PCL), la Comisión identificó unos objetivos que presentaban, o bien un verdadero valor añadido a escala comunitaria, o bien una fuerte incidencia sobre el crecimiento y el empleo en la Unión Europea. Esos objetivos se apoyaban en las directrices integradas y se enmarcaban plenamente en los cuatro ámbitos prioritarios de la Estrategia de Lisboa, a saber:

- La inversión en capital humano y la modernización del mercado de trabajo. Unos recursos humanos mejor adaptados a las necesidades de los mercados de trabajo constituían al mismo tiempo la clave de una Europa competitiva a escala mundial y el fundamento de una mayor autonomía para las personas.

- La energía y el cambio climático. Era esencial completar el mercado interior de la electricidad y el gas introduciendo un sistema de intercambio de cuotas de emisión. Resultaba, pues, fundamental adoptar medidas legislativas que permitieran alcanzar los objetivos de la Unión Europea en lo relativo a la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y a las energías renovables, a fin de que estas últimas representaran el 20 por ciento del consumo energético en 2020. Además, era indispensable orientar la política industrial hacia un consumo sostenible. Por eso la Comisión proponía crear un mercado interior de las tecnologías medioambientales y promover mercados piloto para las tecnologías de ahorro de energía.

- El refuerzo de la competitividad económica, aprovechando el potencial de las empresas, especialmente de las PYME, que representan más del 99 por ciento de las empresas y emplean al 67 por ciento de la mano de obra de la Unión Europea. El potencial de crecimiento y empleo de las PYME seguía sin estar plenamente aprovechado.

- El apoyo al conocimiento y la innovación, creando una quinta libertad del mercado único, basada en el triángulo que conforman la investigación, la innovación y la educación, con el fin de generar un Espacio Europeo de la Investigación. Esto conllevaba una concentración y una utilización más eficaz de los recursos de I+D, así como convocatorias de proyectos comunes en este ámbito.

2.5.2. Directrices revisadas para las políticas de empleo

Como en el periodo anterior, las directrices para el empleo constituían uno de los tres bloques de las directrices integradas del periodo 2008-2010. Completaban, de nuevo, las Orientaciones Generales de Política Económica 2008-2010 (OGPE), respondiendo a las políticas macroeconómicas y las reformas microeconómicas nacionales.

Los Estados miembros debían aplicar políticas que permitieran lograr el pleno empleo, mejorar la calidad y la productividad del trabajo, y fortalecer la cohesión social y territorial (orientación núm. 17). De este modo, en 2010, la Unión Europea debía alcanzar una tasa general de empleo del 70 por ciento, una tasa de empleo femenino de, al menos, el 60 por ciento y una tasa de empleo de trabajadores de edad (de 55 a 64 años) del 50 por ciento.

La Comisión proponía tres ámbitos de acción prioritarios para el crecimiento y el empleo:

- Atraer a más personas para que se incorporaran al mercado de trabajo, incrementar la oferta de mano de obra y modernizar los sistemas de protección social. Teniendo en cuenta el envejecimiento de la población europea, las políticas de empleo debían estar más adaptadas a las distintas etapas del ciclo de vida (orientación núm. 18). Las acciones debían promover la prolongación de la participación en el empleo y el envejecimiento activo, garantizando la modernización y la viabilidad de los sistemas de protección social (incluidos los relativos a las jubilaciones y la salud). Las políticas debían permitir una mejor conciliación de la vida familiar y profesional, mediante el desarrollo de servicios de guardería y de cuidado de personas dependientes.

El mercado de trabajo europeo debía favorecer la inserción y lograr que el trabajo resultara más atractivo, en especial, para los solicitantes de empleo. Debía constituir un factor de inserción social (orientación núm. 19). En este sentido, se debían aplicar medidas de inclusión activa tempranas y personalizadas, así como incentivos y medidas disuasivas en relación con los impuestos y las prestaciones sociales. En suma, deberían crearse nuevos empleos en los servicios a los individuos y a las empresas.

Se podía lograr una mayor adecuación entre la demanda y la oferta de empleo (orientación núm. 20) mediante la modernización de las estructuras nacionales del mercado de trabajo, difundiendo las vacantes de empleo y de formación de forma más transparente y previendo el déficit de mano de obra. También era esencial promover la movilidad intraeuropea y aprovechar la oferta de mano de obra inmigrante.

- Mejorar la adaptabilidad de los trabajadores y de las empresas a la coyuntura. Para afrontar mejor los cambios económicos y sociales, el mercado de trabajo debía ser más flexible y homogéneo, garantizando la seguridad del empleo (orientación núm. 21). Los Estados miembros debían integrar estos objetivos

en sus legislaciones nacionales y promover métodos de organización del trabajo innovadores. Debían prever los cambios económicos para reducir los costes sociales derivados y facilitar las transiciones profesionales de los trabajadores.

La evolución de los costes laborales y el establecimiento de mecanismos de fijación de salarios debían favorecer el empleo (orientación núm. 22). Los interlocutores sociales debían establecer marcos de negociación salarial que tomaran en consideración los objetivos de productividad y del mercado de trabajo. Sin embargo, debía reducirse la presión fiscal sobre los trabajadores con salarios más reducidos.

- Invertir en capital humano mediante la mejora de la educación y de las cualificaciones.

Debía ampliarse la inversión en capital humano (orientación núm. 23). Esto se lograría a través de políticas inclusivas en materia de educación y formación, en todos los niveles de enseñanza. Este objetivo también debía alcanzarse reduciendo el número de alumnos que abandonaban la escuela prematuramente. En fin, se debían adoptar estrategias en materia de educación y formación permanentes, que podían estar respaldadas, sobre todo, por incentivos financieros.

Los sistemas de educación y de formación debían adaptarse mejor a las exigencias en materia de competencias (orientación núm. 24). Se debía garantizar la apertura y calidad de estos sistemas así como la diversidad de la oferta de formación y de las oportunidades de movilidad. Todo el mundo debía poder tener acceso a la educación y la formación, en especial, mediante la organización del tiempo de trabajo, la orientación profesional y el reparto de los costes. La educación y la formación no formales e informales debían estar mejor reconocidas y convalidadas.

2.6. Evaluación final de la Estrategia de Lisboa

La Estrategia de Lisboa, que se puso en marcha en 2000 como respuesta a los desafíos de la globalización y del envejecimiento, tuvo un objetivo original muy ambicioso: convertir la economía europea, basada en el conocimiento, en la más competitiva y dinámica del mundo, con capacidad para crecer de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social, pero respetando el medio ambiente. Para conseguirlo, la Unión Europea debía aumentar su productividad y competitividad frente a una competencia global cada vez más fuerte, el cambio tecnológico y el envejecimiento de la población. De todos modos, se reconocía que la agenda de reformas no podía llevarse a cabo sólo a nivel de la Unión Europea porque, como muchas áreas implicaban competencias de los Estados miembros, resultaba necesaria una estrecha colaboración entre éstos y la Unión Europea para obtener resultados positivos.

Ciertamente, la Estrategia para el crecimiento y el empleo fue evolucionando gradualmente hacia una estructura excesivamente compleja, con objetivos y acciones múltiples y una división confusa de las responsabilidades y tareas, particularmente entre la Unión Europea y los Estados miembros. Ante esta realidad y tras una revisión intermedia, la estrategia de Lisboa se relanzó en 2005, priorizando el crecimiento y el empleo, al mismo tiempo que se establecía una nueva estructura de gobernanza basada en un enfoque de asociación entre los Estados miembros y las instituciones de la Unión Europea.

Un Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión realiza la evaluación de la Estrategia de Lisboa⁹. En el mismo, de entrada, se advierte que, al evaluar los diez años de la Estrategia de Lisboa, lo relevante debe ser el impacto en el crecimiento y el empleo, si bien la evaluación de este impacto no es fácil, fundamentalmente porque el ciclo económico y los acontecimientos exteriores, así como las políticas públicas, desempeñan un papel determinante. Además, como también se pretendía mejorar el ritmo y la calidad de las reformas a nivel nacional y europeo, la evaluación debe también considerar si la Estrategia configuró las agendas de la reforma, forjando un mayor consenso entre los interesados respecto de los retos y respuestas políticas.

Hay dos datos objetivos que, sin duda, distorsionan esta evaluación final. Por una parte, la Unión ha crecido de quince Estados miembros en 2000 a veintisiete en la actualidad y el euro se ha convertido en una divisa importante: la pertenencia a la eurozona ha crecido de doce países en 1999 a dieciséis actualmente y el euro ha constituido un ancla para la estabilidad macroeconómica durante la crisis actual. Por otra parte, la Estrategia de Lisboa ha llegado a su fin en un momento en que el impacto de la crisis económica se deja sentir profundamente en Europa. La crisis ha tenido efectos profundos y duraderos en las economías de Europa: el PIB disminuyó un 4 por ciento en 2009; el desempleo se acerca al 10 por ciento; las finanzas públicas están destrozadas, con un déficit que alcanzan el 7 por ciento del PIB; y los niveles de deuda han aumentado un 20 por ciento en dos años, dando al traste con veinte años de saneamiento.

Según el citado documento de la Comisión, la Estrategia de Lisboa, en su conjunto, “ha tenido un impacto positivo en la Unión Europea, aunque no se hayan alcanzado sus objetivos principales”; recordemos algunas cifras: un nivel de empleo del 70 por ciento y un gasto en I+D del 3 por ciento del PIB. Es cierto que el nivel de empleo de la Unión Europea alcanzó el 66 por ciento en 2008 (frente al 62 por ciento de 2000), antes de volver a caer a consecuencia de la crisis; pero la Unión Europea no ha logrado superar el desfase de incremento de la productividad con respecto a los principales países industrializados: el

⁹ Cfr. Documento de Evaluación de la Estrategia de Lisboa [SEC(2010) 114 final].

gasto total en I+D en la Unión Europea, expresado como porcentaje del PIB, apenas mejoró marginalmente (del 1,82 por ciento en 2000 al 1,9 por ciento en 2008). Sin embargo, sería demasiado simplista concluir que la Estrategia ha fracasado por no haber alcanzado estos objetivos.

El documento de evaluación concluye, en síntesis, que la Estrategia de Lisboa ha contribuido a crear un amplio consenso sobre las reformas que necesita la Unión Europea y ha logrado beneficios concretos para los ciudadanos y las empresas, aunque un mayor empleo no siempre ha logrado sacar a los ciudadanos de la pobreza. Las reformas estructurales han hecho a la economía de la Unión Europea más resistente y nos han ayudado a afrontar mejor la crisis económica. Pese a ello, la Estrategia de Lisboa no estaba suficientemente preparada para abordar parte de las causas de la crisis desde el principio. Si bien se avanzó mucho, el ritmo de ejecución de las reformas fue lento y desigual. Asimismo, un vínculo más fuerte entre la Estrategia de Lisboa y otros instrumentos o medidas e iniciativas sectoriales de la Unión Europea habría mejorado su eficacia.

En cuanto al método seguido, la asociación entre la Unión Europea y los Estados miembros ha sido generalmente una experiencia positiva. Se ha intensificado el aprendizaje político y el intercambio de buenas prácticas. Pero la aplicación ha sido desigual, con unas estructuras de gobernanza débiles. Quizá por eso las recomendaciones específicas para cada país han tenido un impacto variable.

Sin duda, el saneamiento presupuestario creó las condiciones para un estímulo fiscal coordinado cuando la crisis comenzó a sentirse y la demanda disminuyó, y contribuyó inicialmente a estabilizar la economía, evitando un ciclo vicioso de demanda decreciente, menor inversión y mayor desempleo. De otra parte, las reformas acordadas en el contexto de la Estrategia de Lisboa han producido beneficios tangibles, incluido un mayor empleo (antes de la crisis se crearon 18 millones de nuevos puestos de trabajo), un entorno empresarial más dinámico, con menos burocracia y más posibilidades de elección para los consumidores, y un futuro más sostenible. Aunque es difícil demostrar un nexo causal entre las reformas de la Estrategia de Lisboa y los resultados en términos de crecimiento y empleo, existen pruebas de que las reformas han desempeñado un papel importante. Con todo, el aumento del empleo no ha llegado suficientemente a las personas que se encontraban más alejadas del mercado de trabajo. Algunos grupos siguen enfrentándose a dificultades específicas como un limitado acceso a la formación para quienes carecen de cualificaciones, o la falta de servicios de capacitación. En algunos Estados miembros, además, el mercado de trabajo sigue estando segmentado.

La renovación de la Estrategia en 2005 contribuyó a aclarar su ámbito y objetivos. En particular, la definición de cuatro áreas prioritarias (investigación e innovación; inversión en las personas y modernización de los mercados de

trabajo; apertura del potencial empresarial, particularmente de las PYME; y energía y cambio climático) supuso un importante paso adelante en la definición de los objetivos en los que debía centrarse el programa. En todos los Estados miembros, estas cuestiones ocupan ahora los primeros lugares en las prioridades políticas, demostrando la capacidad de la Estrategia de Lisboa para determinar la agenda de reformas. Por ejemplo, el éxito del concepto de “flexi-guridad” representa la capacidad de la Estrategia de Lisboa para fomentar y centrar los debates políticos y generar soluciones mutuamente aceptables, aunque en muchos casos aún es preciso aplicar las medidas pertinentes.

No obstante, este balance positivo ha quedado ensombrecido por la crisis financiera y económica de origen internacional que se ha desarrollado desde principios de 2008, quebrando la larga senda de crecimiento económico y del empleo que vivió la economía europea desde mediados de los noventa.

En España, sobre todo, la consecuencia más grave ha sido una intensa destrucción de empleo. En los últimos dos años se han perdido en nuestro país más de dos millones de puestos de trabajo y el desempleo ha crecido en casi dos millones y medio de personas, lo que ha duplicado la tasa de paro hasta acercarse al 20 por ciento. Por ello, recuperar la senda de la creación de empleo constituye el objetivo último fundamental de todas las políticas públicas.

Es indudable que la principal y directa causa de la pérdida de empleo durante los últimos dos años ha sido la caída de la actividad productiva; fenómeno común en los países de nuestro entorno socioeconómico, y en particular en los integrantes de la eurozona. Pero en España la incidencia de esta contracción productiva sobre el empleo ha sido superior a la sufrida en otros países. Y existe una amplia coincidencia en señalar como responsables de este negativo comportamiento tanto a las diferencias en la estructura productiva del crecimiento económico, como a algunas particularidades estructurales de nuestro mercado laboral, que las reformas abordadas en las últimas décadas no han logrado eliminar o reducir de forma sustancial. A su corrección se dirigen esencialmente las medidas contenidas en el reciente RD-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo¹⁰.

3. LA NUEVA ESTRATEGIA “EUROPA 2020”

3.1. Consulta de la Comisión Europea sobre la futura Estrategia “UE 2020” (2009)

A finales de 2009, la Comisión presentó un documento de consulta pública sobre un nuevo programa cuyo fin era ofrecer mejores perspectivas de futuro a

¹⁰ BOE de 17 de junio de 2010.

la economía de la Unión Europea: Estrategia “UE 2020”¹¹. Sobre la base de los logros y enseñanzas de la Estrategia de Lisboa, esta nueva estrategia debería centrarse en impulsar la recuperación económica, superando la situación de la crisis y afianzando el crecimiento, de manera que se impida que otra similar pueda reproducirse en el futuro. Los objetivos a perseguir serían tres: crear valor basando el crecimiento en el conocimiento, potenciar el papel de los ciudadanos en unas sociedades inclusivas y crear una economía competitiva, conectada y más verde. Para cada uno de estos objetivos, los Estados miembros son invitados a establecer objetivos nacionales para cinco años, adaptados a sus situaciones particulares de partida.

El documento de consulta proponía que el texto definitivo incluyera unas “directrices integradas”, que confirmen las prioridades políticas en pro de las cuales deberían cooperar los Estados miembros con la propia la Unión Europea. Estas nuevas directrices sustituirían a las vigentes, establecidas conforme a la Estrategia de Lisboa desde 2005.

Con las aportaciones recibidas -el plazo finalizó el 15 de enero de 2010- de parte de los Estados miembros, la Comisión debía elaborar una propuesta detallada al Consejo Europeo de primavera.

3.2. La propuesta de la Comisión Europea (marzo 2010): Estrategia “Europa 2020”

La estrategia “Europa 2020” presenta una visión de la economía social de mercado de Europa para la próxima década y se basa en tres áreas prioritarias, interrelacionadas, que se refuerzan mutuamente:

- Crecimiento inteligente, desarrollando una economía basada en el conocimiento y la innovación.
- Crecimiento sostenible, fomentando una economía de bajo nivel de carbono, eficiente en términos de recursos y competitiva.
- Crecimiento integrador, estimulando una economía con un alto nivel de empleo que fomente la cohesión social y territorial.

El progreso hacia estos fines se medirá en función de cinco objetivos principales representativos en el ámbito de la Unión Europea, que los Estados miembros deberán traducir en objetivos nacionales:

- El 75 por ciento de la población entre 20 a 64 años de edad debería tener empleo.
- El 3 por ciento del PIB de la Unión Europea debería invertirse en I+D.
- Debería alcanzarse el objetivo «20/20/20» en materia de clima y energía.
- La tasa de abandono escolar debería ser inferior al 10 por ciento y, al

¹¹ COM (2009) 647 final.

menos, el 40 por ciento de los jóvenes debería tener estudios superiores completos.

- El riesgo de pobreza debería amenazar a 20 millones de personas menos.

Para lograr estos objetivos, la Comisión propone la agenda “Europa 2020”, consistente en una serie de grandes iniciativas. Ahora bien, la ejecución de estas iniciativas es una prioridad compartida, y la acción necesaria se deberá emprender a todos niveles: organizaciones comunitarias, Estados miembros, autoridades regionales y locales. De ahí que, para garantizar que cada Estado miembro adapte la Estrategia “Europa 2020” a su situación particular, la Comisión proponga que los objetivos de la Unión Europea se traduzcan en objetivos y trayectorias nacionales.

Aquellos objetivos son representativos de las tres prioridades de crecimiento inteligente, sostenible e integrador, pero no son exhaustivos ya que será precisa una amplia gama de acciones a nivel nacional, comunitario e internacional para sustentarlos.

La Comisión propone siete iniciativas emblemáticas para catalizar los avances en cada tema prioritario:

- “Unión por la innovación”, con el fin de mejorar las condiciones generales y el acceso a la financiación para investigación e innovación y garantizar que las ideas innovadoras se puedan convertir en productos y servicios que generen crecimiento y empleo.

- “Juventud en movimiento”, para mejorar los resultados de los sistemas educativos y facilitar la entrada de los jóvenes en el mercado de trabajo.

- “Una agenda digital para Europa”, con el fin de acelerar el despliegue de internet de alta velocidad y beneficiarse de un mercado único digital para las familias y empresas.

- “Una Europa que utilice eficazmente los recursos”, para ayudar a deslizar crecimiento económico y utilización de recursos, apoyar el cambio hacia una economía con bajas emisiones de carbono, incrementar el uso de fuentes de energía renovables, modernizar nuestro sector del transporte y promover la eficacia energética.

- “Una política industrial para la era de la mundialización”, para mejorar el entorno empresarial, especialmente para las PYME, y apoyar el desarrollo de una base industrial fuerte y sostenible, capaz de competir a nivel mundial.

- “Agenda de nuevas cualificaciones y empleos”, para modernizar los mercados laborales y potenciar la autonomía de las personas mediante el desarrollo de capacidades a lo largo de su vida, con el fin de aumentar la participación laboral y adecuar mejor la oferta y la demanda de trabajos, en particular mediante la movilidad laboral.

- “Plataforma europea contra la pobreza”, para garantizar la cohesión social y territorial, de tal forma que los beneficios del crecimiento y del empleo

sean ampliamente compartidos y las personas que sufren de pobreza y exclusión social pueden vivir dignamente y tomar parte activa en la sociedad.

Estas siete iniciativas se materializarán tanto en la Unión Europea como en los Estados miembros. Instrumentos de la Unión Europea como el mercado único, las ayudas financieras y los instrumentos de política exterior se movilizarán plenamente para hacer frente a los problemas y alcanzar los objetivos de “Europa 2020”.

Para obtener resultados, será necesaria una gobernanza económica más fuerte. La Estrategia “Europa 2020” se basará en dos pilares: el enfoque temático ya señalado, que combina prioridades y objetivos principales; e informes nacionales, que ayudarán a los Estados miembros a desarrollar sus estrategias para volver a un crecimiento y unas finanzas públicas sostenibles. En la Unión Europea se adoptarán directrices integradas para cubrir el ámbito de aplicación de las prioridades y objetivos establecidos. Y se harán recomendaciones específicas a los Estados miembros, pudiendo emitirse advertencias políticas en caso de respuesta inadecuada. La presentación de informes sobre “Europa 2020” y la evaluación del “Pacto de Estabilidad y Crecimiento” se llevarán a cabo simultáneamente, aunque manteniendo dichos instrumentos por separado y la integridad del Pacto.

El Consejo Europeo tendrá plena potestad para la nueva Estrategia y constituirá la pieza central del dispositivo. La Comisión supervisará los avances hacia los objetivos, facilitará el intercambio político y hará las propuestas necesarias para orientar la acción y promover las iniciativas emblemáticas de la Unión Europea. El Parlamento Europeo será la fuerza motriz que movilice a los ciudadanos y actuará como colegislador en iniciativas clave. Este enfoque de colaboración debería extenderse a los comités de la Unión Europea, los parlamentos nacionales y las autoridades nacionales, regionales y locales, los interlocutores sociales, las partes interesadas y las organizaciones sociales, con el fin de que todos puedan aportar algo a la consecución de los objetivos.

En definitiva, la Comisión propuso que el Consejo Europeo respaldara el enfoque de la Estrategia y los objetivos principales de la Unión Europea y que aprobara los detalles de la Estrategia, incluyendo las directrices integradas y los objetivos nacionales.

3.3. La Estrategia “Europa 2020”: debate (marzo 2010) y aprobación definitiva (junio 2010) por el Consejo Europeo

A propuesta de la Comisión, el Consejo Europeo, celebrado durante los días 25 y 26 de marzo de 2010, debatió la nueva Estrategia “Europa 2020” para el empleo y el crecimiento, alcanzando un acuerdo sobre sus principales contenidos, incluidos los objetivos clave que orientarán su aplicación y los acuerdos para su supervisión mejorada.

Así, en primer lugar, el Consejo Europeo refrendó los siguientes objetivos prioritarios, que constituyen la meta compartida que orienta la actuación de los Estados miembros y de la Unión:

- Aumentar hasta el 75 por ciento la tasa de empleo de los hombres y mujeres de edades comprendidas entre los 20 y los 64 años, incluso mediante una mayor participación de los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los trabajadores de menor cualificación, mejorando la integración de los migrantes legales.

- Mejorar las condiciones de la investigación y el desarrollo, en particular con el objetivo de aumentar los niveles combinados de inversión pública y privada en este sector hasta el 3 por ciento del PIB.

- Reducir la emisión de gases de efecto invernadero en un 20 por ciento con respecto a los niveles de 1990, incrementar hasta el 20 por ciento la proporción de las energías renovables en el consumo final de energía y avanzar hacia un aumento del 20 por ciento en el rendimiento energético. La Unión Europea se compromete a adoptar una decisión para avanzar hacia una reducción del 30 por ciento en comparación con los niveles de 1990 a más tardar en 2020, como oferta condicionada con vistas a un acuerdo mundial y general para el periodo posterior a 2012, siempre que otros países desarrollados se comprometan a aplicar reducciones comparables de emisiones y que los países en desarrollo contribuyan de manera adecuada en función de sus respectivas responsabilidades y capacidades.

- Mejorar los niveles de educación, en particular con el objetivo de reducir el índice de abandono escolar e incrementar el porcentaje de la población que finaliza los estudios de enseñanza superior o equivalente.

- Promover la integración social, en particular mediante la reducción de la pobreza.

A la vista de los objetivos prioritarios, los Estados miembros establecerán sus objetivos singulares. Y lo harán según sus respectivos procedimientos decisorios y en el marco de un diálogo con la Comisión para comprobar la coherencia con los objetivos prioritarios de la Unión Europea.

El Consejo ya ha presentado dos instrumentos jurídicos que contienen las orientaciones generales para la política económica y para la política de empleo, instrumentos diferentes, aunque conectados intrínsecamente. De una parte, la Recomendación del Consejo de 27 de abril de 2010, sobre directrices generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión¹², y, de otra, la Decisión del Consejo sobre directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros¹³. Estas directrices, aplicadas mediante los instrumentos

¹² Parte I de la “Europa 2020” Directrices Integradas [COM (2010) 193 final]

¹³ Parte II de la “Europa 2020” Directrices Integradas [SEC (2010) 488 final]

jurídicos mencionados, constituyen conjuntamente las Directrices Integradas para la aplicación de la Estrategia “Europa 2020”. Son directrices integradas para garantizar que las políticas nacionales y comunitarias contribuyan plenamente al logro de los objetivos de la Estrategia “Europa 2020”. Y en aras de la coherencia y la claridad, su número es limitado y reflejan las conclusiones del Consejo Europeo. En efecto, se reducen de veinticuatro a diez el número de Directrices Integradas a las que deben responder los diferentes objetivos nacionales que orienten los nuevos Planes Nacionales de Reforma. Reagrupamiento que, a juicio de la Comisión Europea, se hace para lograr una mayor concreción, posibilitando un mejor control por parte de este órgano. De estas diez directrices adoptadas, las seis primeras abordan la política económica de los Estados miembros de la Unión Europea, mientras que las cuatro últimas se ocupan de las políticas de empleo, en su sentido más amplio.

Las directrices integradas para las políticas de empleo de los Estados miembros son las siguientes:

- Aumentar la participación en el mercado laboral y reducir el desempleo estructural (Directriz Integrada núm. 7).

- Conseguir una población activa cualificada que responda a las necesidades del mercado laboral, promoviendo la calidad del trabajo y el aprendizaje permanente (Directriz Integrada núm. 8).

- Mejorar los resultados de los sistemas educativos y de formación en todos los niveles e incrementar la participación en la enseñanza superior (Directriz Integrada núm. 9).

- Promover la inclusión social y luchar contra la pobreza (Directriz Integrada núm. 10)

Los Estados miembros deben elaborar programas nacionales de reforma en los que detallarán las medidas que emprenderán para aplicar la nueva estrategia, con énfasis especial en las actuaciones necesarias para cumplir los objetivos nacionales y en las medidas para eliminar los estrangulamientos que frenan el crecimiento a escala nacional. Y la Comisión seguirá desarrollando y presentando al Consejo las medidas que proponga adoptar a escala de la Unión Europea, en concreto mediante iniciativas emblemáticas.

Para el éxito de la aplicación de la estrategia, son esenciales unos mecanismos de supervisión eficientes:

- El Consejo Europeo, una vez al año, efectuará una evaluación global de los avances realizados, tanto a escala nacional como de la Unión Europea, respecto a la aplicación de la estrategia; asimismo, celebrará periódicamente debates dedicados a la evolución económica y a las principales prioridades de la estrategia.

- Se reforzará la coordinación de la política económica general haciendo un mejor uso de los instrumentos facilitados por el artículo 121 del Tratado

(TFUE). También se fortalecerá la coordinación de la zona del euro para abordar los retos que debe afrontar.

- Deberán acompasarse de forma más adecuada los plazos de comunicación y evaluación de los programas nacionales de reforma y de los programas de estabilidad y convergencia, con el fin de incrementar la coherencia global del asesoramiento político a los Estados miembros. No obstante, estos instrumentos se mantendrán claramente separados. Se preservará plenamente la integridad del “Pacto de Estabilidad y Crecimiento”, así como las competencias específicas del Consejo ECOFIN en la supervisión de su cumplimiento.

- Un estrecho diálogo entre los Estados miembros y la Comisión contribuirá a mejorar la calidad de la supervisión y a fomentar el intercambio de las mejores prácticas. Esto podría incluir aunar expertos de la Comisión y de los Estados miembros para analizar la situación sobre el terreno.

- Se mantendrá una estrecha cooperación con el Parlamento Europeo y con otras instituciones de la Unión Europea. Se hará partícipes a los parlamentos nacionales, los interlocutores sociales, las regiones y otros sectores interesados, para aumentar así el grado de responsabilización respecto a dicha estrategia.

Finalmente, el Consejo Europeo, celebrado el 17 de junio de 2010, adoptó “Europa 2020”, la nueva estrategia para el empleo y un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Así, se constituye un marco coherente para que la Unión movilice todos sus instrumentos y políticas y para que los Estados miembros actúen con una mayor coordinación, favoreciendo la realización de las reformas estructurales.

A partir de este momento, lo decisivo será su aplicación, esto es, la puesta en marcha de medidas específicas para desbloquear el potencial de crecimiento de la Unión Europea.

4. REFLEXIÓN FINAL: ECONOMÍA Y EMPLEO EN LA UNIÓN EUROPEA

La creación de empleo de manera continuada y sostenida hasta alcanzar, de ser posible, la plena ocupación ha sido un objetivo permanente de la Unión Europea y de los Estados miembros, si bien, tras el impulso que supuso la aprobación del Tratado de Amsterdam, se decidieron a adoptar una estrategia coordinada para el empleo, entendiendo que las acciones nacionales, de manera independiente y sin una articulación conjunta, resultaban insuficientes, cuando no presentaban características contradictorias.

La Estrategia Europea de Empleo, que nació en la Cumbre de Luxemburgo (1997) sobre empleo, fue el primer eslabón de una cadena de actuaciones dirigidas a reducir notablemente la tasa de desempleo a nivel europeo. La coor-

dinación de las políticas nacionales de empleo, en efecto, tuvo como prioridad luchar contra el desempleo de larga duración, aumentando las posibilidades de acceder al mercado de trabajo de determinados colectivos con dificultades. Para ello, también se propuso fortalecer el espíritu empresarial, modernizar las organizaciones productivas, introduciendo flexibilidad en la gestión del personal, y favorecer la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo. Y para conseguir estos objetivos comunes se implantó el “método abierto de coordinación” (MAC), con intercambio de experiencias y vigilancia multilateral, y cuyos resultados se tomaban como base para elaborar los planes nacionales de acción.

El balance intermedio de esta estrategia fue positivo. Los indicadores mostraban un claro crecimiento del empleo y, en consecuencia, una reducción del desempleo estructural en toda la Unión Europea, habiéndose incrementado el nivel de formación de los trabajadores y la capacidad productiva de las empresas. El objetivo del pleno empleo parecía no muy lejano, fijándose a tal fin unas directrices generales para el empleo, donde se especificaban las reformas estructurales que debían ponerse en práctica, y unas recomendaciones específicas para cada Estado miembro.

Mientras se desarrollaba el “Proceso de Luxemburgo” y otros en materia económica, desde la propia Unión Europea se quiso dar un impulso a las políticas comunitarias de manera conjunta y coordinada. Así, el Consejo extraordinario de Lisboa (2000) alumbró una estrategia global, adaptando y reforzando los procesos ya existentes. En el plano social, la Estrategia de Lisboa, dada la coyuntura económica favorable, tuvo como objetivo principal alcanzar, en el conjunto de la Unión Europea, unas cuotas de ocupación muy próximas al pleno empleo. El Programa Comunitario de Lisboa, revisado y reforzado, consiguió unos resultados parciales muy positivos hasta que la crisis financiera y económica quebró la línea de crecimiento que había sido una constante desde mediados de los años noventa. Los indicadores, a su vez, se vieron distorsionados por la incorporación de nuevos Estados miembros, con características muy singulares de sus mercados de trabajo.

La valoración final de la Estrategia de Lisboa que ha realizado la Comisión es positiva, en su conjunto, aunque no se hayan alcanzado sus objetivos principales. Al margen de las cifras, lo cierto es que la actual situación de la economía europea, en general, y de algunos Estados miembros, en particular, han subordinado las medidas de política de empleo a las intervenciones macroeconómicas y presupuestarias, sin olvidar que el saneamiento de los balances públicos y las medidas de impulso económico redundarán posteriormente en un aumento de la ocupación. La política social queda en un segundo plano y sólo después de sentar las bases para el crecimiento económico se centrarán los esfuerzos, de nuevo, en el empleo.

Así lo confirma la nueva estrategia económica y para el empleo “Europa 2020”, donde se prevé que el crecimiento inteligente, sostenible e integrador traiga también a un alto nivel de ocupación. Mejorando las bases de nuestro sistema económico se proyecta aumentar hasta el 75 por ciento la tasa de empleo en la Unión Europea durante las próxima década, con unas directrices integradas, económicas y de empleo, simplificadas y de más fácil concreción en los planes nacionales de reforma. Aquel es el objetivo final; ahora bien, en el presente se impone la realización de reformas estructurales, tanto del sistema financiero como del mercado de trabajo, en la mayoría de los Estados miembros. Adoptada por el Consejo Europeo, celebrado en junio de 2010, lo decisivo será la aplicación de la Estrategia “Europa 2020”, pues tanto sus objetivos como sus directrices parecen *a priori* acertadas. Los programas nacionales de reformas, bajo la coordinación e impulso de las instituciones comunitarias, serán los elementos clave para alcanzar las metas establecidas.

En suma, la dependencia de las incidencias económicas hacen del empleo un factor variable, cuyas proyecciones únicamente pueden hacerse sobre la base de una determinada coyuntura económica, de manera que si cambia esta última habrá que revisar siempre las previsiones de la política específica de empleo. El crecimiento económico, en mayor o en menor medida, lleva en paralelo el aumento de la ocupación y la reducción del desempleo; más aún, sin crecimiento económico no puede haber más empleo. La política de empleo, por consiguiente, queda subordinada a la política económica, de ahí que sea equivocado pretender resolver las situaciones de crisis sólo interviniendo en el mercado de trabajo, reformando su legislación. Esta reforma, en su caso, será una más entre otras de índole económico-financieras. Ejemplo de ello es la actual situación por la que atraviesa España, donde una de las consecuencias directas de crisis económica ha sido la alarmante destrucción del empleo y donde las reformas deben abarcar muchos ámbitos, aunque también a la normativa reguladora del mercado de trabajo.

LOS SERVICIOS DE EMPLEO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO*

MARCO ESPOSITO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de Nápoles “Parthenope”. Italia

EXTRACTO

Palabras Clave: Servicios de Empleo, Intermediación, Italia

El presente estudio recorre las etapas principales evolutivas de la regulación italiana en materia de servicios para el empleo. En particular se destaca la transformación de la normativa, desde un sistema de rígido monopolio público, particularmente estatal, hacia un modelo de gobierno del mercado de trabajo articulado entre diferentes niveles legislativos y competencias diversificadas en lo que afecta a los sujetos implicados e interesados; sujetos que son hoy en día tanto públicos como privados. De un lado, entre los sujetos públicos, el Estado, las Regiones y las Administraciones provinciales; de otro lado, entre los sujetos privados, los entes de muy diversa naturaleza autorizados, que asumen competencias específicas (agencia de empleo), el sindicato, la empresa e incluso la Universidad o las Cámaras de Comercio. Todos estos protagonistas se colocan, a nivel operativo, en un plano cuasi paritario, desde la óptica de la máxima cooperación dirigida a favorecer el más eficiente encuentro entre la demanda y la oferta de empleo. No obstante y como resulta obvio, las instituciones públicas conservan un rol central en la gestión de las políticas de previsión social, en particular las de Seguridad Social, que atienden a los trabajadores durante su situación de desempleo.

El estudio resalta que el objetivo del legislador italiano consiste en alcanzar un mix de políticas de empleo, apoyado en la sinergia del binomio público-privado, que fomente carreras laborales calibradas con la vista puesta en la empleabilidad y que pueda suplir la ausencia de empleo con adecuadas medidas dirigidas al mantenimiento de las rentas; todo ello, por tanto, en la misma línea que las orientaciones comunitarias en materia de flexiseguridad.

ABSTRACT

Key Words: Employment Services, Intermediation, Italy

The present study is about key employment Italian laws and its evolution. In particular, we highlight the transformation of the law, from a rigid public monopoly, at State level, to be precise, towards a employment market in different legislative levels and diversified competencies affecting stakeholders; both public and private.

In one hand, and among the public stakeholders, we have the State, the Regions and the Provincial Administrations, and on the other hand the private sector, which are different and assume specific employment competences (employment agencies), the trade union, companies, the University or even the Chamber of Commerce. At an operative level, all these stakeholders are offering much cooperation to promote and meet the market demands of job-search and job-offers. Even that, public entities are responsible for managing social policies, particularly the Social Security System which protects unemployed workers.

The present study points out that the objective of the legislative measures in Italy should reach a mixture of employment policies, fostering the relation and cohesion between public and private sector. Both sectors should promote those careers that in the future have employment possibilities, and that could replace the lack of employment with adequate measures focused on the income maintenance; all being in the same line of European policies oriented towards flexisecurity.

* El presente trabajo ha estado financiado con los siguientes fondos para la investigación: “L’impatto dei nuovi strumenti di flessibilità del lavoro nelle imprese campane: aspetti regolativi, organizzativi e di gestione delle risorse umane” (Ley Regional 5/2002, anualidad 2005). El presente estudio es la reelaboración profundizada con la incorporación de notas críticas y bibliográficas de la intervención del profesor Marco Esposito durante las Jornadas sobre “La Renovación de los servicios públicos de empleo en el nuevo escenario económico” (Sevilla, 28 y 29 de septiembre de 2009). Traducción a cargo de Susana Larrañaga Berasaluze.

ÍNDICE

1. UNA MIRADA RETROSPECTIVA: DEL MONOPOLIO PÚBLICO AL MERCADO DE LOS SERVICIOS DE EMPLEO
 - 1.1. Las principales etapas de la evolución: la regulación de la colocación desde la perspectiva de la Constitución italiana
 - 1.2. La superación del principio de la “solicitud numérica” y de la colocación pública: los años 90 o sea el Derecho del Trabajo de la modernidad
 - 1.3. Las influencias comunitarias
 - 1.4. Las reformas del siglo XXI
2. EL ORDENAMIENTO VIGENTE: UN MARCO COMPLEJO Y MULTINIVEL
 - 2.1. Las fuentes de la regulación: el gobierno del mercado del trabajo entre el Estado y las Regiones
 - 2.2. Los sujetos: en particular la cooperación *público-privado* y el régimen de las autorizaciones y de la acreditación
 - 2.3. Las actividades: políticas activas y la situación de desempleo
3. LA CRISIS ECONÓMICA, LAS DISFUNCIONES DEL SISTEMA Y LAS PERSPECTIVAS DE REFORMA
 - 3.1. Los límites estructurales y la criticidad del modelo italiano: las indicaciones de la delegación (no implementada) a la Ley 247/2007
 - 3.2. Actividad de los servicios de empleo y el nexo con las medidas de la Seguridad Social
4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS ESENCIALES

1. UNA MIRADA RETROSPECTIVA: DEL MONOPOLIO PÚBLICO AL MERCADO DE LOS SERVICIOS DE EMPLEO

Las vicisitudes de la reglamentación jurídica de los servicios de empleo¹ en Italia, como en otros países europeos, se presenta a lo largo de un recorrido que se articula en dos ámbitos paralelos (uno real y otro legal), esquivos durante un período pero que después se convierten en contextuales y sincrónicos cuando al final se entrelazan los aspectos reguladores con los operativos relativos al gobierno y al funcionamiento del mercado del trabajo.

El ámbito “factual” o “real” se nos presenta como la superación de los tradicionales mecanismos e instrumentos de encuentro entre la demanda y la oferta de trabajo, así como de las reglas de la puesta en marcha sea de la colocación de la mano de obra, sea un fenómeno extra ordenamiento, que anticipa las intervenciones normativas de reforma del complejo sistema de las políticas activas del trabajo y por lo tanto de los servicios de empleo.

¹ En la óptica del jurista un primer problema, no menor, es la definición de las actividades que pueden formar parte de la noción de servicio de empleo. En la situación actual, el conjunto de las normativas nacionales y comunitarias junto con las aportaciones jurídicas permiten adoptar una noción más amplia, a la cual van reconducidas en esta definición: todos los servicios de información, orientación, promoción del encuentro y de la mediación entre oferta y demanda de mano de obra; los servicios instrumentales para las políticas activas de empleo con el fin de favorecer la contratación y la inserción en el mercado de trabajo para los grupos en situación de mayor debilidad y con dificultades de inserción laboral, sostener la creación de nuevas empresas; y asimismo promover la formación y la orientación profesional.

Muchos estudios socioeconómicos entre los años setenta y ochenta y, con mayor claridad, entre los ochenta y los noventa, han revelado que los flujos de mano de obra en pocas ocasiones eran gestionados por los canales formales e institucionales del ordenamiento previstos con esta finalidad; en Italia los porcentajes de oferta y demanda de trabajo gestionados por las oficinas públicas de colocación eran irrisorios, siendo evidente que el mercado del trabajo italiano vivía esta (ni siquiera tan sutil) hipocresía legal. Hipocresía por la cual, funcionando los circuitos del mercado de trabajo sobre la base de praxis y de reglas excéntricas respecto al marco legal, a las fisiológicas dificultades estructurales de los contextos económicos reales se añadía una incómoda incertidumbre sobre la legitimidad de las acciones de los operadores privados, paradójicamente los principales interlocutores de las empresas y de los trabajadores.

1.1. Las principales etapas de la evolución: la regulación de la colocación desde la perspectiva de la Constitución italiana

El aspecto más problemático reside en el hecho de que el marco legislativo, tan poco respetado, derivaba directamente de algunos principios de la Constitución, además del contexto internacional previsto a través de algunos convenios de la OIT. En la práctica, el sistema de colocación público configurado por la Ley 264 de 1949, con la regla general de la solicitud numérica sobre que se basaba², se entendía conectado a un interés general de la comunidad civil deducible de los artículos 3, 4, 35 y 38 Const.³: la equitativa distribución de las oportunidades de empleo, también a través de una ponderada evaluación de las situaciones de los más necesitados en el plano social. Esta conexión explica el porqué el legislador italiano siempre haya estado atento a estos condicionantes a la hora de afrontar una reforma integral de las reglas de funcionamiento del mercado del trabajo; también se debe al hecho de que durante mucho tiempo el curso espontáneo de las dinámicas de mercado (positivas hasta finales de los años sesenta) no hacía necesarios instrumentos de

² El mecanismo era muy simple. Los trabajadores se inscribían en la Colocación pública y eran encuadrados en base a su cualificación profesional; las empresas para contratar tenían que presentar una demanda en las Oficinas de colocación indicando número y cualificación de los trabajadores requeridos; las Oficinas comprobaban las listas, confeccionadas en base a diversos criterios: antigüedad de inscripción, edad, estado civil y otros más; y adoptaban medidas de orientación al trabajo en las empresas a los que, situados convenientemente en la clasificación, resultaban estar en posesión de la cualificación demandada. La contratación denominada nominativa –en atención al trámite de la colocación- y la contratación directa, por el contrario, se permitían sólo en casos particulares, y siempre, con carácter excepcional.

³ El contenido de estos artículos aluden, por orden de cita, al principio de igualdad y de participación de los trabajadores en la vida social y económica del País; al derecho al trabajo; al compromiso de la República a proteger y tutelar el trabajo en todas sus formas.

promoción y corrección particularmente incisivos: realmente el tema central era la distribución de las oportunidades de empleo y, en definitiva, la adecuada atención a los grupos de trabajadores con riesgo de exclusión, especialmente de los trabajadores discapacitados.

En efecto, aparte de algunos detalles de interés⁴, el marco normativo italiano permanece sustancialmente igual hasta el año 1987, año en el que la Ley 56 intenta establecer las bases para una inversión de tendencia, tendiendo a reconstruir las estructuras de colocación así como los modelos de contratos para el empleo de la mano de obra a través de la implicación de los agentes sociales, en el plano administrativo y de la concertación de las políticas de empleo. Pero se trata de un proyecto tardío y que tendrá una vida breve. Estamos a las puertas de los años noventa que conducen enseguida a los temas que todavía hoy los ordenamientos laborales tienen que afrontar: la flexibilidad; la integración europea; los cambios empresariales y la globalización.

1.2. La superación del principio de la “solicitud numérica” y de la colocación pública: los años 90 o sea el Derecho del Trabajo de la modernidad

Ante estos retos de la “modernidad” y de la crisis económica que se revela también como crisis del Derecho del Trabajo, el ordenamiento italiano reacciona lentamente pero ineluctablemente. En 1991 y 1996 el sistema se transforma, todavía no en el plano de la organización y del funcionamiento, pero sí en el de los principales inspiradores: el artículo 25 de la Ley 223/1991 supera la regla de la solicitud numérica; el artículo 9 bis del Decreto Ley 510/1996 (convertido en Ley 608/1996) generaliza la contratación directa con la única obligación de una sucesiva comunicación de la estipulación del contrato de trabajo a las oficinas públicas.

Permanece en pie el sistema de inicio de la intermediación a través de los canales públicos institucionales pero se trata de un esqueleto, o mejor dicho, de un fantasma porque ya se han difundido ampliamente los intercambios informales sobre el mercado del trabajo, lo que es decir la subalternidad del sistema público respecto a los flujos autónomos entre la demanda y la oferta de trabajo. A las oficinas públicas se les deja una función de vigilancia y un residual poder de colocación de la mano de obra, con referencia a algunos grupos de trabajadores con especiales dificultades de inserción en el mercado de trabajo: discapacitados, jóvenes y desempleados de larga duración.

⁴ En especial los artículos 33 y 34 de la Ley 20 de mayo de 1970 n. 300 (el “*Statuto dei lavoratori*”); y la Ley 863/1984, con la que se revolucionó el mercado del trabajo juvenil italiano gracias a una regulación general y orgánica de los contratos de formación y trabajo.

Pero todavía falta una pieza para completar este cuadro: aunque el sistema de colocación viene “vaciado” a principios de los años noventa, sin embargo el ordenamiento no prevé una alternativa funcional al papel de las Administraciones Públicas: empresas y trabajadores pueden encontrarse libremente fuera de los circuitos públicos, pero no sin llegar a precisarse con el apoyo de qué sujetos ello se produce, visto que el mercado de servicios para el empleo sigue estando vedado a la iniciativa privada. Este impedimento está destinado a desaparecer muy pronto; precisamente en 1997, año en el que se ponen las bases para el definitivo abandono del pasado modelo de gobierno del mercado del trabajo.

1.3. Las influencias comunitarias

Un papel fundamental en el comienzo del proceso de la reforma integral lo ha jugado la Unión Europea; de manera especial el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁵, llamado a pronunciarse sobre la compatibilidad del monopolio público italiano de los servicios de empleo y la prohibición a los privados para desempeñar actividades de mediación. De este modo, el Derecho comunitario ha influido en el habitual equilibrio entre las instancias proteccionistas nacionales y los principios de libertad comunitarios, imprimiendo un principio-guía para las reformas posteriormente realizadas en Italia: el de la asimilación de las actividades de colocación como reales servicios con alcance económico empresarial. Así, resulta evidente que un monopolio de servicios, cada vez más ineficiente, impide sin ningún tipo de justificación la libre competencia entre las empresas, vital para el mercado común. Italia viene condenada por el Tribunal de Justicia, pero al mismo tiempo trata ya de poner remedio: a finales del “corto siglo” se asientan las bases para intentar controlar la evolución del mercado del trabajo del siglo XXI.

1.4. Las reformas del siglo XXI

En 1997 en Italia se cierra un largo ciclo y se abre uno nuevo todavía no consolidado. Un ciclo caracterizado por un sucederse casi convulsivo de leyes que por reacción se mueven en un sentido diametralmente opuesto a los modelos precedentes, tanto en relación con los sujetos involucrados como en relación con los instrumentos de carácter hipotético y regulados.

Puede ser útil indicar las líneas distintivas de este nuevo sistema para

⁵ TJCE 11 de diciembre de 1997 (Job Centre en causa 55/96).

comprender mejor el cuadro total legislativo⁶. Por lo tanto, podemos señalar como directrices fundamentales las siguientes:

a) la transferencia de competencias administrativa, del Estado a las Regiones, de la mayor parte de las acciones de política activa del trabajo, con la utilidad de tener a un único sujeto institucional tanto en lo concerniente a la colocación como a la formación profesional

b) la recalificación de la intervención pública en el mercado del trabajo

c) la reducción de las medidas exclusivamente pasivas de apoyo al empleo, a favor de las intervenciones activas con fines de inserción y reinserción laboral

d) la apertura a la iniciativa privada para poder ejercer actividades de puesta a disposición por parte de las empresas de trabajo temporal así como de intermediación contractual.

Se trata de un proyecto que se llevó a cabo, y quedó definido a grandes rasgos, en 2003 con la denominada “Reforma Biagi” (Ley 30 y Decreto legislativo 276/2003 y las sucesivas modificaciones y desarrollos) que interviene sobre diversos aspectos. En particular:

a) amplía el abanico de los sujetos habilitados para intervenir como servicios de empleo y contempla un único régimen de autorización para los sujetos que desempeñan actividades de puesta a disposición, intermediación, búsqueda y selección de personal, apoyo a la recolocación profesional

b) prevé los principios generales y los criterios para la acreditación regional de los sujetos públicos y privados que suministran servicios al empleo

c) regula formas de acuerdo y coordinación entre los sujetos públicos y privados, siempre bajo la óptica de la consecución de los mejores resultados en términos de empleabilidad y ocupación.

d) revisa y amplía el sistema informático instrumental para la integración de las políticas del trabajo previsto ya en el Decreto 469/1997 (el SIL), con la finalidad de constituir una Bolsa permanente de trabajo.

⁶ En la siguiente exposición se presentarán las referencias normativas pertinentes a varios aspectos tratados. El marco legislativo resulta muy articulado, por lo que parece oportuno en esta nota recapitular varios hitos fundamentales. El principio se dispone con la Ley 196/1997, que introduce la puesta a disposición de trabajo temporal y las Empresas de Trabajo Temporal; sigue en el mismo año el Decreto legislativo 469, el texto que orgánicamente diseña el nuevo sistema de servicios de empleo, al que seguirán –en base a la disposición sobre la descentralización de las competencias y de la reforma constitucional operada con la Ley 3/2001- numerosas disposiciones regionales. La reordenación de la materia continua con el Decreto Legislativo 21 de abril de 2000 n. 181 (modificado por el Decreto legislativo 19 de diciembre de 2002 n. 297) y el Decreto del Presidente de la República 7 de julio de 2000, n. 442: se trata de dos intervenciones principalmente dirigidas a reexaminar, racionalizándolos, los procedimientos de colocación, y a disponer los principios generales –válidos en todo el territorio nacional- para la promoción de la inserción en el mercado de trabajo de sujetos con dificultad ocupacional.

2. EL ORDENAMIENTO VIGENTE: UN CUADRO COMPLEJO Y MULTINIVEL

La evolución normativa analizada en el párrafo precedente explica la extrema complejidad que caracteriza al régimen legal italiano. Se trata de una complejidad que alcanza a todos los aspectos de la regulación: desde las fuentes hasta llegar a los sujetos involucrados y a los instrumentos utilizados.

Es evidente que el legislador italiano ha querido, sea por razones políticas o por razones técnicas, presentar un marco de intervenciones lo más amplio y articulado posible, con la premisa de que un enfoque diferenciado se considera el más idóneo para afrontar las múltiples cuestiones del mercado laboral.

Aplazando para el final de este estudio algunas consideraciones críticas más generales, ha indicarse que, para muchos, la reforma analizada no puede decirse ni que esté completada en sí ni se haya llegado a poner en práctica integralmente, es decir adecuadamente. En efecto, en las siguientes páginas se intentarán exponer los aspectos principales de la regulación vigente; con ello será más fácil comprender las dificultades y los obstáculos que se están encontrando en su propia aplicación práctica: se trata de problemas de naturaleza de gestión administrativa y técnica, pero también más estructurales, pertenecientes a las diversas posibles opciones ideológicas elegidas por los numerosos protagonistas; problemas agudizados por la profunda crisis económica vivida en Europa durante este último año.

2.1. Las fuentes de la regulación: el gobierno del mercado del trabajo entre el Estado y las Regiones

La regulación aplicable a la actividad de servicios de empleo viene distribuida entre diversas fuentes, tanto normativa estatal como proveniente de la negociación colectiva. Los principios de subsidiariedad, vertical y horizontal, encuentran de esta forma una plena realización.

Respecto a la normativa estatal, la reglamentación de la colocación, de los servicios de empleo en sentido estricto, y más en general, de las políticas activas de empleo se distribuyen entre el Estado y las Regiones. Las materias incluidas en el ámbito de la definición “*tutela y seguridad del trabajo*”, en efecto, son objeto de una competencia legislativa compartida entre Estado y Regiones (art. 117 Constitución); las Regiones pueden, por lo tanto, regular todos los aspectos relativos a las dinámicas del mercado de trabajo local (desde la modalidad de organización de servicios hasta la definición en detalle de la situación de desempleo, prevista como categoría general por la Ley nacional),

moviéndose dentro de los principios generales establecidos por la Ley estatal, que es la encargada de legislar con el fin de garantizar algunos valores constitucionales fundamentales.

En particular, la Ley estatal controla las cuestiones relacionadas con el ordenamiento civil, la tutela de la competencia mercantil y debe asegurar prestaciones sociales que tienda a ser uniformes, por nivel y calidad, en todo el territorio nacional. Recuperando algunos fragmentos de una destacada sentencia de la Corte Costituzionale⁷, resulta indiscutible que “estando los servicios de empleo predispuestos a la satisfacción del derecho social al trabajo, se pueden producir los presupuestos para el ejercicio de la potestad estatal de determinación de niveles esenciales de las prestaciones según el art. 117, segundo párrafo, letra *m*) Cost.”, o sea, los niveles esenciales de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales que tienen que garantizarse en todo el País.

Obviamente, las Regiones tendrán que tener en cuenta, en su labor legislativa, también los condicionantes derivados del ordenamiento de la Unión Europea y del contexto internacional.

2.2. Los sujetos: en particular la cooperación público-privado y el régimen de las autorizaciones y de la acreditación

La vigente normativa atribuye, por tanto, a los niveles institucionales más altos, Estado y Regiones, el cometido de legislar. En el plano operativo, por el contrario, son las Administraciones provinciales (las Provincias), los sujetos públicos a los cuales están atribuidas las funciones ejecutivas, en un contexto que se garantice también un sistema integrado de los servicios de empleo, que prevé su fundamento en los centros para el empleo.

En el ámbito de los actores públicos que hoy actúan en el mercado de trabajo se presentan también los Ayuntamientos, las Universidades y las Cámaras de Comercio entre otros, que pueden ejercer actividades de intermediación entre demanda y oferta de trabajo. La legislación de 2003 ha trazado un escenario muy articulado de competencias y prevé, por lo tanto, el acceso de una serie de sujetos públicos, diferentes de la Provincia y en régimen de competencia con la misma, los cuales pidiendo la autorización para actuar en el ámbito de los servicios de empleo vienen a ofrecer servicios a través de sus propios recursos fuera del esquema organizativo gestionado por la Administración Provincial. A éstos cabe añadir también los Entes bilaterales, sujetos de origen sindical y de naturaleza de derecho privado, en parte, y problemáticamente, equiparados

⁷ *Corte Costituzionale* 28 de enero de 2005 n. 50.

por la ley a verdaderos y propios sujetos públicos⁸.

El dato más original de esta normativa reside en la amplia apertura a los sujetos privados, en sentido estricto. Se trata de empresas, Agencias, habilitadas para gestionar la práctica totalidad de las funciones relacionadas con los servicios de empleo, en un régimen en parte de competencia y en parte de complementariedad con los sujetos públicos; es decir, en plena coherencia con el Convenio OIT 181/1997, que ha abierto las puertas a un modelo de gestión mixta donde coexisten lo público y lo privado, cada uno con sus propios papeles y funciones. A tal propósito uno de los principios enunciados por la ley delegada es *“la incentivación de las formas de coordinación y de enlace entre los operadores privados y públicos con el fin de mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo, respetando las competencias de las Regiones y de las Provincias”* (art. 1, letra f, Ley 30/2003). Este principio general ha sido recogido con posterioridad reglamentariamente, donde expresamente se ha previsto la concreción de *“las formas de coordinación y de enlace entre los operadores privados y públicos con el fin de mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo”* (art. 3, párrafo 2, letra c, Decreto Legislativo 276/2003).

Tal sistema está desarrollado en su conjunto por un importante filtro de control administrativo, constituido por la autorización y la inscripción de las Agencias en el Colegio único nacional, que además está articulado en secciones regionales.

En efecto, la regulación central de la reforma de 2003 se sitúa en el régimen de “autorización”, común tanto para el sector público como para el privado. La ley se refiere a Agencias para el trabajo destinadas al *“desenvolvimiento de las actividades de puesta a disposición, intermediación, búsqueda y selección de personal, apoyo a la recolocación profesional”* y utiliza tal denominación para referirse indiferentemente a todos los sujetos, públicos y privados, autorizados por la autoridad competente para desarrollar las diferentes funciones relativas al mercado de trabajo. Se distinguen cinco tipos diversos de agencias, en correspondencia con las actividades

⁸ El decreto adjudica un papel importante a los Entes Bilaterales en tres momentos importantes en la gestión del mercado de trabajo: en la fase del encuentro entre la oferta y la demanda de mano de obra, en la fase de la formación y la certificación de la voluntad de cada trabajador y también en algunas decisiones tomadas durante los procesos de negociación colectiva. En el art. 2, Decreto legislativo 276/2003, letra. h), se lee que por *entes bilaterales* se entiende *“organismos constituidos a iniciativa de una o más asociaciones de empleadores y prestadores de trabajo comparativamente más representativas”*. Éstos se configuran como ámbitos privilegiados para la definición de las políticas del mercado de trabajo. Los Entes Bilaterales tienen las siguientes funciones: la promoción de una ocupación regular y de calidad; la intermediación entre demanda y oferta de trabajo, la programación y la puesta en marcha de acciones dirigidas a la formación profesional; políticas activas para la inserción en el mercado de trabajo de sujetos con dificultades de incorporación al mismo; la certificación de los contratos; acciones para salvaguardar la salud y la seguridad en los puestos de trabajo y otras actividades asignadas por la ley o por los convenios colectivos.

tipificadas por el legislador en materia de colocación⁹ (*amplius véase infra* § 2.3.).

Junto al régimen de la autorización, el legislador prevé el de acreditación definido reglamentariamente como “*la disposición mediante la cual las Regiones reconocen a un entidades públicas o privadas la idoneidad para ofrecer servicios al empleo en los ámbitos territoriales de referencia, también mediante el uso de los recursos públicos, y además la participación activa en la red de servicios para el mercado de trabajo con especial referencia a los servicios de encuentro entre demanda y oferta*” (art. 2, letra f).

De la anterior definición se deducen las diferentes funciones ejercidas por la autorización y por la acreditación, la primera otorgada por el Estado y la segunda por las Regiones. La autorización permite a los entes públicos y privados autorizados la puesta a disposición de trabajadores, la intermediación, la búsqueda y la selección de personal, el apoyo a la recolocación, bajo petición de los empresarios y previa remuneración por parte de éstos últimos. La acreditación, por el contrario, es la disposición mediante la cual se identifican los sujetos públicos o privados considerados idóneos para ser potenciales gestores, por parte de la Administración Pública, de actividades pertenecientes a las funciones y a las competencias asumidas por las Provincias en materia de servicios de empleo; se trata en concreto de la actividad de preselección y encuentro entre la demanda y la oferta de trabajo, además de las políticas activas con la finalidad de incrementar la ocupación, con especial atención a la femenina. De este modo, la Administración Pública actúa como titular de la actividad de intervención en materia de empleo, siendo ella a su vez quien identifica los posibles *partners* a los que ceder la realización de toda una serie de actividades programadas en sede regional y provincial.

Vistas las diferentes funciones ejercidas, podemos decir que la autorización y la acreditación son dos procedimientos completamente autónomos el uno del otro, en cuanto que el uno no presupone al otro y viceversa, a menos que la Región prevea expresamente que la autorización constituye uno de los requisitos previos para la acreditación. Es necesario puntualizar que esto último no habilita a los sujetos a ofrecer los servicios, sino que simplemente les reconoce la idoneidad para ser gestores de estos servicios. Si no fuera así, la acreditación sería un duplicado de la autorización, en este caso regional, con

⁹ Podemos distinguir: 1) Las empresas de trabajo temporal que desarrollan todas las actividades de puesta a disposición a tiempo determinado o indeterminado; 2) las agencias de empleo temporal especializado que se ocupan de puestas a disposición a tiempo indeterminado limitadas a una de las actividades previstas en el art. 20, párrafo 3, letra de la *a*) a la *h*); 3) las agencias de intermediación; 4) las agencias de búsqueda y selección de personal; 5) las agencias de apoyo a la recolocación profesional.

el peligro de introducir en el sistema un doble sistema de autorización, uno de ámbito estatal, otro regional, subordinándolo a diversos requisitos.

Aparte de lo anterior, entre el ente público o privado de empleo y la Administración Pública competente en la materia media también la celebración de un acuerdo de colaboración, normalmente un contrato de servicio o un convenio donde se establecen las obligaciones recíprocas, el tipo de servicio dado, los *standards* cualitativos que se deben respetar y la contraprestación económica que la Administración abonará por los servicios ofrecidos. De este modo la Provincia, construyendo su red de servicios de empleo, puede valerse también de algunos sujetos acreditados a nivel regional.

La conexión entre todos los posibles sujetos señalados se lleva a cabo a través de la Bolsa continua nacional del trabajo (art. 15, Decreto Legislativo 276/2003), un sistema informativo a través del cual la demanda y la oferta de trabajo se encuentran libremente mediante una red multimedia a la cual actualmente están conectadas gran parte de las Regiones italianas. El objetivo perseguido con este instrumento es la superación de un sistema informativo fundamentado en la centralidad de los agentes públicos, al que deben conectarse los otros ente; el centro de referencia del sistema ahora son los trabajadores y las empresas, que pueden elegir libremente la modalidad a través de la cual pueden conectarse a la red (directamente o trámite intermediarios), proponer las propias ofertas, dar una preferencia propia sobre el ámbito territorial (provincial, regional o nacional) o sobre el arco temporal relativo a la difusión de las ofertas. La centralidad de la Bolsa de trabajo en el ámbito de este sector del empleo se refuerza por su obligatoriedad, porque se convierte en indispensable la conexión a la misma de todos los sujetos que pretenden estar autorizados para operar, de manera que se puedan distinguir de los que lo hacen de manera ilícita. Estos operadores tienen que aportar toda la información en su poder y no solamente la relativa a los usuarios que han dado su aceptación. La Bolsa continua de trabajo trabaja en dos direcciones: una nacional, donde se definen los *standares* técnicos y los flujos informativos de intercambio y se integran los sistemas regionales; otra regional, con el objetivo de integrar los sistemas públicos y privados presentes en el territorio, de definir y realizar los modelos regionales de servicios al empleo, en cooperación con el ámbito nacional. La coordinación entre el nivel nacional y el regional está garantizada por la Comisión técnica para la conexión y la coordinación de la Bolsa continua nacional de trabajo, establecida por el Decreto interministerial del 13 de octubre de 2004.

2.3. Las actividades: políticas activas y la situación de desempleo

En relación a las actividades previstas por el legislador como eje del funcionamiento del mercado del trabajo se puede empezar examinando rápida-

mente las definidas por el legislador cuando se refiere al objeto social de las Agencias de empleo (art. 2 Decreto Legislativo 276/2003).

El “*suministro*” se manifiesta a través de la puesta a disposición de terceros sujetos (*utilizzatori*) de las prestaciones de trabajadores subordinados directamente contratados por el suministrador. Por consiguiente, el trabajador es a todos los efectos empleado de la Agencia de suministro, pero trabaja para otro sujeto del cual recibe las directivas para el desarrollo de su propia actividad. Es lo que en España se conoce como actividad de puesta a disposición por parte de las Empresas de Trabajo Temporal.

La *intermediación* consiste en la mediación entre la demanda y la oferta de trabajo, dirigida también a los sujetos discapacitados y a los trabajadores con dificultades de inserción en el mercado de trabajo. En esta materia el legislador ha intervenido especificando de manera más detallada respecto al pasado (art. 10 D lgs. 469/1997), con un objetivo ejemplarizador, cuáles son las actividades que forman parte de este área. El punto más innovador es la previsión de las funciones de orientación profesional y del proyecto y distribución de las actividades formativas dirigidas a la inserción profesional.

Además de estas actividades, la mediación viene realizada a través de la recogida de los *curricula* de los potenciales trabajadores, la preselección y la formación de un banco de datos, la promoción y la gestión del encuentro entre demanda y oferta de trabajo y la realización bajo petición del comitente de todas las comunicaciones llevadas a cabo desde la contratación que derivan de la actividad de intermediación.

También respecto a *la actividad de búsqueda y selección de personal* el legislador ha ampliado el abanico de acciones previsto anteriormente, describiendo con mayor detalle las funciones. Esta actividad consiste en buscar e identificar el trabajador más adecuado para satisfacer las exigencias de una empresa. Presupone el ejercicio de varias actividades como el análisis de las exigencias de la empresa, la realización de un programa de búsqueda de las candidaturas más idóneas, la valoración de los perfiles indentificados, la eventual formación de los candidatos para la inserción laboral y la asistencia en la primera fase de la inserción.

Respecto a *la actividad de soporte a la recolocación profesional*, llamada también actividad de *outplacement*, no parece que haya grandes diferencias definitorias respecto a la regulación precedente. Consiste en recolocar en el mercado a un trabajador o a un grupo de trabajadores, bajo petición del comitente o en base a una serie de acuerdos sindicales. La recolocación se realiza gracias a actividades de preparación y de formación específica del individuo o del grupo, de acompañamiento y asistencia en su puesto de trabajo.

Cabe añadir a las actividades que pueden formar el objeto social de las Agencias, los específicos “servicios”, en parte superpuestos, que la Provincia, a través de los Centros de empleo, ofrece a los trabajadores y a las empresas. La

misión de los centros es mejorar la posibilidad de acceso de los desempleados al mundo del trabajo y dar asistencia a las empresas, favoreciendo el encuentro entre demanda y oferta de trabajo, los servicios de base suministrados por la Provincia que se concretan a través de la acogida, la orientación, el encuentro entre demanda y oferta de trabajo, la preselección y el asesoramiento a las empresas y la asistencia a personas discapacitadas o con dificultades de inserción en el mercado de trabajo. Además de estos servicios, los Centros de empleo se encargan de funciones administrativas relativas a los servicios de colocación, a la gestión de las prestaciones por desempleo y de los instrumentos para la inserción laboral. Por lo tanto, son competencia de éstos últimos las funciones relativas a: las comunicaciones de contratación y despido, la inscripción en el registro de los trabajadores, la inserción en el empleo de los trabajadores con dificultades para encontrar trabajo, la comprobación de los requisitos de los trabajadores para los que se solicitan incentivos, el envío de la documentación al INPS (*Istituto Nazionale della Previdenza Sociale*), la certificación de subsidios de desempleo y la gestión de las listas de movilidad.

En síntesis, el nuevo sistema está basado en el “fichero”: un sistema de registro de los trabajadores que sustituye la preexistente estructura administrativa basada en “listas” de colocación, donde se introducen los datos de los ciudadanos que manifiestan su predisposición “activa” a incorporarse al mercado de trabajo. Las informaciones personales y profesionales relativas al trabajador, declaradas por el mismo o conocidas gracias a las comunicaciones obligatorias de los empresarios, vienen registradas en unas fichas, de manera tal que se crea por un lado un registro general de las personas ocupadas o demandantes de empleo y, por otro lado, se poseen todos los datos personales útiles para poder crear itinerarios formativos y de inserción laboral adecuados.

Según el D. lgs. 297/02, para reconocer la “situación de desempleo” ya no es suficiente con la declaración en la que se certifique estar sin trabajo, sino que es necesaria la condición de la inmediata disponibilidad para trabajar. Tal condición se realizará en el momento en el que el desempleado se dirija a su Centro de Empleo y preste declaración, dando lugar a un verdadero “acuerdo” con el Servicio (art. 2, c. 1, D. lgs. 181/2000, modificado por el art. 3 D. lgs. 297/2002). De todas formas, a las Regiones se les remite la labor de definir las directrices operativas para la comprobación y la constatación de la situación de desempleo por parte de los servicios competentes (art. 2, c. 3, D. lgs. 181/2000, modificado por el art. 3 D. lgs. 297/2002). Como se verá, en el sucesivo párrafo 3.2., esta nueva configuración de la condición de desempleado es de particular importancia también por la conexión entre políticas activas de trabajo y el acceso a las prestaciones de la seguridad social, el desarrollo de una decidida evolución del sistema de la Seguridad Social italiano hacia los paradigmas de la *Flexicurity*, enunciados a nivel comunitario.

Continuando con la descripción de las iniciativas específicas de los servicios públicos, se destacan las acciones que competen a éstos últimos para prevenir el desempleo de larga duración (art. 3 D. lgs. n. 181/2000, modificado por el art. 4 D. lgs. 297/2002). A tal fin, el legislador prevé que las Regiones definan los objetivos y las directrices operativas de las acciones, que los servicios competentes efectúen, con la finalidad de favorecer el encuentro entre demanda y oferta de trabajo y contrarrestar el desempleo de larga duración, sometiendo a los “desempleados” (art. 1, c. 2, D. lgs. 181/2000) a entrevistas periódicas y a otras medidas de política activa según las modalidades definidas y ofreciendo al menos las siguientes intervenciones:

- entrevista de orientación en el plazo de tres meses desde el inicio de la situación de desempleo;
- propuesta de adhesión a iniciativas de inserción laboral o de formación o de readaptación profesional u otras medidas que favorezcan la integración profesional (con respecto a los adolescentes, los jóvenes y las mujeres demandantes de reinserción laboral en el plazo de cuatro meses desde el inicio de la situación de desempleo; con respecto a otros sujetos con riesgo de desempleo de larga duración no más allá de seis meses desde el inicio de la situación de desocupación).

3. LA CRISIS ECONÓMICA, LAS DISFUNCIONES DEL SISTEMA Y LAS PERSPECTIVAS DE REFORMA

A pesar de tener un marco normativo tan amplio y articulado, la situación italiana de servicios de empleo se presenta en muchos aspectos como si se encontrase “en construcción”. Obviamente, la crisis económica ha agudizado algunas persistentes situaciones negativas, pero en el fondo es la misma estructura legislativa – más allá de inevitables problemas concretos, y prácticos, de funcionamiento y de puesta a punto del sistema- la que merecería una revisión y una actualización: tanto para responder a los desafíos de un paro apremiante como para resolver algunas de las problemáticas cuestiones interpretativas ligadas al difícil nexo entre el Estado y las Regiones.

3.1. Los límites estructurales y la criticidad del modelo italiano: las indicaciones de la delegación (no implementada) a la Ley 247/2007

Es necesario destacar que en esta dirección se habían situado la Ley 247/2007, que seguía quizás el último de los grandes Acuerdos de concertación entre el Gobierno y los agentes sociales. En el art. 1, párrafo 31 indicaba una serie de principios y de criterios directivos, de los que surgían con claridad todos los límites que habían encontrado las diversas reformas desde 1997.

Esta intervención, actualmente poco valorada, si bien hay señales de una propia reproposición¹⁰ que indica con claridad los aspectos sobre los cuales se debería intervenir. Ésta reclama la reforma de los servicios de empleo a través de:

a) la potenciación de los sistemas informativos y de monitorización, para una agilización y simplificación de los datos útiles para la gestión global del mercado de trabajo

b) la valorización de las sinergias entre los servicios públicos y las agencias privadas, teniendo en cuenta la centralidad de los servicios públicos, para reforzar la capacidad de encuentro entre la demanda y la oferta de trabajo, con la definición de los criterios para la acreditación y la autorización de los sujetos que operan en el mercado de trabajo y la definición de los niveles esenciales de las prestaciones en los servicios públicos de empleo

c) la programación y la planificación de medidas relativas a la promoción del envejecimiento activo a los trabajadores y las empresas, atribuyen un importante papel el momento formativo

a) la promoción del *patto di servizio*, como instrumento de gestión adoptado por los servicios de empleo para intervenciones de política activa del empleo

b) la revisión y la simplificación de los procedimientos administrativos.

A la luz de estos criterios, parece claro que el desarrollo reglamentario de lo previsto legalmente consentiría a Italia un mejor acercamiento a los sistemas de tantos otros países europeos, también tomando en consideración tantas experiencias positivas producidas por un régimen legislativo tan fragmentado.

3.2. Actividad de los servicios de empleo y el nexo con las medidas de la Seguridad Social

Dejando aparte el proyecto de una revisión orgánica de la regulación de los servicios de empleo, el legislador italiano ha tenido que intervenir sobre otros aspectos del gobierno del mercado de trabajo: aspectos relacionados con la crisis económica y, por tanto, más propensos a la previsión de reglas útiles para la gestión del desempleo que a la promoción del encuentro entre demanda y oferta de trabajo.

En esta dirección se ha privilegiado la parte de la normativa relativa al funcionamiento de los servicios de empleo inherente al acceso formal a la situación de desempleo (véase *supra* § 2.3.).

¹⁰ Un reciente proyecto de ley – el “Collegato lavoro” – ya aprobado por el Parlamento, pero todavía objeto de controversia a causa de algunas dudas en cuanto a su posible inconstitucionalidad, puestos de relieve por el propio Presidente de la República en el momento de la promulgación definitiva, propone la delega, postergando los términos de actuación 24 meses más (art. 46, comma 1, lett. b), DdL C/1441 *quater* E).

La declaración de inmediata disponibilidad al trabajo (o a un itinerario de reciclaje profesional) asume un papel central en la ordenación de las nuevas medidas en materia de Seguridad Social. Hoy en día, está condicionado el derecho a percibir de la Seguridad Social “*cualquier tratamiento de apoyo al trabajo*” (art. 19, co. 10, Ley 2/2009), abonado con anterioridad tanto en el caso de cesación como en el de suspensión de la relación laboral. El legislador lo introduce como requisito específico de acceso para los beneficiarios (art. 3, fragmento 1, letra. d), D. M. 46441/2009), en ausencia del cual no se cotiza para la prestación; debe comunicarse al INPS “en el momento de la demanda del subsidio” (art. 11, co. 2, D.M. citado), es decir antes de la obtención del mismo. La ley prevé entonces que, en el caso de que rechazase la firma de la declaración o, una vez firmada, en el de que rechazase un itinerario de reciclaje profesional o un trabajo adecuado, el trabajador perdería el derecho a cualquier percepción de carácter retributivo o de la Seguridad Social.

Desgraciadamente la normativa de 2009 no dispone casi nada sobre el papel representado por los servicios de empleo. Es más, a diferencia de lo previsto en las precedentes disposiciones (art. 13, co. 10, Ley 80/2005; versión originaria de art. 19, co. 1, Decreto Ley 185/2008), la declaración de inmediata disponibilidad no se debe hacer al Centro de empleo, sino al INPS, que después tramitará la comunicación a los centros de empleo, por parte de los empresarios, de los nombres de los trabajadores afectados por las suspensiones (art. 7, co. 1, D.M. cit.).

El legislador de 2009 no interviene sobre un asunto delicado como es la relación existente entre los servicios de empleo y los demandantes “disponibles”, pero sí concentra la atención en el establecimiento de medidas con el fin de garantizar la eficiencia de los mecanismos anteriormente citados (y por lo tanto garantizar un atento uso de los limitados recursos establecidos en el art. 19, co. 1, Ley 2/2009): esta finalidad se persigue a través de la atribución de la responsabilidad a los servicios competentes, a los que se solicita que se activen para permitir un mejor funcionamiento del complejo circuito informativo promovido entre los distintos sujetos (trabajadores, empresarios, entes bilaterales, INPS y centros de empleo). Este objetivo viene perseguido a través de la introducción de sanciones a los responsables de las oficinas de los centros de empleo o de otras Administraciones Públicas que no envíen puntualmente los nombres de los sujetos que hayan perdido sus y las razones que lo provocó (desde el momento que a causa de tal comunicación, el INPS declara la pérdida del subsidio y lo comunica al propio interesado), este comportamiento omisivo puede comportar una responsabilidad por daño público (mientras que para los servicios competentes autorizados o acreditados se determina la revocación de la autorización o de la acreditación)¹¹.

¹¹ Véase el art. 12 del d.m. n. 46441/2009.

Naturalmente estamos de acuerdo en que la nueva ordenación organizativa necesita coordinarse con la vigente regulación en materia de encuentro entre demanda y oferta de trabajo; para poder recibir el subsidio, el beneficiario debe encontrarse en situación de desempleado según la normativa de los centros de empleo, no pudiendo ser abonado el subsidio en las hipótesis de suspensión o pérdida de la situación de desempleo reguladas por la normativa en materia de encuentro entre demanda y oferta de trabajo (art. 1, co. 25, Ley 247/2007). Visto que tal situación tiene que ser comprobada con la presentación del interesado en el centro de empleo y con la presentación de la declaración de inmediata disponibilidad para desarrollar la actividad laboral (art. 2, co. 1, D. lgs. 181/2000), es evidente que para poder beneficiarse del subsidio, la declaración se deberá entregar también en el Centro de empleo¹², sobre el que pesa la responsabilidad de intervenir para ofrecer al “desempleado” propuestas concretas.

De lo anteriormente citado se confirma el persistente papel de promoción de empleo de los centros de empleo sobre los que se centra en su mayor parte el sistema italiano de servicios de empleo: el siguiente paso deberá ser el pleno desarrollo de un sistema integrado de servicios, fundado en la conexión de las competencias de todos los sujetos, privados y públicos, que operan en el mercado, incluidos los institutos de la Seguridad Social.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS ESENCIALES

ALAIMO A. (2009), *Il diritto sociale al lavoro nei mercati integrati, I servizi per l'impiego tra regolazione comunitaria e nazionale*, con Prefazione di NAPOLI M., Giappichelli.

BOZZAO P. (2010), *Enti bilaterali e ammortizzatori sociali*, in FAIOLI M. (a cura di), *Indagine sulla bilateralità nel terziario*, Giappichelli.

D'ANTONA M. (1999), *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in “Rivista giuridica del lavoro”, n. 3/ suppl.

FAIOLI M. (2010), *Riflessioni in tema di organizzazione ed azione dell'ente bilaterale nel mercato del lavoro*, in IDEM (a cura di), *Indagine sulla bilateralità nel terziario*, Giappichelli.

FALASCA G. (2006), *I servizi privati per l'impiego*, Giuffré.

FILI' V. (2002), *L'avviamento al lavoro fra liberalizzazione e decentramento*, Ipsa.

GALIZIA C. (2006), *Agenzie di somministrazione ed accesso all'occupazione dei lavoratori svantaggiati. Obiettivi, strumenti e prime applicazioni dell'art. 13 del d.lgs. n. 276/2003*, in RUSCIANO- M.- ZOLI C.- ZOPPOLI L. (a cura di), *Istituzioni e regole*, cit., p. 247.

¹² Se trata de una declaración análoga, pero no idéntica, a la expedida al INPS según el art. 11, D.M. 46441/2009, en este caso no viene solicitada expresamente, a fines de la conservación de la situación de desempleo, la disponibilidad para aceptar un itinerario de reciclaje profesional.

GAROFALO D. (2006), *La nuova disciplina sull'organizzazione del mercato del lavoro tra intervento(modificativo e integrativo) dello Stato e contributo delle Regioni*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla L. n. 30/2003*, Cacucci.

LISO F. (2004) *Appunti sulla trasformazione del collocamento da funzione pubblica a servizio*, in DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica.

MAGNANI M. (2005), *La riforma dell'organizzazione del mercato del lavoro*, in OLIVELLI P.- M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi- Intermediazione pubblica e privata, regimi di autorizzazione e accreditamento, borsa del lavoro, tutele del lavoratore sul mercato*, Giuffrè, p. 24 ss.

NATULLO G.- GIORNALE T. (2007), *L'organizzazione dei servizi per l'impiego dopo il d.lgs. 469/1997 e la riforma del Titolo V della Costituzione: la competenza delle istituzioni pubbliche ed il ruolo dei privati*, in AA. VV., *Il mercato del lavoro nel settore enogastronomico della provincia di Avellino*, Aracne.

ROSANO M., (2008), *Prospettive di restyling per la gestione del mercato del lavoro*, in CINELLI M. – FERRARO G. (a cura di), *Lavoro, competitività,welfare*, Utet, p. 9-28.

RUSCIANO M. (1999), *Il lavoro come diritto: servizi per l'impiego e decentramento amministrativo*, in RGL, n. 3/suppl.

SOTTILE G. (2006), *Stato e Regioni nella nuova disciplina della mediazione tra domanda ed offerta di lavoro*, in *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, a cura di RUSCIANO M., ZOLI C., ZOPPOLI L., Editoriale Scientifica, pp. 127 e ss.

SPATTINI S. (2008), *Il governo del mercato del lavoro tra controllo pubblico e neo-contrattualismo. Analisi storico-comparata dei sistemi di regolazione e governo attivo del mercato*, Giuffrè.

TIRABOSCHI M. (a cura di) (2003), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, Giuffrè.

TORELLI F. (2004), *Servizi all'impiego pubblici e privati verso un complesso sistema di relazioni*, in *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, a cura di PERULLI, Giappichelli, p. 281 ss.

TROJSI A. (2004), *Riforme costituzionali e competenze legislative sui servizi per l'impiego*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di) (2004), *Mercato del lavoro. Riforme e vincoli del sistema*, Editoriale Scientifica.

TULLINI P. (2004), *La tendenziale omologazione dei soggetti pubblici e privati del mercato del lavoro*, in *Il nuovo mercato del lavoro – d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di AA. VV., Zanichelli, pp. 73 ss. y pp. 83 ss.

VARESI P. A. (2008), *Riordino della normativa in materia di servizi per l'impiego*, in MAGNANI M. – PANDOLFO A. – VARESI P.A. (a cura di), *Previdenza, mercato del lavoro, competitività*, Giappichelli.

VISCOMI A. (2004), *Organizzazione e cultura nei servizi per l'impiego*, in DE LUCA TAMAJO R.- RUSCIANO M.- ZOPPOLI L., (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica.

ZOPPOLI L. (a cura di) (2007), *La legislazione regionale in materia di lavoro. Studi preparatori*, Agenzia della Campania per il lavoro- Arlav, Napoli.

EXTINCIÓN POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR SIN CAUSA

DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ

Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

EXTRACTO

Palabras Clave: Extinción, Dimisión del Trabajador

Cabe recordar que los contratos bilaterales o sinalagmáticos, si son de tracto único, tienen como causa normal o principal de extinción el propio cumplimiento de lo pactado. Pero si son contratos de tracto sucesivo, el cumplimiento de lo estipulado no hace más que confirmar su subsistencia. Por eso, lo que a las partes importa más bien refiere a los medios con que cuentan para romper esa continuidad. En nuestro derecho, donde se parte de que hay un contratante débil, que es el trabajador, lo que más interesa es delimitar y constreñir las posibilidades extintivas del empresario, a quien se exige la concurrencia de ciertas causas, como muestra el art. 49, con los concordantes, del Estatuto de los Trabajadores. En cambio, al trabajador nada se pide: el citado precepto, en su núm. 1.d), previene que el contrato se extingue “por dimisión del trabajador” y en el 1.a), recoge la extinción por “mutuo acuerdo de las partes”. Sin embargo, precisamente por la prevalencia de la posición empresarial y la debilidad de la otra parte, se demuestra del todo ineficaz la regulación para prevenir posibles abusos del empresario en la extinción por voluntad del trabajador que, aún cuando, como siempre, se intenta suplir por la jurisprudencia, como veremos, no se logra por completo.

ABSTRACT

Key Words: Contract Termination, Workers' resignation (break-up of employment contract)

All bilateral or synallagmatic contracts, or if are continuing contracts, are meant to finalize that which has been agreed to accomplish. But if those are contract are successive tract contract, fulfill what has been agreed, and confirms its subsistence. That is, contractual parties care about how they can break what has been agreed. Under our law, workers who are considering 'as the weak side', the most important is to set limits to the employers' possibilities to terminate contracts, such as the Art. 49 of the Workers Statute. On the other hand, the workers do not have much to lose: in the referenced precept under number 1.d), which prevents that the contracts termination a because “workers resignation” and in the 1.a) states the contract termination because of “mutual agreement”. Though, because of the predominance of the employer's position and workers' vulnerability, it's clearly understood the current regulation fallacies and inefficiency to prevent those abuses from part of the employers in cases of workers' resignation, that, as usual, the judicial regulations are intended to be applied without success.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA DIMISIÓN SIN CAUSA
 - 2.1. El Abandono Del Trabajador
 - 2.2. La Firma Del Recibo De Saldo Y Finiquito
3. LA EXTINCIÓN POR MUTUO ACUERDO
4. LOS VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO
5. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Cabe recordar que los contratos bilaterales o sinalagmáticos, si son de trato único, tienen como causa normal o principal de extinción el propio cumplimiento de lo pactado. Pero si son contratos de trato sucesivo, el cumplimiento de lo estipulado no hace más que confirmar su subsistencia. Por eso, lo que a las partes importa más bien refiere a los medios con que cuentan para romper esa continuidad. En nuestro derecho, donde se parte de que hay un contratante débil, que es el trabajador, lo que más interesa es delimitar y constreñir las posibilidades extintivas del empresario, a quien se exige la concurrencia de ciertas causas, como muestra el art. 49, con los concordantes, del Estatuto de los Trabajadores. En cambio, al trabajador nada se pide: el citado precepto, en su núm. 1.d), previene que el contrato se extingue “por dimisión del trabajador” y en el 1.a), recoge la extinción por “mutuo acuerdo de las partes”.

No obstante, las dificultades de la delimitación entre el despido encubierto y otras modalidades extintivas, como consecuencia de la voluntad del trabajador, especialmente la dimisión sin causa y la extinción por mutuo acuerdo, han dado lugar a una extensa jurisprudencia, pues aún cuando desde la perspectiva del derecho común, no son más que manifestaciones de la libre voluntad de las partes de rescindir los contratos, en el seno de una relación donde el trabajador es la parte más débil, suscitan recelo por las posibilidades de abuso e intimidación. Asimismo, las dificultades que se alzan en la práctica para delimitar algunas causas del despido disciplinario con la dimisión sin causa, fundamentalmente en los supuestos de abandono del trabajador, también hacen necesario establecer los criterios necesarios para llevar a cabo su correcto encuadre en cada figura jurídica con el fin de proporcionar una mayor seguridad jurídica.

2. LA DIMISIÓN SIN CAUSA

La dimisión del trabajador es una manifestación de voluntad del propio trabajador que demuestra su deliberado propósito de dar por finalizado el contrato. Su fundamento está en el carácter personalísimo de la prestación laboral, así como en el derecho al trabajo y la libre elección de profesión u oficio que

consagra el art. 35 de la CE. Es causa de extinción contractual aplicable tanto a los contratos de duración indefinida como por tiempo determinado. Se trata de una decisión recepticia, de tal modo que una vez aceptada por el empresario, la decisión extintiva por parte del trabajador determina la producción de un acto vinculante e irrevocable, del que no cabe retractarse con posterioridad sin consentimiento de la empresa, por tratarse de un acto generador de derechos a terceros¹, siempre y cuando aquella decisión no adolezca de alguno de los vicios del consentimiento que se contienen en el artículo 1265 del Código Civil² y que analizaremos más adelante.

Cabe destacar, de este modo en primer lugar, que la dimisión o voluntad unilateral del trabajador de extinguir el vínculo contractual con el empleador, puede manifestarse de forma expresa o de manera tácita: mediante signos escritos u orales dirigidos al empresario o mediante un comportamiento del que cabe inferir esa intención extintiva. Pues bien, también la jurisprudencia, en este caso la social, se ha ocupado de introducir parejas cautelas. Así, se ha declarado que la dimisión del trabajador no es preciso que se ajuste a una declaración de voluntad formal, basta que la conducta seguida por el mismo manifieste de modo indiscutido su opción por la ruptura o extinción de la relación laboral³.

Así la dimisión exige como necesaria una voluntad del trabajador “clara, concreta, consciente, firme y terminante, reveladora de su propósito; puede ser expresa o tácita; pero en este caso ha de manifestarse por hechos concluyentes, es decir, que no dejen margen alguno para la duda razonable sobre su intención y alcance”⁴.

No se produce la extinción de la relación laboral cuando no se acredite que la dimisión que presentó el trabajador tuviera efecto en su momento, cesando su actividad y la retribución, sino que, por el contrario siguió percibiendo sus retribuciones⁵.

Se considera dimisión del trabajador el no reincorporarse a la empresa en situaciones como las siguientes:

- Tras recibir la notificación de la denegación de la invalidez permanente⁶.
- Tras finalizar sus vacaciones⁷.

¹ STS de 6 de noviembre de 1985 RJ 1985, 5729, 18 de noviembre de 1989 RJ 1989, 8077, 20 de junio de 1990 RJ 1990, 5496 o 26 de abril de 1991 RJ 1991, 3390, entre otras.

² STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de mayo de 2009 Rec. n.º. 132/09 y STSJ Extremadura Sala de lo Social de 29 septiembre 2009.

³ STS 1º octubre 1990 RJ 1990, 7512 y 21 de noviembre de 2000 RJ 2001, 1427.

⁴ SSTS 10 diciembre 1990 RJ 1990, 9762 y 17 de mayo de 2005 RJ 2005, 6321, Rec. n.º. 2219/2004.

⁵ STSJ Galicia de 8 mayo 2001 y STSJ Madrid Sala de lo Social de 21 junio 2004.

⁶ STSJ de Galicia de 22 de junio de 1999 AS 1877.

⁷ STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2000 AS 2794 TSJ Madrid Sala de lo Social de 12 marzo 2007.

Una vez finalizado el período de suspensión por incapacidad transitoria o maternidad aunque el alta médica haya sido impugnada⁸. En contra, no obstante, cuando la demora en la incorporación es corta, hasta dos semanas, ya que no demuestra la voluntad extintiva⁹.

Una vez concedida la libertad provisional¹⁰. Ser requerido para su vuelta al trabajo, tras una discusión¹¹. Una vez concluida su situación de excedencia voluntaria¹².

El hecho de acogerse a una excedencia voluntaria sin consentimiento de la empresa o disfrutar de unas vacaciones denegadas¹³. La negativa del trabajador a reincorporarse a un puesto en localidad distinta lleva implícita una renuncia que extinga el contrato de trabajo¹⁴.

La jurisprudencia establece asimismo que no puede considerarse como dimisión la negativa del trabajador a reincorporarse cuando tras haberse extinguido la relación laboral por despido, el empresario ofrece la readmisión, ya que el contrato se encuentra ya extinguido y esto supondría privar al trabajador de la posibilidad de ejercitar la acción de despido¹⁵. Sin embargo, a mi modo de ver, este criterio podría verse modificado por la reciente jurisprudencia del Alto Tribunal que entiende que, aún cuando el empresario haya optado por el abono de la indemnización, esta opción no es vinculante, siendo posible retractarse y cambiar su opción por la readmisión en los supuestos en que posteriormente, habiendo demandado el trabajador, la sentencia, finalmente, incremente sustancialmente la cantidad de la indemnización a abonar¹⁶. De tal modo que ahora, en estos casos, si el trabajador se niega a reincorporarse a su puesto de trabajo, se podría considerar dimisión.

Los argumentos del Alto Tribunal al respecto son que ese efecto de vinculación no está previsto en el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores;

⁸ STS de 15 de abril de 1994 RJ 3248 y SSTSJ de Canarias/Las Palmas de 27 de febrero de 2006 AS 1306 y de Madrid de 24 de enero de 2006 AS 534.

⁹ STS de 29 de marzo de 2001 RJ 3410, STSJ de Cantabria de 18 de octubre de 2004 JUR 376737.

¹⁰ STS Sala 4ª de 16 mayo 1988. Sostiene la Sala que si bien la privación de libertad constituye suspensión del contrato de trabajo, mientras no exista sentencia condenatoria, la concesión de libertad provisional reanuda el nexo contractual con la obligación de reincorporarse al trabajo. El recurso de casación se desestima, manifestando que al no hacerlo así el trabajador recurrente, ello constituye un abandono del vínculo y extingue el contrato con fundamento en el art. 49.4 ET.

¹¹ STS Sala 4ª de 12 diciembre 1988. El trabajador que después de una discusión con el empresario es despedido verbalmente, sino que él se considera despedido verbalmente y no vuelve al trabajo, aunque es requerido para ello, extingue el contrato por su propia voluntad y al no existir despido no cabe la calificación del mismo como procedente, improcedente o nulo.

¹² STSJ de Galicia de 21 de septiembre de 1995 AS 3185.

¹³ STSJ de Valencia de 30 de octubre de 1991 AS 5872 y STSJ de Andalucía/Granada de 26 de octubre de 2000 AS 4226.

¹⁴ STS de 18 de octubre de 1999 Ar 9102.

¹⁵ SSTS de 3 de julio de 2001 RJ 7797 y 15 de noviembre de 2002 RJ 507/03.

¹⁶ STS de 18 de diciembre de 2009 Rec. nº. 71/09.

tampoco puede derivarse de lo dispuesto en el artículo 1816 del Código Civil y en el artículo 66 y concordantes de la Ley de Procedimiento Laboral, porque no ha existido acuerdo transaccional.

Ni siquiera se puede afirmar a partir de la doctrina de los actos propios, pues es obvio que no estamos ante un supuesto de aplicación de la misma, que requiere “una expresa y concluyente manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica”, de forma que esa declaración de voluntad vincula a su autor que no puede adoptar después un comportamiento contradictorio que sería opuesto a la buena fe y a las exigencias de la confianza legítima¹⁷. Sino una oferta en el marco de una negociación orientada a evitar un pleito; oferta que, por exigencias de garantía para el trabajador, se acompaña de una consignación, y este tipo de declaraciones responde en cuanto a su eficacia a las reglas generales de la contratación (artículos 1258 y 1262 del Código Civil), por lo que su carácter vinculante depende de que la oferta sea aceptada y de que esta aceptación llegue a conocimiento del oferente. Si no es así, la oferta no se convierte en acuerdo vinculante en orden a la calificación del despido, aunque la ley penalice la no aceptación -cuando ésta no está justificada- con la pérdida de los salarios de tramitación.

El que la indemnización se consigne judicialmente tampoco pone de manifiesto su pretendido carácter irrevocable, pues, conforme al artículo 1180 del Código Civil, puede ser retirada por quien la ha hecho mientras el acreedor no la hubiese aceptado o no hubiere recaído declaración judicial de que está bien hecha, en el presente caso de que el despido es procedente y la opción aplicable es la indemnización.

Por otra parte, no es cierto que la no vinculación del empresario sea susceptible de causar indefensión al trabajador. No hay indefensión alguna porque no hay una expectativa razonable de que el empresario limite su oposición en el proceso a los términos de un ofrecimiento que no ha sido aceptado. Al trabajador se le ha ofrecido el reconocimiento del despido improcedente y una determinada indemnización; no ha aceptado esta oferta y opta por abrir el proceso. Pero no puede esperar que lo que se ha ofrecido para evitar el pleito se mantenga en éste.

Pero además, aunque se aceptara por hipótesis, la vinculación por el ofrecimiento de indemnización, esa vinculación quedaría limitada obviamente por los términos de la propia oferta, en este caso el importe de la indemnización ofertada y no comprendería la oferta de una indemnización superior. Este es un principio general que se deduce de la propia definición de la autonomía privada, en la que, como aclara el *artículo 1283 Código Civil*, para la interpretación de

¹⁷ STS de 19 de diciembre de 2006 y 2 de abril de 2007.

las declaraciones de las partes, no pueden en tales declaraciones entenderse comprendidos “casos diferentes” y “cosas distintas”. De la misma manera que no habría acuerdo vinculante si el trabajador hubiera contestado que aceptaba la oferta empresarial de reconocimiento de la improcedencia del despido, pero que lo hacía con una indemnización superior, tampoco puede haber vinculación por una declaración de voluntad a la que se ha variado un elemento esencial de su criterio por la intervención de un tercero. En este sentido la *regla del artículo 111.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral* no es más que una manifestación específica de un principio general de la dogmática del negocio jurídico en cuanto al alcance de las declaraciones de voluntad.

En conclusión, no hay vinculación del empresario a la opción por la indemnización, porque su oferta no fue aceptada por el trabajador y porque esa oferta se refería a la indemnización establecida en la misma y no a otra superior.

Sin embargo, a mi modo de ver, esta doctrina reciente del Tribunal Supremo es cuestionable ya que el propio Tribunal, en contra de lo que ahora afirma, ha señalado reiteradamente que la oferta empresarial regulada en el *artículo 56.2 E.T.* no tiene carácter transaccional y, por ello, no es susceptible de ser discutida o modalizada a la baja, pues ni el empresario puede ofrecer menos de lo que establece el precitado *artículo 56.2*, ni el trabajador puede aceptar oferta inferior a la fijada en dicho precepto¹⁸.

En efecto, la no aceptación de la oferta por parte del trabajador no supone que el empresario pueda retractarse de lo ofertado, pues la norma no prevé tal posibilidad, ni puede establecerse por aplicación de lo preceptuado en el Código Civil para la transacción, por no tratarse de una transacción como ha quedado anteriormente razonado.

La norma sí prevé, por el contrario, la no aceptación por el trabajador y la persistencia de la oferta empresarial. Así el último *párrafo del artículo 56.2* dispone que el empresario podrá reconocer la improcedencia del despido hasta el momento de la conciliación judicial.

Además, aún cuando el TS mantiene que no causa indefensión al trabajador, entiendo que sí vulnera el principio de interdicción de la indefensión, pues el ofrecimiento empresarial ha generado una legítima confianza en el trabajador que acude a juicio con el convencimiento de que el despido ha sido reconocido como improcedente y únicamente procede discutir determinados aspectos del mismo.

¹⁸ SSTs de 30 de septiembre de 1998, recurso 3358/97, (Sala General), 12 de mayo de 2005, recurso 484/04, 14 de junio de 2007, recurso 967/02 y 21 de junio de 2007, recurso 967/06.

2.1. El abandono del trabajador

El art. 49 d) del ET establece la facultad del trabajador de resolver unilateralmente el contrato de trabajo sin necesidad de alegar causa alguna mediando el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar¹⁹.

De este modo, no pueden limitarse ni las facultades del trabajador para dimitir, ni las condiciones que se puedan pactar, no obstante puede limitarse la voluntad del trabajador para extinguir el contrato libremente mediante un pacto de permanencia en la empresa, en cuyo caso la dimisión configuraría un incumplimiento del mismo con la obligación de abonar la indemnización prevista o pactada²⁰.

Si el convenio colectivo aplicable no establece plazo ni tampoco existe costumbre aplicable, se viene aplicando el plazo de 15 días²¹. Algunos convenios establecen un plazo común para todos los trabajadores y otros lo hacen depender en función de la categoría profesional, oscilando entre 10 días para las categorías inferiores, hasta un mes para las más cualificadas²². Algunas relaciones laborales especiales establecen plazos específicos. Así, por ejemplo, Abogados, el art. 22 del RD 1331/2006 articula un plazo que no podrá ser inferior a 45 días, ni superior a tres meses²³ o Empleados de hogar que exige un preaviso de 7 días.

Si se incumple dicho plazo de preaviso por parte del trabajador, se puede producir la obligación de reparar los posibles daños causados al empresario²⁴. Algunos convenios facultan, en este sentido, para descontar un día de salario del finiquito por cada día de preaviso incumplido por el trabajador sin que este descuento tenga el carácter de multa de haber, prohibida por el art. 58.3 del ET, pues no tiene naturaleza punitiva para el trabajador, sino resarcitoria

¹⁹ SAN de 24 abril 2003.

²⁰ Sirvient Hernández, N., El pacto de permanencia en la empresa, Valencia 2002, pág. 222

²¹ STS de 29-6- 89 RJ 4856.

²² Esteve Segarra, A. y Lacomba Pérez, R., La extinción del contrato de trabajo en la negociación colectiva, Valencia, 2000, pág. 33.

²³ García Ninet, J.I., “Acerca del Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados individuales o colectivos”, TS, nº. 169, 2005; Areta Martínez, A. Y Sempere Navarro, A.V., “La contratación laboral especial entre abogados: presente y perspectivas, Pamplona, 2006; De la Puebla Pinilla, A., “El régimen jurídico de la contratación entre abogados”, R.L., nº. 1, 2007; De la Villa Gil, L.E., “La relación laboral especial de los abogados”, Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF), nº. 288, 2007; Rodríguez Santos, E., La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador, Valencia, 2007; Purcilla Bonilla, M.A., “La relación laboral especial de los abogados” T.S., nº. 193, 2007.

²⁴ STS de 16-3- 05, RJ 3510.

para el empresario²⁵. También el empresario puede renunciar a la prestación de servicios del trabajador que reste hasta la fecha de efectividad de la dimisión, si bien en dicho caso no se altera la vigencia del contrato que se mantendrá hasta el vencimiento del preaviso con derecho al abono de los días de salario hasta dicha fecha y la extinción unilateral anterior por parte del empresario sería un despido improcedente²⁶. Si bien, es evidente que dado que los plazos de preaviso son reducidos, lo más lógico es que salvo supuestos excepcionales el empresario simplemente esperará a que transcurran los mismo evitando los problemas que podrían acarrear la interposición de una demanda por despido. Sin perjuicio de que, de nuevo aún cuando no sea probable, es posible, sin embargo, que el trabajador pudiera consentir la extinción anterior a la fecha de vencimiento del preaviso, en cuyo caso se trataría de una extinción por mutuo acuerdo, sin que se pueda calificar de una renuncia de derechos si no se aprecian vicios en el consentimiento²⁷.

Cabe así distinguir una dimisión con preaviso y otra sin preaviso. Ahora bien, en este último caso, también se hace necesario diferenciar aquellos supuestos en que el trabajador ha manifestado expresamente su voluntad de poner fin a la relación laboral y así se lo ha comunicado a la empresa, pero incumpliendo el plazo de preaviso estipulado, en cuyo caso se produce la obligación de reparar los posibles daños causados al empresario; de aquellos otros casos en que la voluntad extintiva del trabajador se manifieste de modo tácito, por actos u omisiones que muestran el deliberado propósito de dar por terminado el contrato de trabajo, apareciendo así la figura del denominado abandono, que se manifiesta por hechos concluyentes que no dejan margen alguno para la duda razonable sobre su intención y alcance²⁸. Debiéndose distinguir el aspecto extintivo del sancionador por incumplimiento: para que exista la causa extintiva en examen es preciso que se produzca una actuación del trabajador que, de manera expresa o tácita, pero siempre clara y terminante, demuestre su deliberado propósito de dar por terminado el contrato, lo que requiere una manifestación de voluntad en este sentido o una conducta que de modo concluyente revele el elemento intencional decisivo de romper la relación laboral. Así, por ejemplo, cuando el trabajador ha comenzado a prestar servicios en otra empresa o cuando se niega expresamente a ocupar el puesto de trabajo una vez que la empresa le ha requerido a tales efectos²⁹. En

²⁵ STSJ del País Vasco de 4 de febrero de 2003 JUR 122039.

²⁶ Pérez-Espinosa Sanchez,F., *El preaviso en la extinción del contrato de trabajo*, Madrid, 1980, pág. 76.

²⁷ Ceinos Suárez, A., “El desistimiento como causa de extinción del contrato de trabajo”, Pamplona, 2008, pág. 89.

²⁸ STS de 10 de diciembre de 1990.

²⁹ García-Perrote Escartín, I. y Sastre Ibarreche, R., *Extinción del contrato*, en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, 1998, pág. 592.

estos casos se puede entender que estamos ante una dimisión defectuosa por incumplimiento del requisitos de preaviso exigido por la normativa³⁰.

No obstante, de todo lo dicho, aún cuando no se establezca de forma meridiana y clara, se puede deducir, sin embargo, la obligación empresarial de requerir o instar al trabajador la reincorporación a su puesto de trabajo, con la advertencia de que de no reincorporarse causará baja en la empresa y sólo en el caso de que éste haga caso omiso y no justifique su ausencia se puede entender que su voluntad es la de poner fin a la relación laboral. Ya que si el trabajador alega no haber recibido el requerimiento, por ejemplo cuando se hace por telegrama y el trabajador ha cambiado de domicilio, el Alto Tribunal entiende que no está acreditado que la voluntad del trabajador en dicho supuesto sea la de dar por concluida la relación laboral³¹.

En esta línea, y a los efectos de delimitar el llamado abandono, frente al despido disciplinario por falta de asistencias al trabajo, se subraya que éstas no pueden considerarse, objetivamente y al margen de un contexto en el que por su continuidad o por otras circunstancias aparezcan dotadas de un indudable significado extintivo, en cualquier caso, para valorar el propósito del trabajador hay que precisar de forma inequívoca las motivaciones e impulsos que le animan toda vez que la voluntad de realizar un acto culposo laboral es diferente de la necesaria para extinguir la relación laboral³².

La principal enseñanza que de tal afirmación cabe extraer es que la dimisión del trabajador, como todo acto negocial, en este caso con finalidad de extinguir otro negocio más amplio, y de carácter sucesivo o prologado, que es el propio contrato de trabajo, requiere una voluntad incontestable en tal sentido; la cual puede manifestarse al exterior, para que la conozca el empresario, de manera expresa: signos escritos o verbales que directamente explicitan la intención del interesado; o de manera tácita: comportamiento de otra clase, del cual cabe deducir clara y terminantemente que el empleado quiere terminar su vinculación laboral. De ahí que el llamado abandono, materializado en una inasistencia más o menos prolongada del trabajador al centro o lugar de trabajo, no sea algo que mecánicamente equivalga a una extinción por dimisión; sino que se necesita que esas ausencias puedan hacerse equivaler a un comportamiento del que quepa extraer, de manera clara, cierta y terminante, que el empleado desea extinguir el contrato³³.

En concreto, las conductas de abandono de trabajo pueden ser unas veces simple falta de asistencia al trabajo y pueden tener otras un significado

³⁰ Rodríguez Santos, E., *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador*, Valencia, 2007, pág. 100.

³¹ STS de 19 de octubre de 2006 Rec. n.º. 3491/05.

³² STS 03 de junio de 1988 RJ 1988, 5212.

³³ STSJ de Madrid de 5 de diciembre de 2007 Rec. n.º. 3958/06.

extintivo, dependiendo de la inclinación por una u otra calificación del contexto, de la continuidad de la ausencia, de las motivaciones e impulsos que le animan y de otras circunstancias³⁴.

La empresa no tiene obligación de proceder a un despido para extinguir el contrato de trabajo, al ser también causa de extinción la dimisión del trabajador. Es cierto que, en algunos supuestos de no reincorporación tras agotarse el período de suspensión del contrato de trabajo por denegación de la solicitud de incapacidad permanente, o tras ser dado de alta médica por curación con impugnación de dicha situación, se requiere por la empresa la medida disciplinaria de despido para justificar la decisión extintiva. No obstante, el empresario puede por tanto deducir las consecuencias extintivas -disciplinarias o en orden a la concurrencia de un desistimiento- que deriven de la falta de justificación por el trabajador de la incomparecencia o no reincorporación tras el alta médica y que corresponde en consecuencia al trabajador (si quiere evitar, en el caso excepcional o al menos no presumible de error en la resolución administrativa, el despliegue normal de su eficacia) la carga tanto de manifestar su voluntad de mantener la relación como de acreditar que, pese al alta médica o a la resolución del expediente de invalidez sin declaración de incapacidad permanente total o absoluta, subsiste una situación de incapacidad temporal que impide la reincorporación al trabajo, ofreciendo en su caso los medios para la verificación de esa situación por la empresa³⁵. Por tanto, el empresario puede hacer cualquiera de las dos cosas, despedir o tener por extinguido el contrato por dimisión, si bien en este caso no es suficiente con que existan ausencias injustificadas, una vez extendida el alta médica, y producirse la reincorporación de forma extemporánea, sino que deben atenderse a otro tipo de circunstancias en los que se revele un indudable propósito de extinguir el contrato de trabajo³⁶.

2.2. La firma del recibo de saldo y finiquito

La referida voluntad extintiva del trabajador también se puede poner de manifiesto a través de la firma del denominado documento de saldo y finiquito. Sin embargo, a tales efectos, es necesario realizar varias precisiones. El llamado documento finiquito es un instituto jurídico, de construcción doctrinal y jurisprudencial que viene siendo reglado de modo genérico por la normativa contenida en el Código civil relativa a los contratos en cuanto participa de tal carácter y al que, en determinados supuestos de cese, hacen referencia los Convenios Colectivos con el valor normativo que le es propio. Tradicionalmente, la extinción de vínculo obligacional laboral se plasma en este documento lla-

³⁴ STS 3-6-1988 RJ 1988, 5212.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1.994 RJ 1994, 3249.

³⁶ STSJ de Cataluña de 10 de noviembre de 2009 Rec. n.º. 4493/09.

mado finiquito, sin embargo, cabe destacar ahora que a dicho documento se le otorga una doble función, por un lado, en el que las partes manifiestan de forma escrita que su relación de trabajo ha quedado extinguida y por otro, el llamado finiquito-liquidación, en el que puede contenerse la liquidación o saldo resultante de aquel nexo laboral.

De tal modo que, el documento no tiene valor liberatorio preestablecido por el solo hecho de incluir la denominación “recibo de saldo y finiquito”. En consecuencia, la firma del finiquito por parte del trabajador no implica aceptación de la extinción del contrato de trabajo. Es preciso distinguir lo que es simple constancia y conformidad a una liquidación, de lo que es aceptación de la extinción de la relación laboral, para lo cual debería incorporarse una voluntad unilateral del trabajador de extinguir la relación³⁷.

Para que dicho finiquito cumpla la función liquidatoria ha de cumplir determinados condicionamientos no bastando, ni tan siquiera, que el documento en cuestión exprese, genéricamente, que el trabajador libera a la empresa de cualquier reclamación económica y no tener nada más que reclamar lo cual, conforme a reiterada Jurisprudencia³⁸, carece de efectos liberatorios. Por otro lado, en cuanto a la función extintiva que ahora no se cuestiona, se hace preciso que dicho “contrato” o “negocio jurídico” no adolezca de las causas que, según el propio C.C., provocarían su ineficacia³⁹. Salvo que presente irregularidades que sus manifestaciones no corresponden a la realidad, se limitan a frases estereotipadas y ambiguas, o alterados por el empleador, o falseados se han firmado antes de la extinción o en blanco, cuya imposición constituye delito⁴⁰.

- 1) Su valor liberatorio está en función del alcance de la declaración de voluntad que incorpora y de la ausencia de vicios en la formación y expresión de ésta.
- 2) Hay que distinguir lo que es simple constancia y conformidad a una liquidación de lo que es aceptación de la extinción de la relación laboral.
- 3) En el momento en que suele procederse a esta declaración -coincidiendo con la extinción del contrato de trabajo- existe un riesgo importante de que estos dos aspectos se confundan, especialmente cuando la iniciativa de la extinción ha correspondido al empresario.
- 4) La ejecutividad de esta decisión, con su efecto inmediato de cese de las prestaciones básicas del contrato de trabajo, lleva a que la

³⁷ STS Sala 4ª de 21 julio 2009, STSJ Castilla-La Mancha de 8 marzo 2000 y STSJ Madrid Sala de lo Social de 2 noviembre 1999.

³⁸ SSTs de 5 de diciembre de 1994, 22 de noviembre de 1994 y 25 de junio de 1997.

³⁹ SSTs de 24 de junio de 1998 Rec. n.º 3463/97, 26 de noviembre de 2001 Rec. n.º 4625/00 y 22 de noviembre de 2004 Rec. n.º 642/04.

⁴⁰ STS Sala 4ª de 13 mayo 2008.

aceptación del pago de la liquidación de conceptos pendientes -normalmente, las partes proporcionales devengadas de conceptos de periodicidad superior a la mensual, pero también otros conceptos- coincida con el cese y pueda confundirse con la aceptación de éste.

- 5) La aceptación de estos pagos ante una decisión extintiva empresarial no supone conformidad con esa decisión, aunque la firma del documento parta de que se ha producido esa decisión y de sus efectos reales sobre el vínculo.
- 6) En realidad, para que el finiquito suponga aceptación de la extinción del contrato debería incorporar una voluntad unilateral del trabajador de extinguir la relación, un mutuo acuerdo sobre la extinción o una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario, que se ponga de manifiesto con expresiones tales como:
 - «queda extinguido el contrato de trabajo con la empresa conformidad de ambas partes».
 - “declara libremente haber rescindido por fin de contrato, la relación que tenía con esta empresa”.
 - “queda totalmente finiquitada la relación laboral”.

Y otras análogas. Sin embargo, no por el mero hecho de declarar haber percibido determinada cantidad en concepto de «liquidación definitiva y finiquito al cesar en la empresa por fin de contrato», pues aunque es cierto que se reconoce que la liquidación se practica por el cese en la empresa, no pone de manifiesto la conformidad con la finalización del contrato de trabajo, porque esto es solo el reconocimiento de una circunstancia que parte de la realidad y ejecutividad de la decisión empresarial como determinante del saldo, sin que sea posible deducir una confirmación con aquella de la voluntad del trabajador de aceptar la finalización de la relación laboral, sino de conformidad de la liquidación que la empresa realiza al denunciar la finalización del contrato⁴¹.

El trabajador no puede oponerse a la dimisión, previamente emitida, por falta de acuerdo en la liquidación, pudiendo por el contrario reclamar las diferencias salariales⁴².

El finiquito libera de las obligaciones respectivas cuando la voluntad extintiva de las partes se deduce con evidente claridad de los actos anteriores a la firma del finiquito y coetáneos o posteriores al contrato⁴³.

En este sentido son especialmente interesantes los pronunciamientos que entienden que si hay un despido previo al mutuo acuerdo, el vínculo laboral ya estaba roto por decidirlo así el empresario y no cabe sostener que con posterioridad, y sin la previa rehabilitación del vínculo, se pueda proceder

⁴¹ STSJ de Galicia de 16 de noviembre de 2009 Rec. nº. 3457/09.

⁴² STS de 22 de enero de 2007 Rec. nº. 3011/05.

⁴³ STS Sala 4ª de 28 octubre 1999.

a una nueva extinción por mutuo acuerdo o por decisión del trabajador, pues la relación ya no existe y no se puede atribuir, por lo tanto, naturaleza transaccional al acuerdo posterior que supondría una renuncia de derechos unilateral que le impediría al trabajador ejercer sus acciones legales⁴⁴.

No obstante, otros pronunciamientos judiciales entienden que esta circunstancia no cuestiona el carácter liberatorio del acuerdo⁴⁵ y en este sentido se ha decantado también la jurisprudencia⁴⁶.

Por su parte, el Alto Tribunal argumenta que en estos supuestos lo que comienza siendo un acto unilateral extintivo del empresario, se transforma, por la ulterior concurrencia de la voluntad del despedido, en un negocio bilateral, quedando desvinculado del primitivo contrato y de la relación laboral, no ya por el acto unilateral del empresario, sino por el mutuo acuerdo extintivo, que pone fin a aquélla, de modo que siendo libre no supone renuncia, ni privación de derechos.

La causa prevista en el artículo 49.1 a) del Estatuto de los Trabajadores extinción por mutuo acuerdo de las partes; permite llegar a un acuerdo con la empresa demandada para rescindir voluntariamente su contrato de trabajo, aun con posterioridad a la existencia de un despido; siendo clara la doctrina sentada en la materia discutida por la doctrina de suplicación⁴⁷, en el sentido de que no constituyendo óbice alguno a lo anterior el que se hubiera producido previamente un despido, ya que es un derecho del trabajador y disponible por él el dar por extinguida su relación laboral, tanto por voluntad unilateral como por mutuo disenso con la empresa, al ser ambas causas legales de extinción previstas en los números 4 y 1 respectivamente, del artículo 49 del Estatuto y para lo que está plenamente facultado, como manifestación de su libertad y autonomía de su voluntad. Entender a lo contrario sería minorar la libertad del trabajador, en orden a su capacidad general de disposición de los derechos adquiridos y sin que ello violase la prohibición contenida en el art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, puesto que la misma no es óbice para que un trabajador, expresa o tácitamente, extinga su contrato, bien de forma pura y simple o bien, mediante la percepción de la cantidad libremente convenida, según lo prevenido en el artículo 49.1 y 4 del citado Estatuto de los Trabajadores, pero no es renuncia de derechos el aquietarse o no a una extinción contractual mutuamente aceptada, aun de existir el precedente de un supuesto despido, pues si el trabajador entiende que le era más beneficioso aceptar el ofrecimiento económico que arrastrar las consecuencias de un litigio, nadie,

⁴⁴ STSJ de Valencia de 26 de marzo de 2002 AS 362/03 y STSJ Andalucía/Sevilla Sala de lo Social de 26 junio 2007.

⁴⁵ STSJ Cataluña Sala de lo Social de 4 octubre 2007.

⁴⁶ STS Sala 4ª de 9 marzo 1990, de 24 noviembre 1986 y de 6 marzo 1993.

⁴⁷ Entre otras, en sentencias de 18 de enero AS 1996, 744 y 26 de abril de 1996 AS 1996, 2035.

excepto el propio trabajador, al conocer sus posibilidades de éxito en el juicio por despido, puede calificar como lesivo o conveniente tal acuerdo.

Sin embargo, en sentido contrario, no tendrá carácter liberatorio el documento cuando la notificación del despido es posterior a la firma del finiquito⁴⁸.

En cualquier caso, el acuerdo que se plasma en el finiquito “ha de estar sujeto a las reglas de interpretación de los contratos, que establecen los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, pues no se trata de una fórmula sacramental, con efectos preestablecidos y objetivados”. Para valorar el alcance de estos documentos hay que estar al valor que el “precepto ya mencionado da a la intención de los contratantes sobre las palabras, y a la prevención del artículo 1289, del nombrado Código, de que no deberán entenderse comprendidos en los términos de un contrato cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron constatar⁴⁹.

En consecuencia, los efectos liberatorios del finiquito alcanzan únicamente a los conceptos retributivos determinados en el documento, no se extiende a conceptos no incluidos, ni nominal ni cuantitativamente, por ejemplo, horas extraordinarias reclamadas al haberse acreditado llevar a cabo una jornada superior a la normal de forma sistemática⁵⁰.

El valor liberatorio del finiquito tampoco puede extenderse a aquellos conceptos o diferencias salariales inexistentes en el momento de la firma y que, por lo tanto, no eran exigibles⁵¹. Así, por ejemplo, devengos que surgen como consecuencia de la aplicación retroactiva de un convenio colectivo en el que se fijan incrementos salariales que, por lo tanto, eran desconocidos cuando se otorgó aquel documento o que se reconocen en sentencia con carácter retroactivo, con posterioridad a la firma del finiquito⁵². De este modo, las diferencias salariales que son efecto de una sentencia dictada después. Sus efectos liberatorios sólo alcanzan a la situación jurídica existente el día de su fecha, no a las diferencias salariales que entonces dependían de un litigio pendiente, ya que la renuncia a retribuciones aún no devengadas no puede considerarse válida o eficaz⁵³.

La transacción no puede referirse a derechos irrenunciables, reconocidos legalmente o mediante Convenio Colectivo, o aquellos cuya renuncia es contraria al interés u orden público o perjudica a terceros. (arts. 3.5 del ET y 6.2 del CC)⁵⁴.

⁴⁸ STS de 25 de enero de 2005 RJ 4820.

⁴⁹ de 30 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 6830).

⁵⁰ STS de 18 de noviembre de 2004 RJ 1588/05, STSJ Cataluña Sala de lo Social de 10 octubre 2007, STSJ Madrid Sala de lo Social de 25 septiembre 2009 y STS Sala 4ª de 11 junio 2008.

⁵¹ STSJ de Cataluña de 17 de julio de 1997 AS 3558 y Castilla y León/Valladolid de 26 marzo 2001.

⁵² STS Sala 4ª de 24 julio 2009.

⁵³ STSJ Aragón de 4 diciembre 2000.

⁵⁴ SSTS de 27 de abril de 1999 RJ 4538 y 13 de mayo de 2008 Rec. nº. 1157/07.

En este sentido, aún cuando algunos pronunciamientos judiciales determinan que no es lícito renunciar a la indemnización legal por despido o a una parte importante de la misma, por ejemplo la mitad, por vulnerar el art. 3.5 del ET⁵⁵, la mayoría entienden que no puede olvidarse que los acuerdos liquidatorios que trabajador y empresario alcanzan, precisamente buscan solventar sus diferencias económicas a través del establecimiento de mutuas concesiones o compensaciones de tal modo que en dichos pactos liquidatorios se pueda renunciar a derechos salariales e indemnizatorios sin que ello implique la vulneración del principio de irrenunciabilidad de derechos indisponibles, al producirse en el marco de una transacción extintiva de la relación laboral como expresión del ejercicio de su libertad jurídica y capacidad negocial para disponer sobre sus derechos patrimoniales ya consolidados, esto es, nacidos durante la vigencia de la relación laboral.

De este modo, se dispone que es lícito que el trabajador renuncie a los 30 días de preaviso y a su compensación en metálico en el supuesto de despido objetivo, como establece el art. 33 del ET.⁵⁶

Ahora bien, el trabajador únicamente puede disponer libremente de derechos salariales e indemnizatorios que son consecuencia directa de la relación laboral y nunca de aquellos otro que, si bien nacen de una relación laboral, no integra el núcleo esencial de la misma. Así, por ejemplo, no las mejoras voluntarias de prestaciones de la Seguridad Social reconocidas en convenio colectivo: indemnización por finalización del contrato por incapacidad permanente⁵⁷; premio de jubilación, ni los derechos consolidados en planes de pensiones a la fecha de las extinciones de sus contratos de trabajo⁵⁸.

El objeto de la transacción debe ser lícito. (art. 3.1 c) del ET). Por lo tanto, en buena lógica jurídica, podemos encontrar sentencias que entienden que la firma del finiquito no tiene carácter liberatorio cuando constituye una falsa extinción del contrato, bien porque los trabajadores continúan desempeñando idénticas funciones mediante otro contrato temporal o porque al tratarse de un contrato celebrado en fraude de ley la relación laboral deviene en indefinida y, por lo tanto, no comporta la renuncia de reclamar el carácter indefinido de la relación laboral. Lo contrario, supondría aceptar como válida la renuncia a derechos indisponibles del trabajador⁵⁹.

Sin embargo, en contra podemos encontrar pronunciamientos más recientes de la jurisprudencia que establecen que el finiquito es eficaz aunque se fir-

⁵⁵ STSJ Cantabria Sala de lo Social de 12 marzo 1999.

⁵⁶ STS Sala 4ª de 13 mayo 2008.

⁵⁷ STS Sala 4ª de 28 abril 2004.

⁵⁸ STS Sala 4ª de 11 noviembre 2003.

⁵⁹ STSJ País Vasco Sala de lo Social de 20 abril 1999, STSJ de Cataluña de 15 de marzo de 2000 AS 2053, STSJ Castilla-La Mancha de 12 julio 2000, STSJ Galicia de 8 mayo 2001 y STSJ Madrid Sala de lo Social de 21 junio 2004.

me para la extinción de un contrato temporal fraudulento⁶⁰. Lo cual parece suponer un cambio de doctrina ya que en sentencias anteriores el Alto Tribunal, con mejor criterio a mi modo de ver, había defendido que no debe estimarse el valor liberatorio del finiquito en contratos con causa ilegal⁶¹. Así, por ejemplo, en el supuesto de un contrato temporal que había superado la duración máxima reglamentaria estima el TS que se trataba de un despido improcedente y no extinción del contrato por mutuo acuerdo⁶² o en el caso de un trabajador fijo discontinuo, donde la Sala declaró que los llamados recibos de finiquito que el trabajador suscribía al final de cada período no extinguían el contrato, ni lo suspendían, si no que lo interrumpían hasta el comienzo del nuevo período en que la empresa debía llamar al trabajador, y si no lo hacía incurriría en un despido improcedente⁶³.

En efecto, en sede de un contrato donde, como ya hemos destacado el trabajador es la parte más débil, parece más razonable articular estas garantías para asegurar que al trabajador no se le imponga, en definitiva, la renuncia a derechos que, por otro lado, el propio ordenamiento laboral, con tal propósito los declara irrenunciables. De lo contrario, el documento en cuestión se puede convertir en el medio idóneo para “blanquear”, por así decirlo, irregularidades, abusos y fraudes por parte de la empresa. Así, por ejemplo, la práctica empresarial de condicionar la propia contratación del trabajador a la firma del finiquito en blanco, de modo que en el momento oportuno, el empresario puede simplemente rellenar el documento, con el contenido que quiera incluir, haciendo pasar por mutuo acuerdo lo que en realidad no es sino una ilícita resolución unilateral del contrato por parte del empresario. Y aún cuando el Tribunal Supremo no desconoce tal práctica, exige, no obstante, una prueba rigurosa de que así ha ocurrido efectivamente para negar extintiva a dicho documento⁶⁴. Prueba que aún siendo posible se convierte en diabólica para el trabajador ya que obviamente tal práctica se habrá realizado sin presencia de testigos que puedan testificar a favor del trabajador.

El trabajador no tiene obligación estricta de firmarlo, si no lo encuentra conforme, ni tampoco el empresario de presentarlo, el trabajador podrá reclamar la liquidación por vía judicial.

Al momento de su firma, el trabajador puede solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores, lo cual constará en el recibo. Si esta circunstancia no viene reflejada en el documento, se entiende que el trabajador no ejerció el derecho que le confiere el Estatuto, sin que se invalide el finiqui-

⁶⁰ STS Sala 4ª de 22 noviembre 2004.

⁶¹ STS Sala 4ª de 6 julio 1990.

⁶² STS Sala 4ª de 19 junio 1990.

⁶³ STS de 4 de junio de 1988.

⁶⁴ STS de 18 de mayo de 1988.

to⁶⁵. Sólo si el empresario impide su presencia y el trabajador lo hiciera constar en el finiquito, será nulo el documento (art. 49.2 del ET) y supondrá una falta grave, sancionable conforme a la LISOS.

3. LA EXTINCIÓN POR MUTUO ACUERDO

Por su parte, el art. 49.1.a) del ET señala que el contrato de trabajo se extinguirá por mutuo acuerdo de las partes. Así, el trabajador y el empresario pueden acordar en cualquier momento la extinción del contrato de forma voluntaria y establecer libremente las condiciones de dicha extinción. Salvo que las partes acuerden lo contrario, el trabajador no tendrá derecho a indemnización alguna.

La prueba de la extinción por esta causa incumbe al empresario. La extinción de la relación laboral por mutuo acuerdo no requiere formalidades específicas, sino acreditar el cese efectivo en el trabajo y que de las circunstancias concurrentes sea claramente deducible la voluntad de las partes en llegar a tal resultado⁶⁶. Así, se ha mantenido por la jurisprudencia que existe extinción del contrato por mutuo acuerdo y no despido cuando el trabajador manifiesta claramente su voluntad de dejar el trabajo y el empresario accede a ello, con independencia de que posteriormente se le entregue carta de despido con la finalidad de facilitar al trabajador el acceso a las prestaciones por desempleo⁶⁷.

Sin embargo, si ello fuera así, cabría preguntarse entonces cuál es la diferencia con la dimisión sin causa del trabajador. En efecto, la extinción por mutuo acuerdo se asimila a la dimisión del trabajador aceptada por el empresario. Por ello, a mi modo de ver, para poder determinar, en el plano teórico, cuando nos encontramos ante una y otra figura, es imprescindible determinar quién ha llevado la iniciativa en proponer la finalización de la relación laboral. Así, si es el trabajador quien le comunica al empresario, en primer lugar, su voluntad de extinguir el contrato de trabajo y éste acepta estaremos ante una dimisión, mientras que si es la empresa quien propone al trabajador poner fin a la relación laboral y éste acepta se tratará de una extinción por mutuo acuerdo. Además, en este último caso deberá haber alguna contraprestación por parte de la empresa, pues de lo contrario, ¿para qué aceptaría un trabajador una invitación de la empresa para irse sin más, si esta facultad ya la tiene el trabajador por sí? Lo cual despertaría recelos respecto de una posible intimidación por parte del empresario.

Precisamente por ello, como ejemplos de modalidades específicas de extinción contractual por mutuo acuerdo podemos destacar:

⁶⁵ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 13 de marzo de 2006 AS 1111.

⁶⁶ STS Sala 4ª de 18 julio 1990 RJ 6426.

⁶⁷ STS de 31 de diciembre de 1990.

Las bajas incentivadas: situación que se produce por la aceptación del trabajador de sumas importantes de dinero que la empresa le ofrece a cambio de solicitar su baja en la empresa. Su legalidad no plantea problemas a la jurisprudencia⁶⁸.

También se considera extinción del contrato por mutuo acuerdo los pactos de prejubilación alcanzado con la empresa, que se ofertan por parte de la empresa a trabajadores que todavía no han alcanzado la edad legal de jubilación a cambio de compensaciones que va a percibir el trabajador por su cese anticipado y que habitualmente van acompañados asimismo del correspondiente convenio de Seguridad Social, completando la empresa la pensión de jubilación⁶⁹.

4. LOS VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO

Por otro lado, en cuanto a la función extintiva de la voluntad del trabajador, bien sea a través de la dimisión o por mutuo acuerdo, plasmado en un finiquito, se hace preciso que dicho “contrato” o “negocio jurídico” no adolezca de las causas que, según el propio C.C., provocarían su ineficacia⁷⁰.

Es nulo es consentimiento que se preste por error, violencia, intimidación o dolo (art. 1265 CC). En efecto, hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho (art. 1269 CC). Dolo que sólo produce la nulidad del contrato si es grave y unilateral (art. 1270 CC).

En su aplicación, la jurisprudencia civil nos dice que comprende tanto la insidia directa e inductora de la conducta errónea del otro contratante, como la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, en contra del deber de informar que exige la buena fe, exigiendo dos requisitos: a) el empleo de maquinaciones engañosas, que puede consistir tanto en una actuación positiva como en una abstención u omisión; b) la inducción que tal comportamiento ejerce sobre la voluntad de la otra parte para determinarle a realizar el negocio jurídico que de otra forma no hubiera realizado⁷¹.

Sin embargo, en la práctica, el mayor problema se presenta cuando el trabajador ha incurrido en alguna conducta ilícita y la empresa le presenta la opción de dimitir voluntariamente o, de lo contrario, le hace saber que procederá a iniciar un expediente contradictorio, así como interponer las correspondientes denuncias ante la autoridad correspondientes. Planteándole la tesitura

⁶⁸ STS de 25 de marzo de 1991 y STSJ de Madrid de 12 de noviembre de 2004 JUR 18583/05.

⁶⁹ SSTs de 20 enero 2004, 6 julio 2004, 20 julio 2004 y 11 febrero 2003 12 de diciembre de 2003.

⁷⁰ SSTs de 24 de junio de 1998 Rec. n.º. 3463/97, 26 de noviembre de 2001 Rec. n.º. 4625/00 y 22 de noviembre de 2004 Rec. n.º.642/04.

⁷¹ SSTs, 1ª, 28 de noviembre de 1989, Ar. 7914, y 29 de marzo de 1994, Ar. 2304, entre otras.

al trabajador de que se puede ir voluntariamente sin que nadie se entere de lo ocurrido o de no hacerlo así sus compañeros tendrán conocimiento de lo ocurrido. Todo lo cual se agrava cuando la empresa le presiona de forma intempestiva al trabajador para que tome dicha decisión de forma inmediata en el instante y sin la oportunidad de reflexionar ni de asesorarse. A tales efectos, la doctrina sobre la intimidación ya esta consolidada, manteniendo que el hecho de que se ponga en conocimiento del trabajador la existencia de unos hechos graves, que podrían comportar una serie de consecuencias legales, laborales y penales, dándole la oportunidad de optar por el cese para evitar la adopción de las correspondientes medidas, no significa en absoluto que se ejerza con ello coacción alguna sobre él por parte de la empleadora, puesto que “para que la conducta de la empresa previa a la toma de decisión pueda calificarse de amenaza o intimidación encuadrable en el artículo 1.267 del Código Civil, es preciso que la misma revista un matiz antijurídico o ilícito, y no hay tal cuando lo que se hace es anunciar el posible ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, como es el relativo a un posible despido disciplinario y la interposición de denuncia o querrela⁷².

Según tiene declarado tradicionalmente la jurisprudencia civil, la coacción ha de constituir una amenaza injusta de un mal inminente y grave, y que no es tal amenazar con llevar a los tribunales⁷³.

Conforme a la doctrina jurisprudencial para que exista intimidación “es necesario que la coacción moral que la misma implica esté integrada por una amenaza injusta o ilícita, con marcado matiz antijurídico y tan fuerte que esa amenaza obligue al sujeto que la padece a que su voluntad se determine en sentido contrario a sus intereses, anulando su consentimiento, por lo que ha de existir un nexo causal entre éste y la intimidación, en la que también se requiere que el mal con que se amenaza, además de inminente y grave, sea injusto, no siéndolo el que dependa del ejercicio de un derecho legítimo, como el de promover un expediente disciplinario o un procedimiento judicial, cuando está justificado⁷⁴.

Si bien no cabe ignorar que de la advertencia empresarial se desprende un daño grave e inminente para el trabajador, hay que señalar que la empresa se limita a anunciar el ejercicio de una facultad disciplinaria que le atribuye el ordenamiento jurídico con una finalidad vinculada a obtener el mismo resultado que se hubiera producido de apreciarse la procedencia del despido, por lo que el trabajador puede razonablemente rechazar la baja voluntaria, utilizando

⁷² STS de 6 de febrero de 2007 (Rec. n.º. 5479/2005).

⁷³ SSTs Sala 1ª 15 de diciembre de 1966 RJ 1967, 5, 21 de marzo de 1970 RJ 1970, 1582, en la medida en que depende de un derecho legítimo (STS Sala 6ª 10 de marzo de 1986 RJ 1986, 285, entre muchas).

⁷⁴ STS Social 10 de marzo de 1986.

frente al despido los medios legales de defensa que le corresponden y si opta por la baja, tal decisión no es atribuible a una voluntad viciada por la intimidación.

La intimidación para viciar el consentimiento y provocar la invalidez de un negocio jurídico, requiere ineludiblemente que uno de los contratantes o persona que con él se relaciona, valiéndose de un acto injusto y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral (*vis compulsiva*) de tal entidad que por la inminencia del daño que pueda producir y el perjuicio que hubiere de originar, influya sobre su ánimo induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses, o lo que es lo mismo que consista en la amenaza racional y fundada de un mal grave, en atención a las circunstancias personales y ambientales que concurren en el sujeto intimidado y que entre ella y el consentimiento otorgado medie un nexo eficiente de causalidad⁷⁵.

Finalmente, el hecho de que se pusiera en conocimiento del demandante la existencia de unos hechos graves, que atentaban contra el principio de buena fe contractual y que podrían comportar una serie de consecuencias legales, laborales y penales, de las que se informó cumplidamente a aquél y a la vista de las cuales decidió libremente redactar y firmar el cese «por motivos personales», no significa en absoluto que se ejerciese con ello coacción alguna sobre él por parte de la empleadora, puesto que, como se sostiene por la doctrina, para que la conducta de la empresa previa a la toma de decisión pueda calificarse de amenaza o intimidación encuadrable en el artículo 1.267 del Código Civil, es preciso que la misma revista un matiz antijurídico o ilícito, y no hay tal cuando lo que se hace es anunciar el posible ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, como es el relativo a un posible despido disciplinario y la interposición de denuncia o querrela por la sustracción de los artículos de la empresa⁷⁶.

La amenaza de despedir no es intimidación en el sentido del art. 1267 CC. En estos casos no puede negarse que el trabajador actúa con el condicionante referido, pero ello no implica una actuación involuntaria obtenida por intimidación⁷⁷.

De este modo, algunas sentencias mantienen que no se entiende que el consentimiento del trabajador esté viciado por intimidación cuando se produce, lo que coloquialmente se denomina como una “encerrona”, esto es se aísla al trabajador, con la única presencia de un superior, obligándole a tomar una decisión en el acto, provocándole un estado de nerviosismo. Es cierto que tales circunstancias no son las más adecuadas para resolver los problemas que pueden producirse en relación con determinadas extinciones del contrato de trabajo. Sin embargo, no son relevantes en orden a la apreciación del vicio del consentimiento

⁷⁵ STS 17/10/88 RJ 1988, 7832 y STS 15 de julio de 1994 RJ 1994, 7157.

⁷⁶ STS 6/2/2007 RJ 2007, 3340.

⁷⁷ STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2008 Rec. n.º. 2980/08.

to, porque esas circunstancias podrían influir en la consideración del segundo elemento de la intimidación (el temor o miedo en quien la sufre), pero aquí se excluye la intimidación no por su eventual efecto pasivo en el ánimo del trabajador, sino por la falta del elemento activo de amenaza, que, como se ha dicho, no puede apreciarse si falta el carácter injusto del mal sobre el que se advierte, y es obvio que el temor puede llevar a una decisión racional de aceptar un perjuicio para evitar otro mayor que puede imponerse de forma procedente⁷⁸.

Además, cabe recordar que ningún precepto legal establece, en orden a la toma de decisión de que aquí se trata, que haya de adoptarse por el trabajador mediando un plazo de reflexión. El ordenamiento laboral español no impide que pueda suscribirse una baja voluntaria en el mismo momento en que le son puestos de manifiesto al trabajador los hechos que podrían determinar su despido disciplinario y, por ello, lo decisivo en estos casos en que se trata de conocer si el consentimiento prestado lo fue libremente -el mismo día u otro cualquiera- es precisamente determinar si concurren los elementos que configuran la decisión como tal, exenta de vicios en su formación⁷⁹.

Sin embargo, otros pronunciamientos entienden que la maquinación engañosa se aprecia cuando la pretendida decisión de extinguir el contrato de trabajo por parte del trabajador no surge a iniciativa de éste, sino a instancia del empresario (o de su círculo de actuación), y, además se le ofrece de manera inesperada y como una alternativa a otra decisión igualmente extintiva del contrato de trabajo que se le presenta como de peor condición para ella, que ha de solventar con inmediatez y en la única compañía del superior jerárquico que le plantea la disyuntiva. Ciertamente es que esta alternativa no es intimidatoria, como ya lo ha reconocido la jurisprudencia social⁸⁰, pero cuando va unida a una presencia sorpresiva y la respuesta se exige y se obtiene en términos perentorios, reúne todas las cualidades precisas para calificarla como conducta insidiosa, realizada con el propósito de lograr un consentimiento que en otras circunstancias no se obtendría (sin esa alternativa, dando tiempo al trabajador para que reflexione y decida, libremente, si le interesa o no, incluso consultando con su propio entorno más íntimo), fruto de una inadecuada valoración de la conducta más ventajosa para el trabajador, provocada por esa maniobra empresarial. Lo cual se pone de manifiesto con hechos tales como que el trabajador está muy nervioso, que el superior le redacta el escrito, de tal modo que el trabajador sólo tiene que firmarlo y que el superior que le pone en tal tesitura ni siquiera está facultado para despedir al trabajador, si bien actúa como si pudiera hacerlo. Todo lo cual revela una voluntad de inducir al engaño, haciendo

⁷⁸ STSJ de Madrid de 14 de abril de 2009 Rec. n.º. 987/09.

⁷⁹ STS de 6 de febrero de 2007.

⁸⁰ Entre otras, SSTs de 8 de junio de 1988, 1 y 18 de julio de 1988, Ar. 5253, 5734 y 6163 y STSJ del País Vasco de 14 de marzo de 2004 Rec. n.º. 241/04.

aparecer la firma del documento, a los ojos del trabajador, como algo mejor que su despido⁸¹.

También ha señalado el Tribunal Supremo que la retractación posterior, con mayor o menor dilación, no implica que la decisión original de cese la adoptase con alguno de los vicios del consentimiento citados, pues para examinar la intención, han de analizarse no sólo los actos posteriores, sino también los anteriores y los coetáneos (artículo 1.282 del Código Civil) y en estos casos el análisis conjunto de ellos puede llevar a la conclusión de que fue la intención de evitar esas medidas lo que determinó la dimisión, obviando así posibles consecuencias adversas⁸².

Sin embargo, a mi modo de ver, en los casos descritos, cuando el trabajador sale de la reunión manifestando que no sabe bien lo que ha firmado y debe consultar a su abogado, interponiendo la reclamación en los días inmediatos siguientes, es una muestra evidente de que no era ésa su verdadera voluntad. No estamos ante una persona que se arrepiente de la decisión tomada espontánea y reflexivamente, sino ante alguien que, desaparecida la nebulosa en que le han metido, se da cuenta de lo que en realidad ha firmado y que, de no haber sido por esa bruma que le han colocado, nunca lo hubiera suscrito. El error al que le ha inducido la conducta de quien, a sus ojos, representa al empresario es patente. No hay que olvidar que estamos en un contrato en el que las partes están sujetas al deber de tratarse de buena fe. Deber que pugna con una conducta como la sostenida por la empresa, induciendo a su empleado a adoptar una decisión que, en circunstancias normales, no habría tenido. Ya es llamativo, de por sí, que un empresario ofrezca al trabajador que éste pida la baja voluntaria y que lo haga justamente cuando se le dice que le va a despedir por determinada conducta laboral suya, ya que no parece que tenga más interés en ello que lograr la extinción del contrato de trabajo sin quedar expuesto al riesgo de una reclamación exitosa contra el despido anunciado, forzando una voluntad en dimitir inexistente. Ahora bien, si los términos en que se hace el ofrecimiento dejan margen suficiente para una reflexión ponderada y serena de la alternativa, nada hay que objetar desde la perspectiva de la validez del consentimiento.

La conclusión, no obstante, debe ser bien diferente cuando la oferta se presenta en tales términos que “conducen” al trabajador a dar un sí a algo que, a la más mínima reflexión, es un no, pues esa conformidad no es fruto de su libre decisión sino del torcimiento de su voluntad operado por la conducta empresarial, induciéndole al engaño de estimar más beneficioso para él lo que, en condiciones de serenidad mínima, rechazaría por perjudicial. Ante ese tipo de conductas, nuestro ordenamiento reacciona anulando el consentimiento tan torticeramente obtenido⁸³.

⁸¹ STSJ del País Vasco de 10 de mayo de 2005 Rec. n.º. 808/05.

⁸² Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2008 RJ 2008, 3042.

⁸³ STSJ del País Vasco de 10 de mayo de 2005 Rec. n.º. 808/05.

Mercado de Trabajo

“¿RECUPERACIÓN O ESPEJISMO?” INFORME DE COYUNTURA SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA (SEGUNDO TRIMESTRE DE 2010*)

SANTOS M. RUESGA BENITO

Catedrático de Economía Aplicada
Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO

Catedrático E.U. de Economía Aplicada
Universidad de Sevilla

LAURA PÉREZ ORTIZ

Profesora asociada de Economía Aplicada
Universidad Autónoma de Madrid

EXTRACTO

Palabras Clave: Crisis económica, Recuperación

En el presente artículo se analiza la evolución reciente de las principales variables laborales de la economía española y andaluza. En función de los datos disponibles, parece que asoman los primeros síntomas de recuperación de la economía española. Los datos del crecimiento del PIB parecen indicar una mejoría, pero los datos del mercado de trabajo todavía son negativos. En el segundo trimestre de 2010 aumentó el número de ocupados pero no se pudo absorber el aumento de la población activa por lo que el desempleo también creció. En el caso de la economía andaluza el aumento del desempleo se une a una reducción de la ocupación.

ABSTRACT

Key Words: Crisis, Recovery

In this paper, we present an analysis of the recent evolution of the most important labour variables at the Spanish and Andalusian level. According to the data, it can be assumed that some signs of recovery are flowering in the Spanish economy. A positive growth, although weak, of Spanish's GDP in the first part of 2010 seems to indicate that recession is over, but, labour market variables are not so positive. In the second quarter of 2010, employment in Spain has grown but unemployment did the same due to the increment of the labour supply. In Andalusia, during the same period occupation declined and unemployment went up.

* El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles a 31 de julio de 2010

ÍNDICE

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA
2. LA OFERTA DE TRABAJO
3. LA DEMANDA DE TRABAJO
4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO
5. CONDICIONES DE TRABAJO
6. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA

Asoman los primeros síntomas de recuperación de la economía española. En el primer trimestre de 2010 la caída interanual del Producto Interior Bruto es ya menor que la de los trimestres anteriores (desde el segundo de 2009, cuando parece que la actividad económica tocó fondo). Estos buenos indicios de recuperación previsiblemente se confirmarán en el segundo trimestre del año, cuando los estímulos fiscales establecidos por el Gobierno como forma de paliar la falta de actividad económica, y para reactivar la demanda, todavía estaban vigentes (véase las ayudas al sector del automóvil, los incentivos a la rehabilitación de viviendas, etc.). Sin embargo, también es posible que se comiencen a reflejar los cambios en los objetivos de la política económica: ya desde el comienzo del año, cuando se envió a Bruselas la Actualización del Programa de Estabilidad, en cumplimiento al procedimiento establecido en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, se apuntaban los recortes de gasto que en los meses siguientes se hicieron efectivos.

El Plan de Austeridad de las Administraciones Públicas aprobado a finales de enero, ha supuesto una disminución de los gastos en multitud de ministerios, especialmente llamativa dicha minoración en el Ministerio de Fomento, encargado de ejecutar la inversión pública en infraestructuras.

Pero el verdadero ajuste se ha producido en el Real Decreto Ley de 20 de mayo, de medidas urgentes para atajar el creciente déficit público. En ese decreto se firmó la reducción salarial de los empleados públicos, la congelación de las pensiones y diferentes recortes de gasto público en las administraciones.

Es posible que los efectos de dichos recortes no se reflejen hasta después del verano, con el inicio del curso, a lo que habrá que sumar el incremento de dos puntos del IVA que se hizo efectivo el pasado 1 de julio.

Y en los inicios del mes de septiembre, también previsiblemente, la reforma laboral vigente desde el 18 de junio, se tramitará ya como Ley. Todo ello supone que en estos momentos haya una fuerte incertidumbre que se despejará parcialmente en los inicios del otoño. Y es muy probable que conduzca a un nuevo ajuste de los niveles de empleo. Con el peligro de que dicho ajuste se lleve a cabo en un contexto de disminución de la protección social y de paralización de los inicios de recuperación económica. El riesgo

de que se produzca una recuperación que siga la forma de una “W” acecha a la vuelta del verano.

Las previsiones de crecimiento que calculan diversos organismos se han corregido, teniendo en cuenta las medidas adoptadas de cara a reducir el déficit público, de manera que todo apunta a que se va a producir un freno en la incipiente recuperación económica que marcaban los datos en el primer trimestre del año.

Contabilidad Nacional Trimestral. Base 2000. Tasas interanuales (porcentaje de variación volumen encadenado, datos corregidos de efectos estacionales y de calendario)

								Previsiones FUNCAS	
DEMANDA	2008	2009	1T-09	2T-09	3T-09	4T-09	1T-10	2010	2011
Gasto consumo final	0,9	-2,7	-2,6	-3,2	-2,5	-2,3	0,0	-0,4	0,8
de los hogares	-0,6	-5,0	-5,5	-6,0	-5,0	-3,5	-0,6	0,72	0,62
de las ISFLSH	0,8	3,1	1,8	3,5	4,0	3,1	1,4		
de las AA.PP.	5,5	3,8	6,0	4,7	4,1	0,8	1,5	-1,3	-1,9
Formación bruta capital	-4,4	-15,3	-15,1	-17,2	-16,0	-12,9	-9,9	-8,2	-3,4
Bienes de equipo	-1,8	-23,1	-24,4	-28,9	-23,8	-15,3	-2,5	-4,7	1,5
Construcción	-5,5	-11,2	-11,3	-11,8	-11,4	-10,2	-10,6	-10,7	-7,1
Otros productos	-4,3	-17,2	-14,2	-17,5	-19,9	-18,5	-17,5		
Var. existencias ¹	0,1	0,0	0,1	0,0	0,0	0,1	0,0		
Demanda Nacional ¹	-0,5	-6,4	-6,2	-7,4	-6,6	-5,3	-2,5	-1,8	-0,9
Exportaciones	-1,0	-11,5	-16,9	-15,1	-11,1	-2,9	8,0	7,5	5,6
Importaciones	-4,9	-17,9	-22,6	-22,0	-17,0	-9,6	2,6	2,6	0,7
Demanda externa neta ¹	1,4	2,8	3,0	3,2	2,5	2,2	1,2	1,1	1,3
PIB p.m.	0,9	-3,6	-3,2	-4,2	-4,0	-3,1	-1,3	-0,7	0,3

¹ Contribución al crecimiento del PIB, en puntos porcentuales. ² Incluye el consumo de las ISFLSH. Fuente: Elaboración propia a partir de CNT-España, INE y FUNCAS.

En el primer trimestre de 2010, la disminución en la contribución negativa de la demanda nacional a la variación del PIB se debe, fundamentalmente, a la mejora relativa del consumo de las Administraciones Públicas, que es una de las partidas que se verá más reducida en los próximos trimestres. Por su parte, el consumo de los hogares muestra signos de recuperación, al caer en el primer trimestre sólo un 0,6 por ciento en términos interanuales, cuando hace un año esas reducciones eran del 5,5 por ciento.

En el capítulo de la inversión productiva, las caídas son también menores que las registradas en los trimestres anteriores, especialmente en la inversión

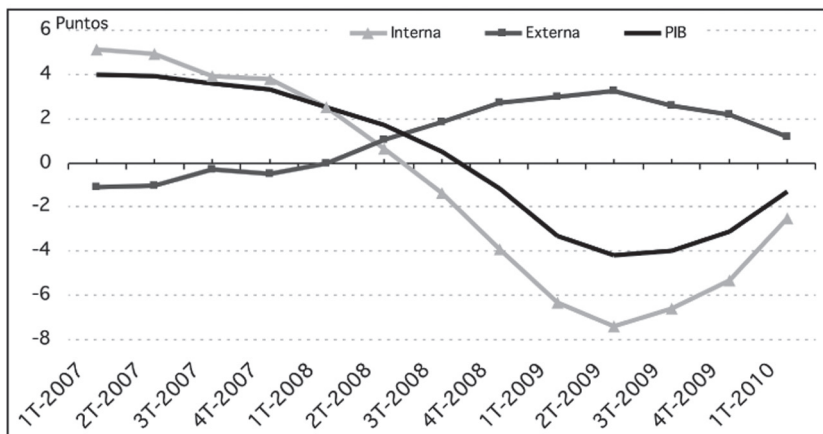
en bienes de equipo, mientras la inversión en construcción no muestra visos de recuperación ante la todavía saturación del mercado.

Al hilo de la recuperación de la demanda interna, la contribución al crecimiento del sector exterior se atenúa, puesto que al recuperarse la actividad en el interior del país, aumentan las importaciones de manera más acelerada de lo que lo hacen las exportaciones.

En todo este contexto, la paulatina recuperación de las economías europeas puede servir de arrastre para la economía española. Sin embargo, todos los países europeos adolecen de la misma posibilidad de ver frenada su recuperación debido a la retirada de los estímulos fiscales y a los planes de ajuste aprobados con el fin de cumplir con el techo del déficit del 3 por ciento que marca el Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

La evolución del sector exterior se convierte en una pieza fundamental para la recuperación de nuestra maltrecha economía. Por ello, es fundamental que la cuota exportadora se mantenga e incluso incremente, diversificando los productos exportados e intentando ganar nuevos mercados, tanto en lo que respecta a la cuestión geográfica (diversificar aprovechando que los países de fuera de la Unión Europea se están recuperando más rápidamente) como en los productos, rompiendo la excesiva dependencia de nuestra balanza comercial del sector del automóvil, aumentando la cuota en productos con perspectivas de futuro y que añadan mayor valor añadido.

Contribución al crecimiento de la demanda nacional y aportación del sector exterior, 1er trimestre 2007-1er trimestre 2010



Fuente: Elaboración propia a partir de *Contabilidad Nacional Trimestral de España*, INE.

Pero la disminución de la necesidad de financiación del exterior que recogen los últimos datos de la Balanza de Pagos publicados (correspondientes al mes de

mayo) no es suficiente: las exportaciones han crecido al mismo ritmo que las importaciones, cuyo componente energético marca el ritmo de la dependencia del exterior de nuestra economía. El déficit comercial se acelera de nuevo por esta razón.

Sigue jugando un papel primordial el turismo, que permite una balanza de servicios superavitaria, mientras las remesas que los inmigrantes envían a sus países parecen haberse reducido (también por la marcha a sus países de origen o a otros países con mejores perspectivas laborales).

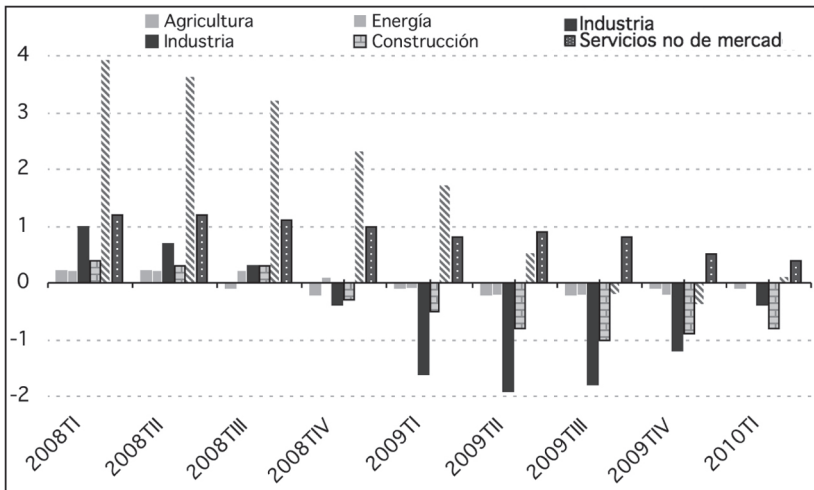
Por el lado de la oferta productiva, durante la primera etapa de la crisis reciente, el sector servicios de mercado fue el que más contribuyó al crecimiento que aún registraba nuestra economía, seguido de los servicios de no mercado.

Ya en el último trimestre de 2008, la industria era el sector que más restaba al crecimiento de la economía, situación que se ha repetido hasta el primer trimestre de 2010, cuando toma el relevo el sector de la construcción. En empleo, al ser un sector más intensivo en factor trabajo, sin embargo, ha sido el sector de la construcción el que ha arrastrado más pérdidas globales.

Parece por tanto que los indicadores que mostraban cierta recuperación, se confirman en la evolución de la industria, que se espera que ya en el segundo trimestre del año contribuya positivamente al crecimiento de la economía.

Sin embargo, en toda esta etapa, los servicios no de mercado son los que han mantenido aportaciones positivas a la evolución de la economía. Los recortes que se plasmarán en la actividad económica en el tercer trimestre del año, si no vienen acompañados por un aumento del resto de sectores, harán caer el conjunto de la economía nuevamente.

Aportación al crecimiento del Valor Añadido Bruto por ramas de actividad, puntos porcentuales



Fuente: Elaboración propia a partir de la Contabilidad Nacional Trimestral de España, INE.

2. LA OFERTA DE TRABAJO

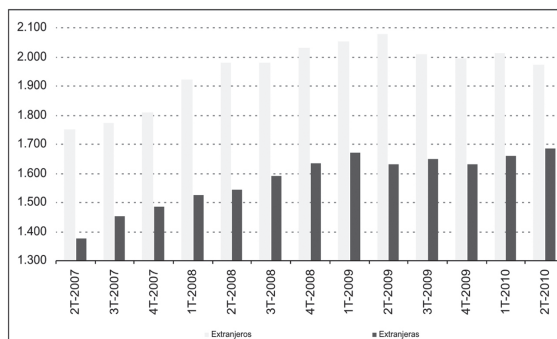
La oferta de trabajo, medida a través de la población activa, se incrementa de nuevo, tras la pequeña reducción que se produjo en los últimos trimestres del año 2009. Es la población masculina la que se incorpora en mayor medida al mercado de trabajo: aumenta un 0,6 por ciento, respecto al primer trimestre del año, frente al incremento de un 0,4 por ciento de la población activa femenina.

Es un incremento, además de masculino, enteramente de carácter nacional, pues, por el contrario, los activos varones de nacionalidad extranjera han disminuido en un 2,1 por ciento en términos trimestrales, lo que supone ya un 5,1 por ciento menos de varones activos extranjeros que hace un año. Esta salida del mercado de trabajo de la población masculina extranjera se ve totalmente compensada por la incorporación de los nacionales. Como ya apuntábamos en análisis anteriores, el llamado efecto desánimo ha cundido entre los hombres. Al igual que se retiraban de la búsqueda activa de empleo cuando las expectativas eran muy negativas, a la luz de los atisbos de recuperación económica del primer trimestre y la proximidad de la época estival, se han reincorporado nuevamente en este segundo trimestre del año.

Son los más jóvenes (los menores de 25 años) y los de más edad (los mayores de 55) los que presentan un mayor dinamismo respecto al trimestre anterior: los primeros aumentan un 2,2 por ciento y los últimos, un 1,9 por ciento. Atendiendo a la nacionalidad, la disminución del número de varones activos extranjeros se produce en todos los grupos de edad, mientras en el caso de los nacionales, sólo se reduce en el tramo de 25 a 34 años, mientras aumenta en todos los demás.

En el caso de las mujeres, la evolución sigue la misma tendencia que se observa desde hace varios trimestres: sigue aumentando el número de mujeres que se incorporan al mercado de trabajo, aunque a un ritmo menor: en la comparación interanual, las mujeres activas suponen un 1,6 por ciento más (cuando en el mismo periodo, el número de hombres activos supone un 0,9 por ciento menos).

Evolución del número de activos extranjeros según sexo, 2007-2010 (miles de personas)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Encuesta de Población Activa, INE.

Pero en la evolución según nacionalidad, la cosa cambia: son las mujeres activas extranjeras las que aumentan en mayor proporción (un 1,4 por ciento respecto al trimestre pasado) que las nacionales (apenas un 0,2 por ciento). Y atendiendo a los grupos de edad, el que más aumenta es el de las mujeres entre 45 y 54 años (efecto de la trabajadora adicional), en términos globales, que sube en un 1,8 por ciento frente al primer trimestre del año. Esta subida es enteramente de nacionalidad española, pues en ese mismo tramo de edad, las mujeres activas extranjeras caen en un 3,1 por ciento. Entre estas últimas, el grupo de edad que aumenta en mayor medida es el que se enmarca entre los 25 y 34 años (un 4,4 por ciento más que en el trimestre anterior).

Evolución del número de activos nacionales según sexo, 2007-2010 (miles de personas)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Encuesta de Población Activa, INE.

De esta manera, el incremento global de la población activa en un 0,5 por ciento respecto al trimestre anterior se debe al aumento de los jóvenes activos menores de 25 años (que suponen un 1,4 por ciento más que en el periodo anterior, aunque en términos interanuales conforman el grupo que mayor pérdida de activos recoge, con una caída del 7,6 por ciento), principalmente hombres (que en este grupo de edad aumentan en un 2,2 por ciento, frente al incremento del 0,5 por ciento de las mujeres activas menores de 25 años), y mayoritariamente de nacionalidad española (aumenta la población activa española un 0,7 por ciento, cuando la extranjera disminuye en un 0,5 por ciento).

En cuanto a las tasas de actividad, también se recuperan, situándose la global de nuevo por encima del 60 por ciento en este trimestre. La tasa de actividad de las mujeres (mayores de 16 años) es del 52,2 por ciento, del 52,9 por ciento si acotamos la edad entre los 16 y 64 años, tal como se suele medir en términos europeos. La tasa de actividad de los jóvenes también se eleva al 47,3 por ciento, recuperando un punto porcentual respecto al trimestre anterior, aunque todavía se sitúa 2,5 puntos por debajo de la de hace un año.

En el caso de los mayores de 55 años, apenas aumenta una décima en el trimestre, hasta el 21,3 por ciento, aunque si lo medimos en términos europeos (tasa de actividad entre 55 y 64 años), los activos suponen el 43,4 por ciento de la población mayor de 16 años, una décima menos que en el trimestre anterior.

3. LA DEMANDA DE TRABAJO

La buena noticia de los datos de la Encuesta de Población Activa es el aumento del empleo. Desde el segundo trimestre de 2008 no se había producido un incremento trimestral en el número de ocupados. Hasta este segundo trimestre de 2010. Hay 82.600 ocupados más que a comienzos de año, todos ellos hombres, porque en realidad hay 11.300 mujeres ocupadas menos.

Ni siquiera en la crisis de 1993 se había destruido tal volumen de empleo: el ritmo más elevado fue de un 4,5 por ciento de ocupados menos (en la comparación interanual) en el primer trimestre de 1993. En esta ocasión, en el tercer trimestre de 2009 la EPA recogía un descenso interanual del 7,3 por ciento en la ocupación.

Desde el segundo trimestre de 2008 se han perdido casi dos millones de empleos, de los cuales más de un millón y medio estaban ocupados por hombres (el 78,3 por ciento del total de los puestos de trabajo desaparecidos). Y de ese millón y medio, el 22,6 por ciento eran puestos de trabajo ocupados por trabajadores extranjeros. Por tanto, la mayor destrucción de empleos se ha producido en nuestro país entre los hombres nacionales menores de 35 años.

Y es ese mismo grupo el que se ha recuperado en este trimestre. En concreto, el grupo de edad que más ha crecido, relativamente, en términos de empleo ha sido el de los varones nacionales menores de 25 años, que suponen un 4,7 por ciento más que en el primer trimestre de 2010. En términos absolutos, son los 42.000 hombres ocupados más entre 45 y 54 años los que han supuesto un mayor incremento de ocupados.

A pesar de la recuperación de empleos respecto al trimestre anterior, la comparación interanual indica aún la fuerte destrucción de puestos de trabajo que se arrastra en nuestro país. Se han perdido 468.200 puestos de trabajo, la mayoría, ocupados por hombres (el 78,4 por ciento de los empleos perdidos correspondían a ocupados varones).

Aún siendo positivo el dato de mayor número de ocupados que en el trimestre anterior, el tipo de puesto de trabajo que se crea no es empleo que se pudiera considerar de calidad, precisamente.

Por un lado, es empleo a tiempo parcial: el 57 por ciento de los 82.600 nuevos ocupados, desarrollan su trabajo a tiempo parcial. Además, es principalmente masculino este aumento del tiempo parcial, pues el incremento de los hombres con empleo a tiempo parcial es de un 6,4 por ciento en el segundo trimestre del año, respecto al primero (aunque el 77,3 por ciento del empleo a tiempo parcial está cubierto aún por mujeres, es decir, sigue siendo predomi-

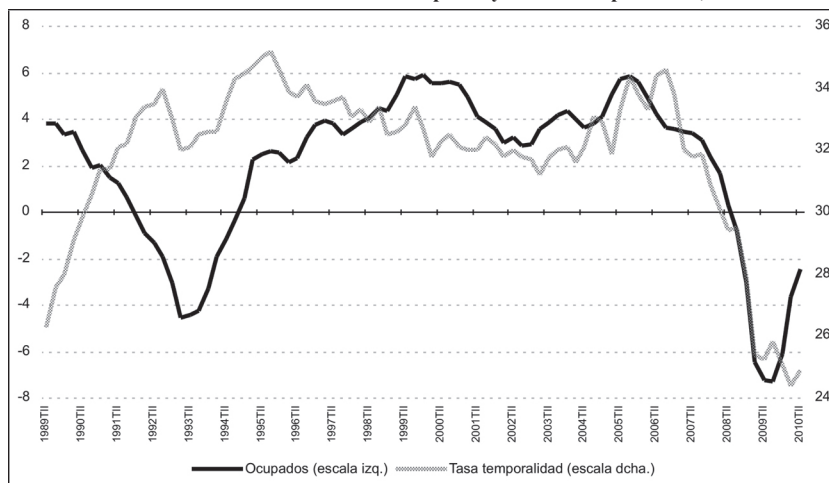
nantemente un tipo de trabajo femenino). Y la comparación es más que llamativa: sólo hay un 0,6 por ciento más de hombres ocupados a tiempo completo, incluso hay un 0,4 por ciento de mujeres ocupadas menos con esta dedicación.

Primera característica del empleo creado: poco tiempo empleado (y por tanto, menor remuneración: un trabajador a tiempo parcial, según los últimos datos de la Encuesta Trimestral de Costes Laborales, cobra un salario inferior en un 65 por ciento al de un trabajador a tiempo completo). Si nos atenemos a los datos por hora efectiva de trabajo, la hora del trabajador a tiempo parcial es un 31 por ciento más barata que la de un trabajador a tiempo completo.

Por otra parte, es un empleo exclusivamente temporal: a pesar de que la entrada en vigor del RDL de la reforma laboral se produjo el pasado 18 de junio, la tramitación como Ley hace que la incertidumbre sobre los posibles colectivos bonificados, las indemnizaciones por despido ligadas a determinados tipos de contrato y el futuro incremento de la indemnización por finalización del contrato temporal, sea muy elevada. En este segundo trimestre apenas se pueden ver los efectos del citado RDL, pero si los hubiera, se concentrarían todos en el empleo temporal, como ya se ha empezado a poner de manifiesto en las estadísticas: hay 110.100 asalariados más que en el primer trimestre del año (por tanto, se han destruido 26.900 empleos por cuenta propia), de los cuales, el 92,3 por ciento son de carácter temporal, es decir, 101.600. Y el 80 por ciento de los nuevos ocupados con contrato de duración determinada son hombres.

La tasa de temporalidad rompe así la tendencia decreciente, elevándose cinco décimas en el último trimestre, hasta el 24,9 por ciento de asalariados temporales respecto al total de asalariados.

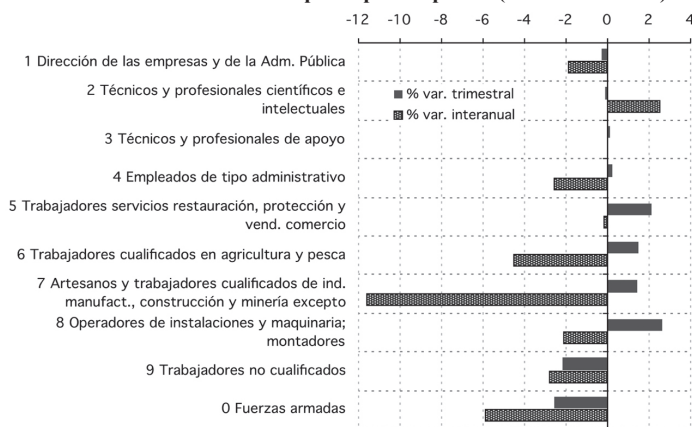
Tasa de variación anual del número de ocupados y tasa de temporalidad, 1987-2010



Fuente: Elaboración propia a partir de Encuesta de Población Activa, INE.

El empleo según la ocupación muestra también algunos signos de preocupación en cuanto a la calidad del mismo. Los empleos que se han perdido en mayor medida, en términos relativos, son los de los trabajadores cualificados, que no consiguen acercarse a los niveles previos a la crisis.

Tasas de variación de los ocupados por ocupación (2º trimestre 2010)



Fuente: Elaboración propia a partir de Encuesta de Población Activa, INE.

Los empleos que aumentan se ocupan con trabajadores de menor cualificación o, mejor dicho, son puestos de trabajo que requieren de una menor cualificación para desarrollarlos. Estos datos no parecen apuntar a la idea del cambio de patrón de crecimiento económico que se quería establecer en nuestra economía, basada en un tipo de trabajo que requiriera una mayor cualificación, pudiera aportar mayor valor añadido y permitiera un crecimiento económico sostenido y duradero.

4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO

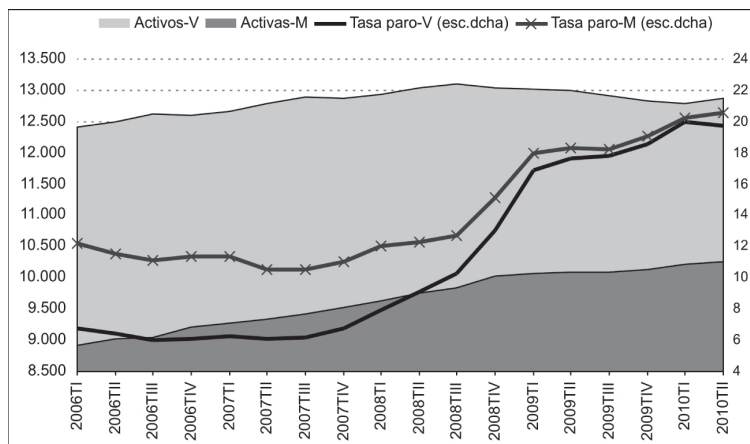
A pesar de haber aumentado el número de ocupados en términos globales respecto al trimestre anterior, y debido a la evolución de la población activa, el desempleo también ha seguido creciendo. Los 4.645.500 desempleados siguen constituyendo el principal problema al que se enfrenta nuestra economía, aun teniendo que cumplir los criterios establecidos en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento que nos obligan a reconducir el déficit público hacia el límite del 3 por ciento del PIB. Las familias (1.308.200) con todos sus miembros en activo en busca de un puesto de trabajo obligan a que las políticas que se lleven a cabo en nuestro país tengan por principal objetivo la creación de empleo.

Y no es un objetivo fácil de lograr, ya lo estamos comprobando, sobre todo porque no es una solución inmediata: la demanda de trabajo es una demanda derivada de la actividad económica, de ahí la necesidad de reactivarla con fuerza, para que el incremento de la demanda, ya sea la nacional o la demanda externa,

permita recuperar la senda de crecimiento del empleo, aumentando las necesidades de factor trabajo que las empresas requieran, y procurando que sea trabajo de calidad, que nos permita ser competitivos en los mercados internacionales y no depender únicamente (o en una proporción excesiva) de la demanda nacional.

La evolución de la actividad económica ha permitido aumentar el número de ocupados, pero también ha crecido el número de desempleados, sobre todo el de las mujeres. El único grupo en el que se ha reducido el desempleo es el de los varones extranjeros, disminución que puede deberse, en gran parte, a la marcha de los trabajadores hacia sus países de origen o a la búsqueda de mercados de trabajo con más oportunidades en otros países.

Evolución del número activos y de la tasa de paro por sexo, 2005-2010 (miles de personas)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Encuesta de Población Activa, INE.

Ni siquiera la contracción de la actividad masculina ha podido paliar el fuerte aumento de los desempleados de este sexo.

El número de parados hombres se ha incrementado en un 12,3 por ciento en términos interanuales, lo que se traduce en que hay 248.900 desempleados más que hace un año. Ha aumentado más, no obstante, el número de desempleadas, en un 14 por ciento, lo que significa que hay 259.100 paradas más que en el mismo trimestre del año pasado.

En cuanto a la comparación con el primer trimestre del año, se ha reducido el número de desempleados masculinos, hay 15.700 menos, pero aumentan las mujeres paradas en 48.500, de ahí que el incremento global del desempleo sea de un 0,7 por ciento.

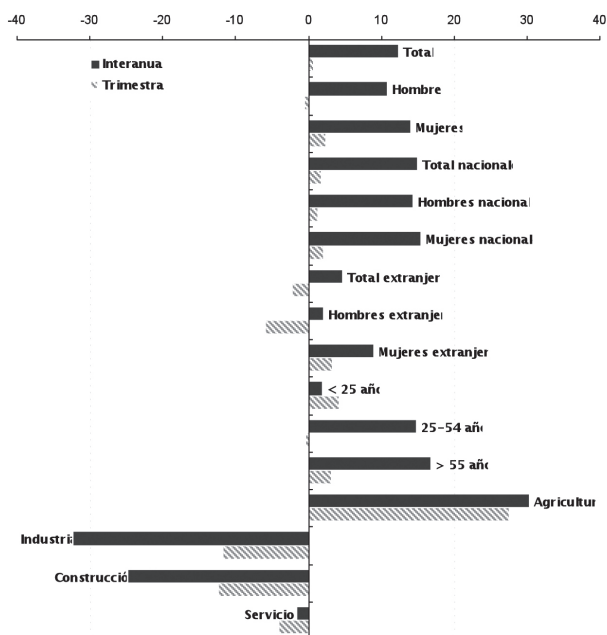
Del total de desempleados encuestados en este trimestre, el 18,8 por ciento eran jóvenes (menores de 25 años), mientras el 25,2 por ciento eran personas mayores de 45 años, uno de los colectivos con mayores dificultades para reincorporarse al mercado de trabajo.

Las tasas de paro, sin embargo, son mucho más altas entre los jóvenes (alcanzan en este trimestre el 41,9 por ciento de la población activa de esta edad, 43,5 por ciento cuando hablamos de hombres jóvenes y 40,4 por ciento las mujeres menores de 25 años).

La tasa de paro global se sitúa en el 20,1 por ciento de la población activa, cifra que no se alcanzaba desde el cuarto trimestre de 1997. La tasa de paro masculina desciende por primera vez desde que comenzara la reciente crisis, es tres décimas menor a la del trimestre pasado, aunque está aún dos puntos por encima de la tasa de paro del año anterior. La tasa de paro femenina, por el contrario, continúa aumentando, hasta el 20,6 por ciento, cuatro décimas más que hace tres meses y 2,2 puntos porcentuales más que hace un año.

Destaca el hecho de que entre las personas que buscan su primer empleo, sea mayor la proporción de mujeres, y sobre todo, la concentración de éstas en edades superiores (un 11 por ciento de las mujeres que buscan su primer empleo tienen más de 45 años, cuando sólo el 0,8 por ciento de los hombres de estas edades están en la misma situación). Lo cual corrobora la idea de que la trabajadora adicional es una mujer, mientras los datos de la población activa indican que el desanimado es un hombre.

**Tasas de variación del desempleo por grupos socio-demográficos,
2º trimestre de 2010 (en porcentaje)**



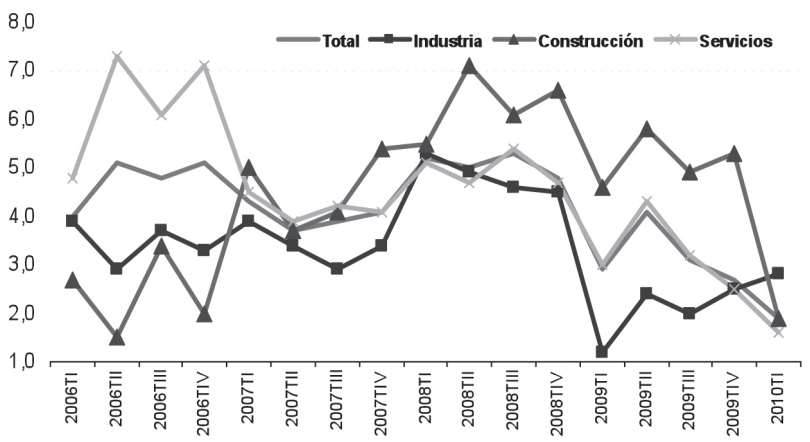
Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, INE.

5. CONDICIONES DE TRABAJO

Uno de los factores competitivos por excelencia, sin duda, es la evolución de los costes laborales, en particular, de los costes laborales unitarios. Sin embargo, este no ha de tomarse como el factor único a la hora de definir la capacidad competitiva de un país: la mejora de la calidad, la eficiencia en el proceso productivo, unido, efectivamente, a menores costes, permiten exportar la producción hacia un mercado en el que los competidores son cada vez más. Por ello, el factor costes no se erige como el más importante, porque si la cuestión consiste en competir a través de reducción de costes, los países asiáticos llevan una gran ventaja.

En el inicio de la crisis, los costes laborales, sobre todo los salariales, han registrado un notable incremento, que se ha paliado en el año 2009. El componente salarial es el que ha contribuido en mayor medida al crecimiento de los costes laborales, aunque también están aumentando los costes correspondientes a las indemnizaciones por despido.

Costes salariales por trabajador y mes según sectores, 2002-2010 (porcentaje de variación interanual)



Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta Trimestral de Coste Laboral, INE.

En el comienzo del año 2010, el coste laboral total por trabajador y mes se ha incrementado un 1 por ciento con respecto al primer trimestre de 2009, aunque se reduce en más de un 6 por ciento al compararlo con el cuarto trimestre de ese mismo año.

Atendiendo a los componentes de los costes laborales, el mayor peso lo suponen los costes salariales, aunque con ligeras diferencias según los sectores: en el sector de la construcción, por ejemplo, la partida salarial significa el 68,3 por ciento del total del coste que el factor trabajo conlleva para el empresario.

En el sector servicios, por el contrario, los salarios comprenden el 74 por ciento del total del coste laboral.

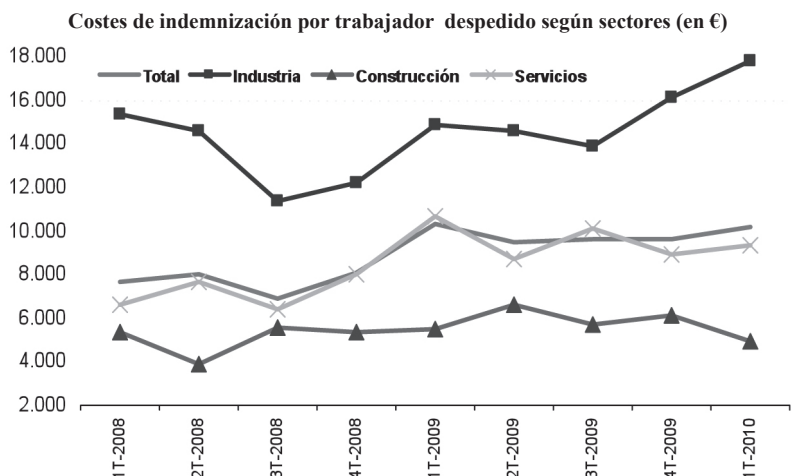
Componentes del coste laboral por trabajador y mes, 1^{er} trimestre de 2010

	Total		Industria		Construcción		Servicios	
	€	%	€	%	€	%	€	%
COSTE BRUTO	2.466,1	100,0	2.755,1	100,0	2.457,3	100,0	2.405,5	100,0
Sueldos y salarios	1.802,0	73,1	1.971,5	71,6	1.679,3	68,3	1.780,9	74,0
- Coste salarial ordinario	1.618,8	65,6	1.753,8	63,7	1.568,0	63,8	1.596,2	66,4
- Coste salarial pagos extraordinarios	158,3	6,4	189,8	6,9	88,1	3,6	160,2	6,7
- Coste salarial pagos atrasados	25,0	1,0	27,9	1,0	23,2	0,9	24,6	1,0
Percepciones no salariales	115,1	4,7	158,4	5,7	172,5	7,0	98,8	4,1
- Pagos por Incapacidad Temporal	15,7	0,6	15,5	0,6	8,2	0,3	16,7	0,7
- Pagos por desempleo parcial	0,8	0,0	3,3	0,1	0,3	0,0	0,4	0,0
- Otras percepciones sociales directas	4,4	0,2	7,2	0,3	0,9	0,0	4,3	0,2
- Otras percepciones no salariales	49,5	2,0	40,5	1,5	123,6	5,0	42,3	1,8
- Indemnizaciones por despido	44,6	1,8	92,0	3,3	39,5	1,6	35,1	1,5
Cotizaciones obligatorias	567,4	23,0	651,4	23,6	623,0	25,4	542,6	22,6
- Contingencias comunes	408,6	16,6	455,4	16,5	402,5	16,4	399,3	16,6
- Cotiz. desempleo, FOGASA y form. prof.	115,2	4,7	137,8	5,0	127,3	5,2	108,9	4,5
- Otras cotizaciones sociales obligatorias	43,6	1,8	58,2	2,1	93,2	3,8	34,3	1,4
Subvenciones y deducciones	18,3	0,7	26,2	1,0	17,5	0,7	16,8	0,7
COSTE NETO	2.447,8	99,3	2.728,9	99,0	2.439,8	99,3	2.388,8	99,3

Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta Trimestral de Coste Laboral*, INE.

El coste que supone el ajuste del empleo que se ha llevado a cabo en esta etapa recesiva se manifiesta en los costes de indemnización por trabajador despedido, superiores en el caso de la industria (debido a tipología de los trabajadores, con mayor cualificación específica), y crecientes desde el primer trimestre del año 2008. Es posible suponer que en estos momentos, los trabajadores con mayor antigüedad están saliendo de las empresas industriales, mientras en el sector de la construcción, cuya mayor proporción de trabajadores con contrato temporal hace que el coste de la indemnización por despido sea menor, parece que el mayor ajuste ya se ha realizado.

El coste global de las indemnizaciones por despido por cada trabajador, es considerablemente menor al coste medio debido al mayor peso de los despidos en los sectores con mayor temporalidad, con menores indemnizaciones asociadas, en buena medida por la menor duración de los contratos y la elevada rotación, asociada a menor cualificación en el puesto de trabajo.



Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta Trimestral de Coste Laboral, INE.

Ante las voces que reclaman una reforma de la estructura de la negociación colectiva de nuestro país, proclamando la bondad de la capacidad de moderación salarial, y por tanto de ajuste a las circunstancias del mercado, de los convenios de empresa frente a los convenios de ámbito superior, convendría analizar las estadísticas. Es verdad que hay una mayor moderación en los convenios de carácter empresarial, pues los incrementos de los costes salariales en las empresas que tienen este tipo de convenios (las grandes) son inferiores a los del resto de empresas de menor tamaño.

Costes salariales

	2008	2009	% variación
De 1 a 49 trabajadores	17.939,6	18.470,1	3,0
De 50 a 199 trabajadores	23.089,1	23.752,4	2,9
De 200 y más trabajadores	27.167,0	27.810,9	2,4
Total trabajadores	21.639,2	22.329,3	3,2

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Encuesta Anual de Costes Laborales, INE.

Pero es que también son estas empresas las que parten de unos niveles salariales superiores a las del resto de empresas de menor tamaño, por tanto tienen mayor capacidad de moderar el crecimiento de su factor trabajo sin que ello afecte considerablemente a los niveles de vida de sus trabajadores. Por otra parte, en este tipo de empresas es donde mayor peso tienen los otros costes, las otras remuneraciones a los trabajadores en prestaciones sociales directas (un 1,7 por ciento del total del coste laboral, cuando la media es del 1,1 por ciento para el conjunto de empresas) y en cotizaciones voluntarias (un 1,1 por ciento, frente al 0,7 por ciento de la media).

Por tanto, no es estrictamente real comparar la moderación salarial sin tener en cuenta las posiciones de partida y todos los pagos complementarios, bajo la forma de otro tipo de costes, de prestaciones y cotizaciones de carácter voluntario que los empresarios hacen a sus trabajadores en las empresas de mayor tamaño.

La moderación salarial que se produjo entre los años 2002 y 2007, con Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva en vigor en cada uno de esos años, permite sacar otras conclusiones. Cuando la estructura de la negociación colectiva está organizada según condiciona el tamaño empresarial (muy pequeño, el 90 por ciento de las empresas tienen menos de 6 asalariados) en ámbitos superiores a la empresa (predominantemente sectoriales) pero con un fuerte grado de coordinación (como supone la existencia de los citados ANC), los resultados en términos macroeconómicos se ha comprobado que son positivos.

Por otra parte, las horas efectivas de trabajo en el primer trimestre del año descendieron a 136,8 al mes, tomando en conjunto las jornadas a tiempo completo y a tiempo parcial. La media de la jornada a tiempo completo ha sido la equivalente a 37,5 horas semanales, mientras a tiempo parcial, la jornada efectiva equivale a 19 horas semanales.

6. EL MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

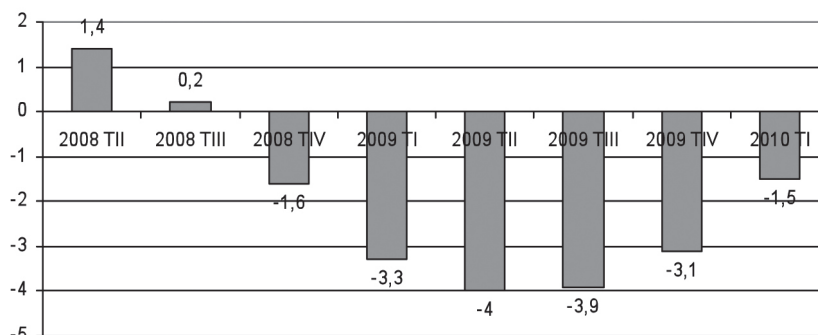
Como se ha señalado en el primer epígrafe de este trabajo, en los primeros meses del año se han presentado lo que podría interpretarse como unos primeros síntomas de tibia recuperación económica en España. Estos síntomas también se pueden advertir en lo que respecta a la economía andaluza según los datos disponibles en el momento de elaborar el presente artículo. En el primer trimestre del año, la Contabilidad Trimestral de Andalucía del Instituto de Estadística de Andalucía (IEA) recoge que la economía andaluza ha vuelto a crecer por primera vez desde el segundo trimestre de 2008, con un incremento real del PIB del 0,5% intertrimestral, superior al observado por término medio en España (0,1%), la Zona Euro y la Unión Europea (0,2% en ambas).

Según la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía el aumento de la actividad económica en términos intertrimestrales se puede explicar fundamentalmente por el dado de la demanda a partir del comportamiento del gasto en consumo final regional, donde destaca el incremento del realizado por las Administraciones Públicas e Instituciones sin Fines de Lucro al Servicio de los Hogares (2,9%). Otro factor que ha influido en la reactivación por el lado de la demanda ha sido el sector exterior en el que el crecimiento de las exportaciones ha sido superior al de las importaciones. Por lo que respecta al lado de la oferta son las ramas no agrarias en su conjunto las que recuperan tasas de aumento positivas (0,1% intertrimestral), sustentado esencialmente en el incremento del 0,4% registrado en el sector industrial.

En términos interanuales, se reduce a la mitad el ritmo de caída del PIB, pasando del -3,1% en el cuarto trimestre de 2009, al -1,5% en el primero de 2010, similar a la media a nivel nacional (-1,3%), siendo el menor descenso desde que en el tercer trimestre de 2008 se iniciara la trayectoria de caída.

Estos signos de recuperación parecen mantenerse en los siguientes meses del año 2010 (si bien no se dispone de datos estadísticos en el momento de realizar el trabajo). Sin embargo, los cambios en la política económica que se han adoptado en mayo de 2010 que impactan de forma sustancial en la inversión pública, la recaudación impositiva como consecuencia del aumento del IVA a partir del segundo semestre del año así como los recortes del gasto corriente de las administraciones públicas pueden tener un efecto negativo en la recuperación económica que pueden empezar a reflejarse en los datos estadísticos en la segunda parte del año.

**Tasa de Variación interanual del PIB a precios de mercado.
Datos corregidos de estacionalidad y efecto calendario.
Andalucía 2008 TII-2010 TI**



Fuente: Instituto de Estadística de Andalucía

A pesar de lo que se ha señalado, la caída de la actividad económica se prolonga desde hace varios trimestres y condiciona de forma sustancial la desfavorable evolución del empleo y del paro que ha presenta la economía de España en general y de Andalucía en particular. Pasemos a continuación a plantear de forma breve, la evolución de las principales variables laborales en Andalucía en el segundo trimestre del año.

LA OFERTA DE TRABAJO

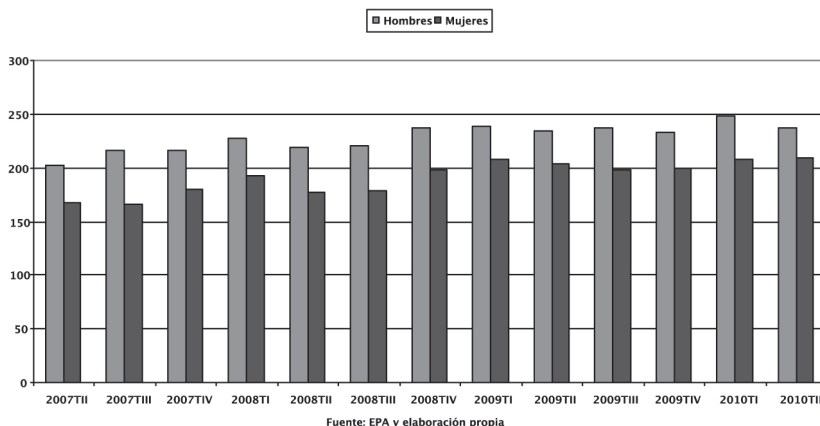
La evolución de la Población Activa en Andalucía mantiene su tendencia creciente pero de forma más reducida. En términos interanuales la población activa crece en un 0,05% en términos trimestrales y en un 1,12% en términos interanuales. El aumento de la población activa es fundamentalmente nacional y el aumento en el último año se estimó en 34.000 españoles, frente a 10.000

extranjeros. Por otra parte, el aumento de la población activa fundamentalmente ha corrido a cargo de la población femenina pues en términos interanuales, se ha estimado un aumento de 53.200 mujeres (un 3.19%) frente a una reducción de 9.000 hombres (-0,40%). Estos datos se pueden explicar en términos de una percepción negativa de la actividad económica que induce a los hombres al abandono del mercado laboral, ya sea por retiro o a través de una búsqueda no intensiva de empleo. En lo que respecta a las mujeres, podemos considerar, como ya hemos señalado en artículos anteriores, que su activación laboral se debe a la búsqueda de nuevas rentas por las familias, además de los factores demográficos y de aumento general de los niveles formativos.

Si consideramos la evolución en términos intertrimestrales, las tendencias que se observan son contrarias a las anuales ya que se ha estimado un aumento de la población activa masculina (0,23%) y una reducción de la femenina (-3.0%). Podemos encontrar aquí el reflejo que la mejora de la actividad económica produce en los patrones de búsqueda de empleo por los desempleados.

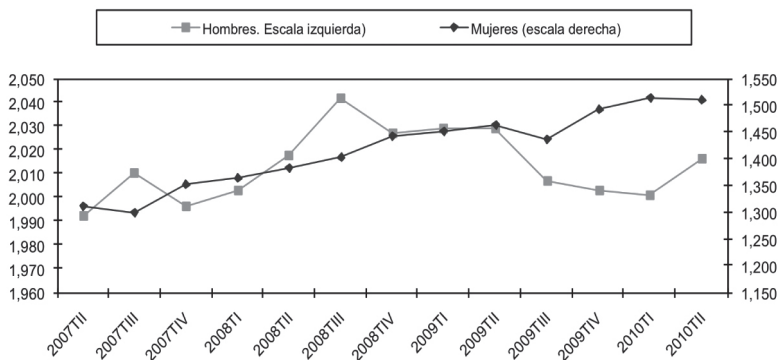
Un rasgo importante de la evolución reciente del mercado de trabajo en Andalucía ha sido el comportamiento diferenciado de la población de nacionalidad extranjera en relación a los nacionales. Durante los años de crecimiento económico y del empleo, la llegada de inmigrantes ha sido el rasgo más significativo de nuestro mercado laboral. El estallido de la crisis económica afecta de forma relevante a la oferta de trabajo general y especialmente al de este grupo de población, dado el carácter fundamentalmente económico de la decisión de emigrar. En los últimos tres años, se observa que se ha mantenido el crecimiento de la oferta de trabajo de este colectivo, estabilizándose en los últimos años en torno a una cifra de unos 450.000 personas con una presencia bastante equilibrada de hombres y mujeres.

Activos de nacionalidad extranjera por sexo. Andalucía. (En miles)



En el caso de la oferta de trabajo de la población de nacionalidad española en Andalucía, la llegada de la crisis ha hecho que el crecimiento sostenido de la oferta de trabajo se haya estabilizado en torno a un total de tres millones y medio de personas. Sin embargo, en los últimos trimestres, en los que se ha ido poniendo de manifiesto cada vez con mayor intensidad la crisis económica, se puede observar comportamientos diferenciados entre la oferta de trabajo masculina y femenina. La población activa femenina ha mantenido una tendencia de crecimiento estable aunque moderado, con algunos trimestres en los que oferta de trabajo se redujo respecto al trimestre anterior como en el tercer trimestre de 2007 y 2008 y en este segundo trimestre de 2010. Por el contrario, la oferta de trabajo de la población masculina de nacionalidad española muestra, en los últimos tres años, un comportamiento más errático y con un máximo que se alcanza en el tercer trimestre de 2008. La población femenina de nacionalidad extranjera ha pasado de representar el 11,32% del total de la población activa femenina en Andalucía en el segundo trimestre de 2007 al 12,21% en el segundo trimestre de 2010. Este mismo porcentaje para la población masculina de nacionalidad extranjera se ha pasado en el mismo periodo de tiempo del 9,22% al 10,54%, si bien, desde el cuarto trimestre de 2008 se ha situado oscilando en torno al 10,5%. Estos porcentajes son sustancialmente más altos en lo que respecta a la media nacional. En el segundo trimestre de 2010 el porcentaje de la población activa de nacionalidad extranjera respecto a la población activa total era del 15,32% para los hombres y del 16,43% para las mujeres.

ACTIVOS DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA. ANDALUCÍA. (En miles).

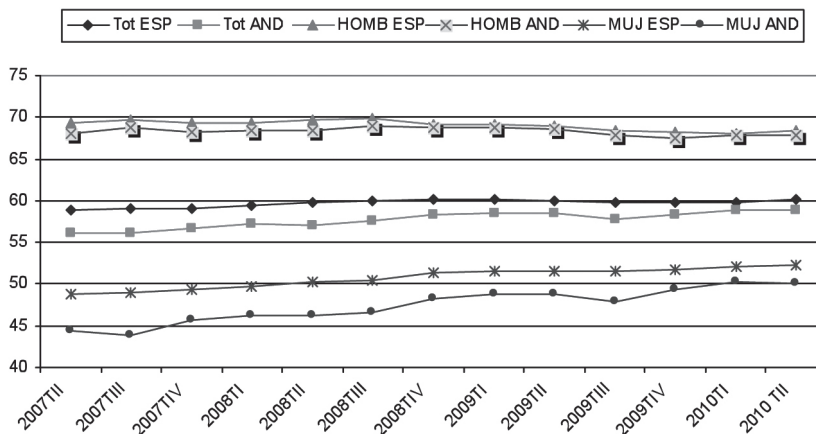


Fuente: EPA y elaboración propia

Como consecuencia de la situación descrita, la tasa de actividad en Andalucía se situó en el segundo trimestre de 2010 en una media del 58,82%, bajando 8 cen-

tésimas respecto al trimestre anterior, pero aumentando en 27 centésimas respecto al mismo trimestre de 2009. La tasa media de las mujeres en Andalucía se situó en el 50,08% (1,22 puntos superior a la del año anterior) y la de los hombres en el 67,85% (0,71 puntos inferior a la del mismo trimestre del año anterior). En los últimos tres años se viene observando una paulatina reducción de la tasa de actividad masculina, tanto en Andalucía como en el conjunto nacional, mientras que la tasa de actividad femenina mantiene una tendencia creciente, quizás más acentuada en el conjunto de España. Estos índices nos señalan comportamientos de búsqueda diferenciados entre ambos colectivos como consecuencia de distintas respuestas a la crisis económica que están poniendo de manifiesto ambos grupos de personas.

TASAS DE ACTIVIDAD. ESPAÑA Y ANDALUCÍA POR SEXO



Fuente: EPA y elaboración propia

En lo que se refiere a las tasas de actividad de la población de nacionalidad extranjera, los valores que presentan son superiores a los de los nacionales. En el segundo trimestre de 2010, la tasa de actividad de los hombres de nacionalidad extranjera en Andalucía era del 78,56% frente al 66,77% de los nacionales, mientras que las mujeres extranjeras presentaban una tasa del 68,53% mientras que las de nacionalidad española se estimaba en el 48,28%.

LA DEMANDA DE TRABAJO

La evolución del empleo en Andalucía presenta en este segundo trimestre de 2010 una dinámica aún negativa. El total de ocupados en la región se situó en una cifra de 2.870.100 personas, lo que significa que se redujo en 22.700 personas con respecto al trimestre anterior (-0,73%) y en 61.200 respecto al mismo trimestre del año anterior (-2,09%). Andalucía es la tercera comunidad autónoma en lo que respecta a la reducción del empleo en este trimestre.

El número de mujeres ocupadas disminuye en este trimestre en 22.700 (-1.83%) pero aumenta en 13.500 (1,11%) en relación al mismo trimestre de 2009. Por su parte, la ocupación masculina aumentó en este trimestre en 1.700 personas respecto al primer trimestre del año (0,10%), pero disminuyó en 74.600 (-4.33%) en términos interanuales.

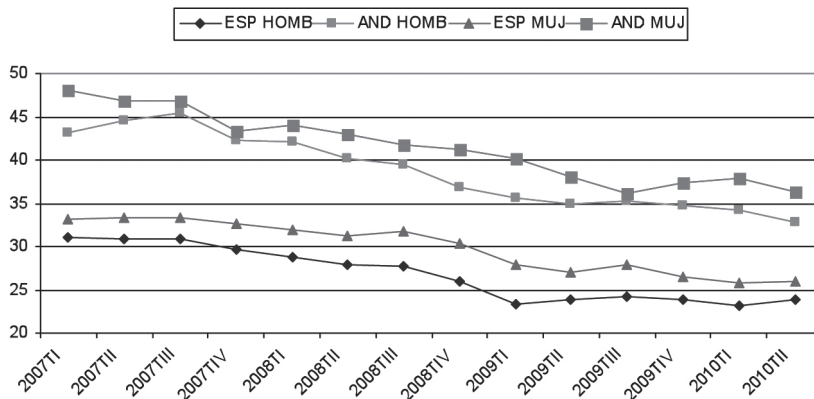
También se redujo el empleo de los ocupados de nacionalidad extranjera en 13.500 personas (-4.43%) este trimestre, siendo la caída interanual más reducida (8.700 personas, -2.91%). La reducción del empleo afecta tanto a varones como a mujeres extranjeras. La ocupación de la población española también se reduce este trimestre en 7.500 personas (-0.29%) que corresponden al grupo de las mujeres el cuál experimentó una reducción de la ocupación de 19.200 efectivos, mientras que el empleo de la población masculina aumentó en 11.600 personas.

La caída de la población ocupada este trimestre se ha producido fundamentalmente entre la población más joven, de edades comprendidas entre 16 y 29 años, que pierde 24.500 empleados, de los cuáles 17.500 son mujeres.

En términos interanuales, el proceso de destrucción de empleo se está ralentizando aunque todavía no se ha detenido. Desde el segundo trimestre de 2008 se ha reducido en empleo en Andalucía en 310.300 personas (un 9,76%). De todos ellos, 279.400 han sido hombres y 30.900 mujeres. Es evidente que el impacto de la crisis sobre el empleo ha afectado mayoritariamente al colectivo de los varones,

Uno de los grupos de población sobre los que más se ha ajustado el empleo ha sido el de los trabajadores asalariados con contrato temporal, como por otra parte es lógico pensar. La alta tasa de temporalidad constituía uno de los problemas más significativos que presentaba el mercado de trabajo en Andalucía, que presentaba unos valores muy superiores a la media nacional incluso en épocas de bonanza económica. La tasa de temporalidad media andaluza se ha reducido desde un valor máximo del 47,3% en el tercer trimestre de 2007 hasta el 34,4% estimado para el segundo trimestre de 2010. Se trata de una reducción de casi 13 puntos lo que nos puede dar una idea muy evidente de lo ocurrido en el mercado laboral estos últimos años. La temporalidad afecta de forma más acentuada a las mujeres que a los hombres tanto en España como en Andalucía, lo que da una idea de la precariedad del empleo. Sin embargo, hay que hacer constar que la caída de la tasa de temporalidad se ha atemperado en los últimos trimestres incluso se ha estabilizado en torno a un 23,5% para el grupo de población de los hombres en el conjunto del mercado de trabajo nacional. Por último, destacar el hecho de que la tasa de temporalidad para este colectivo ha roto una tendencia decreciente y muestra un aumento de 7 décimas en el segundo trimestre de 2010 como ya ocurrió en el segundo y tercer trimestre de 2009.

TASA DE TEMPORALIDAD POR SEXO. ESPAÑA Y ANDALUCÍA. 2007-2010 TII



Fuente: EPA y elaboración propia

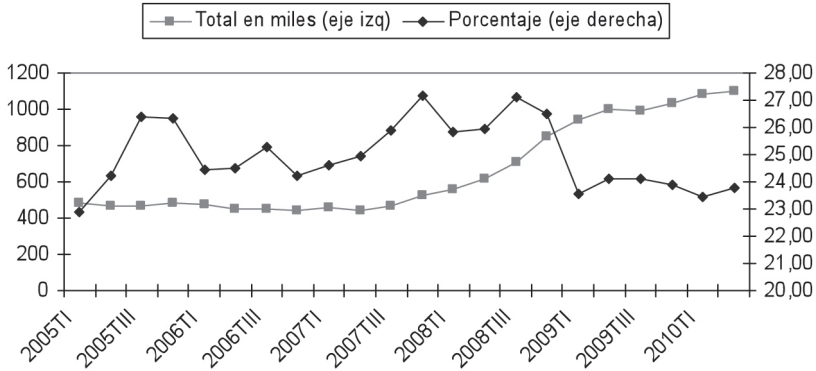
La puesta en marcha de la reforma laboral en junio de 2010 evidentemente no ha tenido aún efecto sobre los datos de la evolución de los contratos temporales, pero sí ha generado unas expectativas en los agentes económicos sobre la legislación final que se aplicará a los trabajadores tras la aprobación del texto definitivo de la reforma. Sus efectos pueden empezar a verse a partir de la segunda mitad del año y por tanto la valoración de lo que ocurra en los próximos trimestres exigirá que se tenga en cuenta el texto legislativo finalmente aprobado de la reforma laboral.

LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO

Quizás el peor dato en lo relativo al mercado de trabajo en Andalucía en este segundo trimestre de 2010 es que el desempleo ha aumentado en 23.200 personas con respecto al trimestre anterior: Este crecimiento significa un aumento del 2.14% en términos intertrimestrales. El aumento del desempleo se ha centrado fundamentalmente entre las mujeres cuya cifra ha aumentado en 19.700 efectivos, y entre los nacionales que experimentan una subida de 18.300 personas.

Esta evolución sitúa la cifra total de desempleados en Andalucía en 1.104.100 personas. Se trata de la cifra más elevada en términos absolutos a la que se ha enfrentado la economía andaluza en los últimos años. Si merece ponerse de manifiesto que en los últimos trimestres, el porcentaje que representa el desempleo andaluz sobre el total del desempleo nacional ha bajado situándose en torno al 24%.

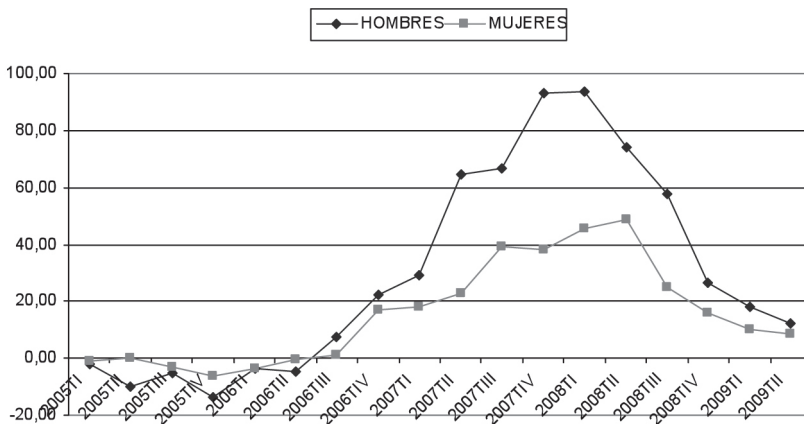
DESEMPLEADOS EN ANDALUCÍA Y PORCENTAJE SOBRE EL TOTAL NACIONAL



Fuente: EPA y elaboración propia

En términos de variación interanual, el desempleo en Andalucía ha aumentado este trimestre en 105.300 personas (un 10,55%). Este aumento se ha distribuido mayoritariamente entre la población masculina (65.600 personas más desempleadas, lo que significa una subida del 12.12%), y entre la población de nacionalidad española (un aumento del 86.600 personas o sea un 10.06% con respecto al mismo trimestre del año anterior). El crecimiento del desempleo está adoptando en los últimos trimestres una clara tendencia decreciente dando a entender que el momento más virulento de la crisis en términos de aumento del desempleo ha correspondido a los años 2008 y sobre todo al 2009.

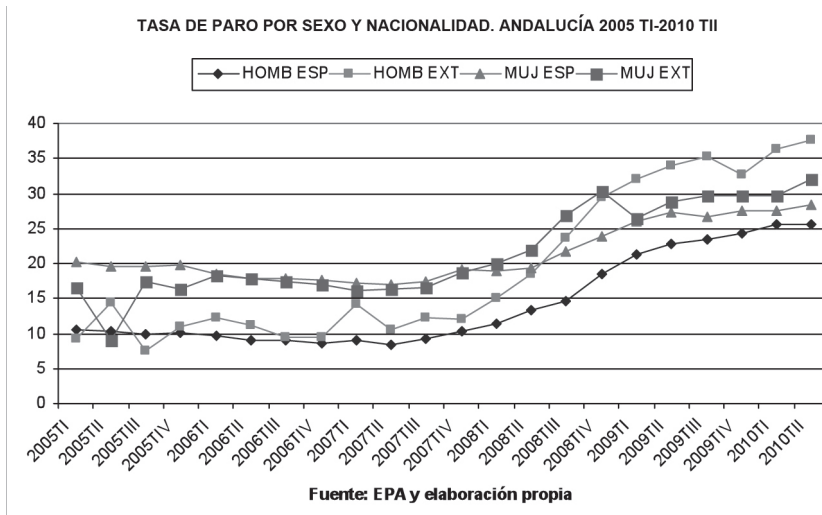
TASAS VARIACIÓN INTERANUAL. DESEMPLEO. ANDALUCÍA POR SEXO



Fuente: EPA y elaboración propia

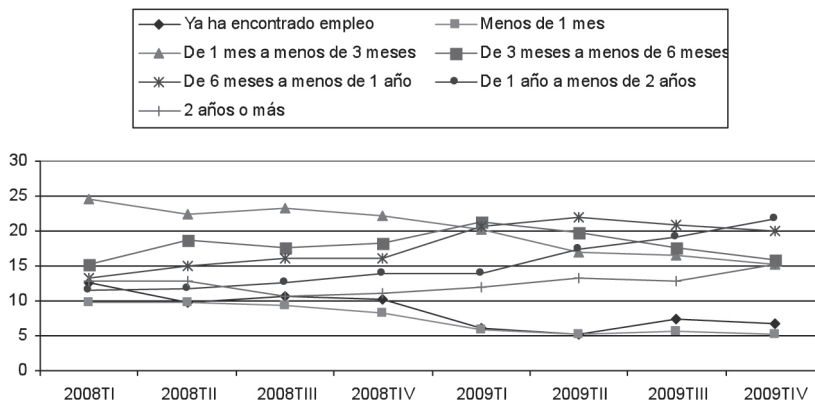
Este comportamiento tan negativo del desempleo provoca que la tasa de paro alcance el 27,78%, lo que sitúa a Andalucía en el segundo lugar entre las comunidades autónomas españolas tras Canarias, y a casi siete puntos de la media nacional. El aumento de la tasa de paro respecto al trimestre anterior es de 0.57 puntos y de 2.37 puntos respecto al mismo trimestre del año 2009.

El desempleo atañe fundamentalmente a la población más joven, a las mujeres y a la población de nacionalidad extranjera. En este sentido es interesante considerar cómo ha afectado la crisis económica al caso de los hombres de nacionalidad extranjera. Antes del estallido de la crisis, la tasa de paro de este grupo era la más baja junto con el de los hombres de nacionalidad española. A lo largo de 2008, su tasa de paro experimenta un deterioro muy acentuado situándose en la actualidad como el colectivo con una tasa de paro más alta que supera el 37%. Tradicionalmente, la tasa de paro femenina ha sido más alta que la masculina pero un rasgo característico de la crisis actual es que las tasas de paro de hombres y mujeres han tendido a la convergencia, sobre todo en el caso de las personas de nacionalidad española.



Las altas tasas de desempleo que están presentes en la economía andaluza, y en general la economía española, están provocando una ralentización en los procesos de búsqueda de empleo y por tanto un creciente número de parados de larga duración. El desarrollo de la crisis económica ha provocado que el porcentaje de desempleados que encuentra empleo se reduzca y, lógicamente, el porcentaje de los desempleados que llevan 2 años o más está creciendo de forma constante, al igual que el grupo que lleva buscando empleo entre 1 y dos años que se ha convertido en el más numeroso en términos relativos en el presente trimestre.

DESEMPLEADOS POR TIEMPO DE BUSQUEDA DE EMPLEO. ANDALUCÍA 2008-2010 TII
(En porcentaje sobre el total de desempleados en la Comunidad)



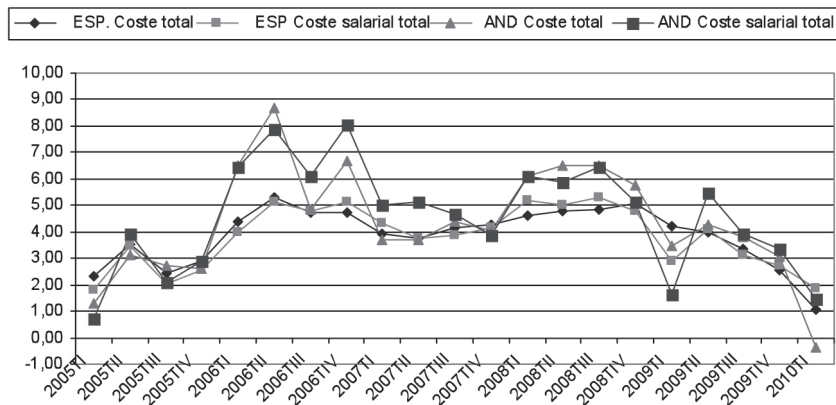
Fuente: EPA y elaboración propia

COSTES LABORALES

En las circunstancias descritas merece la pena prestar atención, si quiera de forma somera, a la evolución de los salarios y en general de los costes laborales en Andalucía para completar la información que se ha recogido en un epígrafe anterior referida al conjunto nacional. Esta mirada es especialmente interesante relevante en un entorno de crisis económica como el actual, en el que la competitividad de las economías juega un papel esencial a la hora de buscar líneas de salida para el futuro. Son muchos los determinantes de la competitividad de las empresas, y de las economías de un país, y además están interrelacionados. De entre ellos destaca el coste de los factores y en este sentido, clave es el coste del factor trabajo. Es evidente que los costes de los factores se tienen que poner en relación con el producto obtenido por lo que la productividad es uno de los elementos determinantes de la competitividad de las diversas economías.

Para considerar la evolución de la remuneración del factor trabajo en Andalucía contamos con los datos proporcionados por la Encuesta Trimestral de Coste Laboral que realiza y publica el INE. A partir de los datos regionalizados podemos analizar la evolución de los costes laborales en Andalucía. Según esta fuente de información, en los últimos años, y a pesar de la crisis, se observa un aumento de los costes laborales, pero las tasas de variaciones intertrimestrales muestran una tendencia a la reducción. En este sentido se alcanza en el primer trimestre de 2010 un valor negativo para las tasas de variación interanual de los costes laborales totales por trabajador en Andalucía. Como se observa en el gráfico, las tasas de variación interanual para el conjunto nacional muestran, en general, valores superiores a los que corresponden a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

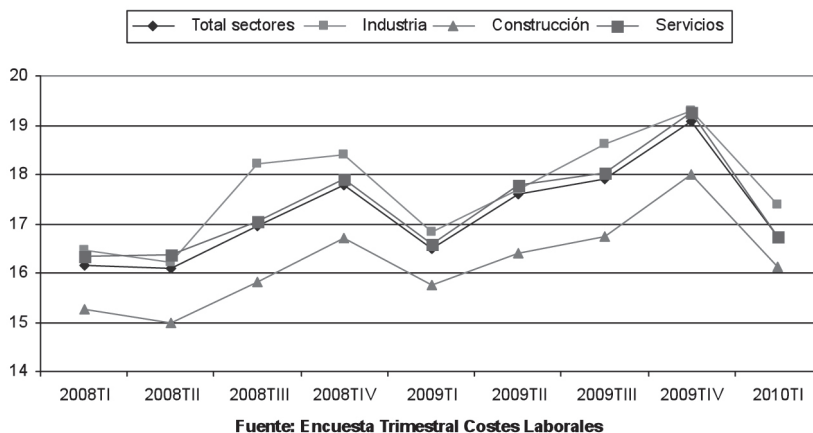
COSTE LABORAL POR TRAJADOR. ESPAÑA Y ANDALUCÍA. 2005-2010
(Porcentaje de variación interanual)



Fuente: EPA y elaboración propia

En lo que corresponde a la evolución más reciente de los costes laborales por hora según los distintos sectores productivos es de destacar la situación relativa del sector de la construcción que ocupa el tercer lugar detrás de la industria y de los servicios. Los costes laborales totales por hora en Andalucía son más reducidos que en el conjunto nacional situándose en los últimos dos años en una media del 93,19%. La diferencia más alta se encuentra en el sector de la industria en un 89,18% del total nacional. Los sectores de la construcción y los servicios alcanzan una media en torno al 94% de los valores para el conjunto nacional.

COSTE LABORAL TOTAL POR HORA Y SECTOR PRODUCTIVO.
ANDALUCÍA 2008 TI-2009 TI



Fuente: Encuesta Trimestral Costes Laborales

INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. Segundo Trimestre de 2010

	Unidad	Periodo	ESPAÑA			ANDALUCÍA		
			Dato	VA(*)	VB(*)	Dato	VA(*)	VB(*)
I. MERCADO DE TRABAJO								
Población activa	Miles	2º Trim. 10	23.122,3	0,5	0,2	3.974,2	0,1	1,1
Tasa de actividad	Porcentaje	2º Trim. 10	60,1	0,3	0,05	58,8	-0,1	0,3
Hombres	68,4	0,4	-0,5	67,85	0,0	-0,7
Mujeres	52,2	0,1	0,6	50,1	-0,2	1,2
16-19 años	22,8	1,4	-2,7	24,0	0,1	-4,4
20-24 años	64,3	0,7	-1,9	64,7	0,8	-1,0
25-54 años	85,6	0,3	0,9	82,2	0,0	1,1
Más de 55 años	21,3	0,1	-0,05	19,3	-0,5	0,3
Ocupados	Miles	2º Trim. 10	18,476,9	0,4	-2,5	2.870,1	-0,7	-2,1
Agricultura	778,2	-57,0	-8,4	206,5	-28,9	1,9
Industria	2.618,9	19,1	-180,5	263,1	2,6	-6,8
Construcción	1.699,7	36,7	-222,4	255,1	2,5	-12,1
Servicios	13.380,1	84	-56,8	2.145,5	2,4	-0,5
Asalariados del sector público	..	2º Trim. 10	3.085,60	-0,1	1,1	566,4	1,2	3,7
Asalariados temporales	..	2º Trim. 10	3.822,10	2,7	-3,7	817	-4,2	-5,9
Parados encuestados	..	2º Trim. 10	4.645,50	0,7	12,3	1.104,1	2,1	10,5
Hombres	2.538,00	-0,6	10,9	606,6	0,6	12,1
Mujeres	2.107,50	2,3	14,0	497,4	4,1	8,7
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	2º Trim. 10	20,09	0,04	2,2	27,78	0,6	2,4
Hombres	19,72	-0,2	2,1	26,91	0,1	3,0
Mujeres	20,56	0,4	2,2	28,92	1,2	1,5
16-19 años	62,3	2,5	5,9	68,42	3,8	5,4
20-24 años	37,0	0,5	3,7	46,81	2,2	6,2
25-54 años	18,6	-0,1	2,2	25,57	0,2	2,3
Más de 55 años	13,4	0,3	1,7	19,89	0,8	1,4
Parados de larga duración	Porcentaje	2º Trim. 10	42,37	3,6	16,0	42,89	2,4	12,2
Parados registrados	Miles	2º Trim. 10	4.063,7	-1,2	10,1	871,6	-0,7	2,7
II. CONDICIONES DE TRABAJO								
Salario mínimo	€/mes	2º Trim. 10	624	0,0	0,0	624	0,0	0,0
Coste laboral por trabajador	€/mes	1er Trim. 10	2.466,1	-6,9	1,0	2.253,1	-8,6	-0,4
Industria	2.755,1	-7,2	2,1	2.478,6	-5,9	2,9
Construcción	2.457,3	-10,2	0,7	2.424,7	-3,2	1,2
Servicios	2.405,5	-6,3	1,0	2.195,9	-9,7	-0,8
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	1er Trim. 10	136,8	3,1	-1,0	134,5	4,1	-2,0
III. REGULACIÓN DE EMPLEO								
Expedientes	Total	1er Trim. 10	4.887	6,0	3,1	338	13,0	3,0
Trabajadores	Extinción de empleo	..	13.304	-0,9	-26,9	932	-1,8	-30,9
	Suspensión de empleo	..	61.249	-36,9	-61,7	3.102	-45,8	-61,1
	Reducción de jornada	..	3.280	3,8	-32,3	369	90,2	65,5
IV. CONFLICTOS LABORALES								
Huelgas	Total	1er Trim. 10	276	-23,5	-13,8
Participantes	Miles	..	117,4	-14,9	-29,9
Jornadas no trabajadas	142,5	-34,2	-70,6
V. PRINCIPALES INDICADORES ECONECONÓMICOS								
Crecimiento económico	Porcentaje	1er Trim. 10	0,1	0,2	1,8
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	Ab-May. 10	-9,9	6,1	5,2
Inflación	Porcentaje	2º Trim. 10	1,5	2,0	0,1
Tipo de interés (Euribor 12) meses)	Porcentaje	2º Trim. 10	1,2	1,2	1,3

(*) VA = Variación con respecto al trimestre anterior; VB = Variación con respecto a igual periodo del año anterior.

Informes y Documentos

MEMORIA DE ACTUACIONES DEL SERCLA (2009)*

ÍNDICE

PARTE PRIMERA: ACTUACIONES RELATIVAS A LA TRAMITACIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS

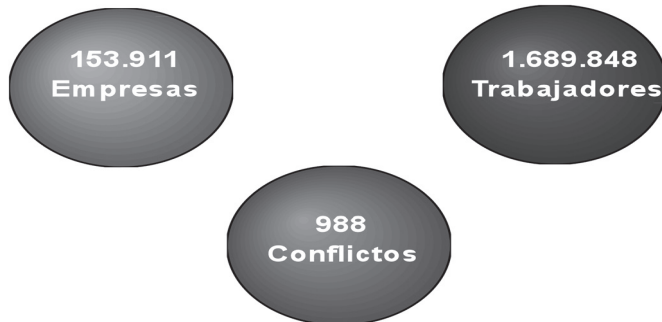
1. EXPEDIENTES PRESENTADOS
2. TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES
3. RESULTADOS OBTENIDOS

PARTE SEGUNDA: ACTUACIONES RELATIVAS A LA TRAMITACIÓN DE CONFLICTOS INDIVIDUALES

PARTE PRIMERA: ACTUACIONES RELATIVAS A LA TRAMITACIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS

1. EXPEDIENTES PRESENTADOS

Conflictos colectivos 2009



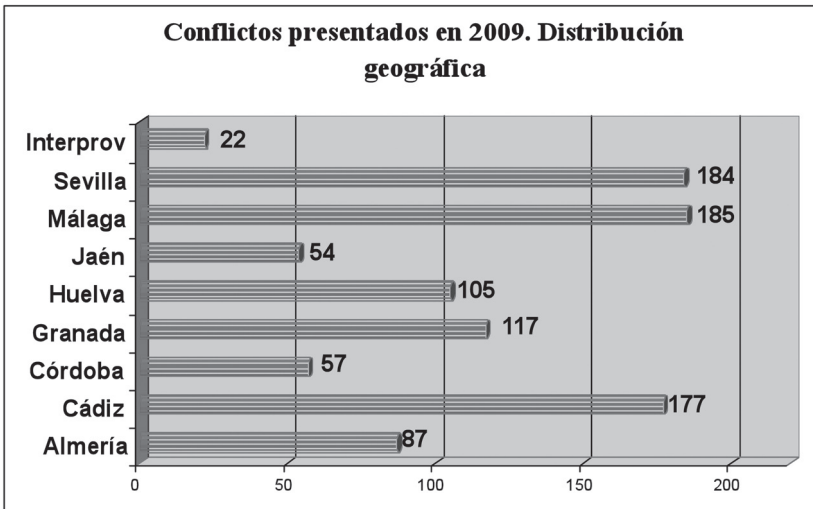
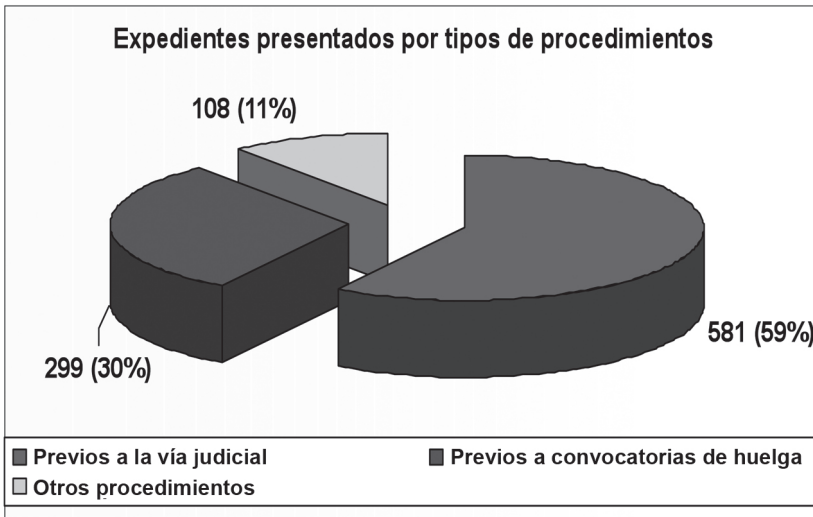
El número de conflictos registrados ante el SERCLA se situó al finalizar la anualidad 2009 en la cifra de 988, alcanzándose así la cota máxima desde el inicio de actuaciones de este Sistema. La afectación personal de tales expedientes alcanzó a 1.689.848 trabajadores andaluces. Estos conflictos podían extender sus efectos a 153.911 empresas radicadas en nuestra Comunidad Autónoma.

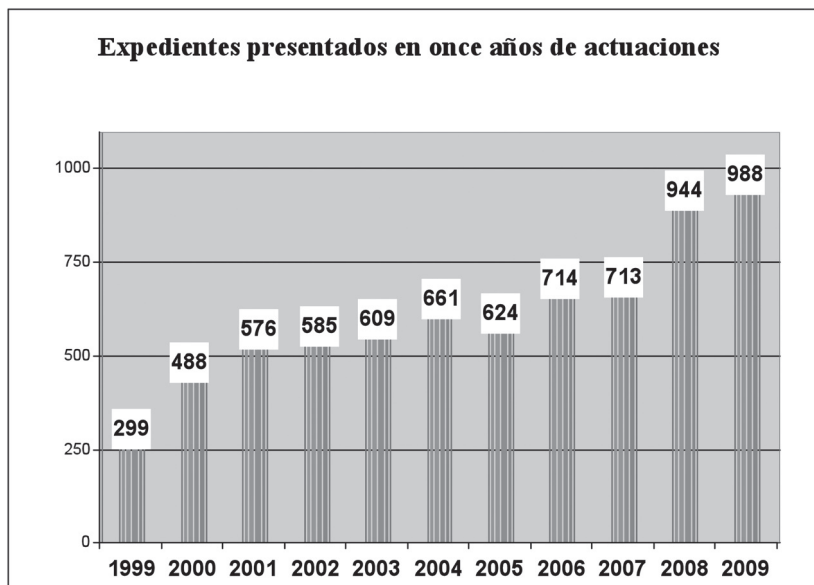
Al abordar un análisis de los conflictos iniciados en el año 2009 desde una perspectiva geográfica, se aprecia que la distribución territorial de los expedientes promovidos pone de manifiesto que, de forma muy destacada, las cifras más elevadas corresponden a las provincias de Málaga, Sevilla, y Cádiz.

* Informe elaborado por Fco. Javier Millán de Cózar, Jefe de Servicio SERCLA. Consejo Andaluz Relaciones Laborales.

La suma de estas tres provincias representa más de la mitad del total de los conflictos interpuestos ante el Sistema en toda Andalucía.

En línea con lo sucedido en años anteriores, el previo a la vía judicial fue en 2009 el tipo de conflicto interpuesto en mayor número (581) ante el SER-CLA. A continuación se situó el previo a la convocatoria de huelga (299). De los 108 conflictos restantes, 99 (10% del total) correspondieron a conflictos de intereses y 9 (1% del total) a procedimientos de arbitraje.





Las actuaciones del SERCLA en 2009 fueron demandadas en mayor proporción en Industrias Manufactureras, que abarcó el 22% del total de expedientes presentados. Ahondando en el desglose de este sector, casi la mitad de los conflictos encuadrados en el mismo pertenecen a Metalurgia (89), situándose a continuación las Industrias de Productos Alimenticios y Bebidas (48) y la Industria Química (13). Otros sectores afectados de forma significativa fueron los de Transportes Almacenamiento y Comunicaciones (10%) y Actividades Administrativas y Servicios Auxiliares (13%). Los conflictos pertenecientes a Hostelería suponen el 9% del total.

Los procedimientos que tienen su motivación en la aplicación e interpretación de los convenios colectivos suponen el 56% del total en el año 2009. Resulta claramente inferior el porcentaje de conflictos que se derivan de la interpretación y aplicación de normas (18%), lo cual es consecuencia de la prevalencia en la ordenación de las condiciones de trabajo de la norma convencional o pactada frente a la heterónoma. Los expedientes presentados cuyo objeto se refiere a la negociación de convenio abarcan el 16% del global. El 6% de los conflictos se planteó como consecuencia de modificaciones de condiciones de trabajo pactadas. La práctica totalidad de los mismos han alegado como motivo específico supuestos incumplimientos de requisitos de orden procedimental. Los conflictos motivados por despidos colectivos y plurales supusieron el 2% del total. El cumplimiento de anteriores acuerdos alcanzados en sede SERCLA motiva el 2% de los conflictos interpuestos.

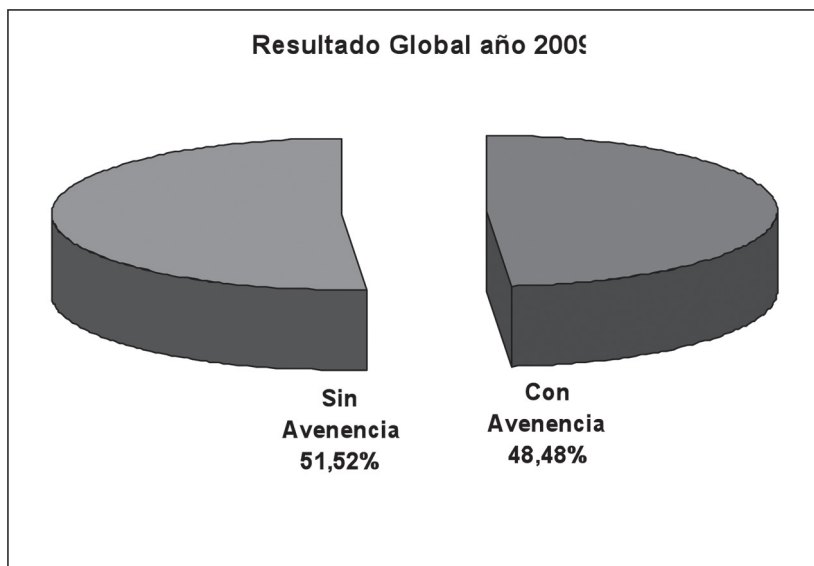
2. TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES

De entre los datos técnicos relativos a la tramitación de los conflictos interpuestos ante el Sistema en 2009, cabe destacar los siguientes:

- ➡ 20 días naturales como duración media de los expedientes.
- ➡ 1,5 sesiones por expediente como promedio.
- ➡ 124 minutos como duración media de las sesiones de mediación.
- ➡ 270 mediadores/as actuantes.
- ➡ 17 secretarios/as intervinientes.
- ➡ 3.165 horas invertidas en sesiones de mediación.

3. RESULTADOS OBTENIDOS

El índice global de acuerdos en el año 2009 alcanzó el 48,48% de los conflictos colectivos tramitados, finalizando con avenencia un total 351 de los 724 expedientes de conciliación-mediación sustanciados en dicho período de tiempo.

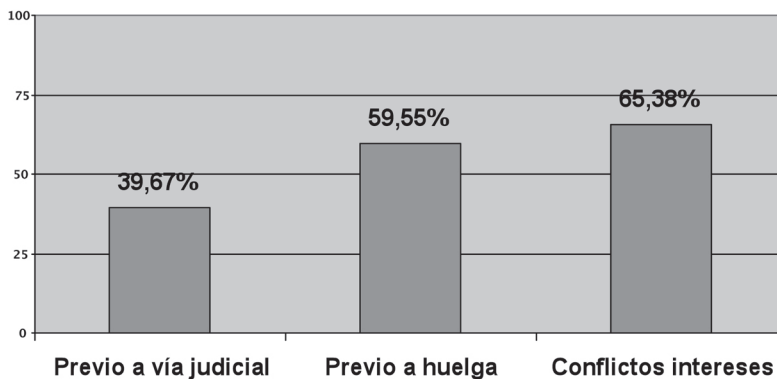


Los 351 acuerdos suscritos a lo largo de 2009 en alguno de los diez centros de actuación con que cuenta el SERCLA en Andalucía beneficiaron a 52.802 empresas.

Las referidas avenencias alcanzadas también extendieron sus efectos positivos a un importante número de trabajadores: Un total de 518.252.

Como ocurriera en pasadas anualidades, los resultados de 2009 ofrecen diferencias sustanciales en función del tipo de conflicto de que se trate, apreciándose que resulta superior el porcentaje de acuerdos logrado en aquellos procedimientos que no constituyen una instancia previa al proceso judicial, tales como los conflictos previos a huelga y, sobre todo, los conflictos de intereses provocados por bloqueos de negociación.

Porcentaje de Avenencias. Tipos de conflicto



En esta anualidad, se firmaron 169 acuerdos en los 426 conflictos previos a la vía judicial tramitados. Un total de 131 conflictos previos a huelga concluyeron con avenencia en el global de los 220 tramitados. Por último, finalizaron con acuerdo 51 de los 78 conflictos de intereses (procedimiento general) que tuvieron tramitación efectiva.

Al observar el porcentaje de avenencia alcanzado en estos once años en la resolución de bloqueos de negociación colectiva, se aprecia que estamos ante un tipo de conflicto en el que el SERCLA resulta ser un instrumento muy útil. La intervención de este Sistema Extrajudicial en 2009, sirvió para que se logran acuerdos superadores de situaciones de impasse, en procesos negociadores que afectaron, por ejemplo, a empresas tales como Atlantic Copper de Huelva y Euroлимп de Sevilla. También a través de esta modalidad procedimental, la mediación del SERCLA propició la firma de convenios sectoriales tales como el del Campo de Córdoba.

Al propiciar la actuación mediadora del SERCLA que estas 131 huelgas fueran evitadas, las horas de trabajo recuperadas en 2009 alcanzaron la cifra de 1.826.976.

La intervención de este Sistema Extrajudicial en 2009, sirvió para que se logaran acuerdos que evitaron el desarrollo de situaciones de huelgas en centros de trabajo ubicados en Andalucía de empresas tales como, por ejemplo, Agility First Support (base aérea de Morón) e Inagra (concesionaria del servicio público de limpieza en Granada).

Igualmente conviene destacar un conjunto de acuerdos rubricados en sede SERCLA en 2009. Y ello debido a que, habiéndose logrado tales avenencias al resolver diferentes conflictos de sector, las mismas implicaron el que no se llevaran a cabo las respectivas huelgas, propiciándose además la firma de los correspondientes convenios provinciales del sector:

- Limpieza de edificios y locales de Cádiz.
- Hostelería de Granada
- Automoción de Málaga
- Limpieza de edificios y locales de Sevilla

SERCLA 1999-2009. Huelgas evitadas				
Ámbito	Nº	Empresas	Trabajadores	Horas de trabajo recuperadas
Andalucía	1.304	154.478	1.044.686	28.969.056

PARTE SEGUNDA: ACTUACIONES RELATIVAS A LA TRAMITACIÓN DE CONFLICTOS INDIVIDUALES

Las Organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Andalucía suscribieron el 4 de marzo de 2005 un Acuerdo Interprofesional por el que se ampliaba el ámbito de actuación del SERCLA a los conflictos individuales sobre determinadas materias:

- Clasificación profesional
- Movilidad funcional y trabajos de superior o inferior categoría
- Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo
- Traslados y desplazamientos
- Determinación del período de disfrute de vacaciones
- Licencias, permisos y reducciones de jornada incluidos los vinculados con el cuidado de los hijos y familiares.

Al comienzo de 2009 el rasgo definitorio del Sistema era el carácter voluntario, de forma que para la tramitación de estas reclamaciones individuales por el SERCLA bastaba con la presentación ante éste de una solicitud por una de las partes del conflicto. No obstante, los actos de mediación sobre tales materias eran preceptivos ante el SERCLA si en el convenio colectivo aplicable estaba previsto un compromiso expreso a través de una cláusula de sumisión de los conflictos individuales a este Sistema, en los términos y condiciones previstos en el convenio que la recogiera. Todo ello se enmarcaba en una experiencia piloto aplicable en las provincias de Almería, Huelva y Sevilla.

La Comisión de Seguimiento del Sistema de Resolución Extrajudicial de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA), reunida el 6 de febrero de 2009 en Arcos de la Frontera (Cádiz), decidió adoptar un Acuerdo relativo a la extensión del ámbito de actuación del sistema de solución de conflictos individuales constituido en el seno del SERCLA, al marco territorial de toda la Comunidad Autónoma de Andalucía. Este Acuerdo, que conlleva una modificación reglamentaria, se publica en BOJA el 16 de marzo de 2009, entrando en vigor tres meses después, es decir, el 16 de junio.

Además, en este mismo Acuerdo se estableció el carácter preceptivo de los procedimientos regulados en el Reglamento que desarrolla el Acuerdo Interprofesional por el que se instauró un sistema de solución de conflictos individuales en el seno del SERCLA. En consecuencia, a partir de 16 de junio de 2009 la intervención de este Sistema extrajudicial sustituye al intento de conciliación ante el CMAC en lo que concierne a los conflictos individuales cuyo objeto se refiere a las materias asumidas por el SERCLA.

A lo largo de 2009, y en el marco de lo expuesto anteriormente, el SERCLA registró un total de 1.134 solicitudes de mediación relativas a conflictos individuales cuya motivación se correspondía con alguna de las que compete su tramitación a este Sistema extrajudicial, de los cuales 1.092 se interpusieron desde su extensión definitiva a toda Andalucía. La distribución provincial de los expedientes presentados es la siguiente: Almería 109, Cádiz 180, Córdoba 52, Granada 161, Huelva 49, Jaén 40, Málaga 351 y Sevilla 192.

La mayor parte de las motivaciones de estos conflictos se refieren a Modificación sustancial condiciones de trabajo (596), siguiéndole Vacaciones (144), Traslados y desplazamientos (138), Reducción de Jornada (117), Clasificación profesional (68), Licencias y Permisos (34), Trabajos de superior o inferior categoría (23) y Movilidad funcional (14).

Se logra el 56% de tramitación efectiva. La duración media de las sesiones se sitúa en 62 minutos. El porcentaje global de avenencias alcanza a la tercera parte (33%) de las controversias laborales individuales tramitadas.

Comentarios de Jurisprudencia

CRÉDITO HORARIO: INDEMNIDAD RETRIBUTIVA

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 18 de mayo de 2010

MARÍA DEL JUNCO CACHERO*

SUPUESTO DE HECHO: D. F., representante unitario de los trabajadores, presenta demanda contra la empresa B., S.A. por vulneración del derecho a la libertad sindical por no abonarle dicha empresa el “mayor tiempo invertido”, los días en que el actor no acude al centro de trabajo por tener que desempeñar funciones representativas dentro de su crédito horario como representante de los trabajadores, tal como dispone el art. 68.e) del E. T.¹

La empresa y los representantes de los trabajadores llegaron a un acuerdo como consecuencia del traslado del centro de trabajo de Sant Adrià del Besòs a Sant Pere de Riudebitlles (Alt Penedès), consistente en el pago del “mayor tiempo invertido”, que se empezó a cobrar desde el primer día en que un trabajador se traslada al nuevo centro de trabajo.

Se acordó qué conceptos salariales entrarían en ese pago, así como que cuando un trabajador no acuda a la empresa, ni con el autobús de la empresa, ni por sus propios medios, no se abonará el “mayor tiempo invertido”. Tampoco se le abonará si está en situación de incapacidad temporal².

RESUMEN: La pretensión demandada por el actor, representante unitario de los trabajadores, es reconocida en la Sentencia. El Tribunal Supremo reconoce que hay que abonar el “mayor tiempo invertido” en el desplazamiento al centro de trabajo, incluso para los representantes de los trabajadores en aquellos días en que hacen uso de su crédito horario y no acuden al centro de trabajo. El Tribunal acoge para su doctrina de unificación, las argumentaciones vertidas por el Tribunal Constitucional sobre la garantía de indemnidad retributiva, cuyos orígenes datan desde hace ya algunos años³, pero no tiene

* Prof. T.E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

¹ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, en adelante E. T. : “Los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, las siguientes garantías:Disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas, cada uno de los miembros del comité o delegado de personal en cada centro de trabajo, para el ejercicio de sus funciones de representación, de acuerdo con la siguiente escala.....”

² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 18 de mayo de 2010.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional 38/1981, de 23 de diciembre y otras posteriores.

presente al sujeto al que va referida dicha garantía, pues se equipará la libertad sindical de los representantes sindicales con la de los representantes unitarios de los trabajadores. El caso que nos ocupa es el de un representante unitario, pero “curiosamente” se admite desde la primera instancia⁴, pasando por la segunda⁵ y llegando a la tercera⁶ que, se está en presencia de una vulneración de la libertad sindical, sin plantearse ninguno de los tres tribunales, sí esa libertad sindical vincula a los representantes unitarios de los trabajadores.

ÍNDICE

1. EL CRÉDITO HORARIO DEL REPRESENTANTE UNITARIO DE LOS TRABAJADORES: PERMISO RETRIBUIDO
2. GARANTÍA DE INDEMNIDAD RETRIBUTIVA
3. ¿QUÉ ENGLOBA LA RETRIBUCIÓN DEL CRÉDITO HORARIO?

1. EL CRÉDITO HORARIO DEL REPRESENTANTE UNITARIO DE LOS TRABAJADORES: PERMISO RETRIBUIDO

Con carácter genérico⁷, la Directiva 2001/14/CE de 11 de marzo de 2002, que establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores de la Unión Europea, exige a los Estados miembros velar por la existencia de un régimen de garantías que permita a los representantes de los trabajadores realizar de manera adecuada sus funciones (art. 7), así como establecer sanciones para prevenir su incumplimiento (art. 8). Y es que, prescindiendo de connotaciones ideológicas, un sistema de relaciones laborales de carácter conflictivo, en el que los empresarios y los trabajadores tienen intereses contrapuestos, requiere que los sujetos que representan los intereses laborales sean protegidos frente a las decisiones sancionadoras de las empresas.

De la misma forma el Convenio Núm. 135 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la protección y facilidades de los representantes de los trabajadores en la empresa, ratificado por España, establece en su art. 1 que dichos representantes “deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarles. . . . por razón de su condición de representantes y de sus actividades como tales”. Por su parte, la Recomendación Núm. 143 de la Organización Internacional del Trabajo, a pesar de su falta de valor normativo, establece que los representantes tienen que disponer del tiempo necesario para

⁴ Sentencia del Juzgado de lo Social núm 2 de Barcelona, de 28 de abril de 2008.

⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social), de 12 de enero de 2009.

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 18 de mayo de 2010.

⁷ Sempere Navarro, A. V. y Pérez Campos, A. I.: *Las Garantías de los Representantes de los Trabajadores (Estudio del Artículo 68 ET)*. Thomson-Aranzadi. Navarra 2004. Pág. 17

el desarrollo de sus funciones “sin pérdida de salario”.

Por otra parte, de un lado, el art. 68.e) E. T. dispone que “los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán.....las siguientes garantías: disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas.....para el ejercicio de sus funciones de representación....”, y de otro, el art. 37.3.e) E. T. establece que “el trabajador.....podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración.....para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente”. Y es de la unión de estos dos artículos de donde surge la problemática doctrinal de considera o no al crédito horario como un permiso retribuido.

Para un sector doctrinal⁸, la utilización por el representante de los trabajadores de su crédito de horas que le da derecho a ausentarse del trabajo para cumplir con las funciones propias de su cargo, se configura como un permiso retribuido de los regulados en el último de los preceptos mencionados, este es, el art. 37.3.e) E. T. Así, en la medida en que la utilización del crédito horario se asimila a los permisos retribuidos⁹, la ley señala algunas condiciones para su uso. No es el art. 68 E. T. el que establece los condicionantes para el ejercicio de este derecho, sino el art. 37.3 E. T el que los dispone, como son que haya previo aviso y justificación. Sin embargo, ha sido la propia jurisprudencia la que se ha encargado de matizar dichos requisitos: Cabe entender como consolidada la doctrina según la cual el representante tiene libertad para comunicar o no el contenido de la reunión, respetando siempre el núcleo esencial del art. 37.3 E. T. que exige la justificación del ejercicio de la función representativa, entendida como “indicación al empresario de la finalidad genérica a que se afecta el tiempo utilizado a efectos de control del total disponible, sin que sea preciso una cumplida prueba, a través de medios hábiles al efecto, de las concretas actividades realizadas en las horas utilizadas”¹⁰.

Sin embargo, para otro sector¹¹, la idea anterior debe ser abandonada, alegando diversos razonamientos: 1.- El crédito horario se sitúa en el marco del derecho sindical (pensamos que mejor sería del derecho colectivo del trabajo), mientras que los permisos retribuidos se sitúan en el marco de la relación individual que genera el contrato de trabajo; 2.- La titularidad del crédito horario, admitiendo que corresponde a los representantes de los trabajadores

⁸ Por todos, Sempere Navarro, A. V. y Pérez Campos, A. I.: *Las Garantías de los*op. cit. Pág. 141.

⁹ Sempere Navarro, A. V. y Pérez Campos, A. I.: *Las Garantías de los*op. cit. Págs. 149 y 150.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1990.

¹¹ Por todos, Seoane García, A.: *El Crédito Horario de los Representantes de los Trabajadores*. Bomarzo. Albacete 2005. Págs. 45 y ss.

individualmente considerados de manera inmediata, les corresponde no en su calidad de trabajadores sino de tales representantes, a diferencia de lo que acontece con los permisos retribuidos; 3.- El control por el empleador del uso y disfrute del crédito horario por el representante de los trabajadores se sujeta a un régimen totalmente distinto del propio de los permisos retribuidos.....

La Sentencia¹² que se comenta es favorable tanto por la pretensión del demandante, como por el fallo del Tribunal, en considerar el crédito horario como un permiso retribuido, pues durante el tiempo de permiso se abonan todas las cantidades devengadas al trabajador iguales a las que le correspondería si hubiera estado efectivamente trabajando y no disfrutando del permiso. Equiparación que pretende realizar el demandante al solicitar que se le abonen las cantidades correspondientes al “mayor tiempo invertido”, de aquellos días que no acudió a la empresa, pero que estaba ejerciendo uso de su crédito horario.

En la misma línea está el Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona¹³, así como el propio Tribunal Supremo¹⁴. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no lo estimó así¹⁵ en su Sentencia de suplicación, dónde dispuso: “La sentencia de instancia ha estimado la demanda, si bien la sentencia de suplicación ha revocado este fallo, al entender que al no acudir a la empresa no se produjo la causa del devengo, por lo que no tiene derecho a que se le abone una indemnización por el «mayor tiempo invertido» en un desplazamiento que no ha realizado”. La retribución del “mayor tiempo invertido” no compensa ningún gasto asumido por el trabajador como consecuencia de su trabajo –puede acudir al centro de trabajo en el autobús de la empresa–, sino que retribuye ese exceso de tiempo con el indicado plus.

A priori parece pues, que si no hay desplazamiento al centro, sea en coche propio o en autobús de la empresa, no tiene por qué percibirse el plus por el “mayor tiempo invertido”; sin embargo como lo que se tiene presente, no es que se haya desplazado o no, sino que no sufra ningún menoscabo en su retribución, se invoca que el no cobro de dicho plus, iría contra la garantía de indemnidad retributiva, igual que si realmente hubiera asistido en esta ocasión al trabajo, so pena de resultar económicamente perjudicado por el desempeño de su cargo representativo. Es decir, para el Tribunal Supremo¹⁶ el uso del crédito horario es un permiso retribuido, pues tiene que recibirse la misma cuantía que la que percibiría si estuviera efectivamente trabajando.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 18 de mayo de 2010.

¹³ Sentencia de 28 de abril de 2008.

¹⁴ Sentencia de 18 de mayo de 2010.

¹⁵ Sentencia de 12 de enero de 2009.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 18 de mayo de 2010.

2. GARANTÍA DE INDEMNIDAD RETRIBUTIVA

Para el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce¹⁷ en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos; así lo vino a expresar la Sentencia del Tribunal Constitucional en la ya lejana resolución de 18 de enero 14/1993.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 326/2005, de 12 de diciembre, procede al tratamiento de una “garantía de indemnidad retributiva” indicando que el mismo veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores.

Es desde el comienzo de este apartado donde queremos resaltar cómo todas las argumentaciones vertidas por la Sentencia que aquí comentamos¹⁸, transcurren por el camino de la libertad sindical, sin detenerse en ningún momento a valorar que el demandante no es un representante sindical, sino que es un representante unitario de los trabajadores. Es algo común y notorio el uso indistinto de unos y otros, pero pensamos que existe entre ambos grandes diferencias que no debieran perderse de vista.

Hecho este inciso, es claro el argumento que se expone para poder fallar el reconocimiento al demandante del devengo por el “mayor tiempo invertido”- que a continuación expondremos-, extrañando que el propio Tribunal Supremo –que no tiene una construcción doctrinal sobre la garantía de indemnidad retributiva, sino que recoge los argumentos del Tribunal Constitucional¹⁹, manifieste que entrando en el fondo del asunto, con denuncia de infracción del art. 28.1 de la Constitución en relación con los arts. 68.e) y 26, ambos del E. T., no argumente nada al respecto y resuelva con arreglo a la doctrina constitucional respecto a la libertad sindical, cuando parece encontrarnos en el análisis de una garantía perteneciente al Derecho Colectivo del Trabajo y no exclusivamente al Derecho Sindical.

Decimos “extraño” porque la Sentencia del Tribunal Constitucional 95/1996, con la que estamos más de acuerdo, afirma que la Constitución no garantiza a los órganos de representación unitaria la libertad sindical consagrada en el art. 28.1, pues este precepto tan sólo se refiere “a la actividad legítima realizada por los sindicatos” de suerte que, se afirma “en su vertiente colectiva, la titularidad originaria del derecho fundamental contemplado en el art. 28.1 de la Constitución pertenece al sindicato y no a otros sujetos colectivos, como los

¹⁷ González-Posada Martínez, E.: La Garantía de Indemnidad y sus Perfiles, iustel.com. REGDTSS, nº 11, mayo 2006.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 8 de mayo de 2010.

¹⁹ González-Posada Martínez, E.: La Garantía de..., op. cit.

comités de empresa y los delegados de personal”, La actividad desplegada por el representante unitario o electivo de los trabajadores, en su condición de tal, se sitúa así pues y, en principio “fuera del ámbito del derecho fundamental de libertad sindical”. Disponiéndose además que la garantía del crédito de horas retribuido no constituye contenido esencial de la libertad sindical, sino que se enmarca dentro del contenido adicional de libre reconocimiento y configuración por el legislador y en su caso, por parte de la negociación colectiva²⁰.

Aún así, la Sentencia que aquí traemos manifiesta: “Desde la temprana STC 38/1981, de 23 de noviembre.....hemos declarado que dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa. Se trata de una “garantía de indemnidad retributiva” que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores. En definitiva, el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien lo realiza o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical. Desde esta perspectiva, hemos afirmado que un liberado o relevado de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico si percibe una menor retribución que cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo, lo que constituye un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales. Obstáculo que repercute no sólo en el representante sindical correspondiente, afectando, en su caso, a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la Constitución encomienda a los sindicatos, que son los representantes institucionales de aquellos”²¹.

Podría haberse negado la vulneración del art. 28.1 de la Constitución y establecerse que lo que sí se vulnera en estos casos, es el principio de igualdad y no discriminación -art. 14 Constitución- de los representantes unitarios con respecto a los sujetos amparados por el derecho fundamental de libertad sindical.

²⁰ Nogueira Guastavino, M.: La Progresiva Ampliación de la “Garantía de Indemnidad Retributiva” de los Representantes Sindicales en la Doctrina del Tribunal Constitucional y la STC 92/2005, de 18 de abril., iustel.com. RGDTS n.º. 9, julio 2005.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 18 de mayo de 2010.

3. ¿QUÉ ENGLOBA LA RETRIBUCIÓN DEL CRÉDITO HORARIO?

Una vez visto que los representantes unitarios de los trabajadores gozan de garantía de indemnidad retributiva, hemos de preguntarnos qué cantidades, o qué conceptos son los que deben realmente devengarse en el crédito horario, pues hay determinadas situaciones lo largo de la vida laboral de los trabajadores, en las que existe variación en la cuantía retributiva, sobre todo y en particular con respecto al tema de los complementos.

Con respecto al tema que nos ocupa –si tienen o no los representantes unitarios de los trabajadores que percibir el plus de “mayor tiempo invertido”, acordado como consecuencia del cambio de localidad del centro de trabajo donde prestan sus servicios, los días que no acuden a la empresa y están ejerciendo labores representativas dentro del tiempo de su crédito horario-, queda establecido en el acuerdo que aquéllos firmaron con la empresa que “dicho “mayor tiempo invertido” se abonará incluyendo en él los conceptos salariales siguientes: salario base del convenio, antigüedad, beneficios, plus lineal, pagas extras, complemento empresa, puntualidad, ayuda escolar y plus nocturno cuando corresponda. Se excluye pues, cualquier otro concepto no citado y los que puedan producirse en un futuro y que no tengan el carácter de salario”.

Claro es que en la Sentencia que se comenta no se pone en entredicho en ningún momento que le corresponda o no al representante el cobro de su crédito horario, lo que se dispone es que debido a su crédito horario tiene derecho a percibir la retribución igual a si se hubiera desplazado a la empresa y ejerciera sus funciones representativas o no se hubiera desplazado y no acudiera a la misma para realizar sus labores de representación. Todo ello, porque en la empresa se percibe la retribución correspondiente al “mayor tiempo invertido” cuando hay, como ha quedado anteriormente puesto de manifiesto, un desplazamiento al centro de trabajo, tanto para realizar la actividad laboral, como para ejercer actividad representativa.

Si el representante que disfruta de crédito horario retribuido tiene derecho constitucional a cobrar todas las partidas retributivas, cualquiera que sea su naturaleza, pese a no realizar ninguna prestación efectiva²², es decir, pese a no devengarlo, las garantías que deben disfrutar los representantes de los trabajadores se convertirían en un instrumento, más que de protección, de sobreprotección.

Así en cuanto a la retribución de estas horas, la tendencia general²³ es a la equiparación con la situación retributiva del representante si hubiera continuado normalmente su actividad, lo que incluye la retribución de las percepciones

²² Nogueira Guastavino, M.: *La Progresiva Ampliación*.....op. cit.

²³ González de Lena Álvarez, F.: *La Regulación Legal de los Representantes de los Trabajadores en la Empresa*. Fundación Confemetal. Madrid 2000. Pág. 82.

variables, de los complementos funcionales, de los incentivos o de los pluses de nocturnidad²⁴. No se incluiría el pago de horas extras de posible realización ni de complementos que no se percibiera con anterioridad, así como tampoco el de dietas y otros conceptos extrasalariales que no se relacionan con la prestación directa de trabajo, como sería el caso del plus de transporte, si no hay desplazamiento al centro de trabajo²⁵.

Esta última apreciación retrata a la perfección el caso que nos ocupa. El demandante está solicitando el devengo de una cantidad cuya causa no se ha generado. Es decir, acuerdan los propios representantes de los trabajadores con la empresa que dicho “mayor tiempo invertido” no se abonará cuando un trabajador no acude a la empresa²⁶. No es que se esté abogando porque la percepción económica del representante sea diferente a la del resto de sus compañeros trabajadores; se debe mantener el criterio de aplicar el art. 68.e) E. T. en cuanto a la retribución de las horas concedidas a los representantes en el ejercicio de sus funciones en los mismo términos que se abonarían a los restantes compañeros o a ellos mismos si las trabajaran efectivamente²⁷. Lo que se pretende es evitar que la función representativa de carácter legal, ordenada no en interés individual del representante sino del general o colectivo del grupo representado, se vea gravada con perjuicios patrimoniales para quien lo ejerce. Es lo que viene denominándose principio de omniequivalencia retributiva²⁸ y que ha sido expresamente admitido por el Tribunal Constitucional²⁹.

En definitiva, si los trabajadores no perciben el “mayor tiempo invertido” el día que no van a la empresa, tampoco lo debe percibir el representante, pese a que él esté desarrollando funciones representativas, pues esas horas las percibirá igual que si de trabajo efectivo se tratara. Podría ponerse un ejemplo por el que un trabajador no asista a trabajar por permiso de nacimiento de hijo; se le abonará como si hubiera trabajado los días ausentes, pero no se le pagará el “mayor tiempo invertido” porque no se desplazó a la empresa. No hay que olvidar la relación de crédito horario con permiso retribuido.

Pero no ha sido ésta la teoría del Tribunal Supremo en la Sentencia que comentamos. Estima que “de acuerdo con la doctrina expuesta –que es la del Tribunal Constitucional relatada en el punto anterior de este comentario-, es irrelevante que exista o no el desplazamiento real a la empresa, pues lo decisivo es que el representante de los trabajadores no sufra un potencial efecto

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de octubre de 1998.

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1992.

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 18 de mayo de 2010.

²⁷ Albiol Montesinos, I.: *Los Representantes de los Trabajadores en la Jurisprudencia Laboral*. Tirant lo blanch. Valencia 1995. Pág. 108.

²⁸ Sala Franco, T. y Albiol Montesinos, I.: *Derecho Sindical*. Tirant lo blanch. Valencia 2003. Pág. 242.

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 95/1996, de 29 de mayo.

disuasorio para decidir sobre la realización o no de sus funciones sindicales (vuelve a mezclar el término sindical con el de representante de los trabajadores), ante la posible minoración de sus retribuciones. Tal menoscabo iría contra la garantía de indemnidad retributiva a la que se ha hecho referencia en virtud de la cual estos representantes de los trabajadores, cuando hacen uso del crédito horario, tienen derecho a percibir estos conceptos retributivos, igual que si realmente hubieran asistido en esta ocasión al trabajo, so pena de resultar económicamente perjudicados por el desempeño de un cargo representativo³⁰.

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 18 de mayo de 2010.

**CONTRATACIÓN TEMPORAL SUCESIVA Y
DECLARACIÓN DE FIJEZA DE LA RELACIÓN
LABORAL EX ARTÍCULO 15.5 DEL ESTATUTO DE
LOS TRABAJADORES. INCIDENCIA DE LA REFORMA
LABORAL DE 2010**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 3 de noviembre de 2008

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ*

SUPUESTO DE HECHO: La Confederación Intersindical Galega (CIG) interpone demanda de impugnación de convenio colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, mediante la que solicita que se declaren nulos varios artículos del convenio colectivo para el sector de conservas, semiconservas, ahumados cocidos, secados, elaborados salazones, aceites y harinas de pescados y mariscos, de 6 de septiembre de 2006, con vigencia desde 1 de enero de 2006 a 31 de diciembre de 2010 –publicado en el Boletín Oficial del Estado el 3 de febrero de 2007. La demanda se dirige frente a la Federación Española de Asociaciones de Industrias de Transformación y Comercialización de Productos de la Pesca y la Acuicultura (FEICOPESCA), y frente a los sindicatos Unión General de Trabajadores (UGT) y Comisiones Obreras (CC.OO); ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

De entre los preceptos impugnados del convenio referido, se solicita la nulidad del penúltimo párrafo del apartado 1 del artículo 7 por ser, según la demandante, contrario a lo establecido en el artículo 15.5. del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET). En dicho apartado, el convenio colectivo viene a establecer una fórmula mediante la cual los trabajadores eventuales de las empresas del sector que superen un determinado número de días contratados en un periodo de años consecutivos y no consecutivos, adquirirán la condición de trabajadores fijos discontinuos. Al ser esta previsión convencional diferente a la establecida por el artículo 15.5. ET, considera el sindicato demandante que la misma es nula porque constriñe y limita la aplicación de la norma legal, máxime teniendo en cuenta que ésta fija un mínimo del que no puede disponer la negociación colectiva. De un lado, según la demandante, dicha limitación vendría causada por el hecho de que el convenio colectivo referido fija la duración máxima de los contratos eventuales, haciendo uso de la posibilidad que

* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

permite a este respecto el artículo 15.1.b. ET, en 9 meses dentro de un periodo de 12 meses, lo que ya hace que los trabajadores eventuales no puedan reunir los requisitos exigidos por el art. 15.5 ET para la adquisición de la fijeza; pero de otro lado, y más importante, el convenio colectivo fija unos requisitos diferentes para que los trabajadores eventuales puedan adquirir la fijeza después de una sucesión de contratos temporales, siendo además la fijeza prevista no la ordinaria, sino la de carácter fijo discontinuo.

El sindicato demandante aunque formó parte de la comisión negociadora del convenio colectivo citado, sin embargo no compareció a la reunión en la que se firmaba el mismo; era evidente la disconformidad de dicho sindicato con parte del texto del convenio colectivo.

RESUMEN: El asunto referido fue enjuiciado en Instancia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Omitiendo aquí todo lo referido a las otras materias que fueron objeto de la demanda y de enjuiciamiento –sobre retribuciones salariales y discriminación por razón de sexo– y centrándonos, pues, en lo que se refiere exclusivamente a la contratación temporal sucesiva, la sentencia citada desestimó la pretensión de la parte en base a que el precepto convencional y el legal contemplan supuestos diferentes y, por tanto, no son excluyentes sino complementarios. Según la citada sentencia, dada la duración máxima prevista para los contratos eventuales en el convenio colectivo, esto es, 9 meses en un periodo de 12 meses, estos trabajadores no alcanzarían nunca el requisito temporal exigido en el art. 15.5. ET, de 24 meses de contrato temporal en un periodo de 30 meses, y esto es lo que explica la necesidad de recoger por vía convencional otro sistema que, además de respetar lo dispuesto en el Acuerdo Interconfederal de 2007, “permita a los trabajadores eventuales convertir su particular situación laboral en la más firme de contratados fijos discontinuos, ampliándose y complementándose así la posibilidad derivada del artículo 15.5 estatutario, pues ésta exige unos requisitos de contratación, de reiteración contractual y de especificación laboral [mismo puesto de trabajo y con o sin solución de continuidad], cuya reunión no exige con tanta intensidad el convenio colectivo para los trabajadores eventuales y su conversión en trabajadores fijos discontinuos, como la que exige la norma estatutaria para que los trabajadores temporales vean convertidos sus contratos de trabajo en fijos ordinarios”. No obstante, en la misma sentencia se deja constancia del problema que se puede presentar en el caso de que se den a la vez los requisitos exigidos por ambas normas, esto es, la convencional y la legal, y en qué orden cronológico; sobre la solución que haya que dar a esta cuestión, no se pronuncia la sentencia por no ser objeto de la litis, según se expresa literalmente en la misma.

Recurrida ante el Tribunal Supremo por el sindicato demandante, se da lugar a la sentencia de 3 de noviembre de 2008, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana y que confirma la de instancia, haciendo suyos los argumentos esgrimidos en ésta junto a otros propios.

ÍNDICE

1. LA SENTENCIA DEL TS DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2008
2. LA FÓRMULA LEGAL PARA EVITAR LA SUCESIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES CON LOS MISMOS TRABAJADORES
3. LAS POSIBILIDADES DE FIJAR LÍMITES A LA CONTRATACIÓN TEMPORAL SUCESIVA MEDIANTE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. CONCURRENCIA DE NORMAS
 - 3.1. La fórmula convencional sobre limitación de sucesión de contratos eventuales
 - 3.2. La diferente sanción a la sucesión de contratos eventuales: fijos discontinuos
4. NUEVOS LÍMITES A LA CONTRATACIÓN TEMPORAL SUCESIVA EN LA REFORMA LABORAL DE 2010

1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2008

Actualmente, tras la reciente reforma laboral operada mediante el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo (BOE 17 de junio, nº 147), recobra interés el estudio de las diversas fórmulas mediante las cuales las leyes y convenios colectivos tratan de evitar o poner límites a los excesos en la contratación temporal.

En efecto, cuando aún ha transcurrido poco tiempo desde que el Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, más tarde tramitado como Ley 43/2006, de 29 de diciembre, diera nueva redacción al art. 15.5 ET, se acaba de aprobar una nueva reforma laboral que modifica en parte el art. 15, incluido su apartado 5, a la que más abajo nos referiremos.

Desde que se formuló este límite legal a la sucesión de contratos temporales en 2006, fruto del Acuerdo para la Mejora y el Crecimiento del Empleo firmado por el Gobierno y los Agentes Sociales el 9 de mayo de 2006¹, han sido muchos los aspectos que sobre su redacción e interpretación ha abordado la doctrina; no los tratamos aquí todos por no ser objeto de esta aportación, que debemos centrar en la cuestión tratada por la sentencia que se comenta. Pero, aún así, la dificultad de interpretación y aplicación práctica de las reglas legales que limitan la sucesión de contratos temporales, junto con la existencia de reglas convencionales en la misma materia, hace que el estudio de cualquiera de sus aspectos difícilmente se pueda deslindar del conjunto, por lo que en alguna ocasión tendremos que hacer alusión a los mismos, incluidos algunos de los que novedosamente formula la reciente reforma laboral.

La sentencia del TS que comentamos aborda parcialmente un aspecto de la regla del art. 15.5 que, sin embargo, escasa atención ha recibido por parte

¹ Respecto de este Acuerdo, según J. Cruz Villalón “La reforma laboral de 2006 en el marco de la negociación colectiva”, en AAVV “La reforma laboral de 2006”, J. Cruz Villalón (Coord.), Lex Nova, 2006, página 25, “...todo él afecta a medidas que se insertan dentro del espacio de lo estrictamente público, en el sentido de que su materialización práctica comporta la adopción de decisiones que se han de desenvolver en el espacio de las competencias del Estado en materia sociolaboral”.

de la doctrina, tal vez porque no se ha dado apenas en la práctica el supuesto en particular, esto es, que en el convenio colectivo se contemple una fórmula paralela de conversión a fijos ante la sucesión de contratos temporales, con requisitos diferentes a los establecidos legalmente.

El convenio colectivo impugnado, objeto de la sentencia del TS, lo que hace es establecer una fórmula mediante la cual los trabajadores contratados eventualmente puedan adquirir la fijeza con carácter discontinuo si alcanzan un número mínimo de días al año en alta en la misma empresa, durante tres años consecutivos o cinco si no son consecutivos. Los únicos requisitos, pues, que exige el convenio colectivo para la consecución de la fijeza discontinua son, según el párrafo penúltimo del punto 1-2 del art. 7 de dicho convenio, que se trate de trabajadores eventuales, que permanezcan en alta en la empresa 225 días por año durante tres años consecutivos o cinco alternos; por otro lado, el mismo convenio colectivo establece que la duración máxima de los contratos temporales por circunstancias de la producción no podrá exceder de un máximo de nueve meses, dentro de un periodo de doce, haciendo así uso de la posibilidad que permite el art. 15.1.b. ET a los convenios colectivos sobre ampliación de la duración máxima de los contratos eventuales.

Nos encontramos, pues, con un caso en el que por la vía convencional se crea una regla muy similar a la legal para la conversión de ciertos contratos temporales, no en fijos ordinarios, sino en fijos discontinuos; ello plantea ciertos problemas interpretativos que se añaden a los existentes hasta ahora en la fórmula legal; además, y principalmente, plantea la novedosa cuestión en esta materia de la relación entre las dos fuentes de la relación laboral, esto es, la fuente legal constituida por el ET y la fuente convencional, en este caso el convenio colectivo impugnado. Plantea, en definitiva, si la fórmula legal del art. 15.5. ET es o no disponible por la negociación colectiva y en qué medida.

La materia nos parece de suficiente interés como para ser abordada, por varias razones: primera porque la remisión que hace el art. 15.5. ET a la negociación colectiva se refiere a establecer fórmulas para evitar la rotación de distintos trabajadores con contratos temporales, lo que no excluye la posibilidad de mejora de otras disposiciones legales; segundo, porque nos permite conocer la posición jurisprudencial en una materia raramente planteada; tercero, porque esta sentencia ya está sirviendo como referencia a la doctrina jurisprudencial de los Tribunales Superiores de Justicia para delimitar qué tipo de fijeza en el trabajo es a la que se refiere el art. 15.5 ET ; y cuarto, porque con la nueva reforma laboral de 2010 mediante la que se fija por primera vez un plazo máximo a los contratos para obra y servicios, probablemente surjan problemas interpretativos entre el art. 15.1.a. y el 15.5 ET.

2. LA FÓRMULA LEGAL PARA EVITAR LA SUCESIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES CON LOS MISMOS TRABAJADORES

Son conocidas las peculiaridades de nuestro mercado de trabajo en lo que se refiere a la utilización en exceso de la contratación temporal, en muchos casos incluso de forma fraudulenta, puestas de manifiesto persistentemente desde múltiples ámbitos. Siendo esta realidad motivada por causas de diversa índole², lo cierto es que de forma casi permanente el Derecho del trabajo se ha visto influido por los factores económicos existentes en cada momento, siendo prueba de ello las múltiples reformas laborales que se han producido en los últimos años. En lo que se refiere a la contratación temporal, se ha dicho, con razón que “el Derecho del Trabajo ha pasado de una regulación restrictiva de figuras no estables a su generalización produciéndose una esquizofrenia en las normas pues a pesar de mantener como principio el de la estabilidad en el empleo se generaliza la contratación temporal”³. Tanto es así, que hay quienes han visto en la regulación jurídica cambiante de la duración del contrato de trabajo como “un excepcional observatorio... para el conocimiento y valoración de las transformaciones experimentadas por el Derecho del Trabajo como consecuencias de causas o factores de naturaleza económica”⁴, y quienes han puesto de manifiesto los problemas que se crean en el Derecho del trabajo español a causa de la excesiva temporalidad, que afecta al modelo de producción a la vez que distorsiona los mecanismos de asignación, formación y remuneración de la población asalariada, de lo que pueden derivarse importantes efectos negativos a nivel macroeconómico, microeconómico y estructural⁵.

Pero también es cierto que el Derecho del trabajo ha ido construyendo ese marco legal de la contratación temporal acompañado de límites, unas veces de-

² “La sucesión de contratos temporales constituye un mecanismo de gestión empresarial destinado a maximizar los recursos al menor coste económico posible. La inquietud empresarial de que la coyuntura económica pueda volverse desfavorable, la necesidad de iniciar un sistema de contratos de duración determinada de costos calculables y, en fin, la posibilidad de la extinción de los contratos de trabajo a la llegada de cada uno de los términos, evitando al empresario el coste de un despido en caso de conversión del contrato en indefinido, son algunas de las razones que se hallan en la base, junto a otras menos confesables”, M. C. Palomeque López y J. R. Mercader Uguina, Editorial de Justicia Laboral, agosto 2007.

³ J. López López, “La contratación temporal y el fraude de ley”, Relaciones Laborales 1990, tomo 2, página 334.

⁴ M. C. Palomeque López, “Contratos de trabajo indefinidos y temporales (la duración del contrato como observatorio de las transformaciones económicas del ordenamiento laboral”, Relaciones Laborales, 2009, Tomo 2, página 537.

⁵ Vid. C. Álvarez Aledo, “El impacto de la contratación temporal sobre el sistema productivo español”, CES, 1996.

rivados de la Constitución española⁶, o de la normativa europea⁷, y otras de la concertación social⁸, para evitar el uso fraudulento de las modalidades contractuales temporales y la excesiva utilización sucesiva de contratos temporales.

Centrándonos en el último aspecto mencionado, esto es en los límites legales al encadenamiento de contratos temporales con un mismo trabajador, durante muchos años nuestro ordenamiento jurídico-laboral ha ofrecido pobres soluciones al problema⁹, lo que ha producido críticas por la doctrina científica¹⁰.

Va a ser a partir de la reforma laboral llevada a cabo por la Ley 43/2006, para la mejora del crecimiento y el empleo, cuando se dé un nuevo contenido al art. 15.5 ET, ahora sí ajustado a las previsiones de la Directiva 1999/70/CE, de 29 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada. Contenido totalmente novedoso en nuestro país y no exento de problemas interpretativos como así lo ha venido poniendo de manifiesto la doctrina sobre la materia¹¹ que, sin embargo ha valorado positivamente la nueva regulación legal, no sin cierto escepticismo¹². Nos estamos

⁶ Vid. A. Baylos Grau y J. Pérez Rey, “El despido o la violencia del poder privado”, Editorial Trotta, 2009.

⁷ Directiva 1999/70 / CE, del Consejo, de 29 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, que dió lugar a la aprobación de la Ley 12/2001 mediante la que se introdujo un nuevo apartado –quinto- al art. 15 del ET, y que ha estado vigente hasta la reforma laboral operada por la Ley 43/2006.

⁸ “El contenido del AMCE (Acuerdo para la mejora y crecimiento del empleo de 2006) se orienta de forma casi exclusiva y así llega a indicarse expresamente, a alcanzar un mayor nivel de estabilidad en el empleo”, J. Cruz Villalón, “La reforma laboral de 2006 en el marco de la negociación colectiva”, cit., página 27.

⁹ Según F. Cavas Martínez, “Contratación temporal sucesiva: problemas interpretativos”, Aranzadi Social 6/2008, “La concatenación de contratos temporales (dos o más) con un mismo trabajador ha venido siendo práctica habitual en nuestras empresas, no prohibida por la ley y santificada por la jurisprudencia, con tal que cada uno de los contratos sucesivamente celebrados respondiese a una causa de temporalidad real y cumplierse, caso a caso, para cada período o actividad, los requisitos de forma y duración impuestos por su norma reguladora”.

¹⁰ Así, por ejemplo, F. Valdés Dal-Ré, “La contratación temporal sucesiva: los desajustes de nuestra legislación al derecho comunitario”, Relaciones Laborales, 2004, tomo 1, página 107, ya puso de manifiesto cómo el artículo 15.5 del ET, en la redacción dada por la Ley 12/2001, no se ajustaba a las prescripciones de la Directiva 1999/70/CE, colocándose el legislador nacional, en palabras del autor citado, en el más puro y tosco abstencionismo legislativo, ajeno a nuestras tradiciones normativas.

¹¹ Vid., entre otros, un reciente estudio de A. Sempere Navarro, “Limitaciones a la contratación temporal en el modificado artículo 15.5 ET”, en AAVV “La reforma laboral de 2010. Comentarios al Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, A. Sempere Navarro (Dir.), R. Martín Jiménez (Coord.), Aranzadi, 2010, páginas 233 y siguientes.

¹² “La norma contenida en el artículo 15.5 ET constituye la aportación más relevante de la reforma de 2006. Aunque no constituya la solución definitiva a los problemas de temporalidad del mercado de trabajo español -su incapacidad para absorber unos índices de temporalidad próximos al 35% es manifiesta-, la misma debe valorarse positivamente y no hay que menospreciar su contribución al objetivo de reducir la precariedad laboral”, F. Cavas Martínez, “Contratación temporal sucesiva. Problemas interpretativos”, cit.

refiriendo al primer párrafo del art. 15.5 ET, según el cual, antes de la reciente reforma laboral de 2010 “Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos”.

Sin embargo, no se puede constatar realmente cuál ha sido el grado de eficacia de esta fórmula, dado que las fuentes estadísticas oficiales no ofrecen datos sobre si la causa de la conversión en contrato fijo se debe a la aplicación de lo previsto en el art. 15.5 ET, o a otros motivos¹³. Sí se puede deducir, por ejemplo, que el hecho de que en el año 2006 el número de contratos temporales que se convirtieron en indefinidos duplicara el que se produjo en 2004, se debiera a las bonificaciones que la Ley 43/2006 reconoció durante un periodo transitorio a este tipo de conversión.

Por otro lado, resulta también llamativo el hecho de que desde que entrara en vigor este límite legal a la sucesión de contratos temporales, la litigiosidad en la materia no haya sido elevada, no al menos en sede de recursos ante Tribunales Superiores de Justicia o Tribunal Supremo, si se tiene en cuenta la dificultad de interpretación de los requisitos del art. 15.5 ET aplicados a una hipotética pero posible heterogeneidad de supuestos¹⁴.

Este hecho puede ser indicativo de que, o bien cuando concurren los requisitos para la conversión del contrato en fijo se hace sin más, o bien que se está produciendo lo que el segundo párrafo del art. 15.5 ET trata de evitar, esto es,

¹³ Las fuentes oficiales de los Servicios Públicos de Empleo nos muestra el número de contratos por modalidad, incluyendo el número de contratos temporales convertidos a indefinidos, pero sin ofrecer datos de la conversión. Así, por ejemplo, dicha fuente nos muestra la evolución de contratos convertidos a indefinidos desde 2004 a 2009 en las siguientes cantidades: 2004:613.444.- 2005:700.083.- 2006:1.149.485.- 2007:902.210.- 2008:779.700.- 2009: 520.427. Datos consultables en la siguiente dirección: web: http://www.sepe.es/contenidos/cifras/datos_estadisticos/contratos/datos/2010/junio_2010/RESUMEN_MES.pdf

¹⁴ Para A. Valverde Asensio, “La limitación a la sucesión de contratos temporales. Un análisis del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores”, Relaciones Laborales 2008, Tomo 2, página 303, “Sin duda ello tiene que ver con la regulación del despido, en una conexión inevitable entre el régimen de contratación, las previsiones legales sobre la interdicción del fraude y el régimen jurídico de la extinción del contrato de trabajo; y, muy particularmente, con la regulación del reconocimiento de la improcedencia del despido y sus efectos en materia de salarios de tramitación —incorporada en la Ley 45/2002— que planteaba una especial afectación en materia de contratos temporales irregulares”. Aunque también alude el autor citado al hecho de que la norma derivó de un acuerdo de concertación y, por tanto, del concurso de voluntades de las partes firmantes, lo que refuerza su carácter consensuado.

la rotación de diferentes trabajadores temporales cada vez que se va a alcanzar el techo máximo en la sucesión de contratos temporales. Pero nuevamente nos encontramos con la dificultad de comprobar si efectivamente esta prescripción normativa está resultando eficaz o no en la práctica, dado que pese a los términos en los que se expresa dicho segundo párrafo del art. 15.5 ET¹⁵, no parece ser habitual que los convenios colectivos establezcan requisitos para evitar la rotación de puestos de trabajadores temporales¹⁶.

Respecto de los requisitos de la fórmula legal de limitación del uso abusivo de la contratación temporal sucesiva para la conversión en fijo, sólo nos detendremos aquí en dos aspectos, por ser los que guardan relación con la sentencia del TS comentada.

En primer lugar, el referido a la necesidad de existencia de dos o más contratos temporales de la misma o diferente modalidad contractual de duración determinada, según el art. 15.5 ET. El asunto que enjuicia la sentencia del TS se refiere a supuestos de contratos eventuales, a los cuales se dirige la cláusula convencional impugnada judicialmente. En relación con los contratos eventuales, hay que tener en cuenta que es la única modalidad contractual de duración determinada que tiene tasada por ley una duración máxima –hasta la reciente reforma laboral del Real Decreto-ley 10/2010, que también viene a fijar una duración máxima a los contratos para obra o servicios¹⁷-. Lo que hace la norma legal estableciendo una duración máxima a un contrato temporal es establecer un límite para evitar el fraude, no la

¹⁵ Según el cual “Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal”.

¹⁶ Vid. Al respecto W. Sanguineti Raymond, “Entre la liberalización y el control: la negociación colectiva sobre contratos temporales estructurales”, en AAVV (R. Escudero Rodríguez, Coord.), “La negociación colectiva en España: una visión cualitativa”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, páginas 222 a 225.

¹⁷ Según el artículo 1, inserto dentro del capítulo I, del Real Decreto-ley 10/2010:

“ El texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda modificado de la siguiente manera:

“no. La letra a) del apartado 1 del artículo 15 queda redactada del siguiente modo:

«a) Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. Estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa.

Los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza”.

contratación temporal sucesiva, ya que si dicho contrato eventual tuviese más duración, el mismo no obedecería a una necesidad temporal de mano de obra de la empresa sino permanente, en cuyo caso se debe proceder a la contratación indefinida. Y, por otro lado, la duración máxima permitida a este tipo de contratos eventuales, incluso su ampliación por convenio colectivo, hacen que estos contratos por sí solos y cuando obedecen a una misma causa de contratación, no puedan alcanzar nunca el requisito establecido en el art. 15.5 ET de haber estado contratado al menos 24 meses en un periodo de referencia de 30 meses. Cosa diferente es que en dicho periodo de referencia, el trabajador haya estado contratado temporalmente como eventual o con otra modalidad que obedezcan a una causa diferente a la de los contratos eventuales anteriores.

Esto nos lleva a distinguir la existencia, para los contratos eventuales, de dos límites diferentes, esto es, uno para evitar la contratación fraudulenta imponiendo una duración máxima a dichos contratos –supuesto en el no operaría nunca el límite a la contratación sucesiva del art. 15.5 ET- cuya sanción consiste en considerar al trabajador fijo, por aplicación de lo dispuesto en el art. 15.3 ET; y, dos, el límite legal consistente en evitar la contratación sucesiva cuando el mismo trabajador, además, haya sido contratado temporalmente por otra causa diferente, en cuyo caso tiene plena aplicación lo dispuesto en el art. 15.5 ET, párrafo primero –si se reúne el resto de requisitos que éste exige-.

Conviene tener clara esta diferencia para, después, poder analizar qué tipo de límite es el que establece el convenio colectivo enjuiciado en la sentencia del TS y su posible concurrencia conflictiva o no con la fórmula legal del art. 15.5 ET.

En segundo lugar, el otro aspecto al que queremos hacer referencia es al de la sanción o consecuencia que prevé el art. 15.5 ET –primer párrafo- cuando se produce el supuesto de contratación temporal sucesiva que regula. Según este precepto, si concurren los requisitos que recoge en su texto, “...los trabajadores... adquirirán la condición de trabajadores fijos”. La doctrina se ha planteado algunas cuestiones respecto de esta prescripción normativa, como por ejemplo cuáles serían las condiciones que regirían a partir de la conversión del trabajador en fijo¹⁸; o, también, a qué tipo de fijeza se refiere el legislador, porque “nuestro derecho contempla hasta cuatro modalidades: el contrato fijo

¹⁸ Para A. Sempere Navarro, en *La Reforma laboral de 2006...*, cit., y en *“La Reforma laboral de 2010...”*, cit., páginas 140-141 y 249, respectivamente, “Se trata de una consecuencia directamente asignada por el legislador, aunque para su operatividad requiera una intervención aplicativa”, y continúa “La conversión en fijo es, por lo demás fórmula normativa simplista y que opera como si todos los tiempos de contratación fuesen siempre homogéneos”. Según el autor, lo más probable es que los tribunales opten por la fijeza en las condiciones que discurren cuando la misma se hace efectiva.

ordinario, el contrato a tiempo parcial fijo y periódico, el contrato fijo discontinuo y el contrato para el fomento de la contratación indefinida”¹⁹.

La tendencia doctrinal es la de considerar que la fijeza a la que se refiere la norma es la ordinaria, aunque se admite que dado que lo se produce es una novación del último contrato temporal en indefinido por mandato legal, “no hay que descartar, por las características del trabajo, que la conversión adquiera forma de contratos a tiempo parcial indefinido, fijo periódico o fijo discontinuo de los artículos 12 y 15.8 del ET”²⁰.

En mi opinión, tanto el trabajo a tiempo parcial fijo periódico, como el trabajo fijo discontinuo tendrán esta naturaleza si cada uno reúnen las características propias de este tipo de trabajo, tal como están contempladas normativa y jurisprudencialmente; esto es, que su calificación como tales no dependerá de la voluntad de las partes, o del empleador que lleva a cabo la conversión, sino del hecho de si la actividad para la que fue contratado temporalmente el trabajador es cíclica en periodos ciertos o inciertos. Si no lo es, sin duda la conversión habrá de entenderse realizada a fijo ordinario. Así lo vienen expresando, además, algunas sentencias de TSJ que se basan en la doctrina del TS sobre cuándo una actividad de la empresa puede considerarse permanente, periódica o discontinua²¹.

De interés en esta materia resultan dos sentencias del TSJ Extremadura, sobre iguales asuntos y fallo, de fechas 9 y 12 de marzo de 2010, en las que la trabajadora tras una serie de contratos de obra interpone demanda en reconocimiento de la fijeza ordinaria por el cumplimiento de los requisitos del art. 15.5 ET, párrafo primero; por su parte, la empresa considera que la fijeza ha de ser la discontinua, ya que el último contrato celebrado con la trabajadora había sido de tal carácter. El Tribunal analiza la actividad que desarrolla la empresa –mediante una contrata que se repite anualmente con la Junta de Extremadura- y concluye que no es una actividad permanente dado

¹⁹ F. Cavas Martínez, “Contratación temporal sucesiva: problemas interpretativos”, cit.

²⁰ J. Lahera Forteza, “Límites novedosos en el encadenamiento de contratos temporales”, en AAVV “La Reforma laboral de 2006...” cit., página 64.

²¹ Por ejemplo, la STSJ de País Vasco de 25 de febrero de 2010, AS 145255, para la que “En efecto, el EUSTAT desarrolla determinadas actividades estadísticas sujetas a periodicidad, de duración variable, que requieren recogida de información, y ello como exigencia del Plan Vasco de Estadística 2005-2008, aprobado por Ley del Parlamento Vasco 2/2005, de 17 de febrero (LPV 2005, 108). Actividades que constan detalladas en el documento nº 1 del ramo de prueba de la demandada. Actividades para las que han venido siendo contratados los demandantes, mediante contratos formalmente catalogados como temporales, de obra o servicio determinado, a fin de que trabajaran como agentes entrevistadores o inspectores. Se trata, como se ve, de trabajos fijos en la actividad del EUSTAT, aunque no continuos, cuya reproducción cíclica no es a fecha cierta, por lo que su cobertura contractual adecuada es mediante contratos de trabajo indefinidos, aunque discontinuos, propios del inciso inicial del primer párrafo del art. 15.8 ET, tal y como acertadamente lo estimó el Juzgado”.

que depende de que cada año la Administración contrate con dicha empresa la actividad; ello lleva a al Tribunal a considerar, pues, que sí se podían celebrar contratos de obra, y no el de fijo discontinuo, pero al haber excedido los 24 meses en el periodo de 30 meses, la trabajadora debía ser fija. Ahora bien, invoca la sentencia la fijeza ordinaria en una interpretación a *sensu contrario* de la sentencia del TS que ahora comentamos –de 3 de noviembre de 2008–, deduciendo que si un convenio colectivo puede contemplar la conversión a fijo discontinuo, “y ello no impide la aplicación del art. 15.5 ET cuando se den las condiciones que en él se sancionan, la fijeza que de esa sanción resulta no puede ser un contrato de fijo-discontinuo, pues no supondría una consecuencia distinta de la prevista en el convenio, sino otra clase de fijeza, que no puede ser sino la ordinaria o normal, la de tiempo completo, aunque también puede ser la de tiempo parcial si en la jornada que cumple el trabajador durante la contratación temporal se dan las condiciones del art. 11 ET, lo cual en este caso no consta que suceda” (FD 4º).

A ello añade, a mayor abundamiento que, además, no parece que la actividad de la empresa desarrolla para la Junta de Extremadura encaje bien en el supuesto del contrato que se regula en el art. 15.8 ET. Entiendo que éste debe ser, y es, el argumento principal para considerar o no la conversión a fijo ordinario o a fijo discontinuo. No obstante, compartimos la conclusión de que la fijeza a la que se refiere el art. 15.5 ET es la ordinaria, en general, salvo que la actividad desarrollada por la empresa no se realice durante todo el año, en cuyo caso sí podría caber la fijeza discontinua derivada del art. 15.5 ET.

Sin embargo, la conversión en fijo discontinuo puede crear más problemas de los que soluciona cuando la actividad no es cíclica, además de ser un fraude, por las razones que expresaremos más adelante.

3. LA LIMITACIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL SUCESIVA DE LOS MISMOS TRABAJADORES MEDIANTE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. CONCURRENCIA DE NORMAS

Como aclaración previa, la materia que tratamos aquí no se refiere al supuesto del párrafo segundo del art. 15.5 ET, mediante el cual se impone a los convenios colectivos que establezcan requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal. No lo hacemos porque el supuesto carezca de interés, que sin duda lo tiene, ya que esta previsión normativa es el complemento necesario e imprescindible para que la limitación de la contratación temporal sucesiva pueda ser efectiva.

Nos centramos, pues, en el supuesto contemplado en el párrafo primero del art. 15.5 ET por ser la materia sobre la que versa el objeto de impugnación del convenio colectivo enjuiciado por la STS de 3 de noviembre de 2008 comentada.

La fórmula convencional queda recogida en el párrafo penúltimo del punto 1-2 del art. 7 del Convenio Colectivo, en la que se establece que: “*Asimismo, los trabajadores eventuales que a partir de la entrada en vigor del presente convenio, durante tres años consecutivos, o cinco alternos, permanezcan en alta en la empresa 225 días por año, adquirirán la condición de fijos discontinuos*”. Además, en el mismo precepto se establece que *la duración máxima de los contratos temporales por circunstancias de la producción no podrá exceder de un máximo de nueve meses, dentro de un periodo de doce*.

Como se puede comprobar estamos ante una fórmula similar, aunque con evidentes diferencias, a la que establece el art. 15.5 ET. El supuesto que contempla el convenio colectivo es, sin duda, diferente al regulado por el ET; pero aún siendo diferentes ambos, lo que habría de plantearse es si al supuesto contemplado en el convenio colectivo le sería también de aplicación lo dispuesto en el art. 15.5 ET, en cuyo caso se produciría una concurrencia conflictiva entre ambas normas. Es lo que trataremos ahora.

Es incuestionable el hecho de que la negociación colectiva tiene entre sus posibilidades de regulación la de mejorar lo dispuesto en la legislación, siempre que no se trate de materias de orden público. Y, en efecto, por lo que respecta al art. 15.5 ET, la doctrina admite que el supuesto regulado en éste puede ser mejorado por el convenio colectivo, por ejemplo relajando los requisitos en él exigidos para su aplicación; así, por ejemplo, se podría reducir el número de meses de contratación temporal sucesiva exigido por el ET, o se podría ampliar el periodo dentro del cual se ha de cumplir el periodo de carencia o contratación, y así se podrían seguir enunciado ejemplos con los demás requisitos. No consideramos, en cambio, viable la posibilidad de que se cambie por convenio colectivo la consecuencia jurídica contemplada en el art. 15.5 ET, porque ya no estaríamos en una función de mejora de la legislación, sino simplemente de regulación paralela que podría dificultar la aplicación de la fórmula legal.

El supuesto contemplado en el convenio colectivo presenta, en nuestra opinión, al menos dos problemas conexos entre sí, en relación con la interpretación judicial que del mismo se ha hecho:

- 1) Considerar que estamos ante un supuesto diferente al previsto en el art. 15.5 ET, cuando lo que hace el convenio colectivo es acotar o deslindar un determinado supuesto, dentro del más amplio supuesto legal, para aplicarle unos requisitos diferentes a los que regula la norma legal.
- 2) Contemplar una sanción diferente a la legal, como es la conversión a fijo discontinuo.

Veámoslos seguidamente.

3.1. La fórmula convencional sobre limitación de sucesión de contratos eventuales

En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo, tras destacar las diferencias existentes entre ambos supuestos²², el legal y el convencional, de forma similar a como lo hizo la sentencia de la Audiencia Nacional aunque con argumentos diferentes²³, considera que estamos en supuestos diferentes porque según la sentencia lo que hace el convenio colectivo es desarrollar la contratación eventual del art. 15.1.b ET, a la par que determina cuándo se adquiere la condición de “fijo discontinuo”, mientras que el art. 15.5 persigue la utilización abusiva de contratos temporales. De aquí que considere el alto tribunal que no son normas excluyentes, sino complementarias y que la aplicación preferente de la norma convencional no excluye la aplicación del art. 15.5 ET en caso de que se produzca en supuesto contemplado en dicha norma²⁴.

²² “...La norma, como puede observarse, requiere para su aplicación que se presten servicios en el mismo puesto de trabajo más de veinticuatro meses durante un periodo de treinta meses, esto es el ochenta por ciento de dos años y medio consecutivos, prestación de servicios que incluye el cómputo del trabajo a través de una empresa de trabajo temporal. Distinto es el supuesto que delimita el precepto del Convenio cuya nulidad se pide, pues mejora para el trabajador la disposición antes analizada, al no requerir que la prestación de servicios tenga lugar en el mismo puesto de trabajo, a la par que reduce el periodo de prestación de servicios exigible y amplía el periodo de tiempo durante el que se pueden prestar (225 días de servicio durante tres años consecutivos o cinco alternos) para alcanzar la condición de trabajadores fijos discontinuos” (FD 1º).

²³ Así, en el FD 6º, la SAN de 27 de junio de 2007, se dice que: “...En efecto, si bien es cierto que tanto el precepto convencional cuanto el estatutario tienen una finalidad última común, cual es la de establecer requisitos y sistemas enderezados a prevenir y evitar el uso abusivo por parte del empresario de la contratación de duración determinada, cohonestándose ambos muy bien con los principios teleológicos que se recogen en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2007, también lo es que nos hallamos ante supuestos de hecho diferentes, con respuestas jurídicas distintas y sometidos a requisitos dispares, siendo, consecuentemente, calificable la normativa convencional como complementaria de la estatutaria, compatible la primera con la segunda, y proyectada ésta con la finalidad de mejorar por vía convencional las disposiciones mínimas legalmente establecidas”.

²⁴ “Lo cierto es que el Convenio no persigue burlar esa disposición legal, sino que esta regula unas situaciones distintas: el Convenio desarrolla la contratación eventual con arreglo a lo dispuesto en el nº 1 -b) del citado precepto estatutario, a la par que determina cuando se adquiere la condición de “fijo discontinuo”, mientras que el nº 5 de esta norma persigue la utilización abusiva de contratos temporales y la sanciona. Las dos normas no son, pues, excluyentes, sino complementarias, porque la aplicación de la norma convencional con carácter preferente no excluye la aplicación de la norma legal caso de que se produzca el supuesto contemplado en ella. La norma legal no es absolutamente indisponible por la negociación colectiva, como evidencia el hecho de que el artículo 15 del E.T., en su apartado 1 -b), permita que la negociación colectiva modifique sus disposiciones para adecuarlas a las circunstancias y peculiaridades de cada actividad. Por todo ello cabe concluir que la disposición del Convenio Colectivo que se impugna no viola lo dispuesto en el artículo 15-5 del E.T., máxime cuando no excluye, ni impide su aplicación, que procederá cuando se violen las disposiciones del Convenio y se produzca el caso que la norma estatutaria sanciona, ya que, en definitiva lo que la misma hace es sancionar el abuso de la contratación temporal, razón por la que es viable que convencionalmente se pongan trabas al abuso de los contratos temporales, sin que con ello se impida la sanción del artículo 15-5 cuando se de el supuesto allí tipificado” (FD 1º).

Y, en principio, nada habría que objetar a este razonamiento si no fuera porque la fórmula convencional sí podría estar evitando la aplicación de la fórmula legal del art. 15.5 ET, y hasta la del art. 15.3 ET, al prever que la conversión del contrato lo es a fijo discontinuo, por las siguientes razones:

1ª.- Porque el límite temporal de los contratos eventuales no impide que se puedan dar los requisitos del art. 15.5 ET. En la sentencia que comentamos se dice que estos trabajadores, dada la duración máxima que tiene fijada el contrato eventual –ya sea la del ET o la del convenio colectivo–, no podrían reunir en su haber 24 meses de contrato temporal eventual en un periodo de 30 meses y que, por tanto, esta fórmula convencional les favorece porque les permite alcanzar la fijeza discontinua en unas circunstancias en las que difícilmente se les podría aplicar la regla de conversión en indefinidos del art. 15.5. ET; en palabras del TS *“Ello supone que, si los contratos eventuales sólo pueden durar nueve meses al año, resulte imposible superar los veinticuatro meses de prestación de servicios en un periodo de treinta meses consecutivos, lo que obstaculizaría, teóricamente, la aplicación de las disposiciones del número 5 del artículo 15 del E.T.”*

Siendo cierto lo precedente, no obstante cabe pensar en la posibilidad de que dichos trabajadores sí reúnan 24 meses de contrato temporal en un periodo de 30 meses, incluso siendo todos esos contratos de la modalidad eventual; se trata del caso en el que cada contrato eventual tiene una causa diferente, situación que se puede producir, ya que el límite temporal que establece el ET en la duración de estos contratos –incluida su ampliación por convenio colectivo– se refiere siempre al contrato eventual que obedezca a una misma circunstancias de la producción, en definitiva, a una misma causa de temporalidad, pero no se aplica en caso de que tengan dichos contratos causas diferentes.

Admitiendo la posibilidad de que la modalidad de trabajo eventual pueda tener su propia fórmula convencional de limitación de la contratación temporal sucesiva, se corre el riesgo de que esto se haga con cada una de las modalidades temporales que existen, cuando precisamente la reforma que operó la Ley 43/2006 en el art. 15.5 ET tuvo como principal razón de ser el hecho de que la negociación colectiva prácticamente no había hecho uso de la invitación que contenía dicho precepto antes de su reforma en 2006. Podría haber una multiplicidad de fórmulas paralelas, específicas para cada modalidad contractual temporal, en cuyo caso la limitación legal podría quedar relegada a una aplicación secundaria. Ello no obstante, la sentencia que comentamos afirma claramente que procederá la aplicación del art. 15.5 ET cuando se produzca el caso que la norma estatutaria sanciona.

Además de lo anterior, una vez alcanzados los requisitos establecidos en el convenio colectivo para la conversión a fijo discontinuo, se impediría ya que se pudiese producir el supuesto previsto en el art. 15.5 ET; frente a esto

se podría argumentar que precisamente esa situación es la que se pretende evitar por la ley, esto es, el encadenamiento de contratos temporales con el mismo trabajador, y en ello estamos de acuerdo, pero lo que se objeta es que una determinada situación contractual, de seguir su camino sin la fórmula del convenio colectivo desembocaría probablemente en el supuesto del art. 15.5 ET, pero con la creación de aquélla se desvía el resultado hacia la adquisición de una fijeza diferente, esto es, la de carácter discontinuo.

Incluso, podría producirse la situación que plantea al respecto la sentencia de la Audiencia Nacional que resolvió el asunto en la instancia, esto es, “... cómo deban “casar” ambos preceptos, el convencional y el estatutario, en los supuestos en los que confluyan tanto los requisitos exigidos por el uno como por el otro en un mismo trabajador, y en qué orden cronológico, materia sobre la que, al no tratar la presente litis, no debe la Sala pronunciarse”.

3.2. La diferente sanción a la sucesión de contratos eventuales: fijos discontinuos

Una relación laboral no es de carácter fijo discontinuo cuando el convenio colectivo así lo establezca, sino cuando la actividad desempeñada por el trabajador reúna los requisitos para que la misma pueda ser calificada como tal. Baste recordar a estos efectos la consolidada doctrina jurisprudencial al respecto²⁵.

Así, en el presente caso, si realmente la actividad puede quedar encuadrada en las que se califican como de carácter discontinuo, sencillamente el tiempo previo que dichos trabajadores han estado contratados bajo la modalidad temporal eventual ha sido fraudulento y, por tanto, lo que persigue la fórmula convencional es legalizar ese fraude durante tres años y evitar la aplicación de lo dispuesto en el art. 15.3 ET, esto es, la conversión a fijo ordinario. O bien, viceversa, esto es, si la actividad no es de carácter discontinuo, el periodo precedente como eventual puede ser correcto, pero no lo sería a partir de que los trabajadores adquieran el carácter de fijos discontinuos, con el agravante de que esta nueva condición no permitiría ya la aplicación de la fórmula de fijeza ordinaria que fija el art. 15.5 ET.

Además, si se produce la conversión a fijo discontinuo en actividades que no son cíclicas, el trabajador trabaja un número de días al año que se fijan no por exigencias de la actividad cíclica, sino para converger los intereses empresariales y de los trabajadores; de esta forma, la conversión en fijo discontinuo

²⁵ SSTS de 5 de julio de 1999 (RJ 1999, 6443); STS de 4 de mayo de 2004 (RJ 2004, 3916); STS de 20 de abril de 2005 (RJ 2005, 3920); de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 6113); de 7 de julio de 2006 (RJ 2006, 8506); de 21 de diciembre de 2006 (RJ 2006, 9913), de 17 de febrero de 2007 (RJ 2007, 3829), de 4 de octubre de 2007, (RJ 2008, 183); entre otras .

obedecería a una conciliación de intereses enfrentados, no a una actividad cíclica.

Por ello debemos preguntarnos si el convenio puede contemplar la conversión a fijo discontinuo cuando realmente no lo son porque no hay una actividad cíclica. Esto además plantea el interrogante de cuándo trabajarán esos trabajadores convertidos a fijos discontinuos, ya que las empresas con este tipo de personal en actividades realmente cíclicas hacen el llamamiento de esta categoría de trabajadores según tengan necesidad de ellos, y por el orden del escalafón que se pacte en la empresa. Pero los trabajadores convertidos a fijos discontinuos por aplicación de la fórmula convencional en una actividad que no sean cíclica, lo normal es que no tengan escalafón, entonces ¿cuándo serían llamados? ¿con qué preferencia respecto a los demás trabajadores? ¿cuándo serían cesados? Puede ser que con la conversión en fijos discontinuos la empresa tenga más libertad y flexibilidad en la gestión de personal que con los contratos temporales, porque no se regula la llamada y el cese, y no hay actividad objetivamente cíclica.

Ninguna observación se hace en la sentencia que comentamos respecto a la sanción que crea el convenio colectivo consistente en la conversión en fijo discontinuo; se pone más el acento en el hecho de que se trata de una mejora para los trabajadores por fijar unos requisitos menos exigentes que los exigidos por el art. 15.5 ET.

No considero que esto sea una mejora del convenio colectivo a lo dispuesto legalmente, sino una acomodación a las necesidades de las empresas del sector; es decir, que dicha fórmula convencional estaría pensada para empresas que probablemente desempeñen actividades discontinuas, o no, pero que les resulta más ventajoso utilizar la modalidad de contrato eventual, con el inconveniente de que a esta situación se le aplicaría la regla de conversión en fijo ordinario del art. 15.5 ET; con la formulación convencional, la regla legal puede quedar de esta forma neutralizada.

Precisamente, la reforma laboral que se acaba de aprobar por el Gobierno mediante el Real Decreto ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo²⁶, introduce “algunos ajustes en la regla instaurada en 2006 para evitar el encadenamiento sucesivo de contratos temporales, a fin de hacerla más eficiente”. En concreto se amplía el abanico de posibilidades de quedar incurso en la fórmula legal, incluyendo la posibilidad de que el trabajo prestado por el trabajador sea, no sólo en el mismo puesto de trabajo, sino también aunque sea un puesto diferente, lo que viene a evitar la

²⁶ Publicado en el BOE 17 de junio 2010, nº 147). Mediante Resolución de 22 de junio de 2010, del Congreso de los Diputados, se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE de 25 de junio de 2010).

fácil vía del fraude mediante el cambio del puesto de trabajo²⁷. Otra forma de ampliar el campo de aplicación del precepto, ha sido mediante su ampliación a “*supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente*”, supuesto que por aplicación de lo dispuesto en el art. 44 ET ya debía entenderse incluido en la fórmula legal del art. 15.5 ET; aunque .

De extraordinaria novedad, por último, resulta la nueva redacción que se da al apartado 9 del art. 15 ET: “*En los supuestos previstos en los apartados 1 a) y 5, el empresario deberá facilitar por escrito al trabajador, en los diez días siguientes al cumplimiento de los plazos indicados, un documento justificativo sobre su nueva condición de trabajador fijo de la empresa*”. Pese a que la prescripción normativa planteará más de una duda interpretativa, como casi siempre ocurre con las normas del complejo ordenamiento jurídico-laboral, lo cierto es que esta medida puede venir a resolver la incertidumbre sobre la situación laboral en la que se encuentran los trabajadores contratados sucesivamente de forma temporal, siempre que se cumpla la misma.

Hay, pues, una evidente preocupación pública por reforzar los límites a la contratación temporal sucesiva que en su día acordaron los agentes sociales junto al Gobierno²⁸. Habrá que esperar nuevamente para comprobar el grado de eficacia de estas medidas.

4. NUEVOS LÍMITES A LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN LA REFORMA LABORAL DE 2010

Otra novedad de la reciente reforma laboral de 2010, antes citada, que puede tener relación con las cuestiones que hemos ido planteando en este trabajo, es la de fijar un límite máximo de duración a los contratos para obras o servicios. Se añade al art. 15.1.a. ET que “*Estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio*”.

²⁷ Cuestión ésta que ya estaba produciendo en la práctica cierta litigiosidad derivada del problema interpretativo de qué debe entenderse por “mismo puesto de trabajo”, dando lugar incluso a pronunciamientos diferentes; por ejemplo, las sentencias del TSJ de Asturias, de 12 de marzo de 2010 y de 17 de abril de 2009, y la del TSJ de Madrid, de 29 de junio de 2009, han asociado el concepto “mismo puesto de trabajo” con el desempeño de tareas propias de la misma categoría o grupo profesional. En cambio para la sentencia del TSJ de Cataluña, de 3 de febrero de 2010, aunque el trabajo desempeñado por el trabajador corresponda a la misma categoría profesional, ese hecho no conlleva que estemos hablando del mismo puesto de trabajo a los efectos del art. 15.5 ET.

²⁸ Según su Exposición de motivos: “Las reformas legislativas dirigidas a reducir la dualidad de nuestro mercado laboral constituyen el primer objetivo del presente real decreto-ley y son objeto de tratamiento en su capítulo I. Se incorpora en este ámbito un conjunto coherente y equilibrado de medidas que persiguen, por un lado, restringir el uso injustificado de la contratación temporal y, por otro, favorecer una utilización más extensa de la contratación indefinida.”

colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa.

En efecto, se trata de un nuevo límite a la situación de temporalidad prolongada que, en muchas ocasiones, caracteriza al contrato para obra o servicio; sin que podamos aquí abordar el análisis de esta medida en su conjunto, sí al menos interesa referirnos siquiera brevemente a cómo queda ahora la aplicabilidad de la fórmula legal del art. 15.5 ET, párrafo primero, ante los contratos para obra o servicio con la nueva redacción dada al art. 15.1.a. ET.

La primera reflexión que se puede hacer al respecto es que el texto de la reforma no exime de la aplicación del art. 15.5 ET al contrato para obra o servicio, por lo que en caso de que se produzca el supuesto contemplado en el mismo, se aplicará la sanción prevista en el mismo de conversión del contrato en fijo.

Esto nos lleva a mantener que cada uno de los límites en liza tienen un campo de acción diferente, ya que de lo contrario estaríamos ante una contradicción de la norma; por tanto, el campo de aplicación del art. 15.5 ET es el que contempla su texto en la versión dada por el Real Decreto ley que lo reforma, y el límite introducido a la duración de los contratos de obra o servicio hay que entenderlo referido a la duración máxima de un sólo contrato para obra o servicio. Esto significa que un trabajador que sea contratado por primera vez en una empresa bajo la modalidad contractual de obra o servicio, si la ejecución del trabajo lo exige, mantendrá su condición de trabajador temporal hasta un máximo de tres años, sin que entre en juego la aplicación del art. 15.5 ET, toda vez que éste exige necesariamente la concurrencia de dos o más contratos en un periodo de 30 meses.

Ahora bien, la cuestión no es tan sencilla en tanto en cuanto este tipo de contratos es frecuentemente utilizado para ejecutar contrata temporales del empleador en ejecución de trabajos de otras empresas, lo que hace tiempo fue considerado como objeto válido del contrato de obra o servicio; pero, además, en caso de renovación de la contrata por el empleador, recientemente el TS ha considerado que el contrato de obra inicial continúa su vigencia en tanto la empleadora siga siendo la adjudicataria de la contrata, pues la necesidad temporal de mano de obra subsiste y debe ser interpretada en sentido amplio²⁹.

Esto nos lleva a plantearnos la cuestión de si, a los efectos de aplicación del art. 15.5 ET, párrafo primero, en estos supuestos se considera que ha existido un solo contrato de obra o servicio, prorrogado cada vez que se renueva la contrata por el empleador; en caso afirmativo, no podría aplicarse el art. 15.5 ET al faltar el requisito de la existencia dos o más contratos, circunstancia ésta

²⁹ SSTS de 17 y 18 de junio, y de 23 de septiembre de 2008.

que algunos tribunales han considerado fraudulenta en tanto queda en manos de la empleadora el que se formalice o no las renovaciones de las contrataciones nuevos contratos de obra o servicio³⁰.

Evidentemente la interpretación de todas las cuestiones que suscita la nueva redacción del art. 15.1.a ET, exige un estudio más detenido y profundo de la materia, que no podemos abordar aquí, pero sí dejamos esbozadas al menos algunas de los problemas que se pueden presentar entre ambos apartados del art. 15 ET.

³⁰ Así la STSJ Galicia de 3 de marzo de 2010, según la cual: “Estimamos que el hecho de que solo exista un contrato, no puede frustrar la finalidad de la reforma, a la que podría sustraerse cualquier empleador, a través de una sencilla fórmula de renovación del contrato inicial, porque condición imprescindible para la aplicación del precepto en cuestión, es que exista más de una contratación, y del relato fáctico, e insistimos en ello, no cabe inferir que la actora haya desempeñado una tarea correspondiente a un puesto de trabajo distinto.

Y así las cosas, debió haber sido contratada en forma, a medida que la demandada suscribía los contratos que, en dicho relato se especifican, con su cliente.

Al no haber procedido de este modo, queda amparada en su defensa por el hecho de que la contratación fue única, lo que por fuerza, supone la imposibilidad de aplicar el apartado quinto del artículo 15 y a su vez determina que se malogre y en definitiva aborte, el fin para el que la reforma fue ideada.

Por todo lo anteriormente expuesto, el recurso debe estimarse y con revocación de la sentencia de instancia, procede declarar a la actora, trabajadora indefinida, de conformidad con todos los argumentos que acabamos de dejar expuestos y al cese del que fue objeto en fecha 15 de abril de 2009, constitutivo de despido improcedente”.

ALGUNAS NOTAS SOBRE LA COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE GRAN INVALIDEZ CON EL TRABAJO POR CUENTA AJENA

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de Octubre de 2009

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTES
ENRIQUETA ALONSO RUSSI*

SUPUESTO DE HECHO: La actora tenía reconocida en vía judicial la situación de gran invalidez. Tras comunicar al Instituto Nacional de la Seguridad Social que iba a prestar servicios con la categoría profesional de trabajadora social y otros datos sobre lugar, jornada y retribución de la que iba a ser su actividad laboral, la entidad gestora inició expediente de revisión por mejoría.

El Instituto Catalán de Evaluaciones Médicas, emitió un nuevo dictamen de propuesta, acogido por el Director Provincial de dicho órgano gestor, en el que no se revisaba el grado de incapacidad, suspendiendo temporalmente la pensión mientras la pensionista trabajara, sin afectar al incremento destinado a la tercera persona.

Frente a tal resolución, la actora interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social, el cual le dio la razón permitiéndole compatibilizar el trabajo con la pensión que disfrutaba como gran inválida, pero en suplicación instada por el INSS, el Tribunal Superior de Justicia revocó la sentencia de instancia, declarando la incompatibilidad entre el trabajo y la pensión.

Finalmente, la actora, interpuso recurso de casación para la unificación de la doctrina, que estimó sus pretensiones, casó y anuló la sentencia recurrida dictada el 7 de Julio de 2008 por el TSJ de Cataluña y confirmó la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona de 31 de enero de 2007.

RESUMEN: Recurrida en casación para unificación de doctrina la Sentencia del TSJ de Cataluña de 7 de julio de 2008 por la que se impedía compatibilizar la pensión de Gran Invalidez con la realización de un trabajo por cuenta ajena, el Tribunal Supremo ha venido a determinar que es posible trabajar y cobrar una pensión por incapacidad permanente absoluta o por gran invalidez, no habiendo incompatibilidad de ningún tipo.

* Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Doctoranda de la Universidad de Málaga, respectivamente

Se interpreta el artículo 141.2 de la Ley General de Seguridad Social en el sentido más beneficioso para el discapacitado en relación con el derecho al trabajo (art. 35 de la Constitución) y la necesidad de inserción laboral de este colectivo. No obstante, se reconoce “la complejidad del problema y la indudable conveniencia de que la materia sea regulada por el legislador con una mayor claridad y precisión”.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LA INSERCIÓN LABORAL DEL DISCAPACITADO
2. SOBRE LA GRAN INVALIDEZ EN LA ACTUALIDAD
3. COMPATIBILIDAD ENTRE LA GRAN INVALIDEZ Y EL TRABAJO DEL PENSIONISTA: LA CONSOLIDACIÓN DEL CAMBIO DE DOCTRINA
4. NOCIONES PARA UNA REINTERPRETACIÓN DEL ART. 141.2 LGSS

1. INTRODUCCIÓN: LA INSERCIÓN LABORAL DEL DISCAPACITADO

La situación socio-laboral del discapacitado es una cuestión que, por su complejidad, ha sido examinada desde diferentes perspectivas, siendo dos las más comunes: la inserción o reinserción del mismo en el mercado de trabajo y su protección por el sistema de Seguridad Social¹.

La preocupación por la integración social de las personas con discapacidades no es algo reciente. Las primeras medidas, sin duda, lo fueron desde una vertiente “reparadora” ya que la integración en la sociedad pasaba por la concesión de prestaciones sociales para cubrir las necesidades de los discapacitados siendo protegidos los trabajadores que cumplieran unos determinados requisitos o por prestaciones de carácter asistencial. No obstante ello, también desde hace algún tiempo, al observarse que los niveles de desocupación de este colectivo eran muy superiores a los del resto de la población, hubo interés por favorecer a las personas con cualquier tipo de discapacidad (física, psíquica o sensorial) para su inserción o reinserción en el mercado de trabajo. Evidentemente, son muchos los obstáculos a remover para la contratación de personas con discapacidad ya que contratar a un trabajador de tales características supone el convencimiento por parte del empleador de que la tarea a desarrollar

¹ Desde distintos puntos de vista por cierto. Si nos centramos de forma exclusiva en la compatibilidad de la prestación con el trabajo, puede verse López-Tarruella, F. y Viqueira Pérez, C. en *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1991. Desde la perspectiva de su inclusión social, puede verse, por todos, *Trabajo y Protección social del discapacitado*, (Coord M.J. Romero Ródenas), Bomarzo, Albacete, 2003.

puede hacerla con un rendimiento similar al resto de los trabajadores. Pero la realidad ha sido, y es, que la duda sobre la “capacidad productiva” de los trabajadores minusválidos hace que los empresarios, en la mayoría de los supuestos, no los contraten².

La Constitución Española en su artículo 49 establece que los poderes públicos tendrán que desarrollar una política “integral” en orden a la protección e integración de los minusválidos en la sociedad³. Previsión que encuentra, como se ha indicado, proyección en los artículos 14 y 9.2 que implican adoptar tales políticas como medidas para “promover las condiciones” y “remover los obstáculos” para conseguir la integración en igualdad de los discapacitados. Ello justifica o legitima la adopción de acciones positivas o trato favorable dispensado al colectivo de minusválidos para su acceso al mercado de trabajo⁴. Esta interpretación es coherente, y armónica, con la estrategia comunitaria que reconoce que los problemas con los que se enfrentan este colectivo no son tanto de reeducación y de rehabilitación de sus limitaciones funcionales “como de reconocimiento de sus derechos y de su integración en una sociedad que obstaculiza en sí misma la participación de dichas personas a través de una serie de barreras presentes en su entorno y que se expresan no sólo en dificultades estructurales de accesibilidad, de limitadas oportunidades en materia de educación y de formación o de escasos apoyos disponibles, sino también en actitudes negativas hacia la discapacidad y en múltiples elementos disuasorios en los ámbitos social y económico”⁵.

² Por su utilidad y claridad, véase el Informe “De la exclusión a la igualdad. Hacia el pleno ejercicio de los Derechos de las personas con discapacidad”, 14/2007, del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el que viene a justificar la necesidad de adopción de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad de este colectivo pasa, entre otras cuestiones, por garantizar su derecho al trabajo.

³ 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 en el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

⁴ Y es que la condición de discapacitado no puede ser, en atención a inciso final de la redacción del artículo 14 de la CE, causa que justifique un trato discriminatorio, ya que con la misma “se trata de dar cabida a supuestos de discriminación jurídica o social frente a grupos sociales o culturales especialmente considerados en cuanto a tal grupo”, como indica Rodríguez Piñero, M. y Fernández López, M.F., en *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 240. O dicho de otro modo “El trato eventualmente favorable que reciben estos sujetos se convierte, precisamente, en exigencia derivada de su propio derecho a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación en el empleo en razón de su discapacidad laboral”, como señala Sempere Navarro, A.V., en “El trabajo de los minusválidos: problemas de su regulación”, *Tribuna Social* nº 91, 1998, pág. 57. En sentido parecido, De la Villa Gil, L.E. y Sagardoy Bengoechea, J.A., en “El derecho al trabajo de los minusválidos”, *Revista de Trabajo* nº 79, 1985, pág. 15-16.

⁵ Como recuerda Garrido Pérez, E. en “El tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades”, *Temas Laborales* nº 59, 2001, pág. 189.

Quizás, la norma más importante adoptada, a mi modo de ver, para la consecución del objetivo de integración del colectivo de minusválido, en aplicación del artículo 49 de la CE, fue la Ley 13/1982 de 7 de abril, de integración social del minusválido⁶ de la que, de conformidad con su artículo 3⁷, se dijo que constituía “un conjunto coordinado, propiamente un sistema, unitario y totalizador, de medidas de protección de las personas disminuidas”⁸. No obstante ello, en la actualidad la integración social del minusválido se hace depender de distintas regulaciones, enmarcadas evidentemente en el derecho social, como son el ET, la LISMI y la LGSS, junto a tales normas han de mencionarse programas anuales de fomento del empleo y otras regulaciones específicas para el colectivo de discapacitados, además de las especiales dictadas en el marco de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas⁹. En cualquier caso, como se ha dicho, la política pública llevada a cabo en esta materia se ha efectuado en “distintos cuerpos normativos”¹⁰, incluso emitida por diferentes organismos y en ocasiones “camufladas” en normas generales. En definitiva, una regulación “a golpe de mata, ciertamente dispersa y carente de una mínima programación”¹¹.

Para conseguir la integración de este colectivo en el mercado de trabajo se necesita desarrollar o planificar un sistema de formación y reeducación profe-

⁶ E independientemente de los efectos que en su aplicación práctica haya podido tener.

⁷ En su apartado 1. indica que constituye una obligación del Estado “la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la rehabilitación adecuada, la educación, la orientación, la integración laboral, la garantía de unos derechos económicos, jurídicos y sociales mínimos y la Seguridad Social”.

⁸ Como indica González Ortega, S., en “Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y calificación”, *Temas Laborales* nº 7, 1986, pág. 52. Aunque, con razón, en dicho trabajo señala una serie de incoherencias en el tratamiento sobre todo de la pretendida globalización al no tratarse de forma unificada la gestión protectora de la minusvalía que queda entre la regulación de la Seguridad Social y la específica de la Ley de Integración Social del Minusválido (en págs. 56 y 57).

⁹ Ha de reconocerse, no obstante, que fue el Derecho de la Seguridad Social el primero que se preocupó de la recuperación y rehabilitación del minusválido estableciendo la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963, junto a las prestaciones reparadoras económicas, medidas específicas a tal efecto. El fracaso de tales medidas supuso que, desde la Ley de Financiación y Perfeccionamiento, como un avance “progresista”, se desligaran las prestaciones recuperadoras y rehabilitadoras de la invalidez con el fin de “romper el marco de Seguridad Social de base profesional, para desembocar en una cobertura de tendencia universal... convirtiéndose entonces las prestaciones recuperadoras en elemento esencial, en elemento esencial, ya no sólo de la protección de la invalidez permanente, sino de la disminución física, psíquica o sensorial en su más amplia concepción”, como dijo Álvarez de la Rosa, J.M., en *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 305.

¹⁰ Como indica Iglesias Cabero, M., en “Medidas de protección social de los minusválidos”, AAVV (Dir. Martínez Die) *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, pág. 99.

¹¹ Así lo dice Garrido Pérez, E., en *El trabajo de minusválidos en Centros Especiales de Empleo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, págs. 10-11.

sional que los cualifique suficientemente para poder desarrollar determinadas actividades y profesiones, además de, y esto parece que es lo que más motiva a los empresarios, incentivar económicamente a los mismos, siendo las más habituales conceder cantidades económicas para invertir en la adaptación del puesto de trabajo o del centro de trabajo y bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social¹². Pero, de otro lado, sería necesario establecer medidas que “motiven” a los trabajadores minusválidos para acceder al mercado de trabajo sin miedo a perder su pensión de invalidez o incapacidad permanente, solución por la que opta la STS de 14 de octubre de 2009, que ahora se comenta, siguiendo, en este sentido, los pasos de otras anteriores, al justificar con ello la compatibilización entre pensión de gran invalidez y trabajo .

2. SOBRE LA GRAN INVALIDEZ EN LA ACTUALIDAD

Inicialmente, en la Ley General de Seguridad Social de 1974, se entendía por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente absoluta y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesitara de la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

La Ley 13/1982, de 30 de abril, de integración social del minusválido, en su DF 5ª modificó el art. 135 de la LGSS, por el que se exige para la declaración de gran invalidez estar afecto de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, desde tal momento, como indica dicho precepto “La gran invalidez no implica necesariamente la incapacidad permanente absoluta para toda clase de trabajo.” Ha sido una norma no usada, al menos que se sepa ni por la Administración ni por los órganos jurisdiccionales.

El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, RD-Legislativo 1/1994, vino en su Disposición Derogatoria a eliminar la DF 5ª de la LISMI. Pero, ahora nuevamente, con la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, viene a darse una nueva redacción que permite desvincular, el grado de gran invalidez de la incapacidad permanente absoluta, quizás por la influencia de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre,

¹² Como muestra de la preocupación por el tema pueden ponerse como ejemplos dos Informes de 1994 y 1995. El primero del Consejo Español de Representantes de Minusválidos (CERMI) denominado “Informe sobre el Plan para la reactivación del empleo de las personas con discapacidad”, donde se proponen una serie de concretas medidas para ello, véase en Revista Trabajo y Seguridad Social, octubre-diciembre de 1994, en especial, págs. 188 y sigs. Al año siguiente se adoptó el Informe nº 5 del Consejo Económico y Social del Reino de España que supone un completo estudio “Sobre la situación del empleo de las personas con discapacidad y propuestas para su reactivación”, Pleno de 26 de octubre de 1995. A nivel comunitario puede verse el Documento del Centro para el Desarrollo de la Formación Profesional titulado “Condiciones para el éxito de la integración de los minusválidos en la vida profesional”, Berlín, 1992.

de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, ya que, de un lado, el art. 137.6 define la gran invalidez como “la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”, sin vincularla a la incapacidad permanente absoluta. Y, de otro lado, el art. 139.4, al determinar el contenido de la prestación de gran invalidez, se indica que el beneficiario tendrá derecho a una pensión vitalicia según lo establecido en los apartados anteriores, que se refiere a las cuantías de las pensiones incapacidad permanente tanto total como absoluta, “incrementándose su cuantía con un complemento, destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atiende...”.

Con ello quiere decirse que en el momento actual, que no es el mismo tiempo de dónde se producen los hechos de la sentencia que se comenta (que es anterior a la entrada en vigor de la Ley 40/2007), la gran invalidez no es un grado relacionado con la aptitud para trabajar sino con la capacidad residual del trabajador para poder desenvolverse en la sociedad, teniendo que acudir o demandar, por ser dependiente, los cuidados de una tercera persona que le permita realizar los actos esenciales de la vida.

3. COMPATIBILIDAD ENTRE LA GRAN INVALIDEZ Y EL TRABAJO POR PARTE DEL PENSIONISTA: LA CONSOLIDACIÓN DEL CAMBIO DE DOCTRINA

En la situación que da origen a la sentencia que se comenta, una discapacitada, reconocida con el grado de gran invalidez, comunica, tal y como previene la norma, al Instituto Nacional de la Seguridad Social el inicio de una actividad laboral como trabajadora social en una fundación.

La entidad gestora insta un expediente de revisión por mejoría, declarando que no procede la revisión de grado de incapacidad, pero suspende temporalmente la pensión mientras la pensionista trabaja y todo ello sin afectar al incremento destinado a pagar la ayuda de otra persona, mientras la beneficiaria trabajase.

Evidentemente, la trabajadora afectada inicia un itinerario procesal para que se le reconozca su derecho a compatibilizar la pensión con el trabajo encontrado, que como se ha adelantado, termina en el Tribunal Supremo que le reconoce este Derecho.

La cuestión se centra en interpretar el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social, dicho precepto que se titula “compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por incapacidad permanente”, en su apartado segundo reza: “*Las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o*

de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión". Ha de indicarse que este precepto anteriormente venía recogido en el art. 138 de la LGSS de 1974.

Y es que el art. 141.2 de la LGSS "causa una cierta perplejidad en el intérprete, sobre todo a la vista de las definiciones de los dos grados de incapacidad permanente mencionados que contenía el art. 137 LGSS en su anterior redacción, vigente aún hoy de forma transitoria"¹³.

Tan es así, que inicialmente el Tribunal Supremo haciendo una interpretación sistemática de este precepto indicó que el mismo "se refiere única y exclusivamente a aquellos trabajos de tipo marginal e intrascendente" (SSTS de 20 de diciembre de 1985 y 13 de mayo de 1986); es decir, trabajos residuales y mínimos que, en manera alguna, comprendan el núcleo funcional de una profesión u oficio, cualquiera que sean éstos, pues a todos ellos incluye tal grado de invalidez (SSTS de 26 de enero y 7 de marzo de 1989)¹⁴. Se trataría, pues, "de actividades que no pueden ser objeto de contratación normal en el mercado de trabajo por razones varias, incluidas las que afectan al modo o condiciones en que el trabajo se desarrollaría, dadas las especiales circunstancias que concurren en el eventual sujeto de la prestación"¹⁵.

Así pues, "hasta fechas recientes la jurisprudencia no admitía la validez jurídica del trabajo del incapaz", al tratarse de trabajos marginales y de escasa importancia¹⁶, pero la jurisprudencia ha ido cambiando con el tiempo, desde alguna sentencia de 1987, se ha admitido puntualmente la compatibilidad de trabajo y pensión de los beneficiarios de Incapacidades Permanentes Absolutas y Grandes Inválidos¹⁷. Y ello a pesar de que en la Ley General de la Seguridad Social se seguían conteniendo referencias a esa imposibilidad de ejercicio de cualquier trabajo¹⁸.

¹³ Como indicó Martín Puebla, E., en *La protección social de la incapacidad permanente para el trabajo*, Comares, Granada, 2000, pág. 122.

¹⁴ Como perfectamente expusieron López-Tarruella S, F. y Viqueira Pérez, C., en *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*, op. cit., pág. 41.

¹⁵ Nuevamente, Martín Puebla, E., op. cit., pág. 123.

¹⁶ Véase Ron Latas, R.P. en *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social*, Civitas (Madrid, 2000), págs. 77 y siguientes.

¹⁷ E incluso anterior, la STS de 2 de marzo de 1973 había mantenido que "el trabajador en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, por lo dispuesto en el art. 24.2 de la O. de 15 de abril de 1969, puede realizar todas las actividades laborales que sean compatibles con su situación, sin limitación alguna.

¹⁸ Sempere Navarro, A.V. y Del Águila Cazorla, O. en "Artículo 141. Compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por incapacidad permanente". *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2003, página 752.

Junto con el inicio de cambio de postura por parte del Tribunal Supremo, el Gobierno, en el ejercicio de su poder reglamentario, tampoco ha ayudado mucho para esclarecer este problema. El primer ejemplo lo encontramos con el Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo, que en su art. 2, precepto no derogado actualmente por el RD 1300/1995, establece que “los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez que simultaneen la percepción de su pensión con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o propia, deberán comunicar dicha circunstancia a la entidad gestora competente”. Así pues, de conformidad con este precepto, los incapaces permanentes absolutos y grandes inválidos pueden simultanear su pensión con la realización de un trabajo. El problema es que si el trabajo es tan “esporádico, intranscendente, residual o mínimo”, quizá realmente no sea un trabajo por encuadrarse en el art. 1.3 d) del Estatuto de los Trabajadores y si no se entiende como tal, esto es, si son “servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”, que sin duda es al que se refiere este art. 2 del RD 1071/1984, y se permite la compatibilización con la pensión, necesariamente tendrán que ser estos trabajadores incluidos en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, y, en contra de que lo plantea una parte importante de la doctrina, sí deben dar lugar al alta y cotización en el sistema de Seguridad Social y, por consiguiente, pueden generar futuros derechos a prestaciones¹⁹.

Más difícil de casar con la inicial doctrina del Tribunal Supremo de este precepto es la referencia al trabajo por cuenta propia y ya no sólo de la perspectiva de la vigente Ley 20/2007²⁰, sino también del D 2539/1970, que exigía para la inclusión del autónomo en el campo de la Seguridad Social, el requisito de “habitualidad”. Y la habitualidad es algo contrario precisamente a lo “esporádico o residual”, sobre todo, cuando respecto de este requisito para los autónomos el Tribunal Supremo ha venido conectándolo con la capacidad de ganancia. Si fuese así, no tendría suficiente entidad para ser considerada actividad laboral ni profesional para ser incluida en el RETA, tal y como sucede en la STS de 20 de marzo de 2007, tesis confirmada por el legislador en el Estatuto del Trabajador Autónomo, Ley 20/2007²¹.

¹⁹ Por todos, lo que indican que no han de encuadrarse en la Seguridad Social, ni cotizar, ni, en el futuro generar derecho a nuevas prestaciones, Roqueta Buj, R., en *La incapacidad permanente*, CES, Madrid, 2000, pág. 238.

²⁰ Ha de recordarse que esta Ley que crea el Estatuto del Trabajador Autónomo entiende como tales, en su art. 1, a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena.”

²¹ Sobre esta sentencia véase, “Sobre la necesidad de una reinterpretación de la falta de ingresos como causa de exclusión del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos”, en el número 92 de esta Revista, por Álvarez Cortés, J.C. y Plaza Angulo, J.J.

Más tarde, y cierto es que siguiendo doctrina del Tribunal Supremo, la Resolución de 8 de octubre de 1991 de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, dictó una Resolución, por la que consideraba compatible la actividad de la venta de cupones de la ONCE con la invalidez permanente absoluta. Otra excepción más a la incompatibilidad.

En esta variable regulación administrativa, la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 2 de Noviembre de 1992²² viene a establecer los requisitos que se exigen para compatibilizar el percibo de la pensión por Incapacidad Permanente Absoluta con el trabajo, tales como que el ejercicio de tales actividades no suponga mejoría de las lesiones; que tales actividades pueden ser o no lucrativas; que no sean las citadas actividades las mismas por las que fue declarado en Incapacidad Permanente Absoluta; así como que las actividades sean de carácter ocasional y no sea el núcleo de una profesión.

Finalmente, y tras haber visto como Resoluciones de la Seguridad Social venían abriendo la situación de compatibilidad de las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez con el trabajo, la Orden de 18 de enero de 1996, en su art. 18.4, da un paso atrás al prever la posibilidad de suspensión de la pensión en un procedimiento de revisión para los supuestos de incompatibilidad entre el trabajo desempeñado por un pensionista de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez cuando la actividad laboral exceda lo permitido en el art. 141.2 LGSS, es decir, cuando no sea compatible con el estado del invalido y represente un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión²³. Que es lo que ha ocurrido en el supuesto de hecho de esta sentencia que se comenta ya que la gestora suspendió la pensión mientras estuviera prestando servicios la trabajadora, pero no el complemento destinado a la tercera persona. Precepto del que la sentencia reconoce un exceso por “ultra vires”, habiendo el Gobierno usado de forma indebida el poder reglamentario para el desarrollo de una norma reglamentaria que es contraria al art. 141.2 de la LGSS que ha de desarrollar. Yo diría que más que un supuesto de ultra vires nos encontraríamos ante un reglamento “contra legem” ya que la potestad reglamentaria ha de someterse al principio de legalidad.

²² BOE, 24 de Noviembre.

²³ Como indica Toscani Giménez, D., *El régimen jurídico de las pensiones de incapacidad permanente*, Tirant Monografías, Valencia, 2006, pág. 293. Son en cualquier caso, actos administrativos de suspensión de derechos, que han de ajustarse a la LPAC, como indica Olarte Encabo, S., son “garantías mínimas que han de respetarse por la entidad gestora cuando tenga constancia de que se produzca una causa suspensiva (o extintiva). Ahora bien, respetando estas garantías formales, la apreciación de si concurren causas de suspensión (o de extinción) sobrevenidas que afectan al derecho a la prestación, puede ser llevada a cabo directamente por las entidades gestoras sin necesidad de acudir a la vía jurisdiccional, pues no se trata de actos de revisión a los que se refiere el art. 145 LPL”, en *El derecho a prestaciones de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 1997, pág. 243.

Pues bien, la doctrina que ahora consolida nuestro Tribunal Supremo sobre la compatibilidad entre trabajo y pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, siguiendo a las de 30 de enero y 10 de noviembre de 2008 se basa en cinco discutibles argumentos:

- El que su anterior doctrina no era suficientemente sólida ya que frente a la incompatibilidad salvo para supuestos “marginales o esporádicos”, había sentencias que permitían la compatibilidad. Si bien cita la de 2 de marzo de 1979, la de 6 de marzo de 1989 que cita no tiene mucho sentido para reforzar este argumento, pues se refiere a un inválido permanente sin derecho a prestación y, por supuesto, si no hay derecho a prestación no cabe tipo alguno de incompatibilidad ya que no puede haber fraude en la percepción de prestaciones.

- Otro argumento es que la literalidad del precepto, que “apunta a la plena compatibilidad del trabajo/pensión”, pero olvida que el art. 3.1 del Código Civil establece que las normas se interpretarán “según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”. Y en este asunto es necesario realizar un interpretación sistemática, ya que para permitir la compatibilización o para prohibir la compatibilización es necesario saber de forma previa qué es una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Para colmo la propia sentencia hace una interpretación de este art. 141.2, en base al art. 35 del ET ¿qué tendrán que ver las horas extraordinarias con el trabajo de los grandes inválidos? Entendemos que se refiere, al derecho y deber de trabajar que tienen todos los españoles de conformidad con el art. 35.1 de la Constitución.

- El tercero de los argumentos es el que se nos hace más duro de comprender. Se está a favor de la compatibilización ya que de no ser así se haría de “mejor condición al trabajador declarado en IPT [legalmente apto para cualquier actividad que no sea la profesión u oficio para la que haya sido declarado inválido] que al incapaz declarado en IPA [al que se le negaría toda actividad –e ingresos- extramuros de la marginalidad]”. Aquí cuando menos han de decirse dos cosas, de un lado, el incapaz permanente total para su profesión habitual, puede realizar otros tipos de trabajos y por ello se le concede una pensión de algo más de la mitad de las remuneraciones que venía obteniendo, porque tiene limitada su capacidad profesional para la que venía realizando pero no para otras. Y de otro lado, y por definición, el incapaz permanente absoluto lo es para cualquier tipo de trabajo por ello su pensión equivale a la totalidad, aproximadamente, de las remuneraciones que venía percibiendo, es una renta de sustitución completa o casi completa de los salarios dejados de percibir. Si ya tiene ingresos es imposible que se le puedan negar “los ingresos” como dice el Tribunal Supremo, pero sí posible que la legislación establezca, en aras al reparto de riqueza que supone los sistemas de Seguridad Social, el que el

acceso a otros ingresos lleve consigo los beneficios del sistema (de hecho ya lo hace con los pensionistas de jubilación que desean trabajar). Los conceptos sociales de marginalidad y exclusión social van ligados en el ámbito del trabajo social y servicios sociales, y siempre tienen un componente más para que se produzcan: la falta de ingresos. Ello no se produce en estas situaciones ya que el beneficiario tiene asegurada su pensión, sólo que suspendida mientras está trabajando obteniendo ingresos o rendimientos del trabajo. En fin, que este argumento no se sostiene demasiado.

- Es posible que la incompatibilidad pueda tener, como argumenta el Tribunal Supremo, “un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social”, pero ello no suele ocurrir cuando los salarios recibidos son superiores a la pensión que se suspende temporalmente ya que la motivación viene inserta en el aumento de ingresos por el trabajo, como es el caso que nos ocupa. En cualquier caso, la pensión no puede servir nunca de “estímulo económico” a una actividad de reinserción. En el momento actual, con el número elevado de pensionistas de incapacidad permanente que existen mantener criterios de compatibilidad como “estímulos económicos”, y con la reducción de cotizaciones que tienen los empresarios por contratar discapacitados, puede suponer un problema importante en orden a la financiación del sistema, que cada vez más tiene sus recursos limitados.

- El último argumento utilizado, es quizás el más arriesgado, ya que viene a abrir el teletrabajo y las actividades informáticas, “incluso a tiempo completo” a los que se encuentran en situación de IPA o GI, como sectores compatibles con estas pensiones. Esto es, lo que viene es a entender que ni las actividades que se realicen mediante teletrabajo ni la informática son profesiones u oficios, en la medida en que la gran inválida era trabajadora social, parece que también es de extensión a este colectivo, sobre todo porque el art. 137.5 LGSS entiende por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio. Y si en estos sectores no hay incompatibilidad es que, por lógica, no son profesiones u oficios dignos de entenderse como tales a efectos de incapacidad permanente. Esto de entenderlo de forma radical, podría crear dos problemas sociales enorme en los colectivos citados o de referencia, de un lado, respecto de los informáticos cuyo sector ha luchado, incluso últimamente hasta en el catálogo de titulaciones universitarias, para ver reconocidas sus competencias profesionales en muchas y diversas instancias. Por cierto, los trabajadores sociales, que es el puesto que ocupa la recurrente, son profesionales colegiados ¿cómo puede explicarse que ellos no ejercen una profesión u oficio? El segundo es que si no son profesiones u oficios, y *a contrario sensu*, será casi imposible que alguien que se dedique a esta actividad en el futuro pueda ser declarado incapaz permanente. En fin, un argumento poco madurado que puede traer más problemas que beneficios.

4. NOCIONES PARA UNA REINTERPRETACIÓN DEL ART. 141.2 LGSS

Entiéndase que estamos totalmente a favor de que el derecho al trabajo (y deber de trabajar que predica el art. 35 de la Constitución) sea plenamente aplicable a las personas con discapacidad. Y también de que el Estado, si quiere ser coherente con 9.2, 14 y 49 de la Constitución tiene que preparar y establecer las condiciones para que las personas con discapacidad puedan acceder en condiciones de igualdad al mercado de trabajo.

Dicho esto, no creemos que la interpretación del Tribunal Supremo respecto de la función de inserción social de la pensión de gran invalidez sea la más correcta y oportuna. El mismo Tribunal ha reconocido los cambios de tendencias en esta materia y también de “la complejidad del problema y la indudable conveniencia de que la materia sea regulada por el legislador con una mayor claridad y precisión”. Parece que el Tribunal Supremo no lo tiene muy claro en esta materia.

Desde la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, quizás por su desuso o falta de utilidad tras la Ley 13/1982 de integración social del minusválido, desapareció el capítulo referido a la recuperación de los incapaces permanentes o temporales de la LGSS, artículos 153 a 159, donde se pretendía con las mismas recuperar profesionalmente a los inválidos (rehabilitándolos funcionalmente y orientándolos y formándolos profesionalmente para que se readaptaran a su puesto anterior o para un nuevo oficio o profesión). En su plan de recuperación se tenían en cuenta las aptitudes y facultades residuales, las características de su antigua ocupación y a sus deseos razonables de promoción social, dentro siempre de las exigencias técnicas y profesionales derivadas de las condiciones de empleo. Junto a ello, también desaparecieron los beneficios del empleo selectivo que podía extenderse por el Ministerio de Trabajo a los inválidos permanentes absolutos y los grandes inválidos únicamente pero sólo respecto de su admisión en “centros-piloto para el empleo”.

Ese era sin duda un aviso importante por parte del legislador, al querer separar del sistema de Seguridad Social determinados aspectos que, aunque relacionados con la misma, debían de residenciarse en otra parte del ordenamiento jurídico. Las prestaciones contributivas de Seguridad Social tienen carácter reparador y son rentas de sustitución de los salarios dejados de percibir por los trabajadores y trabajadoras que son beneficiarios de las mismas. La prestación económica recibida, con la garantía de mínimos correspondiente, sirve para evitar la exclusión social de los beneficiarios de tales prestaciones.

Es cierto que la prestación económica que venía recibiendo la actora, como gran inválida, era de una cuantía relativamente baja (entorno a los 750

euros, según hechos probados), pero la determinación de tales cuantías se produce aplicando el mecanismo legal previsto (aplicar un porcentaje a una base reguladora), que se encuentra pensado actuarialmente de conformidad con las aportaciones o contribuciones previas realizadas al sistema y, garantizando una cuantía mínima para la cobertura de la necesidad. Todo ello nos lleva a indicar que la actora no iba a verse excluida socialmente.

No puede pretenderse que el sistema de Seguridad Social sirva como mecanismo de reinserción social de los discapacitados, ya hemos dicho anteriormente que el legislador, tras la Ley de Integración Social del Minusválido y la Ley 52/2003, eliminó del sistema de Seguridad Social las normas para inválidos referidas a reinserción social. Ni tampoco puede argumentarse que si no se permite la compatibilización hay un efecto “desmotivador sobre la reinserción social”. Puede no haberlo, pero mucho menos en este supuesto donde el salario percibido era, cuanto menos, un 25% superior a la pensión que recibía la trabajadora, y además, el acuerdo de resolución por el que se suspendía la pensión de gran invalidez, no afectaba al complemento destinado a la tercera persona (esto es, en aquél momento, el 50% de la cuantía de la pensión de incapacidad permanente absoluta –esto hoy día ha cambiado, téngase presente-).

A nuestro juicio, el problema radica en la interpretación literal del art. 141.2 de la LGSS que realiza el Tribunal Supremo, que apunta a la “plena compatibilidad trabajo/pensión” siempre que se den los dos condicionantes que se observa en esta doctrina (que no sólo la compone la sentencia que se comenta, sino también las de 30 de enero y 10 de noviembre de 2008): el primero de lo mismos viene referido al estado de salud del inválido y tiene como finalidad la protección de la misma, de manera que existirá incompatibilidad cuando el trabajo sea perjudicial para su salud. El segundo condicionante que permite la compatibilidad es que no haya habido cambio en la capacidad de trabajo del inválido, esto es, que siga con el mismo estado de limitación por no haberse dado una recuperación funcional del mismo²⁴.

Creemos que en este asunto ha de volverse a una interpretación sistemática. Y ello es porque, a poco que nos asomemos a la sección segunda, de la “incapacidad permanente en su modalidad contributiva”, del capítulo V de Título II de la LGSS, observaremos con claridad que la incapacidad permanente en nuestro sistema tiene como eje la “disminución o anulación de la capacidad laboral del trabajador”, vid art. 136.1, ya que si el trabajador tras haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, pero que no produce ningún tipo de disminución o anulación de su capacidad de trabajo, es imposible que pueda darse esta situación.

²⁴ Vid, AFDUCD, 10, 2006, páginas 675-684, López Mosteiro, R.

Es una cuestión que se dejó bien claro en su momento por uno de los mejores trabajos al respecto, el del Prof. Álvarez de la Rosa, y al que ahora seguimos²⁵, y es que cuando se intenta acotar el significado de la expresión “capacidad laboral” se observa que no sólo está referida al trabajo por cuenta ajena, sino a la actividad de quienes se encuentran en el campo de aplicación de la Seguridad Social; “o sea, comprende la protección a la incapacidad resultante del beneficiario para atender su subsistencia, desarrollando ya su normal actividad, ya su capacidad residual de trabajo y teniendo en cuenta sus reales posibilidades”.

Y continúa diciendo, con razón, que la LGSS al referirse a la capacidad laboral está refiriéndose a un concepto que es distinto al de capacidad de ganancia. Esta última es más amplia y presupone que en la constatación del estado del invalidante entrarán otros factores diversos, tales como la edad, las aptitudes profesionales y las condiciones del mercado de trabajo.

Parece que el Tribunal Supremo ha confundido la capacidad laboral con la de ganancia. Nuestra legislación de Seguridad Social, establece sin duda alguna, para la determinación de las prestaciones de incapacidad permanente parcial, total y absoluta, el criterio profesional o de capacidad laboral.

Para el caso de la incapacidad permanente absoluta, es “la que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio”. Alguien que tras ser declarado en este grado, adquiere formación distinta y encuentra un trabajo compatible con este estado, significa que no podrá seguir siendo “incapaz absoluto”, pues ya hay una profesión a la que puede acceder, y ello sin perjuicio, de que el art. 18.4 de la Orden de 18 de enero de 1996, que se dice que es “ultra vires”, lo que hace es una interpretación más favorable para el discapacitado ya que lo que hace no es revisar, sino suspender la prestación para que posteriormente pueda recuperarse en caso de que se pierda este trabajo.

En cambio, las prestaciones por incapacidad total cualificada y la gran invalidez se refieren a capacidad de ganancia. Ésta, la capacidad de ganancia, viene a representar una síntesis entre las dos tendencias que tratan de fijar el núcleo de la invalidez: una, en la reducción bajo el umbral protegible de la capacidad de trabajo, y otra, en la reducción de la ganancia de hecho, actual, del beneficiario, donde no sólo tiene el componente profesional o de capacidad o actitud laboral, sino también otros factores más amplios y diversos (edad, aptitud, mercado de trabajo, necesidad del concurso de una tercera persona, etc.).

En resumen, el criterio predominante al analizar “la capacidad laboral” es el denominado profesional, pues es constante doctrina legal que “la adecuada valoración de la incapacidad resultante ha de hacerse atendiendo en primer término al tenor literal del precepto que define los diferentes grados en que la situación del inválido puede encontrarse..., y después a la aptitud del trabajo

²⁵ *Invalidez permanente y Seguridad Social*, op. cit., págs. 215 y sigs.

del sujeto enfermo, sin llegar a confundir aptitud para el trabajo con la dificultad material de encontrar un nuevo trabajo; es decir, puede flexibilizarse el tenor literal o incluso interpretarlo en sentido 218 humanitario, pero sin llegar a rebasar los límites que la ley permite” (STS de 22 de diciembre de 1977, de 23 de junio, de 3 de julio y 16 de octubre de 1978)²⁶.

Por todo ello creemos que el Tribunal Supremo no acierta en la interpretación del art. 141.2 de la LGSS.

Finalmente, la sentencia deja abierto el tema a una modificación legal, ya que al estimar la reclamación, señala que todo ello es sin perjuicio de reconocer la complejidad del problema y la indudable conveniencia de que la materia sea regulada por el legislador con una mayor claridad y precisión. Por lo que no se puede descartar en el futuro una reforma legislativa que obligue el cambio del actual criterio jurisprudencial.

²⁶ Álvarez de la Rosa, J.M., *ibidem*.

**LA PRÁCTICA DE LAS DILIGENCIAS FINALES Y LA
PERVIVENCIA DE LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR
PROVEER EN EL PROCESO LABORAL. UNA LECTURA
DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA NUEVA REGULACIÓN**

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2010

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ*

SUPUESTO DE HECHO: El Juzgado de lo Social número 35 de Madrid, declara procedente el despido por causas disciplinarias llevado a cabo por la empresa TRAGSA, contra D. Román el día 30 de julio de 2007, con la valoración de hechos probados que figuran en la sentencia y que resultan irrelevantes al objeto del presente comentario, mediante sentencia de fecha 20 de noviembre de 2007. La sentencia fue recurrida inicialmente en suplicación ante el TSJ de Madrid, que si bien desestimó los motivos del recurso de suplicación, acogió favorablemente la petición subsidiaria de nulidad de actuaciones con el fin de que se practicara prueba testifical propuesta por el actor, pero sólo y exclusivamente referida a uno de los puntos controvertidos relativo a acoso laboral y no a las razones disciplinarias. La prueba testifical, que había sido propuesta por el actor en tiempo y forma, fue por tanto admitida como diligencia final por la Sala del TSJ de Madrid, que en su sentencia de fecha 26 de mayo de 2008 declaraba procedente su práctica, solo respecto a las cuestiones expuestas. Este hecho generó una nueva sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 35 de Madrid, que tras la práctica de la diligencia final, mantuvo su decisión sobre la procedencia del despido con sentencia de fecha 11 de agosto de 2008. Recurrida la nueva sentencia de instancia en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se dicta nueva sentencia por dicho Tribunal con fecha 20 de abril de 2009, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados confirma la de instancia. El recurso de suplicación invoca un motivo basado en infracción de normas o garantías del procedimiento causantes de indefensión y quince motivos más con expresa solicitud de revisión fáctica de la sentencia. Ninguno de los motivos resulta estimado por lo que se preparó recurso de casación para unificación de doctrina en el que se invoca nuevamente como motivo de casación la denuncia sobre

* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y Abogado en ejercicio.

la ausencia de conclusiones ante la práctica de la prueba testifical como diligencia final practicada por imposición del TSJ de Madrid, circunstancia que a criterio del recurrente generó indefensión, constatada mediante la oportuna protesta en acta en el momento de la denegación de la práctica de conclusiones.

A la vista de lo expuesto el alto tribunal desestima el recurso de casación al considerar que no existe contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, basada esencialmente en la ausencia de indefensión.

RESUMEN: El Tribunal Supremo accede al conocimiento de la cuestión a debate mediante el recurso de casación para la unificación de doctrina, debiendo valorar la existencia o no de contradicción, con la sentencia de contraste invocada, en este caso la sentencia de la Sala de lo Social, con sede en Sevilla, del TSJ de Andalucía de fecha 11 de abril de 1997. En el caso que nos ocupa el Tribunal reconoce que el desarrollo del trámite de la prueba no concluyó con la valoración de las conclusiones sobre el alcance de la prueba testifical practicada, lo que en modo alguno generó indefensión material en el supuesto de autos a las partes. Valora el desarrollo pormenorizado de la prueba, así como las posibilidades de las partes intervinientes en su desarrollo, considerando que las amplias posibilidades permitidas por el Juez de instancia, no permite establecer existencia lesiva del artículo 24 de la Constitución, y por lo tanto al no existir indefensión en el caso que nos ocupa no se cumple el requisito de la contradicción que prescribe el artículo 217 de la LPL, siendo por tanto la única posibilidad la de la desestimación del recurso, ante la falta de identidad entre la sentencia referencial y la sentencia recurrida.

ÍNDICE

1. ORDENACIÓN DE POSIBILIDADES EN CUANTO A LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA EXTEMPORÁNEA COMO PUNTO DE PARTIDA
2. EL TRÁMITE TÁCITO
3. VALORACIÓN FINAL

1. ORDENACIÓN DE POSIBILIDADES EN CUANTO A LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA EXTEMPORÁNEA COMO PUNTO DE PARTIDA

Que duda cabe que el punto de partida de valoración por parte del Tribunal Supremo sobre el alcance de la diligencia final practicada y en su caso la repercusión generada por la denegación del trámite de conclusiones sobre el principio constitucional que proscribía la indefensión en el desarrollo del proceso judicial, arranca desde la posición adoptada para la práctica de una prueba que no se ha desarrollado de forma correcta en los cauces del acto del juicio oral.

La nulidad acordada por el TSJ de Madrid acerca de la prueba testifical, acordada inicialmente por el órgano judicial de instancia y que por motivos

que no se expresan no se practicó sobre cuestiones controvertidas en el proceso, reclamando por tanto el recurrente, la necesidad del desarrollo de la carga de la prueba que se deriva de su posición en el proceso. Al permitirse la práctica de la prueba de forma extemporánea por los trámites de la diligencia final, reseñados en los artículos 435 y 436 de la LECivil, en su calidad de norma subsidiaria para lo no previsto en la rituaría procesal, nos asalta la duda acerca de la opción elegida por el órgano *ad quem*, para subsanar la deficiente práctica de la prueba testifical.

Ciertamente la sala en la estimación del primer recurso de suplicación atendiendo al motivo subsidiario planteado por el recurrente al amparo de la letra a) del artículo 191 de la LPL, cuyo objeto consiste en *reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión*, decidió reconocer la nulidad de actuaciones, pero no retrotrayendo los autos al momento procesal en el que se produjo la indefensión, es decir el acto del juicio oral, y concretamente al desarrollo de una prueba testifical ya efectuada, si bien no completa en tanto que no se permitió al recurrente interrogar al testigo sobre todos los hechos controvertidos de la causa, probablemente en consideración a la propia decisión judicial que limitó el alcance del interrogatorio, y que fundamentó la apreciación lesiva que realizaría el tribunal. Si el momento procesal en el que se produjo la limitación, fue el desarrollo del acto del plenario, debió en todo momento considerar el Tribunal que las actuaciones debieron retrotraerse a ese momento concreto, y no rescatando la práctica de la prueba testifical por la vía de las diligencias finales, que en el orden estrictamente teórico y doctrinal tampoco quedan excluidas. Si las actuaciones se hubieran remontado al acto del juicio que duda cabe que practicada la prueba testifical ampliada, nadie hubiera negado el desarrollo de la fase de conclusiones para la valoración de la prueba, aportando cuando menos la valoración de la practicada en ese momento y su relación con la anteriormente desarrollada, todo ello como paso previo a declarar los autos conclusos para el dictado de la nueva sentencia.

Practicadas como diligencia final, en los términos de la ley de enjuiciamiento civil, la testifical se desarrolló ciertamente con las mismas garantías en cuanto a contradicción, oralidad, igualdad de partes y dirección judicial como si del acto del juicio se tratara. Y ciertamente el TS, valora mediante el acta y la grabación que el contenido de la prueba testifical permitió a la representación procesal del recurrente ser “*exhaustivo y excesivo*” respecto del alcance y objeto de la prueba establecido por la Sala.

El proceso laboral, en virtud del principio de concentración que rige en la instancia, supone la reunión de las actuaciones fundamentales en un solo acto, fruto de la oralidad de las actuaciones. La cuestión que nos planteamos es hasta que punto estos principios condicionan la posibilidad de un desarrollo

interrumpido del acto del juicio oral. Ciertamente el principio de oralidad es compatible con la suspensión del acto del juicio dada la ausencia de una prohibición expresa de suspensión. Circunstancia esta que ocurre cada vez que el órgano judicial no ha llevado a efecto la completa o correcta citación en forma de alguno de los testigos o peritos para los que se le solicitó la colaboración. De este modo el artículo 82.2 de la LPL, in fine, admitiría la suspensión del acto del juicio cuando la citación de alguna de las personas que han de intervenir en el acto del juicio no hubiesen sido citados con las prescripciones legales, solicitada la colaboración del órgano judicial para la citación o requerimiento en los términos del artículo 90.2 de la LPL.

El artículo 83.1, nos sigue dejando abierta la puerta, también en la nueva redacción, a que se produzca la suspensión o bien a petición de ambas partes o bien por motivos justificados. Las segunda suspensión queda supeditada a la excepcionalidad y a las graves circunstancias que necesariamente habrán de ser probadas y valoradas por el juzgador que vuelve a tener en su mano la llave para esta segunda suspensión que no es un derecho de las partes. La unidad de acto que predica el principio de concentración, y que es a su vez consecuencia de la oralidad, la inmediación y la exigencia de celeridad que forman parte de la esencia básica del proceso laboral, nos harían valorar la necesidad de no suspender el acto de juicio una vez iniciado, apreciando siempre los motivos de suspensión sin que ninguno de los actos procesales propios del juicio oral se hayan presentado. Una vez iniciado el acto del juicio, los incidentes que motiven suspensión, acabarán siendo remitidos a las diligencias para mejor proveer y a las diligencias finales impidiendo así la ruptura de la unidad de acto que solo cede ante los supuestos del artículo 86 y 87.1 basados respectivamente en la prejudicialidad penal de falsedad documental o en la admisión de pruebas que requieran la traslación del órgano judicial fuera de la sede judicial para el desarrollo de la prueba.

En este ámbito no podemos ignorar tampoco que la resistencia del orden social a aceptar las interrupciones del acto del juicio como consecuencia del principio de unidad de acto, no están reñidas con la necesidad de suspender el juicio, para su reanudación posterior cuando se agotan las horas hábiles de audiencia en un día, debiendo reanudarse al día siguiente. Así lo tenía consagrado el TS, en su sentencia de 9.4.1991, que denegó la nulidad de actuaciones por la reanudación del acto del juicio al día siguiente tras agotar todas las horas hábiles, negando la celebración del juicio en términos numantinos hasta su finalización. Esta lectura nos parece ahora mucho más relevante si apreciamos el contenido del nuevo artículo 82.2 quien refiriéndose a los actos de conciliación y juicio, concebidos como actos procesales distintos en escenario y protagonistas también distintos, dice, habrán de desarrollarse en *única pero sucesiva* convocatoria. Así puede ser sucesiva la convocatoria que habiendo celebrado un día la conciliación permita que el juicio comience en la primera hora hábil

del día siguiente si fuera imposible la celebración en el mismo día por quedar agotadas las horas hábiles del primero. De la misma forma que podría quedar interrumpida la celebración de un acto de juicio, para su reanudación al día siguiente hábil, a fin de reanudar lo que no pudo concluirse el día anterior.

Si miramos al proceso civil, la suspensión de vistas, incluso las que ya han desarrollado una parte del acto del juicio, como por ejemplo la prueba de interrogatorio, nos permiten la suspensión para su reanudación posterior, por ejemplo ante la falta de la presencia de un testigo o perito, y siempre que el juzgador considere la unidad de acto como determinante impidiendo que unos testigos depongan con anterioridad a otros ausentes. Para todo aquello que no tenga encaje en el artículo 193 de la LEC o en su caso en el 184, quedaría abierta la posibilidad de las diligencias finales del 435 y 436, sin romper por ello el principio dispositivo de parte en cuanto a la práctica de la prueba.

Volviendo la vista a la sentencia que es objeto de comentario, consideremos que en nada vulnera las garantías de las partes si la prueba mal practicada su hubiera reanudado en el desarrollo del acto del juicio oral, dado que no rompe el principio de concentración la orden del TSJ de Madrid, de volver a repetir el juicio desde que se propuso el desarrollo defectuoso de la prueba. Sin embargo en la sentencia del TS, nos encontramos, todo el reproche procesal en las actuaciones practicadas a raíz de la diligencia final acordada por la Sala del TSJ de Madrid en la sentencia de 26-5-2008, para introducir entre los elementos probatorios la declaración de dos testigos sólo y exclusivamente referida a uno de los puntos controvertidos del proceso, el acoso laboral, prueba que se realizó por el Juzgado, a criterio del TS, con todas las garantías para la parte demandante y sin merma de su derecho a la defensa. El acta en la que se resume la prueba, así lo refleja, pese a contener la protesta de la recurrente no sólo por las interrupciones judiciales en la necesaria dirección del desarrollo de la prueba practicada a su presencia, sino por la negativa a practicar conclusiones a la prueba desarrollada, pese a estar admitida como diligencia final.

2. EL TRÁMITE TÁCITO

En cualquiera de las probabilidades procesales sobre las que el TSJ, podría haber resuelto la ampliación de la prueba testifical en los términos que consideró oportunos, se excluye que el trámite procesal elegido no requiera el desarrollo completo de los actos procesales previstos en la norma. Si como diligencia final fue traída la ampliación de la declaración de los testigos en relación al acoso laboral, es la norma civil la que marcará las reglas formales a las que someterse. De este modo es evidente que el artículo 436, reconoce el derecho de las partes a presentar un escrito en que resuman y valoren el resultado de la prueba practicada. El escrito aporta a la vista, desde la perspectiva

del proceso civil, una valoración escrita del alcance y resultado de la prueba en relación no solo a los planteamientos de la demanda o de la contestación, sino también en relación a los resultados obtenidos en el desarrollo de los restantes medios probatorios empleados. Dicho trámite está por lo tanto previsto y responde a los criterios teóricos y doctrinales que se desprenden no solo de la propia configuración constitucional, al amparo del artículo 24.1 CE, sino también a los estrictos criterios de legalidad según el contenido del artículo 436 de la LEC. Así lo reconoce la propia sentencia del Tribunal Supremo, invocando vieja doctrina constitucionalista como la que se desprende de las STC 98/1987, 137/1992, 116/1995, 226/1998, doctrina que reclama no solo la preceptiva intervención de las partes en términos de igualdad, durante su desarrollo, sino también el derecho de éstas a formular conclusiones, valorando el resultado de la prueba obtenida, es decir apreciando su alcance y significación.

Si así resulta establecido, bien es cierto que el trámite procesal de conclusiones, aun como trámite oral en virtud de los principios que informan el proceso laboral era legítimamente esperado por las partes que, tras el desarrollo de la ampliación de las testificales, albergaban la posibilidad de valorar el resultado de la prueba conforme al trámite legal previsto. Dicho trámite no se realizó, dejando al descubierto una evidente laguna susceptible de generar, el mismo grado de confusión que de indefensión. En primer lugar no cabe duda que el TSJ, estimó el desarrollo de las testificales como diligencia final, cuando pudo retrotraer las actuaciones al acto del juicio oral, de la misma forma que las partes convocadas al desarrollo de la misma, tenían presentes el trámite previsto en la ley procesal civil, ante tal panorama el TS, que valora la desestimación del recurso, desde la valoración de la contradicción con la sentencia de contraste, no deja de hacer una valoración que nos parece cuando menos relevante. Concluye el TS que la falta de contradicción, indispensable para la unificación de doctrina, radica fundamentalmente en la ausencia de la indefensión que invoca el recurrente, en tanto que aun cuando se dio la falta del requisito [legal] de conclusiones, el demandado *no se vio privado de su derecho de defensa, ni se le causó la indefensión que denuncia*. El alto tribunal, por tanto mantiene que en el caso de autos no puede apreciarse la indefensión, manifiesta el Tribunal, valorando el contenido del acta e incluso de la propia grabación filmada, la intervención del Letrado del actor en los interrogatorios de los dos testigos, la duración del mismo (uno de ellos durante casi media hora), el carácter exhaustivo del interrogatorio e incluso el hecho de que el mismo se extralimitara en algunos elementos al objeto concreto de la prueba señalado por la Sala de replicación. Todos estos elementos se elevan a la categoría de “trámite tácito de conclusiones” entendiendo el Tribunal que no hay motivo a la indefensión cuando se dieron estos elementos reseñados por el propio Tribunal.

No podemos compartir la consagración del trámite tácito de conclusiones mediante concesiones en el desarrollo de la prueba que o bien debieron impe-

dirse por el juzgador de instancia (excesos en tiempo o extralimitaciones en el objeto) o bien responde a una encomiable técnica profesional del letrado que trato de hacer el interrogatorio con el carácter más minucioso posible a los fines con los que propuso la prueba. Ninguno de estos elementos puede suplir la ausencia del trámite legal de conclusiones que parece convertirse en un “trámite opcional” del que no habla la norma procesal que lo regula.

Pero lejos de conformarse con el argumento expuesto todavía apreciamos una “extralimitación argumental” en la fundamentación de la sentencia que no deja de llamarnos la atención. Además del desarrollo en sí mismo de la prueba, en la que sin saberlo la parte estaban incluidas las conclusiones, entiende el alto tribunal que también el propio escrito de formalización del recurso de suplicación, se convierte en un sustitutivo “post sentencia” del trámite preceptivo de conclusiones cuando afirma: *“como igualmente pone de relieve con más detalle aún el escrito de formalización del recurso de suplicación, deja ver con suficiente claridad la valoración que sobre el mismo (esto es, sobre su alcance y significación) tenía el Letrado del demandante”*.

Ni la perspectiva tácita del trámite de conclusiones ni la valoración tras la sentencia en el escrito de formalización del recurso, pueden sustituir un trámite procesal, hasta el punto de admitir, en sintonía con el recurrente, que se haya visto afectado el derecho de defensa.

3. VALORACIÓN FINAL

El dictado de la sentencia comentada, coincide con la entrada en vigor de las reformas efectuadas en la Ley de Procedimiento Laboral, por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre que no se limita sólo a establecer el reparto de competencias entre el Juez y el Secretario Judicial, evidenciando así las diferencias entre la jurisdicción y la estricta gestión procesal, sino que además ha pretendido una interesante unificación de terminología, no exenta de crítica por la doctrina¹. Tras la unificación de términos jurídico procesales, en cuanto a las diligencias para mejor proveer y las diligencias finales, queda al descubierto un evidente error conceptual que ya ha sacado a la luz la doctrina más madrugadora².

¹ El profesor Cristóbal Molina Navarrete califica esta unificación de “obsesiva”, llegando a generar errores técnicos con la nueva redacción del artículo 88 y 95.1 de la LPL. Soluciones Burocráticas a los problemas de la Justicia Social: puntos críticos de la nueva oficina judicial. Centro de Estudios Financieros. Febrero 2010-Número 323. Pág. 5 a 86.

² Además de la obra anteriormente citada del Profesor Molina Navarrete, también Eduardo Sánchez Álvarez, alcanza la misma opinión sobre el error conceptual entre diligencias finales y diligencias para mejor proveer, en su artículo “El orden jurisdiccional social ante la nueva oficina judicial: análisis crítico”. Publicado en la revista del Centro de Estudios Financieros. Diciembre 2009-Número 321. Pág. 3 a 45.

Con los profesores Molina Navarrete y Sánchez Álvarez, podemos comprobar como la reforma efectuada por la Ley 13/2009, ha introducido las diligencias finales como término, para seguir manteniendo el tradicional concepto de las diligencias para mejor proveer, es decir respondiendo éstas al principio de prueba de oficio. Lo que nos preguntamos, a la vista de este criterio, cuál era la necesidad del legislador en igualar términos de conceptos diferentes, o si por el contrario el legislador de esta forma ha querido que expresamente entren las diligencias finales en el proceso laboral. Lo cierto es que se ha desaprovechado una inmejorable oportunidad para hacer una expresa entrada de las diligencias finales, en el proceso laboral, desde el punto de vista del principio de prueba a instancia de parte. A falta del reconocimiento expreso, seguirá quedando la entrada excepcional por la vía de la subsidiariedad de la LEC, o en su caso, como ocurre en muchos casos, con la benevolencia del propio juzgador que consiente la práctica de la prueba propuesta y admitida, como diligencia para mejor proveer, de forma consensuada con las partes, cuando resulta imposible su práctica el día señalado para la vista del juicio oral. Sin embargo la falta de traslado de la carga conceptual junto al término nos permite aventurar que el legislador no ha querido cambiar las reglas del proceso laboral, muy marcado doctrinalmente por los principios que lo configuran.

Si bien la fundamentación jurídica de la sentencia nada tiene que ver con la nueva regulación, si vimos en la sentencia un anticipo de la confusión anunciada por la doctrina entorno a la práctica de la prueba en momento procesal extemporáneo, arrastrando en cierto modo la misma equiparación confusa entre la diligencias finales y las diligencias para mejor proveer. Y lo hace en el párrafo cuarto del fundamento de derecho segundo cuando afirma *“tanto en el plano constitucional (art. 24.1 CE) como en el de la pura legalidad (arts. 88.1 LPL y 436 LEC), las diligencias finales o para mejor proveer...”*, equiparando lo que mantiene evidentes diferencias, sobre todo desde el punto de vista del carácter dispositivo de la prueba y de la facultad del proceso laboral en facilitar una esfera dispositiva en el ámbito de la prueba al juez de lo social.

Por otro lado pese a no compartir el criterio jurisprudencial del que hemos dado en llamar el “trámite tácito”, en cuanto a la indefensión que tal criterio genera, sobre todo desde el punto de vista del Derecho Procesal, en el que la forma y el tiempo, junto a los principios que informa todo trámite, son la esencia de la actividad procesal, si podemos compartir con la sentencia la poca relevancia desde el punto de vista del caso concreto, en cuanto a la admisión o no de la demanda, supone el hecho de contar o no con el trámite de conclusiones en la prueba testifical practicada como diligencia final, más allá del esperado respeto a la legalidad formal. Es sólo desde este aspecto desde el que podemos compartir la ausencia de indefensión manifestada por el TS. Pero no por ello nos sorprende que los actos procesales de parte puedan ser interpretados con-

formes a hechos anteriores o posteriores al propio desarrollo del acto procesal, sobre todo cuando se encuentra perfectamente regulado en la norma procesal que los fundamenta.

Si bien la sentencia no presenta un perfil polémico ni novedoso en la doctrina jurisprudencial, si nos ofrecía una doble oportunidad, en primer lugar la de aproximarnos a una figura como las diligencias finales que sin estar expresamente reguladas, ni antes de la reforma ni después pese a la importación laboralista del término procesal, nada impide su aparición en el ámbito procesal laboral, sin que por ello se pierda la esencia de los principios del proceso laboral. Por otro lado que duda cabe, mostrar nuestra valoración al respecto de lo que consideramos es una subsanación de los errores cometidos por el juzgador de instancia, subsanación que se hace a la luz de la indefensión o de lo que es lo mismo de la poca repercusión que el defecto procesal tiene en el resultado de la cuestión de fondo.

Reseña de Legislación

Comentario de Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía*

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

DECRETO 136/2010, DE 13 DE ABRIL, POR EL QUE SE APRUEBA LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE EMPLEO Y DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO (BOJA NÚM. 71, DE 14 DE ABRIL)

La reorganización de las Consejerías que forman la estructura de Gobierno de la Junta de Andalucía, aprobada en abril de 2010, conllevó cambios minoritarios dentro de las competencias asignadas a la Consejería de Empleo derivadas de la incorporación de objetivos relacionados con la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral, la cohesión social y el fortalecimiento de medidas que faciliten la conciliación de la vida familiar y laboral; no así a nivel de cambios estructurales, que han sido más amplios, y que han afectado tanto a la organización central de la Consejería de Empleo como al Servicio Andaluz de Empleo (SAE), éstos últimos persiguen el objetivo de lograr una mayor eficiencia en la gestión de las políticas activas de empleo.

Las competencias de la Consejería de Empleo (art. 1) abarcan a las relaciones laborales y colectivas; la prevención de riesgos laborales; las políticas de igualdad de trato y de oportunidades en el nuevo marco laboral; la inspección de Trabajo y la Seguridad Social, la coordinación de las políticas migratorias y las políticas activas de empleo y de intermediación laboral –atribuidas al SAE-. En lo que se refiere a la implantación de la estructura de la Consejería de Empleo y del SAE, ésta se ha articulado en tres niveles distintos:

1. Los órganos directivos centrales de la Consejería de Empleo que se desarrollan en el art. 2 del Decreto 136/2010 y se organizan en la Viceconsejería –cuyas competencias se relacionan en el art. 4-; la Secretaria Técnica

* La selección se corresponde con el trimestre natural comprendido entre abril y junio de 2010.

con la competencias establecidas en el art. 5 y en tres Direcciones Generales: la Dirección General de Trabajo, con las competencias asignadas en el art. 6; la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral, con las competencias especificadas en el art. 7; y la Dirección General de Coordinación y Políticas Migratorias, con las competencias precisadas en el art. 8.

2. La Administración periférica de la Consejería de Empleo, que se descentraliza mediante las respectivas Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo.

3. Los organismos adscritos a la Consejería de Empleo, los cuales son los siguientes: a) El SAE, presidido por la persona titular de la Consejería de Empleo y estructurado, a su vez, en tres órganos directivos centrales: la Dirección-Gerencia cuyas competencias se desarrollan en el art. 9; la Dirección General de Calidad de los Servicios para el Empleo, con las facultades concretadas en el art. 10; y la Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas de Empleo, con las competencias que se desglosan en el art. 11. b) El Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales. c) El Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y su Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales y de Andalucía (SERCLA). d) Por último, el Consejo Económico y Social de Andalucía.

ORDEN DE 26 DE ABRIL DE 2010, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS DE LAS AYUDAS AL ESTABLECIMIENTO Y MANTENIMIENTO COMO TRABAJADOR O TRABAJADORA AUTÓNOMO EN ANDALUCÍA. (BOJA NÚM. 85, DE 4 DE MAYO)

La Introducción de esta disposición reconoce el valor del trabajo autónomo en el desarrollo económico. El impulso de los derechos y los deberes de los trabajadores o trabajadoras autónomos ha sido impulsado a nivel nacional con la aprobación de la Ley 20/2007, de 11 julio, del Estatuto del trabajo autónomo, y ha tenido continuidad en el ámbito territorial de nuestra Comunidad Autónoma, con la aprobación de esta Orden que contiene una serie de medidas que pretenden favorecer el inicio de la actividad de las personas que desean instalarse como trabajadores o trabajadoras autónomos o de aquéllas que pretenden mantener sus negocios en un sector productivo muy afectado por la crisis económica. Entre otros objetivos, la Orden 26.4.2010, persigue: a) Promocionar el autoempleo y la cultura emprendedora, especialmente de las personas desempleadas; b) Potenciar los trabajos autónomos tradicionales y artesanales mediante la utilización de nuevas tecnologías; y, c) Potenciar las actividades económicas derivadas de la economía sostenible; estas áreas se desarrollan en el art. 5 de la Orden 26.4.2010, que cita, entre otras, las actividades económicas encuadradas en los sectores relacionados con la protección del

medio ambiente, el tratamiento de residuos y las energías limpias y renovables.

En lo que se refiere al marco normativo que sirve de soporte a la aprobación de las ayudas al establecimiento y el mantenimiento como trabajador o trabajadora autónomo, éste tiene su origen en las transferencias realizadas por el Estado a las CC.AA. de las políticas activas de empleo. Las CC.AA. asumieron, en su día, competencias que anteriormente ejecutaba el INEM –hoy Servicio Público de Empleo Estatal– y que culminaron, dentro del territorio de nuestra Comunidad con la creación del Servicio Andaluz de Empleo (SAE) mediante la Ley 4/2002, de 16 de diciembre. Esta última disposición, establece en su art. 3.2.^a.f) que entre otras funciones le corresponde al SAE la facultad de planificar, gestionar, promocionar y evaluar programas y acciones para el empleo, que incluyen los programas “relativos al fomento de vocaciones empresariales, la formación de emprendedores y pequeños empresarios, el fomento del autoempleo y la difusión de la cultura empresarial”. Con anterioridad a la constitución del SAE, estos programas destinados a los trabajadores y las trabajadoras autónomos tuvieron su soporte legislativo en el Real Decreto 1056/1984, de 9 de mayo, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de Unidad Administradora del Fondo Nacional de Protección al Trabajo -(BOE núm. 134, de 5.6.1984), norma continuada por el Real Decreto 357/2006, de 24 de marzo, por el que se regula la concesión directa de determinadas subvenciones en los ámbitos del empleo y la formación ocupacional.

En todo caso, las claves para la aprobación de las ayuda recogidas en la Orden 26.4.2010, se encuentran en:

1.^a La Orden del TAS/1622/2007, de 5 de junio, por la que se regula la concesión de subvenciones al programa de promoción del empleo autónomo. En el apartado 2 de su Disposición Adicional primera se establece que “las Comunidades Autónomas que hayan asumido el traspaso de la gestión realizada por el Servicio Público de Empleo Estatal en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación así como de los programas de apoyo al mismo ejercerán las funciones que les correspondan según lo dispuesto en los Reales Decretos de traspaso. Dicha gestión se realizará de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 357/2006, de 24 de marzo, las disposiciones generales establecidas en el capítulo I de esta Orden y las normas de procedimiento y bases reguladoras para la concesión de subvenciones que dicten las Comunidades Autónomas para su ejecución en función de su propia organización”. Las normas citadas son el marco normativo necesario para otorgar la concesión directa de subvenciones a los trabajadores y a las trabajadoras que pretenden instalarse como profesionales autónomos.

2.^a La Orden TIN/2965/2008, de 17 de octubre, por la que se determinan los gastos subvencionables por el Fondo Social Europeo durante el pe-

riodo 2007/2013; los cuales están cofinanciadas por el Programa Operativo del Fondo Social Europeo relativo a tales años y se encuentran sometidas a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (BOE 276, 18.11.2003), cuyo art. 6 garantiza que éstas no se someten a un régimen de concurrencia competitiva, por lo que no podría establecerse prelación de solicitudes entre los distintos solicitantes.

Por otra parte, la Orden de 26.4.2010 se encuentra, igualmente sometida a las limitaciones establecidas por el régimen de “minimis” del art. 2 del Reglamento (CE) núm. 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre, de aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas de “minimis”. Esta disposición establece que las ayudas que cumplen los criterios establecidos en dichas disposiciones, están exentas de la obligación de notificación establecida en el art. 88.3 del Tratado cuando cumplen una serie de criterios, ente ellos que no superen la cuantía por empresa de “200.000 euros durante cualquier período de tres ejercicios fiscales. La ayuda total de ‘minimis’ concedida a una empresa que opere en el sector del transporte por carretera no será superior a 100.000 euros durante cualquier período de tres ejercicios fiscales. Estos límites se aplicarán independientemente de la forma de la ayuda de ‘minimis’ o del objetivo perseguido e indistintamente de si la ayuda concedida por el Estado miembro está financiada total o parcialmente mediante recursos de origen comunitario. El período se determinará tomando como referencia los ejercicios fiscales utilizados por la empresa en el Estado miembro correspondiente”.

3.^a El VII Acuerdo de Concertación Social firmado el 24.11.2009, entre la Junta de Andalucía, Unión General de Trabajadores de Andalucía, Comisiones Obreras de Andalucía y la Confederación de Empresarios de Andalucía, a través del cual las partes se comprometen a adoptar medidas que superen la crisis económica y que permitan implantar reformas estructurales que supongan un modelo económico más sostenible. Este objetivo pretende conseguirse mediante la implantación de medidas transversales y horizontales, dentro de estas últimas, se sitúa el Eje 2 dedicado al desarrollo empresarial y los emprendedores; que, entre otros objetivos específicos, trata de impulsar el desarrollo del tejido productivo para tratar de cambiar la mentalidad de la sociedad mediante la difusión de los valores inherentes a la cultura emprendedora; y de consolidar y reforzar la financiación de los proyectos emprendedores, especialmente entre las mujeres y los jóvenes.

4.^a La normativa que sirve de soporte para la tramitación electrónica de las ayudas (la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía y la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y el Decreto 183/2003, de 4 de junio).

Entrando en el análisis del articulado de la Orden 26.4.2010, se trata de una disposición emanada de la Consejería de Empleo, que se estructura en un

preámbulo o Exposición de Motivos, y un contenido normativo que consta de 21 artículos, una Disposición transitoria única, dos Disposiciones transitorias, una Disposición derogatoria y una Disposición final. La Orden entró en vigor el mismo día de su publicación en el BOJA, el 4.5.2010, y deroga:

- De la Orden de 15 de marzo de 2007, de la Consejería Empleo, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas y su convocatoria al amparo de lo establecido en el Decreto 175/2006, 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo de Andalucía (BOJA núm. 64, 30.3.2007), el Capítulo II titulado: “Programa para fomentar el empleo a través del autoempleo individual mediante el inicio de una actividad económica”; y la Sección 2.^a del Capítulo V, titulado “Medida de apoyo a la financiación para consolidación de negocio”.

- La Orden de 25.3.2009, por la que se establecen las bases reguladoras de un programa de incentivos para la creación, consolidación y modernización de iniciativas emprendedoras del trabajo autónomo y se efectúan sus convocatorias para el período 2009-2013 (BOJA núm. 65, 3.4.2009), ha estado en vigor durante un periodo escaso.

- Todas aquellas disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a la misma.

El objetivo perseguido por la Orden 26.4.2010, impulsando la iniciativa emprendedora, es doble, por un lado, establece las bases reguladoras de las ayudas anuales para los trabajadores y las trabajadoras autónomos; y por otro, abre la primera convocatoria de subvenciones, las del año 2010, estableciendo un plazo extraordinario de solicitud para los interesados del 15 de mayo al 15 de junio (Disposición transitoria 1.^a). Establece tres modalidades de ayudas (art. 1); para las dos primeras exige que el trabajador o la trabajadora autónomo sea persona física y ejerza la actividad de forma individual por cuenta propia. Esta persona física podrá tener a su cargo hasta cinco trabajadores por cuenta ajena; además, establece que deberán de tener residencia y domicilio fiscal en Andalucía; estos últimos requisitos no se exigen para la ayuda de asesoramiento y asistencia técnica, a la que puede acceder cualquier trabajador o trabajadora autónomo. En lo que se refiere a las ayudas, éstas son las siguientes:

a) Subvenciones para el establecimiento como trabajador o trabajadora autónomo. Esta ayuda consiste en una cantidad a tanto alzado que puede ir desde 5.000 a 11.000 euros, en función del perfil que tenga el solicitante de la ayuda (perfiles que se desarrollan en el art. 6.2. de la Orden para los trabajadores o trabajadoras autónomos) o por tratarse de actividades que se desarrollen en zonas de actuación preferente, denominadas zonas ATIPE; es decir, zonas en la que hubiere necesidad de superar los desequilibrios económicos, sociales y culturales entre las distintas áreas territoriales de Andalucía, y que requieren el fomento de la solidaridad. Los criterios para designar estas áreas territoriales

en las que es necesario impulsar con mayor intensidad el mercado de trabajo autónomo o por cuenta ajena se precisaron en el Decreto 109/2006, de 6 de junio, por el que se establece los indicadores para las áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo (BOJA núm. 127, 4.7.2006) y fueron seleccionadas mediante la Resolución de 27 de julio de 2006 del SAE (BOJA núm. 136, 17.7.2006) que designó las áreas territoriales del Bajo Guadalquivir, Bahía de Cádiz, Campo de Gibraltar, Valle del Guadiato, Comarca de Guadix, Sierra de Segura, la zona Minera de Huelva, el Polígono Sur de Sevilla y la ciudad de Córdoba.

b) Subvenciones para el mantenimiento como trabajador o trabajadora autónomo. Consiste en una cantidad a tanto alzado de hasta 4.000 euros o de hasta 5.000 euros cuando la actividad se desarrolle en zonas ATIPE.

c) Ayuda de asesoramiento y asistencia técnica, que son complementarias y no se desarrollan directamente en la Orden 26.4.2010, sino que deberá de estarse a los programas y servicios que se promuevan por la Consejería de Empleo.

Además de los requisitos generales desglosados en el art. 1 de la Orden, es necesario que las personas beneficiarias reúnan las circunstancias exigidas por el art. 4 y no se encuentren excluidas de su disfrute a tenor de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del art. 13.2 de la Ley 38/2003, de 27 de noviembre, General de Subvenciones (art. 10). En cuanto a las obligaciones que deberán de cumplir los beneficiarios, de manera genérica y específica se relacionan en el art. 15 de la Orden, entre ellas se encuentra la obligación de justificar la inversión, en tiempo y forma legal, de las ayudas que se les hubieren concedido con anterioridad con cargo al mismo programa presupuestario por parte de la Junta de Andalucía y sus agencias.

La Administración autonómica podrá sancionar las infracciones administrativas que se comentan a cuenta de las subvenciones concedidas (art. 20); así como solicitar el reintegro de las ayudas concedidas en los casos precisados en el art. 19 de la Orden, que no sólo alcanza al importe de la subvención concedida, sino también al interés de demora a computar desde el momento del pago de la ayuda y hasta que se acuerde la procedencia del reintegro.

Salvo lo dispuesto en los art. 1, 4 al 6 y 10, la mayor parte del articulado de la Orden está orientado a precisar y regular los trámites que son necesarios para solicitar las ayudas (modelos de solicitudes, requisitos que deberán de contener las solicitudes) y a determinar el lugar para su presentación (art. 7). Las solicitudes se presentarán en modelos oficiales que podrían obtenerse en las oficinas de las Direcciones Provinciales del SAE o por medios telemáticos. La solicitud deberá de acompañarse de la documentación complementaria a la que se refiere el art. 8. En cuanto el plazo para presentar las solicitudes, salvo en la convocatoria de subvenciones para el año 2010 que es extraordinaria, se

establece anualmente la apertura de dos periodos distintos para presentar las solicitudes de ayuda: durante los meses de marzo y septiembre de cada año (art. 9).

El expediente presentado será instruido por los servicios que estén adscritos a los trabajos autónomos en las Direcciones Provinciales del SAE (art. 11); la competencia para resolver se concede al Presidente del SAE que es la persona titular de la Consejería de Empleo, aunque las solicitudes serán materialmente resueltas por delegación de este titular en los Directores o Directoras Provinciales del SAE (art. 12). La resolución que se dicte reconociendo la ayuda o denegándola, tendrá que ser, necesariamente, motivada (art. 13) y la misma podrá ser modificada de producirse alguna alteración de las condiciones por las que se concedieron a sus beneficiarios (art. 14).

Por último, en lo que se refiere a la incompatibilidad de estas ayudas, éstas se contraen: a) Con los supuestos previstos para las ayudas minimis (art. 3 de la Orden 26.4.2010). b) Para las personas que expresamente se citan como excluidas en el art. 10 Orden.. c) Con cualquier otra ayuda o subvención proveniente de otras Administraciones, entidades y organismos públicos o privados destinadas a la misma finalidad. d) Con las ayudas derivadas de la Orden de 6 de abril de 2009, por la que se establecen las bases reguladoras del programa para impulsar proyectos promovidos por las Corporaciones Locales en el marco de los nuevos Yacimientos de Empleo (BOJA núm.71 de 15.04.2009), cuyo colectivo beneficiario son, como indica su art. 6, “las personas desempleadas inscritas como demandantes de empleo en las oficinas del Servicio Andaluz de Empleo, que muestren interés en poner en marcha una iniciativa económica, en el marco de las actividades previamente seleccionadas en ese territorio, y que cuenten con una formación básica o experiencia profesional relacionada con la actividad a desarrollar”.

DECRETO 193/2010, DE 20 DE ABRIL, POR EL QUE SE REGULA LA CALIFICACIÓN Y SE CREA EL REGISTRO DE EMPRESAS DE INSERCIÓN DE ANDALUCÍA (BOJA NÚM. 90, DE 11 DE MAYO)

La inserción laboral de los colectivos con dificultades para el acceso al empleo es uno de los objetivos previstos en el Estatuto de Autonomía de Andalucía (art. 169.3), dentro de este marco las Empresas de Inserción son uno de los mecanismos previstos por el sistema de políticas activas de empleo para facilitar la inserción laboral de colectivos con dificultades de inserción social. El marco legislativo nacional se concretó con la aprobación de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las Empresas de Inserción (BOE núm. 299, 14/12/2007); esta norma otorga la consideración de empresa de inserción a las sociedades mercantiles o sociedades cooperativas legalmente

constituídas que reciben esta calificación y que realizan actividades económicas de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tiene como fin la integración y la formación sociolaboral de personas en situación de exclusión social como etapa transitoria al empleo ordinario. En el ámbito de las respectivas Comunidades Autónomas esta calificación es realizada por el órgano administrativo competente de cada Comunidad Autónoma donde se encuentre el centro de trabajo, teniendo estas empresas la obligación de inscribirse en el Registro competente (arts. 7 y 9 de la Ley 44/1977). Es precisamente la calificación y la creación de dicho Registro Autonómico el objeto del Decreto 193/2010, el cual entró en vigor el 12 de mayo de 2010, al día siguiente de su publicación en el BOJA.

El Decreto 193/2010 se aplica solamente a las Empresas de Inserción con centro de trabajo en la Comunidad Autónoma de Andalucía –art. 1-, con independencia del lugar dónde esté situada la sede social de la empresa. Persigue un doble objetivo: a) Determinar las Empresas de Inserción y el procedimiento para calificarlas –aspectos desarrollados en los Capítulos I y II-; y, b) Crear el Registro de estas empresas y regular el funcionamiento registral –Capítulo III-.

El Capítulo I se ocupa de definir el concepto de Empresa de Inserción –art. 2-; cuáles son las entidades promotoras que pueden constituir este tipo de empresas y qué entidades no pueden promover su formación –art. 3-, así como los requisitos que deberán de reunir para obtener esta calificación. Por último, determinar el colectivo de exclusión social que deberán de contratar estas empresas, que serán las personas que se encuentren en alguno de los colectivos a los que se refiere el art. 5.

En el Capítulo II se regula la calificación de las Empresas de Inserción que se inicia con una solicitud que puede obtenerse en la Consejería competente en materia de empleo, en el SAE o a través de medios virtuales; dicha solicitud tendrá que acompañarse de una serie de documentos –art. 6-; la competencia para resolver la calificación se atribuye a la persona titular de la Presidencia del SAE, estableciéndose los aspectos relativos a la resolución –plazos, motivación de la resolución y las consecuencias derivadas de la calificación provisional- en el art. 8. La concesión de esta calificación conlleva el establecimiento de un seguimiento y un control de las empresas que las hubieren obtenido –art. 9-, al no ser una concesión definitiva, sino que puede perderse si concurren las causas que se precisan en el art. 10.

Por último, es el Capítulo III el que se dedica, propiamente, a la creación del registro como ente administrativo y de carácter público, adscribiéndose a la Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas del Empleo del SAE –art. 11-. La inscripción conlleva los efectos que se relacionan en el art. 12 y su validez es única para cada empresa y para todo

el territorio de la Comunidad Autónoma Andaluza. En lo que se refiere al funcionamiento del registro, éste se desarrolla en el art. 13, pudiendo producirse tanto la modificación –art. 15- como la cancelación de la inscripción –art. 16-. Otros aspectos que se regulan son: el tratamiento y el archivo de los datos obtenidos para realizar el registro, tratado en el art. 17 del Decreto, así como la elaboración de estadísticas oficiales mediante el reconocimiento del deber de colaboración de este registro con el Sistema Estadístico de Andalucía.

ORDEN DE 26 DE MAYO DE 2010, POR LA QUE SE MODIFICA LA ORDEN DE 28 DE MAYO DE 2009, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES PARA PROGRAMAS E INFRAESTRUCTURAS DESTINADOS AL ARRAIGO, LA INSERCIÓN Y LA PROMOCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS INMIGRANTES, DIRIGIDAS A ENTIDADES PRIVADAS SIN ÁNIMO DE LUCRO Y UNIVERSIDADES PÚBLICAS, EN EL ÁMBITO DE LAS COMPETENCIAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE COORDINACIÓN DE POLÍTICAS MIGRATORIAS Y SE EFECTÚA SU CONVOCATORIA PARA EL AÑO 2010 (BOJA NÚM. 114, DE 11 DE JUNIO)

Esta Orden es consecuencia de dos circunstancias distintas: a) La reestructuración de las Consejerías a consecuencia del Decreto del Presidente de 3/2009, de 23 de abril, que asigna las competencias en materia de políticas migratorias a la Consejería de Empleo, por un lado; y el Decreto del Presidente 14/2010, de 22 de marzo, por el que se mantienen las competencias que se le asignaron, en su día, ala Consejería de Empleo, de lo que se deriva la necesidad mantener las subvenciones a Entidades Locales; y, b) la necesidad de impulsar mayor agilización y simplificación en el procedimiento de concesión de las subvenciones, lo que conlleva la modificación de determinados artículos de la Orden de 28 de mayo de 2009, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para programas e infraestructuras destinados al arraigo, la inserción y la promoción social de las personas inmigrantes, dirigidas a entidades privadas sin ánimo de lucro y universidades públicas, en el ámbito de las competencias de la Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias.

Al mismo tiempo, la Orden de 26 de mayo de 2010 abre la convocatoria de subvenciones para el año en 2010 para Programas e Infraestructuras destinadas al arraigo, la inserción y la promoción social de personas inmigrantes, en el ámbito de las competencias de la Dirección General de Coordinación de las Políticas Migratorias, dirigidas a Entidades Locales Andaluzas, las Uni-

versidades Públicas andaluzas y las entidades privadas sin ánimo de lucro; las cuales disponían de un mes a computar desde el día siguiente de la publicación de la convocatoria en el BOJA –plazo que finalizó el 10 de julio de 2010- para solicitarlas, utilizando los formularios especificados en los Anexos – núm. O, 1, 2, 3 y 4- de la Orden.

Decreto 307/2010, de 15 de junio, por el que se determinan los órganos competentes para la imposición de sanciones en el orden social (BOJA núm. 119, de 18 de junio)

En el marco de la legislación del Estado, la Comunidad Andaluza posee competencias ejecutivas en materia de empleo y relaciones laborales, incluyendo la potestad sancionadora en el orden social (art. 63.1.7.^a del Estatuto), la competencia sancionadora fue transferida a nuestra Comunidad mediante el Real Decreto 4043/1982 y el Real Decreto 467/2003; la creación del Servicio Andaluz de Empleo, mediante la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, conllevó como consecuencia la determinación de nuevos órganos competentes para imponer las sanciones derivadas de las infracciones en el Orden Social, lo que se realizó mediante el Decreto 113/2006, de 13 de junio; sin embargo, el sistema establecido ha quedado desfasado; por un lado, por la actualización económica de las sanciones derivadas de la entrada en vigor de la reforma operada en el año 2007 en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social; y por otro, por la necesidad de agilizar los procedimientos para imponerlas mediante la desconcentración de competencias en la persona titular de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo y de los titulares de las Direcciones Provinciales de éste órgano, lo que ha dado lugar a la aprobación del Decreto 307/2010, que entró en vigor el 19 de junio de 2010 y ha derogado la normativa anteriormente aplicable, el Decreto 113/2006, de 13 de junio, por el que se determinan los órganos competentes para la imposición de sanciones por infracciones en el Orden Social.

El Decreto 307/2010 consta de 9 artículos, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales. Comienza indicando que la potestad sancionadora general en materia del Orden Social corresponde a la Consejería competente en materia de empleo y al Servicio Andaluz de Empleo, conforme a la distribución competencial que determina –art. 1- en lo que se refiere a los órganos administrativos; en lo que se refiere a las personas titulares de estos órganos, la concreción de la competencia se distribuye a través de cuatro bloques de materias: a) La competencia sancionadora para las infracciones en materia de relaciones laborales, desglosándose en el art. 2 las autoridades competentes para imponerlas en función de la calificación de la infracción: leve, grave o

muy grave; b) La competencia sancionadora para infracciones en materia de prevención de riesgos laborales –art. 3-; c) La competencia sancionadora para infracciones en materia de empleo, de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias y en materia de empresas de inserción –art. 4-; y d) La competencia sancionadora para la infracción en materia de empleo –art. 5-.

Los arts. 6 y 8 del Decreto 307/2010 son comunes a las distintas competencias sancionadoras ya que regulan el procedimiento aplicable para la imposición de sanciones y los órganos competentes para el conocimiento de los recursos que se interpongan contra los expedientes de sanciones (recurso de alzada, recurso potestativo de reposición o recursos jurisdiccionales que legalmente procedan). De manera específica, al margen de las competencias anteriores, se atribuye al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, la suspensión o el cierre de centros de trabajo en circunstancias de excepcional gravedad por infracciones referidas a la seguridad y la salud en el trabajo (art. 7). La competencia para imponer las sanciones accesorias, de conformidad con lo indicado en el art. 48.9 del Real Decreto Legislativo 5/2000, corresponde al órgano competente para imponer la sanción principal (art. 9).

CONSEJERÍA DE EMPLEO

DECRETO 136/2010, de 13 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de

Empleo.

El Decreto del Presidente 14/2010, de 22 de marzo, sobre reestructuración de Consejerías, estipula, en su artículo 7, que la Consejería de Empleo mantiene las competencias asignadas por el Decreto del Presidente 3/2009, de 23 de abril, sobre reestructuración de Consejerías.

El VII Acuerdo de Concertación Social de Andalucía, suscrito por el Gobierno andaluz con los Agentes Sociales y Económicos el pasado 24 de noviembre de 2009, establece un marco de compromiso por el avance conjunto en un modelo económico sostenible en el tiempo. La creación de empleo de calidad, no deslocalizable, y la mejora del funcionamiento de nuestro mercado de trabajo, serán elementos determinantes para el objetivo de una mayor sostenibilidad en el modelo de crecimiento y desarrollo del tejido social y productivo

de Andalucía.

En este contexto, la Consejería de Empleo propone una modificación en la actual estructura que permita un nuevo modelo de funcionamiento y gestión de los servicios que contribuyan al tránsito a una Andalucía sostenible.

En consecuencia, con la finalidad de un fortalecimiento y mejora de la calidad de los servicios públicos para el empleo, se propone una estructura del Servicio Andaluz de Empleo que refuerce su papel como instrumento eficiente para la mejora de la empleabilidad de la población activa andaluza, diferenciando en su estructura dos áreas especializadas, una primera que centra su actividad en el más eficiente servicio a la ciudadanía y una segunda, de gestión integral, avanzada y ágil de las políticas activas de empleo.

Por su parte, la Consejería de Em-

pleo incorpora en la Dirección General de Trabajo las competencias a desarrollar, en el marco de los objetivos de la economía de igualdad, de consecución de la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral, cohesión social y el fortalecimiento de las medidas que faciliten la conciliación de la vida familiar y laboral.

En su virtud, previo informe de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, a propuesta del Consejero de Empleo, de conformidad con lo establecido en el artículo 27.19 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en el artículo 24.1 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, y previa deliberación del Consejo de Gobierno, en su reunión del día 13 de abril de 2010,

DISPONGO

Artículo 1. *Competencias de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz Empleo.*

Corresponden a la Consejería de Empleo las siguientes competencias:

1. Las relaciones laborales en sus vertientes individuales y colectivas, sin perjuicio de las competencias que corresponden a la Consejería de Hacienda y Administración Pública en relación con el personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía; condiciones de trabajo; mediación, arbitraje y conciliación; programas de tiempo libre; y en general las competencias atribuidas a la Autoridad Laboral en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. La prevención de riesgos laborales y la seguridad y salud laboral, promoviendo la cultura preventiva y la realización de las acciones que, combatiendo la siniestralidad laboral, garanticen la salud de las personas traba-

jadoras.

3. Las políticas favorecedoras de la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, promoviendo la mejora de la empleabilidad de las mujeres, su seguridad y salud laboral, así como la promoción de la igualdad en el marco de la negociación colectiva.

4. Las competencias funcionales sobre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia laboral, asignadas a la Administración de la Junta de Andalucía.

5. La coordinación de las políticas migratorias.

6. Las políticas activas de empleo y de intermediación laboral atribuidas por el artículo 3 de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo, y en particular:

a) La intermediación laboral, mediante la cualificación de la demanda y la dinamización de la oferta de empleo, facilitando el ajuste entre empleadores y demandantes de empleo.

b) El fomento del empleo y de su calidad y estabilidad.

c) La promoción y el desarrollo del empleo local, atendiendo a las necesidades específicas de cada territorio y en coordinación con las Administraciones Locales, así como el seguimiento del Programa de Fomento del Empleo Agrario.

d) La formación profesional para el empleo, promoviendo la inserción laboral de las personas desempleadas y la cualificación profesional de las personas trabajadoras ocupadas.

e) La expedición de acreditaciones profesionales de la población activa como reconocimiento de su profesionalidad, fruto de la formación previa o de la experiencia laboral, y en particular mediante la expedición de las Certificaciones Profesionales.

f) La promoción del trabajo autónomo, así como la planificación, gestión, promoción y evaluación de los progra-

mas y acciones relativos al fomento de vocaciones empresariales, la formación de personas emprendedoras y titulares de pequeñas empresas, el fomento del autoempleo y la difusión de la cultura empresarial.

g) La ejecución y coordinación de las acciones derivadas de la Estrategia Europea por el Empleo en la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como la participación en los programas e iniciativas comunitarias relativas a materias que son competencia de esta Consejería.

Artículo 2. Organización general de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo.

1. La Consejería de Empleo, bajo la superior dirección de la persona titular de la misma, se estructura para el ejercicio de sus competencias en los siguientes órganos directivos centrales:

- Viceconsejería.
- Secretaría General Técnica.
- Dirección General de Trabajo.
- Dirección General de Seguridad y Salud Laboral.
- Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias.

2. El Servicio Andaluz de Empleo, bajo la Presidencia de la persona titular de la Consejería, se estructura para el ejercicio de sus competencias en los siguientes órganos directivos centrales:

- Dirección-Gerencia.
- Dirección General de Calidad de los Servicios para el Empleo.
- Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo.

3. En cada provincia existirá un órgano directivo periférico, la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo, cuya persona titular, además de cuantas competencias le vengan atribuidas, de acuerdo con los artículos 38 y 39 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía, ostentará la representación ordinaria de la Consejería y del Servicio Andaluz de

Empleo en su ámbito territorial.

4. Se adscriben a la Consejería de Empleo:

- El Servicio Andaluz de Empleo, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre.

- El Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 10/2006, de 26 de diciembre, del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.

- El Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y su Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA), de conformidad con lo establecido en la Ley 4/1983, de 27 de junio, del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

- El Consejo Económico y Social de Andalucía, de conformidad con lo establecido en la Ley 5/1997, de 26 de noviembre, del Consejo Económico y Social de Andalucía.

5. Bajo la presidencia de la persona titular de la Consejería, para asistirle en el estudio, formación y desarrollo de las directrices de la misma, se constituirá un Consejo de Dirección del que formarán parte las personas titulares de todos los órganos directivos centrales de la misma.

Cuando el titular de la Consejería lo estime procedente, podrán asistir a las reuniones del Consejo de Dirección las personas titulares de los órganos directivos periféricos de la Consejería, así como los de las Agencias, de los órganos adscritos y de las entidades dependientes de la misma.

La Secretaría del Consejo de Dirección será ostentada por la persona titular de la Secretaría General Técnica de la Consejería.

Artículo 3. Régimen de suplencia.

1. En caso de ausencia, enfermedad o impedimento de la persona titular de la Consejería, esta será suplida por

la persona titular de la Viceconsejería, a excepción de la suplencia prevista en el artículo 9.6 del Decreto 148/2005, de 14 de junio, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo, y lo establecido en el artículo 10.1.j) de la Ley 6/2006, de 24 octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. En caso de ausencia, enfermedad o impedimento de la persona titular de la Viceconsejería, Dirección-Gección del Servicio Andaluz de Empleo o de los restantes órganos directivos centrales de la Consejería y de la citada Agencia, serán suplidos por la persona titular de la Secretaría General Técnica.

3. Respecto de los órganos directivos periféricos, las personas titulares de las Delegaciones Provinciales de la Consejería y Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo serán suplidas por las personas titulares de la Secretaría General y Secretaría Provincial, respectivamente.

4. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, la persona titular de la Consejería podrá designar para la suplencia a la persona titular del órgano directivo que estime pertinente.

Artículo 4. Viceconsejería.

1. La Viceconsejería ejerce la jefatura superior de la Consejería después de la persona titular de la misma, correspondiéndole la representación ordinaria y delegación general de aquélla; de igual modo, le corresponde proponer medidas de organización, de relaciones de puestos de trabajo y planes de empleo; la dirección del funcionamiento de los servicios comunes a través de las correspondientes instrucciones y órdenes de servicio; la coordinación administrativa entre los distintos órganos de la Consejería y su supervisión y control, así como las restantes funciones que le atribuye el artículo 27 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, y aquellas específicas que, con carácter expreso, le dele-

gue la persona titular de la Consejería.

2. Igualmente, se atribuyen a la Viceconsejería las siguientes competencias:

a) La coordinación con la Administración General del Estado para la ejecución de los correspondientes Planes de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como de las actuaciones relativas a la realidad migratoria.

b) El impulso, la coordinación, la planificación y el seguimiento de todos los programas dirigidos a la implantación de políticas de calidad, estabilidad y seguridad en el empleo puestos en marcha por la Consejería de Empleo, por el Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales y por el Servicio Andaluz de Empleo, así como la coordinación con otros programas que se aprueben por el resto de Consejerías o Agencias sobre tales materias para la aplicación de la Estrategia Europea por el Empleo.

c) La comunicación con las demás Consejerías, organismos y entidades que tengan relación con la Consejería, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

d) Velar por el cumplimiento de las decisiones adoptadas por la persona titular de la Consejería y de los acuerdos tomados en Consejo de Dirección, así como el seguimiento de la ejecución de los programas de la Consejería.

3. De la Viceconsejería dependerán las Direcciones Generales de Trabajo, de Seguridad y Salud Laboral y de Coordinación de Políticas Migratorias.

Artículo 5. Secretaría General Técnica.

1. Bajo la dependencia directa de la persona titular de la Viceconsejería, la Secretaría General Técnica, con

nivel orgánico de Dirección General, tendrá las atribuciones previstas en el artículo 29 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, y, en particular, la gestión de personal, sin perjuicio de la jefatura superior de personal que ostenta la Viceconsejería; la organización y racionalización de las unidades y servicios de la Consejería y las funciones generales de administración, registro y archivo central, impulso y ejecución de la actividad presupuestaria y la gestión del gasto, coordinando, a estos efectos, a las distintas Agencias y entidades dependientes de la Consejería, la gestión de la contratación administrativa, así como la gestión del Plan de Sistemas y servicios de información y comunicación. Ejercerá estas mismas funciones respecto del Servicio Andaluz de Empleo y en el Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, incluida la gestión de tesorería de los mismos.

2. Serán también de su competencia la tramitación, informe y, en su caso, preparación de disposiciones de carácter general; la elaboración del anteproyecto del presupuesto de la Consejería, así como el seguimiento de la ejecución del mismo; la coordinación de las Oficinas de Atención al Ciudadano y, en general, la asistencia técnica y administrativa a los órganos de la Consejería.

3. Además le corresponde, la realización de estadísticas sobre las materias competencia de la misma, en colaboración con el Instituto de Estadística de Andalucía, salvo las atribuidas por el apartado 3 del artículo 9 a la Dirección-Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo.

Artículo 6. Dirección General de Trabajo.

1. A la Dirección General de Trabajo se le atribuyen, en general, las competencias propias de la Autoridad Laboral, en materia de relaciones laborales.

2. En particular, le quedan atribui-

das las siguientes:

a) Las competencias en materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, y de condiciones de trabajo; así como las de mediación, arbitraje y conciliación.

b) La gestión de programas de Residencias de Tiempo Libre. c) El estudio sobre viabilidad de empresas, análisis de productividad y la resolución de los expedientes de regulación de empleo y de acompañamiento sociolaboral en su caso, sin perjuicio de la necesaria coordinación con otros órganos directivos.

d) El fomento y apoyo a la elaboración de planes de igualdad en las empresas, en colaboración con la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social.

e) Las actividades de promoción y sensibilización para la conciliación de la vida personal y familiar, la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas así como la realización de campañas y acciones de formación que faciliten dicha conciliación.

f) La investigación, formación, difusión y fomento sobre los aspectos laborales de la Responsabilidad Social Corporativa.

g) Las competencias sancionadoras por infracciones en materia de relaciones laborales, sin perjuicio de las atribuidas a otros órganos por razón de su cuantía.

Artículo 7. Dirección General de Seguridad y Salud Laboral.

1. A la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral corresponden en general las competencias relativas a la seguridad y salud laboral de las personas trabajadoras, así como los mecanismos de inspección, prevención de los riesgos laborales y lucha contra la siniestralidad laboral.

2. En particular, se le atribuyen las siguientes:

a) La promoción de la cultura pre-

ventiva y la realización de las acciones que, combatiendo la siniestralidad laboral, garanticen la salud de las personas trabajadoras.

b) La coordinación de los Centros de Prevención de Riesgos Laborales dependientes de la Consejería.

c) Las facultades de dirección, control y tutela del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 10/2006, de 26 de diciembre, y Decreto 34/2008, de 5 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.

d) Las competencias sancionadoras por infracciones en materia de seguridad y salud laboral, sin perjuicio de las atribuidas a otros órganos por razón de su cuantía.

Artículo 8. Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias.

Corresponde a la Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias:

a) Las funciones de impulso y coordinación de las políticas públicas de las distintas Consejerías en atención a las consecuencias sociales de la realidad migratoria.

b) La coordinación de las actuaciones que al respecto se aborden en los ámbitos sanitario, social, cultural, educativo y en cualquier otro ámbito de intervención sobre la realidad migratoria.

c) El estudio de la evolución de la migración como realidad social.

d) La planificación de la actuación de la Administración de la Junta de Andalucía al respecto y la evaluación permanente de sus resultados.

e) La coordinación de las actuaciones y las relaciones con otras Administraciones Públicas en lo referente a la incidencia de la realidad migratoria, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4.2.a).

Artículo 9. Dirección-Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo.

1. A la Dirección-Gerencia del Ser-

vicio Andaluz de Empleo, con rango de Viceconsejería, le corresponden la dirección, supervisión y control de los órganos directivos centrales y periféricos de dicha Agencia, así como la planificación, coordinación y evaluación de sus actividades.

2. De acuerdo con el artículo 9.2 de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, le corresponde:

a) Ejecutar y hacer ejecutar los acuerdos del Consejo de Administración del Servicio Andaluz de Empleo.

b) Ejercer la jefatura superior del personal adscrito al Servicio Andaluz de Empleo.

c) Autorizar los gastos, efectuar las disposiciones, contraer obligaciones y ordenar pagos.

d) Preparar y elevar al Consejo de Administración el borrador del anteproyecto de presupuesto, planes y programas de empleo, planes de actividades y la Memoria y cuentas anuales.

e) Todas aquellas que le atribuyan los Estatutos, la normativa vigente y las que le sean delegadas.

3. Asimismo, le corresponde con carácter específico:

a) La coordinación de los órganos territoriales de la Agencia.

b) El estudio y prospección del mercado de trabajo en Andalucía, así como la preparación y análisis de las estadísticas de empleo, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros órganos en esta materia.

c) La promoción y coordinación de la participación de la Agencia en las Iniciativas y Programas Comunitarios y la elaboración de las medidas que sobre las materias atribuidas al Servicio Andaluz de Empleo, se presenten en el marco del Fondo Social Europeo, a través de la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia.

d) La asunción, asignación o redistribución en su caso, entre los distintos órganos del Servicio Andaluz de Em-

pleo, de programas y actividades que incluyan funciones asignadas a más de un órgano directivo de la Agencia.

4. De la Dirección-Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo dependerán las Direcciones Generales de Calidad de los Servicios para el Empleo y de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo.

Artículo 10. *Dirección General de Calidad de los Servicios para el Empleo.*

1. A la Dirección General de Calidad de los Servicios para el Empleo le corresponden, en general, las funciones relativas a servicios para la empleabilidad de las personas demandantes de empleo así como la mejora del funcionamiento del mercado de trabajo.

2. En particular, le corresponden las siguientes:

a) La coordinación de la atención a las personas usuarias del Servicio Andaluz de Empleo, demandantes y oferentes de empleo, mediante la implantación y desarrollo de los procesos de asesoramiento a éstos, y su derivación a otras actividades del Servicio.

b) La definición y coordinación del registro y calificación de la demanda de empleo, así como la puesta en marcha de los Itinerarios Personalizados de Inserción y las actuaciones de orientación profesional de las personas demandantes de empleo.

c) La definición y coordinación de las actuaciones de atención a las entidades empleadoras en relación con sus necesidades de recursos humanos, con la recepción y difusión de las ofertas de empleo, la captación de personas candidatas adecuadas y su puesta en contacto para su contratación.

d) La promoción, impulso y desarrollo de los programas y acciones para el desarrollo del empleo local, atendiendo a las necesidades específicas de cada territorio en colaboración con las Administraciones Locales y coordinan-

do las actividades de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico.

Artículo 11. *Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo.*

1. A la Dirección General Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo le corresponden, en general, las funciones relativas a la formación de las personas demandantes de empleo y de las personas trabajadoras ocupadas, el fomento de trabajo autónomo y del autoempleo, así como las encaminadas a incentivar la creación de empleo de calidad, estable y no deslocalizable.

2. En particular le corresponden las siguientes:

a) La planificación y gestión de los programas de cualificación profesional de la población activa, correspondiéndole la coordinación de la oferta formativa dirigida a las personas demandantes de empleo y de las acciones de formación a lo largo de la vida laboral.

b) La programación, coordinación y control de los Centros de Formación Profesional del Servicio Andaluz de Empleo, así como de aquellos centros de formación especializada en los que el Servicio Andaluz de Empleo tenga participación mayoritaria.

c) La gestión y expedición de acreditaciones profesionales de la población activa como reconocimiento de su profesionalidad fruto de la formación previa o de la experiencia laboral y, en particular, los Certificados de Profesionalidad en Andalucía.

d) La promoción y fomento del trabajo autónomo, así como la gestión y promoción de la cultura emprendedora, el fomento de vocaciones empresariales, la formación de emprendedores y pequeños empresarios, el fomento del autoempleo y la difusión de la cultura empresarial.

e) El fomento de medidas dirigidas

a la creación de empleo de calidad, estable y no deslocalizable, a la contratación de personas demandantes de empleo, así como la gestión, en el ámbito de las competencias de la Agencia, del Programa de Fomento del Empleo Agrario.

f) El fomento y elaboración de proyectos generadores de empleo de interés general y social, así como los programas específicos de fomento de la contratación para la integración laboral de personas con discapacidad y para las personas con dificultades de inserción laboral.

g) La coordinación y control de los programas mixtos de fomento del empleo, que incluyan acciones de formación.

h) El impulso y desarrollo de medidas en el marco de los nuevos yacimientos de empleo.

Disposición adicional única. Adecuación de la relación de puestos de trabajo.

En el plazo máximo de tres meses se presentará ante la Consejería de Hacienda y Administración Pública la correspondiente propuesta para la adecuación de la relación de puestos de trabajo a lo establecido en el presente Decreto.

Disposición transitoria única. Subsistencia y retribución de determinadas unidades y puestos de trabajo.

Hasta tanto se apruebe la Relación de Puestos de Trabajo adaptada a la

estructura orgánica aprobada mediante este Decreto, y se proceda a las correspondientes adaptaciones presupuestarias, las unidades y puestos de trabajo de nivel orgánico inferior a Dirección General, continuarán subsistentes y serán retribuidos con cargo a los mismos créditos presupuestarios a que venían imputándose.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Queda derogado el Decreto 170/2009, de 19 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo, y cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente disposición.

Disposición final primera. Desarrollo normativo.

Se habilita al Consejero de Empleo para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo de lo establecido en el presente Decreto.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.

El presente Decreto entrará en vigor el día de su publicación en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía».

Sevilla, 13 de abril de 2010
 JOSÉ ANTONIO GRIÑÁN MARTÍNEZ
 Presidente de la Junta de Andalucía

MANUEL RECIO MENÉNDEZ
 Consejero de Empleo

CONSEJERÍA DE EMPLEO

ORDEN de 26 de abril de 2010, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas al establecimiento y mantenimiento como trabajador o trabajadora autónomo en Andalucía.

El trabajo autónomo representa un valor añadido para el desarrollo del tejido productivo andaluz, constituyendo un elemento determinante en el crecimiento y desarrollo económico de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Por ello, el Gobierno de la Junta de Andalucía sigue apostando por el crecimiento continuo de este tejido empresarial, impulsando los valores de la cultura emprendedora, y potenciando tanto los recursos naturales y eco-

nómicos de Andalucía bajo el principio de sostenibilidad, como la puesta en marcha y consolidación de actividades económicas en el marco del trabajo autónomo en Andalucía.

Mediante el Real Decreto 1056/1984, de 9 de mayo, se procedió al traspaso de las funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de Unidad Administradora del Fondo Nacional de Protección al Trabajo (BOE núm. 134, de 5.6.1984), quedando específicamente integrados en el mismo las materias referidas al apoyo al Trabajo Autónomo.

En relación a dicha materia, y en desarrollo del Real Decreto 357/2006, de 24 de marzo, por el que se regula la concesión directa de determinadas subvenciones en los ámbitos del empleo y la formación ocupacional, la Orden TAS/1622/2007, de 5 de junio, por la que se regula la concesión de subvenciones al programa de promoción del empleo autónomo, establece en su disposición adicional primera que las Comunidades Autónomas que hayan asumido el traspaso de la gestión realizada por el Servicio Público de Empleo Estatal en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación así como de los programas de apoyo al mismo ejercerán las funciones que les correspondan según lo dispuesto en los Reales Decretos de traspaso.

De conformidad con ello, la presente Orden procede a implementar en Andalucía, en régimen de concesión directa, la subvención por el establecimiento como trabajador o trabajadora autónomo o por cuenta propia, establecida por la citada Orden TAS/1622/2007, de 5 de junio.

Así mismo, también se establece una subvención al mantenimiento de la actividad autónoma destinada a financiar gastos e inversiones elegibles en el marco de lo dispuesto por la Orden TIN/2965/2008, de 14 de octubre, por la

que se determinan los gastos subvencionables por el Fondo Social Europeo durante el periodo de programación de 2007-2013, en la redacción dada por la Orden TIN/788/2009, de 25 de marzo. Estas subvenciones estarán cofinanciadas por el Programa Operativo Fondo Social Europeo Andalucía 2007-2013, aprobado por Decisión de la Comisión de 13 de diciembre de 2007 (Eje 1), sometidas al régimen jurídico establecido por el artículo 6 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y, en base tanto al objetivo perseguido como a los posibles beneficiarios de las mismas, no pueden quedar sometidas a un régimen de concurrencia competitiva, no resultando necesario establecer comparación entre solicitudes ni relación entre las mismas.

La Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo, dispone que el fomento del empleo constituye uno de los objetivos específicos de éste Servicio, para lo cual ejerce entre otras funciones la de planificación gestión, promoción y evaluación de los distintos programas y acciones para el empleo, competencia de la Comunidad Autónoma y, en particular, los relativos al fomento de vocaciones empresariales, la formación de emprendedores y pequeños empresarios, el fomento del autoempleo y la difusión de la cultura empresarial.

En este sentido, el VII Acuerdo de Concertación Social de Andalucía recoge en su Eje 2 un elenco de medidas dirigidas a generar las condiciones necesarias para facilitar la creación, el mantenimiento y la actividad económica.

Por todo ello, esta Orden persigue entre otros objetivos, promocionar el autoempleo y la cultura emprendedora como política activa de empleo, especialmente, entre las personas desempleadas.

De igual forma, esta norma ha tenido en cuenta, las dificultades del mo-

mento presente, los sectores económicos y actividades que en la actualidad predominan en Andalucía en el marco del trabajo autónomo, así como las nuevas necesidades y demandas que se plantean. Todo ello permitirá por una parte, una mejor adaptación de los trabajos tradicionales y artesanales a las nuevas exigencias del mercado, y por otra, una mayor potenciación de las nuevas actividades que emergen fundamentalmente, en el marco de una economía sostenible, de ahí que se haya establecido la preferencia en la implantación de determinadas actividades.

Asimismo, las ayudas reguladas en esta Orden, quedarán sometidas al régimen de «*minimis*» en los términos establecidos en el Reglamento (CE) núm. 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas «*minimis*» (DOUE L379, de 28 de diciembre).

La tramitación electrónica del procedimiento establecido en la presente Orden se sujeta a las prescripciones establecidas por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, y la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y al Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos, en lo que le sea de aplicación.

En cumplimiento del artículo 9.2.d) de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, la presente Orden ha sido sometida a las organizaciones que conforman el Consejo de Administración del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

En su virtud, y de acuerdo con las competencias atribuidas en el artículo 118.1 del Texto Refundido de la Ley

General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, y el artículo 44.2 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a propuesta de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo,

DISPONGO

Artículo 1. *Objeto de la Orden.*

1. Esta Orden tiene por objeto establecer las bases reguladoras y convocatoria de las subvenciones al autoempleo en Andalucía.

2. A estos efectos, se establecen subvenciones tanto para el establecimiento como para el mantenimiento como trabajador o trabajadora autónomo, entendiéndose por tal a la persona física que ejerce una actividad económica de forma individual, por cuenta propia, y con hasta cinco trabajadores o trabajadoras por cuenta ajena, y que tenga residencia y domicilio fiscal en Andalucía.

3. Complementariamente a las subvenciones establecidas en el apartado anterior, todas las personas que se constituyan como trabajadoras autónomas en Andalucía, podrán beneficiarse del asesoramiento y asistencia técnica que se preste, a través de los distintos programas y servicios que para este fin se promuevan por la Consejería de Empleo, en el marco de las competencias que tiene atribuidas por la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo.

Artículo 2. *Régimen de concesión de las ayudas.*

1. Las subvenciones al establecimiento como trabajador o trabajadora autónomo quedan sometidas al régimen de concesión directa, de conformidad con lo dispuesto por el Real Decreto 357/2006, de 24 de marzo, y la Orden TAS/1622/2007, de 5 de junio, de desarrollo del mismo.

2. Las subvenciones al mantenimiento como trabajador o trabajadora autónomo, teniendo en cuenta tanto el objetivo perseguido como los posibles beneficiarios de las mismas, no pueden quedar sometidas a un régimen de concurrencia competitiva, no resultando necesario establecer comparación entre solicitudes ni su prelación, de conformidad con lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 120.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, en conexión con el artículo 22.2.c) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Artículo 3. Ayudas de «minimis».

Las ayudas reguladas en la presente Orden quedarán sometidas al régimen de «minimis» en los términos establecidos en el artículo 2 del Reglamento (CE) núm. 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas «minimis», y así deberá constar en la solicitud a efectos de seguimiento y control, debiendo aportar la persona solicitante declaración expresa responsable de que no ha recibido ayuda de «minimis» de cualquier naturaleza o forma y finalidad o, en el supuesto de haber recibido otras ayudas de «minimis» en los últimos tres ejercicios fiscales, que en concurrencia con la subvención solicitada en base a la presente Orden, no superan los 200.000 euros, indicando la fecha de la concesión, la entidad concedente y los importes.

Artículo 4. Personas beneficiarias.

1. Podrán solicitar la subvención al establecimiento como trabajador o trabajadora autónomo las personas que reúnan los siguientes requisitos:

a) Haber iniciado su actividad económica en los seis meses anteriores a la apertura del plazo para la solicitud de

la misma en la convocatoria de que se trate.

b) Acreditar que, en el mismo día o en el anterior a su alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o en aquel que legal o estatutariamente corresponda, se encontraban en situación legal de desempleo.

2. Podrán solicitar las subvenciones al mantenimiento como trabajador o trabajador autónomo, aquellas personas que lleven de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o en el régimen que legal o estatutariamente corresponda, un mínimo de un año y un máximo de tres años, a contar desde la apertura del plazo de solicitud de la ayuda para la que solicitan.

Artículo 5. Zonas de actuación y actividades preferentes.

1. Se considerarán prioritarias, aquellas actividades ubicadas en áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo, declaradas como tales por el Servicio Andaluz de Empleo, de conformidad con lo establecido en el Decreto 109/2006, de 6 de junio, por el que se establecen los indicadores para las áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo, o en la normativa que lo sustituya.

2. Asimismo, se considerarán preferentes las actividades económicas incluidas en los siguientes ámbitos:

a) Los vinculados a la vida diaria, especialmente los relacionados con la atención a la dependencia y con los servicios destinados a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

b) Los encuadrados en el ocio, recreo y cultura.

c) Los enmarcados en la protección del medio ambiente, tratamientos de residuos y energías limpias y renovables.

d) Los establecidos entorno a la mejora de la calidad de vida, especialmente los destinados a la rehabilitación y adaptación de viviendas, y espacios públicos.

e) Los relacionados con la asistencia a las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación.

Artículo 6. Cuantía y pago de la ayuda.

1. La subvención para el establecimiento como trabajador o trabajadora autónomo consistirá en una cantidad a tanto alzado, que podrá alcanzar hasta un máximo de 11.000 euros en función de lo siguiente:

a) 5.000 euros para personas desempleadas en general.

b) 6.000 euros para:

1.º Personas jóvenes desempleadas de hasta 30 años, entendiéndose incluidos los jóvenes que en el año inmediatamente anterior a la solicitud del incentivo, hayan finalizado programas de formación o mixtos de formación y empleo de la Consejería de Empleo.

2.º Personas desempleadas provenientes de expedientes de regulación de empleo.

3.º Actividades desarrolladas en zona ATIPE.

c) 7.000 euros para mujeres desempleadas.

d) 8.000 euros para:

1.º Personas desempleadas con discapacidad en un grado igual o superior a un 33 por ciento.

2.º Personas desempleadas con especiales dificultades de acceso al mercado laboral, entendiéndose por tales a las personas mayores de 45 años, las inmigrantes y las que se hallen en situación de desempleo por un período igual o superior a doce meses.

e) 10.000 euros para mujeres desempleadas con discapacidad en un grado igual o superior a un 33 por ciento.

f) En el supuesto de mujeres víctimas de violencia de género, las cantidades de las letras c) y e) se incrementarán en un 10 por ciento.

A los efectos de determinar el importe de la subvención, la calificación como persona con discapacidad, inmi-

grante o mujer víctima de violencia de género, deberá ser acreditada por las Administraciones competentes en esta materia. En relación con la inclusión de la persona solicitante en el resto de los supuestos contemplados en este apartado, será suficiente con la correspondiente comprobación por parte del órgano instructor.

2. La subvención para el mantenimiento como trabajador o trabajadora autónomo, consistirá en una cantidad a tanto alzado de hasta 4.000 euros destinada a financiar gastos e inversiones ya realizados por parte del trabajador o trabajadora autónomo, y determinados como elegibles de conformidad con la Orden TIN/2965/2008, de 14 de octubre, por la que se determinan los gastos subvencionables por el Fondo Social Europeo durante el período de programación de 2007-2013.

A efectos de esta ayuda, se considerarán gastos e inversiones elegibles las que se hayan realizado y pagado, en los seis meses anteriores a la apertura del plazo para solicitar la ayuda. Los pagos realizados en efectivo deberán acreditarse documentalmente.

No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, esta ayuda podrá alcanzar una cuantía de hasta 4.500 euros cuando la actividad económica se desarrolle en zonas ATIPE.

Artículo 7. Solicitud de las ayudas y lugar de presentación.

1. Los modelos de solicitudes de las ayudas reguladas en la presente Orden, se podrán obtener en las oficinas de las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo. Así mismo también se podrán obtener y confeccionar mediante descarga telemática en la Oficina Virtual del Servicio Andaluz de Empleo, accesible a través del enlace correspondiente en su portal (www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo).

2. Las solicitudes se dirigirán al ór-

gano competente para su resolución de conformidad con el artículo 12, y se presentarán preferentemente en el Registro Telemático Único de la Junta de Andalucía de conformidad con lo establecido en el apartado 4 y en el artículo siguiente, y al que se accederá desde la página web del Servicio Andaluz de Empleo, indicada en el apartado anterior.

Las relaciones jurídicas derivadas del procedimiento regulado en la presente Orden se desarrollarán por medios electrónicos. Para ello, deberán concurrir los requisitos exigidos en el artículo 12.3 del Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de los procedimientos electrónicos, y las personas solicitantes deberán disponer de la correspondiente firma electrónica reconocida, regulada en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, o del sistema de firma electrónica incorporado al Documento Nacional de Identidad, de conformidad con los artículos 14 y 15 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

Las solicitudes así presentadas producirán los mismos efectos jurídicos que las formuladas de acuerdo con el artículo 70.1 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, e incluirán la petición de autorización para realizar las comunicaciones relativas al procedimiento por medios electrónicos, a través de la suscripción automática al sistema de notificaciones telemáticas de la Junta de Andalucía.

El registro telemático emitirá un recibo electrónico, de tal forma que la persona interesada tenga constancia de que la comunicación ha sido recibida por la Administración y pueda referirse a ella posteriormente. El recibo consistirá en una copia autenticada de

la solicitud incluyendo la fecha y hora de presentación y el número de asiento de entrada en el registro.

Para que las notificaciones administrativas puedan llevarse a cabo por medios electrónicos, será preciso que las personas solicitantes, en el momento de la iniciación o en

cualquier otra fase de tramitación, acepten expresamente dicho medio de notificación como preferente mediante la identificación de una dirección electrónica al efecto. Asimismo, podrán revocar su consentimiento para que las notificaciones dejen de efectuarse por vía electrónica, en cuyo caso deberán comunicarlo al órgano competente para la tramitación e indicar una nueva dirección donde practicar las notificaciones.

3. También podrán presentarse las solicitudes de ayuda en soporte papel en el Registro de la correspondiente Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo tomando en consideración la provincia en la que se desarrolle la actividad autónoma, sin perjuicio de que también puedan presentarse en los registros y oficinas a que hace referencia el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 82 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

4. La solicitud de los incentivos deberá contener los siguientes extremos:

a) Identificación de la persona solicitante y, en su caso, de quien la represente y firme la solicitud o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio.

b) Denominación e importe de la ayuda solicitada.

c) Declaración responsable de que la persona solicitante reúne los requisitos establecidos y no se encuentra incurso en ninguna de las exclusiones para ser beneficiaria establecidas en el artículo 10.

d) Declaración responsable de la persona solicitante relativa a otras subvenciones o ayudas públicas concedidas y/o solicitadas por otras Administraciones o entes públicos o privados, nacionales o internacionales para la misma finalidad.

e) Declaración responsable de que sobre ella no ha recaído resolución administrativa o judicial firme de reintegro, consecuencia de procedimientos sustanciados en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía, o en su caso acreditación del ingreso, aplazamiento o fraccionamiento de la deuda correspondiente.

f) Declaración expresa responsable de la persona solicitante no ha recibido ayuda de «*minimis*» de cualquier naturaleza o forma y finalidad conforme al Reglamento (CE) 1998/2006, de 15 de diciembre, de la Comisión Europea, en los últimos tres ejercicios fiscales o, en el caso de haberlas recibido, que en concurrencia con la ayuda que se solicita, no superan los 200.000 euros, indicando la fecha de la concesión, la entidad concedente y los importes.

5. En todo caso, la persona solicitante de la ayuda deberá especificar en la solicitud en cual de los supuestos recogidos en el artículo 6.1 se encuentra incluido. Asimismo, en su caso, también deberá indicarse la inclusión en zonas de actuación y/o actividades preferentes establecidas en el artículo 5.

6. La presentación de la solicitud conlleva la autorización al órgano gestor para recabar las certificaciones a emitir por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la Consejería Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y por la Tesorería General de la Seguridad Social, de estar al corriente de sus obligaciones fiscales, de acuerdo con el artículo 120.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto Le-

gislativo 1/2010, de 2 de marzo. No obstante, en relación con esta última, en tanto en cuanto no se articulen los oportunos mecanismos para la transmisión de datos entre Administraciones, la persona beneficiaria deberá aportar el correspondiente certificado expedido por la Tesorería General de la Seguridad Social, acreditativo de que se encuentra al corriente de sus obligaciones frente a la Seguridad Social.

7. De conformidad con lo establecido en el artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en el caso de que la solicitud no reúna los requisitos generales exigidos o no se acompañe de la documentación prevista en el artículo siguiente, el órgano competente procederá a requerir a la persona interesada para que en un plazo de diez días subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, significándole que de no cumplir dicho requerimiento se le tendrá por desistida; en la solicitud previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42.1 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Artículo 8. *Documentación adjunta a la solicitud.*

La solicitud de las ayudas contempladas en la presente Orden se acompañará de la siguiente documentación general:

a) Documentación acreditativa del poder de representación del representante legal de la persona solicitante, en los; casos que así proceda.

b) Certificación bancaria acreditativa de la titularidad de la cuenta, firmada por la persona solicitante y por la entidad bancaria.

c) Original o copia auténtica o autenticada del Alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o en aquel que legal o estatutariamente le corresponda.

d) En el caso de solicitud de ayuda para el establecimiento como trabaja-

edor o trabajadora autónomo, y para el supuesto de persona con discapacidad, inmigrante, o mujer víctimas de violencia de género, original o copia auténtica o autenticada de la documentación acreditativa emitida por las Administraciones competentes en esta materia.

e) En el caso de solicitud de ayuda para el mantenimiento como trabajador o trabajadora autónomo, original o copia auténtica o autenticada de la o las facturas que acrediten la inversión realizada, así como la documentación acreditativa del pago de las mismas.

Artículo 9. Plazo de presentación de solicitudes.

1. Las solicitudes de las ayudas previstas en la presente Orden podrán presentarse en los meses de marzo y septiembre de cada año.

2. No serán admitidas a trámite las solicitudes que se presenten fuera del plazo establecido, resolviéndose la inadmisión de las mismas, que deberá ser notificada a las personas interesadas en los términos previstos en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Artículo 10. Personas beneficiarias excluidas.

1. De conformidad con lo establecido por el artículo 13.2 y 3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, no podrán obtener la condición de beneficiario o beneficiaria de las ayudas reguladas en la presente Orden, las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas.

b) Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, estar sujetas a intervención judicial o haber sido inhabilitadas conforme a la Ley 22/2003, de 29 de julio, Concursal, sin

que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

c) Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declaradas culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración.

d) Estar incurso la persona física, los administradores y administradoras de las sociedades mercantiles o aquellos/as que ostenten la representación legal de otras personas jurídicas, en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma o en la normativa autonómica que regule estas materias.

e) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, o tener deudas en periodo ejecutivo de cualquier ingreso de Derecho Público con la Comunidad Autónoma de Andalucía.

f) Tener la residencia fiscal en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

g) No hallarse al corriente de pago de obligaciones por reintegro de ayudas en los términos que reglamentariamente se determinen.

h) Haber sido sancionada mediante resolución firme con la pérdida de la

posibilidad de obtener ayudas según de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, o la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

2. Sin perjuicio de lo anterior, y con carácter específico serán excluidas como posibles beneficiarias las personas que se encuentren en alguna de las situaciones siguientes:

a) Haber recibido efectivamente la misma modalidad de ayudas en los tres años anteriores a la apertura del plazo de presentación de las solicitudes de la convocatoria que se trate.

b) Haber sido condenadas por sentencia judicial firme o sancionadas por resolución administrativa firme, en los últimos tres años, por incumplimiento de la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales.

c) Haber sido condenadas por sentencia judicial firme o sancionadas por resolución administrativa firme, por alentar o tolerar prácticas laborales consideradas discriminatorias por la legislación vigente.

d) Haber sido condenadas por sentencia judicial firme o sancionadas por resolución administrativa firme, por despido improcedente, en el año inmediatamente anterior a la apertura de la convocatoria de las ayudas.

Artículo 11. Instrucción.

1. La instrucción de los expedientes de solicitud de ayudas corresponderá a los servicios con competencia en materia de trabajo autónomos adscrito a las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo.

2. Una vez terminado el plazo de presentación de solicitudes, el órgano instructor, procederá a examinar las solicitudes y realizará de oficio todas las actuaciones necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos que servirán de base para formular la propuesta de resolución, pudiendo requerir a las personas solicitantes cuanta documentación esti-

me necesaria para completar el expediente.

Artículo 12. Competencia para resolver.

1. La competencia para resolver sobre las ayudas establecidas en la presente Orden corresponde a la persona titular de la Consejería de Empleo en su calidad de Presidente del Servicio Andaluz de Empleo.

2. Sin perjuicio de lo anterior, y en base a la facultad de delegación prevista en el artículo 101 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, la competencia para resolver se delega en las personas titulares de las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

Artículo 13. Resolución.

1. La Resolución deberá ser motivada y contendrá como mínimo los extremos previstos en el artículo 13.2 del Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de concesión de ayudas públicas y subvenciones de la Junta de Andalucía. Así mismo, la resolución contemplará expresamente el sometimiento de la ayuda al régimen de «minimis», siéndole de aplicación lo establecido en el artículo 2 del Reglamento (CE) núm. 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre.

2. De conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, la resolución del procedimiento se notificará a las personas interesadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La práctica de dicha notificación o publicación se ajustará a las disposiciones contenidas en el artículo 59 de la citada ley.

3. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución de concesión a las personas beneficiarias será de tres meses a contar desde la fecha en la que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

4. Transcurrido el plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, se entenderá desestimada la solicitud por silencio administrativo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.5 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.

5. La resolución dictada pondrá fin a la vía administrativa. Frente a la misma podrá interponerse recurso contencioso administrativo en la forma y plazos previstos por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, o potestativamente recurso de reposición, de conformidad con lo establecido en los artículos 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 115.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

Artículo 14. Modificación de la resolución de concesión.

Toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención y, en todo caso, la obtención concurrente de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales, dará lugar a la modificación de la resolución de concesión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19.4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, y el artículo 121 del Texto Refundido la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Artículo 15. Obligaciones generales y específicas.

1. Las personas beneficiarias de las ayudas previstas en esta Orden se comprometen al cumplimiento de las siguientes obligaciones generales:

a) Cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de las ayudas, en la forma y plazos establecidos en la resolución de concesión.

b) Justificar ante el órgano o entidad concedente el cumplimiento de los requisitos y condiciones, así como el cumplimiento de la finalidad que determine la concesión de las ayudas.

c) Someterse a las actuaciones de comprobación, a efectuar por el órgano concedente o la entidad que corresponda, en su caso, así como cualesquiera otras de comprobación y control financiero que puedan realizar los órganos de control competentes, tanto nacionales como comunitarios, aportando cuanta información le sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores.

d) Comunicar al órgano concedente la obtención de otras ayudas, subvenciones, ingresos o recursos que financien las actividades incentivadas. Esta comunicación deberá efectuarse tan pronto como se conozca, y en todo caso, con anterioridad a la justificación de la aplicación dada a los fondos percibidos.

e) Acreditar con anterioridad a dictarse la propuesta de resolución de concesión que se halla al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social.

f) Disponer de los libros contables, registros diligenciados y demás documentos debidamente auditados en los términos exigidos por la legislación mercantil y sectorial aplicable al beneficiario en cada caso, con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio de las facultades de comprobación y control.

g) Conservar los documentos justificativos de la aplicación de los fondos recibidos, incluidos los documentos electrónicos, en tanto puedan ser objeto de las actuaciones de comprobación y control.

h) Someterse a las actuaciones de comprobación a efectuar por el órgano concedente y a las de control financiero que correspondan a la Intervención General de la Junta de Andalucía, en relación con las ayudas concedidas, y a las

previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas y de la Cámara de Cuentas de Andalucía, aportando cuanta información le sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores.

i) Hacer constar en toda la información, publicidad y difusión de los proyectos y acciones objeto de ayuda, que la misma está subvencionada por el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo, así como, en su caso, del Fondo Social Europeo, de conformidad con el artículo 8.4 del Reglamento (CE núm. 1828/2006 de la Comisión, de 8 de diciembre de 2006, todo ello en el marco de lo dispuesto por el artículo 17.3.

j) Cumplir lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en cuanto al tratamiento de los datos de carácter personal suministrados con ocasión del desarrollo de los proyectos.

k) Proceder al reintegro de los fondos percibidos en los supuestos contemplados en el artículo 19.

l) Comunicar al órgano concedente cualquier cambio de domicilio a efectos de notificaciones que se produzca durante el periodo en que la ayuda es susceptible de control.

m) Cualquier otra que se haga constar en la resolución de concesión.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las personas que se beneficien de las ayudas establecidas en esta Orden se comprometen al cumplimiento de las siguientes obligaciones específicas:

a) Mantener de forma ininterrumpida su condición de trabajadores o trabajadoras autónomos durante al menos 3 años a contar desde la fecha de notificación de la resolución de concesión de la ayuda.

b) No compatibilizar su actividad con ninguna otra actividad por cuenta propia, o por cuenta ajena. A estos

efectos, se entenderá que se ha compatibilizado el trabajo por cuenta propia con el trabajo por cuenta ajena cuando durante el periodo mínimo de mantenimiento establecido en la letra anterior, se haya trabajado más de quince días por cuenta ajena.

La documentación acreditativa del cumplimiento de estas obligaciones específicas deberá presentarse ante el órgano concedente en el plazo máximo de tres meses desde que finalizó el periodo de cumplimiento de las mismas. En el caso de que dichas obligaciones se incumplieran o no se acreditase su cumplimiento en los términos anteriormente establecidos, se procederá al reintegro de la ayuda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.

3. Las personas beneficiarias, deberán haber justificado en tiempo y forma, las ayudas concedidas con anterioridad con cargo al mismo programa presupuestario por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Agencias, de otro modo no podrá proponerse el pago de la ayuda, de conformidad con lo establecido por el artículo 32.2 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre.

Artículo 16. Abono de la ayuda.

1. Las ayudas reguladas en esta Orden, se tramitarán como pago en firme y por la totalidad de la cuantía concedida.

2. Las personas beneficiarias presentarán, en el plazo de un mes desde que se produzcan los respectivos pagos, un certificado de haber incorporado el citado pago a su presupuesto o contabilidad con expresión del asiento contable practicado.

Artículo 17. Publicidad.

1. Las ayudas concedidas al amparo de la presente Orden serán publicadas en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, y el artículo 123.2 del Texto refundido de la Ley General de Hacienda Pública de Andalucía.

2. Las personas beneficiarias deberán hacer constar de modo expreso la colaboración el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y, en su caso, del Fondo Social Europeo, en la forma que se establezca en la resolución de concesión de la ayuda.

3. Para ello, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Manual de Diseño Gráfico para su utilización por el Gobierno y Administración de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 245/1997, de 15 de octubre, así como en lo establecido en la Normativa de la Unión Europea, entre otros, el Reglamento (CE) núm. 1083/2006 del Consejo, de 11 de julio de 2006, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión, y Reglamento (CE) 1081/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006.

4. El incumplimiento, por parte de la persona beneficiaria de la obligación establecida respecto a la publicidad, podrá dar lugar al reintegro de la ayuda en los términos dispuestos en el artículo 19 de la presente Orden.

Artículo 18. Incompatibilidad de las ayudas.

Además de lo dispuesto en los artículos 3 y 10, las ayudas concedidas, cualquiera que sea su modalidad, serán incompatibles con cualquier otra provenientes de otras Administraciones, entidades y organismos públicos o privados destinadas a la misma finalidad.

Asimismo, serán incompatibles con las ayudas para la generación de empleo de la Orden de 6 de abril de 2009, por la que se establecen las bases reguladoras del programa para impulsar proyectos promovidos por las Corporaciones Locales en el marco de los Nuevos Yacimientos de Empleo.

Artículo 19. Reintegro de las ayudas.

1. Además de los casos de nulidad

y anulabilidad previstos en el artículo 36 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora correspondiente desde el momento del pago de la ayuda hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos:

a) Obtención de la ayuda falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquellas que la hubieren impedido.

b) Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto, o la no adopción del comportamiento que fundamenta la concesión de la ayuda.

c) Incumplimiento de la obligación de justificación o justificación insuficiente.

d) Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas de difusión.

e) Resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación y control financiero previstas en el Título VII del Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, así como el incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualquier Administración o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

f) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las personas o entidades beneficiarias, así como de los compromisos por éstas asumidos, con motivo de la concesión de la ayuda, siempre que afecten o se refieran al modo en que se han de conseguir los objetivos, realizar la actividad, ejecutar el proyecto o adoptar

el comportamiento que fundamenta la concesión de la ayuda.

g) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las personas o entidades beneficiarias, así como de los compromisos por éstas asumidos, con motivo de la concesión de la ayuda, distintos de los anteriores, cuando de ellos se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el incumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedente de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

h) La adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 107 y 109 del Tratado de Lisboa, de una decisión de la cual derive una necesidad de reintegro.

i) Incumplimiento de las normas medioambientales al realizar el objeto de la ayuda, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 125.1 del Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía.

2. Asimismo, será causa de reintegro de la ayuda el incumplimiento de las obligaciones específicas establecidas en el artículo 15.2.

Sin perjuicio de ello, y siempre que la persona beneficiaria acredite haberse mantenido de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o aquel que legal o estatutariamente corresponda, al menos, durante seis meses desde la fecha de resolución de concesión de la ayuda y justifique suficientemente el motivo de su baja, procederá el reintegro parcial de dicha ayuda proporcionalmente al tiempo de permanencia efectiva en dicho régimen.

Artículo 20. Régimen sancionador.

Las infracciones administrativas cometidas en relación con las ayudas re-

guladas en esta Orden se sancionarán de acuerdo con lo previsto en el Título IV de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, mediante expediente administrativo instruido al efecto de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

Artículo 21. Dotación presupuestaria.

1. La concesión de las ayudas previstas en esta Orden estará limitada por las disponibilidades presupuestarias previstas en el ejercicio en que se concedan.

2. Para el ejercicio 2010 la disponibilidad presupuestaria prevista asciende a 34.385.000 euros.

3. Para ejercicios posteriores, la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo dictará resolución a efectos de establecer la disponibilidad presupuestaria anual.

Disposición adicional única. Habilitación para dictar instrucciones.

Se faculta a la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, a adoptar las medidas y dictar cuantas instrucciones sean necesarias para la correcta aplicación e interpretación de la presente Orden.

Disposición transitoria primera. Plazo extraordinario de solicitud.

Excepcionalmente, y respecto de la primera convocatoria del año 2010 se abrirá un plazo extraordinario del 15 de mayo al 15 de junio, ambos inclusive.

Solo para esta convocatoria extraordinaria, podrá tomarse como referencia a efectos del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 4.1.a) y 2, tanto la fecha de alta efectiva en el RETA, como la fecha a la que se retrotraen los efectos del alta en dicho régimen.

Disposición transitoria segunda. Régimen transitorio.

Sin perjuicio de lo establecido en el segundo apartado de la Disposición

derogatoria única, a las solicitudes que se presentaron al amparo de la Orden de 25 de marzo de 2009, por la que se establecen las bases reguladoras de un programa de incentivos para la creación, consolidación y modernización de iniciativas emprendedoras del trabajo autónomo y se efectúan sus convocatorias para el periodo 2009-2013 les será de aplicación lo establecido en dicha Orden.

Disposición derogatoria única.
Derogación de normativa.

1. Queda derogado el Capítulo II de la Orden de 15 de marzo de 2007, de la Consejería de Empleo, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas y su convocatoria al amparo de lo establecido en el Decreto 175/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía, y la medida establecida en la Sección Segunda del Capítulo V de la misma Orden; así como todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en la presente Orden.

2. Asimismo, queda derogada la Orden de 25 de marzo de 2009, por la que se establecen las bases reguladoras de un programa de incentivos para la creación, consolidación y modernización de iniciativas emprendedoras del trabajo autónomo y se efectúan sus convocatorias para el periodo 2009-2013, en la redacción dada por la Orden de 9 de noviembre de 2009 por la que se adaptan algunas de sus disposiciones, al Decreto del Presidente 3/2009, de 23 de abril, sobre reestructuración de Consejerías, y al Decreto 170/2009, de 19 de mayo, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo. Disposición final única. Entrada en vigor. La presente Orden entrará en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 26 de abril de 2010

MANUEL RECIO MENÉNDEZ
Consejero de Empleo

CONSEJERÍA DE EMPLEO

DECRETO 193/2010, de 20 de abril, por el que se regula la calificación y se crea el Registro de Empresas de Inserción en Andalucía.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 169.3 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, «los poderes públicos diseñarán y establecerán políticas concretas para la inserción laboral de los colectivos con especial dificultad en el acceso al empleo, prestando especial atención a los colectivos en situación o riesgo de exclusión social». Junto a ello, el artículo 63.1.1.º atribuye a nuestra Comunidad Autónoma las competencias ejecutivas en materia de empleo y relaciones laborales, incluidas las políticas activas de empleo, que comprenderán la formación de las personas demandantes de empleo y de

las personas trabajadoras en activo, así como la gestión de las subvenciones correspondientes; la intermediación laboral y el fomento del empleo. De otro lado, el artículo 58.2.1.º del mismo texto normativo establece que la Comunidad Autónoma asume competencias exclusivas de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general, y en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1.13.ª de la Constitución, sobre el fomento y planificación de la actividad económica en Andalucía.

A los anteriores títulos competenciales se une el que ostenta la Comu-

nidad Autónoma de Andalucía en virtud del artículo 47.1.1.ª del Estatuto de Autonomía, que le atribuye competencia exclusiva sobre el procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia de la Comunidad Autónoma.

En el marco de las políticas activas de empleo, un objetivo primordial de la Administración pública se halla en posibilitar la incorporación al mercado laboral de colectivos en situación de exclusión social. Un nuevo modelo de actuación en cumplimiento de dicho objetivo, lo constituyen las Empresas de Inserción como empresas de carácter social que permiten a las personas incluidas en dichos colectivos mejorar sus condiciones de empleabilidad mediante el desarrollo de proyectos personales de inserción. La implantación de este nuevo modelo viene determinado por la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las Empresas de Inserción, que en sus artículos 7 y 9 habilitan al correspondiente órgano de la Comunidad Autónoma para la calificación de dichas empresas y para su inscripción en el Registro Autonómico. La disposición final segunda de la citada Ley 44/2007, dispone que las Comunidades Autónomas podrán dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación de la misma en el marco de sus competencias.

La integración en el mercado de trabajo de los colectivos con especiales dificultades de inserción sociolaboral y en riesgo de exclusión se recoge de forma destacada en el VII Acuerdo de Concertación Social, firmado el 24 de noviembre de 2009, entre la Junta de Andalucía y los Agentes Económicos y Sociales, una de cuyas medidas la constituye el desarrollo de la normativa reguladora de las Empresas de Inserción en Andalucía.

Por otro lado la disposición transi-

toria única del Real Decreto 49/2010, de 22 de enero, por el que se crea el Registro Administrativo de Empresas de Inserción del Ministerio de Trabajo e Inmigración, establece un plazo de tres meses desde la entrada en vigor, para que los Registros de Empresas de Inserción de las Comunidades Autónomas remitan al mencionado Registro de Empresas de Inserción Estatal los datos requeridos por el artículo 3 del citado Real Decreto, lo que obliga a establecer un contenido mínimo del Registro de Empresas de Inserción en Andalucía a efecto de su coordinación con el Registro estatal.

Mediante el presente Decreto, en ejercicio de las citadas competencias atribuidas por el Estatuto de Autonomía para Andalucía y en el marco establecido por la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, se aborda la regulación de la calificación y Registro de las Empresas de Inserción en Andalucía, y se crea el Registro de Empresas de Inserción en Andalucía.

En el Capítulo I se procede a definir el concepto y establecer los requisitos que han de cumplir las Empresas de Inserción y las entidades que pueden promover las mismas.

En el Capítulo II se establece el procedimiento de calificación de las Empresas de Inserción, elemento imprescindible para toda aquella empresa que actúe en el mercado de trabajo promoviendo el empleo de personas en situación de exclusión a través de itinerarios de inserción sociolaboral, y pretenda beneficiarse de las medidas que en esta materia establezca la Administración de la Junta de Andalucía.

En el Capítulo III se aborda la creación, organización y funcionamiento del Registro de Empresas de Inserción en Andalucía, en el que se inscribirán de oficio todas aquellas empresas calificadas como tales en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Dicho Registro

quedará adscrito al Servicio Andaluz de Empleo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de Creación del Servicio Andaluz de Empleo. Asimismo, se definen los actos registrales y la documentación sujeta a constancia registral.

El Registro de Empresas de Inserción en Andalucía se configura como un instrumento esencial que permite acreditar que las empresas que participan en los procesos de integración laboral, cuentan con los requisitos de calificación e inscripción previa en el Registro Mercantil o en el Registro de Sociedades Cooperativas que corresponda, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre.

De acuerdo con el artículo 8.3.f) de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo, el presente Decreto ha sido sometido, en su procedimiento de elaboración, a las entidades representadas en su Consejo de Administración.

En su virtud, a propuesta del Consejero de Empleo, de conformidad con los artículos 21.3 y 27.9 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Andalucía y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 20 de abril de 2010,

DISPONGO

Artículo 1. *Objeto y ámbito de aplicación.*

1. El presente Decreto tiene por objeto regular la calificación y registro de las Empresas de Inserción en Andalucía así como crear el Registro de Empresas de Inserción en Andalucía.

2. Este Decreto será de aplicación a las Empresas de Inserción que tengan centros de trabajo en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, con independencia de su sede social.

CAPITULO I

Empresas de Inserción

Artículo 2. *Concepto.*

1. De conformidad con lo dispuesto por la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las Empresas de Inserción, tendrán tal consideración aquellas sociedades mercantiles o sociedades cooperativas legalmente constituidas e inscritas en el Registro correspondiente a su forma jurídica que, debidamente calificadas como tales en los términos establecidos en este Decreto, realicen cualquier actividad económica de producción de bienes o prestación de servicios y cuyo objeto social tenga como finalidad la incorporación al mercado de trabajo ordinario de personas en situación de exclusión social mediante el desarrollo de un proyecto personal de inserción, que les permita mejorar sus condiciones de empleabilidad.

2. Las Empresas de Inserción aplicarán itinerarios de inserción sociolaboral en función de los criterios que establezca el Servicio Andaluz de Empleo y la Consejería competente en materia de Empleo, en colaboración con los servicios sociales públicos, de acuerdo con las propias Empresas de Inserción, con el objetivo de promover la integración de las personas en situación de exclusión social que se contraten en el mercado laboral ordinario, definiendo las medidas de intervención y acompañamiento que sean necesarias.

3. Las medidas de intervención y acompañamiento consistirán en el conjunto de servicios, prestaciones, acciones de orientación, tutorías y procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado, formación en el puesto de trabajo, habituación laboral y social encaminados a la posterior incorporación al mercado de trabajo de la persona en situación de exclusión social contratada. Dichas medidas incorporarán de manera transversal el principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Artículo 3. Entidades promotoras.

1. Tendrán la consideración de entidades promotoras aquellas entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, incluidas las de derecho público, las Asociaciones sin fines lucrativos y las Fundaciones cuyo objeto social contemple la inserción sociolaboral de personas en situación de exclusión social descritas en el artículo 5, y que cumplan el porcentaje de participación establecido en el artículo 4.d).

2. No podrán promover Empresas de Inserción aquellas entidades que hayan incurrido en alguna de las siguientes circunstancias:

a) Haber sido condenadas por sentencia judicial firme o sancionadas por resolución administrativa firme en los últimos tres años por falta muy grave en materia de prevención de riesgos laborales.

b) Haber sido condenadas por sentencia judicial firme o sancionadas por resolución administrativa firme por prácticas de discriminación laboral o por razón de sexo.

Artículo 4. Requisitos de las Empresas de Inserción en Andalucía.

Las Empresas de Inserción además de cumplir lo establecido en el artículo 2, deberán reunir los siguientes requisitos:

a) Estar constituida legalmente e inscrita en el Registro correspondiente a su forma jurídica, así como en el Registro de Empresas de Inserción en Andalucía establecido en el Capítulo III.

b) Tener centro de trabajo en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

c) No realizar actividades económicas distintas a las de su objeto social.

d) Estar promovidas y participadas por una o varias entidades promotoras que se ajusten a lo dispuesto en el artículo anterior.

Esta participación debe ser al menos del cincuenta y uno por ciento del capital social, en caso de sociedades

mercantiles, de un treinta y tres por ciento en caso de sociedades laborales y sociedades cooperativas, con las salvedades contempladas en las diferentes legislaciones que sean de aplicación.

e) Contar con los medios necesarios para cumplir con los compromisos derivados de los itinerarios de inserción sociolaboral.

f) Aplicar, como mínimo, el ochenta por ciento de los resultados o excedentes disponibles obtenidos en cada ejercicio a la mejora de sus estructuras productivas o a la promoción de actividades relacionadas con la inserción sociolaboral. Si la empresa de inserción no tuviese necesidad de ampliación o mejora o para ello no fuere preciso destinar la totalidad de dicho porcentaje, la parte no dispuesta debe quedar imputada a la reserva o fondo de reserva de la empresa, con la misma finalidad.

g) Mantener en cómputo anual, desde su calificación, un porcentaje de personas trabajadoras en proceso de inserción, cualquiera que sea la modalidad de contratación, de al menos el treinta por ciento durante los primeros tres años de actividad y de al menos el cincuenta por ciento del total de la plantilla a partir del cuarto año, no pudiendo ser el número de aquellas inferior a dos.

h) En el supuesto de sociedades laborales o cooperativas el porcentaje se aplicará computando personas trabajadoras por cuenta ajena y socias trabajadoras o socias de trabajo.

Tanto el porcentaje como el mínimo de dos personas trabajadoras en proceso de inserción, deberán entenderse en cómputo horario a tiempo completo.

i) Realizar anualmente una auditoría contable y presentar un Balance Social de la actividad de la empresa que incluya la memoria económica y social, el grado de inserción en el mercado laboral ordinario y la composición de la plantilla, la información sobre las tareas

de inserción realizadas y las previsiones para el próximo ejercicio.

Artículo 5. *Personas trabajadoras de las Empresas de Inserción.*

Concepto de colectivo en situación de exclusión.

1. Las Empresas de Inserción en Andalucía podrán contratar como trabajadoras, al objeto de iniciar un proceso de inclusión sociolaboral, a personas en situación de exclusión social, desempleadas e inscritas como demandantes de empleo en el Servicio Andaluz de Empleo y que hayan asumido un compromiso de inserción.

De conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, se considerarán personas en situación de exclusión social aquellas incluidas en alguna de las siguientes colectivos:

a) Perceptoras de Rentas Mínimas de Inserción, 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. Falta del período exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la Unidad Perceptora.

2. 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) Personas internas de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo en régimen abierto, sometidos a un sistema de contratación ordinaria con empresarios, así como liberados condicionales y ex reclusos.

f) Personas menores de edad internas incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuya situación les permita acceder a un empleo en régimen abierto, sometidos a un sistema de contratación ordinaria con entidad o persona empleadora, así como las que se encuentran en situación de libertad vigilada y las ex internas.

g) Personas procedentes de servicios de prevención e inserción social autorizados.

h) Personas procedentes de centros de alojamiento alternativo autorizados.

2. Además de los colectivos recogidos en el apartado anterior, a efectos del presente Decreto se considerarán así mismo personas en situación de exclusión social aquellas incluidas en las siguientes colectivos:

a) Mujeres víctimas de violencia de género procedentes de casas de acogida o programas de protección.

b) Personas emigrantes retornados a Andalucía con graves necesidades personales o familiares.

c) Personas que tengan a su cargo una familia monoparental y presenten graves necesidades personales o familiares.

d) Personas desempleadas mayores de 50 años que hubiesen permanecido inscritas de forma ininterrumpida como demandantes de empleo en una oficina de los Servicios Públicos de Empleo durante, al menos, doce meses.

e) Personas con discapacidad física, intelectual o sensorial, en un grado igual o superior al 33%.

f) personas que presenten una situación de exclusión similar a las relacionadas en los párrafos anteriores, a propuesta del Servicio Andaluz de Empleo.

3. La situación de exclusión de las personas pertenecientes a los colectivos a los que se hace referencia en los

apartados anteriores, deberá ser acreditada por la Consejería competente en materia de servicios sociales.

CAPÍTULO II

Calificación de Empresa de Inserción en Andalucía

Artículo 6. Solicitudes de calificación.

1. Los modelos de las solicitudes de calificación de Empresas de Inserción estarán a disposición de las entidades interesadas en la Consejería competente en materia de empleo, en el Servicio Andaluz de Empleo o a través del portal de la Administración de la Junta de Andalucía, pudiendo asimismo descargarse a través de la Oficina Virtual del Servicio Andaluz de Empleo.

2. La solicitud de calificación se dirigirá al órgano competente para su resolución conforme a lo establecido en el artículo siguiente, y se podrá presentar:

a) Preferentemente, mediante vía telemática con firma digital a través de la Oficina Virtual del Servicio Andaluz de Empleo. Las solicitudes que se cursen con certificado electrónico y cumplan las previsiones del Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios telemáticos (internet), producirán, respecto de los datos y documentos consignados de forma electrónica, los mismos efectos jurídicos que las solicitudes formuladas de acuerdo con el artículo 70.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La entidad interesada, tras la presentación telemática de su solicitud, podrá realizar las actuaciones o trámites siguientes de forma no telemática, pero deberá indicar expresamente que el inicio del procedimiento se ha realizado en aquella forma.

b) En soporte papel, en el Registro de la Consejería competente en

materia de empleo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

3. La solicitud de calificación deberá contener los siguientes datos:

a) La denominación social de la entidad solicitante.

b) Datos de inscripción en el Registro correspondiente a la personalidad jurídica de la entidad solicitante.

c) Determinación de las entidades promotoras que participan en el capital social de la empresa.

d) Identidad y sexo de la persona que la represente, así como la firma del mismo o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio.

4. Así mismo, la solicitud de calificación y Registro se acompañará de original o copia compulsada de la siguiente documentación:

a) Escritura de constitución y estatutos de la empresa objeto de calificación.

b) Memoria que acredite la viabilidad económica, técnica y financiera del proyecto empresarial, así como que la empresa para la que se solicita la calificación cuenta con los medios necesarios para cumplir con los compromisos derivados de los itinerarios de inserción sociolaboral.

c) Documentación acreditativa, o declaración suscrita por el representante legal de la entidad que solicita la inscripción, relativa al cumplimiento del requisito establecido en el artículo 4.c).

d) Copia autenticada de la escritura de poder notarial u otro medio legal de acreditación de la representación de la entidad.

e) Documentación acreditativa del número de personas trabajadoras en proceso de inserción y de aquellas otras en plantilla y tipos de contratos respectivos. Dicha información deberá ser desagregada por sexo.

5. En el supuesto de que la Administración de la Junta de Andalucía tu-

viese en su poder por cualquier causa la documentación descrita en el apartado anterior, la entidad solicitante de la calificación deberá indicar el expediente en el que se aportaron, quedando con ello eximida de su presentación.

6. La presentación de esta solicitud por parte de la entidad conllevará la autorización al órgano gestor para recabar los certificados a emitir por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Agencia Tributaria de Andalucía, tal y como dispone el artículo 6.2 b) de la Ley 11/2007, de 22 junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos.

7. Si la solicitud no se cumplimentase en todos sus términos, o no se aportase la totalidad de la documentación que establece el apartado 3, se requerirá a la entidad interesada para que, en el plazo de 10 días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciese, se tendrá por desistido de su petición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Artículo 7. Competencia para resolver sobre la calificación de las Empresas de Inserción en Andalucía.

Corresponde a la persona titular de la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo, la competencia para resolver sobre la calificación de las Empresas de Inserción.

Artículo 8. Resolución.

1. El plazo máximo para resolver y notificar las solicitudes de calificación formuladas al amparo de este Decreto, será de 3 meses desde que la solicitud tuviera entrada en el Registro del órgano competente para su tramitación.

Transcurrido dicho plazo sin que haya recaído resolución expresa, podrán entenderse estimadas por silencio administrativo las solicitudes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

2. La resolución sobre la calificación de una empresa de inserción será siempre motivada, surtirá efectos desde su fecha y deberá ser publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

3. En el supuesto de que la entidad solicitante de la calificación acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 4. a), b), c), d), y e), la resolución tendrá carácter estimatorio, procediéndose a la calificación provisional como empresa de inserción de dicha entidad, y se acordará de oficio la inscripción de la calificación provisional en el Registro de Empresas de Inserción de Andalucía.

A partir de la fecha de resolución, la entidad calificada provisionalmente como empresa de inserción, podrá incluir en su denominación los términos "Empresa de Inserción" o su abreviatura «E.I.».

En el plazo no superior al año desde la calificación provisional como empresa de inserción, ésta deberá acreditar ante el Registro de Empresas de Inserción en Andalucía el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 4.f), g), h) e i) procediéndose de oficio a elevar a definitiva la calificación provisional, mediante la correspondiente resolución, en la que se hará constar que la misma queda supeditada al cumplimiento del requisito de mantener en el computo anual desde su calificación, un porcentaje de personas trabajadoras en proceso de inserción de al menos el 50% del total de la plantilla a partir del cuarto año.

Artículo 9. Seguimiento y control de las Empresas de Inserción.

1. Las Empresas de Inserción en Andalucía, estarán obligadas a someterse a cuantas actuaciones de control sean establecidas por el órgano competente para su calificación a lo efectos de comprobar la adecuación de su funcionamiento y características a los requisitos y condiciones de calificación establecidos.

2. En todo caso, y a los efectos de seguimiento y control, las Empresas de Inserción deberán aportar al Registro de Empresas de Inserción en Andalucía la siguiente documentación:

a) La documentación acreditativa de las modificaciones estatutarias que afecten su calificación, en el plazo de un mes desde su inscripción en el Registro competente a su forma jurídica.

b) El plan de actividades y el presupuesto de cada año con anterioridad al inicio del ejercicio económico correspondiente.

c) Las cuentas anuales y el informe de gestión correspondiente al cierre de cada ejercicio económico, en el plazo previsto en la legislación mercantil o de cooperativas para la aprobación y depósito de cuentas en el Registro correspondiente a su forma jurídica.

d) Una memoria de actividades y el balance social correspondiente al cierre de cada ejercicio económico en el mismo plazo establecido en la letra anterior.

e) La documentación acreditativa de las modificaciones cuantitativas y cualitativas que afecten al porcentaje mínimo de personas trabajadoras en inserción.

Artículo 10. Pérdida de la calificación de Empresa de Inserción en Andalucía.

1. Las Empresas de Inserción en Andalucía perderán la calificación cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Incumplimiento o pérdida de alguno de los requisitos exigidos para ser considerada como empresa de inserción.

b) No acreditación, en el plazo de un año desde la calificación provisional como empresa de inserción, del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 4.f), g), h) e i).

c) El cierre de la empresa o la disolución de la sociedad.

d) La falta de actividad durante el plazo de un año.

e) La transformación en una sociedad de otra naturaleza, la constitución de una nueva sociedad o la creación de una o más sociedades por segregación de una preexistente, cuando ello determine la pérdida de los requisitos exigidos, sin perjuicio del derecho de las nuevas sociedades a solicitar la calificación como empresa de inserción.

f) Incumplimiento de forma continuada de las obligaciones inherentes a su propia naturaleza, incluidos los incumplimientos en materia de inscripción y constancia registral.

g) Utilización de la condición de empresa calificada para acciones o fines distintos de los declarados.

2. El procedimiento de descalificación como empresa de inserción en Andalucía se ajustará a lo dispuesto en este capítulo para la calificación con las siguientes particularidades:

a) Se iniciará de oficio mediante acuerdo del órgano al que está adscrito el Registro, quién deberá notificarlo a la entidad interesada, acompañado de relación sucinta de los datos que obran en su poder y que determinarían la incursión en alguno de los supuestos de descalificación descritos en el apartado anterior. La empresa de inserción sometida a proceso de descalificación dispondrá de un plazo de quince días desde la fecha de la notificación para aportar cuantas alegaciones, documentos o informaciones estime convenientes.

b) Sin perjuicio del trámite de audiencia, el órgano instructor solicitará informes preceptivos y no vinculante a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

c) El plazo máximo para dictar y notificar la oportuna resolución será de tres meses desde la fecha del acuerdo de inicio de descalificación, siendo competente para dictar la misma la persona titular de la competencia de calificación

de conformidad con lo establecido en el artículo 7.

d) La pérdida de calificación, una vez devenga firme en vía administrativa, producirá de oficio efectos de baja registral, lo cual no implicará necesariamente la disolución de la sociedad.

3. Sin perjuicio de lo anterior, la empresa de inserción podrá solicitar en cualquier momento su descalificación como tal al órgano competente para su calificación produciendo automáticamente y de oficio baja en el Registro de Empresas de Inserción en Andalucía.

CAPITULO III

Registro de Empresas de Inserción en Andalucía

Artículo 11. *Objeto, adscripción y funciones.*

1. Se crea el Registro de Empresas de Inserción de Andalucía, como Registro de naturaleza administrativa y carácter público, que tendrá por objeto la inscripción de oficio de las empresas que hubiesen obtenido la calificación de empresa de inserción en Andalucía.

2. El Registro de Empresas de Inserción en Andalucía está adscrito a la Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo.

3. El Registro de Empresas de Inserción en Andalucía tendrá las siguientes funciones:

a) Tramitar de oficio la inscripción de las empresas calificadas de inserción en Andalucía, así como las cancelaciones de las inscripciones por pérdida de calificación, así como, en su caso, la modificación de los datos inscritos.

b) Dar publicidad a los datos inscritos en el Registro, en los términos establecidos en el artículo 17.2.

c) La custodia y conservación de la documentación aportada por las empresas inscritas en el mismo.

d) Remitir semestralmente al Registro Administrativo de Empresas de Inser-

ción del Ministerio de Trabajo e Inmigración, la información contenida en la hoja registral de las Empresas de Inserción que se inscriban, en los términos establecidos en el artículo 13.2, así como las variaciones que se produzcan en él mismo.

e) Recibir semestralmente del Registro Administrativo de Empresas de Inserción del Ministerio de Trabajo e Inmigración, información estadística sobre el número de Empresas de Inserción, sector de actividad económica, número de trabajadores en proceso de inserción y de personas trabajadoras en plantilla y tipos de contratos.

f) Cualesquiera otras derivadas del funcionamiento del mismo.

Artículo 12. *Efectos de la inscripción.*

1. La inscripción surtirá los efectos y obligaciones derivados del presente Decreto. Así mismo, tendrá efectos de publicidad de los datos consignados, pudiendo acceder al mismo quien manifieste interés legítimo en su consulta, mediante la exhibición de los libros y documentos o mediante certificaciones expedidas, previa solicitud, sin perjuicio de las limitaciones derivadas de las leyes.

Dicha inscripción no producirá efectos constitutivos para las empresas calificadas ni se considerará transformación social de las mismas, no confiriéndoles más derechos que la constancia de los actos y datos de los que trae causa.

2. La inscripción en el Registro de Empresas de Inserción en Andalucía será condición previa necesaria para que una Empresa de Inserción pueda participar en las políticas de acción contra la exclusión sociolaboral de la Administración de la Junta de Andalucía.

3. La inscripción no exime a la empresa inscrita de la obligación de justificar en cualquier momento, cuando sea requerida para ello por el Servicio Andaluz de Empleo el mantenimiento de los requisitos previstos en el artículo 4.

Artículo 13. Funcionamiento Registral.

1. El órgano competente para su calificación procederá de oficio a inscribir en el Registro de Empresas de Inserción en Andalucía a aquellas empresas que hayan obtenido la calificación de Empresa de Inserción de Andalucía.

2. En el Registro existirá un Libro de Inscripción de Empresas de Inserción, en soporte telemático, abriéndose una hoja registral por cada empresa que se califique, en la que se harán constar los siguientes datos:

a) Clave de identificación registral que se le asigne de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

b) Denominación social de la empresa, a la que se añadirán los términos «Empresa de Inserción» o su abreviatura «E.I.», con indicación de su forma jurídica, capital social e identificación fiscal.

c) Razón social de la entidad o entidades promotoras de la empresa de inserción, su identificación fiscal y su participación en el capital social.

d) Domicilio social y domicilio de los centros de trabajo con que cuenta la empresa en Andalucía.

e) Objeto social.

f) Sector de la actividad económica y código CNAE.

g) Número total de personas trabajadoras en plantilla, con indicación del número de personas en proceso de inserción y sexo de las mismas.

h) Tipos de contrato de las personas trabajadoras en plantilla, con indicación de los formalizados con personas en proceso de inserción.

i) Fecha de la calificación provisional y definitiva.

3. La clave de identificación registral de cada empresa de inserción inscrita en el Registro de Empresas de Inserción en Andalucía constará de nueve dígitos, correspondiendo los dos primeros al número de identificación de

la provincia de Comunidad Autónoma de Andalucía en la que radique, los tres siguientes expresarán el orden secuencial de inscripción, y los cuatro últimos indicarán el año en el que se califica e inscribe la misma.

Artículo 14. Validez de la inscripción en el Registro.

La inscripción registral será única para cada empresa de inserción en Andalucía y tendrá validez en todo el territorio de la Comunidad Autónoma Andaluza.

Artículo 15. Modificación de datos Inscritos.

Las empresas deberán comunicar al órgano competente para su calificación cualquier modificación que afecte a sus datos inscritos en el Registro, en el plazo máximo de un mes desde que se producen dichas modificaciones, con la finalidad de proceder a actualizar la correspondiente inscripción.

Artículo 16. Cancelación de la Inscripción.

La cancelación de la inscripción en el Registro de Empresas de Inserción en Andalucía se producirá de oficio tras la pérdida de calificación como empresa de inserción en los términos establecidos por el artículo 10.

Artículo 17. Tratamiento y archivo de los datos.

1. El tratamiento y archivo de los datos inscritos en el Registro de Empresas de Inserción en Andalucía se llevará a cabo mediante los medios y procedimientos informáticos que sean precisos, respetando los principios de simplificación y agilización de trámites, gratuidad, confidencialidad así como de seguridad y autenticidad. La Unidad estadística del Servicio Andaluz de Empleo, de conformidad con lo establecido en el artículo 35.2 de la ley 4/1989, de 12 de diciembre, de Estadística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, participará en el diseño y, en su caso, implantación de los ficheros del

Registro de Empresas de Inserción en Andalucía, que recojan información administrativa susceptible de explotación estadística.

2. El Servicio Andaluz de Empleo, a través de su portal propiciará la consulta de los datos inscritos en el Registro, con la salvedad relativa a los referentes a la intimidad de las personas.

3. El tratamiento automatizado de los datos personales archivados o almacenados, sólo podrá realizarse en los términos contemplados en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de dicha Ley Orgánica.

Artículo 18. Colaboración con el Sistema estadístico de Andalucía.

Con objeto de impulsar la necesaria colaboración entre el Registro de Empresas de Inserción en Andalucía y el Sistema Estadístico de Andalucía, para la elaboración de las estadísticas oficiales se establecerán circuitos de información necesarios para la ejecución de las actividades estadísticas que sobre esta materia se incluyan en los planes y programas de Andalucía.

La información del Registro que se utilice en la confección de estadísticas oficiales quedará sometida a la preservación del secreto estadístico en los términos establecidos en los artículos 9 a 13 y 25 de la Ley 4/1989, de 12 de diciembre, de Estadística de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Disposición adicional única. Información a otras Administraciones Públicas.

La Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo será el centro encargado de remitir y proporcionar a las Administraciones Públicas que lo

requieran los datos y estadísticas relativas a las Empresas de Inserción que dimanen de su Registro así, como de recabar de las Administraciones correspondientes la información relativa a los procesos de inserción sociolaboral que se desarrollen en esas empresas, de acuerdo con los convenios, en su caso, suscritos.

Disposición transitoria única. Suministro de información registral.

En relación a la función registral relativa al suministro de información, establecida en el artículo 11.3.d), se procederá a su cumplimiento en el plazo de tres meses desde la creación del Registro de Empresas de Inserción en Andalucía.

Disposición final primera. Reproducción de normativa estatal.

Los artículos 2.1, 3.1, 4 y 5.1, reproducen normas dictadas por el Estado al amparo del artículo 149.1. 7.^a de la Constitución Española y recogidas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, reguladora del régimen de las Empresas de Inserción.

Disposición final segunda. Desarrollo y ejecución.

Se faculta al Consejero de Empleo para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución del presente Decreto.

Disposición final tercera. Entrada en vigor.

El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 20 de abril de 2010
JOSÉ ANTONIO GRIÑÁN MARTÍNEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

MANUEL RECIO MENÉNDEZ
Consejero de Empleo

CONSEJERÍA DE EMPLEO

ORDEN de 26 de mayo de 2010, por la que se modifica la Orden de 28 de mayo de 2009, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para programas e infraestructuras destinados al arraigo, la inserción y la promoción social de personas inmigrantes, dirigidas a entidades privadas sin ánimo de lucro y universidades públicas, en el ámbito de las competencias de la Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, y se efectúa su convocatoria para el año 2010.

Mediante la Orden de la Consejería de Empleo, de 28 de mayo de 2009, se aprobaron las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para programas e infraestructuras destinados al arraigo, la inserción y la promoción social de personas inmigrantes, dirigidas a entidades privadas sin ánimo de lucro y Universidades Públicas, en el ámbito de la Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, y se efectuó su convocatoria para el año 2009.

En la referida Orden se determinaron tres líneas de subvención en función de las modalidades de proyectos a subvencionar y las entidades destinatarias de los mismos. No obstante, también en el ámbito de esta Dirección General se ha venido subvencionando a Entidades Locales andaluzas, mediante una orden unificada de la Consejería de Gobernación, en la que se establecía una línea destinada a la adquisición, construcción, reforma, reparación, conservación y equipamiento de centros de personas inmigrantes. Anualmente y hasta el ejercicio 2009 se han convocado estas subvenciones al amparo de la Orden de 12 de diciembre de 2006, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a Entidades Locales andaluzas con cargo al Plan de Cooperación Municipal.

Producida la reestructuración de Consejerías por Decreto del Presidente 3/2009, de 23 de abril, por el que se asignan las competencias en materia de políticas migratorias a la Consejería

de Empleo, y el Decreto del Presidente 14/2010, de 22 de marzo, sobre reestructuración de Consejerías, en el que se mantienen las competencias asignadas en su día a esta Consejería, y resultando necesario continuar manteniendo la finalidad prevista con la línea de subvenciones a Entidades Locales andaluzas, procede regular y convocar las referidas subvenciones por la Consejería de Empleo, como competente en la materia.

Habida cuenta de que ya existe una orden reguladora en el ámbito de la Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias y de que las finalidades son comunes, salvo las entidades destinatarias, y en orden a la unificación de procedimientos, es aconsejable, ampliar las líneas de subvenciones previstas en la Orden de 28 de mayo de 2009, anteriormente citada, incluyendo la línea dirigida a las Entidades Locales andaluzas.

Por otra parte, y con el fin de lograr una mayor agilización y simplificación de los procedimientos en beneficio de la ciudadanía y de la propia Administración, así como de garantizar la utilización de los medios electrónicos en las relaciones que establece con los ciudadanos, la presente orden establece la posibilidad de que los interesados presenten sus solicitudes a través de medios telemáticos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los

ciudadanos a los Servicios Públicos, y el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (internet).

En conclusión, con esta Orden se modifican determinados artículos y Anexos de la citada Orden de 28 de mayo de 2009, con objeto de incorporar una nueva línea de subvenciones destinada a Entidades Locales andaluzas, regular el procedimiento administrativo por medios electrónicos y clarificar los objetivos de la Línea 2. Así mismo, se procede a la convocatoria para el ejercicio 2010.

Por todo lo anterior, de conformidad con los artículos 44.2 y 46.4 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el artículo 118 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, y el artículo 26.2.a) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre,

DISPONGO

Artículo único. *Modificación de la Orden de 28 de mayo de 2009, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para programas e infraestructuras destinados al arraigo, la inserción y la promoción social de personas inmigrantes, dirigidas a entidades privadas sin ánimo de lucro y Universidades Públicas en el ámbito de la Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, y se efectúa su convocatoria para el año 2009.*

La Orden de 28 de mayo de 2009, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para programas e infraestructuras destinados al arraigo, la inserción y la promoción social de personas inmigrantes, dirigidas a entidades privadas

sin ánimo de lucro y universidades públicas en el ámbito de las competencias de la Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, y se efectúa su convocatoria para el año 2009, queda modificada como sigue:

Uno. El título de la Orden de 28 de mayo de 2009 queda redactado de la siguiente forma:

«Orden de 28 de mayo de 2009, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para programas e infraestructuras destinados al arraigo, la inserción y la promoción social de personas inmigrantes, dirigidas a entidades privadas sin ánimo de lucro, Universidades Públicas y Entidades Locales en el ámbito de la Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias.»

Dos. El apartado 1 del artículo 1 queda redactado de la siguiente forma:

«1. La presente Orden tiene por objeto aprobar las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para Programas e Infraestructuras destinados al arraigo, la inserción y la promoción social de personas inmigrantes, a fin de favorecer su integración laboral, económica y cultural, en el ámbito de las competencias de la Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, dirigidas a las entidades privadas sin ánimo de lucro, a las Universidades Públicas andaluzas y a las Entidades Locales andaluzas con cargo al Plan de Cooperación Municipal.»

Tres. Se suprime el objetivo 8.º de la letra a) del artículo 3.

Cuatro. La letra b) del artículo 3 queda redactada de la siguiente forma:

«b) Línea 2. Infraestructuras de entidades privadas sin ánimo de lucro, destinadas a la realización de proyectos que tengan por objetivo:

1.º La adquisición, construcción, reforma, reparación, conservación y equipamiento de albergues, casas de

acogida y servicios diurnos de atención básica para personas inmigrantes.

2.º La adquisición, construcción, reforma, reparación, conservación y equipamiento de sedes de asociaciones, federaciones y otras estructuras análogas vinculadas a la inmigración.

Podrán adquirirse, en esta línea, compromisos de gasto de carácter plurianual en las condiciones previstas en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, y normas de desarrollo.

De conformidad con lo establecido en la legislación reguladora de los contratos del sector público, cuando el objeto del proyecto admita fraccionamiento, justificándolo debidamente en el expediente, podrá preverse en el mismo la realización independiente de cada una de sus partes, mediante su división en lotes, siempre que éstas sean susceptibles de utilización o aprovechamiento por separado o así lo exija la naturaleza del objeto. En este caso deberá quedar garantizada en la documentación que acompañe a la solicitud la viabilidad financiera de la totalidad del proyecto.»

Cinco. Se añade una nueva letra al artículo 3, con la siguiente redacción:

«d) Línea 4. Infraestructuras de Entidades Locales andaluzas, destinadas a la realización de proyectos que tengan por objetivo la adquisición, construcción, reforma, reparación, conservación y equipamiento de albergues, casas de acogida y servicios diurnos de atención básica para personas inmigrantes.

Podrán adquirirse, en esta línea, compromisos de gasto de carácter plurianual en las condiciones previstas en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de

marzo, y normas de desarrollo.

De conformidad con lo establecido en la legislación reguladora de los contratos del sector público, cuando el objeto del proyecto admita fraccionamiento, justificándolo debidamente en el expediente, podrá preverse en el mismo la realización independiente de cada una de sus partes, mediante su división en lotes, siempre que éstas sean susceptibles de utilización o aprovechamiento por separado o así lo exija la naturaleza del objeto. En este caso deberá quedar garantizada en la documentación que acompañe a la solicitud la viabilidad financiera de la totalidad del proyecto.»

Seis. El apartado 1 del artículo 5 queda redactado del siguiente modo:

«1. Podrán solicitar subvenciones, en las Líneas 1 y 2 previstas en la presente Orden, las entidades privadas sin ánimo de lucro que, cumpliendo los requisitos establecidos en la misma, realicen o estén en condiciones de realizar proyectos que se relacionan en el artículo 3.

Las Universidades Públicas andaluzas sólo podrán solicitar proyectos de la Línea 3.

Podrán solicitar subvenciones en la Línea 4 los municipios, provincias, mancomunidades y patronatos municipales.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 11.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, también podrán tener la condición de beneficiarias las agrupaciones sin personalidad jurídica compuestas por entidades privadas sin ánimo de lucro o por Universidades Públicas, en los términos previstos en el artículo 3 para los programas en red de las Líneas 1 y 3.

Dentro de la agrupación, una de las entidades ostentará su representación, y ejercerá la coordinación y la gestión principal del proyecto, participando de forma precisa y esencial en la elaboración y realización del mismo. Los otros miembros de la agrupación tendrán un

papel complementario específico, tanto en la elaboración como en la ejecución del proyecto, no pudiendo tener el mismo NIF que la entidad representante.

Las agrupaciones no podrán disolverse hasta que hayan transcurrido los plazos de prescripción previstos en los artículos 39 y 65 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.»

Siete. El artículo 7 queda redactado de la siguiente forma:

«1. Cada solicitud, debidamente cumplimentada, estará compuesta por un único ejemplar del Anexo 0 y uno o varios ejemplares de los Anexos 1, 2, 3 ó 4, según corresponda. Los Anexos 1 y 2 para entidades sin ánimo de lucro, el Anexo 3 para Universidades Públicas y el Anexo 4 para las Entidades Locales. Los números de estos anexos coinciden con el correspondiente número de línea.

Se presentará una solicitud a cada órgano competente para resolver, según proceda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11. Tanto el Anexo 0, como los Anexos 1 a 4, serán suscritos por el representante legal de la entidad.

2. Con cada solicitud se presentará un único Anexo por cada proyecto, de forma que los gastos de los programas no se realicen conjuntamente con los de infraestructura, ni viceversa.

Cada entidad privada sin ánimo de lucro podrá presentar un máximo de 3 proyectos por línea y provincia; en el caso de proyectos de ámbito regional, el máximo a presentar por cada entidad es de tres. Estos límites no son de aplicación a las Universidades Públicas. Las Entidades Locales podrán presentar un máximo de 3 proyectos de la Línea 4.

3. Las solicitudes deberán contener declaración responsable sobre ayudas y subvenciones concedidas y/o solicitadas para la misma finalidad procedente de cualesquiera administraciones o entes públicos o privados, nacionales

o internacionales, indicando el importe concedido y la entidad concedente.

Así mismo, deberá acreditarse la personalidad del solicitante y, en su caso, del representante.

4. La documentación acreditativa del cumplimiento de cada uno de los requisitos establecidos para cada subvención se sustituirá por declaración de expresa responsabilidad, de conformidad con los modelos incluidos en los anexos que acompañan a la presente orden, sin perjuicio de la presentación de documentación que pueda ser requerida por la Comisión de Valoración, según lo establecido en el artículo 14.1 de la presente Orden.»

Ocho. El apartado 1 del artículo 8 queda redactado de la siguiente forma:

«1. La presentación de solicitudes se realizará:

a) Preferentemente por medios telemáticos a través de Internet, en el Registro Telemático Único de la Administración de la Junta de Andalucía, a través del portal del ciudadano en la dirección <http://www.andaluciajunta.es>, así como en la página web de la Consejería de Empleo en la dirección <http://www.juntadeandalucia.es/empleo>.

A estos efectos, las personas interesadas deberán disponer del sistema de firma electrónica incorporada al Documento Nacional de Identidad o de certificado reconocido de usuario que les habilite para utilizar una firma electrónica avanzada generada por un dispositivo seguro de creación de firma, de acuerdo con el artículo 13.1 del Decreto 183/2003, de 24 de junio, el artículo 3 de la Ley 59/2003 de 19 de diciembre, de firma electrónica, y los artículos 14 y 15 de la Ley 11/2007, de 22 de junio.

b) En soporte papel en los Registros administrativos de las respectivas Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo o en el Registro General de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, sin perjuicio de lo

establecido en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 82 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

Los modelos de solicitud se podrán obtener y cumplimentar en la página web de la Consejería de Empleo, www.juntadeandalucia.es/empleo. Igualmente estarán a disposición de las entidades solicitantes en los Servicios Centrales de la Consejería de Empleo, así como en las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo en las respectivas provincias.»

Nueve. Se añade un nuevo artículo 8 bis.

«Artículo 8 bis. Tramitación telemática.

1. La solicitud presentada de forma telemática deberá ir acompañada, en su caso, de la correspondiente documentación que podrá presentarse por medios electrónicos, mediante documentos originales electrónicos o mediante copias autenticadas electrónicas, o copias digitalizadas de documentos, cuya fidelidad con el original garantizarán mediante la utilización de la firma electrónica avanzada.

La documentación que no pueda ser aportada por medios electrónicos con la solicitud telemática se deberá presentar en la forma prevista en el artículo 8.1.b) y se hará mención al justificante de confirmación de la recepción telemática de la solicitud, indicando el asiento de entrada de la solicitud en el Registro Telemático Único de la Junta de Andalucía.

2. La persona interesada, una vez iniciado un procedimiento bajo un concreto sistema de tramitación, podrá practicar actuaciones o trámites a través de otro distinto. En todo caso, en el momento de la presentación de documentos o datos en los registros deberá indicarse expresamente si la

iniciación del procedimiento o alguno de los trámites que lo integran se ha efectuado en forma electrónica o telemática.

3. La persona interesada podrá obtener información personalizada por vía telemática del estado de tramitación del procedimiento y, en general, para el ejercicio de los derechos contemplados en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la forma que se indique en las páginas web a través de las cuales se accede al Registro Telemático Único de la Junta de Andalucía, y siempre mediante el uso de la firma electrónica avanzada.»

Diez. Los apartados 2 y 3 del artículo 9 quedan redactados de la siguiente forma:

«2. Si la solicitud no reúne los requisitos establecidos en la presente orden, el órgano competente requerirá al interesado para que la subsane en el plazo máximo e improrrogable de 10 días, indicándole que si no lo hiciese se le tendrá por desistido de su solicitud, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

3. Las notificaciones se realizarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

La práctica de las notificaciones por medios electrónicos se ajustará a lo previsto en el artículo 28 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, el artículo 113.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, el artículo 15 del Decreto 183/2003, de 24 de junio, y demás normativa que le sea de aplicación.

Para que las notificaciones administrativas puedan llevarse a cabo por medios electrónicos, se requerirá que el interesado haya señalado o consentido expresamente dicho medio de notificación como preferente mediante la identificación de una dirección electrónica al efecto. Dicha manifestación

podrá producirse tanto en el momento de iniciación del procedimiento como en cualquier otra fase de tramitación del mismo. Asimismo la persona interesada podrá, en cualquier momento, revocar su consentimiento para que las notificaciones se efectúen por vía electrónica, en cuyo caso deberá comunicarlo así al órgano competente, e indicar una nueva dirección donde practicar las notificaciones.

La notificación telemática se entenderá practicada, a todos los efectos legales, en el momento en que se produzca el acceso a su contenido en la dirección electrónica de modo que pueda comprobarse fehacientemente por el remitente tal acceso. Cuando existiendo constancia de la recepción de la notificación en la dirección electrónica señalada, transcurrieran diez días naturales sin que el sujeto destinatario acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en la normativa básica estatal, salvo que de oficio o a instancias del sujeto destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso.

Siempre que se practique una notificación telemática, se realizará el correspondiente asiento de salida en el Registro telemático, en la forma que se determina en el artículo 9.4 del Decreto 183/2003, de 24 de junio.»

Once. Se añade un nuevo apartado al artículo 10 con la siguiente redacción:

«4. La valoración de las solicitudes de la Línea 4 (proyectos de infraestructura de Entidades Locales andaluzas), se realizará con arreglo a los siguientes criterios y con una puntuación máxima de 100:

a) Aportación de fondos propios al proyecto. Se valorará hasta un máximo del 10% de la puntuación total.

b) Contexto en el que se desarrolla el proyecto: territorio y población inmigrante. Se valorará hasta un máximo

del 10% de la puntuación total.

c) Experiencia de la entidad en materias de inmigración.

Se valorará hasta un máximo del 10% de la puntuación total.

d) Calidad, pertinencia y coherencia interna del proyecto: memoria o proyecto de la inversión, presupuesto detallado y viabilidad financiera para llevarlo a cabo. Se valorará hasta un máximo del 15% de la puntuación total.

e) Características técnicas del proyecto: actividades, calendario previsto, destinatarios, resultados esperados e indicadores, seguimiento y evaluación. Se valorará hasta un máximo del 15% de la puntuación total. Asimismo en los proyectos de obras para centros de servicios sociales, se valorará disponer o tener solicitada la autorización administrativa previa contemplada en el Decreto 87/1996, de 20 de febrero, sobre autorización, registro, acreditación e inspección de los Servicios Sociales de Andalucía.

f) Carácter innovador y compromiso de desarrollar el proyecto con respeto a las mejores prácticas medioambientales, sociales, y en materia de seguridad y salud laboral. Se valorará hasta un máximo del 10% de la puntuación total.

g) Previsión del impacto de género en las actividades del proyecto. Se valorará hasta un máximo del 10% de la puntuación total.

h) Repercusión social y relevancia del proyecto. Alcance e incidencia de las inversiones a realizar. Se valorará hasta un máximo del 10% de la puntuación total.

i) Creación de empleo. Número de empleos creados y mantenidos. Se valorará hasta un máximo del 10% de la puntuación total.»

Doce. Se modifican los Anexos 0, 1, 2 y 3, que quedan sustituidos por los que figuran en la presente Orden, y se añade un nuevo Anexo, con el número 4, correspondiente a la Línea 4.

Disposición adicional única.
Convocatoria de subvenciones para el 2010.

1. Se convoca para el ejercicio 2010 la concesión de subvenciones para Programas e Infraestructuras destinados al arraigo, la inserción y la promoción social de personas inmigrantes, en el ámbito de las competencias de la Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, dirigidas a las Entidades Locales andaluzas, Universidades Públicas andaluzas y las entidades privadas sin ánimo de lucro, siendo el plazo de presentación de solicitudes de un mes contado a partir del día siguiente al de la publicación en BOJA de la presente Orden.

2. Para este ejercicio 2010, las subvenciones se concederán con cargo a los capítulos cuatro y siete del programa presupuestario 31J, Coordinación de Políticas Migratorias, distribuyéndose de la siguiente manera: a las Entidades Locales andaluzas les corresponde el artículo 76, a las entidades sin ánimo de lucro les corresponden los artículos 48 para programas y 78 para infraestructuras; a las Universidades Públicas andaluzas les corresponden los artículos 44 para sensibilización y formación

y 74 para estudios e investigaciones.

3. De acuerdo con lo previsto en el artículo 24.1.a) de la Ley 5/2009, de 28 de diciembre, de Presupuesto de la Comunidad Autónoma para 2010, las subvenciones concedidas a entidades sin ánimo de lucro se podrán abonar sin justificación previa y hasta el 100% de su importe.

Disposición transitoria única.
Procedimientos en tramitación.

Los procedimientos que estén tramitándose en la fecha de entrada en vigor de la presente orden se continuarán rigiendo por la normativa anterior.

Disposición derogatoria única.
Derogación.

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Orden.

Disposición final única. *Entrada en vigor.*

La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía».

Sevilla, 26 de mayo de 2010
MANUEL RECIO MENÉNDEZ
Consejero de Empleo

CONSEJERÍA DE EMPLEO

DECRETO 307/2010, de 15 de junio, por el que se determinan los órganos competentes para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social.

El artículo 63.1.7.^ª del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma, en el marco de la legislación del Estado, las competencias ejecutivas en materia de empleo y relaciones laborales, que incluyen, en todo caso, la potestad sancionadora por infracciones en el orden social en el ámbito de sus competencias. Esta competencia de ejecución fue transferida a

la Comunidad Autónoma de Andalucía por Real Decreto 4043/1982, de 29 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Administración de la Junta de Andalucía en materia de trabajo y por el Real Decreto 467/2003, de 25 de abril, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo, en

el ámbito del trabajo, el empleo y la formación.

Mediante el Decreto 113/2006, de 13 de junio, por el que se determinan los órganos competentes para la imposición de sanciones por infracciones en el Orden Social, fue revisada la inicial distribución de la potestad sancionadora existente en materia social entre los distintos órganos de la Administración de la Junta de Andalucía, adaptando las competencias para la imposición de sanciones en el orden social a la de los distintos órganos que actualmente ostentan las distintas competencias en ese orden, teniendo en cuenta la creación del Servicio Andaluz de Empleo por la Ley 4/2002, de 16 diciembre.

Con la modificación del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, operada en virtud del Real Decreto 306/2007, de 2 de marzo, se han actualizado las cuantías de las sanciones por este tipo de infracciones, teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumo. Dicha

actualización, y consecuente aumento del límite máximo de la cuantía de las sanciones prevista para las infracciones calificadas como muy graves, hace necesaria la modificación de los límites máximos de los importes de las sanciones, si bien para evitar futuros desfases con la normativa estatal se ha optado por distribuir la competencia sancionadora atendiendo a la gravedad de la infracción y a la sanción consiguiente, en lugar de atender al importe de dicha sanción. Así mismo, en aras a una mayor celeridad en la resolución de los procedimientos, se ha procedido a redistribuir las competencias sancionadoras entre los distintos órganos de la Consejería competente en esta materia.

Además de lo anterior, es objeto del presente Decreto la determinación

de los órganos competentes para la imposición de sanciones por infracciones en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias a que se refiere la Sección 4.^a del Capítulo II del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, al objeto de completar las reglas de atribución de la competencia sancionadora. Por otro lado, el ejercicio de las competencias sancionadoras por las infracciones en materia de empleo previstas en el artículo 4 del Decreto 113/2006, de 13 de junio, ha puesto de manifiesto la necesidad de agilizar los procedimientos sancionadores, con vistas a alcanzar un óptimo nivel de operatividad y agilidad en la resolución de los mismos, de tal forma que se procede a desconcentrar la competencia en cuanto a la imposición de sanciones muy graves en su grado medio y mínimo, graves y leves, en la persona titular de la Dirección Gerencia y en las personas titulares de las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo, respectivamente. Dicha desconcentración de competencias, conforme a lo establecido en el artículo 100 de la ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, requiere su aprobación mediante Decreto de Consejo de Gobierno.

En su virtud, a propuesta del Consejero de Empleo, de conformidad con lo establecido en los artículos 21.3 y 27.9 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 15 de junio de 2010,

DISPONGO

Artículo 1. *Competencia sancionadora general.*

El conocimiento y la sanción de las infracciones tipificadas en el Capítulo II

y en el artículo 50, sobre infracciones por obstrucción a la labor inspectora, del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, corresponderá a la Consejería competente en materia de empleo y al Servicio Andaluz de Empleo, según la distribución competencial establecida en el presente Decreto y de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.6 del citado texto refundido.

Artículo 2. Competencia sancionadora para infracciones en materia de relaciones laborales.

La competencia para sancionar las infracciones en materia de relaciones laborales, prevista en la Sección 1.^a del Capítulo II del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, conforme al artículo 40.1 del citado texto refundido corresponderá:

a) A las personas titulares de las Delegaciones Provinciales de la Consejería que ostente las competencias en materia de relaciones laborales, para la imposición de sanciones por infracciones calificadas como leves y graves.

b) A la persona titular de la Dirección General que ostente las competencias en materia de relaciones laborales, para la imposición de sanciones por infracciones calificadas como muy graves en su grado mínimo y medio.

c) A la persona titular de la Consejería competente en materia de relaciones laborales, para la imposición de sanciones por infracciones calificadas como muy graves en su grado máximo.

Artículo 3. Competencia sancionadora para infracciones en materia de prevención de riesgos laborales.

La competencia para sancionar las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, previstas en la Sección 2.^a del Capítulo II del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones

y Sanciones en el Orden Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, conforme al artículo 40.2 de este texto refundido corresponderá:

a) A las personas titulares de las Delegaciones Provinciales de la Consejería que ostente las competencias en materia de prevención de riesgos laborales, para la imposición de sanciones por infracciones calificadas como leves y graves.

b) A la persona titular de la Dirección General que ostente las competencias en materia de prevención de riesgos laborales, para la imposición de sanciones por infracciones calificadas como muy graves en su grado mínimo y medio.

c) A la persona titular de la Consejería que ostente las competencias en materia de prevención de riesgos laborales, para la imposición de sanciones por infracciones calificadas como muy graves en su grado máximo.

Artículo 4. Competencia sancionadora para infracciones en materia de empleo, de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias y en materia de empresas de inserción.

La competencia para sancionar las infracciones en materia de empleo, empresas de trabajo temporal y empresas usuarias y en materia de empresas de inserción previstas en la Subsección 1.^a de la Sección 3.^a, y en las Secciones 4.^a y 5.^a del Capítulo II del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, conforme al artículo 40.1 de este texto legal, corresponderá:

a) A las personas titulares de las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo, para la imposición de sanciones por infracciones calificadas como leves y graves.

b) A la persona titular de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de

Empleo, para la imposición de sanciones por infracciones calificadas como muy graves en su grado mínimo y medio.

c) A la persona titular de la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo, para la imposición de sanciones por infracciones calificadas como muy graves en su grado máximo.

Artículo 5. Competencia sancionadora para infracciones de los trabajadores en materia de empleo.

La competencia para sancionar las infracciones de los trabajadores en materia de empleo previstas en la Subsección 2.^a de la Sección 3.^a del Capítulo II del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, corresponderá:

a) A las personas titulares de las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo, para la imposición de sanciones por infracciones calificadas como leves y graves.

b) A la persona titular de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, para la imposición de sanciones por infracciones calificadas como muy graves.

Artículo 6. Procedimiento.

1. La imposición de las sanciones previstas en los artículos anteriores se realizará con pleno sometimiento a los principios de tramitación establecidos en el artículo 52 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

2. Las sanciones contempladas en los artículos anteriores se impondrán a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social salvo para la imposición de sanciones por infracciones leves y graves a los trabajadores establecidas en el artículo 5.a).

3. Respecto a la tipificación de las

infracciones, los criterios de graduación de las sanciones y la cuantía de las mismas serán de aplicación las normas correspondientes previstas en el citado Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Artículo 7. Suspensión o cierre de centros de trabajo. De conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, cuando concurren circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones referidas a la seguridad y salud en el trabajo, podrá acordar la suspensión de las actividades laborales por un tiempo determinado o, en caso extremo, el cierre del centro de trabajo correspondiente, sin perjuicio, en todo caso, del pago del salario o de las indemnizaciones que procedan por la empresa y de las medidas que puedan arbitrarse para su garantía.

Artículo 8. Competencia en materia de recursos administrativos.

1. A los efectos previstos en el artículo 23 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, y el artículo 114 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, será órgano competente para conocer los recursos de alzada que se interpongan contra las resoluciones de imposición de sanciones a que se refiere el presente Decreto, el órgano superior jerárquico del que las dictó.

2. Las resoluciones del Consejo de Gobierno, de la persona titular de la Consejería competente en materia de empleo y de la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo, agotan la vía ad-

ministrativa de acuerdo con el artículo 112 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, y con el artículo 18.1 de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo, pudiéndose interponer contra las resoluciones de imposición de sanciones de los citados órganos, recurso potestativo de reposición, de acuerdo con los artículos 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, y el artículo 115. 2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

3. Conforme a lo establecido en el artículo 54 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, contra las resoluciones recaídas en los procedimientos sancionadores se podrán interponer así mismo los recursos jurisdiccionales que legalmente procedan.

Artículo 9. Sanciones accesorias.

La competencia para imponer las sanciones accesorias, de conformidad con el artículo 48.9 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, corresponderá al órgano

competente para imponer la sanción principal.

Disposición derogatoria única.
Derogación normativa.

Queda expresamente derogado el Decreto 113/2006, de 13 de junio, por el que se determinan los órganos competentes para la imposición de sanciones por infracciones en el Orden Social, y cuantas disposiciones de igual o inferior rango en lo que se opongan a lo dispuesto en la presente disposición.

Disposición final primera. *Desarrollo normativo y ejecución.*

Se faculta al Consejero de Empleo a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución del presente Decreto.

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.*

El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 15 de junio de 2010

JOSÉ ANTONIO GRIÑÁN MARTÍNEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

MANUEL RECIO MENÉNDEZ
Consejero de Empleo

CONVOCATORIA PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN

PREMIO MARCO BIAGI

Para estimular la actividad académica e incentivar la investigación en Derecho Comparado del Trabajo, la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo anuncia la convocatoria de la próxima edición del Premio Marco Biagi. El nombre del premio hace honor a Marco Biagi, distinguido Profesor en el ámbito científico laboral, víctima del terrorismo por razón de su compromiso social y uno de los fundadores de la Asociación. La convocatoria está dirigida principalmente a doctorandos, profesionales y operadores jurídicos y demás investigadores que se encuentren en el inicio de sus carreras académicas.

1. La convocatoria invita a enviar artículos sobre Derecho Comparado y/o Derecho Internacional del Trabajo o Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, en su sentido más amplio. Los trabajos de investigación de naturaleza empírica son también aceptados.
2. Los artículos recibidos serán evaluados por un comité académico designado por la Asociación.
3. Los trabajos aceptados por el comité serán publicados en una Revista miembro de la Asociación.
4. Los trabajos deberán de ser enviados preferentemente en inglés, aunque en francés y en español también serán admitidos. La versión final no debe exceder los 50.000 caracteres en un máximo de 20 páginas.
5. El autor o los autores del artículo seleccionado será(n) invitado(s) a participar y presentar su trabajo en la reunión de la Asociación que tendrá lugar en España en el año 2011. La Asociación espera disponer de fondos institucionales para sufragar los gastos que suponga este desplazamiento.
6. La fecha límite de entrega es el 31 de Marzo de 2011. Los trabajos deberán de ser enviados por correo electrónico a las siguientes direcciones: Lavoro e Diritto, lavoroediritto@unife.it ; Comparative Labor Law & Policy Journal, ballmes@law.uiuc.edu

Anteriores ganadores del Premio de la Asociación

2009 – Orsola Razzolini (Universidad Bocconi, Italia), por *The Need to Go Beyond the Contract: “Economic” and “Bureaucratic” Dependence in Personal Work Relations*, aceptado por *COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL* (2010).

como Premio Marco Biagi

2010 - Virginie Yanpelda, (Universidad de Douala, Camerún), por *Travail décent et diversité des rapports de travail*.

Mención especial - Marco Peruzzi (Universidad de Verona, Italia), por *Autonomy in the european social dialogue*.

Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (IALLJ) <http://www.labourlawjournals.com>